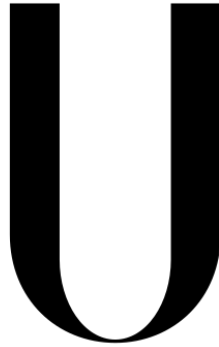


UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

O INCUMPRIMENTO DOS CONTRATOS PROBATÓRIOS

Marcel Tisser Piterman

Orientador: Profa. Doutora Ana Paula Mota da Costa e Silva

**Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito,
especialidade de Ciências Jurídico-Civis**

2022

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito



O INCUMPRIMENTO DOS CONTRATOS PROBATÓRIOS

Marcel Tisser Piterman

Orientador: Profa. Doutora Ana Paula Mota da Costa e Silva

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, especialidade de Ciências
Jurídico-Civis

Júri:

Presidente:

- Doutor António Pedro Pereira Nina Barbas Homem, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Vogais:

- Doutora Maria José Oliveira Capelo Pinto de Resende, Professora Associada
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

- Doutora Lucinda Maria Duarte Dias da Silva, Professora Auxiliar
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, arguente;

- Doutor Miguel Fernando Pessanha Teixeira de Sousa, Professor Catedrático
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, arguente;

- Doutora Ana Paula Mota da Costa e Silva, Professora Catedrática
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientadora;

- Doutora Maria Lurdes Viegas Marques Pereira, Professora Auxiliar
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

- Doutor Francisco Paes Silva Marques, Professor Auxiliar
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2022

Há Tempo para Tudo

- 1 Para tudo há uma ocasião certa; há um tempo certo
para cada propósito debaixo do céu:*
 - 2 Tempo de nascer e tempo de morrer, tempo de plantar
e tempo de arrancar o que se plantou,*
 - 3 tempo de matar e tempo de curar, tempo de derrubar
e tempo de construir,*
 - 4 tempo de chorar e tempo de rir, tempo de prantear e
tempo de dançar,*
 - 5 tempo de espalhar pedras e tempo de ajuntá-las,
tempo de abraçar e tempo de se conter,*
 - 6 tempo de procurar e tempo de desistir, tempo de
guardar e tempo de jogar fora,*
 - 7 tempo de rasgar e tempo de costurar, tempo de calar e
tempo de falar,*
 - 8 tempo de amar e tempo de odiar,
tempo de lutar e tempo de viver em paz.*
- (Eclesiastes, 3 1-8 NVI)*

*Courage is the only virtue you cannot fake.
Nicholas Nassim Taleb, Skin in the game.*

*Aber das Prozeßrecht kann nur auf dem Boden des
Liberalismus oder es kann gar nicht gedeihen.
James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, imensamente, à Professora Doutora Paula Costa e Silva, pelo rigorismo na forma como conduziu minha orientação, pelas sugestões e ideias, algo de valor inestimável.

Ao Professor Doutor Daniel Mitidiero, que desde o momento em que revelei minha intenção de cursar o Doutorado foi um incansável incentivador e uma verdadeira inspiração.

A todos os professores e funcionários do curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo agradável convívio e pelos conhecimentos agregados.

À minha família, em especial à minha esposa Priscila, que sempre esteve ao meu lado durante essa longa e enriquecedora trajetória.

Aos Professores Doutores Pedro Barbas Homem, Presidente, Maria José Capelo, Maria de Lurdes Pereira, Francisco Paes Marques, que compuseram o júri, especialmente aos Professores Doutores Miguel Teixeira de Sousa e Lucinda Dias da Silva, pelas inestimáveis contribuições e críticas formuladas e pela excelência do diálogo mantido por ocasião das provas.

Aos queridos Silvio e Beka, meu profundo agradecimento pela amizade. Se Deus existe, tê-los conhecido é uma prova disso.

Aos meus filhos Joana, Ian e Maria Paula.

À minha esposa Priscila, com amor.

RESUMO

O presente estudo tem como propósito uma análise acerca do incumprimento dos contratos processuais probatórios. Os contratos de prova não são uma novidade, já que existem, pelo menos desde os noventa. A análise desses negócios, na perspectiva do inadimplemento, é praticamente inexistente e mesmo com uma sucessão de leis a regular-lhes a constituição e a eficácia, nunca houve um espaço para que descumprimento dos pactos fosse objeto de regulação. Mesmo em não havendo previsão normativa a respeito do descumprimento dos contratos probatórios na esfera processual, poderá haver situações práticas em que esses negócios deixem de ser observados, durante a sua execução, que exigirão uma resposta jurídica devidamente clara a respeito. Assim, a partir da classificação e das modalidades de contratos probatórios, analisam-se as diversas possibilidades de inadimplemento que podem suceder durante a execução dos pactos, como a impossibilidade, o inadimplemento absoluto e relativo, o cumprimento defeituoso e a alteração das circunstâncias, bem como as consequências jurídicas que daí poderão advir às partes do negócio. Desse modo, em havendo o inadimplemento dos contratos probatórios, serão analisadas as possibilidades para se apurar as consequências do incumprimento, a partir do direito material e do direito processual, com prevalência à reconstituição natural, mas sem prejuízo de indenização por danos, podendo ser fixada uma cláusula penal, além de condenação por litigância de má-fé e aplicação de sanções pecuniárias compulsórias. Destaca-se, ainda, ponto que versa sobre os contratos probatórios em relação às partes e ao tribunal, quando será colocada em discussão a ideia de que em negócios processuais não se está diante de deveres ou obrigações de prestar. A partir dessa noção, coloca-se em xeque o uso da ação de cumprimento como meio de reação da parte que se vê confrontada com o incumprimento e propõe-se o uso da exceção processual dilatória, com algumas exceções. Na perspectiva do tribunal, que não participa da conclusão dos contratos probatórios, em regra, esses negócios serão analisados como algo similar aos contratos com eficácia de proteção para terceiros, cuja eficácia atinge o órgão decisor, que tem o dever de aplicar os contratos e poderá, inclusive, descumpri-los, quando julgar a causa.

Palavras-chave: Incumprimento dos contratos probatórios; consequências do incumprimento dos contratos probatórios; meios de reação ao incumprimento dos contratos probatórios; tutela específica do adimplemento dos contratos probatórios.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to analyze the nonperformance of proof contracts. Proof contracts are not new, as they have been around since the nineteenth century. The analysis of these agreements, from the perspective of breaching, has always been practically non-existent and even with a succession of laws regulating their constitution and efficacy, there has never been a room for regulation of nonperformance of these contracts. Even if there is no normative provision regarding nonperformance of proof contracts, there may be practical situations in which these agreements are no longer performed, during their execution, which will require a duly clear legal response in this regard. Thus, based on the classification and modalities of proof contracts, the various possibilities of breaching that may occur during the execution of agreements are analyzed, such as impossibility to perform, substantial nonperformance or failure to perform, defective performance and unexpected circumstances, as well as the legal consequences that may result to the parties. Hence, in the event of nonperformance of the proof contracts, the possibilities to determine the consequences of breaching will be analyzed, based on material law and procedural law, but without prejudice to rights for damages, which may be fixed by a penal clause, in addition to conviction for litigation in bad faith and application of periodic penalty payments. Also noteworthy is the point that deals with proof contracts in relation to the parties and the court, when the idea that procedural contracts do not deal with duties or obligations to perform will be discussed. Based on this notion, the use of performance action is questioned as a means of reaction by the party that is confronted with the breaching, thus the use of the procedural exception is proposed, with some exclusions. From the perspective of the court, which does not participate in the conclusion of proof contracts, these agreements will be analyzed as something similar to contracts with protection for third parties, whose efficacy affects the court, which has the duty to apply the contracts and may even breach them, when adjudicating the case.

Keywords: Nonperformance of proof contracts; consequences of nonperforming proof contracts; means of reaction for breaching of contracts; specific resolution to perform proof contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
PARTE I - ASPECTOS GERAIS E CORTES TRANSVERSAIS DOS CONTRATOS PROBATÓRIOS	25
1. Descrição e avaliação do problema, com dados relevantes para a compreensão do tema dos contratos probatórios	25
2. Definição e classificação dos contratos probatórios.....	31
2.1 Considerações gerais	31
2.2 Contratos de prova quanto ao momento	44
2.3 Contratos de prova em relação ao objeto	46
2.4 Contratos de prova em relação à eficácia	49
2.5 Contratos de prova quanto ao conteúdo	61
2.5.1 Contratos sobre os temas da prova.....	62
2.5.2 Contratos sobre o ônus da prova	64
2.5.3 Contratos sobre presunções	68
2.5.4 Contratos sobre os meios de prova.....	69
2.5.5 Contratos sobre a apreciação da prova	74
2.5.6 Contratos sobre os graus da prova.....	75
3. Tensões em torno dos limites dos contratos probatórios	75
3.1 A posição cética da doutrina	75
3.2 A posição favorável da doutrina, com algumas restrições.....	82
3.3 Em torno da escassa jurisprudência	89
3.4 Requisitos comuns aos contratos probatórios	90
3.4.1 Direitos que admitam composição.....	90
3.4.2 Abuso do direito como exercício disfuncional de posições jurídicas	91

3.5 Requisitos específicos.....	96
3.5.1 Contratos sobre os temas da prova.....	96
3.5.2 Contratos sobre o ônus da prova e sobre presunções.....	97
3.5.3 Contratos sobre os meios de prova.....	98
3.5.4 Contratos sobre a apreciação da prova e sobre os graus da prova	99
3.6 Demais requisitos (para qualquer negócio processual)	102
3.7 Vinculatividade dos contratos probatórios.....	104
3.7.1 Ainda sobre a natureza das regras de prova	104
3.7.2 Vinculação do tribunal e poderes do juiz.....	107
3.8 Contratos de prova típicos e atípicos	118
PARTE II – MODALIDADES DE INADIMPLEMENTO QUE ATINGEM A EXECUÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS OBRIGACIONAIS E A SUA POSSÍVEL PRESENÇA NO AMBIENTE DOS CONTRATOS PROBATÓRIOS	122
1. Os contratos sobre a prova e a tentativa de comunicação com o quadro geral do direito do inadimplemento das obrigações	122
1.1 Considerações gerais	122
1.2 Direito material e processo	123
1.3 Interpretação e integração dos negócios sobre a prova	131
1.4 Modernização do direito das obrigações	134
2. Direito da impossibilidade do cumprimento e convenções probatórias.....	140
2.1 Aspectos gerais.....	140
2.2 Impossibilidade originária e impossibilidade superveniente	143
2.3 Impossibilidade absoluta e impossibilidade relativa.....	146
2.4 Impossibilidade definitiva e impossibilidade temporária	148
2.5 impossibilidade objetiva e impossibilidade subjetiva	150
2.6 Impossibilidade parcial.....	152

2.7 Impossibilidade prática, impossibilidade pessoal e impossibilidade econômica	153
2.8 Impossibilidade superveniente não imputável e as impossibilidades imperfeitas	156
2.9 Imputação, inadimplemento e impossibilidade	158
2.10 Desaparecimento do fim e frustração do fim.....	161
2.11 Impossibilidade nas convenções probatórias	163
3. Inadimplemento definitivo dos contratos probatórios e mora	173
3.1 Considerações gerais sobre o inadimplemento definitivo	173
3.1.1 Inadimplemento definitivo e convenções probatórias.....	182
3.1.2 Inadimplemento e ônus da prova.....	184
3.2 Inadimplemento <i>versus</i> impossibilidade	185
3.3 Mora.....	188
3.3.1 Mora e ônus da prova	192
3.3.2 Mora do credor	194
3.3.3 Mora e convenções sobre a prova	197
3.3.3.1 Risco da prestação e da contraprestação	202
3.3.3.2 Mora do credor e situação do devedor.....	204
4. Segue: violações positivas dos contratos probatórios. O cumprimento defeituoso e a declaração antecipada de não cumprimento (inadimplemento antecipado).....	205
4.1 Violações positivas dos contratos, pontualidade, integralidade e boa-fé.....	205
4.2 Cumprimento defeituoso e convenções probatórias	209
4.3 Declaração antecipada de não cumprimento (inadimplemento antecipado) .	211
5. A alteração das circunstâncias e a adaptação ou a resolução dos contratos de prova	217
5.1 Exceção ao <i>pacta sunt servanda</i>	217

5.2 Base do negócio e quebra da justiça interna do programa contratual.....	219
5.3 Alteração das circunstâncias nas convenções probatórias.....	227
5.3.1 Fonte legal.....	227
5.3.2 Fonte negocial. Em especial, as cláusulas de <i>hardship</i>	236
PARTE III - EFEITOS, MEIOS DE REAÇÃO E TUTELA DA PARTE FIEL NAS SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM O INADIMPLEMENTO DOS CONTRATOS PROBATÓRIOS.....	243
1. Efeitos do inadimplemento das convenções probatórias. A aparente inconseqüência, a solução material e a solução processual.....	243
1.1 Decisão judicial <i>ex officio</i> ou mediante requerimento da parte	250
2. Efeitos e meios de reação diante do incumprimento do ônus de provar imposto pelos contratos probatórios.....	258
2.1 Contratos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova. A inversão convencional do ônus da prova pode ser violada por terceiro.....	258
2.2 O inadimplemento da obrigação de apresentar documentos ou outros meios de prova.....	263
3. Tutela da parte fiel mediante técnicas de conservação contratual.....	269
3.1 Ação de cumprimento, exceção processual dilatória e técnica processual	269
3.2 Tutela preventiva. Coerção preventiva como técnica de conservação contratual para evitar a quebra do contrato probatório.....	285
3.2.1 Tutela inibitória e técnica antecipatória de conservação contratual	288
4. Excurso. A separabilidade das cláusulas compromissórias sobre a prova	290
5. Surgimento de novas atribuições.....	295
5.1 O tipo de sistema material.....	295
5.1.1 Direito à reparação por danos	295
5.1.2 Cláusula penal	301
5.2 O tipo de sistema processual	304

5.2.1 Sanção pecuniária compulsória como técnica coercitiva de cumprimento	304
5.2.2 Litigância de má-fé	307
PARTE IV – CONTRATOS PROBATÓRIOS EM RELAÇÃO ÀS PARTES E EM RELAÇÃO AO ÓRGÃO DECISOR	315
1. Análise das convenções probatórias em relação às partes	315
1.1 Contratos de prova, obrigações e deveres de prestar processuais.....	315
1.1.1 Conceito de prestação e o objeto dos contratos probatórios como sendo a obrigação ou o dever de prestar	317
1.1.2 A qualificação dos figurantes das convenções probatórias como sendo o credor e o devedor.....	329
1.2 Estrutura atributiva das convenções probatórias.....	332
1.3 Processo como ato complexo e negócios processuais sobre a prova	336
2. Segue. Convenções probatórias e as partes.....	341
2.1 Exceção de não cumprimento e conexão sinalagmática	342
2.2 Coerção privada ao cumprimento. Exceção de não cumprimento como tutela conservatória das convenções probatórias.....	344
2.3 Tutela resolutiva e o princípio do <i>favor contractus</i>	349
3. Equilíbrio contratual e vínculo sinalagmático. A extensão do conceito de sinalagma às convenções probatórias	356
3.1 Relações de troca entre direito e processo e o destino da contraprestação	356
3.2 Não há segregação entre negócios materiais e negócios processuais. A extensão do conceito de sinalagma	358
4. Órgão decisor e convenções probatórias	363
4.1 Relatividade dos contratos e as convenções probatórias <i>hiper-dispositivas</i>	363
4.2 Tutela dos terceiros e o tribunal	374
4.2.1 Deveres acessórios de proteção e convenções probatórias	383

4.3 O tribunal e os deveres de tutela para repor a situação que existiria se a parte infiel tivesse cumprido a convenção probatória	387
4.3.1 O papel do princípio da boa-fé e o dever de auxílio do tribunal.....	387
4.3.2 A tutela específica do adimplemento dos contratos probatórios	394
CONCLUSÃO	404
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	408

INTRODUÇÃO

Os negócios processuais sempre foram, e continuarão sendo, uma matéria de difícil trato. Por um lado, uma aplicação exacerbada das regras gerais do direito processual não permitirá a necessária flexibilidade em certos casos. De outra banda, uma abordagem mais liberal poderá afetar a eficiência, a previsibilidade e, provavelmente, a equidade e a justiça do procedimento. Tem-se, aí, em definitivo, o eterno conflito entre justiça e celeridade.

O estudo das relações entre direito material e direito processual, as diversas ligações ou pontos de contato entre direito e processo, certamente serviram de inspiração para a elaboração de uma teoria geral do negócio processual. Com efeito, é sabido que uma exagerada autonomia do direito processual relativamente ao direito material, que predominou no final dos oitocentos, contribuiu para a ausência de reconhecimento dos negócios processuais, enquanto a aproximação do direito material ao processo, que passou a suceder a partir dos novecentos, com laços atuais muito estreitos entre os dois ramos do direito, serviu para que fosse possível se pensar numa certa transposição do negócio jurídico do direito das obrigações em geral para o ambiente processual, com a definitiva consagração dos negócios processuais. Não há mais como negar a existência dessa figura jurídica, instituída no âmbito da chamada contratualização do processo.

A doutrina, especialmente germânica, embora com certa hesitação no final dos oitocentos, aceita, presentemente, com relativa tranquilidade, a figura dos negócios processuais e, especialmente, a ideia dos chamados contratos probatórios (*Beweisverträge*), a despeito de eventual tensão, que sempre existiu, entre os negócios processuais e o direito processual civil.

Essa mentalidade foi possível diante da abertura do processo ao que se entende por cooperação e boa-fé processual que, sob esse aspecto, foram decisivas para que houvesse a definitiva superação da dicotomia entre o publicismo e o privatismo – o processo visto como um duelo – e para o incremento da autonomia privada no âmbito do formalismo processual. Assim, com larguíssima folga, admitem-se os negócios processuais, em especial os negócios processuais que dispõem sobre a prova, como

decorrência da liberdade contratual e da disposição das partes sobre o objeto do processo.

Apesar dessa evolução e sedimentação da matéria dos negócios processuais, o que se comprova diante das inúmeras obras e manuais de direito processual civil a respeito do tema, não se verifica um tratamento sistemático da doutrina processualista acerca do regime do inadimplemento dessas convenções, o que na maioria das vezes acaba por não ocupar mais do que poucas linhas escritas sobre o assunto.

A constatação desse vácuo que existe na doutrina processual, aliada ao instigante tema dos negócios processuais sobre a prova, foi o que despertou o interesse em verificar se, de fato, o problema do inadimplemento na execução dos contratos probatórios existe e se é possível construir uma dogmática geral a respeito das possíveis soluções que possam se apresentar diante dessa problemática.

A questão de como traçar os limites exatos entre as figuras jurídicas a partir dos regimes do inadimplemento na execução dos contratos obrigacionais e o incumprimento dos negócios processuais probatórios, talvez pela percepção de uma aparente inconsequência no incumprimento desses últimos ou pela fase de amadurecimento da matéria na doutrina, que é recente, parece ser um pouco descuidada na literatura processualista, com algumas raras exceções.

Com efeito, a larga maioria da doutrina de direito processual que examina os negócios processuais, quando trata das convenções probatórias, de modo geral, cuida apenas dos contratos sobre a distribuição do ônus da prova e das convenções sobre os meios de prova, delimitando os estudos, quase que exclusivamente, a breves acenos e poucas definições sobre o tema. Quando se volta para a jurisprudência, então, constata-se a absoluta escassez de decisões proferidas no âmbito dos tribunais, que também se ocupam, quase que exclusivamente, das convenções sobre os meios de prova, o que, muito provavelmente, pode ser devido à falta da celebração desses contratos na prática, à novidade da matéria ou ao desconhecimento da existência desses negócios processuais, ou até mesmo devido ao desinteresse das partes na celebração desses pactos sobre a prova.

Por outro lado, a teoria geral do direito, alicerce do direito obrigacional, de natureza privatista, concebe uma série de modalidades extintivas dos negócios jurídicos, o que certamente serviu de base para a doutrina civilista tratar e sistematizar a matéria comumente chamada de inadimplemento das obrigações.

Conseqüentemente, como problema central da tese, além de investigar se pode haver o inadimplemento dos negócios processuais sobre a prova quando algo ocorre de modo diferente daquilo que foi ajustado, será, caso verificado o incumprimento, delimitar as posições jurídicas das partes no negócio processual e examinar o amplo regime do inadimplemento das obrigações em geral, para apurar se existem pontos paralelos entre os problemas tratados no direito das obrigações e nos contratos probatórios.

A partir dessas constatações pretende-se, com o presente estudo, voltar os olhos para a organização das posições jurídicas assumidas pelas partes no negócio processual e verificar se essa estrutura e o conteúdo dessas posições encontram uma saída no sistema, para depois qualifica-las a partir dos regimes que o sistema como um todo oferece para elas, levando em consideração uma eventual transposição dos regimes do inadimplemento da prestação do direito das obrigações para o direito processual civil, na falta de outros elementos, como é evidente.

Como decorrência, será nas fontes legais e nas fontes negociais (quando o contrato prever a revisão, por exemplo) que se encontrarão os princípios, as regras, os mecanismos e os institutos adequados para equacionar os problemas suscitados pelo incumprimento dos negócios sobre a prova, caso eles se verifiquem.

Em realidade, o que se confirma, cada vez mais, é que não faltam situações que possam envolver convenções probatórias ou cláusulas compromissórias sobre a prova em contratos civis, comerciais e de consumo, especialmente nas vendas realizadas por meio da rede mundial de computadores. São justamente as condições gerais de venda *online*, cada vez mais presentes na vida moderna, que estabelecem cláusulas compromissórias referentes à prova dos negócios, que, com algumas variações, aparecem nos contratos. Constam dessas cláusulas, em regra, o acordo entre as partes para que os registros informatizados, conservados nos sistemas informáticos da vendedora em condições razoáveis de segurança, possam fazer a prova das comunicações, das encomendas e dos pagamentos efetuados entre as partes. Essas cláusulas acabam

repercutindo e até mesmo excluindo outros meios de prova das vendas efetuadas por meio eletrônico.

Igualmente, a *internet* vem sendo o local escolhido pelos bancos para a prestação de serviços digitais. Os chamados bancos digitais disponibilizam todos os serviços a partir de *sites* e aplicações em telemóveis. As contas bancárias *online* permitem que os clientes do banco enviem dinheiro, recebam pagamentos e gastem ao redor do mundo. Para a prestação desse serviço não há agências bancárias físicas e o apoio ao cliente é realizado, preferencialmente, por email ou SMS, caso o cliente utilize um serviço de telefonia móvel. Em razão dessas peculiaridades, os bancos estabelecem, nas condições gerais dos contratos, que quando for enviada uma comunicação aos clientes, se for através de correio eletrônico, o *email* considera-se recebido pelo cliente no mesmo dia se for recebido na caixa de entrada antes das 17h de um dia útil. Se for recebido na caixa de entrada de *email* após as 17h de um dia útil ou em qualquer outro horário, considera-se recebido apenas no próximo dia útil. Se a comunicação for enviada pelo banco ao cliente através do serviço de telefonia móvel, o SMS considera-se recebido no mesmo dia.

As corretoras de valores mobiliários também encontraram na *internet* um campo fértil para o desenvolvimento das suas atividades e a prestação dos seus serviços. Como consequência disso, ao assinar digitalmente o documento que permite a prestação desses serviços inteiramente *online*, o cliente faz a escolha e concorda que toda informação e documentação relacionada com os serviços e em relação aos instrumentos financeiros e outros produtos possam ser disponibilizadas pelo prestador do serviço através de *email* ou mediante o acesso ao *website* da corretora.

Mais usuais, os contratos de seguro, comumente celebrados entre o segurador e o particular, devem estabelecer de forma compreensível e rigorosa quais são os documentos que o segurador exige e os prazos estabelecidos para o efeito do pagamento ou do reembolso do prêmio. Embora o segurador não possa solicitar ao tomador do seguro, subscritor, beneficiário ou portador do título que pretenda o pagamento do valor de resgate ou do valor de reembolso no final do contrato, a apresentação de documentos que não sejam indispensáveis para atender ao pedido, é também certo que alguns meios de prova, tais como a prova testemunhal, serão inadmissíveis quando é solicitado o reembolso. Assim, por recomendação da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos

de Pensões, os documentos que os seguradores podem exigir para pagar o valor de resgate e o valor de reembolso não devem exceder àqueles que constam nas respectivas diretrizes, sendo excluídos os demais meios de prova, como decorrência disso.

Usualmente, nos contratos de seguro de residência, em caso de sinistro, para o efeito do pagamento ou do reembolso do prêmio, o segurado deve comprovar a preexistência dos bens avariados através da nota fiscal de aquisição em nome dele, do seu cônjuge e de descendentes que com ele residam de forma permanente, sendo excluído qualquer outro meio de prova.

Enfim, em qualquer modalidade de contratação, poderá haver cláusulas compromissórias que digam respeito à prova das obrigações assumidas e, da mesma forma que as partes poderão deixar de cumprir as cláusulas gerais dos contratos, igualmente poderão vir a descumprir as cláusulas compromissórias referentes aos aspectos probatórios do negócio. A partir dos exemplos mencionados, parece inevitável a ideia de que durante a execução possa ocorrer o incumprimento dos contratos probatórios.

Aliás, é possível e até mesmo recomendável que as partes de um negócio realizado por meio eletrônico resolvam, de comum acordo, na eventualidade de ser exercido o direito de ação, excluir a prova testemunhal, que, na maioria das vezes, pode causar uma demora injustificada e trazer custos demasiados ao procedimento. A partir dessa constatação, havendo processo instaurado que envolva as partes do negócio processual, se qualquer delas arrolar testemunhas, em violação ao contrato probatório, qual poderá ser a consequência jurídica? Antes disso, haverá alguma consequência jurídica para o incumprimento do negócio processual? Se não houver, deve o juiz marcar audiência e determinar a notificação das pessoas arroladas, não obstante haver cláusula contratual proibindo a oitiva de testemunhas? Em outras palavras, o juiz, que é um terceiro perante o negócio, a ele fica vinculado? Se estiver vinculado ao negócio processual, qual será a posição do decisor a respeito? Se houver o incumprimento durante a execução do negócio processual, qual a postura que deverá ser assumida pela contraparte? De outro modo, deve o órgão judicial declarar a inadmissibilidade da prova testemunhal, se houver alegação da parte que se viu confrontada com o incumprimento? Ainda, poderá o contrato ser resolvido por incumprimento e a parte inocente requerer uma indenização por danos?

Se houver demora na solução jurídica da questão, haverá alguma consequência material ou processual à parte que deixou de observar o negócio processual? São inúmeras as indagações que podem surgir a partir do aludido exemplo e muitas outras provavelmente poderão assomar.

Logo, o que se pode adiantar – e os exemplos comprovam – é que, aprioristicamente, não se entende que a violação dos chamados deveres processuais seja juridicamente impossível e apesar de os negócios processuais não serem nenhuma novidade no direito, já que amplamente admitidos na esfera do direito processual civil, foi no âmbito do processo penal brasileiro que, curiosamente, vieram tipificados os efeitos e as consequências do incumprimento da chamada promessa de não processar ou *pactum de non petendo* – o acordo de não persecução penal, recentemente regulado nos termos do § 10.º do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Aqui, pode-se dizer, já há um indício para a solução dos problemas que poderão surgir. Os negócios processuais, visivelmente, poderão ser descumpridos.

Portanto, não serão os contratos probatórios invioláveis ao cumprimento, partindo da premissa de que já existe legislação a regular a matéria relativa ao descumprimento de certos negócios processuais, mesmo que seja na esfera do processo penal, a saber, o acordo de não persecução penal.

Além disso, outra circunstância que também chamou atenção para os propósitos do presente estudo foi o fato de, em havendo o incumprimento dos negócios sobre a prova, o problema da desconformidade entre a conduta assumida no negócio processual e o comportamento adotado pela parte infiel no processo ter de ser obstado através de uma decisão judicial. Mais ainda, chamou a atenção o fato de o negócio processual poder ser violado pelas partes, na maior parte das vezes, mas noutras igualmente pelo julgador, apesar de ele sequer ter participado da convenção.

Logo, o estudo procurará demonstrar que, sendo os negócios processuais sobre a prova suscetíveis ao incumprimento pelas partes ou por terceiro (órgão decisor), as várias causas do incumprimento podem assumir diferentes consequências jurídicas e propiciar determinados meios de reação. Enquanto certas causas determinarão a pura extinção do contrato, outras podem conduzir o tribunal à adoção de técnicas de conservação contratual adequadas para que possa ser obtida a reconstituição natural do

negócio, além de eventualmente constituírem a parte faltosa em responsabilidade civil, o que pode viabilizar o direito à indenização por danos causados à parte inocente.

Durante o desenvolvimento do presente estudo, acerca do incumprimento dos contratos probatórios, matéria cuja escassez é evidente no âmbito da doutrina processual, sempre foram utilizados os conceitos tradicionais e recorrentes, encontrados no direito das obrigações, acerca do conceito de obrigação, do inadimplemento da prestação e dos deveres e obrigações de prestar, quando veio à lume a obra de Paula Costa e Silva, a respeito das perturbações no cumprimento dos negócios processuais, em que a autora coloca em discussão diversos assuntos que, até então, passavam totalmente despercebidos pela doutrina do processo civil.¹ As questões trazidas na inovadora obra, a partir de então, passaram a ser objeto de muita reflexão e análise, a ponto de se tornarem peças fundamentais do presente trabalho.

A partir da obra mencionada, pode-se dizer que é peça central no presente estudo, a análise da própria presença de obrigações ou deveres de prestar no âmbito dos contratos probatórios, já que esse fenômeno é visivelmente indissociável do direito das obrigações em geral, mas nunca se pensou em desassociá-lo do âmbito dos negócios processuais. Algo que até então era tido como certo, ou seja, a presença de obrigações ou deveres de prestar, no âmbito dos negócios processuais, foi colocado em discussão na referida obra. Como consequência dessas inovadoras ideias, tratadas pela autora, a parte final do presente trabalho faz uma profunda reflexão sobre a existência, ou não, de uma prestação, no círculo dos contratos probatórios, e a partir daí é que será averiguado se os contratos probatórios criam deveres ou obrigações de prestar.

Portanto, em relação às partes contratantes, esse modo inovador de pensar o incumprimento dos contratos probatórios apenas passou a ser possível desde a recente ruptura causada no entendimento da doutrina processual, após o lançamento do livro de Paula Costa e Silva, acerca da natureza das posições decorrentes dos negócios processuais, cuja ideia básica, que será analisada e ampliada ao longo do trabalho, é a de

¹ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas novelas pouco exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 121 ss. Há edição brasileira, publicada pela JusPodivm, também no ano de 2020.

que, sendo as situações processuais ali dispostas meras atribuições jurídicas, em realidade, não estão configurados naqueles negócios deveres ou obrigações de prestar.

Caso esse raciocínio esteja correto, merecerá cuidadosa atenção a ideia de atribuição para o direito do não cumprimento², temática trazida por Pedro Múrias e adotada por Paula Costa e Silva na referida obra, que, em linhas gerais, desassocia a noção de obrigações e deveres de prestar de alguns negócios jurídicos e centraliza as posições jurídicas das partes em atribuições.

Caso essas formulações sejam confirmadas e realmente não se esteja diante presença de obrigações ou deveres de prestar entre os figurantes dos contratos probatórios, a principal consequência, no caso de inadimplemento, por qualquer das partes, será a inadmissibilidade da ação de cumprimento, cujo cabimento exige a existência de uma prestação como objeto do negócio jurídico.

Além disso, será analisada a presença do sinalagma nessas convenções probatórias, em consonância com aquilo que já se verifica no âmbito dos negócios obrigacionais bilaterais, com a análise de todas as repercussões que envolve a matéria, especialmente a exceção de não cumprimento e o destino da contraprestação.

Dito de outro modo, o estudo buscará responder se os negócios processuais criam obrigações ou deveres processuais, se as situações jurídicas criadas pelos negócios processuais impõem deveres de prestar e se os problemas que atingem os deveres de prestar dos negócios jurídicos obrigacionais também podem suceder quando houver o incumprimento dos negócios sobre a prova. Por fim, se tais problemas puderem ocorrer, determinar-se-á quais os regimes que podem ser aplicados ao incumprimento dos contratos probatórios e as consequências jurídicas que daí poderão decorrer.

Em relação ao órgão decisor, será cuidadosamente analisado se as convenções probatórias se aproximam da categoria dos contratos cujos efeitos repercutem na esfera de terceiros, uma espécie de contratos com eficácia de proteção para terceiros, associando o terceiro – o decisor – aos efeitos jurídicos produzidos nos contratos de provas, já que

² MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 810.

ele tem o dever de aplicá-los ao julgar a causa. Para tanto, merecerá cuidadosa atenção a ideia da relatividade dos contratos, o tribunal e a tutela dos terceiros.

Desde já cabe refazer o alerta. Não constitui objetivo do presente estudo transpor, pura e simplesmente, da forma acrítica, as regras que envolvem os regimes do inadimplemento da prestação aos negócios processuais que envolvem a prova. Desde que há espaço para a autonomia privada no âmbito dos negócios processuais, será investigada a amplitude dessa autonomia das partes, esclarecendo, antes de mais nada, se as regras do direito privado se aplicam aos diferentes tipos de contratos sobre provas. Se for esse o caso, essas normas – e não apenas as normas de direito processual – deverão ser empregadas para determinar a autonomia das partes na celebração dos contratos e na situação de incumprimento desses negócios probatórios.

O tema do presente estudo restringir-se-á aos contratos probatórios porque são convenções processuais cada vez mais encontradas nas sociedades de massa e de consumo. Uma análise de inúmeros negócios processuais a partir do incumprimento poderia estender demais o objeto do estudo e talvez torná-lo sem fronteiras, o que não se coaduna com o tratamento de problema jurídico específico. As fronteiras do presente estudo cingem-se aos contratos probatórios, que, por si, só, já possuem diversas subespécies, a exemplo das convenções sobre meios de prova, quer graduando ou ampliando meios não previstos em lei ou restringindo a admissibilidade de alguns meios, além das tradicionalíssimas convenções sobre o ônus da prova.

Igualmente, não serão analisados os negócios jurídicos com dupla eficácia – material e processual – de que é exemplo o *pactum de non petendo*, salvo algumas observações pontuais necessárias a respeito do tema e com exceção de alguns aspectos processuais acerca das cláusulas contratuais de renegociação, de que são exemplos as cláusulas de *hardship*.

Aqui vale mais uma advertência: o estudo não tratará de fazer uma generalização do incumprimento na execução dos negócios processuais, a partir de um específico negócio processual – o contrato probatório. O escopo é bem mais limitado. Mas uma coisa é certa: o incumprimento não acontece apenas nesses tipos de negócios. Considerando que os negócios processuais sobre a prova podem ser incumpridos, seja pelas partes e até

mesmo por terceiro, não se poderá negar que, até o momento, existe uma lacuna na doutrina processual civil que deve ser suprimida.

PARTE I - ASPECTOS GERAIS E CORTES TRANSVERSAIS DOS CONTRATOS PROBATÓRIOS

1. Descrição e avaliação do problema, com dados relevantes para a compreensão do tema dos contratos probatórios

A doutrina, quando discorre acerca do acordo sobre a matéria litigiosa, lembra que já era esse pacto contemplado no antigo direito romano, precisamente no Lei das XII Tábuas e posteriormente no Digesto (2.4.22, Gaio, *libro, libro primo od legem duodecim tabularum*): “Aquele que é chamado a juízo, de dois modos pode se desobrigar: ou alguém toma a sua defesa ou ele próprio faz um acordo enquanto vai à juízo (“... Et si, dum in ius venitur, de re transactum fuerit”)”. Assim, a transação poderia ser consumada entre demandante e demandado a caminho (*dum*) do fórum, à distância do magistrado.³

Em época contemporânea, introduziu-se no processo civil inglês uma importante reforma que cria uma comunidade de trabalho entre o juiz e as partes (*case management*) e dispõe acerca do dever de gestão processual pelo tribunal. Mencionam-se, a título de exemplo, o poder judicial de prorrogar ou abreviar prazos, adiar uma audiência, suspender, no todo ou em parte, qualquer processo ou julgamento, julgar duas ou mais causas na mesma ocasião, decidir a causa em seguida à resolução de questão preliminar, além da cláusula derradeira de gestão processual, segundo a qual permite ao juiz tomar qualquer medida ou adotar qualquer outra ordem com a finalidade de administrar o caso e promover o objetivo primordial.⁴

O *case management* foi, pouco mais tarde, incorporado ao artigo 6.º do Código de Processo Civil e acerca desse instituto afirma-se que cabe ao juiz a direção formal do processo nos seus aspectos técnicos e de estrutura interna. Para assegurar o andamento regular e célere do processo deve o juiz, nos limites da lei, promover todas as diligências que entender necessárias e indeferir os requerimentos das partes que não correspondam

³ CRUZ E TUCCI, José Rogério / AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de processo civil canônico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 19.

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma novidade: o código de processo civil inglês, In *Temas de Direito Processual: Sétima Série*. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 185.

a um interesse sério ou tenham propósitos meramente protelatórios.⁵ Trata-se de uma gestão formal, estreitamente ligada ao cumprimento de deveres de cooperação processual do juiz para com as partes. Dito de outro modo, deve o juiz dirigir ativamente o processo, priorizando o andamento célere do procedimento e promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao seu andamento, além de indeferir o que for impertinente ou meramente dilatatório e adotar, sempre depois de ouvir as partes, instrumentos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em período razoável.⁶ A atribuição ao juiz de poderes de gestão processual insere-se na tendência de substituir um processo rígido por um processo flexível resultante de uma decisão discricionária do juiz.

Na atualidade, a doutrina menciona *la déformalisation et du case management* ao contrário do formalismo tradicionalmente atribuído às regras de procedimento⁷, algo que já havia sido percebido no âmbito da formulação do chamado formalismo-valorativo, ideia que trata da forma em sentido amplo, a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.⁸

A deformalização pode ser definida como a flexibilização das regras de procedimento pelos atores da justiça ou pela própria lei, que visa, ao mesmo tempo, tornar menos rígidos os modos de proceder, as formas de julgamento e simplificar a forma dos documentos processuais. Além da deformalização, cuja preocupação contemporânea é favorecer a solução amigável de controvérsias, quaisquer que sejam os meios dessa justiça negociada, também chamada de justiça convencional ou de justiça contratual, fala-se em desjudicialização, a saber, a ideia de princípios orientadores para a solução

⁵ FREITAS, José Lebre de / ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil anotado*, vol. I, artigos 1.º a 361.º. 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 22-23.

⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil, In *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, jul.-set. 2013, p. 10.

⁷ CADIET, Loïc. Case management judiciaire et déformalisation de la procédure, In *Revue française d'administration publique*, n.º 125, 2008, pp. 133-150.

⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*, 4.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 26-28.

amigável de conflitos, cuja consagração pode ser observada aqui e ali, no direito interno e nos instrumentos internacionais.⁹

Nesse ambiente cultural¹⁰, os negócios processuais inserem-se na tendência de substituir um processo rígido por um processo flexível, porém, com a peculiaridade e a característica de serem um produto, um resultado da discricionariedade das partes, mesmo reconhecendo que tais negócios não passam de um oxímoro, já que a expressão “acordo processual”, bem como a expressão mais geral “convenção no processo”, da qual o acordo processual é uma espécie, combina duas noções que, de início, em tudo parecem se opor, pois ninguém discorda de que é perfeitamente possível definir o processo como um desacordo entre as partes.¹¹ Está, por demais arraigada entre os processualistas, a ideia de que a jurisdição visa a compor uma lide¹², sendo por vezes, estranha à doutrina a ideia de que poderá haver a composição da ação através de negócio processual.

De acordo com Miguel Teixeira de Souza, os negócios processuais são negócios jurídicos que produzem efeitos processuais. São atos processuais de caráter negocial que constituem, modificam ou extinguem uma situação jurídica processual. O autor refere que os negócios processuais podem ser unilaterais ou bilaterais e nesse último caso ele remete aos contratos processuais. Afirma também que os negócios processuais são expressão da autonomia das partes no processo civil e essa autonomia apenas se manifesta no âmbito das normas dispositivas, sendo afastada das regras injuntivas.¹³

Por outro lado, outro setor da doutrina afirma que essa última asserção é parcialmente verdadeira, já que a diferenciação entre as normas processuais dispositivas e normas processuais cogentes (ou injuntivas), que antigamente serviu como fundamento

⁹ CADIET, Loïc. Case management judiciaire et déformalisation de la procédure, In *Revue française d'administration publique*, n.º 125, 2008, pp. 139-148. Acerca dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, COSTA E SILVA, Paula. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra, Almedina, 2009.

¹⁰ LACERDA, Galeno. Processo e cultura, In *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 3, São Paulo, 1961, p. 75.

¹¹ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges, In *Accordi di parte e Processo. Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXII, n.º 3, 2008, p. 7.

¹² Como é cediço, Carnelutti atribuiu à jurisdição a função de justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro interessado. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, Cedam, 1936, p. 40.

¹³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lisboa, Lex, 1997, p. 193.

para a elaboração de diversas teses processuais¹⁴, acaba por não mais encontrar um grande respaldo doutrinário e jurisprudencial. Atualmente, existe o entendimento de que a inderrogabilidade da norma processual parte da equivocada visão da natureza publicista de processo, que veda o processo convencional, e a esse respeito seria vedado às partes modificar o procedimento ou qualquer situação jurídica processual.¹⁵

Nesse novo contexto, admite-se, por exemplo, em matéria de pressupostos processuais, que as partes simplifiquem a forma de comprovação da representação processual e aconselha-se a utilização de um critério com base na adequação da regra processual aos escopos da jurisdição estatal ou arbitral.¹⁶ Talvez, em razão disso, a doutrina começa a falar numa “flexibilidade do direito público”¹⁷, além da dificuldade de ser traçada uma linha divisória entre as normas dispositivas e as normas cogentes.

Contudo, os negócios processuais, apesar da disseminação e da dimensão que tomaram, em diversos ordenamentos jurídicos, tanto na família do *civil law* como na do *common law*, não obtiveram unanimidade na doutrina e, ainda hoje, são alvo de críticas por parte de alguma doutrina e resistência de certos tribunais, apesar de parecer inegável, ao longo da história do processo, a admissibilidade de negócios processuais típicos, como as convenções de arbitragem, os pactos de jurisdição e de competência, os contratos probatórios, os contratos sobre a legitimidade processual, a desistência, a confissão do pedido e a transação.

No Brasil, por exemplo, os negócios processuais contaram com o pioneirismo de José Carlos Barbosa Moreira. O célebre autor identificou que as convenções processuais, como atos processuais apenas *lato sensu*, ao menos em grande maioria, se submetem a

¹⁴ A exemplo da monumental obra de LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, Porto Alegre, Livraria Sulina, 1953. Acerca da distinção entre normas cogentes e normas dispositivas no âmbito das convenções processuais, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, In *Temas de direito processual*, terceira série, Saraiva, São Paulo, 1984. p. 91.

¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 183.

¹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual. Rumo a uma nova era?* In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2017.

¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 183-184.

um regime jurídico misto, em que se entrelaçam normas de direito processual e normas de direito material.¹⁸

No que toca aos contratos probatórios, a grosso modo, a doutrina estabelece a processualidade dos atos a partir da produção dos efeitos desses mesmos atos. Considera que o ato é processual quando produz efeitos sobre uma situação jurídica processual. O caráter processual do ato não depende de ele ser praticado dentro do processo, mas que produza seus efeitos no processo.¹⁹ De Stefano chega a mencionar que os pactos sobre a prova são de natureza processual porque a eficácia deles diz respeito apenas ao processo, em particular, ao desenvolvimento da instrução probatória. Consequentemente, afirma que o critério para qualificar o ato como substancial ou processual consiste na *processualità o meno della sua efficacia*.²⁰

No ordenamento processual brasileiro, o critério da norma aplicada ou da incidência da regra legal serve para justificar a natureza processual dos negócios processuais, de acordo com os artigos 191 e 200 do Código de Processo Civil, que são de fundamental importância para a tutela da formação e da manifestação da vontade na celebração desses negócios, das quais derivam consequências em matéria de validade e de eficácia dos atos. Já em Portugal, a lei que se ocupa da formação e da manifestação de vontade, bem como da produção dos efeitos das convenções sobre o ônus da prova, é o Código Civil, em especial o artigo 345.º, uma regra de natureza de direito material. Igualmente, os negócios sobre o ônus da prova estão previstos no artigo 2698 do Código Civil Italiano, o que acaba por demonstrar estarem os negócios jurídicos sobre a prova ora previstos na lei processual, ora na lei material.

O ato processual, como se sabe, é ato jurídico das partes, cujos efeitos diretos se situam no campo do direito processual, ou seja, o ato processual que cria, modifica ou extingue situações jurídicas processuais, ou possibilidades, ônus, ou isenções de ônus. O tribunal toma decisões que alteram a situação jurídica processual. Os atos das partes incluem, por exemplo, a apresentação de fatos, a interposição de recursos, a desistência

¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual, In *Temas de direito processual*, terceira série, Saraiva, São Paulo, 1984, p. 93.

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 2. ed. Roma: Soc. Ed. Foro it, 1941, pp. 59 e ss.

²⁰ DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 66.

da ação ou reconhecimento do pedido ou a renúncia aos recursos. Os atos processuais, por sua vez, podem ser unilaterais ou bilaterais. Por exemplo, a convenção de arbitragem e os pactos de jurisdição são atos bilaterais.

Ora, para verificar se os contratos de prova são negócios processuais, deve ser determinada a natureza das consequências jurídicas causadas pela celebração dos contratos. A resposta não é simples. Nos contratos sobre o ônus da prova, por exemplo, a eficácia jurídica do ato, simplesmente, não exige nenhum agir processual adicional pelas partes. Nos contratos sobre os graus da prova a eficácia jurídica é imediata, logo, a situação jurídica muda imediatamente. Por exemplo, as partes concluem que a medida de prova não é mais a da probabilidade²¹, mas da prova estrita. A lei processual permite que as partes arrolem testemunhas, mas esse direito preclui se as partes concluem um contrato de provas que não permita a elas o direito de arrolarem testemunhas no processo. Nesse sentido, há mudança no comportamento que as partes devem assumir no processo, para que o tribunal adote uma determinada decisão. As partes, em assim agindo, vão influenciar a decisão do tribunal, arbitral ou estadual. Além disso, os contratos probatórios não pressupõem uma lide pendente para que sejam concluídos pois, muito provavelmente, serão concluídos antes do início de qualquer processo e, curiosamente, poderão existir mesmo que não surja, jamais, um processo judicial.²²

Não se desconhece, por outro lado, a existência de contratos probatórios que resultam na obrigação de a parte adotar ou não adotar um comportamento processual perante o tribunal, o que o leva a tomar uma determinada decisão. Por exemplo, o contrato conclui que uma parte não pode impugnar as alegações da contraparte em relação a um tema de prova específico, com o resultado de que não haverá provas a serem

²¹ No sentido de que a referência da prova é a verdade ou a verossimilhança de um fato real ou conjectural e a probabilidade não pode constituir referência da prova, dado que esta não visa a demonstração de uma verdade ou de uma verossimilhança provável, SOUSA, Miguel Teixeira de. *A prova em processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 31. De acordo com o autor, a probabilidade, quando utilizável em matéria probatória, constitui apenas um meio para a fundamentação da verdade ou da verossimilhança do *facto probando*. Com base nisso, conclui que as referências na lei à probabilidade não podem ser interpretadas como significando que, como medida da prova, seja suficiente a probabilidade da verdade ou da verossimilhança.

²² No sentido de que todos os contratos probatórios, com exceção do contrato sobre o ônus substantivo da prova, são qualificados como contratos procedimentais, PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, pp. 241-242. A autora menciona que o fato de os contratos de prova também poderem ser concluídos antes do surgimento de um processo não significa que eles não sejam atos do processo.

produzidas. Mesmo nesse caso, o efeito processual ocorre apenas indiretamente. Esses contratos também alteram, diretamente, os direitos e obrigações das partes.

Aliás, segundo a doutrina, os negócios processuais requerem não só a vontade de produzir a declaração negocial e através desta exprimir um pensamento, como também a vontade de produzir um certo efeito num processo pendente ou futuro e, como dito, podem ser unilaterais ou bilaterais, sendo esses últimos os chamados contratos processuais. Dito de outro modo, é a disponibilidade sobre os efeitos processuais que afere a admissibilidade dos negócios processuais²³ e desimporta se foram firmados dentro ou fora do processo, se foram celebrados por sujeitos processuais ou se o efeito processual é direto, reflexo, principal ou acessório.²⁴

2. Definição e classificação dos contratos probatórios

2.1 Considerações gerais

A literatura alemã generalizou o termo *Prozeßverträge*, que significa exatamente contratos processuais. Tanto nas “convenções”, como nos “contratos”, estar-se-á diante de “atos constituídos por duas declarações de vontade”, conquanto na primeira há “conteúdo igual” e na segunda “é essencial a esta figura serem diversas (embora correspondentes) as declarações de vontade.”²⁵

Chiovenda, por exemplo, distingue os acordos processuais dos contratos processuais, referindo que enquanto os primeiros constituem atos processuais, os segundos, que compreendem o compromisso, o *pactum de non petendo* e o *pacto de foro prorrogando*, são declarações de vontade com eficácia dispositiva.²⁶ Dito de outro modo, as convenções são formadas de atos constituídos por duas declarações de vontade e essas

²³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.^a ed., Lisboa, Lex, 1997, p. 193.

²⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 63-69.

²⁵ Por todos, WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998. Igualmente, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual, In *Temas de direito processual*, terceira série, Saraiva, São Paulo, 1984. pp. 88-89.

²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processual civile*, 3.^a ed., Napoli, Jovene, 1913, pp. 105-106.

duas declarações de vontade tem conteúdo igual. O contrato é formado por duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, que se ajustam na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte. Na doutrina alemã, as convenções são designadas pela expressão *Vereinbarung*.²⁷

Atualmente, as diferenças terminológicas entre “contrato”, “acordo”, “pacto”, “convenção” e outras encontram-se, em grande parte, superadas. Verifica-se que a nomenclatura raramente interfere nos efeitos de cada uma dessas categorias, bem como nos seus pressupostos de existência, de validade e de eficácia. A conclusão de um contrato de prova é propriamente distinta da declaração concorrente das partes perante o tribunal. Somente na primeira situação há, propriamente, um negócio processual, dotado de eficácia jurídica, cujo significado é oposto para cada parte. Assim, ao concluir um contrato sobre os temas da prova, uma parte tem o dever de não impugnar a alegação de fato específico formulada pela outra parte, em processo judicial ou arbitral.

No entanto, a nomenclatura “contrato”, “acordo”, “pacto”, “convenção” poderá ter alguma aplicação prática na interpretação e na integração do ato processual e nos deveres de boa-fé incidentes no contrato. A contraposição de interesses, que é própria do “contrato” e não do “acordo”, poderá atrair os deveres de boa-fé²⁸ e esse ponto é relevante para os fins do presente estudo.

Daí por que se prefere a utilização do termo “contratos” para designar os negócios processuais que envolvem a prova, já que, além da boa-fé ser um elemento indissociável do direito processual²⁹, ela deve reinar entre os negócios processuais, dos quais fazem parte os contratos probatórios.³⁰ Os contratos devem ser executados por todos aqueles que, de qualquer modo, participam do negócio, de boa-fé, que é exigida ainda na fase pré-contratual (*culpa in contrahendo*) e também aparece na fase pós-contratual (*culpa pos*

²⁷ Entre outros, utiliza a expressão *Vereinbarung* para designar “acordo” ou “convenção”, SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1935, p. 22.

²⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 56.

²⁹ Por todos, BAUMGÄRTEL, Gottfried. Treu und Glauben im Zivilprozess, In *Zeitschrift für Zivilprozess*, n.º 86, 1973, pp. 353-372.

³⁰ A utilização da expressão “contratos probatórios” é preferível, mas não exclui, ao longo do texto, outras designações que são correntes em doutrina.

pactum finitum).³¹ Aliás, Wagner sustenta que a cláusula de boa-fé, prevista no § 242 do BGB, é igualmente aplicável aos contratos probatórios.³²

Por outro lado, Marinoni, Arenhart e Mitidiero costumam atrelar a possibilidade de as partes celebrarem acordos processuais à tendência de privatização do processo civil como se a jurisdição tivesse por escopo apenas a solução da controvérsia das partes e como uma tentativa de trazer para o processo a ideologia e as linhas mestras da arbitragem, sendo desconsiderados pela doutrina outros compromissos da jurisdição com seus mais elevados fins. Essa circunstância, para os autores, contrasta com o papel do Estado, com a função epistêmica do processo e com a função de dar tutela aos direitos, trazendo, ainda, para um ambiente público as delimitações e as carências desses instrumentos privados de solução de controvérsias.³³

Ora, não se pode negar que os acordos processuais decorrem da disponibilidade do direito material. Se as partes podem encerrar o processo consensualmente, mediante acordo, judicial ou extrajudicial, não há porque negar-lhes o poder de, por exemplo, escolherem os meios de prova que serão admitidos. Isso, de modo algum, não se confunde com uma permissão geral para que as partes ditem o que o Estado deve fazer e deve não fazer. Além disso, mesmo no âmbito da arbitragem, nem sempre é possível evitar o recurso ao Poder Judiciário, já que existem casos em que as partes não querem fugir da solução judicial de seu conflito, adaptando-a às suas necessidades. Nesses diferentes casos, o negócio processual pode ao menos conter disposições que planifiquem o tratamento judicial do litígio. Sem dúvida, porém, que a liberdade contratual vai ser mais limitada que no âmbito da arbitragem, por exemplo, porque a instituição judicial está preocupada com a sua organização e seu funcionamento.³⁴

Portanto, existe uma gradação na neutralização da liberdade contratual: grosso modo, quanto maior o poder do juiz no litígio, menos determinado está o julgamento, o

³¹ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*, 6.^a reimp., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 546 ss. e 625 ss.

³² WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 688.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil. Teoria do processo civil*, vol. I, 5.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 571-572.

³⁴ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges, In *Accordi di parte e Processo. Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXII, n.º 3, 2008, pp. 15.

que anula as disposições prévias que deveriam determiná-lo. Além das disposições contratuais relativas à ação e das relativas ao processo, existem as disposições relativas à prova, quer sejam aquelas que tratem do ônus da prova, quer sejam as que têm por objeto os tipos de prova. Essas cláusulas compromissórias, no entanto, afetam menos as normas processuais que as normas de direito material, consideradas como suplementares de vontade e são disposições em princípio válidas, desde que não atentem à liberdade de provas.³⁵

A doutrina que trata da contratualização do processo com uma certa hostilidade ainda esquece que o contrato não é apenas uma figura jurídica do direito civil, mas é uma figura que pode nascer em qualquer âmbito do direito, até porque em qualquer aspecto da vida jurídica o indivíduo exercita a sua iniciativa privada. Assim como existem negócios de direito privado, podem existir também de direito público e de direito processual, sendo esses negócios usualmente privados, mas que produzem efeitos no processo.

Além disso, em matéria de justiça civil, a contratualização pode ser vantajosa se introduzir flexibilidade na administração da justiça e no desenvolvimento dos processos, ao mesmo tempo que viabilizar a implementação de um processo de democratização da justiça e de evitar que seja um instrumento de dissolução do serviço público da justiça e de mercantilização dessa função estatal essencial que é a justiça. Favorecer a contratualização da justiça pode contribuir para facilitar a aceitação social da atividade jurisdicional, conferindo-lhe maior legitimidade.³⁶

Contudo, as convenções probatórias não obtiveram muitos simpatizantes ao longo da história. Sempre existiu uma forte corrente doutrinária que se opunha à admissibilidade de determinadas convenções de provas, sufragada, entre outros, por Chiovenda, José Alberto dos Reis e Devis Echandía.

Para Chiovenda, o conceito de negócio processual é dos mais discutidos. De acordo com o autor, existem atos de parte, que alguns consideram como negócios processuais e

³⁵ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges, In *Accordi di parte e Processo. Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXII, n.º 3, 2008, p. 16.

³⁶ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. In *Accordi di parte e Processo. Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXII, n.º 3, 2008, p. 34.

outros consideram como provas ou deduções (juramento, confissão). Ao contrário, existem atos processuais que sem dúvida se pode identificar o caráter de negócios processuais, porque o efeito que produzem se encontra imediatamente ligado pela lei à vontade das partes. Tais são, em geral, as declarações unilaterais ou bilaterais de vontade que a lei admite no processo, dirigidas a constituir, modificar, extinguir direitos processuais (renúncia, aceitação da sentença etc.). O jurista menciona que até então essa matéria não teve uma elaboração completa, mas tem presente que (i) nem sempre que o acordo das partes é pressuposto da decisão do juiz se pode falar de negócios jurídicos processuais; (ii) ainda que os negócios jurídicos processuais tenham eficácia dispositiva, não deixam de ser atos processuais, e por consequência regulados pela lei processual, quanto à forma, capacidade etc. E vice-versa, o fato de serem exigidas condições especiais de capacidade para um ato processual (como para a confissão) não significa que esse ato seja apenas um negócio jurídico: uma vez que a vontade também tem relevância nos atos que não são negócios jurídicos, a lei pode exigir requisitos especiais para um ato, em vista da gravidade de suas consequências *de fato*; (iii) ao atribuir a um ato processual o caráter de negócio jurídico, ainda não se afirma que o direito reconheça à *vontade* da parte a mesma importância que se pode reconhecer em direito privado. Como sempre há um elemento especial a considerar no processo – a presença do órgão do Estado – embora estranho ao negócio, isso pode explicar uma influência mais ou menos direta. É de interesse público, que domina todo o processo, que a atividade do Estado seja certa e determinada nos resultados e esse interesse poderia estar comprometido se em qualquer caso fosse admitido que um defeito de vontade do negócio ou o desaparecimento da sua causa pudessem influenciar os resultados da atividade pública a que deu lugar o negócio.³⁷

Assim, Chiovenda considera ineficazes, porque tensionam regular uma atividade pública de modo diverso do legal, os contratos relativos à prova, como, por exemplo, atribuir valor a certos meios de prova ou excluir meios de prova, ou dispensar qualquer formalidade na assunção da prova. O autor considera *contratti di prova* certas cláusulas contratuais de conteúdo substancial.³⁸

³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Napoli, Jovene, 1933, p. 362.

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, 3.^a ed., Napoli, Jovene, 1913, pp. 105-106.

Devis Echandía, de seu turno, quando trata das provas judiciais, não hesita ao declarar a invalidade dos contratos sobre as provas, embora antes reconheça a existência de cinco classes de contratos sobre a prova. A primeira classe, seria daqueles contratos que tenham por objetivo dar valor probatório a meio de prova não autorizado por lei; a segunda seria daqueles que procuram conceder a um meio autorizado por lei um valor ou superior ou diverso daquele que a lei lhes confere ou ao qual o juiz os reconheça livremente (conforme a tarifa legal ou a livre apreciação); a terceira, daqueles pactos que tentam suprimir ou diminuir o valor que a lei atribui a um meio de prova ou que o juiz pode livremente reconhecer (de acordo com o sistema de apreciação que rege) ou exigem um meio de prova especial que a lei não exige; a quarta, como modalidade do segundo grupo, aqueles que pretendem atribuir valor executivo, a meio ao qual a lei não concede esse valor, e como modalidade deste último, aqueles que, pelo contrário, procuram privar um valor processual que a lei lhe atribui; e a quinta, acerca dos que buscam alterar a norma jurídica sobre o ônus da prova. O autor rechaça os contratos quando existe tarifa legal ou até mesmo num sistema de livre apreciação, embora concorde em admitir a estipulação privada sobre o ônus da prova quando a lei não disser nada quanto ao ônus da prova de determinado fato. Contudo, se a lei consagra normas sobre *la carga de la prueba*, não poderão essas regras ser alteradas pela vontade das partes.³⁹

José Alberto dos Reis, em clássica lição, ensina que as convenções probatórias são contratos ou acordos relativos à prova. O jurista português trazia o seguinte exemplo: suponha-se que as partes, ao celebrarem um negócio jurídico, estipulam que se deste negócio emergir qualquer pleito, não poderá no processo fazer-se uso da prova testemunhal, ou as testemunhas não poderão ser inquiridas pelo juiz, ou não será lícito requerer depoimento da parte, ou serão considerados provados os fatos constitutivos alegados pelo autor, salvo se o réu fizer prova do fato contrário, ou fará prova plena o depoimento de uma única testemunha etc. Na época, anterior ao Código Civil vigente, o autor considerava inválidas as convenções probatórias, pois contrárias ao sistema legal português.⁴⁰

³⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*, tomo II, 3.^a ed., Bogotá, Editorial ABC, 1973, pp. 161-163.

⁴⁰ REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1950, pp. 250-251.

Josef Kohler, pioneiro a tratar da matéria, nem sempre festejou a celebração desses pactos. Sustentou serem defesos os acordos de prova em que fosse estabelecida a admissibilidade de provas que a lei declarava inadmissível, porquanto o contrato estaria a derrogar uma norma processual de inadmissibilidade concebida com o objetivo de facilitar as condições mais seguras de prova documental. O jurista alemão chega a mencionar a hipótese de um acordo, prévio ao processo, que exclui o juramento de testemunhas para considerar esse tipo de pacto nulo e sem qualquer efeito para o juiz e para as partes. Em outras palavras, pacto não vinculativo para o juiz e para as partes. São mencionados os acordos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova, que o autor considera nulos, porque atentam ao princípio do ônus da prova como um princípio processual e não substancial, sendo, conseqüentemente, inderrogável pela vontade das partes, além de mencionar o negócio jurídico de reconhecimento, com o qual as partes estabelecem que um certo fato deve ser declarado pelo tribunal tal como definido no acordo. Esse contrato também deve ser considerado inadmissível e ineficaz na visão do jurista porque incide sobre o âmbito do livre convencimento do juiz e o processo de formação do convencimento judicial deve ser livre e desvinculado do *dictat* das partes.⁴¹

O autor especifica os acordos sobre a interpretação dos fatos, isto é, aqueles segundo os quais é estabelecido que um certo evento identificado deve ser interpretado a favor de uma ou de outra parte, e aqueles segundo os quais é vedado às partes alegar determinado fato no processo. Segundo o autor, esses pactos são nulos e ineficazes entre as partes e entre elas e o tribunal. Como consequência, a parte que alega um fato que anteriormente se comprometeu a não mencionar no processo não arcará com nenhuma indenização ou compensação por ter violado o compromisso anteriormente assumido (obrigação de não fazer) e o juiz não poderá acolher uma eventual exceção trazida pela outra parte que deseja cumprir o contrato. Solução contrária, segundo o autor, implicaria ulterior dificuldade na busca de verdade pelo tribunal, que por si só já é imperfeita.⁴²

Por sua vez, o *Reichsgericht*, numa decisão proferida nos idos de 1896, definiu o negócio de prova como “... *einen Vertrag, nach dem eine bestimmte Tatsache als bewiesen*

⁴¹ KOHLER, Josef. Ueber process rechtliche Verträge und Creationen, In *Gesammelte Beiträge zum. Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1894, pp. 155 e 157-163.

⁴² KOHLER, Josef. Ueber process rechtliche Verträge und Creationen, In *Gesammelte Beiträge zum. Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1894, p. 155.

gelten soll”, ou seja, em tradução livre, um contrato pelo qual um determinado fato se considera provado, hipótese em que era definida a verdade de um fato e não se derogava qualquer aspecto legal da instrução probatória, o que, dessa forma, era inadmissível pelo tribunal, porque limitava a livre apreciação judicial dos fatos.⁴³ Nessa época, e provavelmente até o início dos novecentos, os estudiosos tratavam dos negócios processuais de reconhecimento (*Anerkennissverträge*), dos negócios processuais de confissão (*Geständnissverträge*) e dos negócios processuais sobre a alteração da distribuição do ônus da prova (*Beweislastverträge*).

A ideia dos contratos de prova ganha corpo no direito alemão em razão da incerteza que é inerente a qualquer processo judicial acerca do destino da disputa, por não se poder prever com certeza como o tribunal irá julgar a causa, o que geralmente é intensificado pelo fato de que as partes devem provar as alegações, em particular os fatos que são relevantes para a decisão e a constatação daquela época de que muito processos, para uma ou outra parte, já frustraram, em razão do modo da produção das provas. Como solução, a doutrina passou a entender que, em muitos casos, seria de grande valia para as partes que determinassem, mesmo antes do início do processo ou imediatamente após, que certos fatos fossem considerados indiscutíveis ou, na ausência de contraprova, devessem, pelo menos, ser considerados como verdadeiros, se a prova de certos fatos levasse à conclusão acerca da existência daqueles fatos ou que apenas determinados meios de prova fossem admissíveis para comprovar os fatos. Esses acordos tirariam algumas das incertezas sobre o resultado do processo e abreviariam o procedimento. De acordo com Otto Knecht, os contratos probatórios surgiram dessas considerações.⁴⁴

Eles já haviam desempenhado um papel assaz importante nos oitocentos, especialmente em contratos de seguro, de modo que a ciência e a prática muitas vezes já lidaram com eles. É interessante notar que, embora tenham inicialmente sido admitidos, especialmente desde Bülow, Wach e Kohler uma forte aversão a eles tornou-se perceptível, de modo que por quase meio século os contratos de prova foram

⁴³ EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, pp. 4-6.

⁴⁴ KNECHT, Otto. *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau, Rudolf Rosswog, 1937, p. 13.

considerados inadmissíveis, em evidente visão negacionista da autonomia privada no âmbito do processo civil.⁴⁵

Apenas no início dos novecentos voltou a ganhar terreno uma tendência que preconiza a admissão de contratos de prova, por vezes irrestrita, às vezes com algumas restrições. Interessante notar que, desde o surgimento, os contratos de prova eram vistos como contratos de direito civil e desde que a separação cada vez mais acentuada entre direito processual e direito civil foi sendo gradualmente eliminada, começou-se a considerar o carácter e a eficácia processual desses contratos.⁴⁶

Em Portugal, a mudança ocorre durante os novecentos, em especial com o advento do Código Civil de 1966, cujo artigo 345.º teve o papel essencial em explicitar a validade das cláusulas contratuais referentes aos contratos probatórios, de sorte que, a partir de então, passaram a ser genericamente possíveis, lícitas e admissíveis as convenções sobre prova, ao abrigo da autonomia privada das partes (artigo 405.º do Código Civil), que, de acordo com a doutrina, é o princípio da formação individual das relações jurídicas de acordo com a vontade e faz parte do princípio geral da autodeterminação humana. Segundo a Lei Fundamental, este princípio é reconhecido como um valor atribuído ao ordenamento jurídico, que é realizado através dos direitos fundamentais. O princípio da autonomia privada é implementado em vários graus nos sistemas jurídicos individuais e tem uma validade diferente no desenvolvimento histórico de cada sistema jurídico, já que não há ordem jurídica sem autonomia privada. Contudo, Werner Flume sublinha que em uma ordem jurídica socialista a autonomia privada é restrita porque, na medida em que não existem relações jurídicas privadas, também não há a possibilidade de o indivíduo moldar o negócio com base na autodeterminação.⁴⁷

⁴⁵ BÜLOW, Oskar. Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, In *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 64, 1881, p. 62. WACH, Adolf. Das Geständnis. Ein Beitrag zur Lehre von den Prozessualischen Rechtsgeschäften. In *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 64, 1881, pp. 218 e ss. KOHLER, Josef. Ueber process rechtliche Verträge und Creationen. In *Gesammelte Beiträge zum. Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1894, p. 155. Com amplas referências aos autores que rejeitam os contratos sobre os meios de provas (Verträge über Beweismittel), BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozeßrecht: Erkenntnisverfahren*, 2.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 380.

⁴⁶ KNECHT, Otto. *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau, Rudolf Rosswog, 1937, p. 13.

⁴⁷ FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft*, Springer, 1992, p. 1.

Mesmo assim, o artigo 345.º fixa diversas restrições, vedando, por nulidade, a convenção que inverta o ônus da prova, quando se trate de direito indisponível, a convenção que torne excessivamente difícil, a uma das partes, o exercício do direito, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou que admitir um meio de prova diverso dos legais e a convenção que afastar determinações de ordem pública.

Acerca do tema, esclarecem Pires de Lima e Antunes Varela que, em princípio, nos termos da primeira parte do n.º 2 do artigo 345º do Código Civil, as convenções que excluam um meio legal de prova ou admitam um meio de prova diferente dos meios de prova legais apenas são nulas quando o direito seja indisponível ou a convenção torne excessivamente difícil o exercício do direito. É o que resulta da remissão para o número anterior, que veda, por nulidade, a convenção que inverte o ônus da prova, quando se trata de direito indisponível ou quando a inversão torna excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. Por exemplo, não se pode convencionar, numa ação de investigação de paternidade, que cabe ao suposto pai provar que não é pai. Pode-se admitir convenção segundo a qual o vendedor se responsabiliza pelos vícios da coisa vendida se não provar que são superiores ao contrato. Quanto ao n.º 2, pode-se, em largos limites, admitir-se a validade da convenção que, por exemplo, afaste a prova testemunhal ou exija que o fato só se prove por escrito. Quanto às determinações legais que tenham fundamento razões de ordem pública, a exemplo de quando a lei exige escritura pública, não pode se convencionar a possibilidade de provar o fato por documento particular.⁴⁸

Menezes Cordeiro indica exemplos de convenções probatórias em contratos complexos, nos quais se pretenda incrementar a segurança e a rapidez. De acordo com o autor, podem as partes convencionar que certas ocorrências contratuais só se consigam provar por escrito ou, se verificadas aquilo que ele chama de perturbações da prestação, por exemplo, em empreitadas, tenham elas de ser invocadas em prazo curtos, perante tribunais *ad hoc* de tipo técnico, sob pena de não mais se poderem alegar ou demonstrar.⁴⁹

Vale assinalar que no direito processual civil brasileiro a transformação definitiva ocorreu com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que no artigo 190

⁴⁸ VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Fernando Andrade Pires de. *Código civil anotado*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, p. 286.

⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. II. reimp., Coimbra, Almedina, 2011, p. 469.

consagra, definitivamente, o princípio da liberdade negocial em termos extremamente amplos, já que, além da previsão de uma liberdade negocial, estão previstos na lei processual negócios processuais que são amplamente admitidos, a exemplo dos acordos sobre a competência, as convenções de arbitragem e as convenções sobre a inversão do ônus da prova.

Fixadas essas premissas, cabe ainda mencionar que existem inúmeras classificações dos negócios processuais, as quais escapam dos estreitos limites do presente estudo. A doutrina costuma dividir os contratos processuais em convenções sobre situações jurídicas processuais e convenções sobre atos do procedimento, convenções prévias e convenções incidentais, convenções onerosas e gratuitas, convenções comutativas e aleatórias, protocolos institucionais de natureza administrativa, convenções típicas e atípicas etc.⁵⁰

A incursão pelo negócio processual e essa abordagem do problema ampliaria demais o objeto do trabalho e não serviria aos propósitos finais, que consistem na verificação de modalidades de incumprimento dos negócios sobre a prova.

Logo, no âmbito dos negócios processuais, são diversas as classificações doutrinárias acerca dos contratos de prova, sendo encontrados determinados tipos de contratos e mais especificamente diversas subespécies desses tipos de contratos. A doutrina alemã, pioneira na matéria, distingue os diversos tipos de contratos de prova quanto ao conteúdo e a definição dos pactos no direito tedesco não é uniforme, o que geralmente causa certa confusão. O alcance da expressão *Beweisverträge* na Alemanha é diversificado e amplo, referindo-se os autores alemães, predominantemente, aos acordos que influenciam o convencimento judicial e o respectivo procedimento de formação desse convencimento do tribunal (*Gericht*).⁵¹

Nesse espaço, Josef Kohler trata dos pactos de exclusão de um grau de jurisdição e dos pactos de exclusão de competência (*Exklusivverträge in Bezug auf Instanzen und Gerichtsstände*), dos pactos de prorrogação da competência (*Positive Gerichtsstands- und*

⁵⁰ Com profundidade, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 79 ss.

⁵¹ Por todos, WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 610-699.

Gerichtsverträge), dos pactos relativos às regras de procedimentos (*Verträge bezüglich der Ordnung des Processverfahrens*), dos pactos sobre fatos e acerca da prova (*Tatsachen- und Beweisverträge*) e dos pactos de exclusão de um procedimento especial ou de execução (*Exklusivverträge bezüglich einer ausserordentlichen Processant und Executionsverträge*). O autor ainda faz menção de exemplo de negócio processual que remonta ao *Liber Consuetudinis Mediolanensis* de 1216, segundo o qual o acordo entre credor e devedor estabeleceu que a prova do adimplemento seria admitida apenas mediante documento escrito, excluindo qualquer meio de prova em tese admissível.⁵²

Gottfried Baumgärtel menciona que os contratos de prova são normalmente celebrados antes do início do procedimento e os identifica em negócios de confissão (*Geständnisverträge*), que têm por objeto um determinado fato incontroverso ou pouquíssimo controvertido. Esse fato, quando não provado o contrário, deve ser tido como indiscutível. Os negócios de presunção (*Vermutungsverträge*), com os quais – com ou sem admissibilidade de prova em contrário – um fato deve ser considerado provado, quando não houver a prova de outro fato. Igualmente os negócios sobre os meios de prova (*Beweismittelverträge*), com os quais a apresentação ou a produção de provas é limitada, seja excluindo determinados meios de prova ou determinando como objeto do contrato apenas um determinado meio de prova. O autor refere que, em muitos casos, os contratos sobre o ônus da prova também são ajuntados aos contratos de prova.⁵³

Gerhard Wagner, em obra célebre acerca dos negócios processuais, enumera os negócios substanciais de reconhecimento e os negócios processuais de confissão (*Materiell-rechtliche Feststellungs- und prozessuale Geständnisverträge*), a perícia arbitral consensual (*Schiedsgutachtenvereinbarungen*), os negócios relativos aos meios de prova (*Beweismittelverträge*), os negócios relativos ao ônus da prova (*Beweislastverträge*) e os negócios sobre a apreciação da prova (*Vertragliche Dispositionen über die Beweiswürdigung*).⁵⁴

⁵² KOHLER, Josef. Ueber process rechtliche Verträge und Creationen. *Gesammelte Beiträge zum. Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1894, pp. 130-164 e p. 156, nota 54.

⁵³ BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1972, pp. 248-249.

⁵⁴ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 610-699.

Ainda, com relação ao conteúdo dos negócios processuais relativos à prova, no vasto conceito de *Beweisverträge*, Karl Wilhelm Eickmann especifica os acordos relativos à necessidade de prova de um determinado fato (*Vereinbarungen über die Beweisbedürftigkeit einer Tatsache*) e os distingue em negócios de confissão (*Geständnisverträge*) e negócios de presunção (*Vermutungsverträge*), os acordos sobre o procedimento para obtenção de provas (*Vereinbarungen über das Verfahren der Beweisaufnahme*), que tocam os negócios relativos aos meios de prova (*Beweismittelverträge*) e a perícia arbitral consensual (*Schiedsgutachtenvertrag*) e, finalmente, os acordos sobre a apreciação da prova (*Vereinbarung über die Beweiswürdigung*). O autor fornece o clássico exemplo de um pacto de provas numa ação que visava à redução do preço de uma casa de férias, em *Creta*, na qual o autor requereu a produção de prova testemunhal e o interrogatório da parte e durante o processo o Juiz ordenou uma inspeção judicial. Notificadas, as partes resolveram, de comum acordo, que o órgão judicial não deveria realizar a inspeção ordenada, em razão dos altos custos processuais que acarretaria, devendo essa diligência ser substituída por uma filmagem do local. De acordo com Eickmann, a dúvida seria saber se o exemplo fornecido derroga as regras de formação e apreciação da prova previstas no § 355 da ZPO. Segundo ele, essa regra é derogável, em atenção ao § 295 da ZPO, que afirma serem as normas procedimentais derogáveis.⁵⁵

Ainda, segundo Eickmann, os contratos sobre os meios de prova (*Beweismittelverträge*) são identificados em acordos de limitação – por exemplo, do número de testemunhas ou a apresentação de provas apenas com documentos públicos – ou exclusão sobre os meios de prova – apenas a prova documental deve ser possível – e acordos para tornar admissível uma prova atípica – que muitas vezes pode tornar o procedimento mais célere com economia de recursos. O autor sublinha que a admissibilidade e a eficácia desses contratos (*Beschränkung und Ausschluß der Beweismittel*) justificam-se pelo fato de a apresentação e a produção das provas em processo civil estarem sujeitas à disposição das partes. Logo, Eickmann leva em consideração esses negócios probatórios atendendo à *Verhandlungsmaxime* e a liberdade das partes, além dos §§ 142, 13, 144 e 448 da ZPO. Dito de outro modo, de acordo com

⁵⁵ EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, pp. 33-35.

esses contratos probatórios, as partes geralmente restringem a prova a um ou mais de um meio de prova, nomeadamente certos documentos, testemunhas ou *expert witnesses*, ou excluem determinado meio de prova, a exemplo da prova pericial, para a comprovação das afirmações de certo fato.⁵⁶

Olivia Pelli traz uma interessante classificação. Primeiro, a autora trata dos contratos de prova sobre o procedimento probatório (*Beweisführungsverträge*), que são (1) contratos sobre a apreciação da prova (*Beweiswürdigungsverträge*); (2) contratos sobre os graus ou medidas da prova (*Beweismassverträge*); (3) contratos sobre os meios de prova (*Beweismittelverträge*); e (4) contratos sobre os temas da prova (*Beweisthemaverträge*), que, por sua vez, podem ser (4.1) em sentido estrito (*Beweisthemaverträge strictu sensu*) e (4.2) contratos sobre presunções (*Verträge über Fiktionen*). Depois, a autora trata dos contratos sobre o ônus da prova (*Beweislastverträge*).⁵⁷

Todos esses contratos probatórios geralmente são motivados por vários interesses, tais como o fato de as partes duvidarem acerca da confiabilidade da prova, a exemplo da dúvida acerca da credibilidade de uma testemunha, como também pelo fato de que estejam as partes preocupadas com a proteção de certos dados secretos, que possam vir a ser detetados ao ser explorado esse meio de prova de que as partes, previamente, abriram mão. Isso também acaba por desempenhar um papel relevante, particularmente no que toca à prova pericial ou quando as partes desejam poupar a testemunha da sobrecarga emocional que representa participar do processo judicial, seja por razões particulares ou por quaisquer outras razões.

2.2 Contratos de prova quanto ao momento

Quanto ao momento da celebração dos negócios, parece não haver controvérsia de que as convenções processuais, incluindo os contratos probatórios, são qualificadas como prévias, quando celebradas antes de iniciado o processo judicial ou arbitral, e como

⁵⁶ EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, pp. 43-44 e 86-88.

⁵⁷ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, pp. 6-25.

incidentais, quando os contratos probatórios forem celebrados depois da propositura da ação que envolve as partes.

Se os contratos de provas forem concluídos após o início de um processo judicial ou de arbitragem, eles têm ligação com uma relação jurídica específica e as partes, geralmente, são capazes de avaliar as consequências da conclusão deste contrato. As partes, frequentemente, são representadas por advogados no momento da conclusão dos contratos incidentais. Após o início de um processo judicial ou de arbitragem, as partes podem, por exemplo, não impugnar a existência de um fato e excluí-lo como objeto de prova, ou não requerer a apresentação ou a produção de determinada prova. O fato de alguém não querer causar esse episódio ao mesmo tempo através de um ato real, mas através da celebração de um contrato, não faz diferença em termos da renúncia ao direito de ser ouvido. Esses atos processuais podem ser perfeitamente realizados através de um contrato probatório, prévio ou incidental à instauração do processo judicial ou de arbitragem.

Constitui exemplo de contrato probatório incidental o chamado saneamento consensual, previsto no artigo 357, § 2º, do Código de Processo Civil Brasileiro. De acordo com essa norma, as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, a delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II (delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos) e IV (delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito), as quais, se homologadas, vinculam as partes e o decisor. Se a causa foi delimitada consensualmente pelas partes, inexistente direito de impugnar ou ajustar, porque isso representaria claro comportamento contraditório, vedado pelo princípio da boa-fé processual.⁵⁸

Ainda, quanto ao momento, cabe lembrar, quanto ao modo da execução contratual, que há contratos estendidos no tempo e contratos de duração. A distinção entre ambos é o modo de relação entre o tempo e o adimplemento. De acordo com a doutrina, pode haver contratos que permanecem vigentes por determinado período porque o preço foi dividido em prestações e contratos que permanecem vigentes porque a prestação foi diferida no

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Do modelo ao princípio*, 4.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 137.

tempo. Se o adimplemento é apenas diferido no tempo, não haverá propriamente uma obrigação duradoura, mas uma obrigação com o pagamento meramente fracionado durante certo período, ou com a execução da prestação devida posposta no tempo.⁵⁹

No que diz respeito à relação com o tempo nos contratos de duração, em que, além do diferimento da prestação no tempo, haverá uma relação entre o tempo e os modos de execução contratual, as obrigações podem ser obrigações de execução periódica, obrigações de execução reiterada e obrigações duradouras em sentido próprio. Enquanto que nas obrigações de execução periódica há a uma pluralidade dos atos de execução da obrigação, que ocorrem periodicamente no tempo, nas obrigações de execução reiterada a execução da obrigação ocorre de modo reiterado e nas obrigações duradouras ou em sentido próprio ou estrito não haverá adiamento temporal da prestação. Nas obrigações duradouras, o conteúdo contratual implica uma conduta duradoura, a exemplo das prestações alongadas no tempo, e pode apresentar o problema com a adaptação às circunstâncias. As obrigações duradouras são adimplidas permanentemente e perduram sem que seja modificado o conteúdo do dever de prestação, até alcançarem o termo final, quando encerradas pela denúncia ou extintas pela resolução por inadimplemento ou onerosidade excessiva superveniente.⁶⁰

De acordo com essa divisão, as convenções probatórias são algo próximo das obrigações duradouras em sentido próprio ou estrito, já que irão perdurar até ser alcançado seu termo final, com a satisfação ou com o término pelo decurso do prazo, ou em razão da resolução, pelo incumprimento.

2.3 Contratos de prova em relação ao objeto

Em doutrina, menos comum é a classificação dos contratos de prova com relação ao objeto modificado pelo contrato. Alguns, equivocadamente, mencionam que essa divisão estabelece quais efeitos os diversos contratos probatórios produzem em relação

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, pp. 74-75.

⁶⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 211.

às normas jurídicas. Como adiante se verá, não é adequado amalgamar os contratos probatórios em respeito ao objeto e os contratos probatórios em respeito à eficácia jurídica produzida.

Em relação ao objeto, os contratos de prova são divididos em duas categorias. As convenções sobre procedimento (*Normdispositionen*), em que poderá haver a derrogação de normas legais, e as convenções sobre situações jurídicas processuais (*Befugnisdispositionen*), que são convenções de natureza prestacional, em que as partes abdicam de situações jurídicas processuais e comprometem-se a certos comportamentos.

Em convenções *Normdispositionen*, as partes celebram um contrato e estabelecem uma regra contratual diversa das normas previstas em lei. Há disposição ou dispensa da norma prevista em lei e sua substituição por outra, de caráter vinculante entre as partes. Havendo regra convencional, não incide a norma legal. Por exemplo, as partes celebram um contrato mencionando que determinado meio de prova deverá ter mais peso do que outras provas, no caso de apreciação judicial das provas, o que, quando da prolação da sentença pelo decisor, derroga o artigo 607.º, n.º 5, do Código de Processo Civil. Sem o contrato celebrado entre as partes o tribunal, arbitral ou estadual, deve observar a norma jurídica.

Em convenções *Befugnisdispositionen*, as partes celebram um contrato em que as cláusulas contratuais já estão previstas em lei e não há derrogação da norma legal, a exemplo do compromisso de não arrolarem testemunhas como meio de prova. As partes abrem mão do direito de arrolarem testemunha e renunciam, indiretamente, àquilo que está previsto no artigo 498, n.º 1, do Código de Processo Civil. Cuida-se da dispensa da norma legal, como na renúncia ao recurso, quando se abre mão do poder de recorrer, ou na desistência da ação, quando se abre mão do direito de conduzir o processo.⁶¹

Com razão, Tatiana Machado Alves observa que no contrato que distribui diversamente os ônus probatórios, embora esse pacto possa parecer uma convenção sobre uma situação jurídica processual, ao modificar obrigações de comportamento, também pode ser enquadrado na moldura das convenções sobre procedimento, na

⁶¹ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 225.

medida em que modifica uma regra legal de distribuição do ônus da prova. A autora identifica uma zona cinzenta no limiar entre os dois gêneros – as convenções sobre situações jurídicas processuais (contratos prestacionais) e as convenções sobre atos do procedimento (contratos para a derrogação de normas). Outro exemplo desse fenômeno é uma mudança no procedimento probatório, que pode afetar uma situação jurídica processual e vice-versa, o que torna difícil a classificação das convenções probatórias em relação ao objeto. A autora adota, em razão disso, o critério da preponderância, em vez do critério da exclusividade, já que é impossível isolar uma categoria.⁶²

O acordo sobre a prorrogação da competência, sob a ótica do comportamento das partes, apenas limitará e definirá qual o tribunal competente para apreciar a causa. As partes, ao celebrarem um acordo sobre a competência, nada definem quanto ao procedimento que será aplicado pelo tribunal que agora é convencionalmente competente. Esse procedimento é aquele que resultar da legislação processual civil que o tribunal deve aplicar – *lex fori*. As convenções sobre a alteração da distribuição do ônus da prova também terão efeito sobre o comportamento das partes, visto que esses acordos distribuem o encargo entre as partes de modo diverso daquele que resulta da lei. Analisados nessa perspectiva, os acordos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova não alteram a regra procedimental que regula a distribuição do ônus da prova, mas apenas determinam qual a parte que, no momento definido por essa regra, tem o ônus de provar um determinado fato ou abster-se de prová-lo. Atuam, portanto, como regras de orientação no comportamento das partes durante a fase de instrução do processo.⁶³

De outro lado, a doutrina esclarece a diferença que existe entre os termos jurídicos “normas dispositivas” (*Normdisposition*), e “contratos com eficácia dispositiva” (*Verfügungsverträge*), em que as “normas dispositivas” levam à modificação das regras aplicáveis ao procedimento, enquanto que os “contratos com eficácia dispositiva” não criam obrigações, mas apenas transferem, oneram ou extinguem direitos. Na opinião da

⁶² ALVES, Tatiana Machado. Ensaio sobre a classificação das convenções probatórias. In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.), *Negócios processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, tomo 2, Salvador, JusPodivm, 2020, p. 333.

⁶³ Acerca do ônus da prova como uma regra de instrução, ressaltando o seu caráter subjetivo, CARPES, Artur Thompson, *Ônus da prova no novo CPC, do estático ao dinâmico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

doutrina, o contrato com eficácia dispositiva é um conceito subordinado das normas de disposição.⁶⁴

Essa ressalva, acerca da diferença que existe entre os termos jurídicos, evidencia, em contratos probatórios, o fato de a doutrina dominante misturar as classificações – quanto ao objeto (*Normdisposition* ou *Befugnisdisposition*) e quanto os efeitos (*Verfügungsverträge* e *Verpflichtungsverträge*) – e considerar as convenções sobre procedimento (*Normdisposition*) como algo similar às convenções com eficácia dispositiva (*Verfügungsverträge*) e as convenções sobre situações jurídicas processuais (*Befugnisdisposition*) como algo similar às contratos com eficácia obrigacional (*Verpflichtungsverträge*).⁶⁵

Tatiana Machado Alves observa que a doutrina brasileira, de modo geral, costuma confundir as classificações das convenções probatórias a partir do objeto e a partir dos efeitos. A autora adverte que a doutrina considera as convenções sobre o procedimento como sinônimo de convenções dispositivas e as convenções sobre as situações jurídicas processuais como equivalentes às convenções obrigacionais. Tatiana Machado Alves conclui que se trata de classificações distintas, ainda que se possa haver uma correspondência entre as suas subdivisões.⁶⁶

2.4 Contratos de prova em relação à eficácia

Há os autores que dividem os contratos de prova em relação aos efeitos que produzem no processo. São os contratos com eficácia dispositiva (*Verfügungsverträge*) e os contratos com eficácia obrigacional (*Verpflichtungsverträge*). Para a doutrina que trabalha com essa classificação, os contratos probatórios não são divididos apenas de

⁶⁴ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 33. Sobre o ponto, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual, In *Temas de direito processual*, terceira série, Saraiva, São Paulo, 1984, pp. 95-97.

⁶⁵ Parece incidir nessa confusão, por exemplo, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 79-80.

⁶⁶ ALVES, Tatiana Machado. Ensaio sobre a classificação das convenções probatórias. In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.), *Negócios processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, tomo 2, Salvador, JusPodivm, 2020, p. 333.

acordo com o seu conteúdo ou segundo o objeto modificado, mas também conforme os efeitos jurídicos produzidos na convenção.⁶⁷

Essa divisão abrange os contratos com eficácia dispositiva e os contratos com eficácia obrigacional e leva em consideração uma possível modificação das regras aplicáveis ao procedimento, além de verificar se os efeitos jurídicos dos contratos são produzidos imediatamente ou não. Dito de outro modo, relacionam-se com o fato de a produção dos efeitos contratuais – independente de serem produzidos de imediato (*eo ipso*) ou não – modificarem ou não as regras processuais estabelecidas pelo direito processual.

Contratos com eficácia dispositiva (*Verfügungswirkung*) são convenções que modificam *eo ipso* a situação processual, sem a necessidade de um comportamento futuro das partes. A eficácia imediata traduz-se na alteração de um estado de coisas pretérito, quando se esgota a respectiva eficácia.⁶⁸ A doutrina cita o exemplo do pacto de jurisdição, cujo tribunal competente é diretamente determinado no contrato e nenhum outro comportamento das partes é necessário para o contrato perfectibilizar-se. Pode haver derrogação das regras procedimentais previstas em lei.⁶⁹

Contratos com eficácia obrigacional (*Verpflichtungswirkung*) são convenções que estabelecem uma obrigação de fazer ou de não fazer, cujos efeitos não são produzidos de imediato. Em outras palavras, são contratos em que as partes se comprometem a realizar ou não realizar determinado ato jurídico processual. Esses pactos não modificam o objeto do processo, apenas estabelecem uma relação jurídica entre as partes que é devidamente perfectibilizada quando a obrigação contratual é cumprida. É estipulada uma obrigação que não esbarra na validade e na vigência das normas de procedimento. Em princípio, não há que se falar em derrogação das regras procedimentais previstas em lei. A doutrina

⁶⁷ Por exemplo, SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1935, p. 95.

⁶⁸ No sentido de que o principal efeito dos negócios processuais ocorre imediatamente e este efeito é denominado de eficácia de disposição, ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.^a ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 420. Os autores fazem uma distinção entre eficácia de disposição positiva e negativa, consoante a situação jurídica processual seja criada ou extinta. Consideram positivo o efeito de disposição no contrato de prorrogação de competência, por meio do qual um tribunal incompetente se torna competente, e negativo na hipótese de renúncia aos recursos, o que resulta na inadmissibilidade do recurso interposto.

⁶⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 79.

menciona como exemplos de contratos com eficácia obrigacional o *pacto de non petendo*, a renúncia ao recurso etc.⁷⁰

Na doutrina alemã, Schiedermaier considera que os contratos sobre os meios de prova são contratos que produzem efeitos imediatos (*Verfügungsrechtliche Wirkung*) e em vista disso são contratos com eficácia dispositiva. O autor entende que o pedido de prova apresentado por umas das partes em violação ao contrato sobre meios de prova deve, por conseguinte, ser rejeitado pelo tribunal.⁷¹ Para Wagner, os contratos de prova das partes podem ter dois tipos de efeitos (*Verpflichtungswirkungen* e *Verfügungswirkungen*) e o tribunal estará vinculado aos contratos de prova admissíveis com eficácia dispositiva, aqueles que produzem efeitos imediatos.⁷²

Em doutrina, existe alguma discussão sobre se os negócios processuais podem produzir uma eficácia obrigacional, além da eficácia de disposição. De maneira geral, a doutrina acaba acenando para a ideia geral de que os negócios processuais possuem alguma eficácia obrigacional, mesmo que pertençam ao direito público, já que tocam, em especial, institutos de direito processual, como a demanda, a prova, os recursos, o cumprimento das decisões etc. De acordo com Wagner, afirma-se que os contratos celebrados no âmbito do direito público também são contratos com eficácia obrigacional e a obrigação não é de forma alguma um domínio exclusivo do direito privado substantivo, mas está fundamentalmente disponível para ambos os sistemas jurídicos. O autor faz questão de ressaltar que, na prática atual, o contrato obrigacional representa até o principal objeto do contrato de direito público.⁷³

A doutrina brasileira costuma distinguir essas duas espécies de negócios – as convenções sobre situações jurídicas processuais (acordos obrigacionais) e as convenções sobre atos do procedimento (acordos dispositivos) – e muito provavelmente seja essa a classificação mais conhecida, discutida e, por assim dizer, controvertida no âmbito das convenções processuais.

⁷⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 80.

⁷¹ SCHIEDERMAIER, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1935, p. 119.

⁷² WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 233.

⁷³ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 37.

Ao discorrer acerca desta classificação, Antonio do Passo Cabral afirma que as convenções dispositivas constituem negócios sobre o procedimento, modificam regras processuais ou procedimentais e têm seu modelo na prorrogação da competência e nos acordos sobre o ônus da prova, além de serem convenções que derrogam normas (*Normdisposition*), enquanto que os acordos obrigacionais não modificam o procedimento, mas estabelecem um fazer ou não fazer para um ou ambos os figurantes da relação, que desejam criar, modificar ou extinguir obrigações de comportar-se de determinada forma no processo. De acordo com o autor, os acordos obrigacionais são negócios sobre situações jurídicas, como o *pactum de non petendo*, a convenção para a desistência da ação, a renúncia convencional ao recurso, entre outros que exemplifica. O autor acrescenta, ainda, que os acordos obrigacionais são, de fato, prestacionais, pois, as partes renunciam às situações processuais e comprometem-se a certos comportamentos (*Befugnisdisposition*).⁷⁴

Em estudo recente, Antonio do Passo Cabral reafirma a natureza processual do *pactum de non petendo* e defende que se trata de um acordo cujo objeto relaciona-se com a exigibilidade do direito, consubstanciada na pretensão, que, por sua vez, limita-se à pretensão *processual*, cujo efeito principal seria produzir para a parte uma obrigação de não agir perante o judiciário, o que não impediria às partes de promoverem cobranças fora da esfera judicial. O autor esclarece que, na perspectiva do tribunal, ao controlar a admissibilidade da demanda ajuizada em violação ao *pactum de non petendo*, deve o juiz proferir uma decisão sem julgamento de mérito e indeferir a petição inicial, já que o acordo seria capaz de criar aquilo que ele chama de “pressuposto processual negativo.”⁷⁵

Alinhado ao entendimento anterior, o autor sustenta que a promessa de não processar corresponde a uma convenção processual de natureza obrigacional, em que as partes deliberam sobre suas prerrogativas de agir em juízo, ou seja, trata-se de um acordo sobre uma situação jurídica. Ele reforça a ideia de que a promessa de não processar acarretaria uma obrigação de não agir, isto é, uma prestação de não fazer consistente em não ingressar com uma demanda judicial. Por fim, observa que por tratar de uma

⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 79-80.

⁷⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo*. A promessa de não processar no direito brasileiro, In *Revista de Processo*, vol. 45, n.º 305, jul. 2020, pp. 22-25.

convenção processual de natureza obrigacional, não poderia ser conhecida de ofício pelo juiz e a violação à vedação convencional da acionabilidade geraria uma *exceção processual*, que só poderia ser conhecida por provocação da parte interessada.⁷⁶

Na doutrina portuguesa, Paula Costa e Silva considera controversa a natureza dos efeitos do *pactum de non petendo*. A autora menciona que inicialmente se questionava se o negócio com o qual o credor se obriga a não fazer valer o seu direito de crédito não seria um negócio estritamente obrigacional (*reiner Verpflichtungsgeschäft*), cujo principal efeito seria o surgimento, na esfera do credor, de uma obrigação de prestação de fato negativo: o não exercício de determinada pretensão. De acordo com esse entendimento, o devedor não poderia se opor à exigência de cumprimento pelo credor, restando-lhe uma pretensão indenizatória pelos danos sofridos em consequência do cumprimento da prestação. Essa solução foi considerada inadmissível, por esvaziar o *pactum* de efeitos práticos, não evitando que em qualquer caso o devedor sofresse um dano, sendo este tipo de eficácia obrigacional “contrária à função originariamente atribuída ao instituto.”⁷⁷

Esse esvaziamento de efeitos práticos fez com que se passasse entender o instituto do *pactum de non petendo* como uma forma de renúncia pelo credor ao exercício do seu direito ou ao poder de satisfazer a prestação, ainda que coativamente, perante o devedor. Em razão da exclusão da pretensão de exigibilidade do direito, o devedor passa a adquirir, a título definitivo ou temporário, um direito de recusa lícita ao cumprimento da obrigação, o qual deve ser qualificado como uma exceção material (*Einrede*) ou uma contra-pretensão (*Gegenrecht*), podendo impedir, provisória ou definitivamente, a realização da pretensão do credor. De acordo com essa ideia, a autora conclui que o *pactum de non petendo* constitui um contrato com efeitos de disposição, que incide sobre a exigibilidade do crédito e conduz à atribuição de uma exceção ao devedor.⁷⁸

A doutrina moderna menciona que as regras aplicáveis aos contratos processuais são idênticas às regras aplicadas aos contratos substanciais e o princípio da liberdade contratual aplica-se em ambos os casos, o que, de certo modo, é responsável pelo

⁷⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo*. A promessa de não processar no direito brasileiro, In *Revista de Processo*, vol. 45, n.º 305, jul. 2020, pp. 22-25.

⁷⁷ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 58-59.

⁷⁸ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 59.

esvaziamento da importância da discussão acerca da natureza dos pactos ao longo dos anos e determina que haja pouca aplicação prática na distinção.⁷⁹

Contudo, essa última observação da doutrina, no sentido do esvaziamento da importância da discussão acerca da natureza dos pactos, não impede de analisar o problema na perspectiva dos negócios processuais que dizem respeito à prova. Quando se analisam os contratos probatórios sob a ótica das convenções processuais com eficácia dispositiva e das convenções processuais com eficácia obrigacional, evidencia-se que eles devam ser colocados na primeira categoria.

Uma constatação que desde já afasta os contratos probatórios das convenções processuais com eficácia obrigacional, quando analisadas com maior profundidade, é o fato de não haver deveres ou obrigações de prestar entre as partes do negócio processual, de acordo com a fórmula proposta por Paula Costa e Silva.⁸⁰ Por exemplo, numa convenção sobre os meios de prova na qual é excluída a prova testemunhal, as partes não são obrigadas a prestar, não há deveres ou obrigações de prestar e muito menos uma prestação primária para a apresentação ou produção de outras provas, que dependerá exclusivamente da escolha delas. Caso as partes ou qualquer delas não produza provas, não haverá o incumprimento do contrato, já que não existe o dever ou a obrigação de produzir provas. Contudo, se desejarem agir, ou seja, se desejarem produzir prova, terão de fazê-lo do acordo com o contrato probatório, ou seja, poderão produzir qualquer meio de prova admissível em direito, exceto a prova testemunhal.

Igualmente, quando as convenções probatórias são analisadas com maior cuidado, parece não descortinarem nelas as figuras do credor ou do devedor e a relação que existe entre crédito e débito, que sempre se fazem presentes nas obrigações em geral. Aliás, o que de fato realmente ocorre em contratos probatórios é justamente o oposto da relação creditícia. A parte não deseja que a contraparte adote qualquer comportamento relacionado com a produção de provas. Quanto menos provas produzidas, menor a chance

⁷⁹ Com as devidas citações, acerca da natureza procedimental ou obrigacional dos contratos, KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 219, especialmente a nota de rodapé n.º 35.

⁸⁰ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 128.

de obter ganho de causa, e este será o verdadeiro interesse da contraparte, ou seja, que a outra parte não apresente ou produza qualquer meio de prova. Cuida-se, exatamente, de algo oposto à relação que existe entre o crédito e o débito, de acordo com a qual o credor espera, sempre, a realização da prestação pelo devedor.

Além disso, via de regra, as convenções sobre a prova são inexecutáveis por um terceiro, salvo nas situações que envolvam a substituição das partes do negócio processual⁸¹, quer por sucessão, quer por ato entre vivos.⁸² Aqui não se trata, evidentemente, de um terceiro que consegue impedir os efeitos de uma desconformidade contratual, embora o órgão decisor, que sempre atuará como terceiro em relação aos contratos probatórios, consiga bloquear os efeitos da desconformidade entre a conduta devida e a conduta adotada por qualquer das partes.

Certamente, o mesmo não ocorre no direito das obrigações, quando do cumprimento de prestações fungíveis, que podem ser realizadas por terceiro, às custas do devedor. Além disso, se do ponto de vista dos efeitos, existe uma equiparação ao cumprimento de um dever de prestar, essa correspondência não existe no plano dos pressupostos do cumprimento do dever, na medida em que as obrigações civis podem, em certos casos, ser realizadas por devedor incapaz (artigo 764.º, n.º 1, do Código Civil), ainda que se exija em regra a capacidade do credor (artigo 764.º, n.º 2, do Código Civil). Igualmente, ocorre com as formas gerais de transmissão das obrigações, através da cessão

⁸¹ Embora alguma doutrina trate de todos os contratos de meios de prova como modalidades de "prestações de facto não fungíveis, pois não podem ser prestadas por pessoa diferente do devedor, já que a qualidade de devedor está inerentemente ligada à sua posição processual presente ou futura - aqui não interessa apenas o objeto da obrigação, mas uma qualidade do devedor enquanto parte." Nesse sentido, ROLO, António Garcia. Contratos probatórios típicos em processo civil: limites e efeitos sobre o tribunal, In *Revista ius Dictum*, n.º 2, 2020, p. 40. Aqui, discorda-se do autor em vários pontos que, adiante, serão aprofundados. Primeiro, poderá haver a substituição das partes, a título singular ou universal, o que descaracteriza a não fungibilidade da prestação. Depois, não se trata de prestação, já que inexistente cooperação entre as partes durante o cumprimento do negócio de provas e, terceiro, não há a figura do devedor em razão da ausência de posições creditícias ou debitórias em sede desses negócios.

⁸² Os contratos processuais geralmente são eficazes apenas entre as partes. Contudo, uma vez que são sempre celebrados com vista a determinados direitos materiais, coloca-se a questão de saber se também produzem efeitos jurídicos sobre os sucessores e sobre isso a doutrina é favorável à aplicação dos negócios processuais aos sucessores universais, mesmo se os requisitos pessoais para a sua conclusão não sejam atendidos pelo sucessor legal, bem como aos cessionários de um crédito ou adquirente de uma ação da sociedade, quando tiver relação com esse crédito. ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.ª ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 423.

de créditos, da assunção de dívida ou da sub-rogação, aparentemente impensáveis no âmbito dos negócios processuais sobre a prova.

Nesse particular, assume relevância a posição de Tatiana Machado Alves, para quem as convenções processuais em geral são dotadas apenas de eficácia dispositiva, sejam convenções sobre procedimento ou convenções sobre situação jurídica processual. A autora chega a essa conclusão com base no ordenamento processual brasileiro e considera que os pactos produzem efeitos imediatos no processo, dispensando a prática de atos adicionais pelas partes ou terceiros, de acordo com os artigos 190 e 200 do Código de Processo Civil Brasileiro. Apesar disso, a autora reconhece que certas convenções sobre o procedimento e outras convenções sobre as situações jurídicas processuais podem ser munidas de eficácia obrigacional, na medida em que criam para as partes obrigações de praticar ou abster-se de praticar um ato processual.⁸³

A autora admite, no tocante às convenções probatórias, que a classificação dos contratos, segundo os efeitos, possui grande importância prática, já que existem convenções probatórias que, por conta das particularidades do direito processual, não possuem eficácia dispositiva, mas apenas eficácia obrigacional, gerando exclusivamente obrigações para as partes, sem produzir efeitos imediatos no processo.⁸⁴ Sobre isso, a doutrina sustenta ser possível, em sede de negócios processuais, que as partes estabeleçam uma condição ou um termo, afastando a eficácia imediata do negócio. As partes podem, por exemplo, dispensar a prova testemunhal, caso a perícia já deferida esclareça determinado fato.⁸⁵

Apesar da opinião da doutrina dominante a respeito dessa classificação, entende-se que os efeitos jurídicos dos negócios processuais sobre a prova apenas serão produzidos se houver a instauração do processo, com o cumprimento ou o incumprimento dos contratos. São efeitos intraprocessuais (*innerprozessualen*). A partir

⁸³ ALVES, Tatiana Machado. Ensaio sobre a classificação das convenções probatórias. In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.), *Negócios processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, tomo 2, Salvador, JusPodivm, 2020, p. 335.

⁸⁴ ALVES, Tatiana Machado. Ensaio sobre a classificação das convenções probatórias. In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.), *Negócios processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, tomo 2, Salvador, JusPodivm, 2020, p. 335.

⁸⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 61.

do cumprimento ou do incumprimento dos contratos é que são produzidos efeitos jurídicos. Com a conclusão dos negócios, entende-se que haverá apenas a eficácia jurídica, que significa a aptidão para produzir os efeitos jurídicos. Com a observância dos contratos pelas partes ou diante do incumprimento dos negócios é que haverá a produção dos efeitos intraprocessuais. As convenções probatórias apenas adquirem relevância em caso de cumprimento ou de incumprimento.

De acordo com essa ideia, os contratos probatórios geralmente assumem a eficácia jurídica constitutiva, embora Angelo Falzea faça a distinção de três espécies de eficácia jurídica. Além da eficácia constitutiva, o autor reconhece a existência da eficácia declarativa e da eficácia preclusiva. A eficácia constitutiva caracteriza não apenas a criação de uma nova situação jurídica subjetiva, mas também a extinção ou modificação de uma existente. Nesses termos, pode, portanto, ser caracterizada como eficácia inovadora, causando uma transformação externa das situações jurídicas subjetivas a que se refere.⁸⁶

A eficácia declarativa é um paradoxo para o autor. O paradoxo da eficácia declarativa é resolvido por Falzea com a “teoria do desenvolvimento interno”, que não determina nenhuma modificação dos elementos estruturais ou do conteúdo substancial de uma situação jurídica subjetiva. O último tipo de eficácia jurídica de preclusão caracteriza-se quando os fatos que a constituem são independentes de situações jurídicas anteriores, absorvendo todos os seus efeitos adicionais em um nível substancial. Eles podem ter como objetivo remover a incerteza devido ao tempo, ou devido à impugnação.⁸⁷

Nesse sentido, Miguel Teixeira de Sousa utiliza um critério funcional e define os atos processuais como sendo os atos jurídicos que produzem diretamente efeitos em processo, sendo esses efeitos a constituição, a modificação ou a extinção de uma situação processual. Ainda menciona que são atos de processo, tanto aqueles que são regulados por normas processuais – recurso ao critério da fonte reguladora do ato – e que são praticados num processo pendente – utilização do critério da integração do ato, como os

⁸⁶ FALZEA, Angelo. Efficacia giuridica, In *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 147-168.

⁸⁷ FALZEA, Angelo. Efficacia giuridica, In *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 158 ss., 168, 171 e 178.

atos que estão integrados em atos extraprocessuais, mas que se destinam a produzir efeitos num determinado processo.⁸⁸

Atendendo ao critério da produção desses efeitos, são atos processuais aqueles regulados por normas processuais e que são praticados num processo pendente, como por exemplo a contestação do réu, e aqueles que estão integrados em atos extraprocessuais mas que se destinam a produzir efeitos num determinado processo, como a convenção de arbitragem e os contratos probatórios.⁸⁹

A doutrina adota conceitos de atos processuais (*Prozesshandlungen*)⁹⁰ que permitem a inclusão dos negócios processuais nessa categoria⁹¹, a exemplo das

⁸⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*, 2.ª ed., Lisboa, Lex, 1993, p. 91. Nesse sentido, são atos processuais aqueles cujos pressupostos e efeitos estão regulados pelo direito processual, mas também o são aqueles cujos efeitos característicos se produzem no processo, de acordo com BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1972, p. 291.

⁸⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*, 2.ª ed., Lex, 1993, p. 91. No sentido de que a lei processual brasileira atribui às convenções processuais validade e eficácia desde o momento de sua celebração e em razão disso elas seriam atos determinantes, em contraposição aos atos postulativos, cuja atividade do sujeito não atinge, por si só, os efeitos pretendidos, bem como defendendo a ideia de que qualquer efeito, principal ou acessório, direto ou indireto, que se produza ou se possa produzir em um processo é apto a definir a convenção como sendo processual, ainda que possa repercutir no direito material, e focando na aptidão para a produção de efeitos processuais, que atrai o conceito de situação jurídica processual, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 70-72.

⁹⁰ Considerados como atos das partes ou do tribunal que dão lugar a situações jurídicas processuais, ou seja, que constituem, modificam ou extinguem expectativas, possibilidades, ônus ou isenções de ônus processuais, de acordo com GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, Springer, 1925, pp. 335-516.

⁹¹ Ao invés dos contratos processuais, que são atos constitutivos, os atos postulativos, como a maioria dos atos processuais, são atos declarativos, procedimentais, unilaterais, formais, praticados *inter vivos* e que têm como destinatários e como declaratários o tribunal e a parte contrária (dois destinatários e dois declaratários) – os atos postulativos apresentam-se como híbridos, de acordo com COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 234-235 e 379. Há edição brasileira, publicada em 2019, pela Revista dos Tribunais. Acerca da distinção entre atos postulativos (*Erwirkungshandlungen*) e atos constitutivos (*Bewirkungshandlungen*), GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, Springer, 1925, pp. 362 ss., e CALAMANDREI, Piero, Il processo come situazione giuridica, In *Opere Giuridiche*, vol. I, reimp., Roma, Roma TrE-Press, 2019, pp. 177-187, e COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 183-198. De acordo com a autora, afirma-se normalmente que as *Erwirkungshandlungen* exercem influência sobre o juiz e teriam seus efeitos condicionados ao eventual acolhimento na decisão final enquanto que as *Bewirkungshandlungen* produziram efeitos imediatos, uma vez que não se destinariam a ser acolhidas na sentença. Entretanto, enquanto a decisão não for proferida, não se pode dizer que nenhum efeito tenha tido a *Erwirkungshandlung* sobre a *Rechtslage* e assim pode-se concluir que as *Erwirkungshandlungen* têm efeitos processuais imediatos (pp. 185-187). No tocante aos atos processuais das partes, aceitam a contraposição entre *Erwirkungshandlungen* e *Bewirkungshandlungen*, ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter.

convenções sobre competência, das convenções de arbitragem, das convenções sobre a prova, além da transação, da desistência e da confissão, que passam a integrar o conceito amplo de ato processual. Sob esse aspecto, devem ser referidos os conceitos de atos de processo que assentam na produção de efeitos processuais e não impõem uma produção imediata de efeitos, mas meramente mediata ou direta e o critério da fonte reguladora dos efeitos do ato.⁹²

Portanto, com relação aos efeitos produzidos no processo, no contexto da distinção entre contratos com eficácia dispositiva e contratos com eficácia obrigacional, parece adequado concluir que os contratos probatórios se aproximam mais da primeira categoria. Os contratos de prova, quando concluídos, têm a aptidão para produzir os efeitos próprios, ou seja, são dotados de eficácia jurídica. A eficácia jurídica, por sua vez, reporta-se, de modo necessário, a situações jurídicas processuais e resulta de uma decisão jurídica, ou seja, assume-se como o ato e o efeito de realizar o direito, solucionando um caso concreto.⁹³ Os negócios são qualificados como atos constitutivos ao criar uma estabilidade quanto à matéria que regem, algo que se aproxima da eficácia constitutiva dos atos jurídicos, daí a ideia de eficácia jurídica constitutiva.⁹⁴

Zivilprozessrecht, 16.^a ed., München, C. H. Beck, 2004, pp. 399-403. No direito português, aceita a distinção entre atos postulativos e atos constitutivos e menciona que quanto aos efeitos, os atos constitutivos são aqueles que produzem imediatamente os seus efeitos, isto é, constituem uma determinada situação processual sem necessidade de uma decisão do tribunal, enquanto que os atos postulativos são aqueles nos quais é solicitada uma decisão do tribunal e cujos efeitos só se produzem mediante essa decisão, SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*, 2.^a ed., Lex, 1993, p. 94.

⁹² Entre outros, COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 180-181.

⁹³ Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, In *Temas de direito processual*, terceira série, Saraiva, São Paulo, 1984, pp. 99-100. Pontes de Miranda, quando trata da eficácia jurídica, em conhecida lição, sustenta que dos fatos jurídicos (fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu*, negócios jurídicos, fatos jurídicos *stricto sensu* ilícitos, atos-fatos jurídicos ilícitos, atos jurídicos ilícitos) se irradiam, como *efeitos*, direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, parte geral*, tomo I, atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, pp. 148 ss. Nesse ponto, discordar-se-á do autor e procurar-se-á demonstrar, na parte IV do presente estudo, que dos negócios processuais sobre a prova *não* se irradiam deveres ou obrigações de prestar e tampouco se admitem ações de cumprimento quando do inadimplemento desses pactos.

⁹⁴ Daí eles serem equiparados aos negócios dispositivos, porque não tem por efeito criar situações jurídicas análogas a obrigações. Eles não fundam deveres de prestação. Paula Costa e Silva questiona, ao longo da obra, se apesar de sua eficácia processual constitutiva imediata, os negócios processuais podem ser *incumpridos*. COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 126.

Os efeitos serão produzidos se houver a conformidade ou a desconformidade do contrato por qualquer das partes no processo judicial.⁹⁵ Nesse caso, apenas a decisão judicial poderá obstar os efeitos da violação do negócio processual. Assim, se as partes estipularem que a vantagem decorrente do contrato probatório para elas é a proibição da prova testemunhal, a atribuição será essa proibição, mesmo que ela não corresponda a qualquer situação jurídica ou a qualquer efeito jurídico.⁹⁶

Sendo correta a ideia de que as partes sempre celebram contratos de prova com vistas a um processo judicial ou arbitral e que esses pactos podem ser concluídos antes do início do processo, parece inquestionável que a existência do processo é um requisito necessário para que sejam produzidos os efeitos jurídicos dos contratos. Não quer parecer que a existência do processo seja um requisito necessário para que os contratos de prova tenham aptidão, através da eficácia jurídica, para a produção de efeitos, o que os torna, no âmbito do direito substantivo, formal e materialmente perfeitos. Por exemplo, a parte só tem direito a um determinado comportamento baseado na prova quando o processo está em andamento (efeito jurídico), contudo, a mudança das regras de prova em relação às situações jurídicas processuais das partes ou com relação ao próprio procedimento probatório ocorre no momento em que o contrato probatório é concluído (eficácia jurídica). A eficácia jurídica é imediata, mas a alteração que consta do contrato será considerada pelas partes apenas se um processo realmente existir. Os efeitos processuais serão produzidos no processo, se ele existir, mas se o negócio processual sobre a prova for incidental, os efeitos intraprocessuais são imediatos, por óbvio.

No entanto, a qualificação dos contratos probatórios como negócios processuais com eficácia dispositiva ou a afirmação da natureza processual ou material desses negócios ainda não contribui de modo definitivo que se possa extrair consequências de

⁹⁵ No sentido de que os negócios processuais são contratos cujo efeito imediato é produzido na esfera do procedimento e essa característica os distingue dos contratos substanciais, cujo efeito é produzido na esfera material, ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.^a ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 419.

⁹⁶ No sentido de que na atribuição a vantagem reside em ambas as partes, atribuinte e titular da atribuição, considerarem satisfatório para o titular da atribuição que ocorra certo acontecimento imputável ao atribuinte, BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 90-91; MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.^o/IV, 2008, pp. 815-816.

regime ou para a resolução dos problemas que poderão surgir quando depois de celebrada a convenção qualquer das partes agir de modo desconforme.

2.5 Contratos de prova quanto ao conteúdo

Alguns contratos de prova são convenções sobre a atividade de provar (*Beweisführungsverträge*) e determinam o procedimento de mobilização das provas. Como resultado, as partes não são exigidas a agir ou não agir conforme a regra legal, mas os contratos celebrados conformam o procedimento probatório, já que incidem sobre a atividade de provar. O tribunal leva em consideração sem que as partes tenham de levar a efeito outros atos processuais. No direito processual brasileiro, há regra específica a esse respeito. O artigo 139, inciso VI, do Código de Processo Civil, estabelece que compete ao juiz brasileiro “dilatara 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.” Essa regra, da qual pode ser extraído o dever de consulta do tribunal, ao aplicar as regras do contrato de prova de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito, também permite ao tribunal alterar a ordem de produção dos meios de prova.

Portanto, nessa situação, a atividade de provar pode ser modificada, oficiosamente, pelo tribunal. Assim, por exemplo, o juiz pode modificar a ordem de inquirição das testemunhas. Como resultado, qualquer outra modificação, que não seja a alteração da ordem de produção de provas, só pode ser feita pelas partes, por meio das convenções processuais.

Tudo aqui está a indicar que qualquer mudança no procedimento probatório (*Normdisposition*) pode ficar a cargo do tribunal, que realizará oficiosamente ou através de requerimento de qualquer das partes e a essa altura do presente estudo já existem elementos suficientes para concluir que os contratos probatórios são negócios processuais através dos quais as partes dispõem diretamente acerca do exercício de situações jurídicas processuais ou modificam as regras referentes ao ônus da prova, aquilo que para Manuel de Andrade compreende as “estipulações relativas às provas: autorizando ou interdizendo certos meios de prova (incluídas as presunções), taxando-

lhes o valor, alterando o formalismo processual aplicável, invertendo ou atenuando o ónus probatório”.⁹⁷

Quanto ao conteúdo, de acordo com a classificação adotada no presente estudo⁹⁸, os contratos probatórios podem ser (i) contratos sobre os temas da prova; (ii) contratos sobre o ónus da prova; (iii) contratos sobre presunções; (iv) contratos sobre os meios de prova; (v) contratos sobre a apreciação da prova e (vi) contratos sobre os graus da prova. Essa classificação é um pouco distinta daquela apresentada pela doutrina clássica, a qual, com algumas variações, inclui determinadas convenções sobre a prova que são espécies dos contratos já mencionados.

2.5.1 Contratos sobre os temas da prova

Os contratos probatórios sobre os temas da prova (*Beweisthemeverträge*) definem os fatos sobre os quais deve recair a produção das provas, ou melhor, de acordo com Castro Mendes, quais afirmações, porque o verdadeiro objeto da prova não é a realidade.⁹⁹ Normalmente, as partes indicam, em simultâneo, os fatos que admitem por acordo e aqueles que consideram controvertidos, restringindo, naturalmente, o objeto da

⁹⁷ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979, p. 212.

⁹⁸ A classificação ora apresentada é semelhante à classificação esboçada por Tatiana Machado Alves. Para a autora, quanto ao conteúdo, as convenções probatórias são (i) convenções sobre o objeto da prova; (ii) convenções sobre os meios de prova (iii) convenções sobre o procedimento de produção da prova; (iv) convenções sobre o ónus da prova (v) convenções sobre o *standard* de prova e; (vi) convenções sobre a valoração da prova. ALVES, Tatiana Machado. Ensaio sobre a classificação das convenções probatórias. In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.), *Negócios processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, tomo 2, Salvador, JusPodivm, 2020, p. 336.

⁹⁹ MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, 1961, p. 531. Nesse sentido, entre outros, TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 91 ss. Contra, no sentido de que não é aceitável em matéria probatória a distinção entre fato e afirmação de fato, não só porque um fato é sempre uma proposição, mas também porque uma afirmação de fato é uma expressão algo pleonástica, dado que exprime a “afirmação de uma afirmação”, SOUSA, Miguel Teixeira de. *A prova em processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 36. Para sustentar o seu posicionamento, o autor traz interessantes argumentos, aqui repisados: “Pode ainda acrescentar-se que a distinção entre afirmações de facto e factos conduz a asserções algo estranhas, como a de que “os factos não podem ser provados em si mesmos”, dado que “a única coisa que se pode provar é o enunciado que afirma a existência de uma mesa no meu escritório, não a mesa em si mesma”. É certo que a mesa não pode ser provada, porque a mesa é um objecto, e não um facto; mas a afirmação da presença da mesa no escritório é, em si mesma, um facto e, por isso, pode constituir objecto de prova. Aliás, não deixa de soar muito estranho o enunciado de que o objecto da prova não são factos, pois que isso leva a concluir que, afinal, em processo não há factos.”

prova a estes últimos. Similar àquilo que se entende por contrato sobre os temas da prova na atualidade, a doutrina alemã, no início dos noventa, denominava os contratos de confissão (*Geständnisverträge*), a saber, aqueles contratos que versavam acerca da indiscutibilidade dos fatos. O resultado da confissão seria a indiscutibilidade dos fatos, de modo que nenhuma contraprova seria admissível. Otto Knecht fornece o exemplo de quando as partes concordam, ao celebrar o contrato de compra e venda, que o fato da conclusão válida do contrato não deve ser contestado em um processo futuro e que nenhuma contraprova deve ser admissível.¹⁰⁰

Os contratos sobre os temas da prova estão, de certo modo, previstos no artigo 574.º, 2, primeira parte, do Código de Processo Civil, quando dispõe que se “consideram admitidos por acordo os factos que não forem impugnados pelo réu”.

Dito de outro modo, os contratos sobre os temas da prova tratam, essencialmente, do objeto da prova, que são todos os fatos que precisam ser comprovados em juízo para que um direito seja estabelecido, pereça ou seja impedido de ser exercido. Através dessas convenções, as partes comprometem-se a não afirmar um fato específico ou impugnar uma afirmação específica da contraparte no transcurso do processo. Os contratos sobre os temas da prova são acordos que limitam o direito das partes de apresentar certos fatos ao tribunal como prova. Se a parte cumprir a sua atribuição, dentro da estrutura da *Verhandlungsmaxime* e, por exemplo, não contestar uma afirmação da outra parte, o tribunal deve, em princípio, considerar o fato relevante como verdadeiro e fundamentá-lo em seu julgamento, porque não há provas a serem produzidas sobre os fatos considerados incontroversos.

Assim, por exemplo, num contrato sobre os temas da prova, se a parte não impugnar o fato *y*, que foi alegado pela outra parte, em consonância com o contrato, nenhuma prova será produzida e o tribunal, arbitral ou estadual, considera o fato *y* como verdadeiro, nos termos do artigo 607.º, n.º 4, do Código de Processo Civil. Outro exemplo de contrato sobre os temas da prova é o do contrato de venda de um veículo usado em que as partes concordam que o veículo foi entregue sem quaisquer defeitos.¹⁰¹

¹⁰⁰ KNECHT, Otto. *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau, Rudolf Rosswog, 1937, p. 37.

¹⁰¹ EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, p. 32.

2.5.2 Contratos sobre o ônus da prova

Os contratos sobre o ônus da prova (*Beweislastverträge*) são um desvio ao princípio da relatividade dos contratos porque eles têm de ser aplicados e cumpridos por um terceiro, a saber, o órgão decisor. Eles invertem a repartição legal do ônus da prova e atribuem o risco da falta ou insuficiência da prova à parte que não é a legalmente onerada, a exemplo de, no caso de defeito da coisa vendida, caber ao vendedor produzir a prova da inexistência de qualquer falha. Ao celebrarem os contratos sobre o ônus da prova, as partes determinam o comportamento processual de cada uma durante a instrução do processo, nomeadamente aquele que deverá provar determinada afirmação de fato e, sob esse aspecto, concordam em desviar das regras que determinam o ônus da prova.

Essa modalidade de contrato probatório, que altera a distribuição do ônus da prova, já é amplamente conhecida do direito civil e processual e apesar de nunca ter sido muito adotada na prática jurídica assume especial relevância e pode ser decisiva em diversas situações, porquanto, como já há muito tempo fora mencionado, não é incomum ver o melhor direito sucumbir diante da dificuldade na mobilização da prova desse direito.¹⁰² Para reduzir essas dificuldades em produzir provas e tornar previsível o procedimento de produção de prova, existe uma necessidade prática na distribuição do ônus da prova pela via convencional.¹⁰³

Por exemplo, em contratos de arrendamento, a cláusula compromissória pode estabelecer que o senhorio admite ter sido o imóvel locado sem qualquer espécie de defeito, cabendo ao arrendatário a produção de qualquer prova a respeito de eventuais danos encontrados. Em contratos de compra e venda, quando o imóvel é adquirido na planta, pode existir uma cláusula compromissória prevendo que a documentação fornecida pelo vendedor, a respeito das condições do progresso da obra, vincula ambas as partes, se não for enjeitada no prazo de 14 dias pelo comprador.

¹⁰² SACHSE. *Beweisverträge*, In *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, vol. 54, Berlin, 1929, p. 409.

¹⁰³ Acerca de outros casos de inversão do ônus da prova, para além dos contratos probatórios, por todos, FARIA, Rita Lynce. *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018.

No paradigma dos contratos sobre o ônus da prova as partes concordam com regras que se afastam das disposições legais sobre o ônus da prova. Os efeitos das convenções sobre a alteração da distribuição do ônus da prova são produzidos apenas quando o tribunal decide acerca da existência ou não dos fatos alegados, de acordo com o princípio da livre apreciação das provas, e o demandante não comprovou os fatos constitutivos do seu direito. As modificações convencionais sobre ônus da prova são amplamente admissíveis e não violam a livre apreciação das provas pelo decisor. Nesse sentido, Leo Rosenberg ensina que as regras do ônus da prova começam onde termina o domínio da livre apreciação das provas; se o juiz passou pela apreciação das provas e não conseguiu formar sua convicção, as regras do ônus da prova fornecem a ele o que a livre apreciação das provas lhe negou.¹⁰⁴

São outros exemplos de contratos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova o acordo que se afasta da regra do artigo 227.º do Código Civil, segundo a qual o credor deve provar a culpa do devedor, e o acordo que desvia dos “termos e condições” que estipulem ser o empresário responsável por todos os defeitos que o cliente reclama durante o período de garantia do produto. Os exemplos ilustram acordos que imediatamente reverterem o ônus da prova exigido por lei. No entanto, também são concebíveis outros tipos de contratos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova, nos quais o desvio das regras sobre o ônus da prova ocorre apenas indiretamente. De um lado, as regras dos contratos sobre o ônus da prova podem ter a forma de uma presunção. Por exemplo, concorda-se que a existência de um defeito seja presumida se a existência de certos fatos for comprovada. Por outro lado, as partes podem concordar que os fatos apurados por terceiros são decisivos até prova em contrário. Um exemplo disso é a cláusula da convenção entre várias empresas que operam no setor relojoeiro, segundo a qual os fatos levados a cabo pelo órgão de fiscalização perante o órgão executivo e perante o tribunal arbitral são comprovados até prova em contrário. O ônus legal da prova é revertido contratualmente. Nessas situações, amplamente, pode-se falar de contratos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova.¹⁰⁵

¹⁰⁴ ROSENBERG, Leo. *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Berlin, Otto Liebmann, 1923, p. 77.

¹⁰⁵ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 23.

Trata-se de matéria difícil e complexa determinar se as regras sobre o ônus da prova pertencem ao direito probatório material ou pertencem ao direito probatório processual, já que essas disposições produzem efeitos apenas no processo judicial. A dificuldade em determinar a natureza das regras sobre o ônus da prova (se materiais ou processuais) e a dificuldade em determinar a natureza das regras de prova, em geral, possui uma importância prática na medida em que se determina, em razão dessa natureza (material ou processual) a norma aplicável ao caso concreto. Nas questões processuais, a *lex fori* deve ser aplicada e nas questões materiais, em princípio, deve ser aplicada a *lex causae*. Por esse motivo, é especialmente relevante a uniformização do entendimento referente à natureza das regras sobre a prova, para o efeito de determinar a norma legal aplicável, consoante a doutrina de direito internacional privado.

Parece adequado que se o processo está em andamento, a lei substancial aplicável é a lei do fórum. Isso ocorre porque as partes concluem o contrato na pendência do processo. Se as partes desejam influir no processo, parece justo que devam respeitar as regras do tribunal. Se o contrato é prévio ao processo, existem razões suficientes para adicionar à *lex fori* quais leis substanciais serão aplicadas, em consonância com o direito internacional privado. Para a conclusão do contrato, significa que a lei aplicável é, alternativamente, a futura *lex fori* ou a substantiva *lex causae*. No que respeita à forma do contrato, podem ser alternativas à *lex fori* a *lex causae* e a *lex loci actus*, a não ser que se apliquem regras especiais, como as regras dos acordos de competência previstos no Regulamento (UE) n.º 1215/2012. A razão para isso é a incerteza das partes quanto ao fórum competente para um processo futuro, já que o réu poderá ou não abrir mão da exceção de incompetência. Assim, seria impossível às partes confiar validamente num contrato processual em que a lei aplicável fosse exclusivamente a futura (e, até então, desconhecida) *lex fori*. Deve ser admitido, portanto, que o contrato seja celebrado sob a lei substantiva que rege a relação jurídica entre as partes, nomeadamente a *lex causae*, e, quanto a forma, a *lex loci actus*.¹⁰⁶

¹⁰⁶ KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017, pp. 222-223.

Frequentemente, a *Lex fori* é um termo jurídico usado no conflito de leis que se refere às leis da jurisdição do local onde a ação é proposta. Quando um tribunal decidir que, em virtude dos princípios de conflito de normas, deve resolver um determinado litígio por referência às leis de outra jurisdição, aplica a chamada *lex causae*. Ainda assim as questões processuais desse litígio ficam submetidas à *lex fori*.

Acerca do problema da *lex fori* como lei do processo, refere Luís de Lima Pinheiro que o direito português é diretamente aplicável, enquanto *lex fori*, aos processos judiciais que tramitam em Portugal. Com efeito, sendo os tribunais judiciais órgãos de soberania que exercem uma função do Estado, a sua atuação está necessariamente submetida à lei portuguesa. Colocam-se, no entanto, alguns problemas de delimitação entre matéria processual submetida à *lex fori* e matéria substantiva regida pelo direito aplicável ao fundo da causa. Nem todas as normas que estão geralmente integradas nas leis do processo são de considerar como matéria processual para este efeito. E poderá haver normas que apesar de inseridas em leis substantivas tenham natureza processual.¹⁰⁷

De acordo com a segunda orientação possível, de índole material, deve ser qualificada pela *lex causae*. No conflito de normas, *lex causae* é a lei ou são as leis escolhidas pelo tribunal dentre os sistemas jurídicos pertinentes para chegar a seu julgamento no caso de competência internacional, por exemplo. O termo refere-se ao uso de leis locais particulares como base ou "causa" da decisão, que se tornaria parte do cânone legal referenciado. O conflito de normas regula todas as ações envolvendo a norma estrangeira porque o resultado de uma ação judicial poderá ser diferente, com base nas diferentes normas que lhe sejam aplicadas. Uma vez que o tribunal do foro decidiu que tem jurisdição para processar e julgar o caso, ele deve então decidir entre as possíveis normas a serem aplicadas.

Dentre essas duas orientações possíveis, a *lex fori* e a *lex causae*, parece mais adequada a ideia que prefere a qualificação das regras sobre o ônus da prova pela *lex causae* ante a natureza – dominante, apesar da controvérsia, adiante enfrentada – de direito material das regras que dispõem sobre a atribuição do ônus probatório e a ressalva da *lex fori* apenas às questões processuais, a exemplo de questões sobre ônus da

¹⁰⁷ PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado, direito de conflitos - parte especial*, vol. II, 4. edição, 2015, Almedina, p. 28-29.

prova que envolvam, por exemplo, os pactos de jurisdição. A regra de aplicação da *lex causae* prepondera sobre a aplicação da *lex fori* já que os contratos sobre o ônus da prova também acabam por modificar situações subjetivas das partes, a teor do artigo 345.º do Código Civil.

2.5.3 Contratos sobre presunções

O escopo dos contratos sobre presunções (*Vermutungsverträge*) é alcançar o mesmo resultado que as presunções legais definidas por lei trazem para a solução dos casos. Daí a ideia de denominá-los de contratos sobre presunções. Alguma doutrina anota que os pactos sobre presunções são também considerados como contratos de confissão, na medida em que compreendem a confissão do fato *B*, se o fato *A* for provado, possivelmente com a possibilidade de admitir a prova da inexatidão do fato *B*. Porém, como a confissão é apenas condicional e só se dá sob a condição de prova do fato *A*, seria melhor separá-los dos contratos de confissão reais e combiná-los em uma modalidade especial, sob o nome de contratos de presunção. Por outro lado, os contratos sobre presunções são semelhantes aos contratos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova, mas apenas no sentido de que a contraprova é admissível.¹⁰⁸

Por meio de contratos sobre presunções, as partes concordam que, se a verdade de um determinado fato for comprovada, a existência de outro fato deve ser considerada verdadeira. Por exemplo, duas partes concordam que a entrega do *software* vendido é considerada comprovada se o vendedor provar que o *email* que contém o *software* foi enviado. Se o vendedor conseguir provar que o item foi enviado na íntegra, as partes devem considerar a entrega comprovada, mesmo que o comprador nunca tenha recebido o *software*.¹⁰⁹

A doutrina menciona, ainda, outros tipos de contratos pelos quais a modificação das regras sobre o ônus da prova ocorre apenas indiretamente, na forma de presunções, a exemplo da presença de defeitos do produto, que será presumida quando provada a

¹⁰⁸ KNECHT, Otto. *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau, Rudolf Rosswog, 1937, p. 39.

¹⁰⁹ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 16.

existência de certos fatos. Em contratos de seguro, é comum a cláusula compromissória segundo a qual impende sobre o tomador do seguro e o segurado o ônus da prova da veracidade da reclamação e do seu interesse legal nos bens seguros, podendo o segurador exigir-lhes todos os meios de prova adequados e que estejam ao seu alcance. Indiretamente, poderá haver a alteração da distribuição do ônus da prova se o contrato de prova incluir acordos que estabeleçam a presunção relativa da existência ou inexistência de um fato decisivo para a causa, além de contratos que correspondam à confissão sobre fatos ou ao reconhecimento deles.¹¹⁰

Ainda, em termos e condições gerais de serviços de utilização de conteúdo digital, é possível encontrar cláusulas compromissórias de acordo com as quais o usuário reconhece e concorda que as quantias pagas pelos conteúdos são estabelecidas em consideração aos riscos envolvidos na transação e a avaliação da viabilidade econômica executada pela empresa para o lançamento de seus produtos no mercado. Igualmente, as partes devem concordar que a empresa não garante que o serviço será livre de perdas, defeitos, ataques, vírus, interferências, atividades de *hackers* ou outra intrusão de segurança, e a empresa renuncia a qualquer responsabilidade com relação a isso.

2.5.4 Contratos sobre os meios de prova

Os contratos sobre os meios de prova (*Beweismittelverträge*) podem admitir um meio de prova diferente daqueles que estão legalmente previstos para a prova do fato ou excluir um meio de prova legalmente admissível para essa prova. Um exemplo desses contratos consiste num acordo que exclui a oitiva de algumas testemunhas durante o procedimento probatório, o chamado *hearsay testimony* ou testemunhas de “ouvir dizer”¹¹¹.

¹¹⁰ BAUMGÄRTEL, Gottfried. Die Auswirkungen von Parteivereinbarungen auf die Beweislast, In HOLZHAMMER, Richard / BÖHM, Peter / JELINEK, Wolfgang (org.). *Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988, pp. 67-80.

¹¹¹ Acerca da hostilidade do *hearsay* no sistema do *common law* no confronto com a cultura jurídica ocidental, DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997, pp. 64 ss.

A princípio, as partes podem celebrar dois tipos de contratos sobre os meios de prova. Um primeiro tipo de contrato sobre os meios de prova resulta quando as partes determinam certo(s) meio(s) de prova como inadmissível(s). As partes podem determinar que a perícia judicial, por ser um meio de prova extremamente custoso, seja excluída ou substituída por pareceres técnicos ou documentos elucidativos. Um segundo tipo de contrato sobre meio de prova é verificado quando as partes limitam o direito à apresentação ou à produção de determinadas provas. Pode suceder quando as partes limitam, por contrato, o número de testemunhas que poderão ser inquiridas pelo tribunal acerca dos fatos.

Para Wagner, há contratos sobre os meios de prova quando as partes limitam as provas que serão admissíveis, no sentido de que, entre as diversas fontes de prova, será excluída uma ou mais fontes, contexto em que será reduzida a apresentação ou a produção de provas a uma ou mais fontes, como a perícia, por exemplo. Wagner menciona que a natureza jurídica dos contratos que dispõem acerca dos meios de prova relaciona-se com a disponibilidade de um poder processual e conseqüentemente compartilha da ambigüidade inerente aos contratos. O autor afirma que a jurisprudência considera os contratos sobre os meios de prova como contratos de direito material, com os quais a parte se compromete a um determinado comportamento processual, embora pareça contraditória a estrutura de contratos de direito material sobre poderes processuais e a construção problemática de uma decisão extrajudicial acerca desses poderes processuais. A atividade probatória das partes fica, de um certo modo, restringida, ora recaindo a prova sobre determinadas alegações (afirmações ou negações) de fatos relevantes para substanciar o pedido ou a defesa, ora recaindo sobre a designação de provas relevantes para a solução do processo, tais como testemunhas oculares do fato, o que, nesse caso, acaba por limitar as provas a serem produzidas perante o tribunal. Com isso, as partes influenciam a descoberta da verdade e a apreciação dos fatos que devem ser demonstrados. Nessas hipóteses, os contratos acabam por determinar que apenas certas provas serão admitidas no curso do procedimento, a exemplo da exclusão de testemunhas como prova de fatos sigilosos e a restrição da prova desses fatos mantidos sob sigilo apenas mediante a produção de prova escrita. Esses contratos podem ser motivados por vários interesses, como pelo fato de as partes duvidarem da fiabilidade das provas, em

especial da credibilidade de uma testemunha, de se preocuparem com a proteção de certos segredos que resultam da produção das provas ou até mesmo evitar um meio de prova especialmente custoso, como a prova pericial.¹¹²

Dito de outro modo, os contratos sobre os meios de prova podem prever que apenas certas provas possam ser admitidas no decurso do processo, a exemplo do acordo que exclui a ouvida de testemunhas ou segundo o qual a divulgação de certas informações, consideradas secretas, só possa ser realizada por provas escritas. A doutrina refere o clássico exemplo do contrato de seguro contra incêndio de uma biblioteca, no qual existe a previsão de que certos livros pertencentes a ela apenas possam ser fornecidos após a ocorrência do sinistro mediante a apresentação do respectivo catálogo de livros, desimportando a prova testemunhal.¹¹³

Em condições gerais envolvendo contratos de seguro residencial que estipulam exclusões de cobertura por danos causados por torneiras deixadas abertas, salvo quando se tiver verificado uma falta de abastecimento de água, essa circunstância fática deverá ser comprovada pelos serviços abastecedores, não sendo permitida a produção ou a apresentação de qualquer outro meio de prova. Existem cláusulas que garantem o pagamento das despesas com a reparação ou substituição de bens pertencentes ao senhorio afetados por um sinistro, ao abrigo da apólice do seguro, com a ressalva de que a indenização só pode ser paga contra a apresentação de documentos comprovativos das despesas efetuadas.¹¹⁴ Em contratos de mediação, é comum a existência de uma cláusula compromissória que estabelece a exclusão do mediador como testemunha num processo judicial posterior.

¹¹² WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 683.

¹¹³ EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, p. 43.

¹¹⁴ Mais recente é a ideia de que por meio de uma plataforma digital o segurador prestará ao segurado todas as informações pré-contratuais necessárias, assim como que o segurado exercerá os direitos de renovar o seguro, de avisar o sinistro e reclamar a indenização ao segurador, acompanhando todo o processo de regulação do sinistro e nesse particular a doutrina chama a atenção para as plataformas digitais especializadas em regulação do sinistro, que, a partir do reconhecimento dos danos pela utilização de inteligência artificial, seja por imagem, seja por vídeo, seja por vistoria no local do sinistro (e.g. por drones), permitem que o procedimento de regulação se desenvolva de forma virtual e por decisões automatizadas; se não integralmente, ao menos em parte. Nesse sentido, MIRAGEM, Bruno / PETERSEN, Luiza. Seguro e inteligência artificial: novo paradigma tecnológico e seus reflexos na causa e na estrutura do contrato de seguro, In TEPEDINO, Gustavo / SILVA, Rodrigo da Guia (org.), *O Direito Civil na era da inteligência artificial*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 496.

Uma novidade do Código de Processo Civil Brasileiro é o contrato sobre os meios de prova que determina às partes a escolha do perito. Ao realizarem esse contrato, as partes concordam que certos fatos relevantes serão determinados pelo terceiro e estipulam que no caso de haver um litígio judicial a existência de um fato relevante deve ser determinada por um laudo pericial. O artigo 471 do Código de Processo Civil Brasileiro dispõe que partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que sejam plenamente capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição. A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.

Por outro lado, no ordenamento jurídico suíço, de acordo com a doutrina, um acordo sobre a perícia pode ter diversos significados: (i) as partes concordam que determinado fato deverá ser comprovado por meio da prova pericial; (ii) as partes concordam que suportarão metade dos custos processuais da perícia, cada uma, ou suportam as suas próprias despesas; (iii) as partes escolhem a pessoa que servirá como perito (perícia consensual).¹¹⁵

Por exemplo, o artigo 189 da ZPO Suíça prevê, expressamente, essa modalidade de acordo probatório, nos seguintes termos: 1. As partes podem concordar em obter a opinião de um perito sobre os temas em disputa. 2. O n.º 2 do artigo 17.º rege a forma do acordo. 3. O tribunal está vinculado à opinião do perito em relação aos fatos apurados desde que: (a) a relação jurídica envolver direito disponível; (b) não houver motivos de recusa contra o perito; e (c) o parecer tenha sido elaborado de maneira imparcial e não seja manifestamente incorreto.

Acerca dessa modalidade de contrato de prova, expressamente prevista na lei processual suíça, a doutrina menciona que se trata de uma solução interinal, que leva em consideração não apenas o princípio da autonomia privada, mas também diversas restrições a essa autonomia, no âmbito do direito processual e do direito material. Olivia Pelli considera que a opção do legislador, ao redigir o dispositivo, deve ser tomada em consideração, pois leva em conta a ponderação de diversos interesses, o que torna possível estabelecer um sistema a ser seguido, para fins de admissibilidade de outras

¹¹⁵ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 117

modalidades de contratos sobre as provas. A autora analisa o artigo 189, n.º 3, da ZPO Suíça, do ponto de vista de inúmeros interesses, como a verdade processual, a proteção da intimidade e a lei material como trincheira.¹¹⁶

Contudo, alguma doutrina de peso considera que a perícia consensual não se sobrepõe à autônoma do juiz para, em entendendo necessário, afastar essa eleição das partes e valer-se de prova pericial comum. Marinoni e Arenhart, ao defenderem essa ideia, sustentam que a possibilidade de as partes indicarem o perito pode influenciar na atividade judicial e em razão disso o juiz poderia afastar a vontade delas e determinar a realização de prova pericial comum. Afinal, para os autores, a prova pericial não se presta apenas para a solução da controvérsia das partes, mas é pressuposto para a imposição da autoridade do Estado e o juiz não poderia estar inevitavelmente vinculado a um negócio processual do qual não participou e que poderia comprometer a sua atividade. Ademais, esclarecem que se a função da prova é contribuir para a formação da convicção do tribunal, não poderiam as partes impor ao órgão judicial uma forma específica de convicção.¹¹⁷

Essa posição, no entanto, é amplamente minoritária no direito brasileiro, já que a perícia consensual é expressamente prevista em lei e vincula o tribunal, uma vez eleita pelas partes.¹¹⁸ Em outras palavras, um contrato de escolha do perito, a princípio, obriga as partes e o tribunal que a ele fica vinculado, mesmo sem ter sido parte no negócio, o que aproxima esse pacto, com relação ao órgão decisor, do contrato com eficácia de proteção para terceiros. Uma vez celebrado o contrato, uma perícia deverá ser obtida, como meio de prova, e os demais meios de prova – testemunhas, documentos etc. – são excluídos, se esta foi a vontade de ambas as partes.

A título de outro exemplo, as partes podem convencionar que a comprovação da autoria e da integridade de um documento eletrônico pode ser realizada através de uma assinatura digital que não satisfaz os requisitos legais, de acordo com o disposto no artigo

¹¹⁶ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 117.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 5.ª ed., São Paulo, 2019, p. 895.

¹¹⁸ Acerca da escolha consensual do perito ao longo da história legislativa brasileira, CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios processuais no processo civil brasileiro, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017, pp. 66-67.

3.º, n. 4, do Decreto-Lei n. 290-D/99, de 2 de agosto. No ordenamento jurídico brasileiro, uma hipótese típica de negócio jurídico sobre prova está prevista no artigo 18 da Lei n.º 13.874/2019, que trata da liberdade econômica. A partir de agora, no Brasil, para documentos particulares, qualquer meio de comprovação da autoria, integridade e, se necessário, confidencialidade de documentos em forma eletrônica é válido, desde que escolhido de comum acordo pelas partes ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento, a exemplo do *blockchain*.¹¹⁹

2.5.5 Contratos sobre a apreciação da prova

Os negócios sobre a apreciação da prova (*Beweiswürdigungsverträge*) estipulam que determinadas provas têm um valor probatório maior do que outras. Exemplo disso são os acordos nos quais os documentos têm um valor probatório maior, enquanto as testemunhas têm apenas um valor secundário. Igualmente, as convenções sobre a apreciação da prova podem estipular que os documentos públicos tenham o mesmo valor que os documentos particulares.

Na Alemanha, o negócio processual que dispõe sobre a apreciação da prova não é admitido pela doutrina dominante, porque limita o poder reconhecido ao juiz de livre apreciação da prova, que é inderrogável e tem natureza pública. A doutrina fala em *Verbot des Konventionalprozesses* e entende que são inadmissíveis os contratos processuais que excluem regras processuais de ordem pública, o que inclui os negócios sobre a apreciação da prova. Com efeito, a doutrina entende que um acordo entre as partes que se destina a prescrever como o juiz deve avaliar um determinado resultado da prova, e, assim, limitar a livre apreciação da prova, é inadmissível, muito embora reconheça, por outro lado, que o escopo e, portanto, o resultado da obtenção de provas pode ser influenciado por contratos de prova que, por sua vez, incluem os contratos sobre os meios de prova e os contratos de confissão, sendo que os primeiros visam a limitar a prova a elementos de

¹¹⁹ DIDIER JR., Fredie / OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. O uso da tecnologia *blockchain* para arquivamento de documentos eletrônicos e negócios probatórios segundo a lei de liberdade econômica, In WOLKART, Erik Navarro / NUNES, Dierle / LUCON, Paulo Henrique dos Santos (org.). *Inteligência artificial e o direito processual*. Salvador, JusPodivm, 2020, pp. 359-380.

prova específicos, como documentos, e os segundos exigem que o tribunal considere certos fatos como estabelecidos ou não determináveis. Na perspectiva dos princípios da negociação e do dispositivo esses contratos são admissíveis porque, nesse domínio, a prova e a confissão ficam a critério das partes.¹²⁰

2.5.6 Contratos sobre os graus da prova

Os contratos sobre os graus da prova (*Beweismassverträge*) são convenções que determinam em que medida o tribunal, arbitral ou estadual, deve ser convencido da verdade de um fato alegado, ou seja, se o juiz deve exigir prova acima da dúvida razoável da existência de um fato específico ou se contentar com um menor grau de certeza.

Diversas vezes a lei exige apenas uma grande probabilidade ou mesmo a certeza de certos fatos. Nesse caso, o tribunal pode aceitar o fato como verdadeiro, mesmo que tenha alguma dúvida residual. O nível exigido de prova decorre tanto do direito substantivo como do direito processual. No entanto, raramente é a lei que governa o grau de prova. Muitas vezes, os graus ou medidas da prova devem ser determinados pelo tribunal a seu critério. Por exemplo, os contratos de seguro ocasionalmente contêm cláusulas compromissórias de prova para evitar dificuldades na produção dessa prova. Como parte do seguro contra roubo, pode ser acordado, por exemplo, que as provas indiciárias de uma subtração são suficientes para demonstrar uma reclamação de seguro.¹²¹

3. Tensões em torno dos limites dos contratos probatórios

3.1 A posição cética da doutrina

¹²⁰ Nesse sentido, ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.^a ed., München, Beck, 2004, pp. 421 e 767.

¹²¹ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, pp. 8-9.

Em muitos ordenamentos jurídicos, o direito de provar alçou a nível constitucional e tem repercussão direta nos pactos de prova, a ponto de alguns autores questionarem os negócios processuais que restringem a produção da prova perante o tribunal. Para Juan Pico I Junoy, as garantias constitucionais probatórias são inegociáveis e a consequência disso é não poderem ser objeto de ajuste privado entre as partes. O autor traça uma comparação entre um hospital, que serve para curar doentes, e o processo, que serve para resolver interesses em conflito. Essa comparação pode ser construída com base nos interesses das partes do processo e dos pacientes do hospital ou com base no interesse do juiz do processo e do médico do hospital. O autor espanhol entende que, em ambos os casos, devem ser protagonistas o juiz do processo e o médico do hospital. De um lado, o processo tem por função alcançar a solução mais justa possível dos interesses em conflito e, para tal finalidade, o juiz deve ter a máxima liberdade, a fim de cumprir seu papel, o que pode contrariar os pactos processuais privados das partes, em algumas situações. Seguindo na comparação entre o processo e o hospital, o autor menciona que o hospital é lugar para curar doenças e ninguém jamais pensaria que os médicos não podem indicar medicações a que se devem submeter os pacientes para tratamento, assim como o processo judicial é lugar de resolução de conflitos e essa solução deve ocorrer da forma mais justa possível. De acordo com esse raciocínio, devem ser alcançados ao juiz os meios e poderes necessários para alcançar tal finalidade, sem condicioná-lo aos pactos privados das partes, que por vezes limitam a produção das provas.¹²²

Trata-se de uma visão restritiva e cética dos negócios processuais probatórios.

Marinoni e Arenhart, quando tratam da validade das convenções processuais que limitam a mobilização das provas diante dos fins do processo civil, praticamente recusam

¹²² PICO I JUNOY, Juan. *Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso*. In Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 21, n. 1, jan. abr. 2020, pp. 155-156. O autor conclui que “si el médico debe ser libre para determinar los medios de diagnóstico que estime necesarios para identificar la concreta patología a tratar y valorar sus resultados, así como también debe serlo para elegir la mejor terapia – por lo que no debe estar vinculado en ningún caso por la opinión o preferencia del paciente –; el juez, que tiene el deber de resolver el conflicto ante él planteado por las partes de la forma más justa posible (arts. 1 y 24.2 CE), también debería disponer de la máxima actividad probatoria posible para realizar eficazmente su función, esto es, resolverlo de la forma más justa posible. En consecuencia, el médico y el juez, que deben tratar una determinada patología o conflicto, respectivamente, para hacerlo deben tener la libertad para identificar y ordenar los medios de diagnóstico o pruebas que crean oportunas, y valorar sus resultados como estimen conveniente para determinar correctamente la mejor terapia (el médico) o aplicar la debida norma jurídica que resuelva el conflicto litigioso (el juez).”

a possibilidade de serem celebrados negócios processuais sobre a prova, sejam esses pactos probatórios prévios ou incidentais ao processo. Os autores confrontam com os fins do processo civil a ideia de que, quando as partes podem dispor do direito litigioso, nada deve impedir-lhes de convencionar sobre a prova. Defendem a posição de que o acordo processual que restringe a apresentação ou a produção de provas nega o direito fundamental de tutela a uma decisão justa pautada em convicção de verdade. Ainda, em face dos fins que devem ser cumpridos pelo processo, nomeadamente a tutela da segurança jurídica e a promoção da liberdade e da igualdade, sustentam que esses acordos de limitação da prova inviabilizam a formação de coisa julgada sobre questão e dificultam a formação de precedentes.¹²³

Além disso, os autores sustentam que restringir a prova que pode ser utilizada no processo significa não apenas acordar sobre a prova que deve ser produzida, mas negociar tomando em conta a convicção do juiz, que, na ótica deles, não está à disposição dos litigantes. Nessas condições, mencionam que o juiz jamais estará vinculado a um acordo que limite a possibilidade da formação adequada da sua convicção e com base nesse raciocínio apenas admitem a convenção processual quando objetiva aprimorar ou qualificar a convicção judicial, devendo ser desconsiderada quando restringe a sua formação.¹²⁴

Ainda, Marinoni e Arenhart apontam para a importância da previsibilidade das decisões judiciais e para a necessidade de os tribunais respeitarem precedentes. Aludem que a previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, poder se desenvolver e, portanto, estar num Estado de Direito, ou seja, em um Estado que assegure a estabilidade e a previsibilidade do direito. Referem que a segurança jurídica é indispensável para que o homem possa livremente se

¹²³ Marinoni e Arenhart, noutra passagem, sublinham que “a sociedade espera orientação do Judiciário para poder ter previsibilidade em relação às suas decisões futuras. Essa orientação, como se sabe, frutifica por meio dos precedentes das Cortes Supremas. Sucede que a formação de precedente, nos casos dependentes do esclarecimento de fatos, exige a produção de prova. Como não é difícil perceber, a restrição das provas, em convenção processual, pode não só inviabilizar a instituição de precedente, mas também constituir estratégia para evitar a sua formação.” MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 5.^a ed., São Paulo, 2019, p. 453.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 5.^a ed., São Paulo, 2019, p. 445.

autodeterminar em suas escolhas e, assim, para que a sua vida e negócios possam se desenvolver.¹²⁵

Os autores indicam duas feições do valor liberdade, uma feição menos relevante quando se tem em conta a prevalência da vontade das partes no processo e outra feição mais relevante quando se tem em conta a circunstância de que o Estado, mediante o processo, deve se desincumbir de grave responsabilidade, que obviamente está muito além do interesse das partes, e mencionam que seria absurdo supor que a liberdade das partes possa se sobrepor aos fins do processo, como a tutela da segurança jurídica, indispensável à promoção da própria liberdade. Adiante, sublinham que a convenção processual não pode limitar a formação da convicção do juiz para fins de tutela da segurança jurídica, promovendo-se a igualdade e a liberdade, e que restringir a prova que pode ser utilizada no processo significa não apenas acordar sobre a prova que deve ser produzida, mas negociar tomando em conta a convicção do juiz, que obviamente não está à disposição dos litigantes. Sustentam que a restrição da prova em acordo processual não tem qualquer legitimidade quando uma das partes demonstra ao juiz que outra prova é necessária para a verificação dos fatos e defendem que “manter intacto o acordo processual, numa situação como esta, implica em entender que a parte abriu mão do seu direito fundamental à tutela jurisdicional no momento em que celebrou a convenção.”¹²⁶

A posição dos autores é louvável, mas não pode prevalecer, mormente em função do já mencionado artigo 190 do Código de Processo Civil Brasileiro, verdadeira cláusula

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 5.^a ed., São Paulo, 2019, pp. 439 ss.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 5.^a ed., São Paulo, 2019, pp. 439-452. Os autores concluem que “independentemente de o juiz poder determinar prova de ofício, o acordo processual sobre prova não tem validade quando prejudica a formação da convicção de verdade, pressuposto para a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional e ao cumprimento do dever do julgador prestá-la devidamente”. Para os autores, essa restrição vale também para a arbitragem, pois “caso uma das partes faça ver ao árbitro a necessidade de produção de prova diversa da predeterminada no acordo, esse simplesmente deverá ser desconsiderado, deferindo-se a produção da prova solicitada. Ao negar a prova com base na convenção, o árbitro violará o direito fundamental à tutela jurisdicional. Se a arbitragem é equivalente jurisdicional, o árbitro obviamente não pode decidir em desatenção aos direitos fundamental à tutela jurisdicional. Portanto, negada a prova sob a alegação de que a convenção a proíbe, há de se admitir ação de nulidade de sentença arbitral.” Não desmerecem, contudo, a convenção sobre as provas na arbitragem, ao concluírem que “nenhuma das partes, no Judiciário ou na arbitragem, pode recusar a produção da prova convencionada para o esclarecimento dos fatos, não obstante possam requerer a produção de outras provas. Do mesmo modo, nem o juiz nem o árbitro podem negar a produção da prova eleita pelas partes, a menos, é claro, que esta recaia sobre fato não pertinente ou irrelevante para a solução do conflito, ou mesmo incontroverso.”

geral negocial, como também pelo fato de ser relativamente comum a celebração de acordos processuais sobre a prova, especialmente sob a modalidade de cláusulas compromissórias, que advém das condições gerais de vendas *online*, prática que é inarredável nos tempos atuais.

Mesmo nessas condições, não parece que a ideia de Marinoni e Arenhart tenha sido exposta sob a ótica da irrestrita *Untersuchungsmaxime* pelo tribunal, já que nessa perspectiva a investigação judicial é irrestrita quando o objeto do processo afeta interesses públicos ou interesses de terceiros e a fim de preservar o sistema jurídico e proteger esses interesses gerais, as partes são legalmente privadas de sua liberdade e autonomia privada, já que o objetivo da *Untersuchungsmaxime* não é a proteção do interesse das partes, mas do interesse público em geral e de terceiros, que só podem ser salvaguardados se as partes não tiverem uma disposição real ou legal na descrição dos fatos, de sorte que, onde quer que a *Untersuchungsmaxime* prevaleça, basicamente não há lugar para contratos de prova.¹²⁷

Aliás, parece correta a ideia no sentido de que a admissibilidade dos contratos que restringem os meios de prova se circunscreve às hipóteses em que as partes podem dispor dos fatos em discussão.¹²⁸

Igualmente, não se nega que o processo civil tutela a implementação do direito material e o propósito da justiça civil seja a proteção do direito e a solução do litígio entre as partes com uma decisão judicial que corresponda ao sentimento geral de justiça. Ao atingir esse desígnio, não apenas os interesses das partes são tutelados, mas toda sociedade fica resguardada. Até porque a sociedade é interessada numa instituição estatal que assegure uma certa justiça, que seja independente da vontade individual das partes e

¹²⁷ Nesse sentido, EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, p. 73; KNECHT, Otto. *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau, Rudolf Rosswog, 1937, p. 90; WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 102 e 632. Wagner menciona que as máximas de negociação e disposição (*Dispositions- und Verhandlungsmaximen*) que permitem às partes iniciar e encerrar um litígio, estão sujeitas a restrições. Para o procedimento em matéria de família não é a máxima da negociação que se aplica, mas o princípio da investigação. Com efeito, o princípio da investigação do procedimento de família priva as partes da liberdade de disposição ao permitir que o tribunal esclareça os fatos oficiosamente e sem as correspondentes alegações e provas das partes. Assim, as partes não podem impedir o tribunal de investigar os fatos ao não apresentar certos meios de prova. Apesar disso, a apresentação de ações ou a renúncia a certos recursos são admitidos, apesar da restrição da máxima de disposição.

¹²⁸ EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, pp. 86 ss.

que encontre soluções uniformes consonantes com a estrutura do direito processual, para a realização do direito. Caso contrário, a solução do caso será justa apenas em situações excepcionais. Com isso em mente, diversas observações podem ser feitas a respeito da posição assumida pelos processualistas brasileiros.

Acerca da relação que os autores fazem entre o acordo processual sobre provas e os poderes instrutórios do juiz, não se pode olvidar, por exemplo, na hipótese dos contratos sobre os meios de prova, que o juiz jamais poderá, de ofício, determinar o comparecimento ao tribunal de uma fonte de prova. Essa iniciativa judicial, além de ser subsidiária e suplementar da iniciativa das partes, restringe-se apenas aos meios de prova e quando houver expressa previsão legal a respeito, como por exemplo a previsão do artigo 396 do Código de Processo Civil Brasileiro, em que o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder. Entretanto, mesmo esse poder judicial não é irrestrito, a teor do artigo 404 do mencionado código, que permite, em alguns casos, a escusa de a parte exhibir, em juízo, documento ou coisa.

Quando Marinoni e Arenhart sustentam que a limitação da prova inviabiliza a coisa julgada sobre questão e dificulta a formação de precedentes e, por consequência, nega a oportunidade de o processo civil tutelar a segurança jurídica, promovendo a liberdade e a igualdade, fundamentam o seu posicionamento naquilo que é preceituado no artigo 503, § 2º, do Código de Processo Civil Brasileiro, que trata da coisa julgada sobre questão. Não se ignora que a realização da justiça feita no caso pode transcender o plano individual em vista de o processo civil tutelar a segurança jurídica, promovendo a liberdade e a igualdade, mediante a formação de precedentes.

Afinal, no plano jurídico, numa perspectiva abstrata, afirma-se que as finalidades do processo civil são o restabelecimento da paz social ou jurídica, a construção da segurança e da confiança jurídicas e o desenvolvimento ou aperfeiçoamento do direito. Contudo, de acordo com a doutrina, é preferível uma análise mais próxima da realidade e nesta perspectiva mais específica pode afirmar-se que “as finalidades do processo civil são, num plano sociológico, a resolução de litígios e, num plano jurídico, a tutela de situações subjectivas e, reflexamente, da própria ordem jurídica.”¹²⁹

¹²⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *A prova em processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 15.

Portanto, é chegada a hora de reponderar as visões publicistas do processo uma vez que a realização da justiça começa e termina sempre no caso individualmente considerado. As estruturas criadas para garantir a unidade do direito, sempre da melhor forma, não podem estar em contradição com a tutela individual dos direitos, já que a decisão e o procedimento sempre devem ter como missão resolver um “concreto conflito entre concretas pessoas”.¹³⁰

Aliás, convém lembrar que as próprias regras probatórias, como a regra da produção das provas em contraditório, tem como propósito estabelecer restrições à produção e à avaliação da prova. Nesse sentido, Miguel Teixeira de Sousa assinala que as regras probatórias são aceitáveis se não incrementarem, de forma injustificada, o risco da prova de fatos não verdadeiros ou o risco da não prova de fatos verdadeiros. Nessa perspectiva, sequer seria possível justificar regras sobre provas ilícitas ou sobre a limitação do número de testemunhas, ou até mesmo sobre preclusões em matéria probatória. Portanto, quando for afirmado que o juiz formou a convicção sobre a verdade de um fato, em realidade isso significa que o decisor formou uma convicção “suficiente para eliminar a dúvida sobre a verdade desse facto.”¹³¹

Marinoni e Arenhart também parecem defender a ideia de que os contratos probatórios são ineficazes diante da vinculação das partes ao dever de verdade e da completude do tribunal para esclarecer os fatos de maneira exaustiva na busca pela verdade. Entretanto, a apreciação das provas não pode ser confundida com a admissibilidade das provas pelo tribunal. A produção das provas pode ser limitada pelas convenções probatórias, mas isso não significa restringir a livre apreciação das provas pelo tribunal. Por exemplo, se as partes excluíram a prova testemunhal, o tribunal não poderá determinar a inquirição de testemunhas. Nessa hipótese, a máxima da negociação prepondera sobre a investigação judicial na busca da verdade. No entanto, essa hipótese não limita a livre apreciação das provas pelo tribunal. De sorte que os contratos sobre os

¹³⁰ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 14.

¹³¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *A prova em processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 32-33.

meios de prova excluem apenas a coleta de certo material probatório, mas não regulam a apreciação das provas pelo tribunal.

O mesmo se aplica aos contratos sobre os temas da prova. Embora possa parecer, num primeiro momento, que tais contratos interfiram na livre apreciação da prova pelo tribunal, é certo que, quando as partes concluem o contrato, não haverá essa interferência. As partes não determinam ao tribunal uma apreciação específica da prova, elas apenas concordam que a existência de determinados fatos não depende da produção de provas.

De sorte que o contrato sobre os temas da prova resulta das regras que dispõem acerca dos fatos incontroversos, que não dependem de prova, além das regras sobre a confissão. Aliás, os contratos sobre os temas da prova estão em harmonia com o disposto no artigo 607.º, n. 5, do Código de Processo Civil, que dispõe acerca da livre apreciação da prova pelo tribunal. De acordo com essa disposição legal, o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto e a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes. As partes podem, por acordo, estabelecer que o facto *y* está provado. Nessa hipótese, o tribunal considera provado o facto *y*, mas poderá avaliar essa prova com todo o conjunto probatório constante dos autos. O acordo, portanto, não interfere na livre apreciação da prova pelo tribunal, que apenas consideraria o facto *y* como provado.

3.2 A posição favorável da doutrina, com algumas restrições

O problema da admissibilidade dos contratos probatórios é igualmente o de conhecer qual eficácia jurídica tais convenções processuais produzem e se o tribunal está vinculado aos pactos que foram celebrados entre as partes. Em outras palavras, saber se um contrato de provas é inadmissível se a eficácia pretendida pelas partes contratantes não for permitida pelo ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, a questão da admissibilidade dos contratos de prova é a questão da admissibilidade da sua eficácia jurídica.

A doutrina alemã, em grande parte, foi quem mais cuidou dessa problemática e o resultado dessa análise está longe de ser uniforme. Entre outros, Bülow considera inadmissíveis os contratos de prova tendo em vista a natureza pública das normas de direito processual civil. A celebração do contrato em desacordo ao processo seria contrária pela própria *ratio juris*. O autor menciona o contrato probatório como negócio extrajudicial cujo objeto seria a apreciação convencional de fatos em que as partes consideram verdadeiro um fato, que admite ou não admite prova em contrário, e a confissão, mas acaba por ocupar-se, como a maioria da doutrina da época, com o negócio de reconhecimento e com o negócio de confissão. Apenas acena aos negócios sobre os meios de prova, mas sem profundidade nesse assunto, considerando-os inadmissíveis.¹³²

Wach, quando trata do tema, ocupa-se dos acordos que dispensam a parte da prova de um fato e dos negócios sobre o ônus da prova e refere os negócios que dizem respeito à utilização ou à exclusão dos meios de prova, mas não compreende estes últimos na categoria *Beweisverträge*. Alude acerca da dispensa do ônus da prova com reserva de prova contrária e acerca do negócio de prova que estabelece determinados fatos como sendo incontestáveis. Contudo, considera *Beweisverträge* apenas o primeiro tipo de negócio. Parece considerar um contrato de provas quando as partes consideram um fato provado, salvo se houver prova em contrário.¹³³

De acordo com Windscheid e Kipp, considera-se contrato de prova o negócio de reconhecimento, por força do qual aquilo que é reconhecido considera-se como provado, admitindo-se prova em contrário. Para os autores, a eficácia do reconhecimento pode cessar mediante uma simples prova em contrário. Pode servir como objeto do reconhecimento um fato ou uma relação jurídica e cada uma das hipóteses pode caracterizar um negócio de prova.¹³⁴

Josef Kohler ainda identifica os contratos sobre a interpretação dos fatos – um certo evento deverá ser interpretado de um modo predefinido a favor de uma ou de outra

¹³² BÜLOW, Oskar. *Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*. Archiv für die Civilistische Praxis, vol. 64, 1881, pp. 62-63.

¹³³ WACH, Adolf. Das Geständnis. *Ein Beitrag zur Lehre von den Prozessualischen Rechtsgeschäften*. In Archiv für die Civilistische Praxis, vol. 64, 1881, pp. 218 e ss.

¹³⁴ WINDSCHEID, Bernhard / KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, 9. ed., reimpr. 1906 Frankfurt am Main, Scientia Verlag Halen, 1963, pp. 819-822.

parte – e os contratos nos quais se veda a uma parte a alegação de determinado fato. Ambos se consideram nulos e sem qualquer efeito entre as partes e em confronto com o juiz. A parte que alegar um fato, que era impedida de alegar, não deverá indenizar a outra parte por incumprimento e o juiz não pode acolher uma eventual exceção da outra parte que torne o pacto válido. Solução contrária implicaria, segundo o autor, uma ulterior dificuldade na descoberta da verdade, já por si imperfeita. A violação não produz um dever de indenizar e qualquer sanção convencional coligada ao negócio seria ineficaz.¹³⁵

Na metade dos oitocentos acabou-se por consagrar a ideia de que o negócio de reconhecimento, em realidade, releva, de modo indireto, à confissão extrajudicial, daí que se concebe o reconhecimento como causa de obrigações, sendo adequado chamar o contrato de reconhecimento como *confessio* extrajudicial.¹³⁶

Wagner, aliás, reconhece que a teoria de Bähr condicionou amplamente a ciência jurídica do início dos novecentos. De acordo com o autor, a tal "vinculação" do tribunal a um fato estabelecido por acordo das partes pode, no entanto, também ser alcançada por meio do chamado contrato de confissão. As partes poderiam, portanto, comprometer-se a apresentar o respectivo fato ou a não o contestar. Se cumprirem esta obrigação contratual, o tribunal deve basear a sua decisão no facto, sem mais delongas. O autor reconhece que as dificuldades no processamento dogmático dos contratos de confissão têm uma longa tradição, que remonta o trabalho fundamental de Otto Bähr de 1855 sobre "*Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*", que lançou as bases para a doutrina da obrigação abstrata.¹³⁷

Talvez a explicação para esse entendimento seja o fato de que a ideologia fundamental da época fosse marcada pela passagem da concepção do processo como "coisa das partes", típica do processo comum tardio e do processo liberal dos oitocentos,

¹³⁵ KOHLER, Josef. Ueber process rechtliche Verträge und Creationen. *Gesammelte Beiträge zum. Zivilprozess*, Berlin Carl Heymanns, 1894, p. 155.

¹³⁶ BÄHR, Otto. *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund: civilistische Ahandlung*. 3.^a ed., Aalem, Scientia, 1970, reimp. 1894.

¹³⁷ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 611-612. Acerca da confissão, amplamente, FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório*. 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013. A ideia da confissão como algo que dispensa a produção de prova remonta aos textos Justinianeus do *Corpus iuris* canônico que tratavam do instituto em um título separado daquele dedicado às outras provas. Até mesmo as fontes canônicas perceberam no ato confessório um ato negocial de *reuevatio ab onere probandi*, ou *levamen probationis*. Com profundidade, FURNO, Carlo. *Confessione*, In *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 870 e ss.

à abolição do poder monopolístico das partes a respeito da produção de provas e a subtração do poder de direção formal do processo por elas.¹³⁸

Nessa passagem, os poderes processuais devem ser exercitados pelo tribunal e às partes deve ser reconhecida apenas uma atividade instrumental. Uma autêntica “revolução de Klein”, segundo a qual a ideia central da reforma judiciária promovida em Áustria por Franz Klein era a de impor às partes dizer a verdade (*Wahrheitspflicht*) e de atribuir ao juiz a direção material do processo (*materielle Prozessleitung*) para que a decisão da verdade do processo coincida o máximo com a verdade material.¹³⁹

Nesse contexto cultural, Sachse considera que os contratos sobre o procedimento probatório (*Beweisführungsverträge*) são permitidos. O autor admite os contratos sobre os temas da prova (*Beweisthemenvetrag*) quando afirma que, ao celebrarem os contratos, as partes assumem que os fatos relevantes são ou podem ser verdadeiros. Dessa forma, as partes se comprometem a dizer a verdade ao juiz, cujo objetivo é a lealdade processual e o dever de verdade ao tribunal. Em outras palavras, o autor afirma que os contratos sobre os temas da prova e os contratos sobre os meios de prova são admissíveis, já que a incerteza, conectada com o princípio da livre apreciação da prova pelo juiz com relação ao fato, poderá, dessa forma, ser eliminada. Importante notar que esses contratos que restringem a livre apreciação da prova pelo tribunal são apenas admitidos se não ofenderem os bons costumes, a saber, devem eles referir a uma determinada relação jurídica e não serem utilizados em desvantagem da parte mais fraca da relação. Sachse admite os contratos sobre o ônus da prova, ao referir que se as regras que dispõem acerca do ônus da prova são de direito material, sua imutabilidade não pode se basear na norma processual e sua suposta natureza cogente.¹⁴⁰

Wagner sustenta a admissibilidade dos contratos probatórios, uma vez que se as partes podem abrir mão do próprio direito material, daí também poderem induzir o

¹³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Iniziative Probatorie del Giudice e Basi Pregiuridiche della Struttura del Processo. In *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXII, 1967, p. 417. Acerca da necessidade dos negócios processuais sobre o ônus da prova e a necessidade da busca de um termo médio entre as ideias de processo como “coisa das partes” e de processo como “coisa sem partes”, GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 223 ss.

¹³⁹ PICARDI, Nicola. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. In *rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 2012, p. 10.

¹⁴⁰ SACHSE. Beweisverträge, In *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, Vol. 54, Berlin, 1929, pp. 410, 425, 432.

tribunal a chegar a uma decisão específica por meio de uma transação, não lhes pode ser negado o poder de realizar acordos relativos à prova. Para o prestigiado autor, os contratos sobre apreciação da prova, os contratos sobre os graus da prova, os contratos sobre meios de prova e os contratos sobre temas da prova são admissíveis, além de vincular as partes e o tribunal. Apenas se a máxima da livre investigação pelo tribunal (*Untersuchungsmaxime*) é vigente a corte não está vinculada e esses pactos. Mais adiante, o autor menciona que não apenas os contratos sobre o ônus da prova, de natureza material, como também os contratos de natureza processual, devem ser considerados admissíveis, pois a previsão legal cuja aplicação é controlada pela respectiva regra sobre o ônus da prova é acessível aos acordos das partes e as normas de natureza pública não podem restringir a autonomia privada das partes. Wagner qualifica essas convenções como contratos de natureza processual, já que, incidindo sobre situações tipicamente processuais, constituem obrigações processuais de comportamento.¹⁴¹

Baumgärtel, embora identifique ser controversa a natureza jurídica e a admissibilidade dos contratos de prova, considera-os admissíveis se a eles for aplicável o princípio da negociação (*Verhandlungsmaxime*) e os contratos referirem a uma determinada relação jurídica. Por exemplo, as partes não poderiam concordar que a prova documental fosse excluída para todos os processos que as envolvesse. Contudo, menciona que a *Verhandlungsmaxime* não se aplica indefinidamente, já que se o contrato de confissão for celebrado para obtenção de um processo simulado isso não excluirá a busca da verdade na medida em que o tribunal pode determinar a mobilização da prova oficiosamente. O argumento é praticamente irrefutável. Se as partes podem reduzir a produção da prova durante a instrução, quando, por exemplo, não apresentem ou não requeiram a produção de determinado meio de prova, obviamente poderão fazê-lo antes de instaurar a ação, mediante um contrato probatório sobre os meios de prova. No entanto, para esse autor, os contratos sobre apreciação da prova e os pactos sobre os temas da prova são inadmissíveis, já que o primeiro viola a livre apreciação da prova pelo tribunal e o segundo, tendo em vista o dever de veracidade das partes perante o tribunal, a possibilidade de impugnar as alegações contrárias deve permanecer aberta, desde que

¹⁴¹ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 608.

sua relevância seja reconhecida no processo judicial. O autor admite os contratos de prova, sendo resguardados interesses públicos e privados, nomeadamente a proteção das partes contra a inexperiência e a vulnerabilidade, desde que a importância desses interesses seja reconhecida no processo.¹⁴²

Schiedermair acredita que a resposta à questão acerca da admissibilidade dos contratos processuais só decorre do fato de saber se o efeito pretendido pelas partes é ou não é permitido pelo direito processual. O problema da admissibilidade dos contratos é, predominantemente, da admissibilidade de seus efeitos, refere o autor. Assim, a admissibilidade e o efeito estão em certa relação recíproca. Schiedermair não vê problemas naqueles contratos que estão expressamente previstos em lei, mencionando os seguintes: pacto de jurisdição (§ 38 da ZPO), convenção de arbitragem (§ 1025 da ZPO), contratos sobre o procedimento, nomeadamente sobre a redução dos prazos (§ 224, n.º 1, da ZPO), sobre a escolha do perito (§ 404, n.º 4, da ZPO) e sobre o tipo de depósito em garantia (§ 108 da ZPO). O autor menciona ainda os contratos sobre a execução hipotecária, sobre o local e a hora do leilão (§ 816, n.ºs 1 e 2 da ZPO), no plano da divisão (§ 876 da ZPO) e em submissão à execução imediata (§§ 794, n.º 5, 799 e 800, da ZPO). Esses contratos típicos são indubitavelmente admissíveis. Nesses casos, a lei confere expressamente liberdade para exercer a vontade da parte. Com isso, surge o problema da admissibilidade dos contratos processuais não previstos em lei. O autor reconhece que a regulamentação legal de alguns contratos processuais deixa totalmente em aberto a questão da admissibilidade de outros acordos não previstos em lei e considera que o limite à celebração das convenções processuais não decorre do princípio da legalidade das formas de processo, mas da distinção entre direito processual injuntivo e supletivo.¹⁴³

Eickmann defende a admissibilidade e a vinculatividade do tribunal aos contratos sobre meios de prova e sobre os temas da prova, em atenção à máxima da negociação (*Verhandlungsmaxime*). De acordo com o autor, os contratos sobre os temas da prova apenas serão válidos se o tema da prova for, realmente, objeto do litígio judicial. Por outro lado, o autor defende a inadmissibilidade dos contratos sobre a apreciação da prova, já

¹⁴² BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1972, pp. 254-259.

¹⁴³ SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1935, pp. 45-48.

que a livre apreciação da prova pelo juiz é um direito inalienável retirado da esfera de disponibilidade das partes. A inadmissibilidade decorre da divisão de trabalho legalmente imposta entre o tribunal e as partes. Às partes cumpre recolher o material probatório e ao tribunal caberá avaliar a apresentação das provas. Se as partes tivessem influência sobre isso, interviriam diretamente no processo decisório, o que não garante a formação da convicção do tribunal.¹⁴⁴

De acordo com Hartmann, são admissíveis os contratos sobre os meios de prova e sobre os temas da prova em atenção ao princípio da negociação (*Verhandlungsgrundsatz*) – segundo o qual cabe às partes apresentar atempadamente todos os fatos relevantes, com base nos quais o tribunal toma uma decisão – e ao princípio do dispositivo (*Dispositiongrundsatz*) – expressão do princípio geral da autonomia privada – desde que as relações jurídicas abarcadas estejam sob jurisdição das partes e os contratos de prova não sejam imorais. O autor ainda menciona que existirão limitações especiais se houver termos e condições gerais padronizados nos contratos de prova.¹⁴⁵

Dickhoff qualifica os contratos probatórios como contratos processuais na medida em que conformam a situação processual, porém nega a admissibilidade dos contratos sobre os temas da prova, alegando que o interesse público em preservar a ordem jurídica seria perturbado se a determinação do fundamento da sentença estivesse inteiramente nas mãos das partes. De acordo com o autor, um julgamento incorreto não é apenas um infortúnio individual, mas um dano à comunidade, porque uma de suas maiores tarefas, a proteção jurídica, permanece insatisfeita. Por outro lado, ele considera que contratos sobre os meios de prova são admissíveis porque não impedem a colheita de provas, razão pela qual não violam nenhum princípio processual, em particular as máximas de negociação e de disposição. Além disso, eles seriam do interesse das partes porque acelerariam o processo judicial.¹⁴⁶

No que diz respeito aos contratos sobre o ônus da prova, Rosenberg considera-os admissíveis, com certas restrições, na medida em que o direito seja disponível e o pacto

¹⁴⁴ EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, pp. 91-92.

¹⁴⁵ BAUMBACH, Adolf / LAUTERBACH, Wolfgang / ALBERS, Jan / HARTMANN, Peter. *Zivilprozessordnung*, 62.^a ed., München, C. H. Beck, 2004, pp. 590 e 1080.

¹⁴⁶ DICKHOFF, Volker. *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeßrecht*, Diss. Erlangen, 1941, pp. 56, 60.

não infrinja normas de ordem pública. Não há porque negar a admissibilidade desses contratos pelo fato de as partes desviarem seus direitos e obrigações da regra legal, exemplo disso é a regra estipulada no contrato de seguro, segundo a qual o segurado, para obter a indenização, deve provar que o acidente não foi causado intencionalmente.¹⁴⁷

3.3 Em torno da escassa jurisprudência

A jurisprudência alemã pronunciou-se no sentido da admissibilidade dos negócios processuais, especialmente daquelas convenções em que a parte se comprometeria a determinado comportamento processual, daí que poderia concordar com a desistência da ação, renunciar ao recurso ou comprometer-se a não utilizar determinado meio de prova.

Constou da decisão do BGH que “Die gleiche Lage ergibt sich, wenn die Einrede zwar erhoben wird, dies aber unter Verletzung einer entgegenstehenden Abmachung zwischen den Parteien geschieht. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß Verträge zulässig sind, in denen sich eine Partei zu einem bestimmten prozessualen Verhalten verpflichtet. So kann vereinbart werden, eine Klage zurückzunehmen, kein Rechtsmittel einzulegen, gewisse Beweismittel nicht zu verwenden oder von einer bestimmten Prozeßart abzustehen (RGZ 160, 241; BGH JZ 1953, 153). Handelt der Verpflichtete dem zuwider, so darf er damit im Prozeß nicht gehört werden.”¹⁴⁸ A decisão do tribunal proibiu o comportamento contraditório da parte e declarou-o inadmissível.

Apesar disso, ainda parece um pouco confusa a jurisprudência germânica acerca do direito probatório, muito provavelmente em razão da rigidez do formalismo das regras sobre a prova que estão previstas na ZPO, além da restrita aplicação da máxima da livre apreciação da prova, tendo em vista que apenas é admitida a prova expressamente prevista na ZPO, com a ressalva do § 284, segunda parte, que permite ao tribunal obter provas, desde que tenha adquirido o consentimento das partes para fazê-lo, da maneira que julgar conveniente. Esse consentimento pode ser limitado às provas individuais

¹⁴⁷ ROSENBERG, Leo. *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Berlin, Otto Liebmann, 1923, p. 108.

¹⁴⁸ Acórdão de 22/11/1962, julgado pelo BGH, processo VII ZR 264/61 - OLG Köln, In NJW 1963, p. 254.

obtidas e pode ser revogado apenas no caso de uma alteração material nas circunstâncias do litígio, sendo que isso deve ser feito antes do início do procedimento probatório ao qual o consentimento originalmente se referia. Assim, podem as partes, ainda que indiretamente, excluir a mobilização da prova testemunhal, simplesmente por que se comprometem na apresentação de prova unicamente documental. Essa prova é traduzida na colheita do depoimento da testemunha fora dos autos do processo e será considerada como prova documental, tendo em vista que a expressão “documento”, perante o direito alemão, é entendida como sendo aquilo que é reduzido a termo.¹⁴⁹

A jurisprudência da Áustria não reconhece a validade dos contratos sobre a apreciação de prova. O OGH já se manifestou no sentido de que os contratos de prova, incluindo aqueles entre os litigantes com os quais as partes se comprometem a determinar uma apreciação específica da prova ao tribunal ou a conceder ao meio de prova um certo grau de prova, são inválidos; eles não podem ser cumpridos ou sua violação pode ser alegada no próprio processo em andamento.¹⁵⁰

3.4 Requisitos comuns aos contratos probatórios

3.4.1 Direitos que admitam composição

É aceite a ideia de que a admissibilidade dos negócios processuais se confunde com os limites à autonomia privada das partes. A doutrina considera admissíveis todos os negócios processuais, típicos ou atípicos, cujo objeto seja lícito.¹⁵¹ Acerca da licitude ou da possibilidade do objeto dos negócios processuais, os sistemas jurídicos não serão exatamente iguais, sendo alguns mais protecionistas e outros mais liberais, respectivamente, mais e menos restritos em relação à margem de liberdade individual.

¹⁴⁹ SCHLOSSER, Peter. Einverständliches Parteihandeln im Deutschen Zivilprozess In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 145.

¹⁵⁰ Acórdão de 07/10/2003, julgado pelo OGH, n.º 4 Ob 188/03f.

¹⁵¹ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 39.

De acordo com a ordem jurídica portuguesa, os contratos probatórios apresentam certos requisitos de admissibilidade que são comuns a todos eles e outros requisitos que são específicos de alguns deles. É requisito comum a todos os contratos probatórios a circunstância de só poderem recair sobre situações jurídicas disponíveis ou que admitam transação (artigo 345.º, n.ºs 1 e 2, primeira parte, do Código Civil).

O artigo 345.º do Código Civil veda, por nulidade, a convenção probatória que inverter o ônus da prova quando se tratar de direito indisponível, a convenção que tornar excessivamente difícil, a uma das partes, o exercício do direito, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou que admitir um meio de prova diverso dos legais e a convenção que afastar determinações de ordem pública. Embora seja nula a convenção sobre a alteração da distribuição do ônus da prova quando se tratar de direito indisponível ou quando a inversão tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, dispõe o artigo 1.º, n.º 2, da Lei da Arbitragem Voluntária, que também é válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que “as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido”.

Se a convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesse de natureza patrimonial é válida, desde que as partes possam celebrar transação quanto ao direito controvertido, também deve ser válida a inversão convencional do ônus da prova se o direito for indisponível, mas admitir transação ou composição. Nesse sentido, o artigo 190 do Código de Processo Civil Brasileiro agiu bem quando passou a admitir as convenções processuais desde que verse o processo sobre direitos que admitam autocomposição.

3.4.2 Abuso do direito como exercício disfuncional de posições jurídicas

A doutrina civilista, de modo mais ou menos uniforme, entende agir com abuso do direito (exercício disfuncional de posições jurídicas)¹⁵² quando o titular deste exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito, não sendo necessário que o agente tenha consciência de o seu comportamento ser abusivo, bastando que o seja na realidade, e que seja manifesto o abuso, isto é, que a parte ultrapasse de forma clara ou inequívoca os referidos limites.¹⁵³

Dito de outro modo, Castanheira Neves aponta que o comportamento abusivo é o exercício de um direito aparente, é a conduta que exhibe a forma, a aparência de um direito que em realidade não existe e que não pode ser validamente invocado no caso concreto.¹⁵⁴

O artigo 334.º do Código Civil prevê expressamente o abuso do direito ao preceituar que é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pelas boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. O interessante é que o abuso do direito se apresenta “como uma constelação de situações típicas”¹⁵⁵ em que o direito, por exigência do sistema como um todo, entende bloquear uma atuação que, em princípio, se apresentaria como legítima.

Sobre o abuso do direito, o ensinamento de Menezes Cordeiro é fundamental no sentido de que não é “abuso” nem tem a ver com “direitos” em si. É uma expressão consagrada para traduzir, hoje, um instituto multifacetado, internamente complexo e que persegue, *in concreto*, os objetivos últimos do sistema. Com a expressão “ilegítimo”, em verdade, o legislador pretendeu dizer “é ilícito” ou “não é permitido”, mas optou pela fórmula ambígua da ilegitimidade.¹⁵⁶ O abuso do direito tem em vista a boa-fé objetiva e

¹⁵² CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas, In *Estudos em Honra do Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 172. O abuso do direito está previsto no art. 187 do Código Civil Brasileiro.

¹⁵³ Por todos, TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 1973, pp. 13-14. Aliás, por tratar-se o abuso do direito de cláusula geral que decorre da boa-fé, dos bons costumes e dos fins económicos e sociais do contrato, pode-se dizer que abarca também outras hipóteses de recusa na aplicação do contrato, previstas no artigo 190 do Código de Processo Civil Brasileiro, nomeadamente quando repercutir em nome de pessoa vulnerável. Aquele que celebra um negócio processual com pessoa vulnerável inegavelmente age com abuso do direito.

¹⁵⁴ NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*, Coimbra, Almedina, 1967, p. 526.

¹⁵⁵ CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas, In *Estudos em Honra do Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 144.

¹⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. V. 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 272-279.

concretiza-se através da tutela da confiança, ilustrada por situações que podem envolver o *venire contra factum proprium*, a *surrectio* e o *tu quoque*. A *suppressio* também é modalidade típicas do abuso do direito. O autor igualmente menciona como tipos de atos abusivos a *exceptio doli generalis* ou exceção de dolo, o *venire contra factum proprium* ou o contradizer seu próprio comportamento, ao qual é aplicada a doutrina da confiança.¹⁵⁷

Aliás, parece correto afirmar que o juiz pode recusar a aplicação dos contratos probatórios sempre que verificar, em cada caso, uma situação que envolva abuso do direito. Situações que envolvam comportamentos típicos abusivos, como o *venire contra factum proprium*, as inalegabilidades formais – situação da pessoa que, por exigências do sistema, não se possa prevalecer da nulidade de um negócio jurídico causada por vício de forma, a *suppressio* – uma posição jurídica que não tenha sido exercida, em certas circunstâncias e por certo lapso de tempo, não mais possa sê-lo por, de outro modo, se contrariar a boa-fé, o *tu quoque* – máxima segundo a qual a pessoa que viola uma norma jurídica não pode, depois e sem abuso prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente, ou exercer a posição jurídica violada pelo próprio, ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada e desequilíbrio – o exercício danoso inútil, *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* ou desproporção grave entre o benefício do titular exercente e o sacrifício por ele imposto a outrem¹⁵⁸, justificam a atuação oficiosa do tribunal.

Contudo, alguma doutrina menciona que o abuso do direito, na modalidade da proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), constitui verdadeira modalidade de inadimplemento dos negócios processuais.¹⁵⁹

Embora a ideia de equiparar o incumprimento dos negócios processuais à modalidade da proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) seja interessante, não parece correta do ponto de vista dogmático. Se a solução fosse dogmaticamente verdadeira, o problema do incumprimento dos contratos probatórios talvez estivesse resolvido. Bastava ao tribunal, quando verificasse o

¹⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VII, 2.^a reimp. da 1.^a ed. do tomo II da parte II de 2010, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 318-320.

¹⁵⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. V, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 410-412.

¹⁵⁹ A exemplo de VOGT, Fernanda. Cessaçãõ da relação convencional. Um estudo sobre a dissoluçãõ do negócio jurídico processual, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.), *Negócios processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, tomo 2, Salvador, JusPodivm, 2020, pp. 163-167.

incumprimento dos contratos pelas partes, pronunciar oficiosamente a inadmissibilidade da conduta violadora dos pactos, consubstanciada no *venire contra factum proprium*. Contudo, a solução não é tão simples.

Com efeito, não há como confundir o *venire* com o incumprimento contratual. A diferença entre ambos existe e pode ser verificada a partir do momento que a doutrina considera o inadimplemento voluntário das obrigações como modalidade de ação ilícita. De acordo com Manuel Gomes da Silva, cuida-se de uma situação em que a inexecução da obrigação é ilícita, ou seja, são hipóteses em que a falta de cumprimento resulta da vontade do devedor¹⁶⁰, enquanto que, estruturalmente, para Menezes Cordeiro, o *venire* exige duas condutas da mesma parte, lícitas em si, mas diferidas no tempo. A primeira – o *factum proprium* – é contraditada pela segunda. O óbice reside na relação de oposição entre ambas as condutas.¹⁶¹

Assim, Menezes Cordeiro propõe uma delimitação do alcance da fórmula tendo em vista o âmbito extenso que o *venire contra factum proprium* pode assumir e apenas considera como *venire* a contradição direta entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento da parte. É importante notar que o autor afasta a hipótese do *factum proprium*, por integrar os postulados da autonomia privada, se surgir como ato jurídico que vincule a parte em termos de a segunda conduta representar uma violação desse dever específico. Nessa situação, sugere que sejam acionados os requisitos da responsabilidade obrigacional e não os do abuso do direito.¹⁶²

O incumprimento e suas formas exigem outros requisitos, distintos dos pressupostos do *venire*. Por exemplo, enquanto este pressupõe duas condutas lícitas, diferidas no tempo, o incumprimento, por si, só, já representa um comportamento ilícito. O incumprimento é contrário ao direito e, por si só, já representa um comportamento antijurídico e ilícito. Diferente do *venire*, que exige, para caracterizar-se, duas condutas lícitas em si. O incumprimento não é uma conduta, em si lícita, portanto. Sobre isso, parece

¹⁶⁰ SILVA, Manuel Gomes da. *Conceito e estrutura da obrigação*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil, FDUL, 1971, p. 31.

¹⁶¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. V, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 311-313.

¹⁶² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. V, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 311-313.

que existe diferença considerável entre a invalidade, que decorre do *venire*, e a ilicitude, que decorre do inadimplemento dos negócios jurídicos. Não há correspondência necessária entre a invalidade e a ilicitude. Um negócio ilícito pode ser válido e, inversamente, da invalidade de um negócio não se segue a sua ilicitude. Em outras palavras, seja ele válido ou inválido, pode “o negócio ser ilícito, pela sua causa, pela matéria que regula ou pelas condições a que é subordinado.”¹⁶³

Aliás, a doutrina considera como pressupostos do *venire contra factum proprium* (i) a existência de uma situação objectiva de confiança, emergente de uma conduta de alguém que possa ser entendida como uma tomada de posição vinculante em relação a dada situação futura; (ii) um investimento de confiança e a irreversibilidade desse investimento; e (iii) a boa-fé da contraparte que confiou. Na base deste instituto está a confiança legitimada e tutelada pelo direito, aliada ao significado do princípio da boa fé nas relações sociais, já que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima das pessoas, condição essa que é básica de toda a convivência pacífica e da cooperação. Logo, na base deste instituto está a confiança legitimada e tutelada pelo direito.¹⁶⁴

O Supremo Tribunal de Justiça sintetiza o instituto da seguinte forma: “Há *venire contra factum proprium* quando alguém exerce uma posição jurídica em contradição com o comportamento pelo mesmo assumido anteriormente. A proibição do “*venire contra factum proprium*” reconduz-se à doutrina da confiança, pressupondo, como elemento subjectivo, que o confiante adira realmente ao facto gerador de confiança.”¹⁶⁵

Além disso, verificados tais pressupostos, o abuso do direito é constatado pelo juiz, mesmo quando o interessado não o tenha expressamente mencionado: é, nesse sentido, de conhecimento oficioso pelo tribunal. A situação do incumprimento dos contratos, como adiante será analisado, é muito controvertida, no que diz respeito ao seu conhecimento oficioso pelo tribunal. Em suma, para a caracterização do abuso do direito, a orientação que segue o Supremo Tribunal de Justiça é a de que “na ponderação de saber se houve, ou

¹⁶³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil. *Teoria geral. Ações a fatos jurídicos*, vol. II, 2. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 31.

¹⁶⁴ MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”, In *Obra Dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 415 a 419.

¹⁶⁵ Acórdão de 09-07-1998, julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, disponível em www.dgsi.pt.

não, abuso do direito, o tribunal deve atender aos factos na sua globalidade, e não apenas a segmentos dos factos, bem como às características do contrato celebrado entre as partes e a todo o contexto jurídico e sócio económico subjacente à sua celebração”.¹⁶⁶

3.5 Requisitos específicos

3.5.1 Contratos sobre os temas da prova

Os contratos sobre os temas da prova (*Beweisthemeverträge*), amplamente admitidos, possuem algumas restrições, que devem estar expressamente ressalvadas. Por exemplo, não podem dispensar o documento escrito que seja legalmente exigido para a prova do fato, a exemplo da regra do artigo 875.º do Código Civil. São, ainda, razões de ordem pública que justificam esta solução. Em determinadas situações, a lei exige que o fato alegado pela parte seja acompanhado da respectiva prova, fato que não se presume incontroverso, muito menos pela vontade das partes.

Ilustrativo a respeito é o n.º 2 do § 286 da ZPO alemã, que restringe a livre apreciação da prova, ao preceituar que o tribunal está vinculado apenas por regras legais de provas nos casos especificados pela lei. Embora algumas legislações processuais, como a brasileira, não disponham claramente a respeito das limitações acerca da prova legal, quer parecer que a orientação do legislador reformista foi nesse sentido, já que expressamente retirou da lei processual o enunciado de que “o juiz apreciará livremente a prova”.

Atualmente, o artigo 371 do Código de Processo Civil Brasileiro preceitua apenas que o juiz apreciará a prova dos autos em decisão fundamentada, muito provavelmente pelo fato de não ser tão livre a apreciação da prova pelo juiz, que tem de julgar de acordo com a prova legal e de acordo com o *standard* probatório que deve ser empregado para a análise do caso concreto levado ao seu conhecimento.

¹⁶⁶ Acórdão de 28-02-2018, julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, disponível em www.dgsi.pt.

3.5.2 Contratos sobre o ônus da prova e sobre presunções

Além dos requisitos comuns, são requisitos específicos dos contratos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova e dos contratos sobre presunções o fato de que ambos não podem agravar sensivelmente a posição probatória das partes (artigo 345.º, n.ºs 1 e 2, 1.ª parte, do Código Civil).¹⁶⁷ Quer dizer que à parte onerada não pode ser excessivamente dificultada a prova do fato, porque isso pode traduzir-se na própria dificuldade de exercer o correspondente direito.¹⁶⁸ Significa que a parte pode, mediante um ato de disposição dos ônus da prova, chegar a dispor, ainda que por via indireta, da sorte do próprio direito objeto da controvérsia. Para averiguar se a convenção torna excessivamente difícil o exercício do direito por uma das partes o juiz deve examinar as circunstâncias do caso decidindo com o emprego da equidade.¹⁶⁹

Os negócios sobre presunções não poderão se sobrepor às presunções legais, sejam elas relativas (que admitem prova em contrário) ou absolutas (que não admitem prova em contrário), se em decorrência qualquer das partes se encontrar em situação de manifesta vulnerabilidade. Exemplo disso é o disposto no artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, referente a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. Esse item dispõe que até prova em contrário, presume-se que as faltas de conformidade dos bens que se manifestem num prazo de seis meses a contar da data de entrega do bem já existiam nessa data, salvo quando essa presunção for incompatível com a natureza do

¹⁶⁷ De acordo com a alínea g do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 466/85, de 25 de outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, são absolutamente proibidas, em relação aos consumidores finais, as cláusulas gerais que “modifiquem os critérios de repartição do ônus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos.”

¹⁶⁸ Quando comenta o artigo 345.º do Código Civil, Isabel Alexandre destaca a necessidade da razoabilidade da convenção, ao exigir que ela não torne excessivamente difícil a uma das partes, o exercício do direito. De acordo com a autora, uma convenção em que o titular do direito fique onerado com a prova da inexistência de um fato extintivo torna excessivamente difícil o exercício desse direito, devendo ser nula. A convenção, normalmente, incide sobre fatos impeditivos e constitutivos, onerando aquele que invoca o direito com a prova da não-verificação de um fato impeditivo ou a parte contrária com a prova da não verificação de um fato constitutivo. ALEXANDRE, Isabel. Anotação ao artigo 345.º, In CORDEIRO, António Menezes (org.). *Código Civil comentado. I – parte geral*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 1011.

¹⁶⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*, 4.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 191.

bem, ou com as características da falta de conformidade. Nesse caso, qualquer cláusula contratual que presuma o contrário daquilo que foi estabelecido na Diretiva será inadmissível.

3.5.3 Contratos sobre os meios de prova

Os contratos sobre os meios de prova também não podem contrariar disposições legais de ordem pública (artigo 345.º, n.º 2, *in fine*, do Código Civil), além de não poder agravar sensivelmente a posição probatória das partes (artigo 345.º, n.ºs 1 e 2, 1.ª parte, do Código Civil). É nula, nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias.

Existe posicionamento doutrinário no sentido de que são de ordem pública, e, portanto, convencionalmente inderrogáveis, todos os poderes probatórios do tribunal.¹⁷⁰ Assim, em princípio, mesmo naqueles contratos em que as partes se comprometem a não usar determinados meios de prova, se ao tribunal admite-se a colheita da prova *ex officio* – dentro dos limites dos fatos afirmados pelas partes – o pacto não impediria o órgão judicial de utilizar os meios de prova que as partes haviam excluído.¹⁷¹ Essa questão será ampliada a seguir, quando analisada a vinculatividade do tribunal aos contratos probatórios.

É de ordem pública e convencionalmente inderrogável a forma legal *ad substantiam*¹⁷². As partes não podem, por meio dos contratos probatórios, afastar a incidência das regras substanciais inderrogáveis.¹⁷³ Daí resulta a inadmissibilidade de prova testemunhal em substituição de documento, que é da própria substância do ato: *ad*

¹⁷⁰ A exemplo dos artigos 436.º, 477.º, 487.º, n. 2, 490.º, n. 1, 526.º, n. 1, ambos do Código de Processo Civil.

¹⁷¹ Por todos, KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. In *Negócios Processuais*. CABRAL, Antonio do Passo. Salvador, JusPodivm, 2017, p. 219.

¹⁷² A exemplo dos artigos 220.º e 364.º, n.º 1, ambos do Código Civil.

¹⁷³ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 688.

substantiam ou *ad probationem*¹⁷⁴. As partes também não podem convencionar acerca das inabilidades para depor como testemunha.¹⁷⁵

No direito alemão, o § 1566 do BGB estabelece que é possível o divórcio depois de um ano de convivência e não se admitem contratos nos quais as partes tiveram uma convivência breve e acordam para excluir esse meio de prova. Wagner traz esse exemplo e menciona que não será admissível o pacto processual através do qual as partes, depois de ter havido uma convivência breve, acordam por excluírem os meios de prova destinados a demonstrar essa brevidade.¹⁷⁶

Outro limite no direito alemão está previsto no § 24, alínea *a*, da AGBG, e no n.º 1, alínea *q*, do apêndice da Diretiva EG, que estipulam não serem lícitos os pactos de prova que determinam uma situação de desequilíbrio do consumidor. Além disso, no âmbito das regras inderrogáveis pela autonomia privada das partes, é escusa a faculdade de limitar os meios de prova admissíveis *ex lege* no caso de matéria do direito de família. A doutrina italiana entende que nem o direito à prova serve para justificar o cabimento da convenção probatória que limite a admissibilidade da prova testemunhal em processo judicial.¹⁷⁷

Com essas restrições, a situação que envolve os contratos sobre os meios de prova (*Beweismittelverträge*) é amplamente aceita na doutrina. Como já analisado, esses negócios processuais limitam os meios de prova que serão admitidos, tanto no sentido de que, entre múltiplas fontes de prova do mesmo tipo, uma ou mais de uma seja excluída, a exemplo de uma testemunha, tanto no sentido de que se exclui um meio de prova, entre aqueles que podem ser utilizados, a exemplo da prova pericial. Em ambos os casos, não se deve negar a possibilidade de as partes excluírem uma prova admissível, visto que têm a faculdade de abrir mão do próprio direito material.¹⁷⁸

3.5.4 Contratos sobre a apreciação da prova e sobre os graus da prova

¹⁷⁴ A exemplo do artigo 393.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil.

¹⁷⁵ Por exemplo, os artigos 495.º e 496.º do Código de Processo Civil. Nesse sentido, SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lisboa, Lex, 1997, pp. 347-348.

¹⁷⁶ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 688.

¹⁷⁷ PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 195-208.

¹⁷⁸ Por todos, WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 683-684.

A admissibilidade dos contratos sobre a apreciação da prova (*Beweiswürdigungsverträge*) é controvertida, já que essas convenções restringem a apreciação das provas pelo tribunal. A apreciação das provas, processualmente, integra o julgamento da causa e, portanto, estaria fora do controle das partes.¹⁷⁹

Sobre isso, o § 286 da ZPO ainda prescreve que o tribunal deve decidir, a seu critério e convicção, e levando em consideração todo o conteúdo das audiências e os resultados obtidos pelas provas produzidas, se uma alegação de fato deve ser considerada verdadeira ou falsa. O julgamento deve expor os motivos que fundamentam a convicção dos julgadores e o tribunal estará vinculado a regras de prova apenas nos casos determinados pelo código.

De acordo com a doutrina germânica, esses pactos não obrigam o tribunal na apreciação da prova que foi acordada pelas partes (*Er mag zwar zulässig sein, kann aber das Gericht nicht in der Beweiswürdigung binden, § 286 Rn 4, Weth AcP 189, 333, aM ThP 41 vor § 284*)¹⁸⁰, além de limitar a livre apreciação da prova pelo juiz ao prescreverem como ele deve reconhecer certo resultado de prova – *Unzulässig ist eine Parteivereinbarung, die dem Richter vorschreiben soll, wie er ein bestimmtes Beweisergebnis zu würdigen habe und die damit die freie Beweiswürdigung beschränken soll*.¹⁸¹

Segundo esse raciocínio, seriam inadmissíveis os acordos pelos quais as partes definem o valor probatório de um meio de prova. Às partes não seria permitido modificar o valor de prova legal ou de prova livre fixado pela lei para os vários meios de prova.¹⁸² A análise do conjunto probatório deve passar por uma análise racional e o convencimento apenas será livre se não partir de valorações prévias, legais ou contratuais que possam vincular o decisor.¹⁸³

¹⁷⁹ EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, p. 92; ROSENBERG, Leo. *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Berlin, Otto Liebmann, 1923, p. 87.

¹⁸⁰ BAUMBACH, Adolf / LAUTERBACH, Wolfgang / ALBERS, Jan / HARTMANN, Peter. *Zivilprozessordnung*, 62.^a ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 1094.

¹⁸¹ Por todos, ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.^a ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 767.

¹⁸² A exemplo dos artigos 358.º, 371.º, 376.º, 377.º, 389.º, 391.º, 396.º, ambos do Código Civil.

¹⁸³ BELTRAN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 45.

Apesar disso, vale lembrar a posição de Wagner, que admite os negócios processuais sobre a apreciação da prova. O autor sustenta que não se deve considerar inadmissível às partes condicionarem a apreciação da prova pelo tribunal, já que a *Verhandlungsmaxime* poderá incidir sobre os pressupostos de fato. De acordo com Wagner, assim como as partes podem impor ao tribunal a certeza com relação a determinados fatos da causa por meio do negócio de reconhecimento de fatos, não há sentido em negar-lhes a possibilidade de acordarem sobre a apreciação das provas.¹⁸⁴

A doutrina que admite os negócios sobre a apreciação da prova apenas restringe esse poder de disposição ao exercício da autonomia privada das partes em se tratando de matéria que envolva direito de família e direito matrimonial¹⁸⁵, o que parece correto.

Tendo esse panorama da doutrina em mente, no que diz respeito à admissibilidade dos contratos sobre a apreciação da prova, cumpre recordar que no âmbito dos sistemas de apreciação de prova o sistema da livre apreciação ou da persuasão racional já não é tão livre, por estar adstrito a regras de lógica e da racionalidade em geral¹⁸⁶ e, igualmente, muito em razão da doutrina dos *standards* probatórios.¹⁸⁷

A necessidade de um modelo de prova decorre da imprescindibilidade de prevenir-se eventual arbítrio na apreciação da prova das alegações de fato produzida pelas partes, de prestigiar-se o contraditório e a motivação das decisões judiciais. Dentro do modelo de constatação da prova, o decisor apreciará livremente os meios de prova, sem qualquer elemento que vincule o seu convencimento *a priori*. Ao valorar livremente a prova, tem, no entanto, de indicar na sua decisão os motivos que lhe formaram o convencimento. Em outras palavras, o tribunal pode julgar utilizando um modelo de “preponderância de prova” ou um modelo de “prova clara e convincente”. A eleição do

¹⁸⁴ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 693.

¹⁸⁵ EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, pp. 92-93, embora esse autor reconheça absolutamente inadmissíveis enquanto as normas sobre apreciação da prova são de natureza pública e inderrogáveis. Afirma que as partes são autorizadas e vinculadas à recolha do material probatório e à condução da prova, enquanto o tribunal deve julgar a relação.

¹⁸⁶ BELTRAN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 26.

¹⁸⁷ Por todos, KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 15-19.

modelo de apreciação da prova concerne ao direito material alegado em juízo e a maior ou menor gravidade que a sociedade empresta ao litígio levado ao processo.¹⁸⁸

Como a observância de um modelo de apreciação da prova é uma questão prévia, de direito, exige contraditório das partes e motivação na sua eleição pelo julgador, tudo leva a crer que as partes, apenas excepcionalmente, poderão estabelecer um contrato que estipule o modelo de constatação a ser utilizado pelo juiz (*Beweismassverträge*). Quer parecer que as partes poderão estabelecer um contrato sobre os graus da prova quando se tratar do direito de menor gravidade. Dito de outro modo, não haverá óbice para a celebração de contrato sobre o *standard* probatório quando o litígio envolver direitos meramente patrimoniais, para o direito de maior gravidade, quando envolver questões não patrimoniais com reflexos penais, referentes ao estado das pessoas ou seus direitos de personalidade e a respeito de seus direitos políticos, que exigem o modelo da prova clara e convincente.

Portanto, nem mesmo os poderes do tribunal impedirão que nos litígios envolvendo direitos patrimoniais as partes estipulem acerca da apreciação da prova ou que o juiz deva julgar observando um certo grau de prova, com base no *standard* de prova clara e convincente. Contudo, havendo litígio acerca de questões não patrimoniais com reflexos penais, referentes ao estado das pessoas ou aos seus direitos de personalidade e a respeito de seus direitos políticos, em que se exige do juiz que empregue o *standard* de prova clara e convincente, parece não ser possível que as partes estipulem um modelo de menor rigor, como por exemplo o da preponderância de provas.

3.6 Demais requisitos (para qualquer negócio processual)

Ainda, devem estar presentes nos contratos probatórios os requisitos de validade para qualquer negócio jurídico, como a figura do agente capaz, que nesse caso é a

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*, 5.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, pp. 500-501. Acerca da exigência de prova acima da dúvida razoável no processo penal, por todos, DIAMOND, Henry A., Reasonable doubt: to define, or not to define, In *Columbia Law Review*, vol. 90, n.º 6, out. 1990, pp. 1716-1736.

capacidade para ser parte e capacidade para estar em juízo. Mesmo que se trate de negócio processual celebrado antes do processo, porque visa a produzir efeitos num processo futuro, a capacidade exigida é a processual, na acepção proposta por Fredie Didier Jr., que trata da chamada capacidade processual negocial. Esta pressupõe a capacidade processual, mas não se limita a ela, já que exclui os vulneráveis, quando há desequilíbrio, na falta de assessoramento jurídico, por exemplo, ou considera que um consumidor é processualmente capaz, embora possa ser considerado um incapaz processual negocial.¹⁸⁹ Não se trata, simplesmente, do regime da capacidade judiciária, tenha sido o contrato celebrado dentro ou fora do processo, posição esta já defendida por Dickhoff, embora o autor tenha razão quando sustenta que o patrocínio judiciário será apenas obrigatório quando o pacto for celebrado dentro do processo.¹⁹⁰

O objeto do contrato deve ser lícito e sobre isso o artigo 190 do Código de Processo Civil Brasileiro dispõe que o objeto do contrato será ilícito quando repercutir em prejuízo de pessoa vulnerável. A presença do vulnerável, por si só, parece não ser capaz de invalidar o contrato. Da mesma forma que a contratação por adesão, por si só, não exclui a celebração válida de convenções probatórias. A admissibilidade de válida convenção de provas, nesses casos, deve circunscrever-se a especiais e particulares circunstâncias.¹⁹¹

Imagine-se, por exemplo, o contrato que modifica o ônus da prova em benefício do vulnerável, ou a hipótese de alargamento dos meios de prova em favor do vulnerável. Parece que, para a invalidação do contrato, além da presença de pessoa vulnerável, é indispensável que esteja caracterizado o abuso do direito em prejuízo dela. Nessa situação, a invalidade pode ser sanada mediante o cumprimento do contrato, solução de mérito mais apropriada na tutela dos interesses do vulnerável. Por outro lado, caso prevaleça a inexperiência do vulnerável na conclusão dos contratos, deverá haver o consentimento expresso dele em relação à cláusula compromissória de prova, não sendo aceita a sua vontade hipotética. Se não houver a ressalva expressa da vontade do vulnerável, haverá invalidade da cláusula compromissória, sendo aplicadas a regras gerais de prova, o que geralmente é apropriado e tutela a vontade original do vulnerável.

¹⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 22.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2020, p. 489.

¹⁹⁰ DICKHOFF, Volker. *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeßrecht*, Diss. Erlangen, 1941, p. 72.

¹⁹¹ A interpretação das especificidades dessas contratações extravasa os limites da presente investigação.

Os contratos de prova são ainda pouco conhecidos na prática e as consequências jurídicas são, às vezes, difíceis de avaliar. Talvez seja por esse motivo que, na maioria das vezes, se o contrato de provas foi concluído nessas condições, não pode produzir efeitos intraprocessuais.

Igualmente, os contratos deverão obedecer a forma prescrita em lei. Em princípio, admite-se qualquer forma, e a convenção pode ocorrer dentro ou fora do processo judicial, poderá constar de outro contrato, como cláusula compromissória específica ou poderá ser objeto de pacto específico de prova. Poderá versar sobre várias afirmações de fato ou sobre algum dos pontos do processo. A criatividade das partes é algo bem-vindo e sempre ajuda, com as ressalvas acima referidas, quanto a validade dos pactos.

Aqui, parece crucial a ideia de que o abuso do direito, na sua larga concepção, será provavelmente o principal óbice à admissibilidade dos contratos probatórios. Por fim, deve ser feito o registro de que a doutrina entende não ser permitido que as partes convençionem, validamente, a admissão de provas ilícitas ou ilicitamente obtidas.¹⁹²

3.7 Vinculatividade dos contratos probatórios

3.7.1 Ainda sobre a natureza das regras de prova

Acerca da natureza material ou processual das regras de prova cumpre fazer a distinção entre fontes de prova e meios de prova. É corrente o entendimento de que a função da prova no processo consiste em proporcionar ao juiz conhecimentos de que ele precisa a fim de reconstituir mentalmente os fatos relevantes para a solução do litígio e de que as provas constituem as pontes através das quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz (*nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*).¹⁹³ Essas pontes podem partir de tudo quanto seja acessível aos comuns sentidos

¹⁹² SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 752.

¹⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Anotações sobre o título “da prova” do novo Código Civil. In RJ 370, ago. 2008, p. 19. De acordo com Miguel Teixeira de Sousa, a função da prova é “a demonstração da verdade de

humanos. Logo, os pontos de partida concebíveis são: outras pessoas, coisas e fenômenos naturais (sucessão de dias e noites, precipitações atmosféricas, modificações do solo ou da paisagem devidas a movimentos tectônicos e assim por diante) ou artificialmente provocados (v.g., uma reação química em laboratório). Em terminologia rigorosa, a esses pontos de partida é que se deve aplicar a designação de fontes de prova.

A doutrina indaga acerca de como passam das fontes ao órgão judicial as informações de que ele precisa para julgar. Menciona que colher provas significa essencialmente, para o juiz, exercitar seus sentidos em relação às outras pessoas, às coisas e aos fenômenos. Os sentidos mais importantes são, à evidência, a visão e a audição: por exemplo, o juiz vê os documentos (espécie do gênero coisas) e ouve os depoimentos das testemunhas e das próprias partes (as quais, em regra, igualmente vê). Mas de jeito algum fica excluída, embora menos frequente, a hipótese de que ele adquira informações por outros sentidos: provando um líquido, apalpando um objeto, utilizando o próprio olfato para verificar a intensidade das emissões de uma oficina. Emprega a expressão meios de prova para designar os pontos de passagem entre as outras pessoas, as coisas, os fenômenos, de um lado, e a mente do juiz, de outro. Em outras palavras, a busca das fontes de prova respeita à atividade desenvolvida pelas partes fora do processo em busca de elementos que possam comprovar as afirmações de fato, ou o fato exterior do qual se serve para deduzir a própria verdade. Os meios de prova são os instrumentos empregados pelo juiz no processo para transformar a fonte em prova ou a atividade do juiz mediante a qual se busca a verdade do fato a provar – “a percepção do juiz”.¹⁹⁴

Logo, a confissão não está para os sentidos do juiz na mesma relação que um documento. A fonte da prova, a rigor, não é a confissão, e sim a parte que confessa (quando presta seu depoimento), ou o documento em que ela admite o fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. O juiz ouve (depoimento pessoal) ou vê (documento) as palavras da parte, que admite o fato. Fonte da prova é a parte; meio de prova (pelo qual a fonte se comunica com o órgão judicial) é o depoimento pessoal do confitente ou o documento que contém a confissão.

um facto controvertido através da formação de uma convicção sobre a verdade desse facto”. SOUSA, Miguel Teixeira de. *A prova em processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 30.

¹⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 69, n. 16

A finalidade da distinção entre fontes e meios de prova permite esclarecer os deveres judiciais para esclarecimento dos fatos controvertidos. O juiz pode ordenar meios de prova oficiosamente, como, por exemplo, a realização de uma perícia. Porém, jamais atuará o órgão judicial como investigador, como, por exemplo, descobrir uma testemunha que sequer foi mencionada pelas partes ou nos documentos e determinar que seja ouvida, O juiz pode determinar meios de prova para esclarecer os fatos e jamais poderá investigar as fontes de prova fora do processo.¹⁹⁵

Acerca dessa distinção, Sentis Melendo conclui não ser absurdo atribuir ao direito material a regulamentação das fontes de prova e ao direito processual a regulamentação dos meios de prova e desse modo a prova poder ser regulada pelo direito probatório material e pelo direito probatório formal.¹⁹⁶ A prova é regulada pelo direito probatório material quando respeita ao objeto da prova, à repartição do ônus da prova, à admissibilidade dos meios de prova e aos critérios de apreciação da prova. Segundo a tradição herdada da pandectística oitocentista, que se fundamenta na importância dos aspectos regulados pelo direito probatório material para o exercício dos direitos subjetivos, o direito probatório material encontra-se regulado na legislação civil (artigo 341.º a artigo 396.º do Código Civil), embora a eles se refiram alguns preceitos da legislação processual civil (artigo 414.º e artigo 421.º do Código de Processo Civil). O direito probatório formal refere-se à apresentação e ao modo de produção da prova em juízo, isto é, ao procedimento probatório. Esse procedimento regula a utilização dos meios

¹⁹⁵ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas, atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, pp. 56-57. Daniel Mitidiero ensina que “a distinção entre *meios* e *fontes* de prova é útil, sobretudo para equacionar os poderes do juiz no campo da prova. Como fica a vedação ao julgamento com base na ciência privada do juiz na era do *Google*? E a configuração do fato notório diante da *internet*? O juiz só pode decidir com base naquilo que consta provado nos autos e só tem autorização para determinar a adoção dos meios de prova, não o tendo para ir diretamente às fontes. Daí que o juiz pode determinar a produção da prova, mas não pode produzir por si mesmo – mesmo que esteja a um *click*. Se indevidamente produziu, porém, o mínimo que tem de fazer é submeter ao contraditório das partes e procurar mitigar eventual enviesamento por meio do dever de fundamentação.” MITIDIERO, Daniel. *Processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021, p. 196.

¹⁹⁶ MELENDO, Santiago Sentis. *Estudios de derecho procesal*, vol. I, Buenos Aires, EJE, 1967, p. 598. Nesse sentido, também, AMARAL, Paulo Osternack. *Provas, atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 57, sustenta que a distinção entre meios de prova e fontes de prova determinará o limite entre as leis materiais e processuais para tratar do tema da prova. O direito material poderá legislar acerca das fontes de prova, como por exemplo definir os requisitos dos instrumentos públicos e a capacidade das testemunhas. O direito processual disciplinará os meios de prova, assim entendidos os “mecanismos destinados a acessar as fontes e trazer as informações ao processo”, a exemplo da perícia e do depoimento pessoal.

de prova admissíveis para a demonstração da realidade dos fatos e o regime do direito probatório formal consta da legislação processual, fundamentalmente nos artigos 423.º a 526.º do Código de Processo Civil.

Aqui, é interessante destacar a posição de Lebre de Freitas, que depois de reforçar a íntima ligação que existe entre a prova e o direito, assinala para a natureza substantiva do meio de prova, cuja função não se limita ao processo jurisdicional, mas também a procedimentos administrativos e mesmo entre particulares, já que a demonstração do direito subjetivo se faz através da prova – por documentos e também por confissão ou testemunhas. O autor reconhece que a natureza substantiva do meio de prova é controvertida, mas justifica, com razão, que resulta da inclusão no Código Civil das normas que distribuem o ônus da prova, que estabelecem o quadro geral dos meios de prova e que regulam a admissibilidade e a força probatória deles. Ao final, conclui, que se constituem no chamado direito probatório material.¹⁹⁷

Essa dificuldade, obviamente, repercute nos negócios probatórios. A própria doutrina, por vezes, chama-os de negócios de direito processual, mas acaba por falar de “manifestações de vontade das partes que podem influenciar no processo”.¹⁹⁸

3.7.2 Vinculação do tribunal e poderes do juiz

Afirma-se que às partes é lícito convencionar, incidental ou *ex ante*, sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, mas que não se pode fazer o mesmo com relação aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais alheios a elas, especialmente no que toca à convenção dos poderes que pertencem ao tribunal, tendo em conta, em especial, a impossibilidade de as partes, sem o concurso do terceiro, que no caso é o tribunal, afetar a esfera jurídica deste, em razão, no campo material, do princípio da autonomia da vontade, e, no campo processual, do poder probatório do tribunal.¹⁹⁹

¹⁹⁷ FREITAS, José Lebre de. *A acção declarativa comum*. (reimp.) Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 189-190.

¹⁹⁸ DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 87.

¹⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Do modelo ao princípio*, 4.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 138.

Em consequência desse entendimento, sustenta-se que se os contratos probatórios não obtiverem manifestação de vontade positiva do tribunal, são *res inter alios acta* em relação a ele, ou seja, existem, são válidos perante o juiz, mas ineficazes em relação a ele, que pode determinar oficiosamente outras provas que julgar necessárias, além daquelas que foram definidas pelas partes nos negócios processuais. Os contratos, em relação às partes, seriam plenamente eficazes, mas quanto aos poderes instrutórios do tribunal, não produziriam efeitos jurídicos, porque eliminariam um poder processual, a saber, o poder probatório judicial. Apesar desse entendimento, aduz-se que os acordos probatórios gerariam efeitos perante o tribunal no que diz respeito ao dever de valoração da prova produzida pelas partes, pois agora não se estaria mais a suprimir poderes instrutórios do tribunal. A valoração já não integraria mais o procedimento probatório, posto que realizada no momento da prolação da decisão judicial.

Em síntese, alguma doutrina sustenta que os contratos probatórios celebrados pelas partes são ineficazes com relação aos poderes probatórios do tribunal e eficazes em respeito ao dever de valoração que o tribunal possui dos meios de prova. Basicamente, a ideia aqui é a de que os negócios processuais não podem incidir sobre os poderes de terceiros. Exemplo da extensão que se deve dar aos acordos celebrados pelas partes sem a participação do órgão jurisdicional e que possam afetar as atribuições da jurisdição seria a perícia consensual, em que as partes teriam a prerrogativa de escolher o perito do juízo. Marinoni, Arenhart e Mitidiero entendem temerário o juiz ser compelido, pela simples vontade das partes, a formar a sua convicção com base na análise de um perito que ele não conhece e não confia. De acordo com a doutrina, esse acordo deveria representar apenas um parâmetro para a atividade jurisdicional, sem operar efeitos vinculantes para a jurisdição.²⁰⁰

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil. Teoria do processo civil*, vol. I, 5.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, ppp. 569-570. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, ao julgar o Recurso Especial n.º 1.810.444-SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 23/02/2021: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LIBERDADE NEGOCIAL CONDICIONADA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. CPC/2015. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. FLEXIBILIZAÇÃO DO RITO PROCEDIMENTAL. REQUISITOS E LIMITES. IMPOSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO SOBRE AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO JUIZ. 1. A liberdade negocial deriva do princípio constitucional da liberdade individual e da livre iniciativa, fundamento da República, e, como toda garantia constitucional, estará sempre condicionada ao respeito à dignidade humana e sujeita às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar o exercício dos direitos sociais e

Contudo, os contratos probatórios, quando sejam válidos, são vinculativos não só para as partes que os celebram, mas também para o tribunal da causa, uma espécie de contrato com eficácia de proteção para terceiros quanto a este último. O órgão judicial deve respeitar os temas da prova definidos pelas partes, os meios de prova por elas convenionados e observar, numa situação de *non liquet*, a repartição convencional do ônus da prova que lhe foi submetida.

Não pode haver confusão entre a ideia da vinculação do tribunal aos pactos e a controvérsia sobre a questão de as partes poderem dispor, nas convenções processuais, acerca das prerrogativas do juiz e dos poderes probatórios do tribunal. Em princípio, quando ao tribunal forem atribuídas iniciativas independentes da atuação das partes, poderá ele atuar de ofício, a despeito de estar vinculado às convenções das partes. Contudo, quando os poderes do tribunal forem subordinados ao agir das partes, é possível limitá-los, através dos pactos, ou até mesmo que se impeça o tribunal de agir.²⁰¹

Talvez seja por isso que alguma doutrina sustenta que, em razão da autonomia da vontade das partes, constitui um falso problema a vinculação do juiz ao negócio processual, na medida em que o decisor aplica as normas processuais por força de um poder-dever que lhe foi atribuído pelo sistema e não em razão de sua autonomia privada e, se a ordem jurídica passou a permitir que as partes criassem normas convencionais,

individuais e a Justiça. 2. O CPC/2015 formalizou a adoção da teoria dos negócios jurídicos processuais, conferindo flexibilização procedimental ao processo, com vistas à promoção efetiva do direito material discutido. Apesar de essencialmente constituído pelo autorregramento das vontades particulares, o negócio jurídico processual atua no exercício do múnus público da jurisdição. 3. São requisitos do negócio jurídico processual: a) versar a causa sobre direitos que admitam autocomposição; b) serem partes plenamente capazes; c) limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes; d) tratar de situação jurídica individualizada e concreta. 4. O negócio jurídico processual não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz, que fará apenas a verificação de sua legalidade, pronunciando-se nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou ainda quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade. 5. A modificação do procedimento convencionalizada entre as partes por meio do negócio jurídico sujeita-se a limites, dentre os quais ressaí o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado. As funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor.”

²⁰¹ Nesse sentido, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 256. PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 158, EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, pp. 85-86.

que se sobrepõem sobre as normas legais, o juiz é obrigado a aplicá-las, dentro dos limites reconhecidos pelo ordenamento.²⁰²

Essa discussão pode assumir importância nas convenções probatórias, a depender dos poderes probatórios do juiz em cada ordenamento processual, sejam eles autônomos ou subsidiários em relação à iniciativa das partes na produção das provas no processo. Sobre esse tema, dispõe o Código de Processo Civil, no artigo 411.º, que incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer. Esse dispositivo, que trata do princípio do inquisitório, não se confunde com o princípio da gestão processual, previsto do artigo 6.º do Código, que tem alcance meramente formal.²⁰³

Não se descarta que na concepção liberal do processo civil, dominante nos novecentos, o tribunal era reduzido a mero árbitro numa espécie de “jogo” que se desenvolvia entre as partes, e o princípio dispositivo significava a possibilidade que as partes tinham de dispor do processo nos mesmos termos em que lhes era lícito dispor da relação jurídica de direito material. Com o advento do Estado Constitucional, atribuiu-se maior poder ao julgador, com o dever de cooperação processual deste para com as partes, o que resultou na colocação do princípio dispositivo como uma espécie de liberdade sobre a instauração do processo, sobre a configuração do seu objeto e das partes na causa e sobre o término do processo.²⁰⁴ Ainda hoje, devem as partes contribuir com os fatos

²⁰² SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2017, pp. 752-753. Ao mesmo tempo o autor admite que a matéria probatória é controvertida a respeito e exemplifica com acordo que dispensa a produção de prova testemunhal. Haverá duas possíveis dimensões dessa vinculação do juiz a esse negócio (uma fraca e uma forte) A primeira (fraca) e sua aceitação não exigiria maiores polémicas: o juiz impediria a parte de arrolar testemunhas por que ela se obrigou a não o fazer. O juiz limita-se a observar a regra consensual, sem que se considerem tolhidos seus poderes. A segunda (forte) seria o juiz ficar impedido de determinar a oitiva de testemunhas *ex officio*, valendo-se dos poderes instrutórios previstos na lei. Para admitir essa possibilidade teria que reconhecer que a atribuição dos poderes instrutórios do juiz é uma escolha do sistema e não representa algo inerente à função jurisdicional. Desse modo a regra convencional substitui a regra legal e deve ser observada pelo juiz.

²⁰³ Acerca do plano da prova, Miguel Teixeira de Sousa ensina que “a necessidade de assegurar a correspondência da prova com o mundo também justifica alguns regimes processuais destinados a garantir que o resultado da prova coincide com a verdade do mundo. Lembre-se, a este propósito, a atribuição ao juiz de poderes inquisitórios em matéria probatória (cf. art. 411.º, 436.º, n.º 1, 476.º, n.º 2, 487.º, n.º 2, e 516.º, n.º 4, CPC) e ainda a imposição, às partes e a terceiros, de um dever de cooperação para a descoberta da verdade (cf. art. 417.º CPC).” SOUSA, Miguel Teixeira de. *A prova em processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 22.

²⁰⁴ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 121-123.

essenciais, constitutivos da causa de pedir, mas o juiz pode apreciar os fatos secundários, dos quais, direta ou indiretamente, será extraída a existência ou o modo de ser do fato principal, seja porque constem dos autos, por serem notórios ou se tratarem de máximas de experiência.²⁰⁵

Logo, o artigo 411.º do Código de Processo Civil opera no domínio da instrução do processo e o juiz, na colheita das provas, tem poderes mais amplos que no domínio da investigação dos fatos, na medida em que pode determinar quaisquer diligências probatórias que não hajam sido solicitadas pelas partes, não lhe sendo lícito, porém, considerar fatos essenciais não alegados. Sobre isso, deve ser lembrado que antes da revisão do Código de Processo Civil ocorrida em 1995/1996 havia certos limites quanto aos meios de prova, que permaneciam reservados às partes ou só muito limitadamente consentiam a iniciativa oficiosa, como sucedia com a prova testemunhal. Com a revisão, os limites desapareceram, a teor do artigo 452.º, n.º 1, e do artigo 526.º, que tratam, respectivamente do depoimento da parte e da prova testemunhal. A doutrina coloca em dúvida a possibilidade de a prova por declarações da parte ser determinada officiosamente pelo juiz, em razão do disposto no artigo 466.º. Parece que sim, essa prova não pode ser determinada de ofício pelo juiz, o que constitui um novo limite ao princípio do inquisitório.²⁰⁶

Com efeito, os fatos sobre os quais o tribunal possui poderes instrutórios são não apenas os fatos instrumentais alegados pelas partes ou investigados pelo tribunal como os fatos principais alegados pelas partes, o que resulta no seguinte: os poderes inquisitórios respeitam exclusivamente os fatos instrumentais, os poderes de instrução referem-se tanto aos fatos principais, como aos fatos instrumentais. Portanto, quanto aos fatos instrumentais, o tribunal pode investigá-los e ordenar atividades instrutórias que seja de sua iniciativa. Quanto aos fatos principais, o tribunal não possui poderes inquisitórios, pelo que só pode ordenar as atividades officiosas de instrução legalmente permitidas.²⁰⁷

²⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1962, p. 340.

²⁰⁶ FREITAS, José Lebre de / ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil anotado*, vol. II, 3.º ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2017, pp. 207-208.

²⁰⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lisboa, Lex, 1997, pp. 75-76.

Nesse sentido, o Tribunal da Relação do Porto decidiu que, nos termos do artigo 526.º do Código de Processo Civil, impõe-se ao tribunal o dever de inquirição por iniciativa oficiosa, cuja ementa é a seguinte: “I. O princípio do inquisitório, a operar no domínio da instrução do processo, consagrado no artigo 411º, do CPC, é um poder vinculado que impõe ao juiz, o dever jurídico de determinar, oficiosamente, as diligências probatórias complementares necessárias à descoberta da verdade e à boa decisão da causa, independentemente, pois, de solicitação das partes. II - Destarte, não se excluem, para o despoletar, alertas, sugestões e, mesmo, requerimentos, a apresentar pela parte nelas interessadas, tendo, cada uma delas o direito de influenciar o Tribunal em busca de decisão, a si, favorável. III - O artigo 526º, do CPC, materializando aquele princípio, visa salvaguardar a possibilidade de se inquirir uma pessoa sobre quem se gerou a convicção de o seu depoimento se revelar relevante para a boa decisão da causa, por dos autos (dos articulados da causa ou de qualquer meio de prova produzido ao longo do processo e não, meramente, em audiência de julgamento) decorrer a presunção de conhecer os factos em discussão, impondo-se, nesse caso, ao juiz que ordene a sua notificação para depor. IV - Tal imposição é independente e autónoma da posição que as partes tenham tomado quanto à seleção de meios de prova e da possibilidade, que tenha havido, de indicação do concreto meio em causa, bastando que objetivamente se revele necessário à realização dos referidos fins (...).”²⁰⁸

Contudo, esse dever de investigação oficiosa dos fatos pelo tribunal não é ilimitado. Uma das balizas do dever de iniciativa oficiosa é a rápida resolução do litígio, segundo ficou decidido pelo Tribunal da Relação do Porto, nos seguintes termos: “(...) III - O poder-dever investigatório do juiz está sempre balizado pela natureza urgente do processo e assim pelo respeito pelos restritos prazos legalmente estabelecidos. Este poder não visa a desresponsabilização dos intervenientes processuais no que respeita à alegação factual e proposição de prova necessária à demonstração daquela: esteja em causa a procedência da pretensão deduzida pelo requerente ou a alegação e demonstração pelo oponente dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão deduzida. IV - Balizado por estes princípios e limites e tendo como critério orientador, no respeito daqueles, a prática

²⁰⁸ Acórdão de 21/10/2019, julgado pelo Tribunal da Relação do Porto, processo nº. 18884/18.4T8PRT-A.P1, disponível em www.dgsi.pt.

dos atos necessários e indispensáveis à obtenção da justiça material, merecerá censura a atuação do tribunal a quo quando a omissão cometida tiver influência na decisão da causa (vide 195º nº 1 do CPC). V - A natureza urgente do processo de insolvência consagrada no artigo 9º do CIRE, da qual é consequência a determinação da marcação da audiência para um dos cinco dias subsequentes à dedução da oposição do devedor, não é compatível com a realização de prova pericial que vise demonstrar o que aliás por via documental e testemunhal poderá ser igualmente demonstrado. (...)”.²⁰⁹

In casu, o tribunal *ad quem* reconheceu que a prova determinada oficiosamente pelo tribunal *a quo* desrespeitou a natureza urgente do processo de insolvência. Na espécie, o tribunal determinou a produção de prova pericial, quando o fato poderia ser esclarecido através de documentos ou testemunhas, em clara afronta aos princípios da economia processual e da duração razoável do processo.

Quanto ao âmbito de atuação do princípio do inquisitório, decidiu o Tribunal da Relação de Guimarães que “I- O princípio do inquisitório, no seu sentido restrito, adquire plena eficácia na fase da instrução do processo, uma vez que o tribunal não está limitado aos elementos probatórios apresentados pelas partes, tendo o poder/dever de diligenciar pela obtenção da prova necessária ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer (art. 411º do Cód. de Processo Civil). II- O uso de poderes instrutórios está sujeito aos seguintes requisitos: i) a admissibilidade do meio de prova; ii) a sua manifestação em momento processualmente desadequado; iii) a necessidade da diligência ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio; e iv) a prova a produzir incidir sobre factos que é lícito ao juiz conhecer. III- Está vedado à recorrente pretender obter, por via oficiosa, que lhe seja lícito produzir prova que, por sua iniciativa, oportunamente não requereu, tendente à demonstração de factos que tão pouco tempestivamente articulou e que extravasam os factos carecidos de prova que ao tribunal é lícito conhecer.”²¹⁰

Na situação, o tribunal recorrido não ordenou oficiosamente diligências probatórias por que não eram aptas à demonstração de fatos necessitados de prova, pelo

²⁰⁹ Acórdão de 10/9/2019, julgado pelo Tribunal da Relação do Porto, processo nº 400/19.2T8AMT-D.P1, disponível em www.dgsi.pt.

²¹⁰ Acórdão de 15/05/2020, julgado pelo Tribunal da Relação de Guimarães, processo n.º 659/18.2T8GMR-A.G1, disponível em www.dgsi.pt.

que, não sendo imprescindíveis ou necessárias para o apuramento da verdade e para a justa composição do litígio, concluiu a Relação que não houve violação dos poderes instrutórios a que o tribunal se mostra adstrito. Portanto, o tribunal decidiu que o uso dos poderes instrutórios depende da necessidade da diligência ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio e de a prova a produzir incidir sobre fatos de que o juiz pode conhecer.

No Brasil, onde é crescente na doutrina o apreço e a admiração acerca das convenções processuais, existe posição no sentido de que o tribunal da causa está irrestritamente vinculado aos pactos limitadores dos meios de prova apenas em função dos estreitos limites à busca da verdade no processo. Para a doutrina, o próprio ordenamento jurídico brasileiro limita os meios de produção da prova, quando, por exemplo, dispõe a Constituição Federal, no artigo 5.º, inciso LVI, que a prova produzida por meios ilícitos é inadmissível. Nesse caso a instrução probatória é limitada pelo próprio ordenamento constitucional e, em razão disso, não haveria justificativa para ser não ser limitada pela vontade das partes, com base no autorregramento da vontade e no direito de liberdade, pelo fato de elas serem as maiores interessadas na decisão do caso concreto.²¹¹

Segundo esse entendimento, as partes podem limitar os poderes do tribunal na busca da verdade, por meio dos contratos probatórios. Isso porque, de acordo com essa ideia, a busca da verdade no processo civil é algo inatingível.²¹² O ordenamento restringe a mobilização da prova, por exemplo, por meio ilícito. Diante disso, deve o juiz basear a

²¹¹ JOBIM, Marco Félix / MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. XVIII, jan. abr. 2017, pp. 336-338. Ainda, os autores destacam que “a contratualização sobre a ilicitude de um determinado meio de prova não torna a “verdade negociada”, tendo em vista que a prova poderá ser produzida por outro(s) meio(s). Neste sentido, “não é um negócio que fixa a verdade, mas um negócio que estabelece como o fato poderá ser provado.” Contra esse entendimento, na doutrina italiana, TARUFFO, Michele. Verità negoziata? In *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile: Accordi di Parti e Processo*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 78-80. O autor afirma que a justiça da decisão não pode deixar de estar entre os requisitos exigidos para a caracterização do processo justo e sublinha que não se pode ter como justa toda e qualquer decisão que não decorra de um procedimento justo ou que deixe de observar todas as garantias processuais das partes. De acordo com Taruffo, o processo será justo quando sistematicamente orientado a permitir a averiguação da veracidade dos fatos relevantes para a decisão e injusto quando obstaculizar ou limitar tal averiguação.

²¹² No sentido de que a verdade absoluta é o objetivo a ser perseguido no direito processual civil, mas com a consciência de que se trata de algo inatingível, entre outros, JOLIDON, Pierre. Vérité, justice et procédure civile. In *Revue de la société des juristes bernois*, vol. 109, n. 5, 1973, p. 199.

sua decisão numa verossimilhança, numa verdade factível ou numa verdade possível.²¹³ Desse modo, o juiz jamais alcançará a verdade, a certeza dos fatos.²¹⁴

Por outro lado, alguma doutrina entende que o impedimento para convencionar sobre prova não decorre da intensidade dos poderes do tribunal, mas do dever do juiz de prestar tutela jurisdicional com convicção. Isso significaria dizer que, mesmo nos sistemas em que o juiz não pode determinar prova de ofício, a convenção processual não pode restringir as provas para a solução de um litígio. Nesta situação, se qualquer das partes puder demonstrar que outra prova, distinta daquelas que foram convencionadas, é importante para o esclarecimento dos fatos litigiosos, o juiz não terá outra alternativa a não ser desconsiderar o acordo processual.²¹⁵

Olivia Pelli menciona um exemplo em que se as partes concordam, mediante um contrato, em não afirmar um fato verdadeiro ao tribunal, elas estarão, indiretamente, determinando que sobre esse fato não se produzam provas. Se as partes cumprem inescrupulosamente o contrato, o tribunal não é informado da existência do fato e, portanto, nenhuma prova é produzida a esse respeito. Por outro lado, se as partes não cumprirem o contrato, a existência do fato é impugnada e os procedimentos de prova devem ser levados a efeito, a menos que o contrato de prova seja válido. Em princípio, tais contratos de prova são legalmente válidos, já que as partes são livres, no âmbito da autonomia da vontade, a não afirmar certos fatos em juízo. Se uma parte alegar o fato excluído contratualmente, de maneira contrária ao contrato, o tribunal não é obrigado a observar essa alegação da parte em violação do contrato. A única ressalva é se o tribunal tiver sérias dúvidas acerca da não-existência do fato e a parte que violar o contrato tiver fundadas razões para fazê-lo, o que poderia comprometer a eficácia do contrato. A

²¹³ CALAMANDREI, Piero, Verità e verosimiglianza nel processo civile, In *Opere Giuridiche*, vol. V, reimp., Roma, Roma TrE-Press, 2019, pp. 615-640.

²¹⁴ No sentido de que a função da prova no processo civil é eliminar a incerteza sobre os fatos controvertidos, SOUSA, Miguel Teixeira de. *A prova em processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 141. De acordo com o autor, a prova “não visa criar uma certeza sobre o facto controvertido, mas antes – e apenas – eliminar uma incerteza sobre esse facto. O facto controvertido considera-se provado, não porque haja a certeza da sua verdade, mas porque não há nenhuma justificação para não admitir a sua verdade em função da prova produzida perante o tribunal.”

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 5.^a ed., São Paulo, 2019, p. 447.

verdade seria preferível nesses casos e o tribunal poderia determinar oficiosamente as provas.²¹⁶

Aliás, existe a regra do § 273 da ZPO no direito alemão, segundo a qual apenas a prova testemunhal pode ser exclusivamente requerida pelas partes, enquanto todos os outros meios de prova podem ser determinados de ofício pelo tribunal. De acordo com essa prescrição, somente a prova testemunhal pode ser limitada pela via convencional. Os demais meios de prova podem ser determinados de ofício pelo tribunal, nomeadamente a exibição de documento, a teor do § 142 e do § 273, n.ºs 1 e 2, da ZPO, a inspeção e a perícia *ex vi* do § 144 da ZPO e o interrogatório das partes, de acordo com o disposto no § 448 da ZPO.

Acerca da matéria em discussão, Wagner menciona que a ZPO não deveria conceder ao tribunal poderes inquisitoriais e permitir a obtenção de provas mesmo contra a vontade mútua das partes e sustenta que a razão disso é fundada no poder de determinar uma prova de ofício pelo juiz caracterizar uma restrição à autonomia privada. Ao contrário, segundo o autor, o poder do tribunal de determinar provas *ex officio* é previsto no sentido de acelerar o *iter* procedimental e em particular a instrução probatória.²¹⁷ Ou melhor, parece evidente que deve ser admitido o contrato sobre os meios de prova sempre que as partes desejem limitar os meios de prova do fato, bem como excluir determinados meios de prova, para alcançarem a tão almejada economia processual, para reduzir os custos de uma demorada instrução probatória, assim como, parece evidente, não poderem as partes pactuar a produção de uma prova custosa e impertinente ao processo.

Apesar disso, Eickmann entende admissíveis as convenções que limitam os meios de prova, desde que não restrinjam os poderes do tribunal de determinar a produção de provas oficiosamente, lembrando que, de acordo com as regras do processo civil alemão, a prova testemunhal não pode ser determinada de ofício, mas apenas mediante requerimento das partes.²¹⁸ Nesse sentido, Baumgärtel entende que a lei processual, ao atribuir poderes probatórios ao tribunal, limitou a autonomia das partes, no sentido de

²¹⁶ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 163.

²¹⁷ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 689.

²¹⁸ EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, pp. 86-87.

considerar ineficaz, perante ele, a convenção probatória que tenha por objeto a limitação daqueles poderes.²¹⁹

A doutrina francesa adotou solução interessante ao interpretar o artigo 12, alínea 1, do Código de Processo Civil Francês. De acordo com a interpretação levada a efeito, o juiz deve decidir o litígio, do contrário estará denegando justiça, e tem de decidir conforme o direito, a menos que queira expor seu julgamento à censura da Corte de Cassação Francesa. O ofício do juiz pode ser ajustado pela convenção processual das partes e esse ajuste convencional está previsto nas alíneas 3 e 4 do artigo 12 do Código de Processo Civil. O acordo das partes pode ter por objeto restringir ou ampliar as funções do juiz em algumas situações. Em primeiro lugar, restringindo a atuação do juízo, as partes podem encaminhar-lhe a qualificação e os pontos de direito aos quais querem limitar o debate (artigo 12, alínea 3, do Código de Processo Civil). Por exemplo, debater acerca das indenizações em caso de inexecução de um contrato, mas não sobre a validade desse contrato, discutir as regras de compra e venda, mas não os contratos empresariais, tratar da aplicação da lei argentina em detrimento da lei francesa no caso concreto etc. Em todos os casos descritos, o juiz perde poder de dar ou restituir a qualificação exata dos atos e fatos litigiosos, conforme preceitua a alínea 2 do artigo 12 do Código de Processo Civil. Vale dizer, seu poder de requalificação, assim como sua autoridade para delimitar de ofício as questões de direito (*moyens de droit*).²²⁰

De acordo com o ordenamento português, havendo contratos sobre os meios de prova, dentro dos limites da lei, poderia o tribunal determinar a produção de provas de ofício, dada a atividade supletiva do órgão judicial em matéria probatória, que decorre do princípio do inquisitório. Não poderia o tribunal, evidentemente, extrapolar os limites legais e requisitar oficiosamente, por exemplo, uma fonte de prova que não constasse do negócio processual.

²¹⁹ BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1972, pp. 254 ss.

²²⁰ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au proces en droit français : sur la contractualisation du reglement des litiges. In *Accordi di parte e Processo. Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano LXII, n. 3, 2008, p. 28.

Contudo, depois de analisar o panorama doutrinário e jurisprudência a respeito dessa *vexata quaestio*, evidencia-se que a melhor solução é aquela que aponta para a natureza vinculativa dos contratos probatórios ao tribunal.

Os contratos de prova são válidos e vinculativos para as partes e para o tribunal, impedindo que este último, oficiosamente, determine a produção de alguns meios de prova, mesmo se houver permissão legal. O tribunal não é livre para ignorar os acordos em sua decisão. Poderia, evidentemente, pensar-se que o poder instrutório do tribunal decorre da lei e é inderrogável pelas partes, podendo ser exercido, desde que tivesse como escopo acelerar o *iter* procedimental e em particular a instrução probatória, evitando-se dilações probatórias que fossem custosas e dispendiosas e sempre atentando para o fato de que o poder probatório do tribunal se circunscreve aos meios de prova, mas jamais às fontes probatórias.

Quer parecer, no entanto, que as convenções probatórias se incluem na categoria dos contratos cujos efeitos repercutem na esfera de terceiros, uma espécie de contratos com eficácia de proteção para terceiros, associando o terceiro – o decisor – aos efeitos jurídicos produzidos no contrato. Daí decorre que a fonte geradora dos efeitos na esfera jurídica do terceiro seja a autonomia privada exercida convencionalmente.

Portanto, a alteração convencional do regime da prova poderá limitar a iniciativa probatória do tribunal, que a ela ficará vinculado, já que os efeitos do pacto repercutem na esfera do juiz, restringindo a sua atividade – uma espécie contrato com eficácia de proteção para terceiros.

3.8 Contratos de prova típicos e atípicos

Fixadas essas premissas, cabe agora indicar alguns exemplos de contratos probatórios recorrentes na prática judicial, sem a pretensão de exaustividade. Na Alemanha, a doutrina menciona a confissão judicial ou extrajudicial, que considera verdadeiro negócio processual unilateral (*Geständnissverträge*). Para a validade desse contrato, deverão ser observados determinados requisitos específicos, tais como a capacidade plena das partes e a disponibilidade do objeto litigioso do processo. A teor do

§ 224 da ZPO, as partes podem reduzir os prazos, desde que não estejam expressamente previstos em lei.²²¹

Um exemplo de negócio processual típico bilateral consta do artigo 471 do Código de Processo Civil Brasileiro, que trata da escolha consensual do perito e exige os mesmos requisitos da confissão. O § 404, n.º 4, da ZPO, muito semelhante ao artigo 467.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, assegura às partes que elas possam escolher as pessoas que atuarão como peritos, com a garantia de que o tribunal estará vinculado a esse acordo.

Portanto, os contratos probatórios podem estar expressamente previstos em lei, a exemplo do acordo sobre os temas da prova, que no direito processual civil brasileiro é legalmente admitido e se for homologado vincula as partes e o juiz, a teor do artigo 357, § 2º, do Código de Processo Civil. Aliás, alguma doutrina ainda distingue essa convenção processual e os chamados atos em conjunto, de que são exemplos o calendário processual e o saneamento compartilhado, previstos, respectivamente, nos artigos 191 e 357, § 3.º, ambos do Código de Processo Civil.²²²

Além dos negócios processuais típicos, admite-se, amplamente, os acordos processuais atípicos, que não estão expressamente previstos em lei, mas são admitidos por não contrariarem a boa-fé, os bons costumes e o tráfego jurídico. De acordo com a doutrina, o negócio processual atípico tem por objeto as situações processuais, os ônus, faculdades, deveres e poderes, o que não exclui a possibilidade de redefinir a forma ou a ordem de encadeamento dos atos processuais, a exemplo do acordo para ampliação ou redução de prazos, do acordo de substituição do bem penhorado, do acordo de rateio das despesas processuais, da dispensa consensual de assistentes técnicos²²³, do acordo para

²²¹ SCHLOSSER, Peter. Einverständliches Parteihandeln im Deutschen Zivilprozess In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 140.

²²² MITIDIERO, Daniel. *Processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021, p. 126. Talvez nessa mesma linha, a doutrina alemã costuma distinguir os negócios processuais e as declarações processuais unilaterais de consentimento das partes ao tribunal. Nesse sentido, ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.ª ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 422.

²²³ Exemplo de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, In *Temas de direito processual*, terceira série, Saraiva, São Paulo, 1984. p. 92.

limitar o número de testemunhas e do acordo para tornar ilícita uma determinada prova.²²⁴

Em relação ao contrato de provas que permite ser admissível no processo uma determinada prova atípica, alguns discutem se o tribunal pode desviar-se das provas estabelecidas em lei, se houver requerimento das partes nesse sentido. Na prática, é comum a produção de meios de prova não legalmente previstos, desde que sejam admissíveis, com a ressalva de que o juiz é sempre limitado aos meios típicos de prova. A doutrina reconduz ao problema da aquisição imediata da prova, mas admite que o contrato estipule um meio atípico, desde que sejam respeitados os princípios processuais e as prerrogativas do tribunal, para que sejam produzidos os mesmos efeitos dos meios de prova típicos (*Freibeweis*).²²⁵ Aliás, existe entendimento no sentido de que as convenções probatórias são modalidades de prova atípica, algo como um regime probatório diverso daquele regime previsto *ex lege*.²²⁶

Fica a observação, nessa altura, de que a prova é liberdade e sem liberdade não há prova.²²⁷ O reconhecimento do direito fundamental à prova, dos poderes probatórios do juiz e da admissão de todos os meios de prova moralmente legítimos permitem concluir que a prova é liberdade e adota-se o critério da liberdade probatória. Se as partes e o juiz possuem ampla liberdade para produzir as provas, não se sustenta a ideia da impossibilidade de certos contratos de prova, sob o argumento de que excluem determinados meios de prova. Evidentemente, a liberdade não é irrestrita e os contratos probatórios não serão válidos se forem celebrados com abuso do direito, assim entendido aquele comportamento prestacional em que o titular do direito exceda manifestamente os limites impostos pelas boa-fé, pelos bons costumes ou pelos fins sociais ou económicos desse direito.

Num certo sentido, os contratos probatórios podem ser considerados como elementos de segurança jurídica. Por exemplo, em diversas legislações, nem sempre é clara a distribuição legal do ônus da prova. Pode ser difícil para as partes determinar

²²⁴ Alguns exemplos são de DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 22.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2020, pp. 484-485.

²²⁵ EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987, p. 89.

²²⁶ PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 1.

²²⁷ MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba*. Buenos Aires, EJE, 1979, p. 29.

quem tem quais fatos que provar. Por outro lado, se as partes concluem um contrato de ônus da prova, elas sabem quem deve produzir qual meio de prova e esse pode ser um dos objetivos para o atingimento da segurança jurídica.²²⁸

Aqueles que excederem os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelos fins sociais ou económicos desse direito, agem com abuso do direito material e abuso do direito processual (abuso do processo). Nesse caso, o contrato não será válido, deve ser anulado pelo órgão judicial, de ofício, e as partes devem ser restituídas ao estado anterior, até porque o procedimento probatório não pode estar inteiramente nas mãos das partes.

²²⁸ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 50.

PARTE II – MODALIDADES DE INADIMPLEMENTO QUE ATINGEM A EXECUÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS OBRIGACIONAIS E A SUA POSSÍVEL PRESENÇA NO AMBIENTE DOS CONTRATOS PROBATÓRIOS

1. Os contratos sobre a prova e a tentativa de comunicação com o quadro geral do direito do inadimplemento das obrigações

1.1 Considerações gerais

Poderá haver o incumprimento dos negócios processuais sobre a prova e o que o presente estudo procurará fazer é saber o que sucede quando verificado o incumprimento de uma dada situação jurídica fundada em negócio probatório. Obtidas respostas para esse problema, será esboçada uma proposta de teoria geral do incumprimento dos negócios processuais sobre a prova.

Afirma-se que o direito tem como função orientar comportamentos humanos, a fim de que se saiba como se portar em determinadas situações. Essa orientação é fornecida por enunciados prescritivos que constam de dispositivos insertos em documentos e, uma vez interpretados, esses dispositivos dão lugar a normas jurídicas.²²⁹ As normas jurídicas, por sua vez, visam a promover os princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade e podem ser classificadas como normas de direito material e normas de direito processual.²³⁰ Daí resulta a necessidade de encarar o problema do incumprimento dos negócios sobre a prova na perspectiva das relações entre direito material e processo.²³¹

²²⁹ Acerca da distinção entre texto e norma, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19.^a ed. São Paulo, Malheiros, 2019, pp. 50-51.

²³⁰ Amplamente, ÁVILA, Humberto. *Competências tributárias*. São Paulo, Malheiros, 2018, p. 17. Com amplas referências: MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil. Teoria do processo civil*, vol. I, 5.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 27.

²³¹ Paula Costa e Silva percebeu, talvez de modo pioneiro, que para alguns o negócio processual se apresentava como um nó górdio, em que se travava uma luta desesperada pelo exclusão do negócio processual da categoria dos atos do processo, chegando a afirmar-se que o conceito era absolutamente irrelevante. De acordo com a autora, a justificação para essa hostilidade residia no fato de que a admissão do negócio processual entre os atos do processo entreabre uma porta ao direito material que a maioria da doutrina quer fechar, em que a eventual aplicação de disposições inseridas em diplomas de direito

1.2 Direito material e processo

As relações entre o direito material e o direito processual sempre foram inevitáveis. Ao longo do tempo, essas relações estreitaram-se e hoje a teoria circular dos planos afirma que o processo tem o direito material como ponto de partida e ao direito material deve retornar. A doutrina verifica que o processo devolve algo diverso do direito material afirmado pelo autor na petição inicial, algo diverso da regra de direito material, porque lhe é acrescido o *jus imperium*, e, ao visualizar o problema de forma circular, conclui que entre o processo e o direito material ocorre uma relação circular, segundo a qual o processo serve ao direito material, mas para que lho sirva é necessário que seja servido por ele.²³² Disso resulta que o direito material é essencial ao processo e vice-versa, ambos convivem num ambiente de essencialidade recíproca.²³³

Com efeito, a doutrina moderna reconhece o relacionamento entre o direito material e o direito processual como uma relação funcional – de interdependência. A ideia de que ambos se complementam, ou seja, de que sem o direito material, o direito processual não teria qualquer função, ao passo que, sem o direito processual, o direito material não teria condições de superar eventuais crises de colaboração para a sua realização. Com base nisso, afirma-se que o direito processual viabiliza a própria existência do direito material.²³⁴

Além disso, Antonio do Passo Cabral reconhece que alguns fenômenos recentes têm mostrado caminho diverso da separação entre direito e processo. A reabilitação da autotutela (tutela dos direitos prescinde do Estado e da jurisdição), os negócios processuais (estes promovem: rearranjo das relações entre direito e processo, que podem

substantivo aos atos do processo cria uma aparente subserviência da dogmática do processo aos quadros do direito material. COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p.

²³² ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 204-205.

²³³ Nesse sentido, PITERMAN, Marcel. Direito e processo: tutela dos direitos e tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais, In *Revista Jurídica*, vol. 472, fev. 2017, pp. 27-58.

²³⁴ Amplamente, MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil. Teoria do processo civil*, vol. I, 5.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 29.

ser intercambiados na negociação, e a compreensão de que a norma processual pode ser primária, regulando conduta e criando incentivos para a observância espontânea do direito material), e a possibilidade de correção normativa num ambiente híbrido de direito material e direito processual (pressupostos e requisitos sendo aplicados - e só fazendo sentido - em conjunto, não mais separados), o que se verifica em institutos como nulidades, prova, capacidade, negócios processuais, garantias reais e execução, são para o autor evidências de que depois de tanto afastamento entre os dois sistemas - material e processual, há um claro retorno do processo ao direito, mas em outra dimensão, uma reaproximação que se dá numa relação que não é apenas instrumental, funcional ou vetorial, e tampouco circular, mas coaxial, de eixos que são convergentes e podem atuar em conjunto, tanto fora do processo, moldando a regulação primária, como dentro do processo, transformando o procedimento (e com isso alterando a regulação secundária).²³⁵

Esse reconhecimento da doutrina já seria suficiente para justificar a aplicação do chamado diálogo de fontes que deve haver entre as regras processuais e as regras de direito material, idealizado por Erik Jayme, segundo o qual o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária. A teoria do diálogo das fontes contém a ideia de que o direito deve ser interpretado como um todo de forma coordenada e serve como método de interpretação e aplicação das leis, como método de interpretação sistemática das regras de direito contratual, em especial, acerca da interpretação do conjunto contratual, que pode ser realizada sob a perspectiva de um diálogo das fontes²³⁶, resultando na censura da ideia de exclusão da norma pela aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias, já que parece mais razoável a harmonia e a coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão delas.²³⁷

²³⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual, In *Civil Procedure Review*, vol. XII, n.º 2, maio-ago. 2021, pp. 69-102.

²³⁶ JAYME, Eric. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne, In *Recueil des Cours*, tomo 251, 1995, pp. 251 ss. O autor recorre à ideia de que em face do atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com diversas fontes legislativas, surge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo.

²³⁷ MARQUES, Cláudia Lima / BENJAMIN, Antonio Herman V. / BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 90. Os autores justificam a expressão “diálogo” porque “há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao

Independente da teoria do diálogo das fontes, a estreita ligação que existe entre o direito material e o direito processual, por si só, justifica uma certa autonomia privada no âmbito do direito processual, considerados certos limites e restrições, como, por exemplo, a disponibilidade da situação jurídica de direito material. Essas situações foram devidamente esclarecidas quando se analisaram a extensão da disponibilidade do direito pelas partes e quais efeitos e restrições a discricionariedade das partes produz com relação a admissibilidade dos contratos de prova.

No direito francês, Loïc Cadiet denuncia a falta de compreensão de alguns contratualistas no relacionamento dos acordos processuais com o direito contratual. Menciona não haver dúvida acerca desse relacionamento nas convenções de arbitragem e na transação, que figuram entre os contratos nominados, com disposição expressa no Código Civil Francês. Entende que parece adequado ver, nas convenções processuais, a aplicação desse regime jurídico, mesmo que tenham, em vários graus, a marca do objeto processual. De acordo com o autor, simplesmente porque esses acordos não têm as honras da doutrina contratual, não significa que não sejam convenções. Diante dessa constatação, ele procura explicações na peculiaridade do objeto desses acordos, ou, de maneira mais geral, no ambiente das convenções, que podem simplesmente explicar o desinteresse demonstrado por especialistas em direito contratual. Conclui, com razão, que o destino dos contratos processuais não difere daquele reservado aos contratos do direito material, já que as particularidades do regime daqueles não afetam a sua natureza contratual comum.²³⁸

mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).”

²³⁸ CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 133. Acerca do interesse dos civilistas em relação aos negócios processuais, verifica-se que no Brasil, cada vez mais, a matéria dos negócios processuais vem sendo tratada em obras de direito das obrigações em geral, como, por exemplo, as Instituições de Direito Civil, de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery. Ao longo da obra, dedicado ao direito das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil, os autores analisam os negócios processuais e a transação, os atos, fatos e negócios jurídicos processuais, a autogerência parcial do processo, a nova conformação funcional ao tipo do contrato de transação, a existência, a validade e a eficácia do negócio jurídico processual, e ainda abordam casos analisados pela jurisprudência quanto à validade e à eficácia dos negócios processuais. NERY JR., Nelson. / NERY, Rosa Maria Andrade. *Instituições de direito civil. Das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil*. 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, pp. 938-948.

No campo do direito substancial, Pontes de Miranda é, talvez, o autor que mais concebe amálgamas entre o direito e o processo, a exemplo do tratamento dado por ele à ação de direito material e à “ação” processual.²³⁹ Talvez por essa circunstância, quando o jurista trata do direito obrigacional, destaca que alguns negócios jurídicos privados são também conteúdos de atos processuais (a transação judicial, a compensação, etc.), ou seja, são verificados no âmbito material e processual. O autor refere que esses atos jurídicos, vistos pelo lado do direito processual, são atos processuais. No entanto, vistos pelo lado do direito material, são negócios jurídicos privados. Os dois ramos do direito enlaçam o mesmo ato, submetendo-o às suas próprias regras. Os efeitos de direito material independem da eficácia ou subsistência da eficácia como de ato processual, salvo regra do direito material.²⁴⁰

Embora o autor reconheça que as declarações de vontade das partes, coincidentes por vezes, não sejam negócios jurídicos bilaterais, admite a incidência, em juízo, dos atos jurídicos de direito material, segundo a lei processual que lhes determina efeitos processuais e consequências processuais. Pontes de Miranda considera permitidos os negócios jurídicos que só admitem a prova documental, ou alguma outra, em determinados negócios entre os figurantes. Não admite, porém, negócios que modifiquem ou pré-excluam a incidência de regras processuais cogentes, tais como acordos sobre a apreciação da prova.²⁴¹

Como decorrência dessa relação de estreita afinidade entre direito e processo, apesar de, em geral, os contratos processuais serem negócios ligeiramente distintos dos contratos de direito material, as regras fornecidas pelo direito material são amplamente aplicáveis àqueles por analogia.

A doutrina, quando cuida das convenções processuais com eficácia dispositiva e com eficácia obrigacional, alberga esse entendimento, ao asseverar que últimas tendem a

²³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações. Ação, classificação e eficácia*, tomo I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 150. O autor distingue a ação (em direito material) e a “ação” (em direito processual). Segundo ele, a ação exerce-se principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico processual).

²⁴⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pp. 115-116.

²⁴¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 5.

se aproximar, em maior grau, da relação contratual nos moldes do direito privado. Essa aproximação já seria suficiente para descortinar uma semelhança entre o inadimplemento contratual e o descumprimento da convenção com eficácia obrigacional.²⁴²

Além disso, se a confissão, a desistência e a transação podem ser declaradas nulas ou anuladas como os outros atos da mesma natureza, sendo aplicável à confissão o disposto no n.º 2 do artigo 359.º do Código Civil, não faria sentido deixar-se de aplicar aos negócios processuais – dentro de limites mais estreitos do que no direito privado e até certo ponto – que resultem de erro, dolo ou coação moral, as disposições legais do Código Civil relativas a essas situações, já que o Código de Processo Civil não regula expressa ou implicitamente essa matéria.²⁴³

Igualmente, por serem os contratos probatórios negócios processuais, servem de justificativa para essa interpretação análoga tanto o interesse público como o interesse das partes. O interesse público justifica-se porque o relacionamento entre as pessoas dever ser verdadeiro e honesto, com base na boa-fé. Por outro lado, é do interesse das partes que seus direitos e obrigações contratuais correspondam ao livre arbítrio delas. Esses fundamentos, por si só, justificam a aplicação análoga das disposições do direito privado nas questões que envolvem a vontade das partes.

Aliás, parece indiscutível em direito processual civil a ideia que se formou acerca do dogma da irrelevância da vontade, após a aceitação geral da seminal tese elaborada por Paula Costa e Silva, que questionou o dogma de que a vontade das partes não tem qualquer relevância na produção dos efeitos do ato processual, já que, em princípio, as situações processuais não decorrem da vontade das partes, ou de qualquer sujeito do processo, mas de expressa previsão legal. Em razão dessa circunstância, a vontade das partes seria irrelevante na determinação dos efeitos dos atos processuais.

²⁴² VOGT, Fernanda. Cessação da relação convencional. Um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.), *Negócios processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, tomo 2, Salvador, JusPodivm, 2020, p. 163.

²⁴³ SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1935, p. 147. O autor menciona que, ao contrário do direito civil, o direito processual civil não considera os vícios de vontade. Como resultado, essas questões, juntamente com a questão da revogação, tornaram-se o verdadeiro problema principal da doutrina dos atos processuais. Sobre esse ponto a obra de COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

Consequentemente, não seria possível vincular o juiz à vontade das partes, que se colocavam em situação de inferioridade. O dogma da irrelevância da vontade das partes decorreria também da ideia, superada, de separar o direito processual do direito material, não havendo um tratamento adequado acerca da interpretação dos atos processuais, nem sobre os vícios de vontade nos atos processuais. Como a vontade das partes seria irrelevante no processo e considerando que a presença da vontade caracterizaria o negócio processual, como decorrência não haveria negócios processuais.²⁴⁴

A analogia com as regras de direito privado é aplicável porque as legislações processuais civis contêm poucas regras sobre os contratos processuais e porque as regras fornecidas pelo direito material podem ser consideradas como regras gerais de direito contratual e disso é extraída a noção de que os requisitos de constituição do negócio processual são principalmente de direito processual, somando-se a isso as regras de direito material, como assinala a doutrina alemã. Nesse sentido, Rosenberg, Schwab e Gottwald sustentam que a lei processual regula o tratamento dos negócios processuais apenas de forma incompleta e, portanto, em grande medida, as ideias gerais que encontram expressão nas normas de direito civil devem ser aplicadas. Ainda, os autores fazem a ressalva de que isso se aplica mais aos contratos processuais do que aos atos processuais.²⁴⁵

Logo, as consequências do descumprimento da convenção processual devem ser extraídas da teoria geral do direito e das normas que regem o descumprimento dos negócios jurídicos em geral.²⁴⁶ Assim como nos contratos, as convenções processuais podem estipular sanções ao incumprimento ou à inexecução das obrigações assumidas pelas partes.²⁴⁷

²⁴⁴ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 511 ss.

²⁴⁵ ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.^a ed., München, C. H. Beck, 2004, pp. 420 e 422.

²⁴⁶ Recentemente, a Lei de Liberdade Econômica (Lei n.º 13.874/2019) incluiu o § 2.º no artigo 113 do Código Civil Brasileiro, o qual agora dispõe que “as partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.” Nesse sentido, nada impede que as partes pactuem, em negócios processuais probatórios, que no caso de inadimplemento, deverão ser observadas as regras do Código Civil, que dispõem acerca do inadimplemento das obrigações, previstas a partir do artigo 389 do Código Civil.

²⁴⁷ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 362.

Igualmente, Schiedermair entende que o direito processual é sempre determinante para a constituição, eficácia, forma, nulidade, revogabilidade e impugnabilidade dos acordos processuais, mas não exclui a incidência de disposições que aparecem predominantemente ou até exclusivamente no direito civil, desde que se refiram à teoria geral, ou, pelo menos, igualmente ao direito processual juntamente com o direito material. Sublinha, porém, que as normas de direito privado sobre negócios jurídicos não podem ser utilizadas irrestritamente para os atos processuais e, em princípio, não podem ser transpostas para estes, já que as normas pertinentes podem derivar apenas do direito processual. O autor defende que são justamente as normas relativas à formação do contrato que constituem a exceção. Elementos além das declarações de vontade, muitas vezes exigidos pelo direito civil para concluir o negócio jurídico (por exemplo, no caso de transferência de propriedade), não são considerados em contratos processuais. Além disso, a natureza do consenso nos contratos processuais não é diferente da dos contratos de direito substantivo. Do mesmo modo, no caso dos contratos processuais, as declarações não devem ser indefinidas ou contraditórias, de modo que delas não se possam reconhecer as consequências jurídicas, mesmo segundo as regras de interpretação. No direito civil, o contrato consiste em uma oferta e uma aceitação, o que não difere do direito processual. E, finalmente, há também o princípio geral do direito contratual para os contratos processuais de que o contrato só desenvolve seus efeitos entre as partes, mas não para com terceiros.²⁴⁸

Até porque, se nenhuma regra puder ser encontrada na lei processual, as disposições contratuais do Código Civil, bem como os princípios gerais do direito, poderão aplicar-se analogamente aos contratos processuais, na medida em que sejam compatíveis com a situação jurídica processual, com a advertência de que os contratos probatórios são muito pouco conhecidos na prática e seus efeitos às vezes são mais difíceis de avaliar do que as consequências de acordos de direito material. Aliás, de acordo com Dickhoff, a circunstância de os contratos probatórios assumirem natureza processual não impede

²⁴⁸ SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1935, pp. 137 ss.

que sejam a eles aplicáveis as regras jurídicas igualmente aplicáveis aos negócios jurídicos de natureza material.²⁴⁹

Um pouco distinta é a posição de Titina Pezzani, para quem os contratos probatórios são negócios de natureza substancial com aptidão para produzir efeitos processuais. Segundo a autora, os pactos definem-se “processuais” porque atendem ao direito de ação, que é direito subjetivo, constituído de atos de exercício ou não exercício concordado de poderes processuais, e produzem efeitos apenas e quando o direito de ação é exercido e quando o processo passa a existir. De acordo com essa ideia, os pactos de prova devem ser considerados negócios substanciais, sob pena de não lhe serem aplicáveis as regras de direito material.²⁵⁰

Disso resulta que a celebração dos contratos de prova deve ser o produto de uma análise cuidadosa pelas partes contratantes envolvidas. Ademais, parece fortemente indicada uma formulação clara dos contratos de prova, para sua aplicação concreta no processo e tendo em vista a segurança jurídica no cumprimento desses pactos. Por exemplo, as partes pretendem acelerar o andamento do processo ao, de comum acordo, excluírem a produção de prova testemunhal. Nesse caso, o objeto do contrato não pode ser incerto, muito menos o conteúdo do programa contratual ser obscuro. Caso contrário, as partes terão de enfrentar um procedimento demorado, até para que do negócio seja interpretado o contrário. Agora, se o documento estiver claro a respeito da dispensa da prova testemunhal, por ambas as partes, será executado com sucesso e o procedimento poderá ser abreviado, sendo economicamente mais viável para ambas as partes.²⁵¹

Por esse motivo, é imperioso verificar, em relação a cada situação concreta individual, se os princípios gerais do direito contratual devem ser aplicados por analogia, sem restrições, ou se uma restrição se mostra necessária, tendo em vista a natureza intraprocessual dos efeitos do inadimplemento na execução dos contratos sobre a prova.

²⁴⁹ DICKHOFF, Volker. *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeßrecht*, Diss. Erlangen, 1941, pp. 71-72.

²⁵⁰ PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 76-81.

²⁵¹ Sem falar na discussão em torno do testemunho, que “não é um objeto, mas um ato, que depende do ser humano para ser “reproduzido”, tendo, por isso, em si a complexidade do próprio ser humano; é, ainda, *vox viva*, sendo flexível, passível de adaptações e sujeito a influências.” Nesse sentido, RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, p. 55.

Por exemplo, quando Olivia Pelli trata dos contratos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova, que geralmente são integrantes de outros contratos de direito material, entende que as regras do direito privado se aplicam diretamente à sua formação, conteúdo e extinção. As disposições do direito contratual previstas no *Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, segundo a autora, também podem ser aplicadas de forma análoga aos contratos de provas na medida em que sejam compatíveis com a situação processual. Além disso, a autora menciona que se deve aplicar o artigo 18 do Código Civil Suíço das Obrigações (*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*), que trata da interpretação dos contratos no direito das obrigações.²⁵²

Adverta-se, porém, que as regras de direito material devem ser aplicadas com parcimônia, pois é sabido que, talvez por razões históricas, os negócios jurídicos substanciais foram desenvolvidos em meio puramente privatista, o que exige uma importação ponderada para o processo das regras de direito material.²⁵³

1.3 Interpretação e integração dos negócios sobre a prova

A interpretação recai sobre um texto jurídico e visa extrair a norma do texto. A norma é o resultado de um processo interpretativo. Há separação entre texto e norma, já que as normas são fruto da interpretação dos textos.²⁵⁴ Considerando que um texto não possui um único sentido, a interpretação vai encerrar um processo de escolha quanto ao sentido que deve prevalecer e na determinação do sentido do texto jurídico o interprete

²⁵² PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, pp. 113 e 196.

²⁵³ VOGT, Fernanda. Cessação da relação convencional. Um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.), *Negócios processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, tomo 2, Salvador, JusPodivm, 2020, p. 160.

²⁵⁴ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 413; MITIDIÉRO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas. Do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 17. O autor sublinha que “de uns tempos para cá, a interpretação passou a ser enxergada como uma atividade que envolve conhecer, valorar e decidir. A interpretação acabou sendo vista como uma atividade reconstrutiva do significado do texto, mediante o conhecimento dos seus possíveis significados mínimos, valoração argumentativa das diferentes hipóteses e decisão a respeito de qual desses significados deve prevalecer.” Recentemente, MITIDIÉRO, Daniel, *Reclamação nas cortes supremas. Entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 34-35.

deve obedecer a critérios normativos que lhe ditam como deve proceder, que elementos pode utilizar nessa tarefa e que resultado deve decorrer do processo. Aqui releva que o tipo de fonte jurídica a interpretar tem reflexos imediatos sobre os critérios do legislador. No caso do ato negocial, a relevância atribuída pela ordem jurídica a esta fonte tem na sua origem a ligação estreita que se estabelece entre o texto e o exercício da autonomia privada.²⁵⁵

Assim como nos negócios jurídicos em geral, parece manifesto que, no âmbito do cumprimento dos negócios processuais, devem ser diretamente aplicáveis aos contratos probatórios os artigos 236.º e seguintes do Código Civil, que tratam da interpretação e da integração dos contratos.²⁵⁶ De acordo com essa ideia, o artigo 236.º aplica-se aos atos negociais das partes, devendo ser interpretados de acordo com o sentido que um destinatário normal, colocado na posição do real declaratório (contraparte), possa deduzir do comportamento da parte. Assim, no espaço das convenções probatórias, a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição

²⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral. Ações a fatos jurídicos*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 178. Acerca da interpretação dos atos processuais, em especial do ato postulativo, COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 341 ss.

²⁵⁶ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 380. A autora sustenta a aplicação direta dos artigos 236.º e seguintes aos atos processuais de natureza negocial. No sentido de que à interpretação dos atos processuais das partes podem aplicar-se os critérios definidos no artigo 236.º do Código Civil, aplicável aos atos não negociais *ex vi* do artigo 295.º do mesmo diploma, na medida em que os atos das partes têm por destinatários o tribunal e a contraparte, SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*, 2.ª ed., Lex, 1993, p. 98. Contudo, convém lembrar, de acordo com Paula Costa e Silva, que os termos destinatário e declaratório são realidades distintas. O destinatário “é aquele a quem a declaração é dirigida para que, quer através do seu conhecimento, quer através da sua recepção, se torne eficaz. Se a declaração é um negócio unilateral ou bilateral, se o destinatário é determinado ou indeterminado, dependerá em concreto dos regimes particulares que o legislador instituir para cada situação.” O declaratório “é o referente do conteúdo da declaração, o que significa ser sujeito dos efeitos que constituem o conteúdo da declaração.” A autora propõe que o termo destinatário deva ficar reservado para designar a pessoa de cujo conhecimento depende a eficácia da declaração e o termo declaratório designe o sujeito a que se destina o conteúdo da declaração. COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 225-226 e 229. No direito processual civil brasileiro, de acordo com a regra do artigo 322, § 2.º, do Código de Processo Civil, o pedido da parte deve ser interpretado considerando o conjunto da postulação e de acordo com o princípio da boa-fé. Acerca, a doutrina sintetiza dessa forma: i) o julgador deve ater-se aos pedidos formulados pelo demandante, ressalvados os pedidos implícitos; ii) a identificação dos pedidos expressamente formulados decorre da interpretação da demanda, considerada como declaração de vontade e que deve ser interpretada em seu conjunto; iii) a interpretação do pedido deve basear-se, ainda que minimamente, no texto da petição inicial; iv) a interpretação do pedido não pode prejudicar a defesa; a defesa, porém, pode servir como dado para a interpretação do pedido; v) a interpretação do pedido deve observar o princípio da boa-fé e os usos do lugar da postulação. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 22.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2020, p. 723.

do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.

Em outras palavras, ao interpretar um contrato, tanto em termos de forma quanto de conteúdo, é assaz importante levar em consideração a vontade real correspondente e não a designação ou expressão incorreta usada pelas partes devido a erro ou com intenção de ocultar a verdadeira natureza do contrato.

Apesar disso, Schiedermaier sustenta que nos contratos processuais devia ser levado em conta o valor explicativo objetivo mais do que a vontade interna das partes, em comparação aos contratos do direito material. O autor reconhece que os contratos processuais são suscetíveis de interpretação e, em particular, são necessários se as declarações forem feitas por meio de ações conclusivas. Entende que a interpretação dos negócios processuais é baseada no direito processual, mas reconhece que o contraste com a lei substantiva não é muito grande, pois os princípios de interpretação desenvolvidos no direito civil são, na sua maioria, geralmente aplicáveis e, conseqüentemente, também podem ser usados para o direito processual. Contudo, conclui que em direito processual, entretanto, a declaração em oposição à vontade é geralmente de maior importância.²⁵⁷

Apesar desse entendimento, não parece claro por que os contratos processuais deveriam ser interpretados diferentemente dos contratos materiais, já que ambos são instituições jurídicas em que as partes desejam cumprir a vontade comum, nos quais pode haver erros ou imperfeições, em que a vontade interna das partes deve prevalecer.²⁵⁸

Desse modo, a determinação do conteúdo do ato de autonomia privada pode resultar de uma interpretação de uma concreta exteriorização ou da reconstituição de um conhecimento, daí a correta observação da doutrina, quando comenta o artigo 190 do Código de Processo Civil Brasileiro. Sobre ele, Paula Costa e Silva indica que, ao conviver com um imenso conjunto de regras que admitem os negócios processuais, como as convenções sobre a competência, as convenções sobre a prova e as convenções de

²⁵⁷ SCHIEDERMAIER, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1935, p. 144.

²⁵⁸ No sentido da aplicação dos princípios constantes dos §§ 116 a 118 do BGB aos negócios processuais, DICKHOFF, Volker. *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeßrecht*, Diss. Erlangen, 1941, p. 76.

arbitragem, o referido dispositivo traz para a esfera do processo civil todas as grandes cláusulas gerais que concorrem para a determinação da validade e da eficácia dos negócios jurídicos.²⁵⁹

Pelos motivos que foram expostos, não parece equivocada nem exagerada a ideia de afirmar que a celebração de um negócio processual segue ligeiramente as regras de um contrato particular de compra e venda. Em ambos contratos, é indispensável que se obtenham das partes uma oferta e uma aceitação das condições do negócio. Se qualquer das partes concluiu o contrato mediante erro sobre a natureza ou sentido das disposições contratuais, poderá ser buscada a invalidação das disposições contratuais com base nas regras gerais do Código Civil, porquanto os vícios do consentimento também se aplicam aos negócios processuais, assim, qualquer das partes pode também buscar a anulação se foi induzida pela outra parte mediante coação ou fraude.

1.4 Modernização do direito das obrigações

Na Alemanha, o chamado direito do inadimplemento das obrigações foi uma das diversas matérias jurídicas aludidas pela reforma do BGB que foi levada a efeito em 2001/2002. De acordo com Menezes Cordeiro, a modernização do direito das obrigações na Alemanha adotou uma forma analítica e passou a utilizar conceitos precisos, de base racional, em detrimento de fórmulas dotadas de cargas histórico-culturais, o que se denota no campo do inadimplemento das prestações pelo recurso à ideia de violação de um dever (*Pflichtverletzung*), considerado categoria central no novo direito, seja qual for a sua natureza. Portanto, no que toca ao direito material, o conteúdo do direito das obrigações é reconduzido a deveres.²⁶⁰

²⁵⁹ COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*. A exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 445.

²⁶⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 225-228.

Em termos genéricos, o direito do inadimplemento das obrigações abrange a impossibilidade, o incumprimento definitivo, a mora e o cumprimento defeituoso, a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias, entre outras violações de dever.²⁶¹

Menezes Cordeiro define o incumprimento das obrigações como a não realização, pela parte, da prestação, enquanto devida, excluindo do incumprimento a não realização da prestação quando foi extinta a obrigação e a não realização da prestação por terceiro quando ele não esteja obrigado a tanto. No período anterior à reforma que modernizou o direito das obrigações alemão o autor aponta para *Leistungsstörungen* num sentido estrito, a significar a impossibilidade, a mora e a violação positiva do contrato, e num sentido amplo, que abrangeria, além desses três institutos, a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias e os contratos com eficácia protetora perante terceiros. É Menezes Cordeiro que indica a reforma como aquela que adotou uma concepção ampla de inadimplemento das prestações e, em termos práticos, introduziu modificações na impossibilidade, na resolução, na codificação da *culpa in contrahendo*, na alteração das circunstâncias (base do negócio), na violação positiva do contrato, no contrato com proteção de terceiros e no âmbito de aplicação do seu regime. De acordo com o autor, trata-se de uma reforma científica que “consagra institutos de base prudencial, assentes nas universidades e nos tribunais, técnica muito semelhante utilizada nas reformas da legislação brasileira”.²⁶²

O § 241 do BGB traz uma nova redação, acrescentada pela reforma, que trata dos deveres emergentes de uma relação obrigacional, nos seguintes termos: (1) Por força da relação obrigacional o credor tem direito a exigir ao devedor uma prestação. Esta pode consistir igualmente numa omissão. (2) Segundo o seu conteúdo, a obrigação contratual pode obrigar qualquer uma das partes à proteção dos direitos, dos bens jurídicos e dos

²⁶¹ Por todos, EMMERICH, Volker, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6.^a ed., München, C.H. Beck, 2005, pp. 16 ss.

²⁶² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 225-228. Desse modo, ficam envolvidos na reforma do BGB os §§ 275 e seguintes, relativos a diversas situações de incumprimento, incluindo a impossibilidade e a violação positiva do contrato, os §§ 320 a 326, que tratam de diversas especialidades para os contratos bilaterais, os §§ 346 a 354, referentes à resolução, o § 241, 1, quanto aos deveres principais, o § 241, 2, quanto aos deveres acessórios, o § 311, 2, sobre a *culpa in contrahendo*, o § 311, 3, que trata da proteção de terceiros, o § 313, que consagra na lei a alteração das circunstâncias, e o § 314, regulando a denúncia.

interesses da parte contrária. Conforme já adiantado, as diversas hipóteses de inadimplemento das prestações são, desse modo, reconduzidas à violação de deveres.

Contudo, por ora serve como um sinal de alerta o fato de, no contexto dos negócios processuais, uma vez celebrados esses pactos, não resultar para as partes qualquer obrigação ou dever de agir. Assim como as partes não são obrigadas a agir, já que, com algumas exceções, não há o dever de agir das partes em relação ao tribunal, que pode encerrar o litígio sem a colaboração do interessado, através do negócio processual, a parte apenas aceita que se tiver de agir, deverá agir de certo modo.²⁶³ Quando celebrada uma convenção de competência, por exemplo, a parte não fica obrigada a ingressar com a ação, mas apenas aceita, se ingressar com a ação, que deverá buscar o tribunal cuja competência foi fixada no contrato processual. Já com relação às obrigações em geral, como figurante da relação jurídica o devedor “tem de fazer ou de não fazer, de dar ou de não dar, que também são fazer e não fazer. Deve fazer, ou deve não fazer.”²⁶⁴

Por outro lado, o § 311 do BGB cuida agora da proteção de terceiros e estabelece que uma relação obrigacional com deveres no sentido do § 241, n.º 2, pode também surgir para pessoas que não devam, elas próprias, ser partes num contrato. Uma tal relação obrigacional surge, em especial, quando o terceiro tenha assumido um determinado grau de confiança e com isso tenha influenciado consideravelmente as negociações contratuais ou a conclusão do contrato, ou seja, o regime de cumprimento das obrigações passa a gravitar em torno da ideia de violação dos deveres. De notar-se que o § 280 do BGB que, na redação anterior, reportava à impossibilidade, trata, agora, da violação de deveres, nos seguintes termos: (1) Quando o devedor violar um dever proveniente de uma relação jurídica, pode o credor exigir a indenização do dano daí resultante. Esta regra não se aplica quando a violação do dever não seja imputável ao devedor.²⁶⁵ A imputabilidade pode ser dolosa ou negligente e todo o sistema do inadimplemento das prestações, como dito, gira em torno dessa regra nuclear.

²⁶³ ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.ª ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 13.

²⁶⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXII, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 15.

²⁶⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 229 e 390.

Ainda se nota que a violação dos deveres contratuais, na Alemanha, mesmo após a reforma, é reconduzida ao direito à reparação por danos. Contudo, no que toca aos negócios processuais sobre a prova, parece indispensável questionar a respeito dessa solução, o que, aliás, não é novidade. No Brasil, Barbosa Moreira, quando tratou do tema, já demonstrou insatisfação com a consequência normal do descumprimento, consubstanciada no dever de ressarcir o dano causado à parte contrária. O processualista denunciou essa consequência como algo não raro muito insatisfatório do ponto de vista prático.²⁶⁶ A regra atual do § 280 do BGB pode ser interessante como fonte para a resolução dos problemas que envolvem o incumprimento na execução dos negócios de prova.

No Brasil, por exemplo, a matéria do inadimplemento das obrigações vem definida no Código Civil a partir do artigo 389, que conta com disposições gerais acerca da indenização por perdas e danos, acerca da mora, acerca dos juros legais, cláusula penal e das arras ou sinal. A regra geral, de acordo com o artigo 389 do Código Civil Brasileiro, é a de que não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Acerca dessas disposições, a doutrina entende que o inadimplemento da obrigação é circunstância que pode caracterizar infração contratual pelo descumprimento da obrigação que voluntariamente foi assumida e a consequência disso é sujeitar-se o devedor inadimplente à contingência de sofrer os efeitos do contrato não cumprido, ou os efeitos do descumprimento da obrigação. A infração de dever contratual poderá levar ao desfazimento da relação jurídica originada pelo contrato e a consequência normal para o inadimplemento é responder o inadimplente por perdas e danos.²⁶⁷ Conforme remansosa doutrina, trata-se de solução marcada pelo sincretismo dogmático, em que os pressupostos da ilicitude e da culpa surgem unidos como um grande fundamento da responsabilidade pelo inadimplemento.

²⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, In *Temas de direito processual*, terceira série, Saraiva, São Paulo, 1984, p. 98.

²⁶⁷ Por todos, NERY JR., Nelson. / NERY, Rosa Maria Andrade. *Instituições de direito civil. Das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 347.

A doutrina brasileira dominante elenca como espécies de inadimplemento contratual o inadimplemento absoluto, quando já não é mais possível ao devedor o cumprimento da obrigação, com a prestação útil de seu objeto, em que o credor poderá rejeitar a prestação e pedir perdas e danos, capaz de compensar-lhe os efeitos do inadimplemento, e a mora, que ocorre quando o devedor ainda puder, de alguma maneira, cumprir a obrigação, mesmo que extemporaneamente. Há ainda a chamada violação positiva do contrato e o inadimplemento antecipado, além do inadimplemento total e parcial.²⁶⁸

Da interpretação das disposições relativas ao inadimplemento resulta que o direito da impossibilidade do cumprimento não foi objeto de um tratamento pelo legislador, ao contrário do que se pode observar nas codificações europeias, em especial, no direito português, no direito alemão e no direito italiano. Além disso, nota-se a inexistência de um regime previsto para a impossibilidade temporária, bem como para a impossibilidade superveniente, quer se trate da impossibilidade superveniente não imputável ou impossibilidade imputável ao devedor. A lei brasileira sequer trata da impossibilidade originária imputável ao devedor ou da impossibilidade imputável ao credor ou faz distinção entre a impossibilidade parcial e a impossibilidade total, objetiva ou subjetiva. Também não existem regras específicas para diversas formas típicas de incumprimento, designadamente, em matéria do inadimplemento definitivo da obrigação – tanto no plano dos seus pressupostos e, em especial, da conversão da mora em incumprimento definitivo, quanto no das suas consequências – ou da *mora creditoris*.²⁶⁹

Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis vieram a considerar o direito do inadimplemento brasileiro como um direito “marcadamente lacunar”. Chegaram a questionar onde seria possível encontrar os elementos para elaborar um sistema do direito do inadimplemento para a solução dos casos brasileiros. De acordo com os autores, a solução deveria passar pela ideia de voltar os olhos às fontes do direito brasileiro

²⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo / SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil – obrigações*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2020, pp. 317-338.

²⁶⁹ Como bem notaram Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis. COSTA E SILVA, Paula. / REIS, Nuno Trigo dos. Parecer - doação fiduciária e resolução do contrato por desvinculação de coisa doada ao fim estipulado, In *Revista dos Tribunais*, vol. 955, maio 2015, pp. 166-167.

positivo, provindas do direito português e germânico e, mediatemente, do direito romano e do direito comum.²⁷⁰

Assim, em consideração às disposições elencadas no Código Civil Português, é possível distinguir diversas modalidades de incumprimento, em função das regras que, da atividade devida, não tenham sido observadas. Assim, conforme se trate da inobservância da atividade devida ou dos ditames da boa-fé que a devam circundar, surgem o incumprimento da prestação principal ou incumprimento estrito, juntamente com o incumprimento de prestações secundárias; e o incumprimento de deveres acessórios, reconduzível à violação positiva do contrato ou ao incumprimento imperfeito. Caso estejam em jogo aspectos qualitativos e quantitativos do cumprimento, surgem o cumprimento defeituoso e o cumprimento parcial.

As regras sobre o prazo da prestação, conjugadas com a sua possibilidade, permitem distinguir o incumprimento definitivo e o incumprimento temporário ou mora. O Código Civil distingue a impossibilidade de cumprimento e a mora não imputáveis e a falta de cumprimento e a mora imputáveis ao devedor. Poderá haver o não cumprimento definitivo ou mero retardamento do cumprimento, dependendo do interesse do credor. A mora poderá se dar por fato imputável ao devedor, por conta do credor ou em razão de uma impossibilidade temporária por fato não imputável ao devedor nem ao credor. Além disso, poderá haver o mau cumprimento, uma “forma de não cumprimento muito própria (...)”.²⁷¹

Com base no que foi exposto e sem prejuízo da necessidade de uma análise casuística, considerando que a teoria geral do processo não encontrou uma dogmática autónoma da teoria geral do inadimplemento dos negócios não processuais, o estudo irá analisar se há comunicação entre ambas as esferas, considerando as diversas modalidades de incumprimento das obrigações.

Porém, lembre-se, desde já, que da violação dos padrões estabelecidos por negócio processual e em respeito aos efeitos desses negócios seria inadequado recorrer à lógica dos deveres de prestação. De acordo com Paula Costa e Silva, deverá ser buscado auxílio

²⁷⁰ COSTA E SILVA, Paula. / REIS, Nuno Trigo dos. Parecer - doação fiduciária e resolução do contrato por desvinculação de coisa doada ao fim estipulado, In *Revista dos Tribunais*, vol. 955, maio 2015, pp. 166-167.

²⁷¹ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, pp. 338-342.

na atribuição jurídica, que beneficia a parte inocente e que decorre do negócio processual.²⁷² Como será aprofundado adiante, o processo dispensa os deveres de prestar porque, em negócios processuais, basta trabalhar com atribuições estritamente jurídicas e exceções processuais. Em princípio, sendo a conduta da parte desconforme ao negócio processual probatório, basta à parte inocente a dedução da exceção processual para inviabilizar que o ato desconforme possa influenciar o decisor. Apesar dessa advertência, quer parecer que os regimes do direito do inadimplemento das obrigações²⁷³ são amplamente aplicáveis aos negócios processuais, em especial aos contratos de prova, em razão da falta de outros parâmetros que possam servir para o devido enquadramento daquelas condutas contrárias àquilo que foi previamente estabelecido.

Portanto, deverá ser levado em consideração que o inadimplemento das obrigações compreende todos os casos em que a realidade, aquilo que decorre da execução do contrato, não corresponde à situação que deveria ser de acordo com as regras contratuais. A ideia é trabalhar com o inadimplemento das obrigações em sentido amplíssimo. Estarão incluídas, pois, não apenas as situações em que o não cumprimento decorre de um comportamento da parte que não corresponde ao devido, mas igualmente aquelas em que não se verifica o resultado satisfatório que coincide com o cumprimento, como a impossibilidade do cumprimento, a frustração do fim da prestação, o cumprimento defeituoso, a alteração das circunstâncias (base do negócio), a violação de deveres acessórios, o contrato com proteção de terceiros, entre outros institutos de direito material.

2. Direito da impossibilidade do cumprimento e convenções probatórias

2.1 Aspectos gerais

²⁷² COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 121-123.

²⁷³ O direito do inadimplemento das obrigações também é chamado de direito das perturbações das obrigações, muito embora Almeida Costa entenda desnecessária e mesmo pouco adequada, em face da terminologia tradicional, que considera satisfatória, a utilização equivalente de *turbação* ou *perturbação da prestação*. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 5.^a reimp. da 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 1033.

De acordo com Catarina Monteiro Pires, o regime extenso da impossibilidade da prestação no Código Civil Português é uma herança do direito alemão e está ligada ao papel do princípio do cumprimento natural. A autora refere que se trata de um autêntico modelo do não cumprimento. Ela adverte, contudo, que não é pelo fato de a impossibilidade servir de paradigma que todos os casos de inadimplemento da prestação serão hipóteses de impossibilidade. Para chegar a essa conclusão, a autora indica ser imprescindível saber o que é a impossibilidade e o que é a prestação.²⁷⁴

Quando Paula Costa e Silva menciona a regra do artigo 345.º do Código Civil, que trata das convenções sobre provas, indaga se o enunciado legal poderia incidir e implicar uma eficácia liberatória em decorrência de uma onerosidade excessiva imposta à parte, considerando a situação que envolve a impossibilidade do cumprimento. A autora também perquire se os deveres processuais criados pelas partes são ou não sinalagmáticos e se, sendo sinalagmáticos, admitem a invocação da exceção de não cumprimento. Ao analisar a convenção que inverte o ônus da prova, cujo destinatário da regra será o decisor, não a contraparte, ela conclui que uma eventual situação de onerosidade excessiva decorrerá num retorno à distribuição legalmente ordenada. Diante desse exemplo, a autora coloca em discussão a transponibilidade dos regimes jurídicos dispostos para a impossibilidade que determinem a extinção do dever de prestação da contraparte processual.²⁷⁵

Diante dessas constatações, parece que há elementos suficientes que justificam a aplicação do regime da impossibilidade aos contratos probatórios. Independente do conceito de prestação, que adiante será analisado, e da presença de deveres ou obrigações de prestar, no âmbito das convenções probatórias, fica claro que a impossibilidade poderá aparecer, tanto nos contratos que invertem o ônus da prova, como noutras modalidades de convenções probatórias, de acordo com a classificação que foi apresentada. Por ora,

²⁷⁴ PIRES, Catarina Monteiro, Anotação ao artigo 790.º, In PIRES, Catarina Monteiro (org.), *Novo Corona vírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 83-84.

²⁷⁵ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 114-115.

deve-se avançar na análise, ainda que perfunctória, da impossibilidade e suas diversas espécies.

A impossibilidade, considerada figura de topo no sistema do Código Civil Português²⁷⁶, caracteriza-se pela situação na qual o devedor não possa, independentemente de sua vontade, realizar a prestação. A obrigação cuja prestação seja impossível não pode consubstanciar-se ou subsistir. Sendo impossível realizar a prestação haverá, obviamente, o incumprimento.

A ideia acima exposta corresponde praticamente àquilo que a doutrina outrora chamou de liberação por impossibilitação da prestação. Quando a impossibilidade, superveniente à conclusão do negócio jurídico, não for imputável ao devedor, liberá-lo-á. O credor também é liberado, como devedor da contraprestação, e se já havia feito, poderá buscar a repetição. Nesse sentido, Pontes de Miranda ensina que o devedor também se libera da prestação se o culpado da impossibilidade for o credor, mas nessa situação o credor tem de contraprestar.²⁷⁷

Lato sensu, o conceito de prestação não é tão somente o comportamento do devedor conforme ao dever, mas igualmente a realização do interesse do credor, com ênfase no resultado útil. De acordo com essa noção, o conceito de prestação pode ser determinante para a fixação do conceito de impossibilidade de prestar, já que se o resultado integra o conceito de prestação, esta poderá ser impossível se for impossível o resultado de certa atividade. Desse modo, se a prestação corresponde a uma atividade do devedor em vista de uma finalidade ou resultado, qual seja, a satisfação do interesse do credor, conclui-se que a impossibilidade de prestar ocorre (i) quando a atividade de prestar não é realizável ou (ii) quando o resultado que se pretendia atingir com a prestação não é alcançável. De acordo com Catarina Monteiro Pires sustenta, estar-se-á diante da impossibilidade “sempre que o resultado seja um elemento, estrutural e/ou funcional da prestação debitória, ainda que indiretamente revelado e ainda que de natureza complementar ou acessória.”²⁷⁸

²⁷⁶ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 21 e 27.

²⁷⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXV, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 211.

²⁷⁸ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 14 e 17.

A partir dessa concepção, reformulou-se a teoria da impossibilidade, que se assentava nas hipóteses de impossibilidade física, a significar que, por questões ligadas à natureza, a prestação poderia não ocorrer, como no caso do desaparecimento da coisa devida ou da destruição do objeto por ato de terceiro, e de impossibilidade jurídica, em que a prestação devida poderia não se realizar por razões legais. Esse último fenômeno poderia ocorrer por alterações legislativas, por exemplo, ou na hipótese de a coisa prometida passar para a esfera de um terceiro.²⁷⁹

Atualmente, a doutrina acolhe uma ideia cultural e normativa de impossibilidade quando a prestação é fisicamente possível, mas seu cumprimento imporá ao devedor gravames intoleráveis à luz de critérios normativos e culturais. De acordo com essa nova noção, a doutrina considera liberada do cumprimento, por impossibilidade, a cantora que deve se apresentar num concerto, mas o filho vem a falecer na data aprazada para o compromisso, ou o devedor que indo fazer a entrega de verduras para restaurante situado em cidade vizinha àquela em que localizada a sua horta, depara-se com uma ponte interditada, com a informação de que o acesso ao local da entrega só seria viabilizado se fretasse um navio cargueiro.²⁸⁰

Além disso, a doutrina considera que a existência de certas obrigações impossíveis pode fazer sentido, tudo estando a depender do alcance da aludida impossibilidade e o interesse prático de sujeitar o devedor a uma prestação impossível, devendo ser levado em consideração o fato de a impossibilidade atingir apenas parte da obrigação ou envolver as chamadas impossibilidades relativas.²⁸¹

2.2 Impossibilidade originária e impossibilidade superveniente

Sob o aspecto temporal, enquanto a impossibilidade originária opera logo no momento da celebração do negócio jurídico e, em princípio, torna-o nulo, a

²⁷⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 330-336.

²⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, pp. 60-61.

²⁸¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 301-302.

impossibilidade superveniente manifesta-se apenas mais tarde e implica a extinção do contrato, com efeitos diversos, conforme se apresente imputável ou não.

As consequências dogmáticas dessa distinção são relevantes, já que a impossibilidade originária conduz à incidência do artigo 280.º, n.º 1, do Código Civil, e implica a nulidade do negócio, enquanto que a impossibilidade superveniente também atinge os requisitos do negócio, mas a consequência reside na extinção da obrigação, se ocorrer por causa não imputável ao devedor (artigoº 790, n.º 1, do Código Civil) ou na extinção da obrigação com aplicação das regras do incumprimento, quando ocorrer por culpa do devedor, em atenção ao artigo 801.º, n.º 1, do Código Civil.²⁸²

Essa posição não é pacífica na doutrina, como demonstra Catarina Monteiro Pires. Para a autora, o efeito da impossibilidade da prestação é o da exclusão da pretensão ao cumprimento natural. De acordo com essa ideia, a impossibilidade determina o bloqueio da pretensão primária ao cumprimento *in natura* da prestação, podendo subsistir outras vinculações. Poderá a parte conservar outros meios de reação que não sejam o cumprimento natural, como a pretensão indenizatória no caso da impossibilidade imputável. Porém, em princípio, a impossibilidade extingue a pretensão primária das partes e deixa intocados os deveres acessórios, a exemplo dos deveres de informação, por força da boa-fé.²⁸³

A partir dessa última constatação, é possível afirmar que ocorreu uma recente reconstrução doutrinária nessa matéria. Alguma doutrina passou a entender que a impossibilidade inicial apenas poderá impedir a prestação principal que seja efetivamente atingida e, como a obrigação não se limita apenas à prestação principal, já que existem prestações secundárias e deveres acessórios, não haveria por que invalidar todo o contrato que estabelecesse uma prestação impossível. Quanto à impossibilidade superveniente, o fato dela ser imputável ao devedor não viabilizaria a prestação, apenas conduziria ao dever de indenizar.²⁸⁴ Assim, não desapareceria toda a relação obrigacional, que também é composta pelos deveres acessórios, além de a impossibilidade não

²⁸² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 346.

²⁸³ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 44, 236-237 e 260.

²⁸⁴ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 45.

antecipar qualquer conclusão quanto ao destino da contraprestação nem ao dever de indenizar, que dependeriam de juízos de imputação da impossibilidade.

Logo, a doutrina moderna, quando trata da nulidade do negócio cuja prestação seja originariamente impossível, interpreta em conjunto com a concepção de obrigação como vínculo complexo, para que sejam nulos apenas os deveres de prestação principais atingidos. De acordo com essa interpretação, as prestações secundárias e os deveres acessórios podem ser preservados e a relação obrigacional poderia sobreviver sem as prestações principais.²⁸⁵

Não é invulgar a doutrina civilista distinguir a impossibilidade originária e a impossibilidade superveniente da prestação. A distinção entre ambas consiste, para as questões de não cumprimento, em serem diferentes os pressupostos de relevância, os regimes das obrigações de indenizar e de restituir, e os efeitos para terceiros conforme seja originário ou superveniente o incumprimento. Assim, enquanto a impossibilidade superveniente é tratada como uma modalidade de não cumprimento, a impossibilidade originária gera, no sistema tradicional, a nulidade do negócio jurídico celebrado entre as partes, e uma eventual indenização, nesse caso, cobrirá apenas o interesse negativo do pretense credor, ou seja, apenas o colocaria na posição anterior em que se encontrava.

Acerca dessa distinção, que é tradicional na doutrina, alguns já sugerem uma dogmática unitária nova da impossibilidade da prestação, que consiste numa espécie de unificação das impossibilidades²⁸⁶. De acordo com essa ideia, se o negócio jurídico prevê uma obrigação de fazer originariamente impossível, poderia ser considerado eficaz, como fonte de deveres acessórios e como fonte de uma obrigação de superação da impossibilidade ou como causa de responsabilidade pelo interesse contratual positivo, que é aquele interesse no qual o credor pode ser colocado na situação em que estaria se a obrigação tivesse sido cumprida.

²⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 330-336.

²⁸⁶ MÚRIAS, Pedro. A unificação das impossibilidades. In *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano LVI (XXIX da 2.^a Série), n.º 4, 2015, pp. 129-199. O autor distingue atribuição e constituição de dever de prestar em casos de impossibilidade originária, permitindo uma indenização pelo interesse contratual positivo, igualando a indenização nos casos de impossibilidade originária e impossibilidade superveniente.

2.3 Impossibilidade absoluta e impossibilidade relativa

A lei portuguesa não distingue a impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa pelo fato de que o Código Civil não acolheu ambas expressões. O Código Civil Português trata apenas da impossibilidade absoluta. De acordo com a previsão legal, a impossibilidade absoluta é a verdadeira impossibilidade, pois o resultado que define o cumprimento é impedido pelas leis da natureza ou pelas regras do direito. Por sua vez, a impossibilidade relativa seria o agravamento insuportável das medidas necessárias ao cumprimento, cuja exigibilidade seria contrária ao princípio da boa-fé objetiva, como fonte dos deveres no cumprimento das obrigações.²⁸⁷

Por outro lado, a doutrina brasileira, de modo geral, além de equiparar a impossibilidade relativa à impossibilidade absoluta, costuma distinguir a impossibilidade com base num critério naturalista das ciências naturais, que serve para afastar a imputabilidade, como seria a prestação de coisa que já não existe mais, e a impossibilidade no sentido jurídico ou normativo, ou seja, a que contém um sentido sociocultural, a ser averiguada no caso de acordo com as circunstâncias. Nesse sentido, não se trataria de qualquer impossibilidade, mas aquela em que se exigiria um grau de exorbitância para invocar o regime da impossibilidade liberatória.²⁸⁸

O que se pode extrair de ambos os entendimentos acima enunciados é que da impossibilidade propriamente dita deve distinguir-se a dificuldade de prestar. A primeira supõe que a prestação seja irrealizável, física ou legalmente. Já a segunda considera que a prestação seja realizável, mas que exija do devedor sacrifícios ou esforços excepcionais.²⁸⁹

²⁸⁷ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 523-531. A autora esclarece que “os dados do direito constituído não parecem indicar que a boa-fé seja, por si só, fundamento de exoneração do devedor por onerosidade excessiva. A boa-fé intervém no quadro do art. 437.º num cenário de perturbação da equivalência das prestações, e não para permitir ao devedor exonerar-se dos dispêndios a que normalmente estará obrigado. O direito português não acolhe uma norma semelhante ao § 275/2 do BGB, que consagra a chamada *impossibilidade prática*, por vezes também apelidada de *impossibilidade relativa*.” (PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 143-144).

²⁸⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXIII, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, pp. 103 ss. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 121. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução: de acordo com o novo código civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, pp. 100-102.

²⁸⁹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 1973, p. 337.

Disso resulta que na dificuldade de prestar já não se poderá falar de impossibilidade, mas, quando muito, de não exigibilidade da prestação. A prestação não será mais exigível.²⁹⁰ Nesse sentido, a impossibilidade relativa, conceitualmente, confunde-se com a dificuldade de prestar, mas não se trata de uma impossibilidade propriamente dita.

Dito de outro modo, apenas a impossibilidade absoluta libera a parte de prestar e não a mera impossibilidade relativa, que se traduz na mera dificuldade ou onerosidade da prestação.²⁹¹ Logo, nessa última, não se cuida, rigorosamente, de impossibilidade, daí não haver o efeito ou a consequência da extinção da obrigação. Ou o devedor cumpre e exige o mesmo da contraprestação, ou, com base nas dificuldades anormais do cumprimento, que podem decorrer da alteração das circunstâncias, solicita a libertação do vínculo e a resolução do contrato.

Nesse sentido, Manuel de Andrade aponta para alguns casos-limites, em que o grau de dificuldade se equipara praticamente à impossibilidade, ou seja, quando a realização da prestação colida com o cumprimento de um outro dever mais forte que impenda sobre o obrigado.²⁹² De acordo com Menezes Cordeiro, essa modalidade equipara-se à impossibilidade moral, que torna inviável o objeto por contrariar normas ou princípios jurídicos ligados a valores fundamentais do sistema jurídico expressados pela boa-fé.²⁹³

Ao contrário da lei portuguesa, o BGB, após a modernização do direito das obrigações, passou a acolher a noção de impossibilidade relativa e conferiu ao devedor a alternativa entre cumprir ou excepcionar com uma recusa de cumprimento (*Verweigerungsrecht*). Sobre isso, o § 275, n.º 2, do BGB, ligado à impossibilidade fática, dispõe que o devedor pode recusar a prestação sempre que requeira um esforço desproporcional perante o interesse do credor na prestação, sob a consideração do conteúdo da relação obrigacional e a boa-fé. Já o n.º 3 do § 275 do BGB, atinente às causas

²⁹⁰ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, pp. 346 e 352.

²⁹¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.ª reimp. da 12.ª ed. Coimbra, Almedina, 2018, p. 1075.

²⁹² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral das obrigações*, com a colaboração de Rui de Alarcão, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1966, pp. 408 e ss.

²⁹³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed. Coimbra, Almedina, 2017, p. 350. A doutrina recente usa a expressão impossibilidade pessoal para caracterizar a impossibilidade moral. Por todos, PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 24.

peçoais de impossibilidade, dispõe que o devedor pode ainda recusar a prestação quando deva realizá-la pessoalmente e esta, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação, não possa ser exigível.

De acordo com a doutrina, não existiria violação da boa-fé, se o credor, conservando legítimo interesse na prestação, a exige, embora se verifiquem acentuadas alterações econômicas ou sociais, ou até a ruína patrimonial do devedor.²⁹⁴ Mesmo que permaneça a necessidade de uma delimitação rigorosa do âmbito de aplicação do artigo 437.º do Código Civil, quando não houver abuso do direito, estando em causa uma crise contratual em razão da alteração anormal das circunstâncias, podendo daí resultar numa impossibilidade moral, prática ou pessoal, esta será sempre colocada a um nível diverso do da impossibilidade absoluta, podendo caracterizar uma alteração das circunstâncias.

2.4 Impossibilidade definitiva e impossibilidade temporária

Atendendo a fatores temporais, a impossibilidade é definitiva ou temporária em função de sua extensão temporal e em termos de previsibilidade. É definitiva quando não possa mais ser realizada, tornando-se impossível para sempre. A prestação, que era realizável no momento em que a obrigação se constituiu, impossibilita-se subsequentemente em termos definitivos. O devedor fica, de vez, impedido de cumprir a prestação, pelo menos na forma específica, como nas prestações de dar, quando a coisa perece ou se extravia sem possibilidade de recuperação, ou nas prestações de fazer, se o fato prometido se torna irrealizável, se o imóvel que se promete vender é expropriado.²⁹⁵

A impossibilidade será temporária se o obstáculo for momentâneo. Na impossibilidade temporária é previsível que ela cesse e o negócio poderá ainda ser viável. Ela isenta o devedor de responsabilidade pela mora, mas não extingue o dever de prestar. Além disso, o credor não pode ficar eternamente à espera que cesse o impedimento e

²⁹⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.ª reimp. da 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 1076.

²⁹⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 1973, p. 295.

ultrapassado o prazo que foi assinalado a impossibilidade, que era temporária, passa a ser definitiva.²⁹⁶

Dito de outro modo, a impossibilidade temporária consiste numa situação diversa da mora propriamente dita, pois não é imputável à parte. Pelo fato de ser temporária a impossibilidade, enquanto persistirem seus efeitos, a parte não responde pelos prejuízos causados em razão do retardamento da prestação, mas quando esses efeitos desaparecerem, a parte fica obrigada a realizar a prestação, já que consequência da extinção do vínculo obrigacional seria uma solução desproporcionada e contrária à autonomia da vontade das partes e à boa-fé. Na impossibilidade temporária a exclusão de exigir o cumprimento da prestação é transitória, pelo período em que permanecer impossível o cumprimento, e os deveres de prestar e de contraprestar, nos casos dos contratos sinalagmáticos, permanecem temporariamente suspensos.²⁹⁷

De forma elegante, Pontes de Miranda distingue as impossibilidades definitiva e aquela que ele chama de passageira ao ensinar que “se é de prever-se que a impossibilidade pode passar, a extinção da dívida não se dá. Enquanto tal mudança é de esperar-se, do jeito que se consiga a finalidade do negócio jurídico, nem incorre em mora o devedor, nem, *a fortiori*, se extingue a dívida. Mas, ainda aí, é de advertir-se que a duração da impossibilidade passageira, ou de se supor passageira, pode ser tal que se tenha de considerar ofendida a finalidade, dando ensejo a direito de resolução. Se a impossibilidade foi definitiva (e. g. houve a desapropriação do terreno vendido), mas as circunstâncias mudaram (e. g., o Estado anunciou a venda do terreno que era, com a desapropriação, destinado a abertura de rua ou construção de edifício para repartição pública), a prestação não se torna possível. Tal possibilidade, extraordinária, não era de prever-se.”²⁹⁸

A doutrina menciona, como exemplos, o impedimento do único porto para o escoamento da mercadoria, que cessará dentro de semanas, a doença temporária que incapacita temporariamente o devedor de satisfazer a obrigação, que dura apenas uns dias, a greve que impede o funcionamento da fábrica e a entrega atempada das

²⁹⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 347.

²⁹⁷ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 175-176.

²⁹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – parte especial*, tomo XXV, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, pp. 212-213.

mercadorias, que termina em 48h.²⁹⁹ No contrato de transporte marítimo, uma revolução impede o navio de partir na data prevista e de chegar ao destino na data prevista. A empresa armadora não é responsável pelos prejuízos que para a outra parte derivem o atraso.³⁰⁰

O regime da impossibilidade temporária apenas se aplica se o atraso não for típico da mora do devedor ou do credor. De acordo com o artigo 792.^o do Código Civil, (i) se a impossibilidade for temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento, e (ii) a impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor.

Se a prestação for de prazo absolutamente fixo, a impossibilidade temporária transforma-se em impossibilidade definitiva. A impossibilidade temporária converte-se em impossibilidade definitiva quando o credor perde interesse na prestação e o critério dessa perda de interesse deve ser avaliado objetivamente.³⁰¹ A distinção entre as prestações de prazo absolutamente fixo e as prestações de prazo relativamente fixo será relevante para demarcar as fronteiras entre a impossibilidade temporária e a impossibilidade definitiva.

Ainda, cabe mencionar que a impossibilidade definitiva pode ser imputável ou não imputável à parte. Será imputável quando o devedor não realiza a prestação sem que tal se deva a um acontecimento externo que o impeça de cumprir. Não haverá simples mora, convertida em não cumprimento definitivo, em razão da inutilidade da prestação, por causa imputável ao devedor, como o depositário, que não pode restituir o objeto extraviado por culpa sua.³⁰²

2.5 impossibilidade objetiva e impossibilidade subjetiva

²⁹⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 78.

³⁰⁰ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, 1973, p. 294.

³⁰¹ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 226-227.

³⁰² TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, 1973, p. 296.

A impossibilidade superveniente diz-se definitiva quando a prestação não mais possa ser realizada e se não ficar mais ao alcance de quem quer que seja, será uma impossibilidade objetiva.³⁰³ A contraposição entre impossibilidade objetiva e subjetiva repercute apenas nas consequências, já que nenhuma delas pode ser cumprida pelo devedor.³⁰⁴ Ambas são impossibilidades absolutas, sendo que a impossibilidade subjetiva repercute na pessoa do devedor. Aliás, de acordo com a previsão legal e com aquilo que ficou consignado, a verdadeira impossibilidade é apenas a impossibilidade absoluta, que se distingue da dificuldade de prestar ou da onerosidade excessiva, por vezes tratadas como modalidades de impossibilidade relativa.

Com efeito, a doutrina brasileira costuma confundir a impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa com a impossibilidade objetiva e a impossibilidade subjetiva. Clóvis do Couto e Silva chega a sustentar que a impossibilidade é relativa quando falta ao devedor meios para prestar, o que se traduz numa espécie de insolvência, enquanto que a impossibilidade é absoluta quando o é para todos, já que nem *A*, nem *B* e nem *C* ou qualquer outra pessoa poderia prestar.³⁰⁵ Essa ideia não parece correta e não se deve misturar as expressões “impossibilidade absoluta” e “impossibilidade relativa” com as expressões “impossibilidade objetiva” e “impossibilidade subjetiva”. A impossibilidade subjetiva não é uma impossibilidade relativa ou uma dificuldade de prestar. Ambas, impossibilidade objetiva e subjetiva, são impossibilidades absolutas.³⁰⁶

Assim, na impossibilidade objetiva, a prestação é impossível para qualquer pessoa. Na impossibilidade subjetiva, a prestação é impossível apenas para a pessoa do devedor. Se as prestações são fungíveis, há obrigação de substituição do devedor. Nas prestações infungíveis, só o devedor pode prestar. Consideram-se infungíveis as prestações que pela sua natureza intrínseca, pela estipulação das partes ou por disposição da lei, o devedor não possa ser substituído por terceiro. A impossibilidade subjetiva determina o afastamento do dever de prestar e da pretensão ao cumprimento natural da prestação.³⁰⁷

³⁰³ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, p. 343.

³⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 313-314.

³⁰⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 121.

³⁰⁶ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 25.

³⁰⁷ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 306 ss.

Quer isso dizer que a impossibilidade subjetiva só tem o tratamento da impossibilidade objetiva no momento em que a prestação a cumprir tiver natureza infungível. Acerca disso, a doutrina exemplifica com o advogado famoso impedido de continuar o patrocínio. Por isso, nas prestações fungíveis o impedimento da parte poderá não impedir a substituição dela por terceiro e o cumprimento da obrigação.³⁰⁸ A prestação fungível determina a necessidade de substituição da parte e se ela não puder se substituir por terceiro não há impossibilidade subjetiva, mas poderá haver o incumprimento, o qual poderá ser culposo.³⁰⁹

2.6 Impossibilidade parcial

Há impossibilidade parcial quando uma parte da prestação restar inutilizada por culpa do devedor.³¹⁰ A esse respeito, diz o artigo 802.º do Código Civil que o credor pode reduzir o valor da contraprestação na parte correspondente, ficando salvo o direito de indenização, ou resolver o contrato. A impossibilidade parcial exige que o objeto da prestação seja divisível em si ou segundo a vontade das partes, e a prestação oferecida não corresponda àquela prestação integralmente acordada. Nada impede que o devedor fique exonerado, cumprindo a parte possível da obrigação, em havendo redução do seu direito à contraprestação.³¹¹

Igualmente, o critério de passagem da impossibilidade parcial para a impossibilidade total é o do interesse do credor. Se o credor não tiver interesse no cumprimento parcial, pode recusá-lo legitimamente e resolver o contrato. O interesse deve ser apreciado objetivamente, não precisa ser revelado ao devedor no momento da negociação e não se confunde com o conteúdo do negócio.³¹² Nas obrigações de dar, se a impossibilidade é parcial, não havendo culpa do devedor, pode o credor escolher entre

³⁰⁸ Por todos, PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 170.

³⁰⁹ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 47.

³¹⁰ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, p. 435.

³¹¹ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 175.

³¹² PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 293-294.

receber a coisa, com o abatimento do preço, ou a resolução do negócio. A doutrina menciona a falta de culpa porque não se trata de mora, mas ressalva que a mora pode vir a ocorrer se o devedor não comunicar, desde logo, o fato, para que o credor proceda à escolha.

Logo, a consequência da impossibilidade parcial pode ser a exclusão parcial da prestação, com reflexos na contraprestação, ou a resolução do negócio, com o afastamento da prestação, tudo a depender da manutenção ou da perda do interesse do credor. Se o credor mantiver interesse, operar-se-á a prestação do que for possível e haverá a redução proporcional da contraprestação.³¹³

2.7 Impossibilidade prática, impossibilidade pessoal e impossibilidade econômica

A matéria da impossibilidade sofreu relevantes alterações na denominada *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*. Sobre isso, Menezes Cordeiro sublinha que o ordenamento jurídico alemão anterior a 2002 consagrava um esquema fragmentário da impossibilidade em que o contrato cuja prestação fosse impossível era nulo e a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor era liberatória da prestação. A reconstrução doutrinária desta matéria acabou por ocorrer ao longo dos anos e resultou na reforma de 2001/2002, que procedeu ao alargamento da ideia de impossibilidade.³¹⁴

Agora, o § 275, n.º 2, do BGB, consigna a chamada impossibilidade prática ou fática, que concede ao devedor a faculdade de recusar o adimplemento da obrigação quando esta envolver esforços que, cotejados com a boa fé, se encontrem numa relação de inegável desproporção em face do interesse do credor. De notar que, desta feita, compete ao devedor decidir se lança mão da impossibilidade prática, que será uma exceção de direito material, em sentido técnico-processual. Configura-se, aqui, uma situação na qual a prestação prevista ainda seria, em rigor, possível, mas que, porém, nenhum credor

³¹³ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 62 ss.

³¹⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 317-318. Acerca da impossibilidade do § 275, n.º 2, do BGB, bem como dos problemas de fronteira entre esta impossibilidade e o § 313, que consagra as alterações da base do negócio, com profundidade, PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 438 ss. e 494 ss.

razoável esperaria que ela tivesse lugar. Menezes Cordeiro refere que a fórmula do § 275, n.º 2, pretendeu operar uma diferenciação entre uma impossibilidade fática e a mera impossibilidade econômica, conhecida como limite do sacrifício e que apenas poderia ser integrada no instituto da alteração de circunstâncias. A pedra-de-toque, segundo o autor, ficaria em que na impossibilidade do §275, n.º 2, não estariam em causa as possibilidades do devedor e a impossibilidade seria determinada em razão de um patente desequilíbrio, inadmissível perante a boa-fé.³¹⁵ De notar-se que o direito português não acolhe a chamada impossibilidade prática, de acordo com a doutrina.³¹⁶

O segundo alargamento da impossibilidade, previsto no § 275, n.º 3, do BGB, tem a ver com a inexigibilidade de obrigações altamente pessoais ou com a impossibilidade pessoal. A sua inserção sistemática no próprio plano da impossibilidade da prestação permite, todavia, soluções mais simples e imediatas, particularmente no que toca à tutela do credor. Este poderá, desde logo, beneficiar-se dos direitos que a lei lhe confere, sem ter de aguardar por uma sempre insegura ação de responsabilidade civil. Idêntica vantagem atinge, de resto, o próprio devedor em causa. O preenchimento da inexigibilidade, que integra o cerne da impossibilidade pessoal, terá de ser feito na base dos casuísticos próprios da concretização de conceitos jurídicos indeterminados.³¹⁷

Além disso, a reforma de 2001/2002 estabeleceu expressamente a alteração das circunstâncias no § 313 do Código Civil Alemão. Esse dispositivo preceitua que, se após a conclusão do contrato, as circunstâncias que constituíram a base contratual tenham alterado consideravelmente e quando as partes, se tivessem previsto esta alteração, não o tivessem concluído ou o tivessem feito com outro conteúdo, pode ser exigida a adaptação do contrato, desde que, sob a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, e em especial a repartição contratual ou legal do risco, não possa ser exigível a manutenção inalterada do contrato. Assim, se as circunstâncias que estiveram presentes para ambas as partes na conclusão do programa contratual não mais existirem ou modificarem inesperadamente, as partes podem requerer a adaptação ou a resolução do

³¹⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 317-318.

³¹⁶ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 555. Acerca

³¹⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 318-319; PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 555 ss.

contrato de acordo com o já consagrado instituto da quebra da base do negócio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*).

Em suma, são essas circunstâncias distintas que podem resultar da maior dificuldade em prestar, a impossibilidade prática, a impossibilidade pessoal e a impossibilidade econômica. A impossibilidade prática, da imposição ao devedor de esforços e dispêndios desproporcionais perante o interesse do credor na prestação. A impossibilidade pessoal, de um sacrifício de caráter pessoal exigido ao devedor. A impossibilidade econômica, da imposição ao devedor de esforços e dispêndios significativamente superiores aos que foram por ele projetados.³¹⁸

De notar-se que as situações de impossibilidade prática, impossibilidade pessoal e impossibilidade econômica podem se confundir com aquilo que se tratou como sendo a modalidade de impossibilidade relativa, com a ressalva de que a doutrina considera que se a circunstância de o desequilíbrio superveniente entre os esforços exigidos ao devedor para que cumpra e o benefício que para o credor resulte do cumprimento implicar a não exercibilidade (imposta pela boa-fé) de qualquer dos direitos de crédito, a prestação – entendida no sentido amplo – se torna impossível quanto ao resultado.³¹⁹

Essa conclusão é importante num cenário de pandemia mundial, causada pela Covid-19, e até mesmo numa situação pós-pandêmica, em que poderá ser o caso de reavivar a teoria do limite do sacrifício, para que tudo aquilo que exceda os limites do sacrifício seja equiparado, em princípio, à impossibilidade da prestação³²⁰, já que as justificativas para o não acolhimento da tese – perigosa incerteza e inevitáveis arbítrios a que daria lugar a sua aplicação prática – parece que se constituíram em regra geral,

³¹⁸ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 23. A autora sublinha que os esforços ou dispêndios requeridos ao cumprimento podem revestir natureza patrimonial, imaterial e até mesmo pessoal. Cumpre notar, no entanto, que a autora não consegue enxergar uma visível distinção entre os casos de impossibilidade prática e os casos de impossibilidade econômica. Amplamente, PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 497 ss.

³¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 270.

³²⁰ Antunes Varela entende que apenas quando o exercício do crédito, em face das circunstâncias, exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, o devedor poderá legitimamente faltar ao cumprimento, não por impossibilidade da prestação, mas pelo abuso no exercício do direito do credor. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 70.

especialmente verificada naqueles setores da economia que sofreram com os fechamentos e as restrições a que foram submetidos.

Adiante, será analisada, com pormenores, a impossibilidade econômica, que remete à alteração das circunstâncias e convoca a ideia de alteração da base do negócio.

2.8 Impossibilidade superveniente não imputável e as impossibilidades imperfeitas

Assim como na responsabilidade civil extracontratual, várias situações podem retirar a ilicitude do fato e afastar a responsabilidade do agente causador do dano. Nessas hipóteses, a existência de uma causa de justificação torna lícito o não cumprimento e dispensa o devedor de realizar a prestação³²¹, o que equivale a dizer que na impossibilidade não imputável o devedor perde o direito à contraprestação.

Portanto, não pode haver prestação devida quando implicar um comportamento que não seja possível. Se o comportamento superveniente se tornar impossível, extingue-se a prestação principal e a extinção do dever de prestar não ocasiona o incumprimento. Se *A* deve a *B* uma obra de arte única e esta arde num incêndio, do qual *A* não pode ser responsabilizado, a obrigação de *A* se extingue, mas este perde o direito à contraprestação.³²²

A impossibilidade superveniente de uma prestação diz-se não imputável quando, cumulativamente (i) não tenha advindo de uma atuação culposa da parte, isto é, de uma conduta voluntária destinada a inviabilizar a prestação ou não tenha advindo da inobservância dos deveres de cuidado; (ii) não tenha sucedido numa área em que o risco coubesse, por completo, ao devedor; e (iii) o próprio devedor não tenha assumido a garantia do resultado da prestação. De acordo com o artigo 790º, n.º 1, do Código Civil, a impossibilidade da prestação, que seja superveniente, objetiva e não imputável ao devedor, extingue a obrigação.

³²¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.ª reimp. da 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 1070.

³²² FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, p. 252.

Apesar de, via de regra, a impossibilidade superveniente não imputável extinguir a obrigação como um todo (prestação e a contraprestação), Menezes Cordeiro aponta para casos em que desaparece o dever de prestar principal, porém, sendo a situação sinalagmática, permanece a contraprestação, bem como todos os deveres de prestar secundários e os deveres acessórios. Nessas situações, a impossibilidade não extingue o vínculo obrigacional e apenas atinge uma prestação. Em outras palavras, pode-se estar diante de uma causa estranha ao cumprimento da prestação, o que a torna impossível, diante de um fato não imputável à parte, e determina a extinção dela, sem que se incorra em responsabilidade civil. A impossibilidade apenas faz cessar o direito à prestação principal, sendo mantidas as prestações secundárias instrumentais e, sobretudo, os deveres acessórios. Nesses casos, a relação obrigacional, enquanto estruturalmente complexa, não cessa com a impossibilidade. O autor designa essas situações de impossibilidades imperfeitas e traz o exemplo do cancelamento de um espetáculo, em que todas as estruturas de apoio, incluindo transportes, devem ser desmobilizadas. Devem ser observados os deveres de segurança e de lealdade, para que não se multipliquem as despesas e os danos.³²³ Além disso, a impossibilidade por fato não imputável pode ser parcial, a teor do artigo 793.º do Código Civil.

Ainda, de acordo com a doutrina, a impossibilidade temporária não imputável, que está prevista no artigo 792.º do Código Civil, exige a consideração de várias coordenadas e ao conjugar os vários elementos, em geral, depende (i) da possibilidade ou recuperabilidade da prestação e (ii) da falta de imputação ao devedor (e ao credor). A prestação ainda é recuperável e a satisfação do credor pode ainda ser alcançada, o que acaba por suscitar dúvidas se seria uma verdadeira impossibilidade. Daí ser irrelevante, para fins de conversão do impedimento temporário e definitivo consoante haja, ou não, imputação ao devedor, já que o retardamento não perturba o interesse creditório de forma distinta pelo fato de ser imputável ou não imputável, devendo ser a perda do interesse do credor a delimitar a fronteira entre a impossibilidade temporária não imputável e a impossibilidade definitiva ou incumprimento definitivo. O efeito da impossibilidade temporária não imputável é o caráter transitório da pretensão ao cumprimento *in natura* da prestação. Durante o período de duração do impedimento

³²³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 363.

temporário, o dever primário de prestar fica suspenso, não podendo ser exigido o cumprimento natural da prestação devida.³²⁴

2.9 Imputação, inadimplemento e impossibilidade

Alguma consideração deve ser feita em relação às figuras do incumprimento imputável e da impossibilidade temporária imputável. O comportamento do devedor será considerado imputável quando ele não despender esforços que lhe são exigidos, atuando de modo aquém daquilo que lhe é devido. Quase não se percebe a diferença entre ambas modalidades de inadimplemento das obrigações. No incumprimento imputável a realização da prestação é ainda possível no momento do cumprimento, mas não ocorre por culpa. Na impossibilidade temporária imputável a realização da prestação não é mais possível no momento do cumprimento, igualmente por culpa. Logo, a impossibilidade temporária também pode ser imputável ao devedor, que é obrigado a ressarcir ao credor os danos que a impossibilidade do cumprimento lhe tiver provocado.³²⁵

Assim, a parte que, com dolo ou negligência, inviabilizar a prestação assumida, suportará as consequências do incumprimento assim provocado. Diante do incumprimento imputável, funciona a presunção de culpa do artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil, considerada elemento fundamental da responsabilidade obrigacional, ao contrário da responsabilidade aquiliana, como se denota da redação do artigo 487.º, n.º 1, do

³²⁴ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 173-176.

³²⁵ No direito civil brasileiro a impossibilidade não imputável gera a extinção da relação jurídica obrigacional, quando se tratar de prestações de dar, fazer ou não fazer e restituir. Nas prestações de dar, dispõe o artigo 234 do Código Civil Brasileiro que se a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos. Nas prestações de fazer, o artigo 248 do Código Civil dispõe que se a prestação do fato se tornar impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos. Nas prestações de não fazer, dispõe o artigo 250 que se extingue a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar. Por fim, nas prestações de restituir, dispõe o artigo 238 que se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda.

mesmo diploma legal.³²⁶ A presunção de culpa envolve a presunção de ilicitude, ou seja, são presumidas a censura e a contrariedade ao direito. Portanto, presume-se que o incumprimento é ilícito e censurável. Apesar dessa presunção legal, a doutrina, de modo geral e com razão, distingue a ilicitude e a culpa, embora exista alguma divergência sutil a respeito.

Galvão Telles sustenta que a inexecução da obrigação, considerada em si mesma, é um ato ilícito porque se traduz, objetivamente, na violação ou ofensa do direito do credor, ou seja, um comportamento objetivamente considerado que não se confunde com a imputação ético-jurídica dessa conduta ao agente, a que se atribui a denominação de culpa. Se o credor tem direito à prestação e ela não for realizada pontualmente pelo devedor, nisso consistirá a ilicitude. De acordo com o autor, o não cumprimento ilícito é insuficiente, já que se trata de uma realidade objetiva a que tem de se adicionar um elemento subjetivo, que consistirá na imputação do comportamento ao devedor. Será necessário que entre a não realização da prestação e o obrigado exista um nexo de imputação, aquilo que vem a ser a culpa.³²⁷

³²⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 389. O Supremo Tribunal de Justiça ilustra bem a diferença: I - Mau grado em pouco se traduza, no tocante aos respectivos requisitos, a diferença entre os dois tipos de responsabilidade civil, contratual e extracontratual, certo é que no que concerne ao ónus da prova existe entre ambas uma diferença fundamental; na responsabilidade civil obrigacional a culpa presume-se, o que não sucede na responsabilidade extracontratual ou aquiliana onde cabe ao lesado provar a culpa do lesante. II - Não se provando que as Rés se encontrassem autorizadas ou registadas junto do Banco de Portugal para o exercício da actividade que vinham desempenhando, nem actuavam como instituições de crédito ou financeiras, tanto basta para se afirmar que aquele exercício não se integrava no regime previsto no DL n.º 298/92 de 31-12, não estando o mesmo, aliás à data, tutelado por qualquer norma legal, o que só veio a suceder “com a publicação do DL n.º 357-B/2007 de 31-10. III - Dando-se como provado que “as Rés não informaram os investidores com vista a prevenir eventuais danos e a alertá-los para o risco subjacente às suas aplicações”. Todavia isto não basta para assacar responsabilidade às Rés; é que o sucedido só poderá relevar se, em sede de causalidade adequada, fosse possível filiar o resultado danoso na conduta omissiva daquela; e isso não ocorreu. IV - A exigência do nexo de causalidade facto/dano teria igualmente que marcar presença numa fase preliminar do contrato propriamente dito, como geradora de prejuízos, nisto se traduzindo a responsabilidade pré-contratual. Destarte não poderá falar-se de culpa *in contrahendo* que se prende com a lesão do interesse contratual negativo, ou dano de confiança, impondo quando aquela se verifica, que o lesado seja colocado na posição em que estaria se não tivesse encetado as negociações, tendo direito a ser ressarcido do que despendeu na expectativa da sua consumação. V - A previsão do artigo 483º não abrange o caso em análise; o seu fito é apenas prevenir certos interesses gerais ou colectivos, mau grado a sua aplicação possa também beneficiar interesses particulares. Deverá tratar-se de normas que “directamente apenas protejam a colectividade como tal, especialmente o Estado e que só beneficiam o indivíduo na medida em que cada um está interessado no bem da colectividade. Acórdão de 23/02/2012, julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, disponível em www.dgsi.pt.

³²⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, 1973, pp. 311-316.

De acordo com Oliveira Ascensão, qualquer ação ilícita é uma ação contrária ao direito, é uma ação violadora de uma regra de conduta. O autor afirma que a normalidade dos casos revela situações jurídicas que estão sujeitas à atuação desconforme, pois considera a regra jurídica uma mera regra de conduta passível de violação. Apesar de o autor mencionar o entendimento dominante da doutrina, no sentido de que a violação do direito coincide com o ato ilícito, mas que este ainda pressupõe os elementos de imputação, recorre ao a um conceito mais amplo de violação, em que a ilicitude não é necessária, a exemplo daquele que, de boa-fé, se apoderou de coisa alheia, que não considera como um ato ilícito, mas um estado de fato contrário ao direito.³²⁸

Por sua vez, Menezes Cordeiro sustenta que os atos ilícitos correspondem a comportamentos humanos contrários ao direito, por implicarem atuações – ações ou omissões – proibidas e, conforme prescreve, o sistema português teria adotado um sistema dualista (culpa e ilicitude) na responsabilidade aquiliana e um modelo monista (*faute*) na responsabilidade obrigacional, permitindo um tratamento distinto dos casos de acordo com a existência, ou não, de um vínculo específico entre lesante e lesado.³²⁹

Logo, quando as partes estão unidas em razão de um vínculo obrigacional, caberá ao devedor fazer a prova de que a prestação se lhe impossibilitou e de que tal impossibilidade não lhe foi imputável. Esta distribuição do ônus da prova, imposta pela lógica da responsabilidade obrigacional, sempre adviria do artigo 342.º, n.º 2, do Código Civil. Contudo, produzida essa prova, a prestação principal extingue-se. Logo, a culpa na impossibilidade de cumprimento está sujeita ao mesmo regime da culpa no não cumprimento de uma prestação possível. A culpa se presume em ambas as situações. A base do artigo 799.º, n.º 1, está na facilidade em atribuir ao devedor a elisão da presunção de culpa, comparada com a dificuldade que o credor teria em provar a culpa do devedor.

³²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 316-317. Esse estado de fato contrário ao direito seria algo semelhante ao erro sobre as circunstâncias do fato, presente no direito penal. Cuida-se da falsa percepção da realidade, pelo agente, que afeta algum elemento que integra o tipo, mas que se for vencível, poderá ensejar punição por crime culposo, desde que previsto no tipo penal.

³²⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* in agendo, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 181.

Essa dificuldade haveria ao devedor se ele tivesse de provar fatos alheios à sua conduta, relativos ao credor.³³⁰

2.10 Desaparecimento do fim e frustração do fim

A doutrina menciona um conjunto de hipóteses em que o devedor não pode cumprir por problemas surgidos nos locais, nos bens e na pessoa do credor, podendo afetar aquilo que é chamado de substrato da prestação. Quando trata do conceito de prestação, enquanto resultado, e a inclusão dos casos de desaparecimento do substrato da prestação e de consecução do fim por via diversa do cumprimento no quadrante da impossibilidade, Catarina Monteiro Pires coloca os casos de realização do fim por via diversa do cumprimento, por um lado, e o desaparecimento do fim, por outro lado, salientando que ao lado das situações de desaparecimento do fim distinguem-se casos de frustração do fim ou de perturbação do fim. A autora refere que se está no domínio da construção doutrinária, não sendo possível encontrar na lei – no Código Civil, no BGB ou em qualquer outro diploma legal europeu – uma densificação desses conceitos. Adiante, distingue os casos de frustração do fim e desaparecimento do fim, em função da perda do substrato da prestação, como regra. Na frustração do fim, a prestação perde o sentido para o credor porque seu interesse deixa de poder ser satisfeito, enquanto que no desaparecimento do fim se torna irrealizável por perda do substrato da prestação, isto é, da destruição ou do perecimento de condições cuja existência é necessária ao cumprimento da prestação devedora.³³¹

³³⁰ No sentido de que nenhum processo judicial pode ser considerado equitativo se nele se exigir a realização de uma prova diabólica, COSTA E SILVA, Paula / REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. In *Revista de Processo*, vol. 38, n.º 222, São Paulo, Revista dos Tribunais, ago/2013.

³³¹ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 329-332. Recentemente, a autora reiterou o posicionamento anterior, referindo-se aos casos de perda do substrato da prestação, em que, além da perda do resultado, há também a perda da possibilidade de realizar a prestação enquanto mera atividade, como a situação do empreiteiro que não pode remodelar a fábrica se esta ardeu e não mais existe, mas acrescentou que igualmente haverá impossibilidade sempre que o resultado seja um elemento, estrutural e/ou funcional da prestação devedora, ainda que indiretamente revelado e ainda que de natureza complementar ou acessória, destacando a categoria das chamadas “prestações finalizadas”. Acerca, PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 17-18.

De acordo com Pontes de Miranda, quando trata do fim contratual expresso no contrato, a prestação pode continuar possível, mas ter-se tornado tal o estado social que o adimplemento seria sem razão de ser, por irrealizável, então, o fim do contrato. Daí a ideia de frustração do fim, quando ao credor não (mais) interessa, de todo, a prestação.³³²

Aqui releva a percepção do dinamismo e da complexidade ínsitos à relação obrigacional e a dualidade do conceito de prestação, para além de uma concepção restrita da impossibilidade de prestar, insuficiente para cobrir hipóteses de um resultado útil ao credor ser alcançado sem qualquer ação do devedor ou quando a ação do devedor se torna inútil ao credor, o que revela a ideia de prestação como realização do interesse do credor através da ação de prestar.³³³ A prestação, devido à mora, pode tornar-se sem utilidade para o credor, quando não mais seria de seu interesse recebê-la. Tal situação pode estar caracterizada quando alguém toma em locação uma casa de campo para veraneio e só lhe são alcançadas as chaves depois de iniciada a estação.³³⁴

A realização da prestação continua a ser abstratamente possível e o devedor não perde a sua capacidade de prestar (o médico não está impedido de operar o paciente que repentinamente ficou curado) mas o cumprimento ficou prejudicado com a frustração do fim. Se a impossibilidade da prestação acarreta consigo a extinção da obrigação do devedor, sempre que estiver em causa um contrato bilateral, o credor fica desonerado da contraprestação. Nas obrigações em geral, se o credor já tiver realizado a contraprestação, poderá exigir a restituição nos termos do enriquecimento sem causa, de acordo com o artigo 795.º, n.º 1, do Código Civil. A impossibilidade de realização do fim da prestação (obrigação do navio ser posto a flutuar e que surpreendentemente desprende-se) radica numa circunstância, ainda que não imputável ao credor, que, se não é molde a responsabilizá-lo pela totalidade da contraprestação, o deve obrigar pelos danos sofridos ou despesas. De acordo com a doutrina, em nenhum desses casos o devedor poderá

³³² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXV, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 237.

³³³ PEREIRA, Maria de Lurdes. *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 11 ss. A autora procura demarcar com rigor as fronteiras do direito da impossibilidade através da definição do conceito de prestação, por referência à bipartição clássica entre ação de prestar e resultado da prestação.

³³⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXV, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 186.

cumprir o contrato e sequer não houve falta de colaboração do credor. A causa radica na pessoa do credor, impedido, por razões alheias ou próprias, de receber a prestação.³³⁵

A doutrina reconhece um condicionamento recíproco entre a ação de prestar e o resultado útil ao credor, pois os sujeitos se obrigam a uma prestação em vista de determinado resultado útil. Diante dessa constatação de que a palavra prestação corresponde a uma atividade do devedor em vista de uma finalidade, qual seja, a satisfação do credor, tem-se que a impossibilidade de prestar ocorre quando a atividade de prestar não é realizável ou quando o resultado que se pretendia atingir com a prestação não é alcançável. Por exemplo, um transporte escolar, que pode trafegar e transportar crianças até a escola, em razão da pandemia da Covid-19 e do encerramento temporário das escolas, fica sem sentido em buscar os alunos em suas casas. A prestação de transportar, embora possível, perdeu temporariamente o seu fim.³³⁶

2.11 Impossibilidade nas convenções probatórias

Em alguns negócios processuais sobre a prova, pode-se afirmar que as prestações negociais são de prazo absolutamente fixo. Isso ocorre porque o processo é uma sequência ordenada de atos, que, de acordo com o princípio da preclusão, a divisão do procedimento em fases exige que depois de praticados os respectivos atos processuais na fase processual correspondente ou dentro de determinado espaço de tempo, como por exemplo a produção dos meios de prova, findo esse prazo ou praticado o ato já não se poderá realizar qualquer outra providência processual (*Präklusivstadien*).³³⁷

³³⁵ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 190.

³³⁶ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, pp. 59-65; PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 14.

³³⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 228. De acordo com o autor, “contrapõe-se a esse princípio o da unidade da causa (*Einheit der Verhandlung, Einheitlichkeit*), também chamado de liberdade processual (*Prozessfreiheit*), segundo o qual podem as partes apresentar suas alegações e provas, conforme se mostre necessário, até o momento da sentença. Não há dúvida, portanto, de que a ameaça de preclusão constitui princípio fundamental da organização do processo, sem o qual nenhum procedimento teria fim.”

Se as partes se comprometem a apresentar documentos com a inicial e com a contestação, o momento do cumprimento é de tal modo essencial, observando o sentido do programa contratual e o interesse das partes, que o cumprimento em ocasião posterior não se apresenta mais como um cumprimento, mas sim como um *aliud*. Nessas situações, tratando-se de prestação de prazo absolutamente fixo, qualquer situação de atraso (impossibilidade temporária ou *mora, debendi* ou *credendi*) converte-se numa situação de incumprimento definitivo da prestação, podendo equiparar-se a uma impossibilidade definitiva.³³⁸

De notar-se que Catarina Monteiro Pires menciona o atraso no cumprimento de prestações de prazo relativamente fixo, em que o atraso não preclui, por si só, o cumprimento posterior da prestação.³³⁹ Contudo, essa última não parece ser uma situação de retardo no cumprimento dos negócios processuais probatórios, já que as prestações negociais são, via de regra, irrecuperáveis. Aliás, não parece adequado sequer falar em prestações negociais no âmbito dos negócios processuais sobre a prova, já que no âmbito das obrigações em geral, quando a falta de cumprimento pontual for devida a uma impossibilidade temporária e não imputável de prestar, é a manutenção do interesse do credor que determinará a sobrevivência da vinculação. Ora, conforme já adiantado, não parece que nas situações jurídicas que envolvem os contratos probatórios se esteja diante das figuras do credor e do devedor, característica que pode afastar esses negócios da categoria das obrigações em geral, enfraquecendo a ideia de que ali possam existir deveres ou obrigações de prestar ou até mesmo posições creditícias. Essa ideia será aprofundada na sequência da investigação.

Por ora, cabe sublinhar que no exemplo mencionado, qualquer documento apresentado fora do prazo estabelecido pelas partes poderá configurar algo similar a uma impossibilidade definitiva, seja ela imputável ou não³⁴⁰, já que existe a fixação de um prazo ou uma referência temporal, algo inultrapassável. Aliás, quando Judith Martins-

³³⁸ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 230-231.

³³⁹ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 138.

³⁴⁰ Se a apresentação dos documentos fora do prazo não for imputável à parte parece que não há razões para o tribunal deixar de admiti-la. Nesse caso, foi um atraso justificado que ocasionou a apresentação extemporânea dos documentos e a consequência será a admissão da produção dessa prova, mesmo sendo contrária aos termos do negócio processual. Por exemplo, em razão de uma pandemia, não foi possível a coleta dos documentos em determinadas repartições públicas, por estarem encerradas.

Costa e Paula Costa e Silva analisam o art. 790.º, n.º 1, do Código Civil, que determina a extinção da obrigação quando ela se torne impossível, referem que a lei não caracteriza o tipo de impossibilidade suscetível de produzir aquele efeito, não obstante entendam que o dispositivo se reporta à impossibilidade superveniente, objetiva ou subjetivamente definitiva, isto é, inultrapassável no todo ou em parte, lembrando que essa impossibilidade não é imputável e que, quando o for, o devedor responderá como se faltasse culposamente ao incumprimento.³⁴¹

Ora, o fato de a impossibilidade ser inultrapassável no todo (total) ou em parte (parcial) poderia, no último caso, invocar a ideia da impossibilidade parcial. De acordo com ideia da centralidade do interesse do credor em matéria de direito do incumprimento³⁴², poderia se pensar o mesmo para os negócios processuais probatórios, se a outra parte mantiver interesse na apresentação extemporânea dos documentos, o que poderia caracterizar uma espécie de impossibilidade parcial.

Contudo, a apresentação tardia dos documentos não parece ser caso de impossibilidade parcial, pois a parte contrária geralmente não tem interesse que o seu opositor apresente documentos fora do prazo, uma vez que esses documentos, muito possivelmente, não beneficiarão aquela parte. Contudo, não se pode descartar a situação de os documentos serem apresentados fora do prazo e ao mesmo tempo beneficiarem a parte contrária, quando então poderá ser cogitada a aplicação do regime da impossibilidade parcial, em analogia ao disposto no art. 793.º do Código Civil. Esse dispositivo diz que se a prestação se tornar parcialmente impossível, o devedor exonera-se mediante a prestação do que for possível, devendo, neste caso, ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada.

A execução dos contratos sobre os temas da prova e sobre a alteração da distribuição do ônus da prova depende, exclusivamente, da vontade e do comportamento unilateral das partes, na medida em que fazem cumprir o contrato. Quando a situação envolver os contratos sobre os temas da prova, na maioria das vezes, o abster-se de

³⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 259.

³⁴² De acordo com a ideia de dualidade do conceito de prestação, como ação de prestar, residindo no comportamento do devedor, ou como a realização do interesse do credor à prestação, com a ênfase recaindo no resultado da prestação.

afirmar um fato já evidencia o cumprimento do contrato pelas partes. Por outro lado, quando a situação envolver os contratos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova, o agir das partes de acordo com as regras de prova constantes do contrato já evidencia que o tribunal deverá julgar de acordo com o regulamento contratual do ônus da prova.

No entanto, pode ocorrer nos contratos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova que a parte onerada, no momento da celebração do acordo, aceitou o pacto probatório porque projetou despende X esforços para produzir a prova Y , e, durante o processo judicial, verificou que lhe foram impostos $X+Z$ esforços para a produção dessa prova Y , o que acabou por ser significativamente superior àqueles esforços que foram inicialmente projetados.³⁴³ Nessa situação hipotética, de acordo com a doutrina do direito das obrigações em geral, se o regime da impossibilidade for aplicável, evidentemente que não haverá lugar à alteração das circunstâncias, que sinaliza para uma dificuldade de prestar. Contudo, nessa hipótese não parece ser o caso de serem invocadas as situações de impossibilidade, o que poderá ensejar o manejo do regime da alteração das circunstâncias por onerosidade excessiva.

Igualmente, o problema da impossibilidade como espécie de incumprimento dos contratos probatórios poderá surgir, especialmente nos contratos sobre os meios de prova, quando as partes, de comum acordo, escolhem a pessoa do perito. Se as partes concordam na nomeação da pessoa do perito e este, no momento da execução do contrato, que é realização da perícia, já tiver falecido ou for acometido de uma doença grave, que o inabilite para o encargo, será impossível o cumprimento do programa contratual. Em princípio, essa impossibilidade é subjetiva e resulta no incumprimento do negócio processual. Nesse caso, não haveria abusividade na cláusula, muito menos qualquer outra situação que pudesse implicar a nulidade do contrato probatório. Porém, em razão da impossibilidade, nem as partes e tão pouco o tribunal estariam vinculados ao

³⁴³ Com efeito, os esforços, sejam eles intelectuais, patrimoniais ou físicos, exigíveis de acordo com o critério daquilo que caracteriza o “homem médio” podem não coincidir com os que hajam sido projetados aquando da celebração do contrato. Acerca dos negócios processuais como estratégia processual, Rafael Abreu ressalta com clareza o componente estratégico em uma situação ainda não litigiosa. A antevisão de quais os possíveis benefícios advindos daquela escolha e a comparação aos problemas que dela podem advir significam uma decisão estratégica a ser tomada pelo contratante na customização de seu processo futuro e eventual. ABREU, Rafael, *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 13-23.

cumprimento do contrato. Se as partes tiverem acordado que a perícia deveria ser executada, exclusivamente, pelo perito escolhido, não haverá a hipótese da convalidação do contrato pela nomeação do outro perito judicial, que, em tese, poderia ser indicado pelo tribunal. Nesse caso, a impossibilidade superveniente faz extinguir o negócio processual, tendo em vista que o perito escolhido não pode ser substituído. Aqui, note-se que a pessoa do perito não se confunde com a figura do devedor e se aproxima mais do próprio objeto do negócio processual. Contudo, parece que a impossibilidade em razão da morte ou do acometimento de doença grave do perito aproxima-se mais da impossibilidade subjetiva, muito embora as figuras do perito e do devedor não se confundam.

Aliás, o próprio contrato de perícia consensual pode prever uma cláusula para nomeação de outra pessoa, em caso de falecimento ou doença grave do perito. Veja-se que o § 275, n.º 1, do BGB, equiparou as impossibilidades subjetiva e objetiva ao dispor que a pretensão à prestação fica excluída quando ela for impossível para o devedor ou para todos, o que pode ser transposto aos negócios processuais em razão da relação complexa e dos deveres acessórios que os integram. A impossibilidade pode ser temporária, caso o perito não possa realizar o encargo se estiver doente, com probabilidade de alta, por exemplo. Nesse caso, a obrigação não é extinta. Se não provocar um atraso desarrazoado no andamento do processo, a perícia poderá ser realizada posteriormente, quando o perito convalescer.³⁴⁴

Portanto, na situação que envolver o cumprimento da perícia consensual, a morte ou a doença incapacitante do perito poderá caracterizar o regime da impossibilidade, sob o aspecto subjetivo. Na impossibilidade subjetiva, o perito apenas não poderia se fazer substituir ao cumprimento nos casos de a obrigação ser infungível, se a proibição estiver prevista no contrato ou a substituição tornar-se impraticável do ponto de vista material. Entretanto, a consequência, para ambas, é a mesma. O perito designado pelas partes não realizaria a perícia judicial. Aqui, evidentemente, não se confundem a impossibilidade objetiva e a impossibilidade absoluta, bem como a impossibilidade subjetiva e a

³⁴⁴ Um exemplo das obrigações em geral que se assemelha é aquele em que o pintor célebre se compromete a pintar e cega. A doutrina menciona que se está diante da impossibilidade relativa à pessoa do devedor. Se ele não puder ser substituído por terceiro, resultará na extinção da obrigação. (FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, p. 344.)

impossibilidade relativa. A impossibilidade subjetiva do perito, para ser impossibilidade, terá de ser sempre absoluta. Caso contrário, caracterizar-se-á como mera dificuldade de prestar.

Situação um pouco distinta parece ser aquela em que as partes celebram um contrato mediante o qual apenas é admissível a prova testemunhal e a única testemunha presente no local dos fatos vem a falecer. Nesse caso, embora ainda se esteja diante do regime da impossibilidade absoluta superveniente, estar-se-á perante uma impossibilidade subjetiva de natureza infungível, cujo tratamento será o da impossibilidade objetiva. A consequência será, portanto, a extinção do contrato, por impossibilidade superveniente subjetiva de natureza infungível. Não quer parecer que a hipótese trate de causa de invalidade do contrato de provas³⁴⁵, já que não se trata de impossibilidade originária, o que afasta a incidência do artigo 401.º, n.º 1, do Código Civil.

Numa convenção probatória prévia, as partes podem estipular o dever de apresentar documentos em produção antecipada de provas. Sucede que poderá acontecer de os documentos perecerem, sem culpa das partes. Nas obrigações em geral, quanto ao destino da contraprestação, em negócios sinalagmáticos, se a prestação ainda não foi realizada, será ela excluída, podendo nalguns casos serem mantidos os deveres acessórios. Se a contraprestação já foi realizada, deve ela ser restituída, de acordo com as regras do enriquecimento sem causa, em razão do disposto no artigo 795.º, n.º 1, do Código Civil, e não de acordo com as regras da resolução por incumprimento, como sucede nos casos de impossibilidade imputável.

Na hipótese de o documento estar em poder de uma das partes e perecer, o risco da contraprestação caberá a outra parte, sempre que o perecimento não se deva a uma causa imputável. Se o documento continuar em poder da parte, que já o deveria ter apresentado em juízo e incorreu em mora, será ela, a parte morosa, que suportará o risco

³⁴⁵ De acordo com a posição de SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *As convenções de prova em processo civil*, tese de doutoramento, Universidade de Coimbra, 2017, p. 187. A autora sustenta seria possível a adaptação do regime negocial inicialmente previsto às novas circunstâncias, mesmo em se tratando de nulidade do pacto de prova, admitindo-se como processualmente admissíveis apenas os meios de prova estritamente necessários “a que o direito realizando pudesse ser exercido fora do “grau de perigo” para o exercício do direito que a impossibilidade ou excessiva dificuldade representam, restringindo-se, por hipótese (atentas as particularidades do caso concreto), os meios de prova convocáveis, aos documentos fotográficos existentes e disponíveis.”

de perda da contraprestação, a teor do artigo 796.º, n.º 2, do Código Civil, além de responder pela privação do documento, mesmo que não lhe seja imputável. Se a impossibilidade é imputável, haverá exclusão de pretensão ao cumprimento natural, sem prejuízo de indenização pelos danos causados. O mesmo se aplica com relação à contraprestação, se o negócio processual for sinalagmático. Logo, se as partes incluem um objeto como meio de prova no contrato e uma delas, o depositário, provoca um incêndio ao atirar uma ponta de cigarro e destrói o objeto, haverá impossibilidade definitiva imputável à parte.

Outra situação, um pouco mais controvertida, que envolve a impossibilidade superveniente não imputável à parte, sucede quando presentes as situações de caso fortuito ou força maior. De acordo com o artigo 393 do Código Civil Brasileiro, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Verifica-se que o caso fortuito ou de força maior compreende todos os fatos, naturais ou humanos, que impedem o cumprimento da obrigação, sem que haja culpa do devedor. Pelo fato de produzirem as mesmas consequências exoneratórias do cumprimento da obrigação, caso fortuito ou de força maior são consideradas expressões sinônimas ou complementares e, por vezes, apenas o caso fortuito abrange ambas situações, de acordo com a doutrina.³⁴⁶

Numa perspectiva unitária, o caso fortuito significa “um evento inevitável, isto é, um acontecimento que o devedor não pode obstar a que se produza e a cujos efeitos não se pode furtar, por se tratar dum facto imprevisível no momento do contrato; há-de ser ainda irresistível, o que significa que os efeitos dele devem ser insuperáveis para o devedor, ainda que este, no limite de suas forças e da diligência que lhe é exigida, faça tudo para os impedir.”³⁴⁷

³⁴⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.ª reimp. da 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 1072-1073, embora reconheça que a doutrina costuma distinguir os dois conceitos, mas considera “meras classificações de escola” e acaba por sintetizar o *caso fortuito* na ideia de imprevisibilidade (o fato não se pôde prever, mas seria inevitável) e a *força maior* na ideia de inevitabilidade (o fato embora previsível não se pôde evitar).

³⁴⁷ SILVA, Manuel Gomes da. *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, Tipografia Ramos, 1944, p. 181.

Pode constituir exemplo de impossibilidade superveniente não imputável o novo *Corona Vírus* (o vírus SARS-CoV-2 causa a Covid-19), que se tornou o “inimigo invisível” da humanidade a partir do ano de 2020 e obrigou-a ao “confinamento” e ao “distanciamento social”. A fim de assegurar a vida humana – a vida humana é inviolável de acordo com o artigo 24.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa – o isolamento visou protegê-la, na ausência de soluções clínicas. A grosso modo, proibiu-se a circulação e o acesso aos locais públicos, encerraram-se estabelecimentos e suspenderam-se as atividades festivas, sociais, desportivas e culturais.

Acerca do evento pandemia em decorrência da Covid-19, cumpre relembrar a observação de James Goldschmidt, formulada depois da Grande Guerra e atualíssima, no sentido de que os nossos direitos mais intocáveis não passam de hipóteses ou perspectivas, possibilidades e ônus. O autor, com substanciosos argumentos, sustenta que o processo não deve ser considerado uma relação jurídica (*Prozess als Rechtsverhältnis*), mas uma situação jurídica (*Prozess als Rechtslage*) ou como uma série de situações jurídicas concatenadas. Às categorias de direito subjetivo e obrigação jurídica, próprias do direito substancial, correspondem no direito processual as categorias de expectativas e ônus, as quais não se integram no conceito de estático de relação jurídica, mas no conceito dinâmico de situação jurídica. De acordo com o autor, a situação jurídica processual pode ser definida como a soma das expectativas processuais, das possibilidades, dos ônus e das isenções de ônus.³⁴⁸

Aquilo que se vivenciou durante o confinamento, em razão da disseminação do *Corona Vírus*, demonstrou que os direitos subjetivos ou obrigações jurídicas, como, por exemplo, a liberdade de locomoção, o adimplemento das obrigações etc., não passam de meras expectativas de direito ou ônus, já que podem ser suspensos ou restringidos, a fim de que seja tutelado um bem maior, qual seja, a vida humana.

Ademais, cabe destacar que o confinamento e o distanciamento social geraram um grave problema socioeconômico, por meio de um ataque simultâneo à produção e à demanda. Dezenas de milhares de empresas foram fechadas. Para evitar-se o mal maior,

³⁴⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, Springer, 1925, pp. 268-288. Nesse sentido, CALAMANDREI, Piero, Il processo come situazione giuridica, In *Opere Giuridiche*, vol. I, reimp., Roma, Roma TrE-Press, 2019, p. 177.

o Estado concedeu apoios indiretos, através de um regime de folga, *layoffs* e apoios diretos, através da redução de determinadas despesas, nomeadamente no que se refere a impostos.

Ainda que as restrições impostas sejam temporárias, os efeitos delas poderão prolongar-se indefinidamente, o que poderá resultar numa impossibilidade não imputável, que eventualmente será de natureza transitória ou definitiva, a depender da análise de cada caso concreto. Haverá situações em que a atividade cessou por imposição legal, desencadeando a paralisação uma impossibilidade prática de cumprir. A paralisação poderá afetar consumidores e até mesmo os fornecedores e produtores. A curto prazo, a legislação que vem sendo publicada e que incide sobre os vínculos duradouros não determina qualquer revisão dos negócios. O que se observa é a preferência do legislador para a suspensão dos diversos deveres de prestação, o que imediatamente levou a doutrina a concluir que talvez este seja o *tempo da dilação* e não o *tempo da revisão* “porque se reverá num contexto de absoluta instabilidade.”³⁴⁹

Uma coisa, diante da pandemia, declarada pela Organização Mundial da Saúde, em 12 de março de 2020, é certa. No contexto de disrupção mundial, caso não seja aceita a invocação de força maior, estar-se-á, no mínimo, diante da alteração das circunstâncias, considerada pela doutrina como um “remédio de *ultima ratio*, reservado para casos extremos” (...).³⁵⁰

No contexto criado pela SARS-CoV-2, o risco de inúmeras ocorrências de danos presentes ou potenciais teria de ser suportado pelos beneficiários envolvidos. Vários institutos, como o da impossibilidade superveniente não imputável nos contratos bilaterais, implicam a repartição do risco entre ambas as partes. Nesses casos, o negócio

³⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 35.

³⁵⁰ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 31. No sentido de que os pressupostos do artigo 437.º do Código Civil ocorrem em inúmeros contratos atingidos pela pandemia, CORDEIRO, António Menezes. Anotação ao artigo 437.º, In CORDEIRO, António Menezes. *Código Civil comentado. II – das obrigações em geral*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 280-281. O autor faz questão de ressaltar que “A banca, mau grado os fundos públicos disponibilizados, embaraçada por uma burocracia demencial, tarda em acudir às empresas: com isso mais se intensifica o apelo à boa-fé. A presença de regras ad hoc pode afastar, no seu âmbito de aplicação, o recurso ao 437.º. Fora isso, esse preceito está disponível, cabendo aguardar a jurisprudência Covid 19.” Ainda arremata dizendo que “Na falta de medidas legislativas, pede-se aos tribunais que intervenham. E o instituto civil de recurso é, para estes casos, o da alteração das circunstâncias. O 437.º permanece como a última defesa do sistema.”

processual poderá ser extinto, nos termos do artigo 790.^o do Código Civil, desobrigando a parte de satisfazer a correspondente contraprestação – na medida em que a parte contrária assume dever idêntico e haverá a presença do sinalagma entre atribuições e prestações, quando do inadimplemento da prestação decorrerá a extinção do dever de prestar a contraprestação. As diversas medidas da SARS-CoV-2 e os princípios que delas decorrem devem agora ser conciliados com os valores fundamentais do ordenamento jurídico. A boa-fé (*bona fides*) terá o papel de a cada caso concreto aplicar os valores fundamentais do sistema. Além de sua aplicação individual, a boa-fé é especialmente incorporada em quatro institutos fundamentais: *culpa in contrahendo*, abuso do direito, alteração das circunstâncias e complexidade da obrigação contratual.³⁵¹

Em suma, nas convenções probatórias, o padrão da impossibilidade com efeito exoneratório similar àquele adotado pelo legislador nas obrigações em geral envolve a impossibilidade superveniente objetiva ou subjetiva, absoluta, definitiva e total. A impossibilidade parcial parece ser exceção nesse quadro, mas não pode ser excluída.

A impossibilidade é objetiva sempre que houver impedimento de satisfazer que não diz respeito à pessoa do devedor, uma barreira intransponível por qualquer pessoa. A impossibilidade objetiva é, em regra, uma impossibilidade absoluta, na medida em que o impedimento é um obstáculo inultrapassável, mesmo com esforços suplementares. A impossibilidade superveniente subjetiva caracteriza-se quando o devedor não puder cumprir por circunstâncias pessoais ou patrimoniais e só recebe o tratamento da impossibilidade objetiva quando a obrigação for de natureza infungível. Se a obrigação for fungível, o impedimento do devedor poderá não obstar a sua substituição por outrem. A impossibilidade é total quando recai sobre toda a obrigação e definitiva quando não for possível o cumprimento, por razões físicas ou quando não interessar mais ao credor da obrigação o cumprimento tardio. Nesses casos, poderá haver um efeito extintivo e exoneratório do negócio processual sobre a prova.

Quanto se tratar do regime da impossibilidade superveniente relativa, parcial e temporária, a caracterização e o regime são diversos. Quando o devedor, não estando impossibilitado de cumprir, para o fazer tem de suportar sacrifícios ou dificuldades

³⁵¹ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito civil*, vol. I, 2. ed., Almedina, 2012, pp. 966-969.

extraordinárias ou desproporcionais, a impossibilidade será relativa e poderá ensejar uma adaptação contratual, se a desproporção e o sacrifício contrariarem a boa-fé. Na impossibilidade parcial o devedor apenas pode satisfazer parte da obrigação a que se vinculou e poderá ensejar a redução do seu direito à contraprestação, assim como o credor, se não tiver interesse justificado no cumprimento parcial, poderá recusá-lo e resolver o contrato. Na impossibilidade temporária, o atraso no cumprimento, por causas não imputáveis ao devedor, deverá ser avaliado à luz dos interesses do credor.

Quanto à impossibilidade originária objetiva ou à impossibilidade subjetiva atinente a uma obrigação infungível, o legislador, em princípio, comina com a nulidade do negócio. A obrigação pode se impossibilitar temporária ou definitivamente quando tornar-se irrealizável durante certo período ou de vez. Há de distinguir se a impossibilidade é ou não imputável, quer dizer, provém ou não de culpa. Não havendo culpa, não há responsabilidade, tampouco indenização exigível. Se a impossibilidade é definitiva, a obrigação será extinta. Se há transitoriedade, a obrigação fica paralisada enquanto o impedimento subsistir. Se a impossibilidade, definitiva ou temporária, é imputável, haverá responsabilidade.

3. Inadimplemento definitivo dos contratos probatórios e mora

3.1 Considerações gerais sobre o inadimplemento definitivo

Assim como as obrigações em geral, os negócios processuais sobre a prova, em regra, são pontualmente cumpridos. Da mesma forma que os vínculos obrigacionais podem ser violados pelo sujeito sobre quem recai o dever, simples ou complexo, de prestação, com a conseqüente insatisfação do interesse do credor³⁵², poderá haver o incumprimento ou a inexecução dos negócios processuais sobre a prova.

³⁵² PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 133.

Talvez, a particularidade que aqui sobressai é o fato de o inadimplemento dos contratos probatórios, na maioria das vezes, não causar a insatisfação da contraparte, o que coloca, mais uma vez, em discussão, a existência de obrigações e deveres de prestar no âmbito desses negócios processuais. Por exemplo, no contrato que limita a produção das provas à apresentação de documentos, uma das partes não os apresenta. Aqui, muito provavelmente, a contraparte viu os interesses dela serem atendidos, quando a parte deixou de apresentar documentos, de acordo com a regra estabelecida no contrato de provas, já que terá muito mais chances de obter êxito na demanda pelo fato de o adversário ter deixado de produzir a prova cujo ônus era seu. Cuida-se de um raciocínio contraintuitivo, em que, ao contrário do que ocorre nas obrigações em geral, os figurantes, no fundo, não desejam que o seu adversário cumpra com aquilo que ficou estabelecido nas cláusulas contratuais.

Noutras situações, contudo, o descumprimento contratual poderá causar a insatisfação da contraparte, como na hipótese em que há uma divisão dos custos relativos à prova pericial e uma das partes não adianta a parcela que lhe cabe relativa aos honorários periciais e coloca em risco a realização da perícia. Essa situação será analisada adiante, com mais vagar.

De acordo com a doutrina civilista, o incumprimento é figura heterogênea que se desdobra por uma série de situações com recorte e regimes diversos.³⁵³ Em sentido naturalístico, verifica-se o não cumprimento ou o inadimplemento da obrigação quando ocorre a não realização da prestação devida ou a realização em termos que não correspondam à adequada satisfação do interesse do credor. Em termos gerais, o incumprimento distingue-se em incumprimento em sentido estrito, relativo à inexecução da prestação principal, e incumprimento em sentido amplo, que contém o desrespeito de quaisquer elementos atinentes à posição do devedor ou do credor, quando estarão em jogo, especialmente, os deveres acessórios. O Código Civil não estabelece um conceito de incumprimento e a doutrina civilista considera visível a escassez normativa quanto a ele, se comparada com a impossibilidade.³⁵⁴

³⁵³ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 136.

³⁵⁴ Por todos, PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 71-72.

Ora, se para a doutrina civilista existe escassez de regulação normativa quanto a esta espécie de inadimplemento em sentido estrito, para a doutrina processualista pode-se afirmar que, além da completa ausência de regulação normativa, não existe sequer tratamento doutrinário da matéria relativa aos problemas que podem surgir em razão do incumprimento dos negócios processuais probatórios, salvo algumas raras exceções.³⁵⁵

Isso torna a matéria do inadimplemento dos contratos probatórios ainda mais complexa. Enquanto a doutrina civilista aplica a teoria geral do incumprimento das obrigações, na ausência de regulação convencional válida e de normas específicas sobre certos incumprimentos, a doutrina processual depara-se com uma completa ausência, do ponto de vista sistemático, de uma teoria geral do incumprimento dos negócios processuais, bem como de qualquer norma específica do ponto de vista normativo, salvo se houver uma regulação convencional das partes a respeito, o que é consideravelmente improvável.

Logo, seria impossível não traçar um panorama daquilo que acontece em relação ao inadimplemento das obrigações, para que, posteriormente, se possa chegar a algumas soluções possíveis, diante dos problemas que poderão surgir no âmbito do incumprimento dos contratos.

Em direito substancial, a noção de incumprimento quando não houver a realização da prestação pode induzir à integração das mais diversas hipóteses, motivo pelo qual é assaz importante limitar o incumprimento a não realização, pelo devedor, da prestação devida, enquanto essa realização corresponder à violação da norma que lhe era especificamente dirigida e lhe cominava o dever de prestar. Em outras palavras, o incumprimento é a não realização da prestação devida enquanto devida, o que exclui a não realização da prestação devida quando, por qualquer razão, tenha ocorrido a extinção

³⁵⁵ Na doutrina brasileira, com relação aos negócios processuais, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 272-275; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 22.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2020, p. 499. Na doutrina portuguesa, SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *As convenções de prova em processo civil*, tese de doutoramento, Universidade de Coimbra, 2017, e, especificamente com relação às convenções probatórias, COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 112-118.

da obrigação ou a não realização da prestação por terceiro, embora, normalmente, um terceiro possa cumprir, já que ele não estará obrigado a fazê-lo.³⁵⁶

Mais amplamente, o não cumprimento é “a não realização da prestação debitória (pelo devedor ou mesmo por terceiro) sem que tenha todavia intervindo qualquer forma extintiva da relação jurídica obrigacional.”³⁵⁷ Portanto, de acordo com a doutrina civilista, não envolvendo a obrigação a sujeição pessoal do devedor, a prestação “tem de se considerar mais de forma abstrata, como serviço de certa espécie e com certos requisitos, do que concretamente como atividade de uma pessoa determinada. Por isso, posto que essencial à obrigação, e embora seja objecto de um verdadeiro dever por parte do devedor, a prestação pode ser realizada por outrem, sem mudar de natureza, nem de individualidade (...).”³⁵⁸

Contudo, nos negócios processuais probatórios, pode causar perplexidade a situação de a prestação ser realizada por terceiro, o que tornaria extinta a obrigação. Se isso fosse possível, o terceiro teria legitimação para o cumprimento de alguns negócios processuais, o que não parece correto, diante dos limites da legitimação para a causa em processo civil.³⁵⁹

Essa limitação não existe em negócios jurídicos não processuais, já que o artigo 767.º, n.º 1, do Código Civil, é expresso no sentido de que “a prestação pode ser feita tanto pelo devedor como por terceiro, interessado ou não no cumprimento da obrigação.” A própria lei prescreve a possibilidade de um terceiro vir a realizar a prestação, desde que da substituição do devedor por um terceiro não advenha prejuízo para o credor, como no caso de ser a obrigação infungível, em que estão em jogo qualidades pessoais do próprio devedor. Já, no que toca às obrigações fungíveis, a substituição do devedor por terceiro não traz nenhum prejuízo para o credor e é por isso que o credor não pode se contrapor à realização da prestação por um terceiro.³⁶⁰

³⁵⁶ Por todos, PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 133-134.

³⁵⁷ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, p. 337.

³⁵⁸ SILVA, Manuel Gomes da. *Conceito e estrutura da obrigação*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil, FDUL, 1971, p. 31.

³⁵⁹ Essa ideia pode ter motivado António Garcia Rolo a sustentar que os contratos sobre os meios de prova são modalidades de prestações de fato não fungíveis. ROLO, António Garcia. Contratos probatórios típicos em processo civil: limites e efeitos sobre o tribunal, In *Revista Ius Dictum*, n.º 2, 2020, p. 40.

³⁶⁰ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, pp. 275-276.

Salvo nas situações que envolverem a substituição das partes, quer por sucessão, quer por ato entre vivos, um negócio processual probatório dificilmente poderá ser cumprido por terceiro, já que, nesses casos, a satisfação ocorrerá num processo, em que as partes, para praticarem atos postulativos, devem ter legitimação para agir. Nesse caso, não há que se falar da substituição das partes por um terceiro imparcial, que apenas poderia ser o órgão decisor. Além disso, diante do princípio da estabilidade da instância, citado o réu, a instância deve manter-se a mesma quanto às pessoas, ao pedido e à causa de pedir, salvas as possibilidades de modificação consignadas na lei. Ademais, o terceiro, aquele que não é parte e não é legitimado para a causa na qualidade de litisconsorte ou de interveniente, em princípio, não pode praticar atos processuais.

Essa situação, que envolve a legitimação para agir, corrente na teoria geral do processo, igualmente pode estar a sugerir o eventual descabimento da própria ideia de prestação como objeto do negócio processual, o que descaracterizaria o negócio processual como um negócio com eficácia obrigacional. Ora, os negócios jurídicos do direito das obrigações irradiam pretensões pessoais, isto é, pretensões a que alguém possa exigir de outrem o dar, fazer ou não fazer, em razão de relação jurídica só entre eles. A pretensão supõe o crédito e a obrigação a dívida e o crédito é direito que se dirige à pessoa do devedor para que ele preste – porque ele deve a prestação.³⁶¹ Essas relações interpessoais envolvendo crédito e débito não parecem estar presentes em sede de negócios processuais.

Ademais, enquanto nas obrigações em geral admite-se, com folga, comportamento dos terceiros sobre a pessoa do devedor ou sobre a prestação, nos negócios processuais sobre a prova os terceiros não participam da prestação, ou seja, não cumprem a prestação no lugar das partes do processo. Contudo, essa situação, se existente, não será suficiente para impedir o incumprimento desses mesmos negócios processuais probatórios.

Pelo contrário, em negócios processuais probatórios poderá haver a incomum situação de um terceiro que consegue impedir os efeitos de uma desconformidade praticada pelas partes durante a execução do programa contratual. O tribunal dispõe do poder de impedir a produção dos efeitos da desconformidade entre a conduta devida,

³⁶¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXII, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 8.

aquela conduta assumida perante o negócio processual, e a conduta adotada pela parte, contrária ao negócio celebrado.³⁶²

A doutrina civilista costuma referir o inadimplemento definitivo como modalidade típica do incumprimento das obrigações em geral, que corresponde à situação em que o credor passa a poder recusar definitivamente o cumprimento da prestação sem incorrer, ele próprio, em mora, ou seja, deixa de lhe ser exigível que aceite a tentativa de cumprimento. De acordo com Ribeiro de Faria, trata-se de uma modalidade de não cumprimento em que fica eliminada a hipótese de realização da prestação.³⁶³

O inadimplemento definitivo pode decorrer essencialmente de três espécies de fundamentos. Uma primeira causa do inadimplemento definitivo encontra-se na perda do interesse do credor na prestação ou de comprometimento do “fim secundário” ou “exterior” à própria prestação.³⁶⁴ A doutrina refere a relevância do fim da prestação e do interesse na prestação, como critério subjetivo-objetivo. Enquanto a estipulação dos fins é feita livremente pelo credor, a perda do valor da prestação, o desaparecimento do interesse do credor, afere-se objetivamente, segundo os padrões de valor vigentes no tráfego e o critério do *bonus pater familias*.³⁶⁵

A segunda causa do inadimplemento definitivo pode decorrer de uma estipulação prévia das partes, quando tiver sido previsto (a) um termo essencial subjetivo para o cumprimento, em que se estipula, expressa ou tacitamente, o momento a partir do qual a obrigação se tem por definitivamente incumprida, ou (b) um termo essencial objetivo, quando a essencialidade do termo decorra da própria natureza da prestação por esta se encontrar vinculada a um fim, o qual pode ainda ser (b1) absoluto, quando o efeito do inadimplemento definitivo opera automaticamente, ou (b2) relativo, quando tal efeito seja decorrente do exercício de um direito do credor. E o efeito do incumprimento

³⁶² COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 117-118.

³⁶³ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, p. 341.

³⁶⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXIII, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 186. O autor trata da “prestação tornada sem utilidade para o credor”, em que “a prestação, devido à mora, pode tornar-se sem utilidade para o credor. Tal acontece se não mais seria de seu interesse recebê-la (e. g. comprara um cavalo para as grandes corridas, e não chegou no tempo marcado; contratou o serviço de consêrto para certo dia, e teve, no dia, de recorrer a outro profissional; tomou em locação a casa de campo para veraneio, e só lhe levaram as chaves depois de iniciada a estação).”

³⁶⁵ Por todos, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / PERESTRELO, Madalena. *Incumprimento resolútório. Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 54-58.

definitivo pode igualmente resultar da verificação de uma cláusula resolutiva aposta à obrigação, havendo, então, que apurar se o efeito jurídico dependente é só o da qualificação da obrigação como definitivamente incumprida ou se é a própria eficácia do contrato que é atingida.³⁶⁶

Um terceiro conjunto de situações em que a obrigação se deve considerar como definitivamente incumprida respeita à conversão da mora em inadimplemento definitivo por uma via de uma intimação para o cumprimento.³⁶⁷ Com efeito, não se pode aceitar que o devedor possa permanecer eternamente em mora, sem que o credor possa reagir, no sentido de promover a situação que o habilite a recorrer às consequências que a lei dispõe para o incumprimento definitivo, designadamente, ao direito à indenização pelo inadimplemento definitivo. Se o devedor pudesse perpetuar os efeitos da mora e sujeitar os efeitos do inadimplemento definitivo apenas às disposições da sua vontade, permitir-se-ia ao devedor beneficiar do seu próprio comportamento ilícito, numa ostensiva violação do princípio da boa-fé (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).³⁶⁸

Dito de outro modo, o inadimplemento definitivo pode ser caracterizado pelo confronto com outras figuras. Pressupõe a possibilidade da prestação, exige que não haja o oferecimento da prestação devida, que não se confunde com um *aliud*, exige que o devedor esteja além da mora e pressupõe uma conduta imputável ao devedor e tão somente ao devedor, pelo que sendo o ato causador imputável ao credor ou a um terceiro, ou até mesmo não imputável às partes, não haverá incumprimento definitivo.³⁶⁹

A doutrina civilista moderna questiona, com razão, o direito potestativo à resolução imediata do contrato por inadimplemento do devedor, sem que tenha havido uma intimação para o cumprimento. De fato, não se pode mais aceitar o comportamento do credor, de imediatamente resolver o contrato, quando se verificar um atraso culposos

³⁶⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXIII, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, pp. 186 ss.

³⁶⁷ MACHADO, João Baptista. Pressupostos da Resolução por Incumprimento, In *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, 1991, p. 163.

³⁶⁸ COSTA E SILVA, Paula. / REIS, Nuno Trigo dos. Parecer - doação fiduciária e resolução do contrato por desvinculação de coisa doada ao fim estipulado, In *Revista dos Tribunais*, vol. 955, maio 2015, pp. 143-208.

³⁶⁹ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 72-73.

no cumprimento, causado pelo devedor.³⁷⁰ Essa conclusão é facilmente alcançada tendo-se em conta o sistema cunhado pela boa-fé e o princípio da primazia do cumprimento específico, que prepondera sobre as formas de tutela secundária das obrigações. Aliás, os juízos de conformidade formal com o direito cedem diante da materialidade das situações jurídicas, pelo que os desvios ao programa contratual só justificam a cessação do contrato

³⁷⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, Tomo XXIII, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, pp. 185 e ss. e p. 196. Com efeito, o autor admite que o credor possa preferir fixar ao devedor um prazo prudencial (*Nachfrist*) para purgar a mora antes de pedir a resolução do contrato. De acordo com o autor, a permissão de purga de mora é oportunidade que se dá ao devedor para evitar que prossigam as consequências da mora e ocorra a decretação da resolução. O autor reconhece que a resolução é fato grave, mas que pode afastar com a purgação da mora. O prazo prudencial há de ser razoável para ser eficaz e durante o prazo o credor pode prolongá-lo. Contudo, Pontes de Miranda reconhece que não há, no direito brasileiro, prazo prudencial, necessário como elemento do exercício do direito de resolução e em todo o caso pode o credor dar ensejo à execução, tanto mais quanto é possível que o seu interesse ainda seja na execução e saiba que vai cessar. Nesse sentido, na jurisprudência, o acórdão do STJ, julgado em 15/01/2015, disponível em www.dgsi.pt, decidiu que “I - Sendo a resolução negocial efectuada por simples declaração à parte contrária, nos termos prescritos no artº 436º, nº 1 do C. Civil, não carece de ser confirmada ou ratificada por sentença judicial. Ela torna-se eficaz logo que chegue ao poder do destinatário ou seja dele conhecida, como é característico das declarações negociais receptícias ou recipiendas (artº 224º, nº 1 do C.Civil). II- A expressão declaração recipienda tem o sentido de que não carece de aceitação pela parte do destinatário (declaratário) para a produção dos seus efeitos. III- Tal não significa, todavia, que se possa resolver um contrato bilateral ou sinalagmático, como é o caso do contrato promessa dos autos, por simples capricho ou a bel-prazer de qualquer dos contraentes isto é, por livre alvedrio de qualquer deles, mesmo em caso de incumprimento temporário, normalmente designado por mora. IV- Como escreveu o saudoso Prof. Baptista Machado, «o direito de resolução, diz-se, é um direito potestativo extintivo dependente de um fundamento. O que significa que precisa de se verificar um facto que crie este direito – melhor, um facto ou situação a que a lei liga como consequência a constituição (ou o surgimento) desse direito potestativo. Tal facto ou fundamento é aqui, obviamente, o facto de incumprimento ou a situação de inadimplência» (J. Baptista Machado, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, in «João Baptista Machado, *Obra Dispersa*», vol. I, Braga, 1991, pg. 130/1 e segs. sendo nosso o destaque a negrito). V- Neste sentido, pode ver-se ainda Brandão Proença quando considera o incumprimento (lato sensu) como pressuposto material condicionante do exercício do direito de resolução, mas advertindo que «no novo C.C. (artºs. 801.º, 2, e 802.º, 2, ex vi do art. 808.º), o incumprimento temporário (rectius, mora) é apenas fundamento de resolução quando se converta num não cumprimento definitivo derivado da perda do interesse na prestação (a Unbrauchbarkeit de que falava windscheid) ou (conservando o credor esse interesse ou mesmo independentemente de) da falta de realização da prestação no prazo razoável fixado (pelo credor) para esse efeito» (J. C. Brandão Proença, *A Resolução do Contrato no Direito Civil* (do enquadramento e do regime), Coimbra Editora, 1996, pg. 114 e seguinte). VI- Daqui, porém, importa tirar uma conclusão que é a de que tal declaração resolutória determina a cessação do vínculo se não for impugnada pela contraparte num contrato sinalagmático, mas, se o for e se for judicialmente reconhecida a inexistência de fundamento para tal resolução, então o contrato deve considerar-se subsistente. VII- É esta a lição da nossa mais abalizada doutrina, como se colhe, inter alia, da transcrição de uma breve passagem da lição do ilustre Civilista, Pedro Romano Martinez: «A declaração de resolução, ainda que fora dos parâmetros em que é admitida não é inválida, pelo que mesmo se injustificada determina a cessação do vínculo. Todavia, a contraparte pode contestar (judicialmente) os motivos da resolução, cabendo ao tribunal apreciar a justificação invocada. Sendo a resolução injustificada, e portanto ilícita, o autor da declaração responde pelo prejuízo causado à contraparte; como o princípio geral obrigação de indemnizar determina que deve ser reconstituída a situação que existiria (artº 562º); não se verificando nenhuma das hipóteses previstas no artº 566º, nº 1 (p.ex., impossibilidade), com a declaração de ilicitude resulta a subsistência do vínculo, que, afinal, não cessou.» [Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações, Apontamentos*, 2.^a edição da AAFDL (reimpressão 2008), pg. 233], sendo nosso o destaque a negrito.”

uma vez ultrapassado um limiar mínimo de relevância, que deve ser avaliado de acordo com a dignidade dos interesses em jogo e na medida do sacrifício que a cada um se possa ser exigido para salvaguardar, com a maior amplitude possível, o núcleo essencial do outro.³⁷¹

Foi esse, de resto, o ensejo para o desenvolvimento da chamada teoria do adimplemento substancial que, procurando integrar sistematicamente as regras do não cumprimento, propõe um influxo do princípio da boa-fé na lógica da conformidade com a prestação devida.³⁷²

Enfim, a lógica do direito do não cumprimento é a de salvaguarda, na medida do possível, da satisfação real do interesse do credor pela via do cumprimento do dever de prestação. O fato de ser a tutela específica a forma de tutela preferencial da posição do credor, desde que se mantenha o seu interesse na prestação e não tenha perdido a razão para confiar na capacidade de prestar do devedor – e não logo a ação de responsabilidade civil ou da resolução do contrato –, encontra uma explicação última comum à eleição da reconstituição natural como meio geral de tornar indene o lesado (em lugar da indenização por equivalente), à primazia da restituição em espécie em lugar da restituição do enriquecimento patrimonial no enriquecimento sem causa, ou à disponibilização, pelo direito objetivo, de meios de tutela preventivos (como a ação negatória ou inibitória) ainda em momento anterior ao da verificação de um evento lesivo ou de uma perturbação real e concreta da ordem de repartição de bens e vantagens.³⁷³

Atualmente, a doutrina menciona, com razão, que em vista das novas necessidades do direito substancial, é essencial voltar a insistir no ressarcimento na forma específica, o que, para alguns, pode equivaler à reconstituição natural, mas não se confunde com a

³⁷¹ COSTA E SILVA, Paula. / REIS, Nuno Trigo dos. Parecer - doação fiduciária e resolução do contrato por desvinculação de coisa doada ao fim estipulado, In *Revista dos Tribunais*, vol. 955, maio 2015, p. 180.

³⁷² Acerca da *substantial performance* ou adimplemento substancial, na doutrina brasileira, entre outros, ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, 6.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, pp. 104-108; TEPEDINO, Gustavo / SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil – obrigações*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2020, pp. 338-343. Acerca da necessidade de haver um incumprimento significativo, importante ou de não escassa importância, para a resolução, no direito português, por todos, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / PERESTRELO, Madalena. *Incumprimento resolutorio. Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 84-87.

³⁷³ Nesse sentido, COSTA E SILVA, Paula. / REIS, Nuno Trigo dos. Parecer - doação fiduciária e resolução do contrato por desvinculação de coisa doada ao fim estipulado, In *Revista dos Tribunais*, vol. 955, maio 2015, pp. 181-182.

execução específica.³⁷⁴ Em vista disso, o intérprete deve buscar as técnicas processuais capazes de dar efetividade aos direitos e encontrar instrumentos adequados à prestação da tutela ressarcitória na forma específica. Em outras palavras, é plenamente possível elaborar uma teoria da tutela ressarcitória na forma específica, indispensável à proteção dos direitos, especialmente de natureza não patrimonial.³⁷⁵

3.1.1 Inadimplemento definitivo e convenções probatórias

É possível haver a inexecução das convenções probatórias na modalidade do inadimplemento definitivo. Na ampla maioria das situações envolvendo os contratos probatórios, haverá o que a doutrina civilista chama de inexecução *stricto sensu*, quando o devedor “não cumpre porque não quer.”³⁷⁶

A situação típica de incumprimento definitivo poderá ocorrer quando as partes celebram um contrato sobre os meios de prova. Se na convenção probatória foi acordada a proibição de certo meio de prova, e qualquer das partes, sem que nenhuma

³⁷⁴ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, p. 112. A autora menciona que na execução específica o credor recebe a prestação devida sem que haja lugar a dano, embora haverá ilicitude na medida em que o devedor não cumpriu voluntariamente o dever a que estava adstrito. Brandão Proença reconhece a existência de “uma linha tênue de separação entre a tutela específica do crédito e a chamada reparação *in natura*, se pensarmos em hipóteses nas quais o dano coincide com o ilícito contratual e tivermos em conta uma comum finalidade reintegradora.” PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 158.

³⁷⁵ Amplamente, MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela ressarcitória na forma específica. In *Revista Ius Dictum*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 87-102. O autor, no ensaio, relembra ideias defendidas na tese técnica processual e tutela dos direitos, de que “dois dos grandes problemas do processo civil estão na confusão entre ilícito e dano – ou seja, na falta de percepção de que o dano é uma consequência meramente eventual do ato contrário ao direito – e na suposição de que a indenização constitui a única forma de tutela contra o dano. Lembre-se que as tutelas inibitória e de remoção do ilícito tomam em consideração apenas o ato contrário ao direito (ilícito), não tendo entre os seus pressupostos o dano. A tutela ressarcitória, por sua vez, importa quando o ato contrário ao direito produziu dano e, assim, é necessária a sua reparação. Essa modalidade de tutela, além de levar em conta o dano, em regra exige o chamado elemento subjetivo, ao contrário da tutela contra o ilícito. Contudo, é imprescindível não confundir o dano e a responsabilidade com as formas de sua reparação. O ressarcimento é equivocadamente pensado como indenização há muito tempo. Isso basicamente por duas razões. Em primeiro lugar, pelo fato de que houve o que se pode denominar de “monetização” dos direitos, quando se passou a supor que bastaria a indenização em pecúnia equivalente ao valor da lesão. Como é evidente, tal conclusão conduz à aceitação da premissa de que o valor do dano pode ser medido em dinheiro. Em segundo lugar, pelo motivo de que a legislação processual, ao olhar para o ressarcimento na forma específica, estabeleceu uma forma executiva completamente inidônea à sua prestação, estimulando, assim, a transformação do direito ao ressarcimento em direito à indenização.”

³⁷⁶ JORGE, Fernando Pessoa. *Lições de direito das obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1975, p. 467.

circunstância justifique o comportamento desconforme, apresenta a prova excluída ou requer a produção da prova não permitida, estará violando o negócio processual, na modalidade do incumprimento definitivo.

Assim, se num contrato prévio, as partes estipularem que caso seja exercido, por elas, o direito de ação, todos os documentos devam ser juntados com a inicial e com a defesa, para evitar maiores delongas ao andamento do processo e, em não havendo circunstância que justifique, uma das partes anexar documentos aos autos após o despacho saneador, haverá incumprimento do contrato, já que a juntada posterior de documentos pelas partes foi derogada pela convenção probatória. De acordo com a doutrina, o descumprimento do ônus de apresentação dos documentos com a inicial e com a contestação, imposto pela convenção probatória, ensejará a preclusão para a prática de tais atos.³⁷⁷

Além disso, se a juntada de documentos for comprovadamente protelatória ou tenha sido ilícitamente provocada, em termos de causar danos à parte inocente, poderá resultar no surgimento de novas atribuições, como a condenação por litigância de má-fé ou a obrigação de indenizar, ou até mesmo surgirem reflexos em atribuições associadas, como no sinalagma.

Nesse exemplo, uma semelhança com a situação verificada no âmbito do direito das obrigações é o fato de que com a apresentação extemporânea dos documentos, haverá a perda do interesse da parte contrária na prestação. Aliás, o interesse primário da parte contrária é de que sequer seja cumprida a prestação, ou melhor dizendo, que sequer sejam apresentados os documentos. Logo, ao contrário do que se verifica na esfera obrigacional, não faz sentido, nesses casos, que a parte contrária conceda um prazo para cumprimento da prestação, logo após a intimação da contraparte que se encontra em mora. A mora, se existir, será imediatamente convertida em inadimplemento definitivo, não sendo possível cogitar do adimplemento substancial ou até mesmo da resolução do contrato por inadimplemento.

³⁷⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 754.

3.1.2 Inadimplemento e ônus da prova

Quando se trata de responsabilizar a parte que não satisfaz as convenções probatórias, as regras atinentes ao ônus da prova são diferentes. Por isso, em vez de aplicar-se a regra geral, prevista no artigo 342.º do Código Civil, aplicar-se-á a noção de que a culpa da parte faltosa acaba por presumir-se e incumbe a ela demonstrar que não agiu de forma subjetivamente imputável, o que dispensa a parte inocente do ônus da prova correspondente. Essas regras estão previstas nos artigos 350.º, n.º 1, e 799.º, n.º 1, ambos do Código Civil.

No entanto, como bem apontado na doutrina, relativamente aos demais pressupostos da responsabilidade obrigacional, os fatos constitutivos do direito à indenização, a saber, o fato ilícito, o dano e o nexa causal, não se presumem, o que, em princípio, leva à aplicação da regra geral do artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil. Luís Menezes Leitão alerta que, no entanto, tendo a responsabilidade obrigacional como pressuposto a violação de uma obrigação, esta não se pode constituir sem a existência prévia de um direito de crédito, cuja existência tem assim que ser provada pelo credor, nos termos do aludido dispositivo. Ora, o cumprimento da obrigação aparece como facto extintivo desse direito de crédito, o que, nos termos do artigo 342, n.º 2, leva a que tenha que ser provado pelo devedor.³⁷⁸

De acordo com essa lógica, presume-se que o devedor que executa a obrigação a executa bem, cabendo ao credor provar que o devedor cumpriu mal a obrigação. Se o vendedor entregou as mercadorias vendidas, mas o comprador sustenta que elas se encontravam deterioradas, o encargo da prova da deterioração recai sobre o comprador. Nada impede que as partes, no momento da venda, concordem em alterar a distribuição

³⁷⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 352. O autor conclui que “se o credor provar a existência do direito de crédito, parece que ficará dispensado de provar a inexecução da obrigação, uma vez que é o devedor que tem que provar o seu cumprimento. Se, no entanto, o facto ilícito não for a mera inexecução da obrigação, resultante da abstenção do devedor, mas antes uma sua conduta positiva, como o cumprimento defeituoso da obrigação, ou a violação de uma obrigação de prestação de facto negativo, já será o credor a ter que provar essa conduta, uma vez que nesses casos a prova da inexecução da obrigação não pode ser dispensada através da regra do art. 342.º, n.º 2.”

do ônus da prova, já que o vendedor é aquele que tem mais condições para saber acerca das reais condições das mercadorias vendida.

3.2 Inadimplemento *versus* impossibilidade

A doutrina não inclui a impossibilidade no incumprimento em sentido estrito, já que ela constitui uma causa de extinção das obrigações e o inadimplemento da obrigação exige, além da não realização da prestação devida, que não ocorra qualquer outra causa de extinção da obrigação. Além disso, a prestação é conduta humana e não pode haver prestação devida quando ela implicar um comportamento que não seja possível. Se o comportamento se tornar impossível, *a priori*, extingue-se a obrigação ou a prestação principal. O inadimplemento definitivo “traduz uma desistência, por parte do Direito, de manter em vida o dever de prestar principal, na perspectiva de que o devedor inadimplente o cumpra.”³⁷⁹

O inadimplemento definitivo, apesar das similitudes, não se confunde com a impossibilidade da obrigação. Do incumprimento pode-se separar a impossibilidade da prestação. A prestação é a conduta humana, conseqüentemente, não pode haver prestação devida quando esta implique um comportamento que não seja possível. Caso o comportamento integrador de determinada prestação venha, posteriormente, a tornar-se impossível, extingue-se a prestação principal. O dever de prestar principal extinto não pode dar lugar a um incumprimento uma vez que, nessa eventualidade, já não existe qualquer norma que, ao devedor, comine a atitude impossível. A doutrina menciona que a confusão advém de que a prestação principal pode tornar-se impossível por força de uma violação. Qualquer pessoa pode lesar o bem reservado, pelo ordenamento, ao credor, tornando inviável a execução da atividade devida. Com isso, consegue-se o “não-cumprimento naturalístico da prestação principal, mas não o incumprimento normativo.”³⁸⁰

³⁷⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 267.

³⁸⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 221 e 267.

Por sua vez, a impossibilidade culposa decorre de um fato imputável à parte, o que acaba por constituí-la no dever de indenizar, equiparado ao incumprimento imputável, mas que, diferente deste, impossibilita a prestação. Em realidade, apenas no incumprimento imputável da obrigação existe uma autêntica falta de cumprimento da prestação.³⁸¹ No inadimplemento definitivo o resultado que define o cumprimento pode ainda ocorrer e o credor pode continuar a reclamar o cumprimento do dever de prestar mesmo após a verificação do incumprimento definitivo, quando, por exemplo, mantiver interesse na prestação. O interessante é que a impossibilidade imputável, ou seja, quando é provocada pela parte, aproxima-se ao incumprimento imputável, a ponto de ambos regimes serem equiparados no artigo 801.º, n.º 1, do Código Civil.

O artigo 801.º, n.º 1, acusa claramente a equiparação de regimes e não de figuras: a impossibilidade imputável ao devedor pode ser integrada no conceito mais amplo de impossibilidade e não no de inadimplemento. A impossibilidade, seja ela qual for, provoca sempre a extinção da prestação atingida e a consequente não aplicabilidade das normas dirigidas ao seu cumprimento. Mas se as consequências do inadimplemento e da impossibilidade da prestação imputável ao devedor são idênticas, imperiosa é a distinção entre ambas, que acabou sendo exposta da seguinte forma pela doutrina. Quando, no momento do cumprimento, a prestação seja possível, mas não tenha sido acatada pela parte, estar-se-á diante do incumprimento. Quando, pelo contrário, a prestação, nesse mesmo momento, já não for mais possível, não haverá inadimplemento, mas impossibilidade.³⁸²

Portanto, a impossibilidade culposa da prestação equipara-se ao incumprimento imputável, porquanto é devida a fato imputável à parte. A extinção do contrato em virtude da impossibilidade constitui a parte na obrigação de indenizar a contraparte por danos, como se houvesse o incumprimento culposos da obrigação, uma vez que a parte faltosa continua a não realizar a prestação por fato que lhe é imputável, com a diferença de que o nexo de imputação neste caso se coloca não em relação à conduta de não realização da prestação, mas antes em relação à conduta de impossibilitar a prestação. Luís Menezes

³⁸¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.ª reimp. da 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 1034.

³⁸² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito Civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 222.

Leitão conclui que “em termos de responsabilidade, é idêntico o devedor não realizar culposamente uma prestação possível ou não realizar uma prestação que culposamente tornou impossível.”³⁸³

Assim, por exemplo, se as partes do contrato de provas convencionam que utilizarão apenas um documento específico, renunciando aos demais meios de prova, testemunhal, pericial, etc., e a parte que fica em poder do documento, dolosa ou culposamente, o destrói, incorre na modalidade de incumprimento definitivo. Agora, se esse mesmo documento é guardado num cofre e a parte, culposamente, extravia a chave do cofre, não sendo mais possível ter acesso ao documento, incorre na modalidade de impossibilidade imputável. A diferença entre ambas é, de fato, sutil. A consequência, na prática, é praticamente a mesma. Nessas hipóteses, o inadimplemento definitivo ocorre quando a parte, em virtude de um comportamento imputável, não satisfaz o contrato. A hipótese é similar ao inadimplemento das obrigações, em que a prestação não poderá mais ser realizada pois tornou-se para sempre irrealizável, seja pela sua impossibilidade material ou pela perda de interesse da outra parte.

Tendo em conta a semelhança entre o inadimplemento e a impossibilidade, o comportamento que, em tese, caracteriza-se como inadimplemento definitivo, poderá na verdade envolver uma situação de impossibilidade não imputável à parte. Nesse caso, será admissível a produção extemporânea da prova. Depois de celebrado um contrato sobre os meios de prova, excluindo a produção de todos os meios de prova que não sejam documentais, se a parte comprovar que os documentos não foram juntados por motivo de doença grave, o juiz admitirá a juntada posterior, com base no artigo 140.º do Código de Processo Civil. Nesse caso, não haverá o inadimplemento, mas sim, a impossibilidade temporária não imputável, o que caracteriza um justo impedimento.³⁸⁴ De acordo com o artigo 139.º, n.º 4, do Código de Processo Civil, alegado e julgado procedente o justo impedimento, poderá o ato ser praticado fora do prazo. Vale lembrar que o justo impedimento existe para os casos em que a parte omite um ato processual, cuja prática está sujeita a prazo, mas nem toda a omissão pode ser remediada. Apenas poderá ser

³⁸³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 267.

³⁸⁴ Acerca da impossibilidade temporária não imputável ao devedor, nem ao credor, por todos, PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 579 e seguintes.

corrigida se foi devida a uma circunstância imprevisível e não causada pela parte, ou seja, se a parte não omitiu voluntariamente o ato.

3.3 Mora

Modalidade de inadimplemento das obrigações diversa do incumprimento definitivo é o retardamento da prestação, que pode ainda ser executada, embora não mais no devido tempo, uma espécie de inadimplemento apenas temporário consubstanciado na mora.³⁸⁵ Há cumprimento retardado ou mora quando, no momento da prestação, esta não seja efetuada.

De notar-se que no direito civil brasileiro considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer, de acordo com o artigo 394 do Código Civil. Diferente do sistema português, para o Código Civil brasileiro a mora é a imperfeição no cumprimento da obrigação e não apenas a tardança. Além disso, a mora pode transformar-se em inadimplemento absoluto quando a prestação se tornar inútil ao credor, de acordo com o art. 395, parágrafo único, do Código Civil.³⁸⁶

De acordo com Pontes de Miranda, o devedor ou o credor constitui-se em mora porque demora em prestar, ou em receber. O autor sublinha que a mora não é fato jurídico, mas efeito de fato jurídico. O fato jurídico foi a violação da obrigação e durante o estado contrário ao direito – durante a mora – pode o devedor prontificar-se à prestação, acrescida dos prejuízos decorrentes desde a mora até o dia da oblação (*purgatio* ou *emendatio morae*).³⁸⁷

Para a doutrina portuguesa, a *mora debitoris* consiste na não realização da prestação, quando ainda possível, no tempo devido, por fato imputável à parte. Nesse

³⁸⁵ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral das obrigações*, com a colaboração de Rui de Alarcão, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 1966, p. 325.

³⁸⁶ Sobre o assunto, TEPEDINO, Gustavo / SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil – obrigações*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2020, pp. 321-329.

³⁸⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXIII, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 174.

caso, a prestação ainda poderá ser realizada, embora tardiamente, caso a obrigação subsista.³⁸⁸ Daí a necessidade de que a obrigação subsista, não obstante o percalço. Nessa altura, mantém-se o dever de prestar, de tal forma que, quando sobrevenha o cumprimento, seja retardado. Nas palavras de Catarina Monteiro Pires, a mora significa “um atraso no cumprimento que diz respeito a uma prestação recuperável e imputável ao devedor.”³⁸⁹

Atualmente, não se deve acolher uma visão tão ampla da mora, daí por que o cumprimento retardado irá ocorrer quando, no momento da prestação, esta não seja efetuada e se mantiver o dever de prestar, que será adiado. Pode suceder que a prestação só possa ser cumprida no momento aprazado e depois disso torna-se impossível. Nessa hipótese, verifica-se o incumprimento da prestação e a obrigação extingue-se por impossibilidade, havendo responsabilidade quando a situação de impossibilidade tenha sido ilicitamente provocada em termos de causar danos a outra parte. Para fins de mora, o que interessa é a impossibilidade temporária, que não conduz, por si só, à extinção da obrigação. Assim, coloca-se a questão prévia de saber quando, na ausência de cumprimento no prazo devido, haverá subsistência da obrigação ou sua extinção.

Para tanto, deve-se indagar sobre a possibilidade da prestação e do interesse do credor. No caso da prestação que só pode ser cumprida no momento aprazado e depois disso se torna impossível o que se verifica é o incumprimento, com a extinção da obrigação, por impossibilidade. Poderá haver responsabilização, se a impossibilidade foi ilicitamente provocada e causar danos ao credor. Para tanto, é necessário que a impossibilidade seja absoluta e definitiva. Se a prestação for possível e existir retardamento no cumprimento derivado de um fato não imputável ao devedor a situação poderá configurar a mora do credor ou a impossibilidade temporária não imputável. A impossibilidade temporária não conduz, por si só, à extinção da obrigação. Já o interesse do credor é determinante na manutenção da obrigação cujo cumprimento seja retardado. Se o credor perde o interesse, considera-se a impossibilidade da obrigação, seguindo-se o

³⁸⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.^a reimp. da 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 1050-1051.

³⁸⁹ A autora salienta o critério doutrinário alemão da *recuperabilidade da prestação* para afastar a mora dos casos de impossibilidade. PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 133.

regime do incumprimento definitivo. Em outras palavras, se o credor perde o interesse na prestação pelo atraso ela será considerada como impossibilidade e seguirá o regime do incumprimento definitivo, de acordo com o artigo 808.º, n.º 1, do Código Civil. O artigo 808.º, n.º 2, refere que o interesse do credor deve ser tomado como a aptidão que tenha a prestação para satisfazer-lhe as necessidades, no que deve ser avaliado objetivamente, de forma a prevenir ações arbitrárias do mesmo credor³⁹⁰. Assim, é necessário conjugar as ideias de possibilidade da prestação e do interesse do credor para alcançar a ideia do cumprimento retardado.³⁹¹

De acordo com a Agostinho Alvim, o inadimplemento será absoluto ou definitivo se a prestação não foi cumprida e não for mais possível o adimplemento, sendo a impossibilidade imputável ao devedor, ou por ter perdido a utilidade para o credor, naquelas situações em que a mora perturba de tal sorte o interesse do credor à prestação que é desfeito o interesse justificador da vinculação contratual.³⁹² A mora do devedor depende da inexecução da obrigação, no vencimento, com possibilidade de execução futura e imputabilidade dessa inexecução ao devedor, o que significa, em outras palavras, que são requisitos da mora o ato ilícito, consistente em o devedor deixar de efetuar oportunamente a prestação, e a culpa, em tal ato lhe ser atribuível.³⁹³

O artigo 1.222 do Código Civil Italiano, acertadamente, determina que as normas acerca da mora não são aplicáveis às prestações de *non facere*, pois considera que os fatos realizados contrariamente a essas prestações dão lugar à impossibilidade, total ou parcial, da obrigação. Já o artigo 390 do Código Civil Brasileiro, nesse aspecto, corrigiu uma impropriedade, que havia no artigo 961 do Código Civil de 1916, e dispôs corretamente que nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster. Essa situação, que envolve as prestações de não fazer obrigacionais, encontra algo similar quando são analisadas algumas modalidades de incumprimento dos negócios processuais. Por exemplo, se a parte se compromete a não

³⁹⁰ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 321.

³⁹¹ Por todos, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 234-235.

³⁹² ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 5.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, p. 55-57.

³⁹³ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 1973, p. 272.

recorrer e interpõe o recurso, se a parte se obriga a não apresentar ou requerer certos meios de prova e os apresenta ou os requer, se a parte se compromete a não entrar com a ação e ingressa a ação, ela estará agindo em desacordo com termos do negócio processual que foi celebrado. Em todos esses casos, a parte infratora não incorrerá em mora, já que as situações jurídicas envolvem prestações negativas, em que o acontecimento imputável já constitui o incumprimento definitivo das obrigações. O que parece discutível – e merecerá um melhor aprofundamento – é o fato desses comportamentos de conteúdo negativo constituírem verdadeiras prestações. No âmbito dos negócios processuais, parece mais adequado qualificar essas condutas negativas como proibições negociais de fazer, em que a parte processual tem o dever de se abster de fazer alguma coisa.³⁹⁴

A mora, para além da questão prévia da necessidade da subsistência da obrigação, apresenta ainda, como requisitos do verdadeiro atraso: (i) a exigibilidade da prestação, entendida em sentido forte, como requisito essencial para que de cumprimento retardado se possa falar. Este, por definição, só sobrevém depois de alcançado o prazo em que a prestação devia ser efetivada; (ii) a certeza, que se prende com a ausência de dúvidas sobre a própria existência da obrigação. A doutrina, porém, tem recusado semelhante requisito, já que a obrigação subjetivamente controversa mantém o seu prazo e, ultrapassado este, dá-se o retardamento. Com isso, a certeza teria, quando muito, a ver com a culpa e; (iii) a liquidez, que advém, como requisito, do considerando de que não seria exequível a prestação ilíquida, isto é, de conteúdo não determinado ou não conhecido.³⁹⁵

Verifica-se, em conclusão, que a mora em si é um atraso ilícito no cumprimento, isto é, um retardamento objeto de valoração jurídica negativa³⁹⁶, em que o atraso ilicitamente provocado pelo devedor também se conhece por *mora debitoris* ou *mora solvendi* e quando o seja pelo credor há *mora creditoris* ou *mora accipiendi*. A primeira,

³⁹⁴ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 136,

³⁹⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 235-237.

³⁹⁶ TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, 1973, p. 270-271.

desde sempre, é a mais frequente e a mais importante no cenário do direito das obrigações em geral.

Com relação ao atraso causado ilicitamente por terceiro, pode ele, simplesmente, ser chamado de atraso ilicitamente causado por terceiro. Para que se possa falar em mora, o contrato deve haver um prazo certo. O transcurso desse prazo, que foi estipulado no contrato, acarreta o vencimento da prestação, independente de qualquer interpelação judicial ou extrajudicial, que nesse caso torna-se dispensável, o que a doutrina obrigacional chama de *mora ex re*³⁹⁷ e tem como consequência o incumprimento da obrigação.³⁹⁸ Como regra geral, a mora transforma-se em não cumprimento definitivo, a teor do artigo 808.º do Código Civil, e obriga a parte a reparar os danos causados à contraparte se houver atraso culposo no cumprimento, que pode advir de diversos fatores, como do ato do devedor, do ato do credor, do ato de terceiro ou até de caso fortuito. Se o atraso contiver, ainda, um ato ilícito, haverá responsabilidade. Se o atraso não for ilicitamente provocado, segue o regime geral do risco.³⁹⁹

3.3.1 Mora e ônus da prova

É relevante notar que na *mora debitoris* o ilícito em causa é, dogmaticamente, um delito obrigacional, isto é, uma violação voluntária de certa norma jurídica, por parte do devedor. Nessa medida, o delito obrigacional serve de parâmetro para verificar a ação final destinada a inobservância dos preceitos que cominam a execução tempestiva da prestação ou a inobservância dos deveres de cuidado destinados a impedir que, por descuido ou desatenção, o devedor deixe passar o momento da prestação, sem a executar. Em ambos os casos, sobrevém o juízo de ilicitude, a título de dolo, no primeiro caso, e de

³⁹⁷ Por todos, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017 p. 228.

³⁹⁸ A *mora ex persona* é aquela que implica a fixação do prazo da prestação através da interpelação, a teor do artigo 805.º, n.º 1, do Código Civil.

³⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 240. Informa o autor que quando ao terceiro forem totalmente imputáveis os danos, a responsabilidade é solidária entre este e o devedor, na medida em que ambos originaram os danos - art.º 497, n.º 1. O devedor em mora tem direito de regresso.

negligência, no segundo. De acordo com Menezes Cordeiro, a lei une os dois juízos através de uma ideia ampla de culpa, semelhante à *faute* napoleónica.⁴⁰⁰

Nos termos gerais da responsabilidade obrigacional, qualquer retardamento da prestação é, por presunção, atribuído à culpa do devedor. O artigo 804.º, n.º 1, do Código Civil, constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor. Situação semelhante ocorre no direito brasileiro, a partir da leitura do artigo 395 do Código Civil, o qual responsabiliza o devedor pelos prejuízos que a sua mora der causa. Além disso, se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos. Logo, o ônus da prova da não-imputabilidade toca ao devedor.

A respeito disso, Pontes de Miranda observa que se o credor alegar o inadimplemento, já podendo estar em mora o devedor, o ônus da prova de ter adimplido é deste. O autor ressalva que se o credor, antes de poder ter havido o inadimplemento, afirma que houve impossibilidade culposa do devedor, o ônus da prova é daquele.⁴⁰¹

Diante do disposto no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil, impõe-se ao devedor a necessidade de provar a ocorrência de qualquer outro tipo de retardamento, se não verificar a mora. Esta disposição, baseada na evidente facilidade de que o devedor dispõe na violação da obrigação, tem, como efeito prático relevante a necessidade a este imposta de provar a ocorrência de qualquer outro tipo de retardamento, se não se verificar a *mora debitoris*. Dito de outro modo, o devedor terá de provar que foi diligente, que se esforçou por cumprir, que usou daquelas cautelas e zelo que em face das circunstâncias do caso empregaria um bom pai de família ou pelo menos que não foi negligente, que não se absteve de tais cautelas e zelo, que não omitiu os esforços exigíveis – os que também não omitiria uma pessoa normalmente diligente.⁴⁰²

De notar-se que a “simples mora” referida no artigo 804.º, n.º 1, do Código Civil, visa a contrapor o aludido preceito à hipótese de incumprimento definitivo, isto é, às

⁴⁰⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 238. Contra, no sentido de que o dano que se tem de reparar é o proveniente da *falta*, em sentido próprio, e não no sentido de culpa, que tem, em língua francesa, “*faute*”, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXIII, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p.182.

⁴⁰¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXVI, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 13.

⁴⁰² TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 1973, p. 331.

situações nas quais não haja interesse do credor na realização da prestação em falta ou não seja, de todo, possível realizar a prestação principal. A mora envolve a manutenção do dever de prestar principal, mas como implica danos para o credor, ela obriga o devedor inadimplente a indenizar. Perante o simples fato de, no momento do cumprimento, este não ter lugar, presume-se a ilicitude e a culpa do devedor, por via do artigo 799.º, n.º 1. Interessante assinalar que a situação de mora se verifica a título transitório e cessa com o cumprimento, acompanhado ou não pelas indenizações (*purgatio morae*), e com o incumprimento definitivo, que, por seu turno, ocorre quando, objetivamente, o credor perde interesse na prestação ou quando o devedor não cumpre a prestação num prazo fixado pelo credor.⁴⁰³ Além do incumprimento definitivo, a mora cessa no caso de impossibilidade da prestação retardada.⁴⁰⁴

Finalmente, de acordo com Galvão Telles, na hipótese de mero atraso ou retardamento da prestação, a prova que compete ao devedor produzir é a da existência de mora do credor, já que a mora deste exclui a culpa daquele.⁴⁰⁵

3.3.2 Mora do credor

Nas chamadas obrigações modernas, o adimplemento da prestação não depende apenas da participação do devedor, mas também de uma atividade do credor, que pode consistir em comportamentos extensos e complexos, dada a sofisticação da vida contemporânea. A doutrina fornece alguns exemplos, em que a atividade do credor poderá consistir na comunicação de instruções imprescindíveis à realização da prestação de serviços, no fornecimento de projetos, de materiais e de licenças relativas à obra, ou na disponibilização das informações sobre as quais versa uma auditoria.⁴⁰⁶

De acordo com essa ideia, os deveres do credor de informar e de exhibir documentos cada vez assumem maior relevância no tráfego jurídico e no mundo contemporâneo e

⁴⁰³ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, p. 455.

⁴⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 238-241.

⁴⁰⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 1973, p. 331.

⁴⁰⁶ PEREIRA, Maria de Lurdes. Anotação ao artigo 813.º, In PIREZ, Catarina Monteiro (org.), *Novo Corona vírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 132.

desse modo a atividade de colaboração do credor corresponde, na maioria dos casos, a um dever acessório de conduta.

Assim, num contrato de prestação de serviços, as partes podem estipular que o vendedor deverá fornecer toda a documentação (tutoriais) relativa ao adequado funcionamento do serviço de alta tecnologia (*cloud computing*). Caso a parte não forneça toda a documentação e os tutoriais a que se comprometeu, poderá incorrer em mora.

A mora do credor não se confunde com a impossibilidade da prestação. Não há impossibilidade se o devedor está impedido de cumprir porque o credor não colabora para tanto. A impossibilidade só existe se houver a colaboração do credor e o devedor não pode cumprir a obrigação.⁴⁰⁷ Dito de outro modo, no campo obrigacional, a situação de mora do credor ocorre quando se fizer necessária, no cumprimento da obrigação, a participação dele, e a carência dessa cooperação possa impedir, temporariamente, o cumprimento do dever. Por exemplo, o credor tem de receber a prestação na data do vencimento ou no lugar designado, se não é o seu próprio domicílio, tem de aceitar a prestação, tem de dar quitação, se o devedor a exigir, tem de oferecer, simultaneamente, a contraprestação, quando houver reciprocidade de obrigações provenientes de contrato bilateral etc.⁴⁰⁸ Portanto, a falta de colaboração do credor não poderá provocar a extinção da obrigação, por impossibilidade.

Tradicionalmente, os efeitos da mora do credor consistem (i) na ausência de responsabilidade do devedor, porque a falta de cumprimento não lhe é imputável, (ii) no direito de o devedor exonerar-se da prestação, pela consignação em depósito, sempre que se trate de obrigação de prestação de coisa, (iii) na obrigação ser de intensidade menor, enquanto subsistir a mora do credor, (iv) na inversão do risco, que consiste em suportar o prejuízo resultante de a prestação se impossibilitar, e (v) na obrigação de indenizar o devedor das maiores despesas que tenha de fazer – embora a mora do credor não represente um ato ilícito, visto o credor não ter propriamente a obrigação, mas apenas o ônus de aceitar a prestação, ou de colaborar no cumprimento por parte do devedor – a

⁴⁰⁷ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, p. 477.

⁴⁰⁸ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, 1973, p. 280.

responsabilidade do credor decorre de um ato lícito, sendo ilícita apenas se decorre do abuso do direito.⁴⁰⁹

Talvez por isso, ao contrário do que sucede na mora do devedor, não se exige qualquer culpa do credor. Isso porque, via de regra, o credor não está obrigado a qualquer ato de colaboração com o devedor, ele prejudica apenas a si próprio e não ofende o direito dos outros. Almeida Costa sustenta que a exigência de culpa do credor, no quadro da “mora accipiendi”, excepcionalmente se compreende, desde que para ele exista obrigatoriedade em aceitar a prestação e praticar os atos imprescindíveis ao cumprimento. Contudo, o autor ressalva que essa situação não se verifica, em princípio.⁴¹⁰

Logo, (i) não se exige culpa para constituir em mora o credor⁴¹¹, e (ii) a mora do credor sempre poderá ser extinta pela extinção da obrigação, por acordo ou pela *purgatio morae*.

Modernamente, a situação que envolve a falta de colaboração do credor, para além de mero ônus, parece constituir, em algumas hipóteses, um verdadeiro dever de viabilizar o cumprimento. Embora a doutrina não reconheça a existência de um dever, existem razões suficientes para sustentar esse posicionamento. Basta pensar nos exemplos referidos, em que a omissão do credor lhe seja imputável e com esse comportamento ele acabe por inviabilizar adimplemento do negócio. É o serviço adquirido de alta tecnologia (*cloud computing*), que não vem acompanhado dos tutoriais de manuseio ou o armazenamento de todos os documentos relativos ao negócio na base de dados do credor, que não disponibiliza o acesso a esses dados pelo devedor, ante uma interrupção parcial do serviço na qual um ou mais aplicativos estão indisponíveis ou inoperantes devido à falha de um componente ou por quaisquer outros motivos que não um evento externo.

⁴⁰⁹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 1973, pp. 282-289.

⁴¹⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.ª reimp. da 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 1080. Nesse sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 238. O autor menciona que “ao contrário do que sucede com a mora do devedor (art. 804.º), os efeitos da mora do credor são independentes de culpa, já que, uma vez que, se não se impõe ao credor um dever de colaborar no cumprimento, também não que a sua omissão da colaboração seja censurável, de acordo com um juízo da culpa, bastando-se a lei com a circunstância de ela não ter ocorrido. Em consequência, caso se torne impossível ao credor prestar a colaboração necessária para o cumprimento, não deverá ser aplicado o regime da impossibilidade da prestação (arts. 790.º e ss.), mas antes o da mora do credor (arts. 813.º e ss.).”

⁴¹¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 160.

Nessa situação, para além de um mero ônus, a falta de colaboração do credor, ao não disponibilizar o acesso aos tutoriais de utilização do serviço de alta tecnologia, constitui uma verdadeira violação a um dever acessório de informação, que poderá repercutir no âmbito da responsabilização em decorrência dos danos que poderá o devedor sofrer.

Com efeito, essa ideia moderna pode ser incluída no amplo conceito de *mora accipiendi*, que inclui qualquer atraso com origem na falta de colaboração do credor. Nos termos da lei, um impedimento, mesmo que não imputável ao credor, não constitui um “motivo justificado”⁴¹² e nesse sentido a situação do credor apresenta-se como uma “posição jurídica globalmente ativa, mas na qual se reconhecem feixes de adstrição que moldam o cumprimento do programa obrigacional e que constituem atos que, no relacionamento de boa-fé entre dois sujeitos, o devedor confia que sejam adotados.”⁴¹³

3.3.3 Mora e convenções sobre a prova

Analisando, resumidamente, a conjugação de todos os elementos que servem para a constituição do devedor em mora e seus respectivos requisitos, que são: (i) a possibilidade da prestação; (ii) o atraso no cumprimento de uma prestação certa; e (iii) a liquidez do crédito, poder-se-ia pensar, num primeiro momento, que esse regime de inadimplemento dos negócios substanciais não é enquadrável nas situações que envolvem o incumprimento das convenções probatórias e a razão disso poderia ser o fato de que o retardamento ou o atraso no cumprimento das obrigações estabelecidas nesses contratos processuais fatalmente acarretará a preclusão para o exercício do ato constitutivo que fora negociado.

Esse raciocínio é especialmente aplicável quando a convenção probatória envolver um *non facere*, já que a mera realização do ato positivo implicará a impossibilidade

⁴¹² PEREIRA, Maria de Lurdes. Anotação ao artigo 813.º, In PIRES, Catarina Monteiro (org.), *Novo Corona vírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 135.

⁴¹³ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 164-165.

definitiva da prestação. Tal entendimento é válido para o direito português, mesmo na ausência de regra especial do Código Civil sobre as obrigações de não fazer.⁴¹⁴

Ainda, de acordo com a ideia que compreende o cumprimento de “prestações de prazo absolutamente fixo”, distintas das “prestações de prazo relativamente fixos”, acolhida em doutrina⁴¹⁵, parece que a execução das convenções probatórias envolve um termo essencial que condiciona os efeitos do negócio e o cumprimento dos prazos pelas partes, que são fatais, ou seja, é de caráter absolutamente fixo, em que deve ocorrer num momento temporalmente limitado, sob pena não ser mais “recuperável”. Os casos que envolvem as prestações de prazo relativamente fixo, em que o atraso não impede, por si só, o cumprimento posterior, sendo a prestação ainda recuperável, não se equiparam às convenções probatórias, já que nessas o atraso fatalmente implicará a impossibilidade de satisfazer a obrigação.

Realmente, na perspectiva de alguns negócios processuais sobre a prova, a realização da prestação não será mais possível e tampouco recuperável, sem falar numa completa falta de interesse da parte inocente ao cumprimento da obrigação pela parte faltosa (o que equivaleria à completa falta de interesse do credor na prestação retardada, de acordo com a ideia de que a prestação tardia não irá satisfazer as necessidades do credor). De acordo com esse raciocínio, não haveria espaço para mora, seja da parte protegida pela convenção probatória, seja da sua contraparte, já que a zona do procedimento é construída sobre uma sequência de atos a cuja prática são determinados tempos oportunos e sujeita a preclusões processuais.

No exemplo do contrato probatório de apresentação dos documentos com a inicial e com a defesa, o atraso de qualquer das partes em exhibir documentos poderia ser equiparado mais ao não cumprimento definitivo ou até mesmo à impossibilidade definitiva ou temporária da obrigação e menos à mora ou ao cumprimento retardado.

Nas obrigações em geral, incorrendo o devedor em mora, esse incumprimento não pode servir de fundamento para o credor resolver o contrato, mas sim para exigir-lhe

⁴¹⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 5.^a reimp. da 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 1048-1049.

⁴¹⁵ Por todos, PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 138.

judicialmente o cumprimento da obrigação, dada a normal possibilidade de realização da prestação⁴¹⁶, o que normalmente ocorre via ação de cumprimento, um meio de reação que, como adiante será aprofundado, não parece constituir uma técnica adequada de conservação das convenções probatórias.

Se o inadimplemento na execução dos contratos probatórios puder envolver a mora, poderá ser convertida em incumprimento definitivo se a prestação não for corrigida ou substituída pelo infrator, a exemplo dos documentos juntados fora do prazo fixado pelas partes do negócio processual. Não parece lógico que a parte inocente possa dar uma segunda chance de cumprimento, com a conservação dos documentos juntados aos autos fora do prazo, salvo se forem benéficos a ela. Nesse caso, o correto é a mora – ou seja, para os efeitos da mora, está sendo considerada a apresentação dos documentos fora do prazo – converter-se em impossibilidade ou incumprimento definitivo e abrir ensejo a outros meios de reação pela parte fiel, através de técnicas de conservação do negócio processual, como a invocação de uma exceção dilatória, com o propósito de serem excluídos dos autos aqueles documentos.

Igualmente, o contrato probatório poderá prever, unicamente, como meio de prova, uma informação guardada num sistema de *blockchain*. Atualmente, uma informação registrada na *blockchain*, que não depende de um intermediário para ser acessada, como por exemplo o governo ou um banco, deve ser mantida acessível e atualizada. Contudo, para aceder à rede *blockchain* e obter a informação relativa a uma transação em *bitcoin*, uma vez que as transações com essa moeda são realizadas e registradas numa rede *blockchain*, é indispensável a utilização de uma senha. Caso essa senha seja extraviada, não será possível aceder à chave privada da carteira digital que contém *bitcoins*, o que igualmente poderá converter o que seria qualificado como uma situação de mora imputável como sendo uma hipótese de inadimplemento definitivo da obrigação. O mesmo aplica-se a uma NFT (*non-fungible token*), que pode ser usada para representar itens como fotos, vídeos, áudio e outros tipos de ativos digitais (*digital assets*), armazenados no *blockchain*, que por sua vez certifica um ativo digital como único e, portanto, não intercambiável, devendo ser acedida através de uma *wallet*.

⁴¹⁶ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 323.

Contudo, sempre haverá uma exceção. Uma situação equiparada à mora do devedor poderá ocorrer numa convenção sobre os custos da perícia judicial, na qual as partes concordam que suportarão pela metade os custos processuais da perícia, cada uma, ou suportarão as suas próprias despesas, e no prazo final para pagamento dos honorários periciais uma delas não arca com as despesas que lhe cabem. Nessa situação, parece ser possível constituir em mora a parte que não arcou com as despesas que lhe cabiam, a partir do prazo final para o pagamento dos honorários periciais. Sendo constituída em mora, a parte poderá ser responsável pelo prejuízo causado à contraparte. Nesse caso, de acordo com o artigo 805.º, n.ºs 1 e 2, alínea *a*, do Código Civil, a parte ficará constituída em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelada para cumprir. Haverá, porém, mora da parte, independentemente de interpelação, se a obrigação tiver prazo certo. Portanto, havendo prazo certo para o depósito das despesas com o perito e a parte não as satisfizer, será constituída em mora, independente de interpelação judicial.

Outra situação envolvendo a mora poderá ocorrer quando, no contrato de provas, estiver prevista uma cláusula de *hardship* e em razão de uma alteração das circunstâncias na base do negócio uma das partes não demonstrar qualquer interesse em renegociar, apesar de ter sido devidamente notificada para tanto. Uma vez que a cláusula de renegociação tem dupla eficácia – a eficácia material e a eficácia processual –, com relação a esta última, a parte que é constituída em mora quanto à obrigação de renegociar poderá deparar-se com a inadmissibilidade de qualquer pretensão contratual que deduzir perante a justiça estatal ou arbitral.⁴¹⁷ Para tanto, basta que, depois de promovida a pretensão judicial ou arbitral, a parte contrária deduza a exceção dilatória e alerte o tribunal de que não foram envidados esforços pela sua contraparte para renegociar aquela alteração das circunstâncias. Adiante, a questão será aprofundada, quando analisadas as cláusulas de *hardship* e a alteração das circunstâncias.

Além disso, com ressalva das exceções que foram elencadas, nas convenções probatórias não parece haver a possibilidade de purga da mora, muito menos de concessão de uma moratória à parte infiel, o que geralmente é admissível nas obrigações

⁴¹⁷ Nesse caso, a mora da parte que não negocia “custar-lhe-á caro” de acordo com MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 99.

em geral, quando houver atraso no cumprimento das prestações. A purga da mora, nas convenções probatórias, não parece lógica porque, sendo o devedor constituído em mora, deverá ser perscrutado se a prestação tardia ainda é útil ao credor. Se não houver mais utilidade na prestação tardia, não se pode pensar em purgação da mora.⁴¹⁸

Como visto, essa característica não se encontra presente no âmbito das convenções probatórias. A parte, depois de concluir um contrato probatório, em realidade, não deseja deduzir qualquer pretensão, muito menos que a sua contraparte deduza uma pretensão perante um juiz ou árbitro. O interesse primário das partes consubstancia-se em abster-se de qualquer pretensão perante a justiça estatal ou arbitral. Caso isso ocorra, a produção de provas, que deverá ser realizada de acordo com o contrato que foi celebrado, atenderá exclusivamente aos interesses daquele a quem cabia o ônus de provar e não aos interesses da contraparte. A prova produzida pela parte não será útil para a contraparte, pelo contrário, a prejudicará. Logo, a lógica da mora e das moratórias não fazem sentido nas convenções probatórias, como regra geral.

Aliás, no contrato que dispõe acerca da alteração da distribuição do ônus da prova sequer parece ser útil a uma das partes o adimplemento do encargo de provar imposto à contraparte. Se parte, a quem incumbe o ônus de provar, em razão do contrato probatório, deixar de fazê-lo, prejudicar-se-á a si própria, sendo absolutamente inútil à contraparte a produção extemporânea dessa prova.

Caso algo possa ser extraído das obrigações em geral, vale a observação de Galvão Telles, no sentido de que a prestação que já não interessa ao credor, em consequência do atraso, vale para o direito como prestação impossível⁴¹⁹, o que novamente acende o alerta para o fato de nos contratos probatórios possivelmente não haver os chamados deveres ou obrigações de prestar e tão pouco as posições de credor e devedor, figuras que são correntes no direito obrigacional, já que nas convenções probatórias as partes não atuam, cada uma, como uma pessoa denominada sujeito passivo ou devedor, que está adstrito a uma prestação positiva ou negativa em favor de outra pessoa, denominada sujeito ativo ou credor, que adquire a faculdade de exigir-lhe o cumprimento. Igualmente afasta as

⁴¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXIII, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 176.

⁴¹⁹ TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, 1973, p. 311.

convenções probatórias das obrigações em geral, no caso das prestações fungíveis, o fato de que nestas o terceiro prontifica-se a prestar em lugar do devedor constituído em mora e tudo se passa como se tivesse sido o devedor quem a purgou, algo que soa absolutamente estranho no âmbito do cumprimento retardado dos contratos de prova.

3.3.3.1 Risco da prestação e da contraprestação

No direito das obrigações, o devedor moroso torna-se responsável pelo risco da deterioração ou perda da coisa devida, mesmo que esses fatos não lhe sejam imputáveis, de acordo com o artigo 807.º, n.º 1, do Código Civil. A doutrina fala em perpetuação da obrigação, de acordo com a ideia de que aquela obrigação que não é cumprida oportunamente por culpa do devedor termina por se perpetuar, resistindo a um fato que a extinguiria se esse fato tivesse sucedido antes de o devedor ser constituído em mora.⁴²⁰

Dito de outro modo, o devedor, com o retardamento da prestação, expôs o bem ao caso fortuito ou à força maior e deve responder por isso.⁴²¹

Suporta o risco a parte que sofre o prejuízo proveniente de haver a impossibilidade não imputável da prestação. Suporta o risco o credor se a obrigação se extingue, com a consequente exoneração do devedor, tendo o credor mesmo assim de realizar a contraprestação nos contratos bilaterais (artigo 796.º, n.º 1, do Código Civil). Suporta o risco o devedor se continua vinculado, devendo indenizar os danos provenientes da impossibilidade não imputável da prestação. Assim, se o devedor está em mora quando sobrevier a impossibilidade não imputável da prestação, é seu o risco, ainda que este coubesse em princípio ao credor. Ocorre a perpetuação da obrigação, em que a obrigação sobrevive a um fato que deveria normalmente extingui-la, apresentando-se sob a forma de indenização que o devedor tem de satisfazer o credor.⁴²²

⁴²⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.ª reimp. da 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 1052.

⁴²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXV, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 199.

⁴²² TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 1973, p. 273-274.

Agora, imagine-se a convenção processual em que uma das partes fica obrigada a exhibir em juízo um documento, que se encontra em seu poder. Aqui, cuida-se de uma situação excepcional, já que o documento pode beneficiar ambas as partes e a lógica da mora pode fazer sentido. No caso concreto, ele ficará aos cuidados de uma delas. O risco de perda ou deterioração do documento corre por conta da parte que estava em poder dele, apenas depois de exercido o direito de ação, ou, mais especificamente, após ela ter sido notificada para apresentar o documento. Se o documento se perder, por inundação, não havendo processo judicial, a parte nada tem de exhibir e limita-se a comprovar a impossibilidade não imputável da prestação. Se houver iniciada a instrução probatória do processo judicial e a parte, depois de notificada, não apresentar o documento, ocorrendo a inundação e o perecimento da fonte de prova (impossibilidade não imputável da prestação), já estando a parte em mora, ou seja, ela poderia ter juntado o documento nos autos do processo e não o fez, o risco da prestação será dela, conforme preceitua o artigo 807.º, n.º 1, do Código Civil.

Nesse caso, a mora converte-se em incumprimento definitivo imputável à parte, não podendo ela alegar a impossibilidade não imputável da prestação. A mora da parte foi a causa indireta da perda ou da deterioração do documento e a impossibilidade não imputável não teria determinado essa perda ou deterioração se o negócio processual fosse cumprido no prazo devido. O artigo 807.º, n.º 2, do Código Civil, permite, contudo, que a parte afaste a responsabilidade se comprovar que o documento teria sido igualmente perdido se a obrigação tivesse sido satisfeita atempadamente. Assim, se a parte comprovasse que a inundação também atingiria o prédio do fórum, onde estaria o documento, inutilizando-o, poderia ser afastada a sua responsabilidade.

Dito de outro modo, a mora do devedor produz a inversão do risco. O devedor não responde pela impossibilidade não imputável, exceto se estiver em mora, de acordo com o artigo 807.º do Código Civil. Por força de lei, haverá perpetuação da obrigação do devedor ou a inversão do risco. A lei abre ao devedor a possibilidade de provar que o

credor sofreria igualmente o prejuízo, se a obrigação tivesse sido cumprida sem mora, o que a doutrina chama de “relevância da causa virtual”.⁴²³

3.3.3.2 Mora do credor e situação do devedor

No contrato de venda do serviço de *cloud computing*, se o credor, injustificadamente, deixar de receber as prestações (que o devedor deseja cumprir) e omitir a cooperação necessária da sua parte, relativa ao fornecimento das instruções e dos tutoriais de funcionamento do serviço, e a obrigação fica por satisfazer, sendo esse atraso não atribuível ao devedor e sim ao credor, é este que incorre em mora. O contrato celebrado entre as partes determina que toda a prova referente ao serviço contratado deverá ser apresentada pela via documental, por meio eletrônico. Ainda, se entre as partes do contrato de venda do serviço de tecnologia havia uma cláusula de *pactum de non petendo*, surge o problema de como ficaria a situação do devedor, que deseja cumprir a sua obrigação contratual e ver cumprido o dever acessório de informação pelo credor, para a boa utilização do serviço de computação na nuvem.

O devedor, embora tenha adquirido o serviço, não sabe como executá-lo, diante da falta de esclarecimentos por parte do credor, que não lhe forneceu as instruções e os tutoriais de funcionamento ou simplesmente reportou um atraso na atualização do sistema informático. Nessa situação, parece ser o caso de o devedor poder ingressar uma ação de consignação dos valores em atraso e, no mérito, deduzir uma exceção de não cumprimento do contrato, com base na negativa do credor em fornecer as instruções e os tutoriais, não se podendo, excepcionalmente, falar no incumprimento da cláusula negocial referente ao *pactum de non petendo*.

A situação que envolve a mora do credor, em negócios processuais, constitui uma fronteira entre a mora e a impossibilidade definitiva, pelo fato de o inadimplemento

⁴²³ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, p. 453-455. De acordo com Pontes de Miranda, o devedor é que tem o ônus de alegar e prova que o caso fortuito ou a força maior produziu, durante a mora, o que teria ocorrido se a obrigação tivesse sido adimplida. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXV, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 200.

gerado pela omissão dele ser temporário, mas poder converter-se em definitivo. Isso significa que a todo o momento, poderá o credor vir a cumprir o negócio, o que mais se aproxima da mora e se afasta da impossibilidade definitiva.

4. Segue: violações positivas dos contratos probatórios. O cumprimento defeituoso e a declaração antecipada de não cumprimento (inadimplemento antecipado)

4.1 Violações positivas dos contratos, pontualidade, integralidade e boa-fé

De acordo com a doutrina, a violação contratual positiva caracteriza-se pelo fato de que o dano, nas situações por ela abrangidas, não provém da falta da prestação nem da mora, mas dos vícios, defeitos ou irregularidades da prestação efetuada. A patologia não se assenta numa violação negativa do dever de prestar, mas numa “violação positiva da *lex contractus* por que ela se regulava, e nos danos provenientes dessa irregularidade”.⁴²⁴

A violação positiva do contrato é igualmente chamada por Baptista Machado de cumprimento inexato, a significar todo aquele cumprimento em que a prestação efetuada não possui os requisitos idóneos a fazê-la coincidir com o conteúdo do programa obrigacional, tal como este resulta do contrato e do princípio geral de correção e da boa-fé.⁴²⁵ A doutrina moderna enxerga no cumprimento inexato uma situação inusitada em que a realização da prestação pode conviver com o incumprimento. De acordo com Diogo Costa Gonçalves, não se estará diante da pura omissão da conduta devida (positiva ou negativa), mas sim de uma conduta apta para cumprir, mas que não realiza plenamente o cumprimento: “o devedor incumpre, cumprindo.”⁴²⁶

A violação contratual positiva abrange os casos em que a prestação é cumprida sem qualquer atraso, mas com vícios, defeituosa ou irregularmente.⁴²⁷ Dito de outro

⁴²⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 1992, pp. 124-125.

⁴²⁵ MACHADO, João Baptista. Pressupostos da Resolução por Incumprimento, in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, 1991, p. 168.

⁴²⁶ GONÇALVES, Diogo Costa. Anotação ao artigo 762.º, In PIREZ, Catarina Monteiro (org.), *Novo Corona vírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 71.

⁴²⁷ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, p. 461.

modo, a prestação principal é má executada e na verdade o devedor a cumpre parcialmente dentro do prazo, podendo o próprio devedor reparar a falta, substituir a prestação ou realizar a parte ainda não cumprida, o que significa não estar presente a modalidade do incumprimento definitivo.⁴²⁸ O comportamento deve significar uma ilicitude e ser culposos, algo que viola os deveres acessórios de conduta (*Nebenpflichten*).

Desde a polêmica envolvendo os estudos pioneiros de Staub⁴²⁹ e Stoll,⁴³⁰ é praticamente unânime em doutrina a ideia de emancipação do cumprimento defeituoso da mora, na medida em que a prestação oferecida pelo devedor ao credor, sendo defeituosa, representa desde logo uma situação de não cumprimento, sem a necessidade de uma interpelação do devedor, para que esteja caracterizado o inadimplemento. Diferente das consequências da mora, as consequências da entrega de uma prestação com defeitos não se restringem à obrigação de indenizar por danos ou ao surgimento de uma exceção de não cumprimento, sendo imperioso que se encontrem outras técnicas de conservação contratual.

A doutrina considera hipóteses integrantes da violação positiva do contrato as situações que envolvem o cumprimento defeituoso da prestação principal, o incumprimento ou a impossibilidade das prestações secundárias e de violação dos deveres acessórios de conduta. A boa-fé deverá atuar nesses casos. Quando envolver a determinação das prestações secundárias e a delimitação da prestação principal, ela age sobre as fontes, como instrumento de interpretação e de integração. Já no âmbito dos deveres acessórios, a boa-fé tem um papel dominante na sua formação.⁴³¹

⁴²⁸ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 355.

⁴²⁹ A descoberta da violação positiva do contrato deve-se a Hermann Staub, como é cediço. STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, Berlin, 1902, pp. 31-56. Na doutrina brasileira, cumpre destacar o estudo pioneiro de Vera Fradera, publicado ainda na década de oitenta, FRADERA, Vera Maria Jacob de. Quebra positiva do contrato, In *Revista da Ajuris*, n.º 44, Porto Alegre, Ajuris, 1988, p. 144. Na doutrina portuguesa, cabe lembrar o estudo paradigmático de Menezes Cordeiro sobre a boa-fé, de 1983, conforme CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*, 6.ª reimp, Coimbra, Almedina, 2015, p. 594.

⁴³⁰ A crítica de Stoll no sentido de que a violação positiva do contrato seria definida apenas por exclusão, abrangendo todas as violações culposas que não pudessem integrar nem a impossibilidade, nem a mora do devedor. STOLL, Heinrich. Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, In *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 136, 1932.

⁴³¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 418.

Interessante é o posicionamento da doutrina brasileira, que, diferentemente da orientação portuguesa, costuma atrelar a violação positiva do contrato com o descumprimento de deveres relacionados a interesses de proteção (laterais) e não a interesses de prestação. De acordo com Judith Martins-Costa, a violação positiva do crédito abrangeria tão somente o descumprimento do dever de proteção decorrente da boa-fé objetiva, inserto no interesse de proteção, tendo vinculação apenas mediata com o dever de prestação e abrangendo o direito às perdas e danos e não ao direito formativo extintivo de resolução *lato sensu*, salvo se o inadimplemento do dever lateral seja grave e possa conduzir, justificadamente, à quebra de confiança e à perda do interesse do credor na manutenção do vínculo obrigacional, o que a autora equipara ao inadimplemento absoluto.⁴³²

A fórmula “violação positiva do contrato” não é unanimidade na doutrina portuguesa, já que alguns consideram essa expressão “infeliz” e propugnam que deveria ser afastada. Galvão Telles sublinha que nos casos de execução defeituosa da prestação há uma violação positiva porque ela se traduz numa ação. A execução defeituosa supõe uma obrigação de conteúdo positivo, consistente num dar ou num fazer. O autor lembra que nesses casos se houver apenas mora ou não cumprimento definitivo, o comportamento do devedor é algo de negativo, consistente na omissão da ação devida ao passo que a execução defeituosa será algo de positivo, consistente na realização da ação devida, mas imperfeita. Já se a obrigação é de conteúdo negativo, a violação que o devedor comete é uma violação positiva, o que acaba por constituir essa expressão uma “fórmula excessivamente ampla e incharacterística, abrangendo, a par dos casos de cumprimento defeituoso, que são aqueles que se pretende dar autonomia, os de ofensa de obrigações negativas.”⁴³³

⁴³² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado - critérios para a sua aplicação*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2018, p. 773. Para Antunes Varela, diferentemente, o cumprimento defeituoso abrange não só as deficiências da prestação principal ou de qualquer dever secundário de prestação, como também a violação dos deveres acessórios de conduta que, por força de lei, se integram à relação obrigacional. Contudo, o autor admite que foi a inclusão dos deveres acessórios de conduta na relação contratual, em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé, que contribuiu em certa medida para a autonomização da figura do cumprimento defeituoso. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 128.

⁴³³ TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, 1973, p. 308. A expressão de Staub foi igualmente criticada por ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral das Obrigações*, com a colaboração de Rui de Alarcão. 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 1966, p. 327.

Em síntese, significa dizer que se verifica uma situação de cumprimento defeituoso quando o devedor, embora realizando uma prestação, essa prestação não corresponde integralmente à obrigação a que se vinculou, não permitindo assim a satisfação adequada do interesse do credor. É o caso, por exemplo, de alguém entregar um bem com defeitos, ou prestar um serviço em termos inadequados.⁴³⁴ Na modalidade de cumprimento defeituoso ou inexato verifica-se uma violação da prestação, muito embora não haja incumprimento definitivo nem a parte que realizou a prestação com vícios ou defeitos se encontre em mora. A parte realiza a prestação cuja deficiência no cumprimento causa danos à outra parte que não seriam produzidos caso não fosse realizada a prestação (incumprimento definitivo) ou tivesse incorrido o faltoso em mora.⁴³⁵

A situação de cumprimento defeituoso que aqui vai interessar ocorre quando a parte realiza a prestação, que por sua vez não corresponde integralmente àquilo que se vinculou. Essa execução defeituosa abrange a realização inexata da prestação principal e a violação dos deveres acessórios, oriundos da boa-fé. Dito de outro modo, haverá cumprimento inexato quando a prestação seja efetivada em termos que não correspondam à conduta devida. De acordo com a doutrina, aqui é essencial notar que a violação dos deveres acessórios não é considerada uma inobservância de gravidade reduzida e o cumprimento defeituoso pode ter enormes consequências. A ele aplicam-se as regras do incumprimento, o que inclui a presunção de culpa e a possibilidade de resolução do contrato por inadimplemento.⁴³⁶

Talvez por isso, o cumprimento inexato seja globalmente considerado um ato ilícito, mormente quando a inexatidão do adimplemento seja provocada pelo devedor. Nessa situação, o cumprimento defeituoso dá lugar a imputação de danos ao devedor, sendo os danos avaliados em função da totalidade do ato praticado em desconformidade com o contrato.

⁴³⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II, 11.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 269.

⁴³⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.^a reimp. da 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 1060.

⁴³⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 420-421.

4.2 Cumprimento defeituoso e convenções probatórias

Da mesma forma que ocorre no âmbito do direito das obrigações, em negócios processuais sobre a prova, havendo cumprimento defeituoso, não se poderá considerar cumprida a convenção. No direito privado, não se verificando a liberação do devedor, podem ocorrer as seguintes situações: ou o devedor se constitui em mora (artigo 804.º do Código Civil) ou se verifica o incumprimento definitivo da obrigação (artigo 808.º do Código Civil). No primeiro caso, o credor conserva interesse na prestação, pelo que caberá ao devedor reparar o defeito, ou substituir a prestação defeituosa por outra em condições. No segundo caso, o credor perde definitivamente o interesse na prestação, pelo que a obrigação se terá por definitivamente incumprida, cabendo então ao devedor pagar ao credor a indenização por incumprimento definitivo. De acordo com a doutrina, cuida-se aqui da chamada unificação do cumprimento defeituoso e a sua recondução ao direito do não cumprimento.⁴³⁷ Porém, pode suceder que não ocorra qualquer dessas situações, quando o cumprimento defeituoso se verifique antes do vencimento da obrigação e o devedor repare os defeitos ou substitua a prestação, antes desse vencimento.⁴³⁸

Assim, por meio de uma cláusula compromissória probatória, poderá ser convencionado num contrato de compra e venda de gêneros alimentícios que a prova da deterioração dos alimentos cabe ao fornecedor e, mais tarde, num processo judicial ou arbitral, este demonstra não haver nexos causal entre um evento danoso e o fornecimento do seu produto e para isso utiliza-se de um meio de prova, que após vem a ser declarado falso pelo tribunal. Nesse exemplo, o cumprimento do contrato que altera a distribuição do ônus da prova pressupõe que as provas produzidas sejam verdadeiras ou autênticas, e a prova falsa apresentada ao tribunal pode ser considerada uma quebra do vínculo sinalagmático, uma modalidade de incumprimento do negócio processual.

De acordo com as regras das obrigações em geral, a contraparte poderia utilizar-se da exceção de não cumprimento ou da resolução do contrato. Ora, se a produção de

⁴³⁷ MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso. Em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 118 ss.

⁴³⁸ Por todos, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 270.

provas pode ser caracterizada como uma espécie de prestação do contrato sobre a alteração da distribuição do ônus da prova e a interpretação do contrato permite concluir que o cumprimento perfeito pressupõe a verdade e a autenticidade das provas produzidas, a apresentação de provas falsas será uma espécie de incumprimento da prestação, na modalidade do cumprimento defeituoso ou inexato, e poderá permitir à parte inocente invocar a exceção de não cumprimento do contrato ou de cumprimento inexato, por meio de uma exceção processual dilatória.⁴³⁹

Além disso, a violação positiva do contrato pode ocasionar danos distintos daqueles que se verificam nos casos de incumprimento definitivo ou de mora, o que lhe dá autonomia em relação às outras formas de violação do contrato. A ilicitude pode resultar da violação de deveres secundários ou de deveres acessórios, que acompanham o dever de prestação principal. Em razão disso, o cumprimento inexato pode enquadrar-se na violação da obrigação, entendida como relação obrigacional complexa.⁴⁴⁰

Chama a atenção o fato de a ilicitude resultar da violação de deveres secundários ou de deveres acessórios e não da violação do dever principal, característica da obrigação complexa. Além da desvantagem processual daquele que cumpre com defeito um negócio sobre a prova, verifica-se a possibilidade de outras consequências, especialmente com relação aos danos causados e uma eventual indenização. Contudo, diferentemente daquilo que ocorre nas obrigações em geral, não será o caso de se permitir uma nova realização da prestação em conformidade com o direito: a prova que for declarada falsa – aquilo que resultou no cumprimento inexato do contrato probatório – não poderá ser, novamente, produzida pela parte faltosa, resolvendo-se a questão pelo tribunal com o *non liquet*.

Isso porque, via de regra, nos negócios não processuais, havendo cumprimento imperfeito ou inexato e permanecendo interesse do credor na prestação, poderá o devedor realizá-la novamente. Não parece que isso seja possível nos negócios processuais probatórios, o que acaba por novamente indicar que a lógica dos deveres de prestação

⁴³⁹ Na doutrina brasileira, Pontes de Miranda sustenta que o adimplemento insatisfatório (adimplemento ruim) dá ensejo à exceção *non rite adimpleti contractus*, que é exceção dilatória, como a exceção *non adimpleti contractus*, não importando se a deficiência é quantitativa ou qualitativa. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXVI, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 100.

⁴⁴⁰ Por todos, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II, 11.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 270-271.

não evidencia fazer sentido. No exemplo do contrato de compra e venda de gêneros alimentícios, em que a prova da deterioração dos alimentos ficava a cargo do vendedor, que se utilizou de prova, posteriormente declarada falsa pelo tribunal, não haverá uma nova oportunidade para ele “realizar o cumprimento inexato da prestação”. Além do fato de a parte inocente poder recusar a obrigação inexata de prestar, é patente que um novo ato postulativo de provas poderá colocá-la em situação pior do que aquela que se encontrava se o ato não tivesse sido praticado, o que, evidentemente, não será do interesse dela.

Poderá o infrator ser responsabilizado e ter de pagar ao adversário indenização pela violação positiva do contrato de provas. Como já referido, o cumprimento defeituoso é suscetível de causar à parte danos distintos daqueles que resultam da mora ou do incumprimento definitivo, pelo que adquire autonomia em relação às outras modalidades de incumprimento. Além disso, ao cumprimento defeituoso é aplicável a presunção de culpa, o que obriga a parte faltante a demonstrar que não procedeu por culpa sua. A doutrina confirma que não se distingue o regime probatório relativamente a danos derivados da violação do dever de prestar principal ou da violação de outros deveres.⁴⁴¹

4.3 Declaração antecipada de não cumprimento (inadimplemento antecipado)

Pode acontecer de o devedor, mesmo na presença de uma cláusula penal sancionatória, ou numa fase do programa contratual em que o cumprimento ainda não é de se exigir, declarar à contraparte que não tenciona cumprir ou que não o poderá fazer.⁴⁴² Apesar de a declaração categórica e definitiva de não cumprimento constituir automaticamente o devedor em mora, não é pacífica a sua natureza jurídica. Alguns a

⁴⁴¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II, 11.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 272.

⁴⁴² Por todos, PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 258-259.

situam na antecipação do vencimento, na proibição do *venire contra factum proprium* e na violação positiva do contrato.⁴⁴³

Por haver uma violação da obrigação principal, parece mais adequado colocá-la sob a epígrafe da violação positiva do contrato porque, a rigor, não se pode falar do incumprimento de obrigações ainda não vencidas e sobre isso Brandão Proença ensina que a recusa antecipada não é, por si só, um incumprimento, mas significa aquilo que o autor chama de uma “conduta violadora específica”, a qual é integrada em parte por um regime jurídico próprio, em função das características da declaração, da possibilidade do arrependimento e da não preclusão da execução específica, e em parte por um regime extraído da teoria geral do incumprimento, para o evento de o credor pretender a “liquidação” do contrato.⁴⁴⁴

Num contrato pendente, pode o devedor tomar a iniciativa de se dirigir ao credor e dizer-lhe, antecipadamente, que não irá cumprir a obrigação. Isso pode ocorrer, especialmente, quando a obrigação tem prazo determinado, antes da superveniência deste, numa obrigação cujo prazo compita ao credor, antes de verificado o fato que permitiria a este interpelar o devedor, isto é, numa obrigação ainda exigível, numa obrigação já interpelável pelo credor, mas antes de qualquer interpelação, isto é, numa obrigação exigível em sentido fraco, numa obrigação vencida, ou seja, após a interpelação e sendo ela, portanto, exigível em sentido forte, em que se distingue quando há mora, mas ainda falta a fixação do prazo admonitório ou quando o prazo admonitório já foi fixado,

⁴⁴³ Para o Supremo Tribunal de Justiça a atitude da parte da qual resulta, expressa ou tacitamente, a intenção de não cumprir o contrato-promessa configura o incumprimento definitivo. Nesse sentido, o tribunal decidiu que “I. Se num contrato-promessa de compra e venda não foi convencionado prazo para o efeito, o cumprimento pode ser exigido a todo o tempo, pela forma convencionada; cumprida esse forma, torna-se exigível a outorga da compra e venda e o contraente faltoso fica constituído em mora. II. A mora converte-se em incumprimento definitivo se o contraente faltoso não se presta a cumprir, não obstante ter-lhe sido fixado um prazo adicional para o efeito, resultando da interpelação que o desrespeito desse prazo o faz entrar em incumprimento, e ainda se o outro contraente perder objectivamente o interesse na celebração do contrato definitivo. III. Importa ainda incumprimento definitivo a atitude do contraente da qual resulta, expressa ou tacitamente, a intenção de não cumprir o contrato-promessa. IV. O incumprimento definitivo por parte do promitente vendedor confere à parte contrária o direito a resolver o contrato, bem como a fazer sua a quantia entregue a título de sinal. V. A falta da interpelação admonitória ou da prova de factos que revelem a intenção de não cumprir impede que se dê como verificada a conversão da mora em incumprimento definitivo. VI. A venda a terceiros torna objectivamente impossível o cumprimento do contrato-promessa; mas vindo definitivamente decidido que não pode ser considerada no presente processo, não pode constituir motivo de reconhecimento do direito de resolução.” Acórdão de 21/01/2021, julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁴⁴ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 273.

mas ainda não expirou. Além de todas essas situações, o devedor pode simplesmente dirigir-se ao credor e dizer-lhe que não irá cumprir a obrigação quando ela ainda for inexigível.⁴⁴⁵

A declaração antecipada de não cumprimento inclui-se entre os fundamentos de resolução do contrato e é conhecida na maioria dos direitos⁴⁴⁶, sendo igualmente atribuída a Staub. Tal sucedeu quando o autor verificou, em 1902, que o contrato poderia ser violado não apenas pela omissão da conduta devida, no vencimento, mas, ainda, por determinadas atitudes ativas do devedor, nomeadamente a violação de um dever de não fazer, o cumprimento deficiente, a falta de uma prestação em contratos de execução sucessiva e, também, através da declaração de não cumprimento.⁴⁴⁷ Essa declaração de não cumprimento, na época, representaria uma violação da boa-fé e sempre poderia ser revogada pela própria parte, de modo que no vencimento a prestação fosse efetivada.

Mais tarde, a reforma alemã de 2001/2002 permitiu uma consagração expressa na lei daquilo que representou a evolução doutrinária e jurisprudencial acerca do tema da declaração de não cumprimento. Atualmente, a declaração séria e definitiva do incumprimento dispensa a interpelação, a teor do item 3 do n.º 2 do § 286 do BGB. De acordo com o n.º 1 do § 281 do BGB, quando o devedor não efetuar uma prestação vencida, pode o credor exigir uma indenização, caso o cumprimento não ocorra num prazo razoável por ele fixado, sendo fixação do prazo admonitório dispensável pelo credor quando o devedor recuse séria e definitivamente a prestação, a teor do n.º 2 do § 281. Ainda, o § 323 dispõe que a fixação de um prazo razoável para a resolução do contrato em caso de inadimplemento é dispensável se o devedor recusa séria e definitivamente a prestação. No direito alemão, portanto, deve estar em causa uma pura e simples declaração de não cumprimento, sem qualquer justificação e que “traduza a última palavra do devedor”.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 254.

⁴⁴⁶ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / PERESTRELO, Madalena. *Incumprimento resolutório. Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 60.

⁴⁴⁷ STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, Berlin, 1902.

⁴⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 262.

No direito português, contudo, não existe qualquer previsão legal para o problema da declaração de não cumprimento, embora alguma doutrina equipare o instituto ao não cumprimento das obrigações.⁴⁴⁹ Menezes Cordeiro distingue a declaração de não cumprimento da declaração que constate a impossibilidade absoluta do cumprimento, da declaração que traduza a impossibilidade relativa do cumprimento e de quaisquer outras declarações que equivalham a dúvidas, discordâncias ou reticências sobre a viabilidade ou a idoneidade do cumprimento. O autor conclui que, para ser eficaz, a declaração de não cumprimento “deverá ser pura, séria, definitiva, consciente e juridicamente possível.”⁴⁵⁰

Assim, tendo em conta as características de declaração de não cumprimento, extraídas da civilística, pode-se afirmar que em contratos probatórios celebrados por meio eletrônico, se as partes acordam que os registos informatizados, conservados nos sistemas informáticos da vendedora em condições razoáveis de segurança, fazem prova das comunicações, das encomendas e dos pagamentos efetuados entre as partes, cumpre distinguir algumas modalidades de inadimplemento que poderão suceder.

Se a vendedora comunica aos clientes que os registos informatizados foram *hackeados*, poderá haver a impossibilidade absoluta e superveniente do cumprimento, que não será imputável se restar comprovado que ela adotou todos os meios necessários para a conservação segura dos dados em seus sistemas. Se a vendedora informa que o sistema informatizado “caiu”, não funciona ou está “fora do ar”, não parece que essa declaração seja séria, a ponto de ser idônea ao não cumprimento, podendo caracterizar uma impossibilidade temporária. Porém, se a vendedora informa, categoricamente, que, por qualquer motivo injustificado, não disponibilizará o acesso aos registos informatizados referentes às vendas, haverá declaração antecipada de não cumprimento.

Menezes Cordeiro entende ser precipitada a equivalência da declaração de não cumprimento ao incumprimento definitivo e sustenta que a própria lei prevê um processo alongado até o cumprimento definitivo e dentro desse processo seria perfeitamente possível que o devedor fosse “chamado à razão”, acabando, afinal, por cumprir. Isso evidentemente decorreria também da ideia de boa-fé. Apesar disso, o autor sublinha que a declaração antecipada de não cumprimento deve ser entendida como uma renúncia ao

⁴⁴⁹ TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, 1973, p. 189.

⁴⁵⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 265.

benefício do prazo, ou, nas obrigações puras, a uma exclusão voluntária da interpelação para o cumprimento como pressuposto da mora.⁴⁵¹

De seu turno, Catarina Monteiro Pires, tendo em conta a ideia de *dualidade* do conceito de prestação, como ação de prestar, residindo no comportamento do devedor, ou como a realização do interesse do credor à prestação, com a ênfase recaindo no resultado da prestação⁴⁵², afirma que em alguns casos a declaração do devedor, eventualmente acompanhada de outras condutas, implica uma imediata perda do interesse do credor na prestação, pelo que, além do vencimento da obrigação, surgirá o que autora chama de “um *imediato* motivo justificativo da resolução do contrato”.⁴⁵³

Independente da natureza da declaração de não cumprimento, quando ela ocorrer, sujeita a parte às consequências da inexecução do programa contratual e embora a lei portuguesa não faça qualquer referência manifesta à declaração antecipada de não cumprimento, a figura é conhecida da praxis contratual e admitida na doutrina e jurisprudência. Para que a declaração signifique o anúncio de um verdadeiro incumprimento, é necessário que a recusa seja ilícita e que não se confunda com a atitude de alguém que acena com a impossibilidade de cumprir deveres acessórios fundados na boa-fé.⁴⁵⁴ Ainda, de acordo com a doutrina, a declaração antecipada de não cumprimento pode ser expressa ou tácita. A declaração tácita é “aquela que se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam (artigo 217º/1, do Código Civil).”⁴⁵⁵

Além disso, cabe referir a posição de Ferreira de Almeida, no sentido de que a relevância da declaração antecipada de não cumprimento da obrigação pelo devedor deve ser medida de acordo com a proibição de *venire contra factum proprium*. Segundo o autor, quem fizesse uma declaração de não cumprimento abusaria do seu direito de se prevalecer do prazo, quando, depois, o invocasse.⁴⁵⁶ Menezes Cordeiro discorda dessa

⁴⁵¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 255.

⁴⁵² Nesse sentido, por todos, PEREIRA, Maria de Lurdes. *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 11.

⁴⁵³ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 76-77.

⁴⁵⁴ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 259.

⁴⁵⁵ Com amplas referências à jurisprudência do STJ, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / PERESTRELO, Madalena. *Incumprimento resolutorio. Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 61-63.

⁴⁵⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Recusa de cumprimento declarada antes do vencimento (estudo de direito comparado e de direito civil Português), In *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, FDUL, pp. 314 ss.

posição porque a boa-fé remete para os valores fundamentais do ordenamento e não se pode afirmar que o devedor, ao voltar ao bom caminho do cumprimento, esteja, com isso, a atentar contra a boa-fé. De acordo com o autor, o devedor é responsável por declarações disparatadas, mas isso, só por si, não é abusivo. O autor prefere, por isso, as construções habituais ligadas à antecipação do momento do cumprimento, mas sem prejudicar a fixação de um prazo admonitório. Se um devedor declara, pura e simplesmente, não querer cumprir a sua obrigação, gera-se, de imediato, um sentimento afetivo de, desde logo, o sujeitar às consequências do incumprimento.⁴⁵⁷

Por sua vez, o Supremo Tribunal de Justiça já decidiu que “I - A declaração resolutive infundada é apta a extinguir o contrato-promessa em curso, mas só representa um incumprimento definitivo quando significa o propósito de não querer ou não poder cumprir. II - Só neste caso se poderá falar em incumprimento antecipado e definitivo do contrato-promessa, a justificar a atuação do regime do sinal. III - Não é o que se passa quando a resolução emerge da representação que o declarante faz acerca da suposta inadimplência da contraparte, pois que este comportamento não representa uma recusa séria, perentória e definitiva de cumprimento. IV - Nesta situação o contrato mantém-se, podendo a contraparte exigir o seu cumprimento (em espécie, sendo tal possível, ou através do sucedâneo indemnizatório), ou então resolvê-lo dentro do circunstancialismo do art. 808º do CCivil.”⁴⁵⁸

Assim, no exemplo da cláusula compromissória negocial processual relativa ao comércio *online*, se a vendedora não disponibiliza o acesso aos documentos eletrónicos de uma venda, poderá estar declarando antecipadamente o não cumprimento do contrato. Com a interpelação da vendedora ou o exercício do direito de ação pela parte inocente, poderá haver duas situações. A vendedora poderá ser chamada à razão e apresentar os documentos, ocasião em que haverá o adimplemento. Caso a vendedora persista na ideia de não apresentar os registos da venda eletrónica, poderá haver o incumprimento definitivo da cláusula compromissória.

⁴⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 263.

⁴⁵⁸ Acórdão de 22/05/2018, julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, disponível em www.dgsi.pt.

5. A alteração das circunstâncias e a adaptação ou a resolução dos contratos de prova

5.1 Exceção ao *pacta sunt servanda*

Os contratos são celebrados para o futuro e o ideal seria que desde o seu nascedouro até a sua extinção pelo cumprimento houvesse uma certa estabilidade jurídica, mas nem sempre é assim.⁴⁵⁹ Daí porque é imperiosa e atualíssima a advertência de Pontes de Miranda, no sentido de que “o direito é *processo social de adaptação*. Não se há de conceber sem se atender à sua função específica; portanto *dentro* da vida social, em que serve a melhor adaptação entre os homens.”⁴⁶⁰ Já em 1959 o autor denunciava que os sistemas jurídicos preocuparam-se com os problemas da impossibilidade originária, do erro e da impossibilidade superveniente, e em geral deixaram de editar regras jurídicas para as situações em que não se inseriu cláusula no negócio jurídico, mas em que a permanência ou pelo menos a não-mudança profunda das circunstâncias é essencial ao negócio.

Logo, a alteração das circunstâncias consubstancia uma exceção ao princípio de que os contratos devem ser cumpridos, já que, mais uma vez, cabe reproduzir o alerta de Pontes de Miranda, no sentido de que “o *princípio de adimplir-se* o que se prometeu exige que não se levem em conta os sacrifícios dos devedores. Deve, pague. Mas esse

⁴⁵⁹ Não se pode deixar de cogitar a ocorrência de um “Cisne Negro”, ou seja, um acontecimento que, de acordo com Nassim Taleb, é um *outlier*, pois está fora do âmbito das expectativas comuns, já que nada no passado pode apontar convincentemente para a sua possibilidade. De acordo com o autor, o Cisne Negro exerce um impacto extremo e apesar de ser um *outlier*, a natureza humana faz com que desenvolvamos explicações para sua ocorrência *após* o evento, tornando-o explicável e previsível. O autor sublinha que, de modo geral, Cisnes Negros positivos levam tempo para apresentar seus efeitos, enquanto os negativos acontecem muito rapidamente – “é muito mais fácil e muito mais rápido destruir que construir.” Taleb lembra que para que um evento seja um Cisne Negro não precisa de ser apenas raro ou incontrollável; precisa de ser inesperado, precisa estar “fora de nosso túnel de possibilidades.” Com profundidade, TALEB, Nassim Nicholas. *The Black Swan, the impact of the highly improbable*, London, Penguin, 2010.

⁴⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXV, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 215.

absolutismo levaria a soluções que destoam dos propósitos de adaptação social, que tem todo sistema jurídico.”⁴⁶¹

De acordo com o direito civil português, o regime do artigo 437.º do Código Civil permite que a vontade manifestada pelas partes, quando da celebração do contrato, seja desconsiderada em benefício do equilíbrio entre os interesses que se confrontam. A figura da alteração das circunstâncias assume aquilo que a doutrina moderna chama de uma demonstração da “socialização” do direito civil português, operada com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, que se encontra em permanente tensão entre o princípio da autonomia privada, tendo o princípio da boa-fé o seu elemento mais típico.⁴⁶²

Assim como a manutenção da identidade da obrigação depende da conservação da prestação, uma convenção processual é a mesma quando o comportamento devido seja o mesmo. Assim como a própria prestação pode sofrer alterações, desde que não transformem a prestação, a convenção processual probatória poderá sofrer ajustes, desde que não se constitua numa nova convenção processual. Assim como ocorre nas obrigações, a modificação dos contratos probatórios corresponde à situação em que se verifica a contradição entre dois princípios jurídicos, o princípio da autonomia da vontade e o princípio da boa-fé. De acordo com a doutrina, a autonomia da vontade exige o cumprimento pontual dos contratos e a boa-fé representa que não é lícito a uma das partes exigir da outra o cumprimento das obrigações sempre que a alteração do estado de coisas posterior à celebração do contrato tenha levado a um desequilíbrio das prestações.⁴⁶³

Nas obrigações em geral, a doutrina compreende a alteração das circunstâncias como um problema (não exclusivamente) de risco e de interpretação do negócio jurídico (artigo 236.º e ss. do Código Civil).⁴⁶⁴ Contudo, embora essa matéria seja como algo

⁴⁶¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXV, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 216.

⁴⁶² CORDEIRO, Antonio Barreto Menezes. Anotação ao artigo 437.º, In PIRES, Catarina Monteiro (org.), *Novo Corona vírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 62-63.

⁴⁶³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias de crédito*, vol. II, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 129.

⁴⁶⁴ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 180.

essencialmente privado, são reconhecidas aplicações do regime da alteração das circunstâncias no direito administrativo, com algumas adaptações.⁴⁶⁵

Logo, se a alteração das circunstâncias pode ser reconhecida no âmbito do direito administrativo, como maior razão é que deve ser admitida em sede de negócios processuais, nomeadamente nas convenções probatórias. Esses negócios, cada vez mais presentes nas relações modernas, igualmente podem estar sujeitos aos desequilíbrios entre aquilo que as partes se obrigaram e os benefícios que esperam receber, ou seja, caso a conjuntura que as partes configuram para o momento do adimplemento mude substancialmente, de forma imprevisível, não teria havido a negociação, naqueles termos do contrato, o que pode ensejar uma adaptação ou até mesmo a resolução.

5.2 Base do negócio e quebra da justiça interna do programa contratual

Ao mesmo tempo que o Código Civil consagra a alteração das circunstâncias em matéria de modificação das obrigações no artigo 437.º, o diploma legal prevê no artigo 252.º, n.º 2, o erro sobre a base do negócio, como uma categoria especial do erro sobre os motivos. Isso, de acordo com a doutrina, poderia fazer supor que o legislador pretendeu consagrar simultaneamente as concepções objetiva (*objektive Geschäftsgrundlage*) e subjetiva (*subjektive Geschäftsgrundlage*) da base do negócio para o efeito de aplicação do regime da alteração das circunstâncias, a primeira, a significar a realidade que subjaz o próprio negócio, e a segunda, reconduzível à vontade dos contratantes. Apesar dessa diferença, a doutrina sustenta que o regime aplicável seria o mesmo, pois o artigo 252.º, n.º. 2, remete para o artigo 437.º.⁴⁶⁶

Oliveira Ascensão entende que a falsa representação sobre a base do negócio coloca apenas um problema de erro, com a consequência da anulação do contrato e não a resolução ou modificação segundo juízos de equidade. Com efeito, o autor trata do erro sobre a base do negócio como outra modalidade de erro prevista no Código Civil, cujo

⁴⁶⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 547.

⁴⁶⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias de crédito*, vol. II, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 134-135.

objeto seriam “as circunstâncias que constituem a base do negócio”. Admite que, antes de mais, o n.º 2 do artigo 252.º do Código Civil é apresentado como restrição ao regime do erro sobre os motivos do n.º 1, que contém o regime geral do erro e, com apoio nisso, acaba por haver um erro sobre um motivo que é sujeito a regime especial, porque recai sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, a qual considera algo de considerável complexidade. Sugere que a base do negócio seja examinada simultaneamente com a figura da alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar. Conclui, com fundamento no artigo 252.º, n.º 2, e no artigo 437.º, n.º 1, ambos do Código Civil, que a base do negócio e as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar são exatamente a mesma coisa. Essas circunstâncias não pertencem ao conteúdo do contrato, mas “dão o fundo sem o qual não se contrataria”. Sobre elas, não é necessário acordo nem previsão, apenas consciência implícita.⁴⁶⁷

Em estudo mais recente, o autor reitera essa posição e consigna que a doutrina e jurisprudência atuais sedimentaram a ideia da base do negócio. Sublinha que a própria expressão é usada no artigo 252.º, n.º 2, do Código Civil que trata do erro sobre a base do negócio como modalidade de erro sobre os motivos. O dispositivo remete, porém, para o artigo 437.º qual o regime que deve ser aplicado e aí que se regula a alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar. Registra que apesar da diferença de formulação, a base do negócio e as circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar são exatamente o mesmo, já que ambas correspondem à expressão alemã *Geschäftsgrundlage*. São aquelas circunstâncias que comumente levaram as partes a contratar, e a contratar exatamente daquela forma. Para o autor, além disso, elas fazem com que o contrato seja aquilo que é, de modo que seria injusto manter as partes vinculadas se essas mesmas circunstâncias sofressem uma alteração essencial.⁴⁶⁸

Dito de outro modo, a fronteira entre o artigo 252.º, n.º 2, e o artigo 437.º, ambos do Código Civil, é demarcada dentro dos limites do erro. Se existe uma falsa representação das circunstâncias vigentes por ocasião da celebração do negócio, as partes incorrerão no

⁴⁶⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 186.

⁴⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 25, Rio de Janeiro, Padma, 2006, p. 60.

erro. A situação do artigo 437.^o não descreve qualquer erro porque as circunstâncias vigentes por ocasião da celebração do negócio pelas partes estavam corretas. O que ocorrerá é uma modificação dessas circunstâncias durante e execução do contrato.

Em termos gerais, a teoria da base do negócio foi desenvolvida pelo jurista alemão Paul Oertmann na segunda década dos noventa e seria a representação de uma parte, ou a representação comum às várias partes, patente na conclusão dum negócio e reconhecível e não contestada por qualquer contraparte no seu significado, da existência ou do aparecimento futuro de certas circunstâncias, nas quais se funda a vontade negocial.⁴⁶⁹ Cuida-se de uma apresentação subjetiva do tema, reflexo do voluntarismo da época, mas perfeitamente compatível com uma leitura objetiva, que também lhe foi dada, posteriormente.

É corrente em doutrina a ideia de que a base do negócio tem nascedouro na cláusula *rebus sic stantibus* e na noção de que na idade média o contrato previa uma relação justa das partes para que fosse admitido. No Direito Romano, muito embora vigorasse a ideia de *pacta sunt servanda*, o Código Justiniano (*Digesto*) dispunha que se as condições da época da contratação fossem substancialmente modificadas, o negócio poderia ser revisto ou resolvido. Essa doutrina encontra-se consagrada no brocardo *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*.⁴⁷⁰

A vinculação das partes assenta-se num “estado de coisas” e o contrato não teria sentido perante circunstâncias completamente diferentes. A origem da cláusula *rebus sic stantibus* é justamente essa: enquanto as circunstâncias assim se mantiverem. O contrato vinculava e isso era justo, mas se as circunstâncias se alterassem profundamente o contrato poderia deixar de vincular, desde que a alteração fosse tal que ferisse a justiça

⁴⁶⁹ OERTMANN, Paul. *Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff*. Leipzig: A. Deichert, 1921, p. 37.

⁴⁷⁰ Acerca da teoria da imprevisão e da cláusula *rebus sic stantibus*, com referências ao direito romano, posição dos canonistas e pós glosadores, as restrições operadas na história, o declínio e a influência, a posição na história, seus fundamentos na moral e na equidade e as manifestações na boa-fé, bem como sua aplicação aos diversos contratos, com a análise dos requisitos, o estudo de FERNANDES, Luís Alberto Carvalho, *A teoria da imprevisão no direito civil português*, Lisboa, FDL, 1960. Acerca da teoria da pressuposição, que retomou a ideia da cláusula *rebus sic stantibus* na pandectística, no sentido de que revelada falsa ou desaparecida, a pressuposição autorizaria a perda da eficácia do contrato, WINDSCHEID, Bernhard / KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, 9.^a ed., reimp. 1906, Frankfurt am Main, Scientia Verlag Halen, 1963, pp. 507-511.

contratual. Essa orientação tinha uma preocupação substancialista, que levava a substância dos contratos que eram válidos não apenas por terem sido consentidos, mas porque “fundavam numa relação justa”. Tudo fundado sobre uma única base subjetiva. Posteriormente é que surgem as orientações objetivas da base do negócio, com relevância na alteração das circunstâncias como uma espécie de impossibilidade, quando se afirma que o conceito objetivo de base do negócio se vincula com a finalidade real do contrato e procura responder à questão de saber se a intenção geral dos contratantes pode ainda efetivar-se em face das modificações econômicas sobrevindas.⁴⁷¹

A base subjetiva do negócio é o que levou os figurantes a concluir o contrato, ou o que se supôs para se concluir o contrato. Se a realidade desmente o que se representava (elemento psicológico puro), houve erro. De acordo com Pontes de Miranda, o erro pode recair sobre o objeto, ou qualidade dele, ou sobre alguma circunstância que foi tida como essencial, mas se o erro é sobre os motivos, não é erro sobre a base do negócio jurídico. Portanto, a disciplina do erro não bastaria para satisfazer quem exige atender-se à base do negócio jurídico, fora do erro dito substancial. Já a base objetiva apenas considera o conjunto de circunstâncias cuja existência ou permanência é tida como pressuposto do negócio jurídico, ainda que não o saibam os figurantes ou o figurante, livrando do fundo estritamente psicológico que a teoria da base subjetiva do negócio exige.⁴⁷²

Em realidade, os ordenamentos jurídicos podem apresentar situações diversas envolvendo a base do negócio. De um lado, pode estar-se diante da impossibilidade econômica caso sejam ultrapassados os limites de que se poderia exigir de uma das partes no contrato, o denominado limite de sacrifício, uma espécie de impossibilidade posterior, às vezes denominada em codificações recentes como onerosidade excessiva, a exemplo do artigo 1.467 do Código Civil Italiano e dos artigos 317 e 478 a 480 do Código Civil Brasileiro, em que a prestação, pela alteração superveniente das circunstâncias, apenas poderá ser realizada mediante despesas desproporcionadas e extraordinários esforços,

⁴⁷¹ Nesse sentido, LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München/Berlin, Beck, 1957, p. 18; LOCHER, Eugen, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, In *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 121, Mohr, 1923, pp. 3-110.

⁴⁷² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXV, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 224.

não havendo óbices físico ou jurídico para a sua realização, tampouco desaparecimento ou frustração do fim da prestação.⁴⁷³

De outro lado, ao contrário do que sucede nesses ordenamentos, o artigo 437.º, n.º 1, do Código Civil, não é moldado apenas em função da onerosidade excessiva que possa suceder para alguma das partes após a ocorrência de certas circunstâncias. Sob esse aspecto, Judith Martins Costa e Paula Costa e Silva revelam que “a distorção da justiça interna do contrato em consequência da superveniente alteração das circunstâncias é indício de que a subsistência do programa contratual, sem adaptações, poderá afetar gravemente o princípio da boa-fé.”⁴⁷⁴

Logo, não apenas a teoria da impossibilidade serve como fundamentação de modificação das circunstâncias do contrato, já que existem outros princípios que definem a relação contratual como uma relação material, a exemplo do princípio da boa-fé. A base objetiva do negócio jurídico decorre de uma tensão entre os aspectos subjetivos do contrato e o seu “meio económico”, o que relativiza a aludida vontade – aspecto subjetivo – à realidade subjacente. Isso não se dá de modo automático, como a cláusula *rebus sic stantibus*, pois supõe sempre um “juízo de valor a respeito da importância das modificações do meio económico, em que o contrato se situa.”⁴⁷⁵

⁴⁷³ O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078/90) prevê a onerosidade excessiva em razão da alteração das circunstâncias nos artigos 6.º, inciso V e 51, inciso IV. Este último considera nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de bens ou serviços que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade”. Acerca desses dispositivos, José de Oliveira Ascensão ensina que se trata de “uma amálgama de critérios, objectivos e subjectivos, que se sobrepõem, o que é sempre mau.” Conclui o autor que “tudo se reconduz afinal à cominação de que as cláusulas sejam aferidas por referência à justiça. Esta engloba em si a desproporção e o desequilíbrio e manifesta-se como equidade, porque a equidade é a justiça do caso concreto.” ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil, In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. XXV, Rio de Janeiro, Padma, 2006, p. 60.

⁴⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, pp. 272-273. As autoras alertam para o fato de que nem todas as perturbações supervenientes do equilíbrio do contrato atribuem à parte prejudicada o recurso aos remédios do artigo 437.º. De acordo com as autoras, a remissão do art. 437.º ao princípio da boa-fé apenas permite afirmar que certas circunstâncias, indutoras de uma “quebra da justiça interna do contrato, determinam uma inexigibilidade da prestação.” Referem que a “mera impossibilidade relativa de cumprimento” não tem eficácia exoneratória a ponto de permitir, por si só, a resolução ou a modificação do contrato.

⁴⁷⁵ SILVA, Clóvis Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro, In FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, pp. 94-95.

A recente reforma do direito das obrigações alemão incluiu uma disposição no § 313 do BGB, que trata especificamente da alteração das circunstâncias, o que, de certo modo, consagra na legislação os avanços doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria. De acordo com a experiência alemã, a perturbação da base negocial permite à parte lesada exigir a adaptação do contrato – § 313, n.º 1, do BGB – e só quando a adaptação não for possível a parte poderá pedir a resolução – § 313, n.º 3, do BGB.

Por sua vez, a doutrina portuguesa, ao interpretar o artigo 437.º do Código Civil, exige os seguintes requisitos para a aplicação do instituto: i) uma alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, ii) o caráter anormal dessa alteração, iii) que essa alteração provoque uma lesão para uma das partes, iv) que a lesão seja de tal ordem que se apresente como contrária à boa-fé a exigência do cumprimento das obrigações assumidas, v) e que não se encontre coberta pelos riscos próprios do contrato.⁴⁷⁶ Luís Menezes Leitão destaca que apenas são relevantes as alterações das circunstâncias existentes à época da celebração do negócio e que tenham sido causais à sua celebração pelas partes, não importando a falsa representação quanto às circunstâncias presentes e futuras, nem circunstâncias que não sejam causais em relação ao negócio. A lesão causada pela alteração das circunstâncias não pode estar coberta pelos riscos do negócio, já que a decisão de contratar sempre envolve riscos. Exige-se, ainda, o surgimento de um desequilíbrio entre as prestações contratuais que torne contrário à boa-fé a exigência do cumprimento do contrato.⁴⁷⁷

Os riscos do contrato⁴⁷⁸, ou seja, a complexa relação entre o contrato e o futuro, geralmente excluem a possibilidade de ocorrência do chamado “Cisne Negro, vindo do

⁴⁷⁶ De acordo com Pontes de Miranda, se algum elemento pertence à base do negócio jurídico, mas são de prever-se circunstâncias que a eliminam, ou podem eliminar, os figurantes assumiram o risco. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXV, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 258.

⁴⁷⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias de crédito*, vol. II, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 135-137. Acerca dos requisitos da atribuição de relevância jurídica a uma alteração superveniente das circunstâncias aplicados aos contratos comerciais puros, em especial o elemento hipotético da assunção da base do negócio como critério operativo unitário e o critério negativo e implícito do art. 437.º das “circunstâncias sem as quais as partes não teriam contratado”, desde que conhecidas ou cognoscíveis pela contraparte, COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 307 ss. e 338-339.

⁴⁷⁸ A tecnologia reveste os contratantes de novas ferramentas para a alocação e para a gestão do risco contratual, em sintonia com a natural riqueza da fonte negocial para a criação de modelos de contratos,

nada”, e em razão disso a alteração das circunstâncias deve ter caráter anormal, a exemplo de um *tsunami*, uma pandemia ou uma guerra, como o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001. Logo, não se considera anormal a alteração “que está dentro dos riscos normais do contrato.”⁴⁷⁹

Além disso, a alteração deve ser anormal ou inabitual e contrária à boa-fé, que, por sua vez, pode afastar a alteração das circunstâncias se o impacto dela no direito das partes for insignificante.⁴⁸⁰ A prestação, em virtude de uma onerosidade superveniente por decorrência de uma alteração das circunstâncias, torna-se inexigível segundo a boa-fé, justamente por que não se poderia pretender que uma pessoa comum a efetuasse. Apenas daquele que fosse considerado “excepcionalmente cumpridor” se poderia esperar a realização da prestação em virtude de uma onerosidade excessiva, o que, que em certos casos, seria considerado até mesmo “censurável” ou “criticável”.⁴⁸¹

Dito de outro modo, o agravamento unilateral da prestação de uma das partes contratantes deve tornar excessivamente onerosa a sua obrigação e insuportável o cumprimento dela, em situações futuras imprevisíveis. Nessa hipótese, haveria a inadmissível transformação do contrato, que era comutativo, em aleatório, pois nos contratos comutativos as partes possuem plena noção do que vão ganhar e do que vão

como por exemplo a aplicação da inteligência artificial e dos *smart contracts* no direito contratual. De acordo com essa ideia, os sistemas dotados de inteligência artificial podem ser utilizados para a gestão de superveniências contratuais. Com efeito, os *softwares* inteligentes podem consistir em instrumento para a gestão do risco contratual, sobretudo, por força da possibilidade, ao menos em tese, de concepção de cada *software*, à luz das concretas necessidades das partes em cada contrato. Inserida em cláusula de adaptação automática, a inteligência artificial pode atuar, por exemplo, para a definição do critério de desequilíbrio autorizador da revisão, bem como para a própria averiguação da ocorrência de tal ordem de desequilíbrio no caso concreto. Além disso, afirma-se que a expressão *smart contract* busca aludir a contratos que tenham em comum, em maior ou menor medida, a automação da sua execução. Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo / SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial, *smart contracts* e gestão do risco contratual, In TEPEDINO, Gustavo / SILVA, Rodrigo da Guia (org.), *O Direito Civil na era da inteligência artificial*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 373.

⁴⁷⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 25, Rio de Janeiro, Padma, 2006, p. 60. O autor exemplifica com aquilo que se conhece como *trading* em bolsa de valores, quando quem investe na Bolsa está sujeito aos riscos da oscilação das cotações, mas o encerramento das Bolsas é uma ocorrência extraordinária, que deve levar à revisão ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Não se discorda do autor, porém, eventos do tipo Cisne Negro, como aquele que ficou conhecido como *Black Monday*, em que, no dia 19 de outubro de 1987, do nada, houve uma global, repentina, inesperada, e largamente severa quebra no mercado de ações (*stock market crash*), podem impactar a justiça interna dos contratos e representar uma alteração das circunstâncias por estarem fora do risco dos negócios.

⁴⁸⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 688.

⁴⁸¹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, 1973, pp. 342-343.

perder enquanto que nos contratos aleatórios haverá sempre insegurança constante e um verdadeiro clima de risco. Assim, havendo esse desequilíbrio contratual, com sérios prejuízos a uma das partes, por acontecimentos alheios à vontade dos contratantes, poderá haver a revisão do contrato, ou a resolução.⁴⁸²

Evidentemente que a mudança das circunstâncias, para que sejam atendidas as suas consequências, deverá ocorrer, o mais tardar, no momento que deveria ser cumprido o negócio jurídico, ou enquanto está o contrato a ser cumprido sem mora. *A mora debitoris* e a *mora creditoris* hão de ser posteriores à mudança nas circunstâncias. Se forem anteriores, a responsabilidade é do devedor ou do credor em mora. Logo, se a parte que sofre com a frustração estava em mora, de modo nenhum poderá alegar a desaparecimento da causa objetiva, ou da frustração, ou outra consequência.⁴⁸³

Atualmente, vale mencionar o entendimento de acordo com o qual a alteração das circunstâncias não visa a possibilitar a extinção dos contratos que possam ser considerados como desequilibrados à luz de critérios alheios às partes, nem a de conformar a relação entre as partes de forma “objetivamente” justa. O juízo de equilíbrio terá de necessariamente ter como ponto de referência a relação de equivalência fixada pelas partes, ou seja, a reconstrução da equivalência subjetiva, aquela que as partes estabeleceram, das prestações, perante eventos supervenientes, imprevistos e inimputáveis, que a perturbam. Dito de outro modo, uma alteração anormal das circunstâncias do mundo exterior de que as partes tomaram ciência.⁴⁸⁴ Uma espécie de *objektive und subjektive Geschäftsgrundlage*, de acordo com Karl Larenz.⁴⁸⁵

Talvez seja por isso que a doutrina releva, para os efeitos do artigo 437.º, n.º 1, do Código Civil, a existência de eventos supervenientes que alteram desmesuradamente o equilíbrio contratual, fazendo com que uma das prestações se torne excessivamente onerosa, sobrevindo uma desproporção insuportável entre as prestações que justifique a modificação ou a resolução do contrato. A alegação de que o esforço exigido para cumprir

⁴⁸² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva na Extinção dos Contratos, In *Fundamentos do direito civil brasileiro*, Campinas, Millennium Editora., p. 66.

⁴⁸³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXV, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 255.

⁴⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, pp. 275-276.

⁴⁸⁵ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrecht*, vol. I, 14.ª ed., München, 1987, pp. 320 ss.

era excessivo e inexigível não basta para a invocação da alteração das circunstâncias com base no artigo 437.º.

Apesar do entendimento dominante de que se não houver modificação da equivalência das prestações não se poderia aplicar a alteração das circunstâncias, já que ela exige a presença de situações envolvendo “desproporção insuportável entre as prestações (desequilíbrio grave do contrato)”⁴⁸⁶, não se pode mais fechar os olhos para as situações em que as partes da relação contratual sejam reciprocamente credoras e devedoras e os problemas contratuais decorrentes da alteração das circunstâncias possam atingir não apenas uma das partes, mas a posição de ambos os figurantes da relação obrigacional.⁴⁸⁷

Por vezes, o desequilíbrio grave do contrato poderá não estar presente, especialmente quando ambos os figurantes sofrerem desequilíbrio. Atualmente, isso pode ser comprovado nas diversas situações decorrentes da pandemia da Covid-19. Nessas hipóteses, não haverá perda de um lado e ganho de outro, mas ambos os figurantes da relação obrigacional perdem, uma espécie de situação de desvantagem de ambas as partes, o que também ensejaria a adaptação ou a resolução do contrato.

5.3 Alteração das circunstâncias nas convenções probatórias

5.3.1 Fonte legal

De acordo com a moderna doutrina processual alemã, se as circunstâncias materiais, que existiam no momento da celebração do contrato processual, modificaram-se inesperadamente, a parte prejudicada pode alegar a alteração das circunstâncias e

⁴⁸⁶ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 198.

⁴⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 275.

solicitar a adaptação ou a resolução do negócio processual – *Wegfall der Geschäftsgrundlage* – de acordo com o disposto no § 313 do BGB.⁴⁸⁸

Com efeito, Paula Costa e Silva chama a atenção para o fato de os problemas atinentes a uma alteração das circunstâncias não serem totalmente estranhos ao ordenamento processual e lembra que o instituto do caso julgado não é insensível à modificação das circunstâncias que fundaram a decisão de condenar.⁴⁸⁹ Diante dessa constatação, a autora menciona que a falta de previsão de uma relevância deste tipo de alteração nos negócios processuais não pode significar que estes estejam subtraídos da aplicação do artigo 437.º do Código Civil e lembra que essa disposição tem caráter geral, visando a reposição da justiça interna das posições jurídicas derivadas de um título, que foi ameaçada por uma alteração anômala das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.⁴⁹⁰ Aqui é relevante recordar que os negócios processuais sobre a prova podem instituir prestações de execução diferida e são celebrados atendendo as circunstâncias vigentes no momento da conclusão dos contratos.

Igualmente, a doutrina brasileira admite a incidência do regime da onerosidade excessiva nos negócios processuais. Antonio do Passo Cabral acolhe a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e da teoria da imprevisão, em especial nas situações projetadas no tempo para adaptá-las, desde que preenchidos os requisitos de alteração das condições iniciais e se esteja diante da constituição de uma nova situação imprevisível e extraordinária. O autor admite que o prejudicado invoque a resolução ou modificação do negócio processual e exemplifica com os negócios que dispõem sobre os custos do processo, que podem ser revistos se alterarem substancialmente as condições econômicas das partes, que talvez possam ser beneficiadas pela gratuidade da justiça. Também refere que um contrato probatório, no qual as partes renunciaram à produção

⁴⁸⁸ KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany. In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017, pp. 221-222.

⁴⁸⁹ Igualmente nesse sentido, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. In *Ensaio de direito processual*, Rio de Janeiro, Forense, 2002. Acerca da alteração das circunstâncias relevante para a resolução ou modificação do contrato nos termos dos artigos 437º e seguintes do Código Civil e a respectiva aplicabilidade aos negócios processuais titulados pelas sentenças, ALEXANDRE, Isabel. *Modificação do caso julgado material civil por alteração das circunstâncias*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 391-396.

⁴⁹⁰ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 627-628.

da prova testemunhal ou pericial, pode ser modificado se a parte demonstrar que o documento por meio do qual ela confiava demonstrar suas alegações pereceu sem culpa, ou foi considerado inautêntico, posteriormente à celebração do acordo.⁴⁹¹

Não se discorda dos exemplos fornecidos pelo autor, que constituem modalidades de incumprimento dos negócios processuais. Parece, contudo, que eles devem ser associados a diversos regimes do inadimplemento. A rigor, o exemplo do documento ter perecido sem culpa da parte não se enquadra na hipótese da alteração das circunstâncias ou da onerosidade excessiva. O impedimento ao cumprimento, nesse exemplo, não é ultrapassável, mesmo que com esforços e dispêndios adicionais da parte. Diante do caráter inultrapassável, o exemplo do documento ter perecido sem culpa da parte muito se aproxima da impossibilidade absoluta superveniente não imputável, situação que poderá ensejar o bloqueio da pretensão primária ao cumprimento *in natura*⁴⁹² e a extinção do negócio processual.

Igualmente, a inautenticidade posterior do documento não caracteriza o regime da alteração das circunstâncias ou a onerosidade excessiva. De acordo com as ideias expostas no presente estudo acerca das violações positivas do contrato, a decretação de inautenticidade da prova pelo tribunal é situação que melhor se enquadra na perspectiva do cumprimento defeituoso ou inexato da convenção processual probatória. Em analogia ao regime do cumprimento defeituoso, pode-se dizer que houve a realização total da prestação do contrato, mas a parte onerada cumpriu mal, em desacordo com as condições devidas. Para caracterizar a alteração das circunstâncias, deveria ter havido, entre os requisitos já mencionados, uma modificação anormal da situação contratual originária.

Para que se esteja diante da onerosidade excessiva, de acordo com o ensinamento de Oliveira Ascensão, deverá haver uma espécie de assimetria no cotidiano do programa contratual em razão da quebra da equação económica do negócio, tal como foi querida pelas partes. O autor parte do princípio que a desproporção entre vantagens e sacrifícios

⁴⁹¹ CABRAL, António do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 403-407. De acordo com a doutrina, a alteração das circunstâncias pode indicar quaisquer alterações relevantes para a formação da base do negócio ou indicar alterações ao entorno económico do contrato, manifestando-se por uma onerosidade excessiva superveniente. Acerca desses conceitos, com profundidade, PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 349-402.

⁴⁹² PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 44, 236-237 e 260.

foi livremente querida, dentro do exercício normal da autonomia privada. Mas é esse equilíbrio voluntário que pode ser posto em causa por alteração anormal; é nesse caso que a base do negócio é rompida.⁴⁹³

Já o exemplo que Antonio do Passo Cabral fornece sobre os custos do processo, que na presença de um evento raro, de impacto extremo e previsibilidade retrospectiva (mas não prospectiva)⁴⁹⁴, podem ser revistos se alterarem substancialmente as condições económicas das partes, a ponto de elas poderem ser beneficiadas pela gratuidade da justiça, aproxima-se do regime da alteração anormal das circunstâncias, que somada à ponderação principiológica da boa-fé objetiva, poderá ocasionar a adaptação do programa contratual e até mesmo a resolução do contrato, com o pedido conjunto de gratuidade da justiça.

Com efeito, a doutrina moderna prioriza a adaptação do programa contratual em relação à resolução do contrato por alteração das circunstâncias. Mais ainda, estando em causa a reposição do equilíbrio do programa contratual em vigor com base no exercício da autonomia privada, a intervenção judicial deve ser vista como subsidiária. De acordo com Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva, estando presentes os requisitos da alteração das circunstâncias, decorre do artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil, que a parte não prejudicada deverá renegociar o contrato, cooperando de forma construtiva na restauração do equilíbrio contratual.⁴⁹⁵

Da mesma forma, se as partes, numa convenção processual, dispuserem sobre os custos relativos à produção das provas, especialmente sobre a divisão dos custos referentes à produção da prova pericial, e a situação económica de uma delas piorar substancialmente, diante da presença de um Cisne Negro, se for comparada com a situação que havia no momento da celebração do negócio, poderá configurar a onerosidade excessiva em decorrência de um desequilíbrio superveniente, o que as

⁴⁹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias. In *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 522-523,

⁴⁹⁴ Eventos dessa ordem seguem a dinâmica do Cisne Negro.

⁴⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 281. Nesse sentido, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de. Em tema de alteração das circunstâncias: a prioridade da adaptação/modificação sobre a resolução do contrato. In SEQUEIRA, Elsa Vaz de et al. In *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 264 ss.

autoriza a proceder à adaptação do negócio processual em razão da alteração das circunstâncias.

Note-se que, para a alteração da base do negócio processual, a situação não deveria estar coberta pelos riscos do contrato sob pena de valer o princípio do *pacta sunt servanda*. Ainda, não serão relevantes as circunstâncias que meramente impliquem o agravamento da posição de qualquer das partes, ainda que daí advenha a situação de desproporção que caracteriza os casos de impossibilidade relativa. Igualmente, a delimitação do esforço exigível das partes, através do princípio da boa-fé, não permite, por si só e com fundamento na regra do art. 437.º do Código Civil, a resolução ou a modificação do contrato com fundamento na excessiva dificuldade. Ao contrário do que acontece no Brasil ou em Itália, a ordem jurídica portuguesa não exige apenas a onerosidade excessiva para uma das partes após a ocorrência de certas circunstâncias. Há que se verificar a “distorção da justiça interna do contrato em consequência da verificação de circunstâncias supervenientes”.⁴⁹⁶

Nesse sentido, Catarina Monteiro Pires entende que a alteração das circunstâncias é um remédio de *ultima ratio*, reservado para casos extremos, envolvendo hipóteses de desproporção insuportável entre as prestações (*Äquivalenzstörung*) e não mera onerosidade.⁴⁹⁷

A onerosidade excessiva está prevista nos artigos 317 e 478 a 480 do Código Civil Brasileiro e, se for superveniente à elaboração de um negócio jurídico de execução diferida, pode servir como fundamento para a sua resolução ou adaptação, quando tornar

⁴⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, pp. 44 e 272. As autoras sublinham que em França, até a revisão do *Code Civil* de 2016, a revisão dos contratos por imprevisão cingiu-se aos contratos administrativos. No direito privado, a possibilidade de revisão contratual por alteração das circunstâncias motivou um debate secular, tornando-se texto de lei apenas com a reforma do direito das obrigações de 2016, sob a epígrafe de teoria da imprevisão, dispondo o artigo 1195 do *Code Civil*: “Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.”

⁴⁹⁷ PIRES, Catarina Monteiro. Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir, In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 76, vol. I/II/III/IV, Jan./dez. 2016, p. 135.

excessivamente difícil o seu cumprimento. As regras do direito material servem às convenções processuais, sobretudo àquelas celebradas antes da instauração do processo, de modo que se aplica aos negócios processuais a regra geral que considera excepcional a revisão dos negócios jurídicos no direito brasileiro.⁴⁹⁸

Por outro lado, ao comparar a convenção sobre alteração da distribuição do ônus da prova aos demais negócios jurídicos obrigacionais, pode-se chegar a uma inusitada situação. Enquanto que a onerosidade excessiva imposta ao devedor no cumprimento de uma obrigação em geral pode configurar o inadimplemento da prestação, podendo levar à adaptação ou resolução do contrato, nas convenções probatórias sobre o ônus da prova a onerosidade excessiva constitui uma causa de invalidade do negócio, a teor do artigo 345.º, n.º 1, do Código Civil. Cabe lembrar que o aludido dispositivo, de certo modo análogo ao artigo 2.698 do Código Civil Italiano e ao artigo 373, § 3.º, inciso II, do Código de Processo Civil Brasileiro, dispõe que a inversão do ônus da prova é nula quando torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. De sorte que se poderá estar diante da alteração das circunstâncias geradora de invalidade, algo muito próximo do regime da impossibilidade originária, sendo irrelevante a vontade das partes, ou seja, ainda que não haja manifestação de vontade das partes, haverá consequências jurídicas e o tribunal pronunciará oficiosamente a invalidade.

Logo, é perfeitamente admissível equiparar a excessiva onerosidade da convenção que inverte o ônus da prova à impossibilidade originária da prestação, já que ambas são causas de invalidade dos negócios jurídicos, de acordo com os artigos 345.º, n.º 1, e 401.º, n.º 1, ambos do Código Civil. A onerosidade excessiva, nesse caso, não remete ao artigo 252.º, n.º 2, do Código Civil, já que, nesse caso, recaindo o erro sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, é aplicável o disposto sobre a modificação ou a resolução

⁴⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 22.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2020, p. 498. Com relação à excepcionalidade da revisão dos negócios jurídicos, recentemente, a chamada Lei de Liberdade Econômica acrescentou um parágrafo único ao artigo 421 do Código Civil Brasileiro, dispondo no *caput* que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato e no parágrafo único prevendo que nas relações contratuais privadas prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019). Interessante que após a entrada em vigor dessa lei, prevendo a excepcionalidade da revisão dos contratos, foi declarada pela Organização Mundial da Saúde, em março de 2020, a pandemia da Covid-19, com severos impactos na saúde e na economia das populações, tornando aquilo que era regra – a excepcionalidade da revisão dos contratos – praticamente uma exceção. Após a declaração da pandemia pela Organização Mundial da Saúde a regra passou a ser a revisão ou adaptação dos contratos e até mesmo a suspensão, a depender do caso.

do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que o negócio foi concluído e o artigo 345.º, n.º 1, fala expressamente na nulidade do negócio.

A impossibilidade prática encontra consagração no ordenamento processual, curiosamente, não em sede de cumprimento das obrigações, mas qualificando como impossível a prestação que só possa ser cumprida através do emprego de dispêndios ou custos absolutamente desproporcionados face ao valor da prestação ou ao interesse do credor. Nesse caso, confere-se eficácia liberatória à onerosidade excessiva do cumprimento e se considera o cumprimento impossível, com base na inadmissibilidade em razão da invalidade e não com base no incumprimento da prestação. A convenção processual sobre ônus da prova é inválida, o que faz recair sobre a produção de provas a regra geral, de que àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos fatos constitutivos do direito alegado e a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.

Assim, enquanto que para qualquer negócio não processual a onerosidade excessiva poderá implicar o inadimplemento da prestação, em se tratando de convenções probatórias sobre o ônus da prova ela implicará a invalidade do negócio processual. Da mesma forma, com relação às demais modalidades do convenções probatórias, quando se estiver diante da alteração das circunstâncias por onerosidade excessiva, a solução do problema deverá ser buscada na perspectiva do incumprimento e não com base na invalidade do negócio processual.

Portanto, não deixa de ser curioso o fato de que a impossibilidade do cumprimento, quando decorrer da onerosidade excessiva do contrato sobre ônus da prova, provoque a nulidade e não o incumprimento da convenção. Sem dúvida, essa é uma peculiaridade dos negócios processuais em que as partes podem criar uma regra para o julgamento da causa em caso de dúvida, impondo ao juiz que decida em prejuízo da parte que tinha o ônus da prova em razão do contrato. Se houver o incumprimento, por onerosidade excessiva, e for pleiteada a resolução do contrato, a consequência será a nulidade, em razão do disposto no artigo 345.º do Código Civil e a onerosidade excessiva decorrerá num retorno à distribuição legalmente ordenada, já que o destinatário da regra contratualmente disposta era o decisor e não a contraparte. A parte que estaria onerada, por convenção, deixará de estar, e será onerada com a prova a parte que, por acordo havia sido liberada,

com a característica de o regime da impossibilidade pela onerosidade excessiva determinar a extinção do negócio processual por ser nulo, algo muito próximo ou que até mesmo se confunde com o regime da impossibilidade originária da prestação.

Já na convenção processual sobre a divisão dos custos da prova pericial, outra será a solução em razão do incumprimento. Poderá suceder que no momento de incidência da convenção, a situação econômica das partes seja bem diferente do momento da celebração do negócio. A pandemia da Covid-19, exemplo da ocorrência de evento do tipo Cisne Negro, pode reduzir ambas as partes à insolvência, a ponto de requererem, em conjunto, o benefício da gratuidade da justiça, caso tenham celebrado um contrato sobre a divisão dos custos da prova, ou, se a onerosidade excessiva em razão da pandemia atingir apenas uma das partes, esta poderá alegar a impossibilidade econômica de suportar os encargos periciais.

Agora, se for verificada uma situação de impossibilidade absoluta da disposição da conduta pelo dever instituído na convenção, poderá haver a resolução do contrato por incumprimento. Outra solução seria a contraparte, no exercício do direito de sub-rogação, custear os encargos periciais daquela que ficou impossibilitada de arcar com esses custos, se for do seu interesse, se for mais interessante para ela do que a resolução do negócio. A solução de arcar com todos os custos periciais, se dogmaticamente possível, poderá depender dos interesses da parte que se vê confrontada com o incumprimento em razão da alteração das circunstâncias. Se a contraparte não tem problemas em suportar os custos da parte em situação de insuficiência econômica, provavelmente irá preferir custear a perícia a perder a produção da prova.

A ausência de culpa na criação da insuficiência econômica para determinar a mobilização da prova não faz diferença. Se a parte agiu com culpa e ficou impossibilitada de custear a perícia, não haveria outras consequências, além da perda da prova e uma possível indenização, daquele que, provavelmente, foi reduzido à insolvência. Aliás, nessas situações, a parte fiel pode resolver o contrato, apesar de a resolução, aparentemente, não ter utilidade prática. Se a parte fiel desejasse se desvincular da convenção probatória bastaria, simplesmente, conformar-se com os custos da prova pericial, ou até mesmo abrir mão da produção dessa prova, não havendo necessidade de qualquer exceção processual.

Como não poderia deixar de ser, a crise mundial da SARS-CoV-2 pode ser considerada em negócios processuais como geradora de alterações em um grande número de contratos, independentemente do tipo. Os requisitos para a mudança de circunstâncias são verificados em muitos contratos. A presença da base comum das partes para a contratação, as circunstâncias supervenientes anômalas e imprevisíveis, os danos graves, a inconsistência com a boa-fé quando o contrato é executado, e essas eventualidades definitivamente estão fora das disposições específicas sobre o risco assumido. Em muitos contratos, ambas as partes são prejudicadas pela crise, o que poderá ensejar a invocação do artigo 437.º do Código Civil por qualquer delas. As partes poderão até mesmo optar pela dilação das soluções, especialmente naqueles contratos duradouros, já que qualquer solução, em meio ao estado de incerteza causado pela pandemia da Covid-19, integra, com elevada probabilidade, uma ampla margem de erro.⁴⁹⁹

Aliás, conforme já referido, a alteração das circunstâncias não pode estar situada no âmbito dos riscos próprios do contrato e nesse sentido a situação de pandemia vivida encontra-se patentemente longe desse âmbito. Basta pensar que a emergência sanitária representa uma brusca condicionante geral de coexistência social, com impacto generalizado na possibilidade e forma de interação e cooperação de um número indeterminado de sujeitos e não pode ser ordinariamente resolvida mediante recurso às regras comuns de distribuição do risco, dispostas na lei. Acerca dessa questão, Manuel Carneiro da Frada sublinha que a pandemia da Covid-19 coloca essencialmente um problema de justiça objetiva do contrato, que deverá ser resolvido à luz dos “princípios da boa fé” e da “equidade”, não importando a vontade, atual ou hipotética, das partes.⁵⁰⁰

Além disso, a doutrina lembra da necessidade de urgência na intervenção em situações altamente disruptivas, como a da SARS-CoV-2, típica de períodos de grande

⁴⁹⁹ A doutrina, quando tratou da onerosidade excessiva, anteviu esse problema quando constatou que muito embora não haja lacuna legislativa (lacuna de previsão), pode haver lacuna no sistema (lacuna de estatuição) consistente na circunstância de poder haver situações, nos contratos bilaterais, em que ambos os contraentes perdem; ou em que um perde e ao outro não há extrema vantagem (não se justificando, então, a lógica do perde/ganha subjacente do artigo 478 do Código Civil Brasileiro, sem que se verifique, necessariamente, uma espécie de “reequilíbrio negativo” do contrato.” Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 43 e 235.

⁵⁰⁰ DA FRADA, Manuel Carneiro, A alteração das circunstâncias à luz do Covid 19, In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 80 - Vol. I/II - Jan./Jun. 2020, p. 154-155.

convulsão econômica e social, em que alterada a *grande base do negócio*⁵⁰¹, o legislador não aguarda uma solução autônoma para cada conflito, mas intervém dispondo de regras, tipicamente transitórias, genericamente aplicáveis aos tipos sociais de maior frequência. À margem das eventuais soluções emergenciais do legislador e mesmo que o contrato tenha cláusulas de renegociação, avultam soluções negociadas, com fundamento na autonomia privada das partes. Nas relações paritárias, em face da multiplicidade de casos, a solução de cada caso dependerá, em primeira linha, da solução que as partes, perante a situação de inadimplemento, entendam ser a melhor opção. Aqui, ganha relevo a autonomia privada, para intervir na adaptação dos contratos às novas circunstâncias, visando à manutenção dos pactos.⁵⁰²

Mais uma vez, aqui parece assaz importante atentar para a necessidade de priorizar a adaptação do contrato em detrimento da resolução do programa contratual. Ainda, estando em causa a reposição do equilíbrio do programa contratual em vigor, a intervenção judicial deve ser vista como subsidiária.

5.3.2 Fonte negocial. Em especial, as cláusulas de *hardship*

⁵⁰¹ Acerca dessa ideia e da distinção da pequena base do negócio, por todos, COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 363-373. Quando alterada a *grande base* do negócio, de que constitui exemplo recente a grave pandemia causada pela Covid-19, talvez fosse o caso de ser repensada a solução outrora adotada pelo Tribunal Superior de Colônia, na zona britânica do pós-guerra, quando a Alemanha quase somente cogitou do elemento da boa fé e despregou-se da teoria de Paul Oertmann para cair na casuística dos julgamentos em cada caso, invocando o § 242 do Código Civil Alemão. Se os resultados do cumprimento do contrato seria contra a equidade e a boa-fé, a intromissão do juiz ou árbitro na relação jurídica seria permitida, ora revisando, ora resolvendo, com a total liberação do devedor, ou a diminuição do importe ou o adiantamento. Vale lembrar a crítica de Pontes de Miranda a esse respeito, já que para o autor “as teorias que se fundam na equidade ou na atenção à boa fé levam à casuística e ao arbítrio do juiz, ainda que o não diga, ou pretendam evitá-lo.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXV, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, pp. 226-228 e 252. O autor ainda menciona que na jurisprudência alemã, como decorrência das situações graves surgidas com a guerra e o pós-guerra, apareceu alusão à exceção de iminente ruína econômica, a cargo do devedor, solução que mereceu a censura da doutrina em geral. Essa solução poderá ser repensada à luz dos nefastos efeitos que serão provocados pela pandemia da Covid-19, algo até o momento difícil de ser mensurado.

⁵⁰² MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, pp. 37-38. Acerca das cláusulas de adaptação automática dos contratos e suas diversas modalidades, bem como acerca das cláusulas de adaptação não automáticas, op. cit., pp. 71 ss.

Em razão do princípio da autonomia privada, as partes do negócio processual sobre a prova dispõem de amplas possibilidades de solução, previstas no próprio contrato probatório, visando a regular as situações que, decorrendo de eventos supervenientes ao momento da celebração, possam ameaçar-lhe o cumprimento, quebrando aquilo que consideram a base do negócio. O princípio da atipicidade dos contratos, que vigora no direito das obrigações, pode ser aplicado aos negócios processuais, podendo as partes criar-lhe o conteúdo, ajustando as cláusulas de acordo com os seus interesses, respeitados certos limites, como a boa-fé, a ordem pública e a proibição do dolo.

De acordo com essa ideia, os negócios processuais, enquanto autorregramento da vontade das partes, podem incluir cláusulas de força maior (que excluem a responsabilidade das partes em presença de certos eventos, tidos pelas partes como inevitáveis ou causadores de consequências inevitáveis), cláusulas de alterações depreciativas conhecidas pela sigla MAC – *material adverse change* (que, em regra, permitem uma resolução ou modificação do contrato por alteração adversa de circunstâncias no chamado *interim period* do quadro fático pressuposto pelos contratantes ao conformarem o conteúdo contratual), cláusulas de *hardship* (que, em regra, permitem uma modificação do contrato em virtude de determinadas circunstâncias, em particular a onerosidade excessiva), ou cláusulas de *sole remedy* (que estabelecem que o regime aplicável ao inadimplemento das prestações é apenas o previsto no contrato), entre outras.⁵⁰³

Derivadas da autonomia privada, as cláusulas de *hardship* evitam a resolução contratual por alteração das circunstâncias e favorecem um regime adaptado aos interesses de ambas as partes. Elas preservam a relação contratual para o futuro, por meio

⁵⁰³ Acerca das soluções negociais em razão do desequilíbrio dos contratos, PIRES, Catarina Monteiro, Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“mac”) e cláusulas de força maior – revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 80, Vol. I/II, Jan./Jun. 2020, p. 73-93. Vide, também, PIRES, Catarina Monteiro. Anotação ao artigo 790.º, In PIRES, Catarina Monteiro (org.), *Novo Corona vírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 81. Via de regra, a cláusula *sole remedy* surgirá a afastar um ou mais remédios que o credor tem à sua disposição em face de uma situação de não cumprimento (em sentido lato) ou em face de outra perturbação no contrato. Acerca, BARBOSA, Mafalda Miranda. Ainda o problema da fixação contratual dos direitos do credor: as cláusulas *sole remedy*, *basket amount* e *no consequential loss*, In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 80, Vol. I/II, Jan./Jun. 2020, p. 142. Acerca da noção, função e estrutura das cláusulas de *hardship* na contratação comercial pura, COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 249-278.

da obrigação de renegociar, mantendo o equilíbrio econômico do negócio, pela repartição dos custos dos eventos supervenientes incertos e indesejáveis.

Acerca dessas cláusulas de renegociação, que podem aludir, em termos genéricos, a situações de *hardship*⁵⁰⁴ ou de dificuldade capaz de ensejar um estado de aflição ou infortúnio, Judith Martins-Costa ensina que “as partes, cientes de que podem advir superveniências relevantes, com impacto no programa contratual, reservam-se o poder de determinar, por meio do mútuo consenso, a incidência destas circunstâncias supervenientes sobre o equilíbrio entre as prestações impedindo, pois, que o acaso ou a sorte venham a governar a sua relação.”⁵⁰⁵ Com isso, busca-se amenizar a situação aflitiva que, por força do *hardship*, atingiu uma ou ambas as partes, vindo a causar um desequilíbrio contratual.

No direito brasileiro, por exemplo, essas cláusulas assumiram um importante papel com o advento da Lei da Liberdade Econômica, que restringiu, sobremaneira, a revisão judicial dos contratos obrigacionais, podendo ter reflexos nos negócios processuais. De acordo com o artigo 421-A, inciso I, do Código Civil Brasileiro, incluído pela Lei nº 13.874, de 2019, os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que (i) as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução,⁵⁰⁶ (ii) a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada, e (iii) a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. Essa norma, embora seja dirigida aos contratos obrigacionais, pode ser aplicada

⁵⁰⁴ A doutrina majoritária afasta a imprevisibilidade como requisito do acontecimento causador do *hardship*, pois “se o evento fosse realmente imprevisível, as partes não o teriam podido prever.” COSTA, Mariana Fontes da, *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 260.

⁵⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração, In *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. XXV, abr-jun 2010, pp. 19-20.

⁵⁰⁶ De acordo com essa regra, os contratos empresariais presumem-se paritários e as empresas poderão excluir a intervenção do julgador nos casos de revisão contratual por excessiva onerosidade, decorrente do advento de fatos anormais, mesmo que modifiquem o sinalagma inicial, retirando do julgador o poder de revisão do artigo 478 e seguintes do Código Civil. No entanto, quer parecer que na falta de disposição contratual expressa, os contratantes sujeitam-se ao disposto nos artigos 413 e 478 do Código Civil.

aos negócios processuais, o que poderia significar uma maior dificuldade na revisão desses pactos em razão da onerosidade excessiva perante o direito brasileiro.

Nesse sentido, nada impede e é até aconselhável que em determinados negócios processuais sobre a prova as partes incluam cláusulas de *hardship* ou de adaptação do contrato, com previsão expressa de renegociação, sendo nesse caso aplicado o regime contratual fixado pelas partes, que poderá ser mais amplo ou mais restrito do que o regime legal.⁵⁰⁷ Por meio dessas cláusulas, as partes instituem o dever de renegociação, caso ocorra uma alteração das circunstâncias, em particular a onerosidade excessiva, o que deve acontecer antes de recorrerem a tribunais estaduais ou arbitrais. Quando suceder uma circunstância que possa acionar as obrigações contidas nas cláusulas de *hardship*, nomeadamente uma alteração que possa ocasionar uma alteração do equilíbrio contratual, as partes devem renegociar, buscando soluções consensuais que possibilitem a continuidade do adimplemento da obrigação.

Dito de outro modo, a obrigação de renegociar surgirá quando sobrevier uma excessiva desvantagem de uma das partes na avença em função dos fatos que não eram conhecidos por ela, ou que não poderiam ter sido considerados quando da celebração do acordo original, ou ainda fatos que estão fora de sua esfera de controle ou que decorram de um risco que não assumiu.

Assim, imagine-se um contrato sobre os meios de prova, cujo pressuposto para a renegociação seja o surgimento de uma prova descoberta posteriormente.⁵⁰⁸ Se a parte, ciente da descoberta desta nova prova, em violação da cláusula contratual que impõe o dever de negociar antes de recorrer aos tribunais, imediatamente ingressar em juízo, estatal ou arbitral, poderá ser confrontada com uma decisão de inadmissibilidade da ação, já que, no plano processual, o dever de renegociar constitui-se como um pressuposto de

⁵⁰⁷ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 197; CABRAL, António do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 397.

⁵⁰⁸ CABRAL, António do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 397-399. O autor menciona como espécie de convenção para renegociação a cláusula de *hardship*, que é uma disposição pela qual “qualquer dos acordantes pode notificar a contraparte para que renegociem extrajudicialmente quando se verificarem adversidades (que não configuram caso fortuito ou força maior) que tornem a execução da avença excessivamente onerosa. A obrigação de renegociar surgirá quando sobrevier uma excessiva desvantagem de uma das partes na avença em função de fatos que não eram conhecidos por ela, ou que não poderiam ter sido considerados quando da celebração do acordo original, ou ainda fatos que estão fora de sua esfera de controle ou que decorram de um risco que não assumiu. As cláusulas de *hardship* pretendem adaptar e reequilibrar o acordo, falando a favor de sua continuidade.”

admissibilidade a pretensão processual somente pode ser apreciada por um juiz ou por um árbitro quando as partes cumpriram essa obrigação. Vale lembrar que a cláusula de renegociação tem dupla eficácia (material e processual) e considerado o plano processual, a mora da parte que não negocia acarretará a inadmissibilidade de qualquer pretensão contratual que deduza perante o juiz ou árbitro.⁵⁰⁹

Logo, se uma das partes considerar uma alteração das circunstâncias diante do surgimento de uma prova nova, com previsão de renegociar através da cláusula de *hardship*, e informar a contraparte acerca dessa situação, para que ambas incluam essa prova no âmbito do contrato, e a contraparte, por sua vez, recusar o reconhecimento dessa circunstância e deixar de renegociar, havendo a imediata propositura de ação pela parte recalcitrante, sem que tenha havido qualquer negociação prévia, poderá a parte inocente socorrer-se da exceção processual de não acionabilidade.⁵¹⁰

Como decorrência desse entendimento, a violação dos termos da cláusula de *hardship* produzirá, além dos efeitos processuais de não acionabilidade, consequências materiais, consistentes na execução específica da obrigação ou na obtenção do resultado

⁵⁰⁹ De acordo com Paula Costa e Silva, no plano processual, o dever de renegociação não releva enquanto incumprimento de dever processual, acautelado pelas ações de cumprimento. A autora sustenta, com substanciosos argumentos, que “no plano processual, a imposição de um dever de renegociar como condição prévia ao recurso a juiz ou árbitro, tem a qualidade de uma atribuição, não de uma obrigação. Isso porque a lógica processual dispensa a forma de tutela conferida à violação de deveres materiais, a saber, a lógica das ações de cumprimento; ali, elas são substituídas pela tutela que, para os seus objetivos, se revela como a mais eficaz. No plano processual, a violação deste dever de renegociar constitui-se como pressuposto de admissibilidade: a pretensão processualizada só pode ser apreciada por um juiz ou por um árbitro quando as partes cumpriram a obrigação material de renegociar. Até lá, só a parte que tenha cumprido com a sua obrigação de renegociar terá acesso ao juiz ou ao árbitro”. MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 99.

⁵¹⁰ Em síntese, no âmbito do direito processual, a parte que cumpre o dever de renegociar e que se vê confrontada com um incumprimento deste dever pela outra parte tem acesso ao árbitro ou ao juiz. A parte que está em mora, já que não aceitou o dever de renegociar como condição prévia de acesso ao judiciário ao à arbitragem, terá as pretensões que possa deduzir julgadas inadmissíveis. Enquanto não for cumprido o dever de renegociar o tribunal não se pronunciará sobre o mérito da causa. Acerca da recusa em renegociar, no âmbito do direito material das obrigações em geral, que pode ser direta ou indireta e importa numa concomitante violação à confiança derivada do ato de autonomia privada e à boa-fé como *standard* do comportamento processual, que tipifica a ilicitude contratual, caracterizando o inadimplemento contratual relativo cujo efeito é a mora e poderá ensejar a instauração pela parte lesada de uma ação que será voltada ao cumprimento específico do dever de renegociar, MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 92-95.

prático equivalente, sem prejuízo de uma indenização em dinheiro que substituirá a prestação, quando esta se tornar impossível.

Com efeito, outros problemas que atingem o cumprimento das obrigações encontram ressonância no cumprimento das convenções processuais. O credor pode conceder um prazo admonitório ao devedor em mora para que seja admissível o exercício de resolução do contrato ou, quando o devedor recusar antecipadamente o cumprimento, poderá haver a necessidade de decurso do prazo para que se considere definitivamente incumprido o contrato. Assim como o credor não concederia prazo suplementar ao devedor para colocar termo ao contrato através da resolução, não seria exigível que a parte devesse se considerar vinculada pelo dever de renegociar antes de propor a ação quando a contraparte manifesta, de modo inequívoco, não haver nada a renegociar, através da declaração antecipada de não cumprimento, uma vez que não aceita a possibilidade de ocorrer uma alteração das circunstâncias na execução do negócio processual.

De acordo com Paula Costa e Silva, a parte que se vinculou a uma convenção processual deverá conformar a sua conduta pela atribuição aceite quando a contraparte lhe revelar, inequivocamente, que qualquer fase de negociações seria meramente formal. Afinal, não há sentido em imputar-se o dever de renegociar, prévio à propositura da ação, quando uma das partes não está disposta a tanto. Nesse caso, a fase das negociações seria algo meramente formal ou algo que as partes cumprem porque simplesmente aceitaram cumprir.⁵¹¹

Com efeito, está demonstrado na prática que os procedimentos dilatórios e evasivos, a recusa ao fornecimento de informações, a criação de obstáculos e o silêncio das partes são alguns exemplos de condutas que, no decorrer do processo de revisão contratual consoante a cláusula negocial, conformam, em realidade, uma verdadeira recusa em negociar. Igualmente, o incumprimento da cláusula de renegociar poderá estar configurado se os contatos entre as partes não chegaram a permitir a identificação de uma proposta de revisão, não por terem elas esgotado as possibilidades negociais sem consenso, mas em decorrência da falta de comprometimento de alguma delas ou de

⁵¹¹ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 82-84.

ambas. Por fim, a doutrina ainda verifica esse comportamento contraditório quando as partes apresentam propostas concretas de modificação contratual, mas que em verdade representam soluções manifestamente inadmissíveis.⁵¹²

Seguindo no exemplo da prova descoberta posteriormente, na hipótese de isso ocorrer, poderá haver a controvérsia sobre se se considera a cláusula de *hardship* resolvida ou poderia a parte exigir o cumprimento, apesar da recusa da contraparte. Na falta de regulação específica e na ausência de consenso na doutrina, Catarina Monteiro Pires considera que a declaração antecipada de não cumprimento caracteriza o inadimplemento do dever de prestar. De acordo com a autora, no campo das obrigações, não havendo prazo, a declaração de não cumprimento provocará o vencimento antecipado, havendo prazo e não estando a obrigação vencida, haverá o vencimento imediato se o prazo for estabelecido a favor do devedor e, estando a obrigação vencida e o devedor em mora, haverá dispensa da fixação de prazo admonitório.⁵¹³

Segundo esse raciocínio, curiosamente, nos negócios processuais sobre a prova, a recusa antecipada da contraparte em renegociar o surgimento da prova nova implica o incumprimento e se a parte inocente postular a resolução do contrato por inadimplemento, essa solução irá beneficiar aquele que violou o dever de renegociar através da cláusula de *hardship*. Dito de outro modo, se uma das partes não renegociar o surgimento da prova nova, para os efeitos da cláusula de *hardship*, a resolução do contrato pela parte inocente irá beneficiar aquele que foi infiel aos termos do contrato.

Logo, uma solução mais consentânea com a justiça do caso é permitir que a parte inocente instaure um processo, judicial ou arbitral, em que a parte demandada deverá ser notificada pelo tribunal a respeito do surgimento da prova, de que não se tinha conhecimento. A parte notificada, por sua vez, poderá quedar-se inerte ou reagir, o que poderá provocar uma decisão judicial determinativa se ambas as partes não alcançarem

⁵¹² GONÇALVES, Diogo Costa, crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões, In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. LXI, n.º 1, 2020, p. 159.

⁵¹³ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 76. Parece ser essa a posição de Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva quando afirmam que “a parte que se vê confrontada com uma declaração antecipada de incumprimento não deverá manter-se vinculada pela cláusula de renegociação. Declará-la-á resolvida, podendo aceder diretamente ao juiz ou ao árbitro.” MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 99.

o acordo no prazo fixado pelo tribunal, ou seja, o juiz ou o árbitro podem determinar a revisão contratual se os critérios estiverem previstos na declaração negocial, sendo determináveis.⁵¹⁴

Logo, a fim de evitar um negociação meramente formal, além de uma possível indenização por danos⁵¹⁵, a ser obtida em processo secundário, a solução é solicitar ao tribunal que, através do exercício de sua atividade substitutiva da parte faltosa, crie um estado de coisas que deveria ser criado, por meio de uma decisão judicial deliberativa acerca do surgimento da prova nova. Aqui se manifesta uma espécie de eficácia de proteção dos contratos probatórios, algo como uma “renegociação supervisionada”⁵¹⁶ de parte do tribunal.

PARTE III – EFEITOS, MEIOS DE REAÇÃO E TUTELA DA PARTE FIEL NAS SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM O INADIMPLEMENTO DOS CONTRATOS PROBATÓRIOS

1. Efeitos do inadimplemento das convenções probatórias. A aparente inconsequência, a solução material e a solução processual

Nas obrigações em geral, Manuel Gomes da Silva assinala que a consequência principal da falta ilícita de cumprimento por parte do devedor é a obrigação de reparar

⁵¹⁴ Acerca das sentenças determinativas, Chiovenda registra serem uma categoria especial de sentenças constitutivas que não se limita a declarar o dever de uma prestação já existente, nem sequer constituir uma nova relação jurídica. Elas determinam ou modificam unicamente o conteúdo ou um elemento de uma relação já existente, por isso são chamadas determinativas. Isso ocorre quando a lei deixa a decisão a critério do juiz e imediatamente, conforme a correção da "determinação" de terceiro. A atividade do juiz em tal caso é análoga à do árbitro. CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, Jovene, 1933, p. 190.

⁵¹⁵ A doutrina aponta que uma solução congruente com o sistema brasileiro seria de, havendo recusa a negociar, direta ou indireta, por um dos contraentes, o juiz ou o árbitro fixar um prazo razoável para que as partes efetivamente busquem a discussão do item cuja alteração por circunstâncias supervenientes foi expressamente prevista como causa de renegociação. Contudo, não havendo acordo e sem o suprimento do tribunal estadual ou arbitral, a parte inocente conseguiria daquele que descumpriu a avença apenas uma indenização por danos e nem mesmo a previsão de cláusula penal encorajaria a parte a cumprir, já que as negociações poderiam ser meramente formais. MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 105.

⁵¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 107.

todos os prejuízos causados ao credor. O autor ressalta que a reparação compreende não apenas os prejuízos causados, mas ainda o equivalente pecuniário da prestação, quando ela o tiver e não for possível ao credor obter a realização específica.⁵¹⁷ Consequentemente, deverá ser buscada, na medida do possível, a tutela específica do dever de prestar.

Por sua vez, os efeitos dos contratos probatórios são produzidos em processo judicial ou arbitral (intraprocessuais) e, geralmente, as partes do negócio processual são as mesmas partes da relação jurídica processual. Na relação processual deverão ser observados o exercício do direito de ação e do direito de defesa. Esse direito de ação e de defesa é um direito complexo, constituído de poderes, deveres e faculdades das partes que integram a relação processual e, dentre os diversos poderes, deveres e faculdades processuais estão aqueles relativos à prova judiciária. De acordo com Elio Fazzalari, o direito de ação caracteriza-se como uma situação subjetiva composta e consiste apenas no agir das partes em juízo, por meio da reunião de poderes, faculdades e deveres que lhe correspondem abstratamente, concretizados em atos processuais, conforme a sequência processual estabelecida em lei, cada qual, direta ou indiretamente, como consequente do anterior e pressuposto do seguinte.⁵¹⁸

Logo, sendo o direito à prova componente do direito de ação, os pactos probatórios, que decorrem da autonomia privada das partes, integram o direito à prova.

Assim, por exemplo, no âmbito da autonomia privada do tomador do seguro e do segurado, poderão estabelecer que, num contrato de seguro de casas, havendo a previsão do reembolso ou pagamento por danos sofridos em consequência de tufões, ciclones, tornados e toda a ação direta de ventos fortes ou choque de objetos arremessados ou projetados por eles, em caso de dúvida, a prova será unicamente produzida através de documento emitido pela estação meteorológica mais próxima, em que deverá constar que no momento do sinistro os ventos atingiram uma velocidade superior a 90 km/hora.

Nessa situação, as partes poderão ser remetidas às vias judiciais ou arbitrais, em razão de um processo, por força desta cláusula compromissória, e o tribunal ou o árbitro, que se considera vinculado ao acordo, pode deparar-se com a falta do documento

⁵¹⁷ SILVA, Manuel Gomes da. *Conceito e estrutura da obrigação*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil, FDUL, 1971, p. 32.

⁵¹⁸ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, Cedam, 1996, pp. 427-429.

expedido pela estação meteorológica mais próxima, sendo essa prova, contudo, produzida por outro meio legal, como por exemplo, declarações escritas de testemunhas.

A pergunta que se faz é se o tribunal deveria considerar o dano como não comprovado, já que não foi apresentada a prova documental prevista no contrato, mesmo na situação em que, de acordo com a livre apreciação da prova, estivesse ele convencido da ocorrência do sinistro, que foi comprovado por meio das declarações de testemunhas.

Portanto, o problema da vinculação das partes aos termos do contrato que limita a apresentação ou a produção de prova vai surgir quando a parte apresenta provas ou requer a produção de certas provas em violação à convenção probatória. A pergunta que ganha relevância é saber qual será a posição do tribunal a respeito da admissibilidade dessa prova, ou seja, se o tribunal, com base no contrato sobre a limitação de provas, poderá julgar inadmissível a produção de outras provas, quando a parte prejudicada alegar que houve a violação da convenção.

A resposta da escassa doutrina que trata do tema não é uniforme e merece cuidadosa atenção.

Como já adiantado, alguns autores mencionam que os contratos probatórios sobre os meios de prova não produzem quaisquer efeitos no procedimento judicial ou arbitral já que, por restringirem a produção de provas, limitam a formação da convicção do juiz sobre fatos relevantes da causa.⁵¹⁹ De acordo com esse entendimento, parece adequada a ideia de que, no caso de incumprimento dos contratos probatórios, não haveria absolutamente nenhuma consequência jurídica material ou processual.⁵²⁰

Logo, em havendo a violação desses pactos pelas partes ou pelo órgão decisor, absolutamente nenhuma consequência haveria, porque os contratos que restringem os meios de prova não produziram efeitos processuais. O mesmo raciocínio aplicar-se-ia aos contratos sobre a apreciação da prova pelo tribunal. Nesse caso, sendo ineficazes, por violação dos poderes do tribunal, não possuindo pontos de referência comportamentais

⁵¹⁹ A exemplo de MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. In *Revista de Processo*, vol. 288, Revista dos Tribunais, fev. 2019.

⁵²⁰ Por exemplo Chiovenda, quando afirma que os contratos relativos à prova são ineficazes, porque tendem a regular uma atividade pública de modo diverso da lei. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, 3.^a ed., Napoli, Jovene, 1913, p. 106.

das partes, não haveria que falar em consequências processuais ou materiais, ou seja, absolutamente nenhuma consequência haveria para o descumprimento das convenções probatórias.

Diversamente, existe posição da doutrina no sentido de que a única sanção no caso de descumprimento dos negócios processuais seria a indenização por danos causados à parte inocente.⁵²¹

O curioso é que a própria doutrina civilista admite pretensão às perdas e danos por inadimplemento, quando verificada impossibilidade superveniente da prestação e havendo culpa do devedor, mas defende que aí não haveria de se falar de duas pretensões – à prestação prometida e ao sucedâneo. Haveria, de acordo com Pontes de Miranda, pretensão ao objeto prometido *ou* às perdas e danos e não pretensão ao objeto prometido mais perdas e danos. De acordo com o autor, a indenização das perdas e danos resulta de ilícito relativo, mas o ilícito relativo não é criador de outro dever, nem de outro crédito.⁵²²

Ainda, de acordo com a doutrina alemã, nos contratos processuais com eficácia obrigacional (*Verpflichtungsverträge*), se a parte não atua como pactuado, poderia essa quebra contratual ser sancionada apenas através da responsabilidade civil.⁵²³

A doutrina, em parte, entende que o tribunal não possui meios de coerção no âmbito do processo originário (*Erstprozesses*), se a obrigação consistir num comportamento processual. Wagner sustenta que a disposição de poderes para a prática do ato processual, que não seja realizado voluntariamente pela parte obrigada, tem efeitos apenas no ambiente de um processo secundário (*Zweitprozesses*), mediante indenização por danos. Diante disso, a violação dos pactos poderia servir de fundamento apenas para

⁵²¹ Por exemplo, KOHLER, Josef. Ueber process rechtliche Verträge und Creationen. *Gesammelte Beiträge zum. Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1894, pp. 486 ss. Entende fazer sentido que o incumprimento de uma parte num contrato sobre meios de prova seja cominado com responsabilidade civil contratual da parte incumpridora e subsequente indenização à outra parte, mas por considerar uma prestação de fato positivo ou negativo infungível, acha duvidosa a possibilidade de recurso à execução específica, mas não exclui a sanção pecuniária compulsória como coação a prestações de fato não fungíveis enquanto a parte não apresentar o meio de prova em falta, ROLO, António Garcia. Contratos probatórios típicos em processo civil: limites e efeitos sobre o tribunal, In *Revista ius Dictum*, n.º 2, 2020, p. 61.

⁵²² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXVI, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 12.

⁵²³ Uma violação do dever pode, no máximo, acarretar uma indenização por danos se a eficácia de disposição negativa não for permitida, de acordo com ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.ª ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 420.

obrigação de reparação por danos, que deveria ser solicitada através de outro processo judicial. Contudo, quando Wagner trata dos contratos sobre os meios de prova, refere que se trata de uma “obrigação processual assumida” e que se uma parte violar uma obrigação processual assumida contratualmente ao especificar as provas excluídas no pacto, o requerimento de provas deve ser rejeitado pelo tribunal sem mais delongas, desde que o acordo seja apresentado ao órgão decisor.⁵²⁴

De acordo com Rosenberg, Schwab e Gottwald, em caso de violação do dever de não fazer, a parte fiel pode alegar como defesa a inadmissibilidade do ato praticado pela contraparte e, na hipótese de um dever de fazer, no caso de descumprimento, a alternativa seria buscar uma reparação por danos em processo secundário, não se admitindo a execução específica.⁵²⁵

Com relação aos contratos processuais com eficácia dispositiva (*Verfügungsverträge*), os efeitos processuais seriam imediatos e o tribunal aplicaria essas regras, não cabendo às partes descumprir o contrato. Não haveria sequer inadimplemento contratual nesses casos e as partes seriam incapazes de perturbar o cumprimento dos negócios.⁵²⁶

Somado a tudo isso, alguma doutrina ainda sustenta que os contratos de prova produzem apenas efeitos processuais e, além disso, nenhum outro efeito de natureza material. A consequência desse entendimento seria a eventualidade da tutela dos contratos no curso do processo originário, com a impossibilidade de requerimento de indenização por danos em processo secundário.⁵²⁷

Na doutrina brasileira, Fredie Didier Jr. menciona que o inadimplemento da prestação de um negócio processual autoriza que se peça a execução da prestação devida ou a implantação da situação jurídica pactuada. Afirma o autor, nesse sentido, que a execução do negócio processual, diferentemente do que ocorre com a execução de negócios jurídicos não processuais, pode ocorrer no bojo do próprio processo (processo

⁵²⁴ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 237-238 e 685.

⁵²⁵ ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.^a ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 421.

⁵²⁶ SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1968, p. 82.

⁵²⁷ SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1935, p. 115.

originário), sem necessidade de ajuizamento de uma ação executiva.⁵²⁸ A execução no processo originário dispensaria maiores formalidades, já que por simples petição, a parte lesada pelo inadimplemento solicitaria ao juiz que obrigue a parte contrária a respeitar o pactuado ou simplesmente coloque em prática a “nova sistemática processual firmada na convenção.”⁵²⁹

Na doutrina portuguesa, existe o entendimento de que os efeitos decorrentes dos negócios processuais podem ser constitutivos ou extintivos, acontecendo, com frequência, que esses negócios produzam simultaneamente ambos. Miguel Teixeira de Sousa ilustra essa ideia com o pacto de competência, que não só define qual o tribunal competente (efeito constitutivo) como também retira a competência de qualquer outro tribunal (efeito extintivo), sendo também normal que esse efeito extintivo só possa ser realizado através da invocação da correspondente exceção. O autor ainda menciona que se as partes excluíram a admissibilidade de certo meio de prova e uma delas o utilizar numa ação pendente, a contraparte poderá invocar a respectiva exceção probatória. Miguel Teixeira de Sousa considera tema de muito difícil solução o que consiste em determinar quais as consequências que se produzem se o promitente não desistir do pedido ou da instância ou não confessar o pedido, bem como se algum deles se recusar a celebrar a transação prometida. Embora a resposta seja discutível, para o autor a parte interessada pode socorrer-se da ação de execução específica do contrato-promessa (artigo 830.º, n.º 1, CC) e, simultaneamente, solicitar a suspensão da instância no processo em que devia ser invocada a desistência, a confissão ou a transação.⁵³⁰ Aplicar-se-ia, por analogia ao cumprimento do contrato-promessa, o artigo 830.º, n.º 1, do Código Civil. A parte obteria, através da sentença constitutiva, o resultado prático do cumprimento, satisfazendo plenamente o seu interesse na realização do negócio jurídico prometido.

Por sua vez, Paula Costa e Silva traz uma posição inovadora no sentido de que quando se estiver diante de uma situação envolvendo o incumprimento dos negócios processuais, a tutela da parte fiel poderá ser obtida através do manejo da exceção processual. De acordo com a autora, a atuação desconforme da parte reflete-se apenas no

⁵²⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 22.ª ed. Salvador, JusPodivm, 2020, p. 499.

⁵²⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo. Das convenções processuais no processo civil*, São Paulo, LTr, 2015, p. 179.

⁵³⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lisboa, Lex, 1997, p. 194-195.

plano processual e merece um desvalor processual, não podendo a parte recorrer à ação de cumprimento, já que esta é uma característica dos deveres de prestar, inexistentes em sede de negócios processuais, que lida com atribuições estritamente jurídicas.⁵³¹

Realmente, ao analisar-se o panorama doutrinário e as diversas posições a respeito dos efeitos do incumprimento dos negócios processuais, a primeira conclusão que se pode extrair é a de que, sendo os contratos probatórios suscetíveis ao incumprimento por qualquer das partes, haverá consequências quando não forem observados.

A solução material não parece a mais adequada nesse caso. A destruição retroativa do contrato não atende, adequadamente, o interesse daquele que cumpriu a avença. Se fosse aplicado esse raciocínio ao exemplo fornecido, o tribunal desconsideraria o contrato probatório e poderia, inclusive, acolher as declarações escritas ou realizar a inquirição das testemunhas, orientando as partes para que, noutra processo, buscassem a responsabilização daquele que descumpriu o contrato para, eventualmente, obter uma indenização por danos. Essa decisão do tribunal não atenderia o escopo do contrato de provas e, muito provavelmente, não traria efetividade ao acordo das partes na solução do litígio.

Com efeito, a obrigação de reparar todos os prejuízos causados poderá não atender os interesses daquela parte que se viu confrontada com o incumprimento do contrato de provas. Contudo, danos compensáveis existiriam, por exemplo, se uma parte arrolasse uma testemunha contrária aos termos do contrato que divulgasse informações prejudiciais à contraparte e irrelevantes para o processo, o que poderia resultar na perda de investimentos em outros negócios. Portanto, a responsabilidade por danos não deve ser descartada a princípio, se uma parte violar a sua obrigação contratual de não submeter certas condutas ao tribunal.

⁵³¹ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 131.

Já a solução processual encontra óbices na própria execução específica, a ser buscada em processo secundário. Com efeito, o problema da ação de execução específica, em analogia ao cumprimento do contrato-promessa, reside no fato de que a obtenção da sentença constitutiva dependerá sempre da tramitação de um processo de declaração, que, muitas vezes, poderá demorar e não fazer mais sentido para a parte interessada. Apenas após a tramitação da ação de conhecimento é que a sentença irá produzir os efeitos da declaração negocial do faltoso e o credor alcançará, independentemente da vontade do devedor e até mesmo contra a vontade dele, tudo aquilo a que tem direito de acordo com o contrato, caso houvesse o adimplemento voluntário e tempestivo da obrigação.⁵³²

Como os contratos probatórios produzem efeitos intraprocessuais, parece mais adequado, como solução, que a parte fiel solicite ao tribunal, judicial ou arbitral, que conceda uma espécie de reconstituição natural do cumprimento da convenção. Nesse caso, o adimplemento do contrato poderá ser obtido mediante os pressupostos equivalentes aos da ação de cumprimento. O tribunal, contudo, não irá condenar a contraparte a cumprir a obrigação contratual, como se esperaria. Através do manuseio da exceção processual, a parte inocente obterá do tribunal uma decisão que produzirá os efeitos do cumprimento, configurando-se como uma decisão com eficácia constitutiva.

O tribunal irá proferir uma decisão de inadmissibilidade da prova apresentada ou produzida contrariamente aos termos do contrato. Logo, no exemplo do contrato de seguro residencial, havendo um processo instaurado e sendo violada a convenção probatória sobre os meios de prova, a parte fiel poderá solicitar ao tribunal, através do manejo da exceção processual dilatória, que reponha a situação que existiria se a parte infiel tivesse cumprido a convenção processual e decrete a inadmissibilidade da prova apresentada em violação do contrato. Reposta a situação anterior, a causa deverá ser apreciada pelo tribunal de acordo com os informes obtidos em consonância com o contrato de provas.

1.1 Decisão judicial *ex officio* ou mediante requerimento da parte

⁵³² SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 366.

É controverso em doutrina se o dever do tribunal de dar cumprimento às convenções processuais sucede *ex officio* ou apenas mediante requerimento da parte, apesar de ser inteiramente correta a ideia de que o conhecimento da convenção probatória pelo órgão julgador pressupõe sempre a invocação do pacto por uma ou ambas as partes, juntamente com a prova da celebração do negócio processual.⁵³³

Na doutrina brasileira, Fredie Didier Jr. sustenta que o inadimplemento da prestação de um negócio processual celebrado pelas partes é fato que tem de ser alegado pela parte adversária⁵³⁴, sob pena de ocorrer a resilição bilateral tácita do negócio e a preclusão do direito de alegar o inadimplemento. Por sua vez, não poderia o juiz, de ofício, conhecer do inadimplemento do negócio processual, salvo se houvesse expressa autorização negocial ou legal a respeito.

A posição de Leonardo Carneiro da Cunha é uma pouco distinta. De acordo com o autor, se houver o descumprimento do negócio processual, seria preciso verificar seu objeto. Se ele tratasse do procedimento, o juiz deveria examinar, de ofício, a inadimplência negocial. O autor justifica que, como condutor do procedimento, o juiz deveria controlar o cumprimento das regras que o preveem. Afirma que se a regra convencional é negocial, o juiz deveria analisar, de ofício, sua observância, a fim de dar a sequência adequada aos atos processuais. Quando, por exemplo, as partes convencionam prazos diferenciados, o juiz deveria examinar seu cumprimento, a fim de aferir a tempestividade dos atos processuais e dar a sequência adequada ao procedimento. Caso, porém, o negócio processual trate de situações jurídicas processuais, a parte prejudicada deveria alegar e solicitar ao juiz as providências necessárias e suficientes ao seu cumprimento. Não seria possível ao juiz reconhecer de ofício o inadimplemento de um negócio processual que versasse sobre situações processuais. O autor menciona ser por esse motivo que o juiz não conhece de ofício de uma convenção de arbitragem, nem de uma incompetência relativa, que seriam negócios jurídicos típicos. Para ele, de acordo com esse raciocínio, o negócio jurídico atípico que trata de situações jurídicas processuais (direitos, deveres,

⁵³³ No sentido de que o conhecimento da convenção probatória pressupõe sempre a invocação do negócio por uma ou ambas as partes, SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *As convenções de prova em processo civil*, tese de doutoramento, Universidade de Coimbra, 2017, p. 248.

⁵³⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 22.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2020, p. 498.

poderes, ônus, sujeições e faculdades) não deveria ter seu descumprimento conhecido officiosamente pelo juiz. Se uma parte não o cumpre e a outra nada alega, haveria aí uma omissão negocial, com revogação implícita do negócio. Caso, por exemplo, as partes convençionem a irrecorribilidade de uma decisão judicial, mas, ainda assim, a parte vencida recorre, não poderia o órgão jurisdicional inadmitir o recurso, a não ser se a parte vencedora alegasse. No silêncio desta, o recurso deveria ser admitido, sendo desconsiderado o negócio processual.⁵³⁵

Semelhante é o entendimento de Antonio do Passo Cabral, que propõe uma solução com base na distinção dos efeitos jurídicos produzidos nos acordos com eficácia dispositiva (*Verfügungsverträge*) e nos acordos com eficácia obrigacional (*Verpflichtungsverträge*). De acordo com o autor, a convenção obrigacional poderia ser conhecida pelo tribunal apenas mediante a alegação de uma exceção processual. Os acordos obrigacionais não poderiam ser conhecidos de ofício porque as partes podem renunciar à norma convencional em favor da regra legal e o interessado poderia, até mesmo, deixar de excepcionar e preferir a incidência da regra legal, mediante a ocorrência da preclusão. Já os acordos dispositivos deveriam ser conhecidos de ofício pelo tribunal porque, como essas convenções alteram as regras procedimentais, seria mandatório ao juiz aplicar as regras do procedimento, nele compreendida a norma convencional. Com base nesse entendimento, o tribunal deveria conhecer officiosamente das convenções sobre a alteração da distribuição do ônus da prova, das relativas à arbitragem e dos acordos de prorrogação de competência, pois, de acordo com essa classificação, ambas visam à modificação das regras sobre o procedimento. O autor ressalva a convenção de eleição de foro, com o argumento de que, mesmo em se tratando de acordo dispositivo, consta de uma exceção prevista em lei, que só pode ser conhecida pelo tribunal mediante requerimento do interessado.⁵³⁶

Aqui, a solução do problema com base nesse raciocínio não parece correta porque se por um lado o tribunal é responsável pela condução do processo, por outro a celebração dos contratos de prova não é uma exigência processual e tutela,

⁵³⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, pp. 61-62.

⁵³⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 275-279.

primariamente, o interesse das partes. A tutela do interesse público é apenas mediata. Dito de outro modo, esses acordos são realizados com base no interesse das partes e as partes podem renunciar aos direitos contratuais, sejam quais forem eles, procedimentais ou obrigacionais.

As partes podem igualmente, de comum acordo, revogar um contrato probatório que tenha sido anterior ao processo. A liberdade das partes existe, mesmo depois de celebrado o contrato. Além disso, a revogação posterior pode ser expressa ou tácita, sendo o silêncio das partes, em especial, o silêncio daquele que se beneficiaria do contrato de provas em relação à existência de um fato, algo a indicar que houve a revogação implícita do contrato.⁵³⁷ Aliás, se a revogação do contrato não violar normas de ordem pública ou interesse de terceiros, será ela formal e materialmente válida.

Logo, parece que a solução de Antonio do Passo Cabral não é a melhor e mesmo os contratos com eficácia dispositiva, de acordo com a classificação adotada pelo autor, quando sejam violados, não serão conhecidos de ofício pelo tribunal, mas apenas após o manuseio da exceção processual dilatória pela parte interessada (*Einrede*).⁵³⁸

Além disso, na prática, poderá ser muito difícil distinguir os contratos com eficácia dispositiva dos contratos com eficácia obrigacional e mais difícil ainda será realizar essa distinção quando estiverem sob análise os negócios processuais sobre a prova, que parecem configurar, sem exceção, contratos com eficácia dispositiva. Nesse sentido, Jäckel também identifica que tal distinção se revela artificial, por não ser possível uma separação estrita entre as modalidades contratuais, já que a um efeito dispositivo – a exclusão de

⁵³⁷ No entanto, a revogação tácita apenas pode ser considerada se ambas as partes estiverem cientes da existência do contrato de provas. Por exemplo, este não poderia ser o caso se uma sucessão legal das partes ocorreu. Os sucessores, nesse caso, poderiam não estar cientes da existência do contrato. Nesse sentido, BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1972, p. 265.

⁵³⁸ Adotam esse entendimento, COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 134-135; WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 214 e 252; SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1935, pp. 99-125; BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1972, p. 257; PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 235.

determinados meios de prova – estará associado um efeito obrigacional – a proibição de invocação desse meio de prova excluído no contrato.⁵³⁹

Em vista disso, a melhor solução está com aqueles que entendem depender da iniciativa da parte o conhecimento das convenções processuais sobre a prova, sem qualquer distinção quanto à categorização delas, quer quanto ao objeto, quer quanto à eficácia produzida. Assim, os contratos de prova dependem da iniciativa da parte para que sejam conhecidos pelo tribunal.⁵⁴⁰

A invocação do incumprimento dos contratos é hipótese de exceção dilatória, a qual, de acordo com o artigo 578.º, deve ser conhecida oficiosamente pelo tribunal, salvo nos casos da incompetência absoluta decorrente da violação de pacto privativo de jurisdição ou da preterição de tribunal arbitral voluntário e da incompetência relativa nos casos não abrangidos pelo disposto no artigo 104.º. Não se cuida de exceção perentória, em que o tribunal conhece oficiosamente daquelas cuja invocação a lei não torne dependente da vontade do interessado, de acordo com o artigo 579.º do Código de Processo Civil.

As exceções perentórias importam a absolvição total ou parcial do pedido e consistem na invocação de factos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico

⁵³⁹ JÄCKEL, Holger. *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg, Köln, 2007, pp. 10-11.

⁵⁴⁰ Nesse sentido, a posição de Lucinda Maria Dias Duarte Dias da Silva, para quem “a efectiva modificação do regime processual aplicável, como consequência da celebração da convenção, pressupõe, assim, como observado, que esta tenha sido invocada, pelas partes, no processo e neste admitida, não produzindo quaisquer efeitos de derrogação das regras supletivas enquanto assim não suceda. Porque assim, a inquirição de testemunha em desconformidade com o que havia sido previsto em convenção, não representa nulidade processual ainda que a parte, então, invoque a convenção de prova celebrada, se esta não houver sido anteriormente feita valer no processo – não admitida na instância, enquanto fonte de modificação das normas que a regem, o acto praticado em dessincronia com ela, foi, contudo, praticado de acordo com o regime legal adjectivo vigente na causa (o supletivo), representando, em consequência, acto processual válido. Estando em causa facto (convenção de prova) alicerçado, quanto à sua constituição e quanto aos seus efeitos, na vontade das partes, o seu relevo processual dependerá do facto de a sua existência ser invocada (unilateral ou bilateralmente) por aquelas, bem como da circunstância de as mesmas manifestarem vontade no sentido de que tal convenção produza efeitos processuais. Razões por que esta representa matéria não susceptível de conhecimento oficioso pelo tribunal, pressupondo, diversamente, invocação das partes. Estas são, nesta medida, livres, por princípio, de, não obstante a válida e eficaz celebração de convenção de prova, a não fazerem valer na acção, pelo que, caso uma das partes se conduza processualmente como se a convenção não existisse, a parte que pretende que aquela convenção seja considerada, tem o ónus de a invocar (com efeitos para futuro), sob pena de preclusão da possibilidade de beneficiar da vantagem em que para si se pode traduzir a vigência do regime de prova convencional.” SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *As convenções de prova em processo civil*, tese de doutoramento, Universidade de Coimbra, 2017, p. 68.

dos factos articulados pelo autor. As exceções dilatórias obstam a que o tribunal conheça do mérito da causa e dão lugar à absolvição da instância ou à remessa do processo para outro tribunal. Se a exceção processual for julgada procedente, poderá haver uma inadmissibilidade total, que consistirá na ausência da postulação contrária ao negócio probatório, com a progressão do processo.

Essa exceção processual deve ser alegada pelo interessado, sob pena de preclusão. Aqui, igualmente é essencial a observação dos limites temporais. A dedução da exceção processual é possível até a ocorrência da *unverrückbare prozessuale Situation*.

De acordo com o artigo 149.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, que trata da regra geral sobre o prazo, na falta de disposição especial, o que parece ser o caso, será de dez dias o limite para as partes requererem qualquer ato ou diligência, arguirem nulidades, deduzirem incidentes ou exercerem qualquer outro poder processual, sendo também de dez dias o prazo para a parte responder ao que for deduzido pela parte contrária. Soa correta a adoção de um prazo preclusivo para a alegação do incumprimento dos negócios processuais, já que até mesmo a alegação de nulidades processuais está sujeita a preclusões, via de regra. Não faria sentido afastar a preclusão em se tratando de violação dos contratos probatórios. Logo, a possibilidade dessa alegação apenas poderá ser excluída se uma *unverrückbare Situation*⁵⁴¹ ocorrer, ou seja, se o processo não estiver mais sujeito à vontade da parte.

A preclusão está vinculada, necessariamente, ao conceito de ônus processual, entendido como o exercício de uma faculdade para evitar uma desvantagem e, talvez, obter-se uma vantagem no processo. A preclusão que, de acordo com a lição de Chiovenda, está presente em todos processos, uns mais, uns menos, com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais. A preclusão traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além de tais limites, a faculdade não poder ser mais exercida. De acordo com o autor, a preclusão foi extraída da expressão *poena praecclusi* do direito comum, com a ressalva de que no direito moderno se prescinde da ideia de pena.⁵⁴²

⁵⁴¹ GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, Springer, 1925, p. 119.

⁵⁴² CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Napoli, Jovene, 1933, pp. 478-479.

A preclusão é um princípio otimizador da eficiência do processo, constitui elemento ordenador do processo porque incentiva a marcha para frente.⁵⁴³ Aliás, o contrário da preclusão é justamente o princípio da unidade da causa (*Einheitlichkeit*) ou a liberdade processual (*Prozessfreiheit*), segundo os quais as partes em juízo podem apresentar suas alegações e provas de acordo com a respectiva necessidade, até o momento da prolação da sentença pelo órgão judicial. Este princípio da unidade da causa exclui a ideia de preclusão fundada na existência de fases processuais.⁵⁴⁴

Como é sabido, a preclusão designa a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual em função de ter-se alcançado os limites assinados pela lei ao seu exercício. Entende-se por preclusão a extinção de uma faculdade processual, que sofre pelo fato (i) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ou uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções (ii) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença (iii) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita).⁵⁴⁵

Em suma, a preclusão da alegação de violação do contrato de prova age como princípio e tem por escopo a ordenação coordenada das atividades processuais, simplificando o processo, e, assim, possibilitando-lhe atingir o mais rápido possível, seu ato final. Também visa proteger a boa-fé processual e evitar a chicana do processo. Talvez porque, em razão disso, se a vantagem processual já tiver sido acumulada pela parte contrária, a alegação do incumprimento do contrato não poderá mais ser uma opção. Caso contrário, o desenvolvimento não perturbado do processo não seria mais garantido e nesse caso a preclusão tem papel relevante.

Não se deve estranhar o fato de o tribunal não controlar oficiosamente a violação dos pactos pois isso decorre da natureza dos interesses tutelados pela convenção, estritamente privados. Se o credor pode dispensar o cumprimento, liberando o devedor,

⁵⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto / MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*, São Paulo, Atlas, 2009, pp. 83-84.

⁵⁴⁴ MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of civil procedure, In ENGELMANN, et al., *A history of continental civil procedure*, vol. VII, Boston, Little Brown, and Company, 1927, p. 29.

⁵⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Napoli, Jovene, 1933, p. 479.

quer por não lho exigir, quer por se conformar com o incumprimento, quer, ainda, por perdão da dívida, pode o credor de prestação de fato “renunciar à conformação da conduta processual da contraparte pelo dever previamente assumido no negócio processual.”⁵⁴⁶

Vale lembrar que, uma vez alegada a exceção de incumprimento do contrato, não significa que o tribunal deverá apreciá-la apenas ao final do processo, quando proferir a sentença de mérito. Nesse caso, é possível cindir o julgamento, para que primeiro seja julgada a alegação de inadimplemento do contrato, se manejada a exceção, seguindo-se, depois da instrução, o julgamento do processo principal.

A decisão que julga a exceção é despacho saneador com estrutura de sentença porque, nesse caso, o juiz decide incidente que apresente a estrutura de uma causa, a teor do artigo 152.º, n.º 2, do Código. Essa decisão será objeto de recurso de apelação autónoma, consoante o artigo 644.º, n.º 1, alínea *b* (cabe apelação do despacho saneador que decida do mérito da causa), que sobe em separado, em atenção ao disposto no artigo 645.º, n.º 2, do Código.

Assim, se a parte faltosa negar a existência de fato incontroverso, havendo alegação da parte inocente via exceção processual, o juiz deverá, em primeiro lugar, em atenção aos direitos fundamentais à cooperação processual e ao contraditório e em razão do dever de evitar decisões surpresa (dever de consulta), ouvir o adversário acerca do incidente instaurado. Não havendo justo impedimento e comprovada a inadmissibilidade daquela prova contrária à convenção probatória, o juiz irá declará-la.

Por outro lado, se o tribunal deixar de aplicar as regras de prova previstas no contrato probatório, fora das hipóteses legais de inadmissibilidade, pura e simplesmente pelo fato de negar a eficácia jurídica desses pactos, parece que, nesse caso, viola a boa-fé e a cooperação processual, além de agir com abuso do direito processual. Nessa situação, além da função tradicional do abuso do direito, que retira a licitude de quem exerça a sua liberdade contratual, passa a exprimir os valores fundamentais do ordenamento, veiculados, em cada caso concreto pelo princípio da boa-fé. Se o tribunal age defrontando

⁵⁴⁶ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 88.

a confiança a ele depositada pelas partes, ou em *venire contra factum proprium* ou, ainda, só para prejudicar qualquer das partes, em desequilíbrio no exercício dos direitos de igualdade, comete abuso. O ato do tribunal passa a ser ilícito e se verificados os demais pressupostos, entre os quais a culpa ou dolo, poderá haver responsabilidade civil e indenização por danos. Portanto, a solução não pode partir *ex officio* do tribunal, pois depende da vontade da parte que se vê confrontada com o incumprimento. A parte poderá optar pela resolução (tácita) do contrato ou exigir-lhe o cumprimento pelo tribunal e para isso deverá deduzir uma exceção processual.

2. Efeitos e meios de reação diante do incumprimento do ônus de provar imposto pelos contratos probatórios

2.1 Contratos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova. A inversão convencional do ônus da prova pode ser violada por terceiro

A doutrina figura a hipótese de dois empresários estipularem que, nos seus negócios, o pagamento da prestação ulterior à primeira não induz a presunção do artigo 322 do Código Civil Brasileiro, cabendo ao devedor provar o pagamento das prestações anteriores à última, nada obstante esta se encontre paga, ou seja, cabendo ao devedor provar a realização de atribuição patrimonial relativamente a cada prestação devida. Na ação de cobrança ajuizada, o credor invoca a convenção sobre o ônus da prova, mas o réu não produz a prova dos pagamentos. Indaga-se, a partir do exemplo, se o juiz pode determinar a produção de prova a fim de apurar se ocorreu, ou não, o pagamento, e se, subsistindo a falta de prova, o juiz estaria adstrito à convenção das partes, imputando a consequência desfavorável ao devedor, invertendo a regra de julgamento prevista em lei.⁵⁴⁷

Em primeiro lugar, esse exemplo invoca ser imperioso distinguir as situações jurídicas processuais que podem ser assumidas pelas partes quando celebrado um

⁵⁴⁷ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 204.

negócio processual probatório, em especial, a necessidade de fazer uma breve diferenciação entre as situações que se referem ao ônus e ao dever.

Acerca dessas situações jurídicas processuais, Carnelutti trabalha com a ideia de ônus quando o exercício de uma faculdade é colocado como condição para obter-se uma vantagem. O autor esclarece que o ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para o atingimento de um interesse, e que ambos, ônus e dever, possuem em comum o elemento formal, consistente no vínculo à vontade. De acordo com o autor, a diferença entre os dois conceitos está no interesse, já que no dever, o vínculo à vontade é imposto para a tutela de um interesse alheio, e, no ônus, o vínculo à vontade é imposto para a tutela de um interesse próprio. O autor acrescenta, ainda, que a inexecução ligada ao dever tem como consequência uma sanção jurídica, ao passo que a inexecução ligada ao ônus acarreta apenas a perda dos efeitos úteis do próprio ato.⁵⁴⁸

No âmbito da teoria geral do direito civil, Menezes Cordeiro sustenta que o dever ocupa posição de destaque dentre as posições jurídicas passivas, em simetria à posição ocupada pelo direito subjetivo a uma prestação. O dever é, assim, um imperativo de conduta exigido pela ordem jurídica, cuja violação ou ameaça de violação gera um ato ilícito suscetível de prevenção ou sanção que se realiza mediante uma prestação de dar, fazer ou não fazer, a exemplo do dever de agir de boa-fé na formação dos contratos. De acordo com o autor, quando o dever é violado surge a obrigação, que consiste no “vínculo jurídico em virtude do qual determinada pessoa fica adstrita para com a outra à imediata realização de uma prestação.”⁵⁴⁹

Tradicionalmente, o problema da prova sempre foi tratado como um ônus, que possui dois aspectos: o primeiro, como regra de julgamento, dirigida ao juiz, e o segundo, como regra de instrução, dirigido às partes. Como uma regra de julgamento, será utilizada pelo juiz, após a produção das provas pelas partes, ao permanecer em estado de dúvida, já que não lhe é lícito eximir-se do dever de julgar a causa, que será decidida contra a parte que tem o ônus da prova (*non liquet*). Como regra de instrução, o ônus da prova está presente não apenas na fase decisória, mas ao longo de toda a atividade probatória e tem

⁵⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, Cedam, 1936, p. 55.

⁵⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. I, tomo I, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 355-356.

por finalidade justamente informar “o modo pelo qual as partes irão, em linha de princípio, estruturar ou otimizar sua atividade probatória visando a colaborar na formação do juízo de fato e, portanto, evitar a sucumbência”.⁵⁵⁰ Dessa forma, onera-se cada uma das partes e estimula-se cada uma delas a levar as provas a juízo. Caso as partes não produzam as provas, por quaisquer que forem os motivos, isso não ocasiona qualquer consequência negativa ao processo. Apenas acarreta prejuízo às partes oneradas.

O ônus da prova objetivo (*Feststellungslast*) apenas produz efeitos por ocasião do julgamento do processo, quando o tribunal deve decidir quem assume as consequências da falta de certas provas. Nesse caso, fica em aberto a questão referente ao ônus subjetivo da prova (*Beweisführungslat*), para determinar quem deve produzir quais provas.⁵⁵¹

De acordo com a doutrina dominante, as regras que distribuem o ônus da prova têm como destinatário apenas o juiz, que intervirá depois de produzida a prova com a respectiva valoração crítica, no momento da decisão. Com efeito, as regras sobre ônus da prova não atuam como sanção para a litigância insuficiente, mas servem para ultrapassar a situação objetiva de *non liquet* que possa existir.⁵⁵²

Esse raciocínio leva à conclusão de que a inversão convencional do ônus da prova não impõe deveres de prestar para as partes e talvez seja justamente por essa razão que os contratos que alteram a distribuição do ônus da prova não possam por elas ser violados. A única violação desses pactos pelas partes que poderia ocorrer é aquela a respeito da eficácia das convenções que alteram a distribuição do ônus da prova no processo, ou seja, se as convenções são válidas e produzem efeitos intraprocessuais.

Contudo, se as partes deram como certa e aplicação das regras convencionais sobre o ônus da prova, não haveria como descumpri-las. Se a parte deixar de produzir a prova que lhe competia ela não estará violando o contrato. Nesse caso, não há deveres de prestar e tampouco a parte fiel estará tutelada por ações de cumprimento, que deixam

⁵⁵⁰ Por todos, CARPES, Artur Thompsen, *Ônus da prova no novo CPC, do estático ao dinâmico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.

⁵⁵¹ ROSENBERG, Leo. *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Berlin, Otto Liebmann, 1923, p. 28; MICHELI, Gian Antônio. *L'Onere della prova*, Padova, Cedam, 1942, p. 92. Sobre a crítica da doutrina ao conceito de ônus da prova, MITIDIÉRO, Daniel. *O ônus da prova e seus inimigos*. In *Revista Ius Dictum*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 103-120.

⁵⁵² ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.^a ed. München, C. H. Beck, 2004, p. 780.

completamente de fazer sentido. O contrato serve de norma para a atividade probatória das partes, mas o fato de alguma delas não produzir a prova de acordo com a repartição contratual não significa que estará descumprindo a convenção.

Por outro lado, e até de modo curioso e contraintuitivo, embora os contratos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova não possam ser violados pelas partes, já que não há um dever de prestar entre elas, poderá um terceiro vir a descumpri-los. Nesse sentido, os contratos que dispõem sobre a alteração da distribuição do ônus da prova poderão ser violados pelo decisor, se errar no julgamento. Via de regra, quando o juiz constatar o desatendimento das regras sobre o ônus da prova, estipuladas no contrato, deve aplicar as mesmas regras que incidem, quando ele se depara com o *non liquet*. Como regra de julgamento, o contrato iluminará o juiz quando chegar ao final sem se convencer sobre as alegações de fato das partes. As partes deviam alegar e provar de acordo com o ônus da prova distribuído pelo contrato e a dúvida do juiz deve ser suportada pela parte que tinha o ônus de provar.

Paula Costa e Silva adota esse entendimento e nega que as convenções sobre o ônus da prova possam ser violadas porque delas nenhum dever processual decorre às partes, restando apenas ao juiz o dever de julgar consoante os termos da convenção. De acordo com a autora, constata-se que convenção que procede à inversão do ônus da prova não dispõe de deveres para as partes do processo e quem deverá aplicar a convenção processual será o decisor, se dela tomar ciência, depois de valorada e apreciada toda a prova. A autora conclui que, de acordo com essa ideia, poderá o decisor violar o dever instituído pela convenção, se não julgar de acordo com ela.⁵⁵³

Nesse sentido, Paula Costa e Silva adota a proposta de Pedro Múrias, acerca da atribuição jurídica, que se mostra plenamente extensível aos contratos que alteram a distribuição do ônus da prova. De fato, até o lançamento da obra da autora, que trata das perturbações no cumprimento dos negócios processuais, não havia uma concepção muito bem definida sobre se, quando, convencionalmente, altera-se a distribuição do ônus da prova, existem obrigações ou deveres de produzir prova entre as partes. A ruptura no entendimento tradicional, que trouxe elementos até então inconcebíveis para a solução

⁵⁵³ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 116.

dos problemas enfrentados, inclusive no presente estudo, veio com a edição da obra mencionada.

Com efeito, nos contratos que alteram a distribuição do ônus da prova não se parece estar na presença de obrigações ou deveres de prestar entre as partes, que mais se aproximam das atribuições jurídicas, já que de acordo com Pedro Múrias “as atribuições são ainda e sempre do direito da satisfação e da não satisfação”⁵⁵⁴ e “os acontecimentos que levam à satisfação é que dizem respeito ao direito probatório: a prova de certa proposição relevante num caso, a chamada “inversão” do ônus da prova no outro”⁵⁵⁵, sendo verdadeiro que “a circunstância de certa posição ser qualificada como uma atribuição não determina que se afasta a teoria geral da obrigação, mas que esta seja repensada para uma realidade diversa, em que não havendo deveres de prestar, há a atribuição de vantagens que têm relevância e significação jurídica.”⁵⁵⁶

Assim, voltando ao exemplo mencionado, em que as partes invertem a presunção do artigo 322 do Código Civil Brasileiro, cabe lembrar o alerta de Barbosa Moreira, de que diante de convenção que distribui o *onus probandi* de modo diferente do previsto no artigo 333 do CPC Brasileiro de 1973, o que cabe ao órgão judicial é, pura e simplesmente, se for o caso, e desde que o ato não seja nulo, aplicar as regras convencionais, em vez das legais, para decidir a lide.⁵⁵⁷ Assim, quando a parte não produz a prova, do modo que foi distribuída na convenção sobre a alteração do ônus da prova, em caso de *non liquet*, o decisor aplica as regras do contrato e tem o fato como provado. A parte não viola o contrato porque não há deveres ou obrigações de provar e o órgão decisor, pelo contrário, corre o risco de infringir as regras contratuais que alteraram a distribuição do ônus da prova caso decida aplicar as regras legais.

Logo, a parte que deixa de mobilizar a prova, cujo ônus era seu, em razão da convenção sobre a alteração da distribuição do ônus da prova, não descumpe o programa

⁵⁵⁴ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 845.

⁵⁵⁵ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 845.

⁵⁵⁶ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 122.

⁵⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, In *Temas de direito processual*, terceira série, Saraiva, São Paulo, 1984, p. 98.

contratual. Apesar de a parte não ter atuado de acordo com a convenção, não haverá incumprimento, o que faz concluir ser a convenção sobre a alteração da distribuição do ônus da prova invulnerável pelas partes que deixam de produzir provas.

Mas isso não significa que ela não poderá ser infringida por terceiro, a saber, o órgão decisor. Nesse caso, o terceiro poderá incumprir os negócios processuais sobre a prova. Basta que o tribunal não julgue de acordo com a convenção e aplique as regras legais sobre a distribuição do ônus da prova. O tribunal, que não foi parte do negócio processual, quando deixa de aplicar a convenção, descumpre-lhe as regras. Essa particularidade, própria dos contratos que alteram a distribuição do ônus da prova, igualmente extensível aos contratos sobre a apreciação da prova e sobre os graus de prova, que também servem de modelo para a atividade do órgão julgador, definitivamente descaracteriza-os como obrigações de prestar, ao mesmo tempo que os aproxima das atribuições jurídicas.

2.2 O inadimplemento da obrigação de apresentar documentos ou outros meios de prova

A doutrina traz o exemplo de um contrato de engenharia, no qual se preveja a necessidade de que alguns ou mesmo todos os documentos da obra sejam guardados em um diretório na nuvem (*cloud*), ao qual ambas as partes tenham acesso. Essa medida poderá evitar a perda de tempo de postulação do acesso a tais elementos de prova, além de impedir que uma das partes possa esconder tais elementos de prova se for instaurado um litígio.⁵⁵⁸

⁵⁵⁸ Exemplo de RAMOS, Vitor de Paula / RANZOLIN, Ricardo. Prova na arbitragem: poderes instrutórios dos árbitros, ônus, deveres e obrigações das partes. In NASCIMBENI, Asdrubal Franco / BERTASI, Maria Odete Duque / RANZOLIN, Ricardo. (Org.). *Temas de Mediação e Arbitragem*, vol. III, São Paulo: Lex, 2019, pp. 233-262. Acerca da existência de um princípio da responsabilidade probatória das partes, quantitativamente limitador dos poderes de iniciativa probatória do juiz (os quais não podem constituir uma forma de suprir a negligência das partes na observância dos respectivos ônus probatórios), bem como dos deveres de colaboração probatória das partes e a ideia de que não desvirtuam a natureza dispositiva do sistema jurídico, mas permitem que a parte onerada observe o ônus que sobre si impende, PEREIRA, Fernando Silva. *A responsabilidade probatória das partes no atual modelo processual*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 153 ss. e pp. 410 ss.

O exemplo comporta disposições acerca dos chamados deveres de provar e sua respectiva atribuição, algumas delas situações conexas aos deveres acessórios, previstas em cláusulas compromissórias de prova integrantes dos contratos de compra e venda. Basicamente, são os deveres de exhibir documentos que podem estar dispostos em negócios processuais ou em cláusulas compromissórias sobre a prova. Essas disposições poderiam, facilmente, figurar em outros contratos, como aqueles que estipulam obrigações de locação ou compromisso de compra e venda, assim como poderiam estar relacionadas a outras hipóteses de contratos atípicos de direito material, nomeadamente os *smart contracts*.⁵⁵⁹

Com isso, coloca-se em discussão o problema de as partes estipularem nos contratos uma verdadeira obrigação de provar, bem como de determinarem a modificação do ônus probatório quanto a esse dever. A doutrina que tradicionalmente trata do ônus da prova, na maioria das vezes, cuida do problema apenas no contexto do ônus de provar, onde é enfatizado que as regras relevantes criam apenas obrigações para as partes, mas elas não constituem obrigações no sentido jurídico e, portanto, não são diretamente executáveis. Quando se busca uma definição que vai além do direito à prova, encontram-se formulações segundo as quais o ônus de provar deve ser entendido como aquelas situações em que a inércia da parte em produzir a prova significa que ela está de certa forma em “desvantagem processual”.⁵⁶⁰ No cerne dessas abordagens da doutrina, pode-se filtrar que os ônus devem ser ordens comportamentais, cujo conteúdo, em contraste com as obrigações no sentido jurídico, não pode ser objeto de imposição com base em medidas judiciais coercitivas.

A partir dessa verificação, alguma doutrina passou a repensar o problema, pois verificou que quando o tribunal se deparava com a situação que envolvesse o descumprimento de um dever de exhibir documentos, não poderia utilizar de sua força coativa para que o documento ou qualquer outra prova relevante fossem levados ao processo. Essa doutrina passou a sustentar que em se tratando simplesmente de ônus de provar, se a parte não levasse a prova a juízo ou não juntasse aos autos, não haveria

⁵⁵⁹ FREIRE, João Pedro. *Blockchain e smart contracts – implicações jurídicas*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 47 ss.

⁵⁶⁰ ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.^a ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 13.

qualquer consequência em caso de descumprimento, restando ao tribunal julgar a causa e aplicar as regras contratuais. De acordo com Vitor de Paula Ramos, caso estivesse em jogo um “dever de provar” no lugar do “ônus de provar” e houvesse a violação por qualquer das partes, a consequência no caso da prova, diante do incumprimento injustificado, será autorizar o tribunal a forçar ou a constranger de qualquer forma a parte que não cumpriu o contrato a fazê-lo. O órgão judicial, em outras palavras, poderia usar, legitimamente, diante do descumprimento do “dever de provar”, de sua força coativa, para que um documento ou qualquer outro meio de prova relevante fossem juntados aos autos ou retirados do processo, conforme o caso. Isso ficaria mais evidente se a prova que a parte detém demonstra algo em sentido contrário às suas alegações, já que ela certamente não teria “estímulos concretos, tendo somente um *ônus*, para levá-la a juízo”.⁵⁶¹

Somado a isso está o entendimento de que talvez a característica principal do ônus de provar só possa ser vista no fato de que sua não observância não é reprovada pelo sistema jurídico da mesma maneira que a violação de um dever de provar no sentido jurídico, ou seja, o ônus de provar não deve ser notado como algo ilegal e, portanto, não se pode responsabilizar por danos aquele que não se desincumbiu do ônus. No que diz respeito à comunicação solicitada pelas partes e, em particular, à obrigação de remeter um documento, o dever assume obrigações reais e coercíveis.⁵⁶²

Contudo, a regra legal continua sendo aquela que impõe às partes o ônus da prova. As partes apresentam ao tribunal as provas que lhe favorecem. Essa circunstância é óbvia e na prática jurídica é quase impossível de ser modificada. O tribunal poderá valer-se do princípio da aquisição processual, uma vez que produzidas as provas, elas passam a pertencer ao processo e torna-se irrelevante quem as produziu. De acordo com o artigo 413.º do Código de Processo Civil, todas as provas produzidas, mesmo que não tenham

⁵⁶¹ RAMOS, Vitor de Paula, *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao dever de provar*. 2 ed. São Paulo, Revista dos tribunais, 2018, pp. 81-100.

⁵⁶² GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, Springer, 1925, p. 335.

sido fornecidas pela parte a quem aproveitam ou pela parte a qual impendia o ônus da prova, são atendíveis.⁵⁶³

Competirá, então, às partes, de comum acordo, alterarem essa regra legal, se for do interesse de ambas afastar do caso a ausência de maiores consequências jurídicas diante do ônus de provar. Como decorrência do autorregramento da vontade, a partir do momento em que se passa a exigir das partes, através do contrato probatório, uma obrigação de exhibir em juízo documentos que se encontram exclusivamente em seu poder, como no exemplo de engenharia, em relação aos dados da obra, armazenados na nuvem, e se alguma delas não os apresenta ou não disponibiliza o acesso a essas provas, poderá ser o caso de o juiz poder adotar alguma técnica para a conservação contratual dessas convenções probatórias.

Nessas situações, Paula Costa e Silva atenta para o fato de que a tutela da parte fiel não se obtém através da técnica da exceção “pois nada há a julgar inadmissível.”⁵⁶⁴ A autora, depois de manifestar, mais uma vez, a inadequação da ação de cumprimento, aponta para duas soluções possíveis. Em primeiro lugar, a intervenção do tribunal, que supre a inércia da parte faltosa, mediante a requisição dos documentos que deveriam ser apresentados e não o foram, ou determinando a cooperação da testemunha, ou, em segundo lugar, no específico domínio da prova, através da técnica da inversão do ônus da prova.⁵⁶⁵

Os artigos 396 a 400 do Código de Processo Civil Brasileiro concedem ao juiz o poder de ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder e dispõem que, após a formulação do pedido de exibição, por simples petição, ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa,

⁵⁶³ O princípio da aquisição processual está previsto no artigo 371 do Código de Processo Civil Brasileiro nos seguintes termos: 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.

⁵⁶⁴ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 140-141. A autora justifica a ausência de interesse da parte que se vê confrontada com o incumprimento do dever de perseguir a parte infiel com uma ação de cumprimento uma vez que está em causa um acto complexo da espécie processo. A parte não quer a ação de cumprimento: “o que ela quer, nos casos em que o resultado do acto omitido seja essencial à prossecução do processo, é que possa esse resultado decorrer da actividade de outrem, assim se superando a omissão da parte infiel e reunindo o processo condições para instrução e julgamento.”

⁵⁶⁵ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 140.

a parte pretendia provar se: (i) o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do artigo 398; (ii) a recusa for havida por ilegítima. E o parágrafo único do artigo 400 dispõe que, sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

Já o sistema processual português prevê nos artigos 429.º a 433.º a situação em que os documentos estejam em poder da parte contrária e dispõe que se o notificado não apresentar o documento, considerar-se-á que recusou com a colaboração para a descoberta da verdade e será condenado em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis. O artigo 417.º, n.º 2, 2ª parte, que trata do dever de cooperação para a descoberta da verdade, complementa ao dispor que “se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.”

Nas situações dispostas na lei brasileira e na lei portuguesa uma das técnicas utilizadas pelo tribunal é a da inversão do ônus da prova. Os sistemas ainda admitem a concessão da tutela específica mediante técnicas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. Nesses casos, os deveres de cooperação processual das partes são considerados obrigações no sentido jurídico, cuja violação pode, em princípio, acarretar uma responsabilização por danos, além da adoção de medidas indutivas e coercitivas pelo tribunal.

Em geral, não parece suficiente para a assunção de uma obrigação de provar que exista um risco de desvantagem se isso não for observado (aqui especificamente o aumento do risco de uma avaliação negativa por parte do tribunal), porque isso dificilmente poderá ser visto como uma sanção pela violação da obrigação de produzir prova. Em todas as situações, devem sempre ser respeitados, evidentemente, os fatores que inibem a participação na produção da prova quando envolverem a proibição de auto-incriminação e a proteção da esfera privada e individual.

Portanto, se a parte celebra uma convenção probatória, obrigando-se a apresentar documentos ou outros meios de prova e não o faz, a tutela da parte fiel poderá ser obtida através da solicitação ao tribunal para que requisite o meio de prova ou determine a inversão do ônus da prova em benefício daquela, sendo inadequada a ação de cumprimento para essa finalidade.

Aliás, a circunstância de à violação do dever de cooperação em sede probatória corresponder uma inversão do ônus da prova pode ser lida no sentido de este dever ser, afinal, não verdadeiramente um dever, mas um ônus: a parte tem de colaborar, sob pena de ser desencadeado um efeito que a desfavorece.

Paula Costa e Silva assinala a diferença existente entre as consequências da violação do ônus e as consequências da violação do dever, sublinhando que a primeira situação constitui uma ameaça mais eficaz do que aquela ameaça verificada contra a violação do dever, já que a parte acaba sendo colocada numa situação processual desfavorável, enquanto que na situação que envolve, por exemplo, a violação do dever de cooperação ou do dever de boa-fé processual, o comportamento processual da parte é qualificado como um comportamento de má-fé. A autora ainda ressalva que a responsabilidade prevista no atual artigo 542.º do CPC é uma responsabilidade por fato ilícito e se a conduta lesiva tiver ocasionado despesas para a parte contrária, o infrator será ainda condenado em indenização.⁵⁶⁶

Com efeito, é patente a inadequação das ações de cumprimento, que servem de tutela aos deveres de prestar, em comparação às soluções que preconizam a intervenção direta do tribunal, seja ao requisitar a prova ou determinar a inversão. Ademais, na maioria dos casos, a técnica da inversão do ônus da prova pelo decisor parece ser dotada de maior efetividade e eficácia, em comparação com o recurso à requisição dos documentos que seriam apresentados e não o foram ou a cooperação da testemunha renitente. Quando o tribunal inverte o ônus da prova, presume-se verdadeiro o conteúdo do documento a que a parte se obrigou a exhibir ou a declaração que seria prestada pela testemunha renitente.

Contudo, se estiverem em jogo os deveres acessórios de informar, como no exemplo da engenharia, a técnica da inversão do ônus da prova, no caso da não exibição ou disponibilização desses documentos na nuvem, seria insuficiente. Aqui, avulta interesse a adoção de técnicas coercitivas, havendo o manejo pela parte inocente da

⁵⁶⁶ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 163.

solicitação ao tribunal para que requisite os documentos em poder da contraparte, ou que ela os disponibilize.

Essas soluções podem ser utilizadas pelo tribunal, sem prejuízo dele, cumulativamente, aplicar uma sanção criada pela vontade das partes, que pode, por exemplo, consistir numa cláusula penal ou numa sanção pecuniária compulsória. Sobre isso, a doutrina traz o exemplo de convenção prévia que estipula o dever das partes de apresentar documentos, em produção antecipada de provas, sob pena da imposição de uma sanção pecuniária compulsória.⁵⁶⁷

3. Tutela da parte fiel mediante técnicas de conservação contratual

3.1 Ação de cumprimento, exceção processual dilatória e técnica processual

Da mesma forma que o legislador, para a tutela das obrigações, confere ao credor um conjunto de tutelas de natureza repressiva ou sancionatória, tendentes uns à obtenção forçada ou direta do cumprimento, procurando outros uma realização perfeita do dever de prestação e, em casos mais graves, visando ao repúdio ou o aproveitamento do contrato através da sua resolução ou do pedido de uma indenização compensatória⁵⁶⁸, deveria a igualmente legislação processual civil preocupar-se com as medidas necessárias para a tutela do incumprimento dos negócios processuais, em especial das convenções processuais probatórias.

Via de regra, do incumprimento definitivo das obrigações contratuais emerge, nomeadamente, o dever, a cargo do devedor, de indenizar o credor por todos os danos que lhe foram causados. Essa indenização também segue o regime geral da obrigação de indenizar e circunscreve-se no quadro da relação complexa preexistente, de tal modo que há uma identidade de conjunto que se mantém. Surge, no entanto, um outro efeito, talvez mais significativo e consentâneo com a realidade atual, a saber, a possibilidade de o credor

⁵⁶⁷ Nesse sentido, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 754.

⁵⁶⁸ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 141.

recorrer-se aos tribunais para, através da força pública, conseguir as vantagens que a ordem jurídica lhe atribui e o devedor lhe recusa espontaneamente o cumprimento. Paradigma disso é a ação de cumprimento, característica dos deveres de prestar.

Numa ação de cumprimento, o credor, alegando como causa de pedir o fato jurídico de que emerge o seu crédito, pede ao tribunal que condene o devedor a cumprir, tudo com base no artigo 817.º do Código Civil. Esta ação tem importância porque a sua decisão final estabelece a existência e a configuração do direito do credor e induz o devedor a cumprir, além de fornecer, ao credor, um título executivo. Com efeito, antes de encarar a tomada de medidas de força é necessário estabelecer, em processo no qual o devedor seja chamado a intervir e a defender-se, a justeza da posição do credor e a exata dimensão do seu direito. A condenação do devedor, quando tenha lugar, se se der por demonstrada a pretensão do credor, constitui, naturalmente, um forte meio de pressão sobre o devedor, sobretudo quando a razão do incumprimento seja a dúvida quanto à própria existência do crédito, dúvida essa que, naturalmente, é desfeita pela decisão do tribunal.⁵⁶⁹

O artigo 10.º do Código de Processo civil distingue as espécies de ações, consoante o seu fim, em ações declarativas ou executivas. As ações declarativas podem ser de simples apreciação, de condenação ou constitutivas. As ações de simples apreciação, visam a obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um fato. As ações de condenação visam a exigir a prestação de uma coisa ou de um fato, pressupondo ou prevendo a violação de um direito. Por sua vez, as ações constitutivas visam a autorizar uma mudança na ordem jurídica existente. Já o n.º 4 do aludido dispositivo diz que são ações executivas aquelas em que o credor requer as providências adequadas à realização coativa de uma obrigação que lhe é devida. Muito embora o n.º 5 do artigo 10.º preceitue que toda a execução tem por base um título, pelo qual se determinam o fim e os limites da ação executiva, é certo que o n.º 6 informa que o fim da execução, para o efeito do processo aplicável, pode consistir no pagamento de quantia certa, na entrega de coisa certa ou na prestação de um fato, quer positivo quer negativo.

Diz-se execução específica a realização, pelo tribunal, da prestação que incumbia ao devedor inadimplente. Os casos paradigmáticos resultam dos artigos 827.º a 829.º do

⁵⁶⁹ Por todos, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 511-518.

Código Civil. Em todos estes casos, a execução específica é possível quando o devedor possa ser substituído na sua realização. Assim, não cabe tal instituto perante prestações de fato não fungíveis e nas prestações de *non facere*, quando não seja possível fazer reverter o sucedido. Nessa eventualidade, quedam duas soluções: ou se desiste da realização da prestação devida, passando-se a uma fase puramente indenizatória (artigo 798.º), ou se pressiona a vontade do devedor remisso, através de sanções pecuniárias compulsórias (artigo 829.º-A, n.º 1).

Nesse cenário jurídico, muito embora a tendência seja admitir a ação de cumprimento, essa solução não corresponderia aos anseios das convenções probatórias diante de qualquer modalidade do incumprimento. A própria doutrina, quando trata da admissibilidade dos negócios processuais, depois de acolher, por exemplo, o *pactum de non petendo*, a renúncia aos recursos e os contratos sobre os meios de prova, esclarece que como se está diante de uma omissão processual, a ação de cumprimento dessas obrigações é inadmissível e sustenta que a contraparte deveria apresentar uma exceção dilatória que conduza à inadmissibilidade do ato processual em causa. Por outro lado, quando trata de obrigações de fazer (como a interposição de um recurso), assinala que não pode ela ser executada por meio de uma objeção processual. Na prática, apenas a coação indireta pela possibilidade de ação de indenização por danos, num segundo processo, poderia ser considerada.⁵⁷⁰

Contudo, para se chegar a essa conclusão, parece fundamental adicionar a observação de Pedro Múrias, no sentido de que os artigos 827.º a 829.º do Código Civil não cobrem todas as obrigações, e o mesmo se diga de outro mecanismo destinado a provocar o cumprimento, como a sanção compulsória. O autor admite que a própria ação de cumprimento falha nalgumas obrigações, *maxime* nas de termo essencial, em que “não sendo cumpridas no momento devido, deixa de ser possível o cumprimento e, logo, a acção de cumprimento”.⁵⁷¹

⁵⁷⁰ ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.ª ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 421.

⁵⁷¹ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 825.

Pedro Múrias menciona ainda alguns limites a uma ação de cumprimento anterior ao vencimento, relacionados com o pressuposto do interesse processual.⁵⁷² Ora, se a lógica dos deveres de prestação parece ser contraintuitiva⁵⁷³, se acoplada às atribuições surgidas em negócio processual sobre a prova, não parece adequado que a parte fiel, diante de qualquer modalidade de incumprimento desses pactos, possa socorrer-se através da ação de cumprimento.

Igualmente demonstra o descabimento da ação de cumprimento o fato de que ser absolutamente inviável, em negócios processuais, existir uma obrigação de ato que outrem possa praticar. Ora, se o fato não pode ser executado por terceiro, em negócios processuais, muito menos poderá o credor executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, embora essa regra seja conhecida no âmbito do direito das obrigações, *ex vi* dos artigos 767.º a 770.º do Código Civil. Aliás, o Código Civil Brasileiro, no art. 249, que trata da execução das obrigações de fazer, dispõe que se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Com efeito, não existe nada semelhante no ambiente processual a respeito do incumprimento dos negócios sobre a prova.

Por exemplo, na prática jurídica, cada vez mais são encontrados os contratos de confidencialidade, que são concluídos com vista a um processo de mediação. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

⁵⁷² MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 825.

⁵⁷³ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 145. A autora, com substanciosos argumentos, sustenta que “o processo/procedimento é estruturado sobre o ónus negativo e não sobre os direitos de crédito, direitos a prestação ou, ainda, situações jurídicas relativas de cooperação.” Daí resulta para as partes não interessarem as ações de cumprimento para a tutela dos seus interesses processuais.

Constitui modelo de contrato de confidencialidade o que dispõe o n.º 3 do art.º 34 do Código dos Valores Mobiliários, que trata dos procedimentos de mediação e dispõe que o procedimento de mediação é confidencial, ficando o mediador sujeito a segredo em relação a todas as informações que obtenha no decurso da mediação e não podendo a CMVM usar, em qualquer processo, elementos cujo conhecimento lhe advenha exclusivamente do procedimento de mediação.

Igualmente, os termos e condições comerciais das redes sociais, a exemplo do *Facebook* e do *Instagram*, contém uma cláusula de arbitragem segundo a qual quaisquer meios probatórios utilizados durante a arbitragem serão mantidos confidenciais diante da ausência de razão plausível para sua divulgação. De acordo com essa cláusula, a decisão do árbitro será mantida confidencial somente no limite necessário para proteger os segredos comerciais ou informações comerciais de ambas as partes ou para cumprir um requisito legal que imponha a confidencialidade.

Assim, se o tribunal tomar conhecimento do conteúdo da conversa ocorrida entre as partes e o mediador, em uma mediação, ou da decisão do árbitro, numa arbitragem comercial envolvendo a CMVM ou aquelas redes sociais, não deve considerar essas declarações no julgamento, à luz desses contratos sobre a confidencialidade das provas. A divulgação da conciliação ou da mediação, evidentemente, não poderá ser determinada de ofício, muito menos avaliada pelo tribunal por ocasião do julgamento. Nesse caso, os acordos de confidencialidade são vinculativos para o tribunal. Da mesma forma, a cláusula de arbitragem segundo a qual quaisquer meios probatórios utilizados durante a arbitragem devem ser mantidos confidenciais diante da ausência de razão plausível para sua divulgação é vinculativa para o tribunal, que deverá proteger os segredos comerciais ou informações comerciais de ambas as partes. Se qualquer das partes descumprir os contratos e apresentar o teor da mediação, da conciliação ou da arbitragem, haverá o incumprimento dos respectivos negócios processuais sobre a prova.

Para que sejam restabelecidos os termos dos contratos, a ação de cumprimento movida contra a parte infiel seria inconsequente e de nada adiantaria, já que a decisão de inadmissibilidade dos meios de prova pode ser obtida através da invocação de uma exceção processual. Assim, se a parte fiel desejar, invoca a existência do contrato processual e a desconformidade da conduta da contraparte, ou a parte nada diz. Se a parte

nada disser, significa que aceitou que a prova tenha sido produzida e valorada. Na primeira hipótese, caso a exceção seja julgada procedente, a conduta indevida da parte será julgada inadmissível, ainda que tenha sido a prova produzida. Nessa hipótese, não obstante a conduta desconforme da parte que viola o dever, será retomado o estado de conformidade objetiva através de uma conduta do decisor: a prova que não poderia, por convenção processual das partes, ser produzida, não será admitida, e a decisão, ao repor o estado de conformidade, aproxima-se de um *cumprimento natural coercivo*. Por outro lado, o tribunal não controla oficiosamente a violação da convenção probatória, já que os interesses tutelados são estritamente privados. Da mesma forma que o credor pode liberar o devedor do cumprimento, seja por não o exigir, seja por se conformar com o incumprimento ou até mesmo pela remissão, pode a parte renunciar à conformação da conduta da contraparte pelo dever processual previamente assumido no contrato.⁵⁷⁴

Outro exemplo da doutrina que repercute nas convenções sobre os temas da prova é quando o vendedor e o comprador concluem um contrato de venda por meio da *internet*, segundo o qual o vendedor vende um produto para comprador e deve entregá-lo no endereço deste. Os riscos associados à entrega geralmente são suportados pelo vendedor e nesse contrato, ambos concordam, no entanto, que se houver qualquer processo futuro, envolvendo a venda, o recebimento da camisa pelo comprador não poderá ser negado se o vendedor comprovar o envio do produto. Mais tarde, verifica-se que o vendedor enviou o produto, mas o comprador não o recebeu. Do ponto de vista do direito material, o vendedor não cumpriu sua obrigação de entregar o produto. Em processo judicial, no entanto, o vendedor prova documentalmente que enviou o produto e o comprador nega tê-lo recebido. Questiona-se, com base no contrato de provas celebrado entre as partes, se o tribunal não deve considerar a alegação do comprador, pois contrária ao contrato probatório celebrado entre as partes, de acordo com o qual não se poderia negar o recebimento do produto se houvesse a prova do envio.

De fato, nesse caso, o tribunal rejeita a alegação do comprador, por ser contrária ao contrato, e julga a ação em conformidade com as cláusulas contratuais sobre a prova, já que as partes concordaram que o item seria considerado entregue quando fosse

⁵⁷⁴ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 88 e 118.

enviado pelo vendedor e uma negativa de recebimento pelo comprador seria irrelevante do ponto de vista do direito material. Nesse caso, o objetivo estabelecido pelas partes, através da celebração do contrato, teria sido alcançado, mesmo que o tribunal tivesse dúvidas consideráveis de que o comprador houvesse recebido o produto. Assim, deve o tribunal rejeitar a alegação do comprador e decidir a causa de acordo com o contrato de provas.⁵⁷⁵

Nessa hipótese, a parte lesada alega a exceção processual de não cumprimento do pacto e pede ao juiz que exija da parte contrária o respeito ao pactuado ou simplesmente desconsidere a alegação do comprador (que nega ter recebido o produto) e ponha em prática as regras probatórias firmadas na convenção. Na prática, a decisão do tribunal irá determinar a produção do mesmo efeito de quando a parte requer a inadmissibilidade de um recurso interposto pela parte que havia aceitado a decisão ou quando o juiz decide com base na regra de ônus da prova que foi pactuada, mesmo contra a vontade da parte.⁵⁷⁶

A doutrina ainda menciona outro exemplo de contrato sobre os temas da prova. Vendedor e comprador concluem um contrato de compra de um *software*. O contrato estabelece que o *software* é considerado entregue quando o comprador o recebe em seu computador. No entanto, ao surgir eventual litígio, o comprador não pode negar o recebimento do *software* se o vendedor provar que o enviou eletronicamente. Surge um litígio entre as partes, que concordam na prova do envio do *software* pelo vendedor. Contudo, no curso do processo, o comprador alega que não recebeu o *software* e apresenta ou requer a produção de provas a esse respeito, em violação ao contrato. Se o contrato sobre os temas da prova é eficaz e formalmente válido e o fato alegado pelas partes presume-se verdadeiro, uma parte não poderia descumpri-lo e evitar a aplicabilidade do contrato probatório. Como resultado do inadimplemento, a vontade, originalmente comum da parte é desconsiderada, viola a segurança jurídica do contrato, o procedimento probatório corre o risco de ser alongado, além de ser mais custoso. Para que se evitem essas consequências insatisfatórias, a revisão judicial da verdade do fato alegado no contrato só deve ser permitida pelo tribunal se ele tiver sérias dúvidas quanto ao fato e a

⁵⁷⁵ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 154.

⁵⁷⁶ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo. Das convenções processuais no processo civil*, São Paulo, LTr, 2015, p. 179.

parte recalcitrante puder explicar satisfatoriamente o descumprimento da obrigação assumida, o que poderia apenas levar à ineficácia do contrato por ter sido celebrado com abuso do direito.⁵⁷⁷

Outra situação é aquela em que as partes, diante das características da relação de direito material que assumem, que exige conhecimentos técnicos específicos, concluem um contrato sobre os meios de prova no qual, caso seja exercido o direito de ação, apenas será permitida a produção de prova pericial e o perito deverá ser escolhido por ambas as partes (perícia consensual). Via de regra, o contrato será cumprido quando o perito escolhido pelas partes entregar o relatório pericial ao tribunal. Se porventura o fato a ser comprovado pela perícia deixar de ser controvertido, não haverá mais motivo para o cumprimento do contrato. Em princípio, o tribunal deverá julgar o processo com base no relatório pericial, com a ressalva de que no direito brasileiro o decisor pode considerar ou deixar de considerar as conclusões do laudo, a teor do artigo 479 do Código de Processo Civil, o que não é muito comum de ser visto na prática.⁵⁷⁸

Entretanto, poderão as partes, depois de concluído um contrato de perícia consensual, não chegar a um consenso sobre a pessoa do perito que será escolhida, ou uma delas simplesmente negar uma escolha consensual. A doutrina menciona um acórdão, proferido pelo Tribunal Cantonal de St. Gallen, cuja decisão, em termos gerais, sinalizou que a perícia consensual seria um negócio sobre os meios de prova e sobre a apreciação das provas pelo tribunal.⁵⁷⁹ Na fundamentação, o tribunal afirmou que a admissibilidade dos contratos de prova em que as partes limitam ou restringem os meios de prova seria amplamente negada tendo em conta violar o artigo 27 do Código Civil Suíço (ZGB). O tribunal assentou que, sob esse aspecto, se o procedimento de escolha do perito

⁵⁷⁷ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, pp. 151-152 e 163.

⁵⁷⁸ Acerca da necessidade os personagens processuais poderem exercitar um contraditório alargado em relação à prova pericial no direito processual brasileiro, a fim de conferir maior legitimidade às decisões judiciais dependentes de conhecimentos técnicos e científicos, KNIJNIK, Danilo. *A prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

⁵⁷⁹ Num certo sentido, a decisão do tribunal está correta. Veja-se, por exemplo, a convenção das partes sobre a autoria e a integridade de um documento eletrônico, que pode ser realizada através de uma assinatura digital que não satisfaz os requisitos legais, de acordo com o disposto no artigo 3.º, n. 4, do Decreto-Lei n. 290-D/99, de 2 de agosto, que atinge a esfera dos meios de prova e repercute na apreciação das provas pelo tribunal.

frustrou, haveria apenas o direito ao procedimento de produção de prova judicial pertinente.⁵⁸⁰

Contudo, Olivia Pelli critica a decisão e sustenta que o direito ao procedimento de produção de prova judicial não seria a melhor solução se uma das partes não contribuiu para a escolha do perito, pois levaria a que o tribunal não ficasse vinculado ao contrato probatório de perícia consensual. A autora refere que se a parte resolve mudar de ideia com relação à perícia consensual, lograria recusar a indicação do perito, o que não poderia resultar simplesmente no procedimento de produção da prova judicial. Sugere que a melhor solução seria a de que o tribunal apontasse a pessoa do perito. Assim, o contrato probatório permaneceria intacto. Portanto, de acordo com a autora, se uma das partes recusasse a contribuir construtivamente na indicação do perito, a outra parte poderia ingressar com uma ação no tribunal local para fazer cumprir esta obrigação. Se a recusa persistisse, o tribunal poderia indicar o perito e as partes ainda teriam a opção de requerer ao tribunal a suspensão do processo, se isso não estiver associado ao um atraso injustificado.⁵⁸¹

Similar a esse entendimento é a proposta de solução conforme as regras da execução específica do contrato-promessa, mediante obtenção de sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, em consonância com aquilo que está previsto no artigo 830.º, n.º 1, do Código Civil. Não cumprido o contrato, a parte inocente poderia solicitar ao tribunal que fosse cessada e desconformidade e repostas a situação anterior, com a emissão de declaração de vontade. Desse modo, a decisão judicial produziria todos os efeitos do contrato probatório.⁵⁸²

Uma vez adotado esse entendimento, a realização prática do resultado pretendido não estaria isenta de dificuldades. Uma delas seria a de que a eficácia do provimento judicial, na ação de cumprimento, em processo secundário, por se tratar de solução de mérito, estaria condicionada ao seu trânsito em julgado, não se admitindo cumprimento

⁵⁸⁰ Acórdão do KGer SG, julgado em 2000, in SJZ, nº 96, pp. 453 ss.

⁵⁸¹ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 226.

⁵⁸² SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lisboa, Lex, 1997, p. 195.

provisório do título judicial⁵⁸³, muito embora alguns sustentem o cabimento de antecipação de tutela dessa parcela do mérito, preenchidos os demais requisitos legais (urgência ou evidência). Nesse caso, não haveria qualquer óbice para admissão de antecipação da tutela nas ações que visam à obtenção de declaração de vontade, já que se antecipa, provisoriamente, o resultado jurídico pretendido ao final com a “sentença executiva”.⁵⁸⁴ Além disso, a doutrina destaca ser desnecessário fixar prazo para que venha prestada a declaração de vontade, uma vez que a própria sentença já substituiria a manifestação, que deveria ter sido emitida pelo requerido. Portanto, bastaria para o adimplemento, que o juiz dissesse o que a parte teria de dizer, despiciendo coagir o demandado com a imposição de medidas coercitivas.⁵⁸⁵

Uma das vantagens seria a de que a produção do resultado jurídico pretendido pelo demandante operaria independentemente de uma execução subsequente. A decisão jurisdicional bastaria, porquanto ela mesma agrega algo à esfera jurídica do demandante. A sentença já colocaria o demandante na situação perseguida, desde que eficaz, e não haveria sentido em cominação de multa, pois o ato do próprio Estado é suficiente, sendo desnecessária qualquer colaboração da parte vencida para produção do resultado jurídico almejado.⁵⁸⁶

A doutrina traz uma situação prevista na ZPO Suíça que é muito semelhante à ação de emissão de declaração de vontade. No caso das obrigações de emitir declaração de vontade, o artigo 344, n.º 1, da ZPO Suíça estabelece que elas serão substituídas pela decisão judicial. Como parte do procedimento, o tribunal deve emitir uma ordem processual, na acepção do artigo 124, n.º 1, referente à validade do contrato de prova. Assim, por exemplo, se o contrato probatório obriga uma parte a juntar uma declaração de vontade, ao concluir que o contrato é válido e, portanto, ao concluir que a declaração

⁵⁸³ Nesse sentido, adota como solução em caso de descumprimento de obrigação de emitir declaração de vontade, CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, pp. 173-174.

⁵⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*, 5.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 634.

⁵⁸⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 78.

⁵⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*, 5.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 633.

deve ser feita pela parte, o tribunal considera a juntada da declaração ao ser substituída pela decisão judicial.⁵⁸⁷

Já a solução do manejo da exceção processual dilatória pela parte fiel não aparenta ser dotada de eficácia diante dessa complexa situação. Paula Costa e Silva fornece um exemplo similar à recusa na escolha do perito, em que uma das partes, na convenção de arbitragem, impulsionando o processo de constituição do tribunal, não indica o árbitro que lhe compete indicar, e o descreve como uma modalidade de incumprimento na qual a tutela da parte fiel não pode ser obtida através de uma exceção processual. O que acontece, segundo a autora, se não for indicado o árbitro que à parte compete indicar, é o tribunal não ser constituído e sem tribunal constituído não haveria instrução e julgamento possíveis. Nesse caso, o *incumprimento de uma obrigação* determinaria o bloqueio da eficácia da convenção e a situação não se superaria através da atribuição à parte fiel de uma exceção, pois não seria possível repor a situação que existiria se a parte vinculada tivesse cumprido a obrigação. Também, segundo a autora, a ação de cumprimento, cujo cabimento é indiscutível não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, de acordo com o artigo 817.º do Código Civil, nada interessaria à parte fiel do negócio processual, pois não resolveria o problema da obrigação de indicar um perito pelo fato de ser impossível impor-se a realização coativa da obrigação. Dessa forma, qualquer ação de cumprimento promovida contra a parte infiel para obrigá-la a colaborar na indicação de um perito seria absolutamente ineficaz.⁵⁸⁸

Portanto, de acordo com essa posição, o mesmo raciocínio aplicado à inviabilidade da ação de cumprimento como tutela da parte fiel para obter da contraparte a realização coativa da obrigação de indicar o árbitro vale para a indicação do perito. Parece que nesse caso, se alguma das partes não contribuir construtivamente para a escolha consensual do perito, a recusa da parte infiel seria superada pela atribuição ao tribunal de nomeação do perito, sendo que a solução geral, do manejo da exceção processual, não serve para a tutela do interesse da parte fiel quando celebrou a convenção probatória de escolha consensual do perito e houve a violação do negócio.

⁵⁸⁷ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 233.

⁵⁸⁸ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 137-139.

Logo, a conduta da parte que infringiu a perícia consensual poderá ser superada pela nomeação do perito por um terceiro-imparcial. Se a contraparte, apesar de instada, permanecer inerte, pode o demandante recorrer ao tribunal para suprir a inatividade daquela e indicar o perito que deverá realizar a prova pericial. Essa é a solução mais próxima do ideal para a tutela da parte fiel mediante a técnica de conservação contratual.

Note-se que aqui não haverá a necessidade da ação de cumprimento, na forma sugerida por Olivia Pelli.⁵⁸⁹ A parte inocente, por petição, apenas solicitará ao tribunal que nomeie o perito por ela indicado, em razão da recusa da contraparte em contribuir construtivamente para essa nomeação.⁵⁹⁰

Situação um pouco mais complexa é aquela em que contrato implique a adoção de um comportamento positivo e infungível, em que as partes convencionam que a inquirição das testemunhas será realizada pelos mandatários judiciais no escritório de um deles e este não faculta o acesso às instalações ou qualquer deles não comparece para a realização da diligência, inviabilizando-se a execução do contrato. Para a solução do problema, Lucinda Maria Dias Duarte da Silva propõe que seja indagada a vontade que presidiu à atividade negocial das partes, quando celebraram a convenção de prova. Se as partes desejaram celebrar um contrato puramente gerador de obrigações, entre si, ou se desejaram celebrar um acordo institutivo de autónomo regime processual, cuja cabal execução implicaria, contudo, a adoção de condutas ativas das partes. Na primeira hipótese, a parte que invocasse processualmente a convenção de prova poderia, em processo secundário (*Sekundärprozess*), demandar a contraparte, formulando pedido condenatório em ordem a ser ressarcida pelos danos sofridos, observando-se, no processo primário (*Primärprozess*), o regime jurídico supletivo. Na segunda hipótese, em que as partes quiseram atribuir ao regime convencionado um especial valor (não circunscrito à mera assunção de obrigações *inter partes*), da conduta da parte inadimplente poderiam decorrer, não apenas consequências indenizatórias, como ainda

⁵⁸⁹ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 226.

⁵⁹⁰ Essa solução preconizada coincide com a ideia de Pedro Múrias acerca das atribuições, já que a parte inocente irá provocar do tribunal ou do árbitro a satisfação do contrato probatório. De acordo com essa ideia, o autor admite que diante de uma atribuição jurídica o titular pode vir a ter certos poderes, de exercício meramente permitido, destinados a provocar a satisfação ou a reagir à não satisfação dessa atribuição. MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 825.

as que respeitam à não observância de deveres de cooperação processual, sendo que estas se verificarão no processo primário. A autora ainda parece entender que a prossecução do fim visado com a voluntária execução do *facere* seja alcançável por outra via que não o cumprimento espontâneo, mediante execução específica judicial no processo primário, à semelhança da atividade que jurisdicionalmente se desenvolve em sede de execução específica de contrato-promessa dotado de eficácia real, que para a obtenção desse efeito pressupõe a propositura de ação constitutiva, mas que a circunstância de estar em causa a convenção processual e a de o problema da execução do regime dela constante se suscitar na pendência de um processo permitem que seja este aproveitado para tal efeito, com os ganhos de eficiência e economia processuais que assim se alcançam. Nesse caso, a autora conclui que se prescinde, na hipótese de pacto processual, da prática de autónomo ato de execução (*Erfüllungsgeschäft*), como é próprio, precisamente, do que ela chama de “processo de realização dos acordos conformativos”.⁵⁹¹ Dito de outro modo, parece que a posição da autora navega no sentido de o tribunal poder suprir a omissão da parte, sendo desnecessária a propositura de processo secundário pela parte fiel ao contrato.

O mesmo raciocínio se aplica se as partes convencionam em repartir os custos relativos aos honorários periciais e uma delas não efetua o pagamento do perito. O processo poderá ser suspenso e o perito não realizará a prova pericial se não forem depositados os montantes referentes aos seus honorários. A situação não será superada com o manejo da exceção processual, já que não seria possível repor a situação que existiria se a parte tivesse cumprido a sua obrigação, além de estar frustrado o interesse da parte fiel.

Paula Costa e Silva, quando analisa a hipótese de na arbitragem uma das partes não satisfazer o preparo inicial dos árbitros, que é semelhante à situação de uma das partes não adimplir os honorários do perito, quando repartidos os custos periciais em razão de um contrato probatório, menciona que apesar de a ação de cumprimento ser viável quando estiver em causa uma obrigação de pagar, ela seria “absolutamente inconveniente”, pois a parte fiel, primeiro, teria que obter uma declaração do tribunal, acerca da existência da obrigação de pagar da parte infiel, seguindo-se, em caso de

⁵⁹¹ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *As convenções de prova em processo civil*, tese de doutoramento, Universidade de Coimbra, 2017, pp. 66-67.

resistência, a necessidade de agressão no património do devedor para a penhora e alienação dos bens. Em razão dessas dificuldades, a autora propõe a concessão à parte fiel da faculdade de sub-rogar-se no cumprimento da obrigação de pagar os preparos devidos e depois desencadear uma ação de cumprimento contra a parte infiel, em processo secundário⁵⁹², o que parece ser a melhor solução. Eventualmente, poderá uma das partes alcançar ao perito a quase totalidade do valor dos trabalhos periciais a que lhe compete obter. Nessas condições, parece viável, em atenção à boa-fé e à utilidade contratual, considerar a ocorrência do adimplemento substancial, devendo ser rejeitada a ideia de resolução do contrato em razão do cumprimento parcial, se o cumprimento estiver muito próximo ao previsto no contrato. Parece mais adequado, nesses casos, preservar o contrato em vez de extingui-lo, com a ressalva de que a contraparte poderá sempre complementar o valor em atraso e posteriormente pedir o reembolso em processo secundário.

Agora, ressalvados esses casos difíceis, como regra geral, havendo o incumprimento dos negócios processuais sobre a prova, a parte inocente poderá deduzir uma exceção processual, que, se acolhida pelo tribunal, irá repor a situação que existiria se a parte tivesse cumprido a obrigação, sendo a prova contrária aos termos do contrato declarada inadmissível.

Logo, se a convenção probatória determinar a proibição de certo meio de prova e qualquer das partes, depois da propositura da ação, requerer a mobilização da prova afastada pelo contrato, se se tratar de prova constituenda, ou produzir a prova contratualmente excluída, levando-a ao conhecimento do tribunal, se se tratar de prova pré-constituída, a parte que com ela celebrou o contrato poderá adotar dois comportamentos. A parte fiel pode permanecer silente, aceitando que a prova seja produzida ou apresentada para posteriormente ser valorada pelo tribunal, ou pode reverter a eficácia persuasiva do ato postulativo e suscitar, via exceção processual, a inadmissibilidade da prova. Se a inadmissibilidade for acolhida pelo tribunal, a prova não será produzida, se constituenda, ou não poderá ser valorada, se pré-constituída.

⁵⁹² COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 138-139.

Se a prova declarada inadmissível pelo tribunal já foi produzida, seja ela constituída ou pré-constituída, não poderá ser valorada pelo juiz, o que também significa que o decisor deverá realizar aquilo que a economia comportamental (*behavioral economics*) aplicada ao processo civil vem chamando de desenviesamento ou *debiasing*, ou seja, assumir que a atividade dos juízes pode ser influenciada por circunstâncias externas que não deveriam exercer influência em decisões judiciais⁵⁹³ e a necessidade de que a ciência jurídica passe a se ocupar do estudo dos processos heurísticos nessas mesmas decisões.⁵⁹⁴

O desenviesamento faz-se necessário, já que restou demonstrado que a motivação de toda forma de ação humana sofre a influência de incontáveis circunstâncias fáticas e materiais que não inerentes à subjetividade de cada indivíduo isoladamente considerado e são inúmeros os vieses de cognição identificados e catalogados, os quais podem exercer influência sobre a atividade cognitiva de qualquer pessoa, em particular os vieses de cognição que interferem na atividade jurisdicional, já que “são diversas motivações implícitas tocantes às decisões judiciais, que acabam por fomentar o uso da discricionariedade e do decisionismo, tornando a decisão dos magistrados um produto subótimo decorrente da influência de fatores externos relacionados à subjetividade do julgador.”⁵⁹⁵

A ideia dos vieses cognitivos foi inicialmente sistematizada por Daniel Kahneman e Amos Tversky no sentido de identificar processos heurísticos com o objetivo inconsciente de reduzir a complexidade de tarefas, mas que fatalmente levam a erros lógicos sistemáticos. Os autores partiram de três processos heurísticos probabilísticos:

⁵⁹³ DANZINGER, Shai / LEVAV, Jonathan / AVNAIM-PESSE, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. In *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 108, n.º 17, 2011, p. 6889. Os autores levaram a efeito uma pesquisa e concluíram que “judicial rulings can be swayed by extraneous variables that should have no bearing on legal decisions.”

⁵⁹⁴ ABREU, Rafael, *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 68-73; TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Vieses implícitos e técnicas de automação decisória: riscos e benefícios, In *Civil Procedure Review*, vol. XII, n.º 1, jan-abr. 2021, p. 111.

⁵⁹⁵ NUNES, Dierle / SANTOS E SILVA, Natanael Lud / PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais, um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*, 2.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2020, pp. 69-70.

representatividade (*representativeness*), disponibilidade (*availability*) e ancoragem-ajustamento (*adjustment and anchoring*).⁵⁹⁶

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares identifica alguns tipos de vieses no campo jurídico, especialmente no processo de tomada de decisões judiciais, sendo eles o viés da confirmação (*confirmation bias*), o viés de retrospectiva (*hindsight bias*)⁵⁹⁷, a falácia da conjunção (*conjunction fallacy*), o viés de decisões sequenciais (*biased decisions in sequential ruling*) e o viés que diz respeito à impossibilidade de se ignorar a prova excluída, já que em alguns casos judiciais, a inadmissibilidade de determinada prova conduz à retirada dela dos autos, não sendo possível que a decisão judicial seja nela fundamentada. Contudo, o autor demonstra, através de estudos, que a probabilidade de a prova excluída ser levada em consideração, ainda que os jurados não o possam fazer, é considerável. Os vieses cognitivos, de acordo com o autor, são uma decorrência de processos heurísticos inconscientes de qualquer ser humano e não se devem excluir preocupações quanto aos possíveis impactos em processos decisórios, já que tais vieses podem comprometer o direito ao processo justo e até mesmo a justiça da decisão proferida.⁵⁹⁸

Logo, se a prova já foi produzida e posteriormente é declarada inadmissível pelo tribunal, além do incremento da discussão sobre o assunto dos vieses no âmbito do poder público e levando em conta que à parte lesada pela ingerência abusiva na sua intimidade em razão da prova ilícita é lícito utilizar esse meio de prova em seu benefício⁵⁹⁹, é interessante que, para a obtenção de uma decisão justa, seja realizada a chamada

⁵⁹⁶ TVERSKY, Amos / KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases, In *Science*, vol. 185, 1974, pp. 1.124-1.131. Recentemente, Daniel Kahneman identificou e mapeou as atividades dos seres humanos em um modo duplo de pensamento, o que chamou de “Sistema 1” e “Sistema 2”. O Sistema 1 é o experiencial, não requer esforço e é automático, rápido e opaco, processado paralelamente e está sujeito a erros. É o que se entende por “intuição”. O Sistema 2 é altamente emocional, precisamente por ser rápido. Produz atalhos, chamados de “heurística”, que nos permitem funcionar com rapidez e eficiência. Essa ideia central gerou uma escola de pesquisa chamada de abordagem da *heurística e dos vieses* (a heurística corresponde ao estudo dos atalhos e os vieses correspondem aos erros). O Sistema 2 é o cogitativo, exige esforço, e é lento, lógico, sequencial, progressivo e autoconsciente. Logo, comete menos erros que o sistema 1. Com profundidade, KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

⁵⁹⁷ PEER, Eyal / GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. In *Court Review*, vol. 49, n.º 2, 2013, p. 115.

⁵⁹⁸ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Vieses implícitos e técnicas de automação decisória: riscos e benefícios, In *Civil Procedure Review*, vol. XII, n.º 1, jan-abr. 2021, pp. 119-121.

⁵⁹⁹ COSTA E SILVA, Paula. / REIS, Nuno Trigo dos. *Efeitos lícitos da prova ilícita*, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 86.

descontaminação do julgado, em conformidade ao que propõe a doutrina no caso das provas obtidas por meios ilícitos.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, quando tratam das provas ilícitas, mencionam a ideia de descontaminação do julgado e o problema de como realizar a descontaminação. De acordo com os autores, se o julgamento for proferido pelo mesmo juiz que teve contato com a prova ilícita, seguramente “existirá uma grande probabilidade de que o seu convencimento seja por ela influenciado, ainda que inconscientemente.”⁶⁰⁰ Isso deve ser identificado para que a descontaminação do julgado seja plena. Portanto, caso isso ocorra, além do reconhecimento de que o problema dos vieses existe, é prudente que o julgamento deva ser feito por outro decisor. Os autores sugerem, ainda, que o novo juiz seja o substituto automático do órgão afastado. Dessa forma, descontamina-se o processo da prova ilícita. Parece que essa solução, que se reputa correta, deve ser aplicada nessa hipótese, em que o tribunal afasta uma prova produzida, em violação ao contrato sobre os meios de prova, celebrado entre as partes e constante dos autos.

Em conclusão, há evidentes vantagens na busca pela tutela do direito via exceção processual em vez do exercício da ação de cumprimento, o que aproxima de vez os contratos probatórios da proposta de Pedro Múrias acerca das atribuições jurídicas, que não se confundem com os deveres ou obrigações de prestar.⁶⁰¹

3.2 Tutela preventiva. Coerção preventiva como técnica de conservação contratual para evitar a quebra do contrato probatório

É relevante mencionar que, sem embargo da tutela repressiva específica mediante técnicas de conservação contratual adequadas, nomeadamente o manejo da exceção processual para obtenção da *restituição natural* do contrato probatório, o titular dispõe, além da coerção privada ao cumprimento, mediante exceção de não cumprimento,

⁶⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, p. 329.

⁶⁰¹ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008.

que adiante será enfrentada, da tutela preventiva do seu direito, mediante o que a doutrina civilista chama de “medidas de prevenção do incumprimento.”⁶⁰²

No curso do processo principal, podem surgir sérias dúvidas sobre a existência ou não de um contrato de provas ou de uma cláusula compromissória probatória. Nessa situação, poderá haver uma resolução de questão prejudicial, a ser decidida incidentalmente no processo, caso qualquer das partes alegue essa situação atempadamente. Com a simples apreciação, a parte buscaria a verificação judicial sobre a existência ou não de uma relação jurídica. A simples apreciação serviria para esclarecer uma situação incerta, mas não a teria o condão de modificá-la. De sorte que qualquer das partes pode suscitar a questão prejudicial, quando houver incerteza ou ameaça ao cumprimento adequado do contrato probatório. Para tanto, a parte deve demonstrar o interesse para a apreciação da questão prejudicial, que não precisa ser o interesse jurídico, mas juridicamente relevante e digno de proteção ou até mesmo um interesse em produzir provas, uma atuação voltada à certificação fática.⁶⁰³

Imagine-se a situação do devedor, em relação ao acordo de modificação do *onus probandi*, quando não pode esperar, justificadamente, que a outra parte permaneça inerte, porque isso poderá prejudicar a posição processual que assumira durante a instrução. Nessa situação, assoma uma dúvida razoável sobre o contrato, que deve ser esclarecida, incidentalmente, pelo tribunal. Num contrato de compra e venda, em que o comprador ingressa com ação por defeito do produto, pode surgir uma incerteza sobre a cláusula que modifica a distribuição do ônus da prova. Essa dúvida, evidentemente, deve ser esclarecida num processo principal, judicial ou arbitral, porque, antes disso, não haveria qualquer produção de efeitos jurídicos em razão de possível inadimplemento do contrato probatório e conseqüentemente nenhum perigo de dano devido a essa incerteza.

Diante dessa situação séria de dúvida, no curso do processo principal, poderá haver a incidência do artigo 272.º do Código de Processo Civil, que trata da suspensão da instância por determinação do juiz ou por acordo das partes. O tribunal pode ordenar a suspensão quando a decisão da causa estiver dependente do julgamento de outra já

⁶⁰² PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 141.

⁶⁰³ TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*, Salvador, JusPodivm, 2020, pp. 272-280.

proposta ou quando ocorrer outro motivo justificado. Ordenada a suspensão, por acordo das partes, haverá uma curiosa situação que envolverá um acordo das partes para o julgamento de outro acordo das partes. Nesse caso, se o tribunal reconhecer a existência e a validade do contrato probatório, poderá aplicar medidas coercitivas para induzir as partes ao cumprimento. Trata-se, sem dúvida, de situação que envolve a coerção preventiva para evitar a quebra contratual pelas partes. Isso ocorre de modo incidental ao processo principal, mediante alegação de exceção processual atempada de qualquer das partes que houver demonstrado interesse em produzir provas.

Em vez disso, poderia ser questionada a existência de interesse processual das partes para requerer, em caráter antecedente a um processo judicial ou arbitral, a simples apreciação da existência ou inexistência de um contrato probatório, em tese válido e dotado de eficácia de regra jurídica.

De acordo com a doutrina, antes do processo principal, haveria falta de interesse processual para apreciação dessa questão prejudicial, até porque se pode acreditar que as partes possam esperar que o tribunal aprecie em caráter incidental, no processo principal a que estará associado o contrato probatório, já que, de antemão, não há efeitos ou consequências jurídicas para o contrato de provas, bem como não há perigo de dano, devido a essa incerteza.⁶⁰⁴

Contudo, alguns entendem que essa falta de interesse voltado à certificação antecedente não pode ser presumida *ipso iure*. Olivia Pelli propõe, em vez disso, que se verifique em cada caso individual se existem circunstâncias especiais que levam as partes a demonstrarem interesse na determinação judicial da existência ou inexistência de um contrato probatório, já que não se pode esperar que a parte continue a deparar-se com a situação atual. Por exemplo, é questionável se existe interesse jurídico da parte que requer a certificação dum contrato de prova que exclui a inquirição de testemunhas em processo futuro. No entanto, a parte pode demonstrar interesse no fato de a realização de audiências para inquirição de testemunhas acarretar um aumento nos custos do processo, além de demora injustificada no andamento, razão pela qual pode querer abrir mão do processo principal, caso certificado, pelo tribunal, de antemão, que as audiências para

⁶⁰⁴ SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1935, p. 163.

inquirição das testemunhas seriam realizadas. Portanto, em cada caso deve ser verificado se o interesse é relevante e as partes não podem aguardar o ajuizamento do processo principal.⁶⁰⁵

Em qualquer situação, contudo, parece que a pretensão declaratória é autorizada pelo artigo 10.º, n.º 3, alínea *a*, do Código de Processo Civil, que trata das espécies de ações, consoante o seu fim, e menciona que as ações de simples apreciação têm por fim obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um fato. Sobre isso, a doutrina identifica uma relação de prejudicialidade entre a pretensão declaratória e o processo principal. Com efeito, a relação de prejudicialidade entre objetos processuais verifica-se quando a apreciação de um objeto (que é o prejudicial) constitui um pressuposto ou condição do julgamento de um outro objeto (que é o dependente). Nessa relação tem relevância o caso julgado, pois a decisão proferida sobre o objeto prejudicial vale como autoridade de caso julgado na ação em que é apreciado o objeto dependente e nesta hipótese, o tribunal da ação dependente está vinculado à decisão proferida na causa prejudicial.⁶⁰⁶

3.2.1 Tutela inibitória e técnica antecipatória de conservação contratual

Os autores que identificam os contratos com eficácia dispositiva e os contratos com eficácia obrigacional mencionam que o acordo, segundo o qual as partes não irão recorrer da decisão, apenas cria, para uma delas ou para ambas, a obrigação de assumir determinados comportamentos, de praticar ou deixar de praticar certo ato processual, possuindo, dessa forma, eficácia obrigacional. Na Alemanha, a doutrina admite que o tribunal, mediante alegação do interessado, declare inadmissível o recurso, se foi interposto em violação à convenção processual.⁶⁰⁷ A solução seria extensível a casos análogos e a convenção processual, validamente manifestada, produziria a extinção do procedimento recursal e faria transitar em julgado a decisão recorrida.

⁶⁰⁵ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, p. 259.

⁶⁰⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lisboa, Lex, 1997, p. 575.

⁶⁰⁷ BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1972, p. 271.

Nessas situações, as partes pretendem antecipar o trânsito em julgado da decisão, como forma de obter economia de tempo e de recursos financeiros. Atente-se, porém, que se qualquer das partes interpuser recurso, em violação do contrato, até que o tribunal profira decisão de inadmissibilidade, poderá ter havido o transcurso de muito tempo, com dispêndio de recursos financeiros, além de muito desgaste daquele que desejava ver, antecipadamente, cumprida a decisão, em razão do negócio processual.

Nessa hipótese, parece ser possível requerer ao decisor uma tutela preventiva, para que, quando proferida a decisão final, com base na convenção processual, de imediato, seja determinada a certificação do trânsito em julgado após a publicação, adotando-se as medidas necessárias ao cumprimento, pelos interessados, ou até mesmo oficiosamente, pelo próprio tribunal. Tudo isso impede o dispêndio, desnecessário, de energia pelas partes, caso alguma delas, em violação à convenção, interpuser recurso da decisão do processo. Além disso, tal providência economiza recursos financeiros, além de otimizar o tempo do processo, sem as delongas desnecessárias que podem ocorrer, caso o recurso, inadequadamente interposto, seja enviado ao órgão *ad quem*.

A mesma situação pode ser pensada no âmbito dos contratos probatórios. Por exemplo, as partes podem concluir um negócio processual segundo o qual todos os documentos devem ser juntados com a inicial e com a defesa e nenhum outro meio de prova poderá ser apresentado ou requerido posteriormente, para que seja proferido o julgamento antecipado da causa. Nesse caso, as partes celebram o contrato probatório com vistas à economia processual e para que o processo tramite sem maiores delongas. Com isso, desejam que, depois da inicial e da contestação, seja imediatamente proferida uma sentença pelo tribunal.

Para garantir que o tribunal julgue imediatamente a ação, é admissível que, qualquer das partes, utilize uma tutela inibitória, dirigida unicamente contra a probabilidade da prática do ato contrário ao direito. A tutela inibitória, que é essencialmente preventiva, será sempre voltada para o futuro e destina-se a impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação.⁶⁰⁸ Dessa forma, ficaria vedada a prática de qualquer ato processual destinado à produção de provas no processo, com o

⁶⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 7.^a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp.172-174. Há edição portuguesa, publicada em 2020, pela AAFDL.

encerramento da fase da condensação, sendo imediata a prolação da sentença de mérito. Essa tutela inibitória será, obviamente, incidental, no processo originário, acompanhada ou não de outras medidas, coercitivas ou indutivas, para garantir o cumprimento do contrato. A mesma situação poderá ocorrer se, por exemplo, o juiz impede preventivamente a parte de arrolar testemunhas por que ela se obrigou a não o fazer em razão de ter celebrado um contrato sobre os meios de prova.

Aliás, nada impede que a coerção pública ao cumprimento das convenções sobre a prova possa ser realizada de forma preventiva, com a finalidade de evitar-se o incumprimento dessas convenções, através das tutelas de urgência ou de evidência, que nada mais são do que técnicas processuais antecipatórias, de acordo com a doutrina.⁶⁰⁹

Assim, a tutela inibitória, que será incidental, poderá ser requerida de forma antecipada. A parte deverá alegar apenas a ameaça de ato contrário à convenção processual e o juiz, nos casos em que se alega somente o temor de ato contrário ao direito, está proibido de indagar sobre a probabilidade de dano concreto, mesmo quando frente à decisão relativa à tutela inibitória antecipada. Assim, em caso de tutela inibitória antecipada, não se cogita de algum receio de dano, mas apenas de um receio de ato contrário ao direito. A técnica antecipatória fundada na urgência exige que a prova deva se limitar à demonstração da aparência da ameaça, inclusive da ilicitude do ato temido, o que a doutrina chama de “redução do módulo de prova”, no sentido de que as provas não objetivam a criação de “certeza” para o julgador.⁶¹⁰

4. Excurso. A separabilidade das cláusulas compromissórias sobre a prova

Os contratos probatórios, assim como as demais convenções processuais, são geralmente cláusulas que pertencem a um contrato principal, ou cláusulas que dependem de outro contrato, se forem projetados como contratos separados. Isso é muito comum, por exemplo, num contrato sobre a alteração da distribuição do ônus da prova, que determina quem deve provar a existência de um defeito no produto vendido. As regras

⁶⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*, 4.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, pp. 69 ss.

⁶¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 7.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 194-195.

contratuais que regem o ônus da prova relacionadas à existência do defeito são, portanto, concluídas como cláusulas, que pertencem ao contrato de compra e venda ou, se subsequentemente concluídas, como um contrato independente, mas tendo como base o contrato de compra e venda.

Em princípio, a essas cláusulas que dispõem acerca de negócios processuais é reconhecida uma autonomia jurídica em relação ao contrato em que se inserem, de modo que não são afetadas por sua ineficácia, nulidade ou resolução. Foi Carnelutti que contribuiu de forma decisiva para essa ideia, dando vida a uma nova impostação doutrinária e jurisprudencial indicada como *principio dell'autonomia della clausola compromissoria*.⁶¹¹

Em razão disso, muito provavelmente, a cláusula compromissória deixou de ter características próprias de um pacto acessório ao contrato no qual estivesse inserida para ganhar uma individualidade, a ponto de ser considerada como algo distinto do contrato a que se refere. No caso mais comum, que é o da arbitragem, o contrato consiste no regulamento da relação jurídica entre as partes, enquanto a cláusula compromissória remete aos árbitros a análise de eventual controvérsia relativa ao contrato. A cláusula compromissória não se comunica com os demais termos do contrato e vice-versa, o que caracteriza aquilo que em doutrina se denomina, largamente, como princípio da separabilidade dos contratos.⁶¹²

Como uma novidade adicional acerca da separabilidade dos contratos, o artigo 25.º, n.º 5, do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 proclama a independência de acordos em matéria de competência que fazem parte de um contrato às restantes disposições do pacto. Textualmente, refere que “os pactos atributivos de jurisdição que façam parte de um contrato são tratados como acordo independente dos outros termos do contrato.”

Com relação ao princípio da separabilidade, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que “o artigo 17.º da Convenção tem por objectivo designar, de forma clara e precisa, um tribunal de um Estado contratante que seja exclusivamente

⁶¹¹ CARNELUTTI, Francesco. Clausola compromissória e competenza degli arbitri, In *Rivista di Diritto Commerciale*, vol. II, 1921, p. 327.

⁶¹² Por todos, CAMELO, António Sampaio. A “autonomia” da cláusula compromissória e a competência da competência do tribunal arbitral. In *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, ano 68, 2008, pp. 356 ss.

competente em conformidade com o acordo de vontade das partes, expresso segundo as condições de forma rigorosas aí mencionadas. A segurança jurídica pretendida por essa disposição podia facilmente ficar comprometida se se reconhecesse a uma parte contratante a possibilidade de se subtrair a essa regra da Convenção através da alegação da nulidade de todo o contrato com base em razões que decorrem do direito material aplicável”, e, por conseguinte, decidiu no sentido de que o pacto de jurisdição deve ser tratado como um negócio jurídico autónomo relativamente ao contrato principal. Daí a conclusão do tribunal de que “(...) o órgão jurisdicional de um Estado contratante, designado num pacto atributivo de jurisdição validamente celebrado na perspectiva do artigo 17.º, primeiro parágrafo, também tem competência exclusiva quando a acção visa, nomeadamente, a declaração de nulidade do contrato onde se inscreve a referida cláusula.”⁶¹³

Consequentemente, a validade do pacto atributivo de jurisdição não pode ser contestada com base unicamente no argumento de que o contrato é inválido. Estas disposições incorporam soluções também contidas na Convenção de Haia de 30 de junho de 2005, sobre acordos de eleição de foro, que consagra definitivamente o princípio da separação no direito da União Europeia. O princípio da separação significa, no contexto da resolução de litígios, que uma cláusula de arbitragem ou uma cláusula de pacto de jurisdição, que fazem parte de um contrato de maior alcance, não são por si sós invalidados devido à invalidade do contrato maior.

A separabilidade é um princípio geral de direito da arbitragem internacional adotado na maioria dos países da Convenção de Nova Iorque. Por exemplo, no direito arbitral inglês, ao princípio é dada força de lei pelo artigo 7.º da Lei de Arbitragem de 1996 e, nos Estados Unidos da América, a jurisprudência, tanto em nível estadual como federal, confirma que os acordos de arbitragem são separáveis do contrato principal como uma questão de estatais e federais.⁶¹⁴

Igualmente, a lei portuguesa prevê o princípio da separação. A Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro) dispõe no artigo 18.º, que (1) O tribunal

⁶¹³ Acórdão de 03/07/1997, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, processo C-269/95.

⁶¹⁴ Ver, a título de exemplo, o caso *Prima Paint Corp. vs. Conklin Mfg Co.*, 388 U.S. 395 (1967), acórdão de 16/03/1967, julgado pela U.S. Supreme Court.

arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção, (2) Para os efeitos do disposto no número anterior, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo, e (3) A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica, só por si, a nulidade da cláusula compromissória.⁶¹⁵

Na arbitragem, o princípio da separabilidade dispõe que a convenção seja “separável” do contrato em que está inserida, de maneira que a nulidade do contrato não necessariamente implicará a nulidade da convenção. Uma autonomia, criada por lei, para preservar a convenção. Do contrário, ter-se-ia a indesejável situação em que os árbitros não poderiam decidir sobre qualquer arguição de nulidade ou anulabilidade do contrato, já que, uma vez ali inserida a cláusula, a nulidade daquele implicaria, de forma inexorável, a nulidade da cláusula compromissória. As mais diversas legislações de arbitragem, assim como os regulamentos de instituições arbitrais, costumam prever essa autonomia da convenção de arbitragem, de modo que, hoje, não há dúvidas de que a cláusula compromissória – espécie do gênero convenção de arbitragem – deve ser vista como um documento apartado para efeitos de alegações de nulidade. A autonomia da cláusula compromissória ainda serve a um outro propósito. Resilido o contrato principal, a autonomia assegura que a convenção de arbitragem subsista, de forma que disputas sobre a rescisão ou sobre fatos ocorridos após aquele momento, mas na mesma relação contratual, possam ser submetidos à arbitragem.⁶¹⁶ Assim, se o defeito afetar apenas algumas cláusulas do contrato, somente elas serão anuladas, a menos que se possa assumir que o contrato não seria concluído sem a parte nula.

⁶¹⁵ A lei 9307/96, que regula a arbitragem brasileira, de acordo com o artigo 8º, dispõe que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. O parágrafo único diz que caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

⁶¹⁶ LAMAS, Natália Mizrahi. *Curso de arbitragem*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, pp. 47-48.

Discutível é se a nulidade do contrato principal também resulta na anulação do contrato de provas ou se a validade do contrato probatório deve ser sempre verificada, independente da nulidade do contrato principal.

A doutrina generaliza para todos os acordos processuais a conclusão de que as convenções de arbitragem possuem autonomia em relação ao instrumento em que encartadas. Afirma-se que a autonomia das partes para conformar situações jurídicas processuais não é um mero complemento da liberdade no direito material, algo acessório e secundário que pudesse ser entendido como subordinado às regras do direito privado. Afirma-se que os acordos processuais devem ser compreendidos como independentes dos negócios de direito material porque os atos processuais em geral produzem efeitos diversos de um negócio jurídico material similar.⁶¹⁷

Nesse sentido, Baumgärtel assevera que a convenção processual é importante, com independência da relação jurídica de direito material, razão pela qual a invalidade desta não leva, automaticamente, à invalidade daquela. O autor refere que em muitos casos o contrato de provas é celebrado para provar os fatos a que se refere o contrato principal e se o contrato de provas deve ou não depender da existência do contrato principal é uma questão que envolve a interpretação do caso específico.⁶¹⁸ Por outro lado, se os contratantes considerarem o contrato celebrado como um único negócio jurídico contendo disposições materiais e processuais, afirma-se a aplicabilidade do § 139 do BGB. Esse dispositivo enuncia que se parte de um contrato for nulo, todo o negócio jurídico será nulo se não for possível presumir que ele teria sido realizado sem a parte nula. Para determinar a validade das cláusulas processuais do negócio, a vontade, atual ou hipotética, da parte seria decisiva.⁶¹⁹

Em realidade, parece que nenhum dos autores está absolutamente correto com relação aos contratos probatórios. Na prática, a separabilidade dos contratos probatórios tem pouco relevância. Os contratos de prova geralmente são concluídos pelas partes para regular certos pontos relacionados ao contrato principal. Se o contrato principal é nulo e

⁶¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 284.

⁶¹⁸ BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1972, p. 259.

⁶¹⁹ WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 328.

não produz efeitos, os contratos probatórios, que dele dependem, também serão ineficazes. Por exemplo, se o vendedor e o comprador concordam que nenhuma prova será produzida para comprovar a existência de um defeito do produto, essa cláusula é ineficaz se o contrato principal for nulo. Nesse caso, não haverá pretensões envolvendo a garantia do produto.

Por outro lado, a validade parcial é relevante se os contratos probatórios forem concluídos com vistas a provar a validade geral do contrato principal. Na prática, contudo, é irrelevante se essas cláusulas devam ser examinadas no conjunto ou independente do contrato principal. As partes antecipam a possibilidade de litígio sobre a validade do contrato principal e, por esse motivo, concluem o contrato probatório. Como regra, as disposições do contrato probatório permanecem válidas, apesar da alegada nulidade do contrato principal.⁶²⁰

Em outras palavras, é possível afirmar que a cláusula compromissória de prova, em caso de patologia do contrato principal, não deve, necessariamente, ser invalidada. Apenas se o vício do contrato for comum ao pacto probatório a que se refere ou se o contrato principal tiver como objeto algum direito indisponível que não admita composição. Fora dessas hipóteses, parece pouco provável que a nulidade do contrato principal afete a cláusula compromissória sobre as provas, de sorte que o procedimento judicial de verificação da nulidade do contrato seguirá as regras convencionais em matéria probatória estabelecidas nas cláusulas compromissórias de prova, graças à sobrevivência dessas últimas.⁶²¹

5. Surgimento de novas atribuições

5.1 O tipo de sistema material

5.1.1 Direito à reparação por danos

⁶²⁰ PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012, pp. 251-252

⁶²¹ Nesse sentido PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 95.

A exceção processual, além de depender de decisão que a julgue procedente, poderá não permitir, por si só, que a parte inocente seja colocada na situação que se encontraria se não houvesse a violação do dever processual pela contraparte. Em razão disso, as pretensões indenizatórias concorrem com a exceção processual, sempre que verificados os pressupostos da obrigação de indenizar. Se as partes não convencionaram a cláusula penal ou não tiver sido estabelecida, por lei ou por contrato, a exclusão da obrigação de indenizar, vigorará o princípio da reparação integral.

No caso de resolução do negócio não processual por incumprimento, é pacífico o entendimento de que cabe o direito à indenização por danos.⁶²² Segundo a doutrina, os danos compreendidos na indenização são apenas os danos culposamente causados à parte inocente. Há que demonstrar um nexo causal entre o incumprimento e os danos, à luz do juízo de prognose póstuma próprio da doutrina da causalidade adequada.⁶²³ O que se discute, ainda hoje, é se a indenização deve ficar limitada ao interesse contratual negativo ou se integra o interesse contratual positivo. O Código Civil, no artigo 801.º, n.º 2, não menciona nada a respeito do âmbito da indenização – interesse negativo ou interesse positivo.⁶²⁴

⁶²² Acerca da noção naturalista e normativa de dano, na esfera pessoal e patrimonial, bem como acerca dos interesses lesados e dos prejuízos diretos ou indiretos, no direito brasileiro e comparado, por todos, COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado, In *Revista dos Tribunais*, vol. 80, n.º 667, maio 1991, pp. 7-16.

⁶²³ Por todos, PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 244-245.

⁶²⁴ Entre outros, cabe mencionar que defendem a limitação da indenização ao interesse negativo, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II, 5.ª ed., 1992, Coimbra, Almedina, pp. 105 ss.; TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 1973, p. 463 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 264, e propugnam a indenização pelo interesse positivo, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 940, PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 1604 ss. e 1639 ss.; e MARTINEZ, Pedro Romano. *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 202-203. Além disso, cabe lembrar que as Ordenações Filipinas, no Livro III, Título XLV, n.º 3, já falavam de interesse e indenização ao dispor que “sendo vencido no Juízo principal, e da appellação”, “será obrigado o autor chamado a lhe compor a cousa vencida com seu interêsse, ou pagar o preço, que por ella recebeo, qual o réo vencido mais quizer”.

De acordo com a doutrina que admite apenas o direito à reparação por danos em razão de do incumprimento dos negócios processuais⁶²⁵, a consequência da violação dos deveres acabaria por ser tão-somente a indenização por danos, culposa ou dolosamente causados. A respeito disso, cumpre referir que a indenização lidaria com a extinção do contrato e não com a sua conservação.⁶²⁶

Contudo, o que se quis demonstrar foi que a indenização por danos é um *plus*, já que a reconstituição natural, através de técnicas de conservação contratual adequadas, é o melhor caminho quando violado o negócio processual. Além da reconstituição natural, a parte que causar prejuízos deve reparar os danos que por ventura sejam causados. Via de regra, a reparação dos danos deve ser integral, podendo compreender danos materiais e morais, danos emergentes e lucros cessantes. Nesse contexto, é assaz importante interpretar o papel das negociações e até mesmo a conduta posterior das partes do negócio processual. Na indenização por danos, que deve ser buscada em processo secundário, via de regra, demonstrados o incumprimento e os danos causados, presume a lei a ilicitude do comportamento da parte infiel, desonerando a contraparte da respectiva prova. O fato constitutivo do direito à indenização é o não cumprimento do negócio e a existência de prejuízo. A culpa da parte faltosa presume-se, nos termos do artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil.

A despeito dessas considerações, parece que o entendimento tradicional segue no sentido de restringir a obrigação de indenizar ao interesse contratual negativo⁶²⁷, como se a resolução do contrato e o dever de indenização pelo interesse contratual positivo se excluíssem reciprocamente.

Ocorre que desde o surgimento da possibilidade da violação dos deveres pré-contratuais, na *culpa in contrahendo*, existem duas hipóteses para calcular a indenização por danos, a do interesse positivo e a do interesse negativo. Na responsabilidade pré-

⁶²⁵ Por exemplo, com relação aos contratos obrigacionais, referidos como “contratos preliminares aos negócios processuais”, em que as partes procuram estabelecer uma obrigação juridicamente vinculativa, como as convenções de arbitragem, SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1935, pp. 178-179.

⁶²⁶ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 300.

⁶²⁷ Por exemplo, PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 301-302.

contratual, durante as tratativas, as partes estão adstritas a negociar com seriedade, respeitando deveres de informação, de lealdade e de segurança. Se qualquer delas desrespeitar essas regras, é responsável pelos danos, em que haveria essas duas hipóteses para calcular a indenização.

A hipótese do interesse negativo ou dano de confiança determina que o lesado seja colocado na situação em que estaria se nunca tivesse havido negociações preliminares. De acordo com essa ideia, o lesado receberia um valor correspondente às despesas suportadas por via das negociações, ao tempo perdido e, eventualmente, aos negócios que ficarem por celebrar, por via dessas negociações falhadas. Já a hipótese do interesse positivo ou dano do cumprimento visa a colocar o lesado na situação em que estaria se as negociações culposamente falhadas tivessem chegado a bom termo, de tal modo que ele viesse a iniciar o contrato projetado. Na *culpa in contrahendo* tratar-se-ia, precisamente, de limitar a responsabilidade do faltoso ao interesse negativo ou de confiança.⁶²⁸

É o que faz Oliveira Ascensão, ao tratar da responsabilidade civil pela ruptura das negociações, quando distingue o interesse positivo e o interesse negativo e afirma que “o que se repara é, não o interesse contratual positivo ou interesse no cumprimento, que seria aquele que existiria se houvesse incumprimento de um contrato válido; mas antes o interesse contratual negativo, que é o interesse em fazer indemnizar os danos em que se incorreu por se ter celebrado um contrato inválido, na descrição de Jhering. A parte deve ser colocada na situação em que se encontraria se não tivesse celebrado aquele contrato”.⁶²⁹ O autor lembra que mesmo essa limitação ao interesse contratual negativo pode acarretar uma indenização superior àquela que resultaria da consideração do interesse contratual positivo e propõe que aquele não possa ser superior a este. Portanto, o limite da indenização seria o interesse positivo, já que o lesado não poderia ficar em melhor situação do que estaria se o contrato tivesse sido validamente celebrado.

De outro lado, no domínio da *culpa in contrahendo*, Menezes Cordeiro sempre recusou qualquer limitação conceitual. O autor defende que se na fase das tratativas houver a violação de normas jurídicas e a causação de danos, a parte deve indenizar. E, de

⁶²⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 941.

⁶²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral. Ações a fatos jurídicos*, Vol. II, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 449-450.

acordo com o autor, nos termos gerais do artigo 563.º do Código Civil, a parte deve indenizar todos os danos que tenha causado. Assim, não seria admissível, em abstrato, fazer qualquer limitação conceitual aos danos negativos, uma vez que tudo é, em concreto, possível. O autor conclui que desde que se provem os danos, não se vislumbram razões conceituais para premiar a ilicitude. Conclui que essa limitação ao interesse negativo não tem base legal, pois não se vê como apontá-la na presença das duas fases (a da negociação e a da conclusão), na letra do artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil.⁶³⁰

Parece que Menezes Cordeiro está com a razão, quando da transposição dessa ideia da *culpa in contrahendo* para a resolução do contrato por incumprimento do devedor, ao referir que havendo anulação do contrato ou até mesmo sendo o contrato declarado nulo, ainda pode haver *culpa in contrahendo*. Quando a indenização que desta advenha seja limitada ao interesse negativo, haverá que, perante uma invalidade culposa do contrato, o lesado só teria direito a ser indenizado de modo a ser colocado na posição em que estaria se nunca tivesse havido contrato. Se isso for transposto ao regime da resolução do contrato, como a ela se aplica o regime da nulidade ou da anulação, perante a resolução do contrato, apenas se aplicaria o regime da indenização pelo interesse negativo.⁶³¹

Em outras palavras, se o contrato for resolvido por incumprimento, o agente desistiria da avença e apenas poderia aspirar à indenização equivalente aos danos emergentes da sua celebração. Quedar-lhe-ia somente o valor do dano negativo. Com razão, o autor sustenta que esta solução é profundamente injusta, pois haverá incumprimentos das mais diversas naturezas e não seria crível que um direito moderno deixe de ponderar o que efetivamente se passou e remeta tudo para a fase pré-contratual. Soma-se a isso o fato de nenhuma lei impor uma limitação nesse sentido. Além de o autor não enxergar qualquer base legal que justifique essas limitações à indenização, ele ainda acrescenta que atualmente a cumulação da resolução do contrato com a indenização pelo interesse positivo vem sendo a solução adotada a nível internacional, pela Convenção de

⁶³⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 942.

⁶³¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 944.

Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, de 1981, e pelos princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais.⁶³²

Portanto, Menezes Cordeiro afasta totalmente a doutrina segundo a qual, resolvido um contrato, apenas quedaria à parte fiel pedir uma indenização pelo denominado interesse negativo, isto é, uma indenização que viesse colocar a parte fiel na situação em que estaria se não houvesse contrato. Tal saída, refere o autor, equivaleria a um autêntico prémio ao inadimplemento, assente num lapso conceitual de que a resolução apaga todo o contrato, incluindo os deveres acessórios e o próprio direito ao cumprimento. Além disso, aduz o jurista que a solução é *contra legem*, já que a lei prevê, sem distinguir, a indenização de todo o prejuízo causado ao credor (artigo 798.º do Código Civil). De acordo com o entendimento do autor, a resolução permite liberar a parte fiel da contraprestação e devem ser indemnizados os danos emergentes do incumprimento, os lucros cessantes, as maiores despesas e as próprias despesas inutilizadas, por via do sucedido, o que caracteriza o interesse contratual positivo.⁶³³

Sobre o tema, Paulo Mota Pinto defende da mesma forma que nada obsta a que o credor que resolve o contrato por inadimplemento postule também uma indenização pelo interesse positivo, o que para o autor caracteriza uma posição que constitui um incentivo à proteção a esse mesmo credor e à circulação, permitindo-lhe libertar-se do contrato sem ter que para tal de renunciar aos lucros frustrados pelo não cumprimento.⁶³⁴

De acordo com essa solução, mais moderna e consentânea, a indenização não deve se limitar ao interesse contratual negativo e pode ser cumulada com a resolução do contrato. Dessa forma, faculta-se uma tutela integral à parte fiel do contrato sob a fórmula do interesse contratual positivo, cujo desiderato é “reintegrador”, ou seja, cuja finalidade é dar à parte inocente o equivalente pecuniário que retiraria do cumprimento do negócio processual.

⁶³² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 947.

⁶³³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 949. Recentemente, aderindo a essa posição, PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 121-122.

⁶³⁴ PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 1655.

Em negócios processuais sobre a prova, numa situação de desconformidade com aquilo que foi pactuado, pode vir a parte fiel a sofrer danos. Se assim suceder, poderá ela deduzir pretensões indenizatórias contra a sua contraparte. Ela poderá ser indenizada por todos os danos que tenha sofrido.

Assim, a parte que se vê confrontada com o incumprimento definitivo do contrato, segundo essa orientação, pode, alternativamente, (i) obter uma tutela conservatória do contrato, via o manejo da exceção processual, mais uma indenização, em processo secundário, que, nesse caso, se limita aos danos de confiança (interesse negativo), se houver comprovação, ou (ii) obter a resolução do contrato, com eficácia retroativa, e requerer uma indenização por incumprimento, que abrangerá todos os danos – de cumprimento – sofridos em razão da não satisfação convenção probatória pela outra parte (interesse contratual positivo), o que também exigirá comprovação.

5.1.2 Cláusula penal

Nos termos do artigo 810.º do Código Civil, as partes podem, por acordo ou convenção, fixar o montante de indenização exigível (*quantum* do dano) para o caso de inexecução do contrato, seja por incumprimento imputável ou através da mora injustificada, o que tradicionalmente se conhece por cláusula penal ou pena convencional.

Exige-se, porém, que a cláusula seja fixada num determinado montante pecuniário, sob pena de nulidade, conforme dispõe o artigo 280.º, n.º 1, do Código Civil. Relativamente às cláusulas de exclusão de responsabilidade, o artigo 809.º do Código Civil proíbe a sua estipulação e às partes é vedado antecipadamente renunciar à indenização por incumprimento (artigo 810.º, n.º 2). Embora a lei não refira expressamente, parece claro que essa proibição da lei abrange igualmente a renúncia ao direito de exigir o cumprimento e a tutela conservatória do contrato. Em outras palavras, a cláusula penal não implica qualquer tipo de renúncia aos meios de reação ao incumprimento dos contratos, mas apenas ajusta os valores da pretensão indemnizatória.⁶³⁵ A lei destaca o

⁶³⁵ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 111.

caráter indenizatório da cláusula penal e a doutrina menciona duas funções, uma função compulsória e uma função indenizatória.⁶³⁶ De ressaltar-se que Menezes Cordeiro acaba por tratar, ainda, de uma dimensão punitiva da cláusula penal.⁶³⁷

De acordo com a doutrina, cláusula penal é uma estipulação em que as partes convencionam antecipadamente uma determinada prestação, consubstanciada geralmente numa quantia em dinheiro, que o devedor terá de satisfazer ao credor em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito da obrigação.⁶³⁸ Costuma-se distinguir duas modalidades de cláusula penal, a cláusula penal compensatória e a cláusula penal moratória, conforme tenha sido estipulada para o não cumprimento da obrigação ou para a simples mora do devedor, podendo, igualmente, referir-se a qualquer hipótese de cumprimento defeituoso da prestação.⁶³⁹

De acordo com Menezes Cordeiro, as cláusulas penais podem servir de tutela ao adimplemento da prestação principal, das prestações secundárias e dos deveres acessórios.⁶⁴⁰ Destaca-se, também, a acessoriedade da cláusula penal em relação à obrigação principal, sendo que na eventualidade desta ser nula aquela também o será, consoante dispõe o artigo 810.º do Código Civil. Na ausência da cláusula penal, qualquer indenização pelos prejuízos resultantes da violação do contrato depende de prova a ser produzida em ação judicial autônoma. Existindo cláusula penal, o montante da indenização é aquele previamente acordado pelas partes sem a necessidade de outro litígio para avaliação judicial dos danos.⁶⁴¹

Dentre as espécies de cláusulas penais, a doutrina menciona a cláusula de fixação antecipada da indenização, em que as partes visam a liquidar, antecipadamente, o dano futuro, e evitar litígios, despesas e a demora que uma avaliação judicial da indenização acarretará. Assim, as partes conhecem, de antemão, as consequências de um eventual

⁶³⁶ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 26 ss.

⁶³⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 482-483.

⁶³⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 589.

⁶³⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 589.

⁶⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 477.

⁶⁴¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 590.

inadimplemento. Outra espécie de cláusula é a puramente coercitiva, algo que acresce à tutela específica da prestação ou a indenização pelo não cumprimento. A cláusula destina-se apenas a pressionar o devedor ao cumprimento e decorre da liberdade contratual já que não está contemplada no artigo 810.º do Código Civil. Funda-se no acordo das partes e destina-se a tutelar a confiança.⁶⁴²

Em outras palavras, enquanto a primeira destina-se a liquidar o dano e substitui a obrigação de indenizar, a segunda não substitui a indenização e apenas será acrescida a ela, já que se trata de uma sanção, uma ameaça exercida através de uma forma de satisfação alternativa do interesse do credor e funciona como meio de pressão ao cumprimento. A fim de evitar abusos, o tribunal pode, em casos excepcionais, quando manifestamente excessiva, reduzir o montante estipulado na cláusula penal.⁶⁴³

Assim, o *quantum* indemnizatório, que será previamente acordado, não precisa ser equivalente ao valor do dano e pode ser superior a este, funcionando como “estímulo ao cumprimento e uma sanção pelo incumprimento.”⁶⁴⁴ O que não pode ocorrer é o credor obter o cumprimento do contrato e uma indenização pelo dano do incumprimento (interesse positivo), o que representaria um enriquecimento injustificado. Assim como não pode o credor pedir uma indenização nos termos gerais do contrato, com base no artigo 562.º do Código Civil, pois a cláusula penal acordada substitui essa indenização. É disso que cuida o artigo 811.º, n.º 3, que só se aplica a cláusulas que fixem antecipadamente a indenização. Esse limite não opera em cláusulas penais compulsórias ou coercitivas.⁶⁴⁵

Portanto, nada impede que as partes do negócio sobre as provas estabeleçam uma cláusula penal, que opere a partir do incumprimento das convenções probatórias, que poderá ser uma inexecução total, parcial ou defeituosa. Entretanto, a cláusula penal cessa

⁶⁴² PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 594

⁶⁴³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 596. PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 397-398. O autor menciona quantos aos elementos a valorar pelo juiz na redução da cláusula, para lá de ter que atentar no tipo de cláusula penal, há que sopesar, por ex., a importância da obrigação não cumprida, a gravidade objectiva e subjectiva do incumprimento, a situação económica das partes, a conduta agravadora do lesado e as eventuais vantagens retiradas pelo devedor com a violação.”

⁶⁴⁴ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 109.

⁶⁴⁵ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 578 ss.

com a extinção do negócio, por impossibilidade superveniente não imputável ou pelo cumprimento. Se a impossibilidade for imputável, poderá a parte inocente acionar a cláusula penal. Via de regra, a cláusula penal exige a ilicitude da conduta e a culpa do agente⁶⁴⁶, que no caso do incumprimento dos negócios processuais sobre a prova, se presume, a teor do disposto no artigo 799.º, n.º 1 do Código Civil.

5.2 O tipo de sistema processual

5.2.1 Sanção pecuniária compulsória como técnica coercitiva de cumprimento

A sanção pecuniária compulsória é prevista para reforçar o cumprimento de decisões judiciais e, recentemente, a doutrina passou a questionar se poderia ela ser mobilizada para impelir a parte ao cumprimento de deveres processuais contratualmente assumidos.⁶⁴⁷

De fato, algumas precauções podem ser tomadas pelas partes tendentes a prevenir o incumprimento dos negócios processuais sobre as provas, além dos meios de coerção privados. A sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º-A do Código Civil, é um meio de coerção judicial que tem o propósito de indiretamente constranger e determinar o devedor ao cumprimento da obrigação. De acordo com João Calvão da Silva, a sanção pecuniária compulsória “é a condenação pecuniária decretada pelo juiz para constranger e determinar o devedor recalcitrante a cumprir a sua obrigação. É, pois, um meio de constrangimento judicial que exerce pressão sobre a vontade lassa do devedor, apto para triunfar a sua resistência e para determiná-lo a acatar a decisão do juiz e a cumprir a sua obrigação, sob a ameaça ou compulsão de uma adequada sanção pecuniária, distinta da indemnização, susceptível de acarretar-lhe elevados prejuízos.”⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ Por todos, PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 392.

⁶⁴⁷ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 96.

⁶⁴⁸ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 354-355.

As partes podem estipular no contrato substancial uma cláusula compromissória de prova que estabeleça o dever de exhibir documentos, sob pena de sanção pecuniária compulsória por dia de atraso na apresentação da fonte de prova. Pode ser determinada uma sanção pecuniária compulsória para compelir a parte a conformar a sua conduta pelo dever processual de exibição de documentos assumido já que, em regra, a lei não exclui, como forma de pressionar a parte ao cumprimento do negócio processual, a imposição da sanção pecuniária compulsória. Nada impede que as partes estipulem essa multa no contrato de prova para o caso de incumprimento da obrigação. Essa sanção, fixada pelo tribunal “e apenas pelo tribunal, tem uma lógica quantitativa distinta da cláusula penal, incluindo a cláusula penal compulsória. É determinada de acordo com critérios de razoabilidade.”⁶⁴⁹

Desde 1983, o Código Civil admite a possibilidade de fixação de uma sanção pecuniária compulsória para o cumprimento específico dos deveres de prestar. Do disposto no n.º 2 do artigo 829.º-A do Código Civil fica clara a independência da sanção pecuniária compulsória em relação à indenização postulada, o que pode resultar na cumulação de ambas, mesmo que a indenização tenha sido fixada através de cláusula penal, já que se trata de meio de coerção indireta, uma “técnica de coerção patrimonial”⁶⁵⁰ tendente a forçar o devedor a cumprir a obrigação a que está adstrito, não possuindo natureza indenizatória, que pode ser decretada mesmo que o devedor faça a prova da ausência de dano sofrido pelo credor.⁶⁵¹

Nesses casos, a requerimento da parte, pode o tribunal aplicar a sanção pecuniária por cada dia de atraso ou por cada infração contratual que for cometida, o que seja mais adequado às circunstâncias do caso. No direito português, a aplicação da sanção pecuniária compulsória ocorre em “termos extremamente limitados”⁶⁵², já que não pode ser decretada oficiosamente pelo tribunal, exigindo requerimento do interessado, cabível

⁶⁴⁹ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 83-84. Havendo o desejo de compelir o devedor ao cumprimento, similar à sanção pecuniária compulsória, Pinto Monteiro trata da “cláusula penal puramente compulsória”, que pode ser cumulada com a indenização por danos ou a execução da obrigação. (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 604)

⁶⁵⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro, Forense, 2008 p. 83.

⁶⁵¹ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 410.

⁶⁵² Por todos, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias de crédito*, vol. II, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 279.

apenas em relação às prestações de fato infungível, positivo ou negativo, excluídas prestações que exigem especial qualidade científica ou artística do obrigado. Os beneficiários da sanção pecuniária compulsória são o credor e o Estado, em partes iguais, já que essa multa penitencial não tutela apenas o interesse particular da parte em compelir à satisfação da obrigação, mas também o interesse público de os contratos serem regularmente cumpridos (*pacta sunt servanda*).

Diferentemente, no ordenamento processual brasileiro essa multa periódica ou *astreintes* poderá ser imposta de ofício pelo juiz, ou a requerimento do interessado, e será devida ao exequente, de acordo com os artigos 536 e 537 do Código de Processo Civil. Vale dizer, a teor do § 3.º do artigo 536 do Código de Processo Civil, se houver descumprimento injustificado da ordem judicial, incidirá o faltante nas penas de litigância de má-fé, sem prejuízo de responsabilização por crime de desobediência. Aqui, a natureza penitencial, coercitiva e sancionatória da sanção pecuniária compulsória evidencia-se na ideia de efetividade da tutela específica a que a parte faz jus, traduzida na “actuação desse princípio primário, natural e lógico, para toda a espécie de obrigações, que é o direito ao cumprimento.”⁶⁵³

O cumprimento das convenções probatórias insere-se, naturalmente, nessa ideia, o que não afasta a possibilidade de fazer pressão às partes por meio dessa técnica coercitiva. A cláusula compromissória que impõe a obrigação de exhibir documentos a uma das partes visa ao cumprimento de uma prestação infungível. Assim como apenas a contraparte pode exigir o cumprimento da cláusula, apenas aquele que deixou de exhibir o documento pode assim o fazer, em desconformidade com aquilo que assumiu. Sendo emitida uma ordem de exibição dos documentos, a critério da vontade da contraparte, poderá ser a injunção acompanhada de sanção pecuniária compulsória.

Entretanto, parece ser pressuposto lógico para a existência ou subsistência da sanção pecuniária compulsória fixada pelo tribunal a viabilidade de cumprimento da obrigação a que se reporta e a culpa do devedor. Este poderá afastá-la, demonstrando que o cumprimento já não se torna possível ou que o cumprimento não lhe é imputável.⁶⁵⁴

⁶⁵³ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 356.

⁶⁵⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.ª reimp. da 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 1067.

Caso se esteja diante de uma impossibilidade não imputável, a obrigação não poderá ser cumprida, por razões óbvias, mediante a fixação de multas.

O tribunal pode condenar a parte faltosa no pagamento de uma quantia pecuniária por dia de atraso no cumprimento do programa contratual e essa medida destina-se a “pressionar” a parte a cumprir, sem prejuízo de indenização pelo incumprimento, mas mesmo a imposição de multas e outras medidas indutivas podem não ser suficientes para que se obtenha a tutela conservatória do contrato probatório. A parte pode, mesmo com a imposição de sanção pecuniária compulsória, continuar a descumprir a ordem judicial de exibição de documentos.

Nessa situação de recalcitrância, a incerteza que poderá surgir é se a sanção pecuniária compulsória pode ser determinada na sequência de uma injunção, num processo secundário, de prestação de fazer, consistente na exibição dos documentos, ou pode ser ela aplicada pelo tribunal quando houver pedido de exibição de documentos, no processo originário, via simples petição da parte inocente. Em realidade, parece que a sanção pecuniária compulsória pode ser ela aplicada pelo tribunal quando houver a recusa na exibição dos documentos, em processo originário, mas caso a parte contrária persista no incumprimento, a realização prática da sanção pecuniária compulsória deverá seguir os trâmites de um processo secundário e autónomo de execução.

5.2.2 Litigância de má-fé

Se a convenção probatória exclui a produção de prova testemunhal e a parte infiel, sem qualquer justificativa, com o intuito de deduzir pretensão contra texto expresso de lei (o contrato é lei entre as partes) e de modo a opor resistência injustificada ao andamento célere do processo, arrola testemunhas e ainda faz com que a contraparte tenha de manejar a exceção processual para obter uma decisão de indeferimento de produção da prova, porque contrária à convenção, esse comportamento – que parece protelar injustificadamente o andamento do processo – poderá ensejar a condenação por litigância de má-fé.

Nessa situação, a parte prejudicada pode, além de requerer a declaração de inadmissibilidade da produção da prova testemunhal, alegar que seu oponente procedeu com má-fé. O tribunal, se considerar procedente a alegação da parte fiel, poderá determinar que o comportamento adotado pela contraparte contrariou aquilo que foi determinado no contrato e assim declará-lo como inadmissível a tal ponto de caracterizar a litigância de má-fé. Esse entendimento do tribunal permite concluir que a parte infiel viola o princípio da boa-fé objetiva quando age de má-fé. A parte prejudicada, através da invocação da exceção processual, estará a alegar a *exceptio dolis processualis*.⁶⁵⁵

A doutrina menciona que os tribunais alemães falam, nessa hipótese, de *exceptio pacti*.⁶⁵⁶

Com efeito, o tipo de sistema processual, consubstanciado na litigância de má-fé, consta do artigo 542.º ao artigo 545.º, todos do Código de Processo Civil, dispondo o primeiro, no respectivo nº 2, que se diz litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave: a) tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa; c) tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; d) tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão. Parece que aquela parte que arrola testemunhas, sabendo do carácter protelatório dos depoimentos, pode estar sujeita à condenação por litigância de má-fé, já que essa conduta pode caracterizar uma pretensão cuja falta de fundamento a parte não devia ignorar.

Um dos figurantes do negócio, além de deduzir uma pretensão contra o texto expresso do contrato probatório, que é a lei entre as partes, estará opondo resistência injustificada ao andamento do processo – protelando injustificadamente o andamento do processo, pois obrigará à contraparte a manejar a exceção processual de não

⁶⁵⁵ BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1972, p. 268.

⁶⁵⁶ KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 220.

cumprimento do contrato e isso ocasionará uma decisão judicial a respeito da admissibilidade da prova.

Acerca disso, os incisos I e IV do artigo 80 do Código de Processo Civil Brasileiro consideram litigante de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso e opuser resistência injustificada ao andamento do processo. De acordo com o artigo 81, o juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

Acerca desse preceito, a doutrina ensina que se trata de responsabilidade processual pela má-fé no procedimento e essa responsabilização independe do resultado do processo, ou seja, pode o demandado ver o pedido do demandante julgado improcedente e ainda assim ser condenado por dano oriundo da má-fé processual. A doutrina considera que resiste de maneira injustificada ao andamento do processo aquele que, sem justificativa, coloca barreiras ao desenvolvimento do processo, ao dificultar o acesso aos meios de prova.⁶⁵⁷ Desse modo, aquele que, em contrariedade com a convenção probatória, requer a produção de outros meios de prova, sem qualquer justificativa, poderá estar resistindo ao andamento do processo. A circunstância de a responsabilização pela má-fé processual ser independente do resultado do processo assume especial relevância se o comportamento é oriundo da celebração de um negócio processual.

Já a norma portuguesa que tipifica como litigância de má-fé três tipos de atuação de natureza substancial e uma conduta processual reflete o sancionamento pelo legislador do dever a que alude o artigo 8º do Código de Processo Civil, rezando este que no processo estão as partes obrigadas a agir de boa-fé e a observar os deveres de cooperação, sendo que, em cumprimento do primeiro dever, não devem portanto as partes, conscientemente, formular, por exemplo, pedidos ilegais ou articularem fatos contrários à realidade.

⁶⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*, 5.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 247.

A *ratio* do instituto prende-se com a preocupação do legislador em fazer com que a conduta das partes seja pautada por padrões de probidade, verdade, cooperação e lealdade, ou seja, ao introduzir-se um meio de tutela de natureza sancionatória, pretende-se proteger e implementar a boa-fé processual.

Enquanto que as espécies de litigância de má-fé tipificadas nas diversas alíneas do n.º 2 do artigo 542.º pressupõem a existência de um comportamento abusivo do litigante, a alínea *d* funciona como que uma verdadeira cláusula geral do abuso de processo, obstando a que seja usado de forma reprovável, porque direcionado essencialmente para a salvaguarda de interesses de todo diversos daquele que o preordena. Para tanto, mostra-se exigível que tenha a parte abusado do processo com o propósito ou intenção de alcançar um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade ou protelar injustificadamente o andamento do processo e o trânsito em julgado da decisão.⁶⁵⁸

Discute-se a respeito da viabilidade de, em sede de penalização de condutas processuais de má-fé, poder o tribunal lançar mão de fundamentos que não se mostram especificamente previstos no instituto processual da litigância de má-fé, mas decorrem da aplicação de outras cláusulas gerais do sistema.⁶⁵⁹ Acerca, Paula Costa e Silva ensina ser inquestionável que também no domínio processual vale, como cláusula geral, a boa-fé, pois que, não é o processo agnóstico, não se podendo confundir os planos da provocação de efeitos processuais típicos com a admissibilidade ou a procedência da postulação, a que acresce que “as situações de abuso de direito são mais extensas do que aquelas que o artigo 456º reconduz à litigância de má fé já que esta, pressupondo comportamentos típicos, não abarca todos os grupos de casos que vêm sendo reconduzidos a situações de abuso de direito”.⁶⁶⁰ Ao concluir, a autora sustenta ser legítimo considerar como sendo abusivos, ao abrigo da cláusula geral do abuso do direito, comportamentos que não são

⁶⁵⁸ COSTA E SILVA, Paula. *A litigância de má fé*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 411-413.

⁶⁵⁹ No direito processual civil brasileiro o rol do artigo 80 não é taxativo e existem outras previsões ao longo do Código que viabilizam a imposição de multa por litigância de má-fé no processo. Além disso, as hipóteses ali arroladas “dão apenas *exemplos* de chicana processual, sem a pretensão de ser exaustivo. O reconhecimento do abuso não depende, assim, de um enquadramento análogo ao que se faz no direito penal da conduta do sujeito em um determinado tipo legal. Nesse sentido: BENEDUZI, Renato, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, pp. 107-108.

⁶⁶⁰ COSTA E SILVA, Paula. *A litigância de má fé*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 621.

absorvidos pelo tipo central do artigo 456.º, correspondente ao atual artigo 542.º do Código.⁶⁶¹

De seu turno, Menezes Cordeiro defende que se é verdade que o princípio da boa-fé tem uma típica estrutura civil, indiscutível é que ele se expande aos mais diversos setores e, de resto, o primeiro setor extra-civil no qual a boa-fé se impôs foi, precisamente o do processo civil, logo, inquestionável é que o instituto do abuso do direito, o qual traduz a aplicação, nas diversas situações jurídicas, do princípio da boa-fé, tem aplicação no campo do direito processual civil, máxime é claramente aplicável ao direito de ação judicial, ou, mais latamente, ao exercício de quaisquer posições no processo.⁶⁶²

É que agindo a boa-fé essencialmente através de dois princípios – a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente –, ambos se concretizam numa constelação de situações típicas, desde o *venire* ao desequilíbrio no exercício, e, nestas condições, a aplicação da boa-fé e do abuso do direito, nos domínios processuais civis, não oferece quaisquer dúvidas. Assim, o autor conclui que “as acções judiciais intentadas contra a confiança previamente instilada ou em grave desequilíbrio, de modo a provocar danos máximos a troco de vantagens mínimas, são abusivas: há abuso do direito de ação judicial. Mas também no plano puramente técnico, a matéria do abuso pode surgir. Assim sucederá sempre que as situações puramente processuais defrontem, nos parâmetros apontados, o princípio da boa-fé”.⁶⁶³

Com efeito, é pacífica a aceitação pela doutrina da recepção e aplicação do princípio da boa-fé e do abuso do direito no âmbito do processo civil, máxime nas modalidades de exercício inadmissível de posições jurídicas, proibição de concretizar dolosamente posições processuais, proibição de *venire contra factum proprium*, proibição de abuso de poderes ou meios processuais e *supressio*. Daí resulta que a aplicação do princípio da boa-fé e do abuso do direito à esfera processual não parece merecer qualquer contestação no ordenamento jurídico português.⁶⁶⁴

⁶⁶¹ COSTA E SILVA, Paula. *A litigância de má fé*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 627.

⁶⁶² CORDEIRO, António Menezes, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* in *agendo*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 139-141.

⁶⁶³ CORDEIRO, António Menezes, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* in *agendo*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 145.

⁶⁶⁴ Por todos, ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 74-76.

A jurisprudência sufraga esse entendimento doutrinário, que visualiza a litigância de má-fé uma modalidade especial do abuso do direito, e admite a possibilidade de, no âmbito de uma mesma ação, se entrecruzarem os dois institutos jurídicos que não se confundem – o da litigância de má-fé e o do abuso do direito. Nesse sentido, explicou o Tribunal da Relação de Lisboa o modo de os aplicar no âmbito do mesmo processo, frisando que “a litigância de má fé, em processo, distingue-se do abuso do direito ainda que possa haver áreas de coincidência entre os dois institutos, ao nível das consequências. Nessas áreas, a litigância de má-fé deve prevalecer, como instituto especial, sobre o abuso do direito, de ordem geral. Mas tal coincidência, por regra, não se verifica, quer em termos processuais, quer em termos materiais. Em termos processuais, é necessário ter presente que a litigância de má-fé tem de ser apreciada imediatamente, na própria acção, podendo officiosamente ser declarada, enquanto o abuso do direito, para além de poder ser apreciado nas mesmas condições, pode ainda ser considerado em acção própria, instaurada para o efeito. Em termos materiais, a litigância de má-fé está sujeita às restrições impostas pelo artigo 456º do CPC, o que se não verifica com o abuso do direito.”⁶⁶⁵

Com efeito, parece que age corretamente o tribunal, quando conclui que o abuso do direito resulta na inadmissibilidade do exercício de uma posição substancial ou processual, enquanto a litigância de má-fé configura-se quando a parte viola, basicamente, regras de cooperação processual, não existindo entre ambos – como regra – coincidência, quer em termos processuais, quer materiais. Acerca dos pressupostos de incidência de cada um dos institutos, Paula Costa e Silva alerta que, se está em causa o exercício disfuncional de situações jurídicas, a verdade é que os respectivos pressupostos são distintos, pois que, se a base do artigo 334.º do Código Civil é objetiva, já a do artigo 542.º (atualmente, artigo 456.º, n.º 2, alínea *b*) é um tipo de ilícito, pressupondo uma atuação dolosa ou negligente da parte.⁶⁶⁶

Também para Menezes Cordeiro é pacífico que os pressupostos de atuação da litigância de má-fé e do abuso do direito de ação são diferentes, quer no tocante ao

⁶⁶⁵ Acórdão da Relação de Lisboa, julgado em 24.04.2008, processo nº 2889/2008-6, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁶⁶ COSTA E SILVA, Paula. *A litigância de má fé*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 413.

subjacente fato ilícito (descrições típicas no primeiro *versus* conceito indeterminado no segundo), quer relativamente à culpa (dolo ou negligência grave no primeiro *versus* responsabilidade objetiva no segundo, não dependente de qualquer específico elemento subjetivo), quer, ainda, relativamente à indenização (eventual, limitada e prefixada – artigo 543.º do CPC no primeiro e eventual, limitada e, havendo-a, sujeita às regras gerais no segundo – artigo 483.º do CC), precisando ainda que, se perante o direito civil, o regime do abuso do direito assenta em duas vertentes – a cessação da conduta abusiva e a reparação dos danos perpetradas –, outrossim, no campo em que o abuso respeite a situações processuais, assim será.⁶⁶⁷

Parece ser esse também o entendimento de Pedro de Albuquerque, no confronto do regime da litigância de má-fé e do abuso do direito. Ressalta que, desde logo, importa atentar à natureza objetiva do último, porque não dependente da existência de culpa do agente, ao passo que a litigância de má-fé depende da existência de culpa grave ou de dolo. No tocante aos danos, esclarece que se o abuso do direito pressupõe a sua existência, devendo ser ressarcidos *in totum* quando se verificarem os pressupostos da responsabilidade civil, em relação à litigância de má-fé “a simples obstrução da justiça e a violação de deveres processuais é suficiente para a condenação da parte”⁶⁶⁸, a que acresce que os danos sofridos poderão apenas ser contemplados de forma parcial (artigo 543.º, n.º 1, 2 e 3, do CPC), ou seja, a indenização pode ser meramente compensatória e sem fins ressarcitórios.

Portanto, de acordo com essa ideia, quando houver o incumprimento dos negócios processuais envolvendo a prova, poderá haver em processo, além da reposição ao anterior estado de coisas, a condenação por litigância de má-fé, estando presentes os seus elementos subjetivos típicos. O abuso do direito não se confunde com a litigância de má-fé, já que pode ser verificado objetivamente e reconduz à ineficácia do negócio processual, como já analisado.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal da Relação de Évora que: “(...) IV - O incumprimento doloso ou gravemente culposo do dever de cooperação e/ou das regras

⁶⁶⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* in *agendo*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 145, 205-208.

⁶⁶⁸ ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 92-93.

de boa fé processual, mormente das relativas ao exercício de actividade processual com o conhecimento pela parte de que a mesma é desconforme à verdade material, é sancionado civilmente através do instituto da litigância de má fé, ainda que o desfecho da acção venha a ser favorável a essa parte. V - Justifica-se a condenação dos Réus como litigantes de má fé, se os mesmos alteraram intencionalmente a verdade de factos essenciais, que eram evidentemente do respectivo conhecimento a respeito do negócio celebrado, e tentaram obstar a que se conhecesse, por via do pagamento efectuado e sua data, qual o negócio que quiseram realmente efectuar, tudo fazendo com o fito de tentar obstar ou, pelo menos, dificultar de forma inaceitável em face da lisura e probidade processual que a lei lhes impõe, a descoberta da verdade material e a justa-composição do litígio.”⁶⁶⁹

A má-fé, sendo um limite ao exercício do direito de acção ou de defesa, exige que a conduta das partes só deva ser censurada quando tenham atuado de forma ilícita em qualquer uma das circunstâncias referidas nas alíneas do n.º 2 do artigo 542.º do Código de Processo Civil. Evidentemente, não estão incluídas no dispositivo legal as meras situações de discordância na interpretação e aplicação da lei aos fatos, ou na defesa de uma posição que, ainda assim, não se venha a provar, em virtude de a parte não ter conseguido convencer o tribunal da bondade do invocado.⁶⁷⁰

Em conclusão, o incumprimento doloso ou gravemente culposos dos negócios sobre a prova, mormente dos comportamentos relativos ao exercício de actividade processual com o conhecimento pela parte de que seria desconforme à verdade material, é sancionado civilmente através do instituto da litigância de má-fé. Nesse sentido, cumpre observar a advertência de Hartmann, no sentido de que o comportamento da outra parte, contrário ao contrato, justifica o fundamento de fraude.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, julgado em 10/10/2019, processo n.º 456/12.9T2STC.E2, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁷⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lisboa, Lex, 1997, pp. 63-64.

⁶⁷¹ BAUMBACH, Adolf / LAUTERBACH, Wolfgang / ALBERS, Jan / HARTMANN, Peter. *Zivilprozessordnung*, 62.ª ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 591.

PARTE IV – CONTRATOS PROBATÓRIOS EM RELAÇÃO ÀS PARTES E EM RELAÇÃO AO ÓRGÃO DECISOR

1. Análise das convenções probatórias em relação às partes

1.1 Contratos de prova, obrigações e deveres de prestar processuais

De acordo com aquilo que até agora foi observado, parece evidente que, embora a doutrina civilista reconheça amplamente o direito do inadimplemento da relação obrigacional, há uma completa ausência de uma teoria geral do incumprimento das obrigações ou dos deveres instituídos por negócios processuais.

Uma das razões para essa escassez no desenvolvimento da matéria pode ser o fato de que os negócios processuais não comportam deveres de comportamento, quando menos deveres de prestação. De acordo com Paula Costa e Silva, que pioneiramente observou essa particularidade, os designados deveres não seriam, afinal, deveres em sentido próprio, razão que dispensaria todo um capítulo sobre a “*perturbação no cumprimento dos deveres processuais*” fundados em negócio jurídico.⁶⁷²

Ora, em não havendo deveres que possam ser descumpridos, não haveria necessidade de nenhuma teoria geral do incumprimento dos negócios processuais, que estaria privada de objeto. Mas essa constatação não tornaria a teoria geral do processo imune às regras que são destinadas a resolver os problemas que podem ocorrer na fase de cumprimento das obrigações em geral, simplesmente pelo fato de que, ao celebrar o negócio processual, a parte, durante a execução do contrato, pode fazer algo contrariando o modo como aceitou fazer (ou não fazer) e, nesse caso, para anular ou obstar os efeitos indesejáveis da violação contratual, haveria a necessidade de uma decisão judicial.

Pedro Múrias, depois de identificar algumas situações que podem suscitar problemas de não cumprimento ou problemas análogos aos do não cumprimento, que não

⁶⁷² COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 11-12.

cabem no conceito comum de obrigação, como, por exemplo, os efeitos da afirmação de certo fato juridicamente relevante e a inversão contratual do ônus da prova, concedida por uma parte à outra⁶⁷³, propõe o conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, que, basicamente, se destina a alargar o conceito comum de obrigação.⁶⁷⁴

O ensinamento do autor foi adotado por Paula Costa e Silva, que, depois de constatar a ausência de deveres ou obrigações de prestar no âmbito dos negócios processuais, apesar de apurar que essas mesmas convenções são passíveis de atuação desconforme pelas partes, passou a tentar determinar a natureza das posições que daí poderiam decorrer, quando identificou a presença de atribuições negociais não obrigacionais naquele ambiente.⁶⁷⁵

Aliás, Pontes de Miranda, quando dispunha acerca dos direitos, pretensões, exceções, deveres e obrigações, no âmbito do direito das obrigações, não negava que havia pretensões e obrigações fora do Direito das Obrigações. O autor referia-se aos que pretendiam que o dono do bem gravado devesse ao titular do direito de garantia e assim se carrearia para o direito das obrigações a relação jurídica real. O autor, com elegância, anotou que “tal deformação, contorcendo a realidade, acabou, em muitos, por cegar a psique. Os que não vêem que o sujeito passivo, nos direitos reais de garantia, são todos, e não o dono ou possuidor, são vítimas de daltonismo que a restrição do conceito de obrigação produziu, aqui e ali”.⁶⁷⁶

Parafraseando o autor, é possível afirmar que, diante dos problemas encontrados e das soluções apresentadas, a doutrina processual, com exceção de Paula Costa e Silva, foi “vítima de daltonismo que a restrição do conceito de obrigação produziu, aqui e ali”

⁶⁷³ Além das situações elencadas por Pedro Múrias, poderia ser mencionado o sistema de compra de ações. As empresas podem convencionar, através da bolsa de valores, em favor de seus empregados, administradores e terceiros contratantes, a possibilidade exercerem o direito de comprar ações. Aquele em favor de quem se abriu a possibilidade de exercer opção de compra, ao efetivá-la, vivencia posição jurídica de vantagem, algo que se assemelha à atribuição. Acerca do tema, em especial, acerca das operações de venda a descoberto de ações (*naked short selling*) e a respectiva admissibilidade em mercado regulamentado a contado, COSTA E SILVA, Paula. *As operações de venda a descoberto de valores mobiliários*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

⁶⁷⁴ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 806.

⁶⁷⁵ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 122.

⁶⁷⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXII, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 7.

porque os negócios processuais sobre a prova não repercutem eficácia obrigacional e com isso é possível concluir que eles igualmente não pertencem ao direito das obrigações. Aquilo que Pontes de Miranda concluiu com relação aos direitos reais agora fica evidente no que diz respeito aos negócios processuais sobre a prova.

Logo, parece que a proposta de Pedro Múrias, acerca do conceito de atribuição, é aquilo que mais se aproxima para, satisfatoriamente, justificar os comportamentos das partes durante a (in)execução das convenções probatórias. É a partir do conceito de atribuição, de Pedro Múrias, que será possível qualificar melhor a natureza das obrigações ou dos deveres oriundos dos negócios processuais, para que, desse modo, sejam confirmadas as teses expostas acerca das diversas modalidades de incumprimento que podem ocorrer na execução dos contratos probatórios.

1.1.1 Conceito de prestação e o objeto dos contratos probatórios como sendo a obrigação ou o dever de prestar

Assim como os negócios jurídicos unilaterais e outros fatos, os contratos são fontes das obrigações em geral. A obrigação tem o seu próprio objeto, a prestação, considerada por Manuel Gomes da Silva como o “fulcro do vínculo obrigatório”⁶⁷⁷ ou como o “facto que o devedor, sujeito passivo da obrigação, se encontra adstrito a fazer”.⁶⁷⁸ Em outros termos, a prestação é a “conduta que o devedor se obriga a desenvolver em benefício do credor, consistente na resposta à pergunta *quid debetur*. A prestação aparece por isso como a contraposição no plano ontológico, ou do ser, do conteúdo deontológico da vinculação assumida pelo devedor. Daí que a realização da prestação pelo devedor se considere como cumprimento, importando a extinção da obrigação.”⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ SILVA, Manuel Gomes da. *Conceito e estrutura da obrigação*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil, FDUL, 1971, p. 21.

⁶⁷⁸ SILVA, Manuel Gomes da. *Conceito e estrutura da obrigação*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil, FDUL, 1971, p. 23.

⁶⁷⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 109. Ribeiro de Faria deixa claro que, em um plano de terminologia, é mais correto falar-se em cumprimento do que em pagamento, já que este se aplica, preferentemente, ao cumprimento das obrigações pecuniárias. FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito*

A prestação está sempre ordenada à satisfação do interesse do credor e surge num contexto de uma situação jurídica relativa que exige cooperação, daí a sua aptidão para integrar a atividade do devedor e o resultado para o credor, num contexto de dualidade, como comportamento do devedor ou como realização do interesse do credor à prestação.⁶⁸⁰

Geralmente, as prestações são um dar, um fazer ou um não fazer. Os objetos das prestações, por vezes são as coisas (bens), em outras situações são as condutas (comportamentos humanos). São objetos das obrigações as prestações de dar, de não dar, de fazer e de não fazer. A obrigação de dar corresponde a uma prestação de dar. A obrigação de fazer corresponde a uma prestação de fazer e a obrigação de não fazer corresponde a uma prestação de não fazer. As prestações de dar consistem em entregar ao credor alguma coisa. As prestações de fazer e de não fazer referem a um fato do devedor ou de terceiro, desde que corresponda a um interesse do credor que seja digno de proteção.⁶⁸¹

Quando alguém é obrigado a cumprir uma obrigação, pode ser ela classificada como uma prestação de fato ou uma prestação de coisa. As prestações de fato podem ter natureza positiva ou negativa. Constitui exemplo de prestação de fato de natureza positiva a participação do artista em espetáculo de dança e exemplo de prestação de fato de natureza negativa a obrigação de sigilo, que deve ser mantida pelo advogado. As prestações de fato negativas ainda possuem uma subespécie, que se constitui em uma obrigação de permissão ou tolerância, a exemplo de alguém que tolera quando o vizinho retira água da sua fonte, o que também é conhecido como prestações de *pati*.⁶⁸²

das obrigações, vol. II, Coimbra, Almedina, p. 247-248. Acerca do conceito de prestação, por todos, PEREIRA, Maria de Lurdes. *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001.

⁶⁸⁰ PEREIRA, Maria de Lurdes. *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 11; PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 329 ss.; MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 56-57.

⁶⁸¹ De acordo com Carneiro da Frada, todos estes deveres visam a conferir ao credor um determinado benefício através de um direito à prestação, em relação ao devedor, e para eles reserva a lei a designação de *obrigação*. São sobretudo aos deveres que se refere, explicita ou implicitamente, a maior parte do direito das obrigações. DA FRADA, Manuel Carneiro. *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra, 1994, pp. 38-39.

⁶⁸² CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil. Direito das obrigações, introdução, sistemas e direito europeu, dogmática geral*, vol. VI. 3.^a ed., com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2019, p. 513.

As prestações de fato podem ser instantâneas, que se realizam de uma só vez, ou duradouras, cuja execução compreende uma série de atos ou abstenções. Quanto à possibilidade de substituição do devedor no cumprimento da obrigação elas são fungíveis, quando podem ser executadas por pessoa diversa do devedor, e infungíveis, quando a prestação é exclusiva do devedor, em razão da qualidade pessoal (infungibilidade natural) ou por convenção das partes (infungibilidade convencional).⁶⁸³

A prestação pode consistir não propriamente na atividade que o devedor desenvolve, mas no resultado dessa atividade. A grande maioria das prestações reveste valor patrimonial, contudo a obrigação pode ter objeto situações não patrimoniais que correspondam a interesses do credor e mereçam tutela jurídica, como a publicação de um pedido de desculpa por violação da intimidade. Já o cumprimento de deveres religiosos ou de moral interna e situações de mera cortesia não se constituem em prestações. Por outro lado, enquanto o objeto imediato é o conteúdo do vínculo, o crédito e o débito, o objeto mediato é a prestação, o comportamento devido pelo devedor, a conduta a que o devedor se encontra adstrito no interesse do credor, e o cumprimento da obrigação é a realização da prestação.

Aqueles que envolvem as obrigações processuais de comportamento nos negócios processuais socorrem-se, invariavelmente, dos deveres de fazer e de não fazer, que também são recorrentes no direito processual. Talvez pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro preocupar-se com o julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, a partir do artigo 497, e do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa, a partir do artigo 536, ambos do Código de Processo Civil, Antonio do Passo Cabral, quando trata do *pactum de non petendo*, destaca que esse negócio processual gera uma obrigação de *não agir*, isto é, uma prestação de *não fazer* consistente em abster-se de ajuizar uma demanda judicial.⁶⁸⁴

Esse, pode-se dizer, é o panorama comum, no que toca aos deveres de prestar nas obrigações em geral, e a influência que a prestação teve na conformação do objeto dos

⁶⁸³ Por todos, GOMES, Orlando. *Obrigações*, 17.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 47-52.

⁶⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo*. A promessa de não processar no direito brasileiro, In *Revista de Processo*, vol. 45, n.º 305, jul. 2020, p. 25.

negócios processuais. Ocorre que, quando for verificado o inadimplemento duma prestação de dar, de fazer ou de não fazer, o credor, invariavelmente, precisa da cooperação do devedor para fazer cessar a situação de desconformidade que causou o incumprimento. Essa cooperação das partes – credor e devedor – não está presente nas convenções processuais sobre a prova. Em geral, os negócios processuais, como os demais atos do processo civil, são marcados pela existência de interesses divergentes entre as partes. As partes da relação processual não colaboram entre si, sendo essa colaboração entre as partes considerada pela doutrina algo como uma imposição no mínimo contraintuitiva.⁶⁸⁵

Alguns fundamentam a ideia de cooperação processual com base no princípio da boa-fé objetiva.⁶⁸⁶ Antonio do Passo Cabral, por exemplo, sustenta que ao celebrarem um negócio jurídico processual, as partes devem agir de acordo com os princípios da boa-fé e da cooperação.⁶⁸⁷ Muito embora os deveres cooperativos no plano do direito obrigacional decorram da boa-fé objetiva, não seria possível fundamentar a cooperação processual com base na boa-fé, simplesmente pelo fato de que, em processo civil, as partes não cooperam entre si. Se os deveres de prestar, no plano obrigacional, pressupõem que as partes colaborem entre si, o mesmo não pode ser dito no plano processual. E se no âmbito do processo as partes não cooperam entre si, muito provavelmente não se poderá falar em deveres de prestar. Mas isso não significa que, em processo civil, as partes não tenham de agir de boa-fé. Uma coisa não exclui a outra. Como é sabido, aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Age de boa-fé, por exemplo, aquela parte que, quando convidada pelo juiz a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito que se afigurem pertinentes, compareça e preste os esclarecimentos que lhes forem pedidos, de acordo com o artigo 7.º do Código de Processo Civil.

⁶⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Do modelo ao princípio*, 4.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 107-108.

⁶⁸⁶ Por todos, DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Coimbra editora, 2011, p.

⁶⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 363.

Em realidade, a colaboração que existe no processo civil é aquela colaboração que ocorre do juiz para com as partes e jamais das partes entre si.⁶⁸⁸ Nos negócios processuais sobre a prova, tendo em vista que poderão incidir no procedimento judicial ou recair sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes, o fenômeno acaba por ser o mesmo. Se a prestação, que é o objeto das obrigações em geral, pressupõe uma conduta cooperante das partes, ela não existe nos negócios processuais probatórios. Mas isso também não significa que não haverá colaboração nos negócios processuais. É certo, não haverá colaboração entre as partes, mas haverá colaboração do juiz para com as partes. Por outro lado, quando a lei exige que as partes devem agir de boa-fé “presente-se, de imediato, que as partes devem agir de boa-fé uma perante a outra ou, dito de outro modo, no confronto de uma com a outra.”⁶⁸⁹

De acordo com Daniel Mitidiero, a ideia restrita da colaboração processual como uma norma que produz deveres apenas para o juiz está centrada na proteção da liberdade do indivíduo e deriva da necessidade de reconhecer os negócios processuais como espaço de estratégia processual das partes⁶⁹⁰ e não como um fundamento, propriamente dito, dos negócios processuais. Mais uma vez, é essencial notar que as partes não colaboram entre si e daí decorre a ideia de limitar a colaboração como dever apenas do juiz para com as partes, não reconhecendo as partes como destinatárias da colaboração entre si mediante negócios processuais.⁶⁹¹

Na perspectiva das convenções probatórias, verifica-se que as partes possuem atribuições que devem ser satisfeitas perante o terceiro-juiz e não entre elas. Daí necessidade de haver a diferenciação entre a colaboração do direito obrigacional e a colaboração circundando os negócios processuais. Os negócios processuais não decorrem da colaboração. Em negócios processuais sobre a prova, não é correta a ideia de que “a

⁶⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Do modelo ao princípio*, 4.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 107-108.

⁶⁸⁹ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 159.

⁶⁹⁰ ABREU, Rafael. *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 13-23.

⁶⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Do modelo ao princípio*, 4.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 51-52.

colaboração cria um círculo virtuoso de cooperação espontânea que favorece interações negociadas como aquelas das convenções processuais.”⁶⁹²

Apesar de ser certo que os acordos processuais estão em harmonia com os princípios do contraditório e da colaboração, cumpre referir que a colaboração nas obrigações em geral estabelece uma relação de cooperação entre as partes do negócio, consubstanciada na prestação, enquanto que a colaboração no âmbito processual estabelece uma relação de cooperação entre o terceiro-juiz e as partes consubstanciada na satisfação das atribuições. A cooperação processual serve para flexibilização negocial das formas processuais. No mais, não se espera nenhuma conduta processual cooperante das partes do negócio processual entre si, muito menos consubstanciada numa prestação.

Como já adiantado, recentemente, Paula Costa e Silva colocou em discussão essas ideias, indagando se, de fato, os negócios processuais titulam deveres de comportamento ou deveres de prestação. Tão feliz como foi ao questionar o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do ato postulativo, quando já reconhecia que os deveres processuais, como por exemplo os deveres de boa-fé, não impendem sobre a parte porque decorrentes de um ato de autonomia, mas na medida em que a lei assim o declara heteronomamente, bem como não permitem esses deveres processuais identificar como posição relativa um direito a uma prestação⁶⁹³, a autora causa agora uma reviravolta no entendimento sobre o dogma dos efeitos do incumprimento dos negócios processuais quando afirma que, sendo as situações dispostas nesses negócios meras atribuições e não deveres de prestar, estar-se-ia diante de atribuições de outra natureza, o que não impede a possível presença dos problemas que classicamente atingem os negócios jurídicos não processuais. A autora, sem perder de vista que o processo é ato

⁶⁹² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 217.

⁶⁹³ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 165. Embora não fossem diretamente relevantes para a tese desenvolvida, a autora já reconhecia um conjunto importante de regras potencialmente aplicáveis aos negócios processuais referentes ao “cumprimento das obrigações derivadas de contratos adjectivos, quer estes se destinem a criar faculdades processuais, quer se destinem a suprimi-las”, e conclui que “a parte apenas pode ser forçada ao cumprimento do acordado através de meios intraprocessuais e não de uma decisão condenatória obtida em processo paralelo.” A obra fundamental da autora, de grande influência nas linhas gerais do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, foi considerada pela doutrina brasileira como a origem da regra do artigo 322, § 2.^o, ao prever que o pedido deve ser interpretado considerando o conjunto da postulação e de acordo com o princípio da boa-fé. DIDIER JR., Fredie. *Posfácio*, In COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 599.

complexo⁶⁹⁴, integrado por atos de persuasão, esclarece por que não pode a lógica dos deveres de prestar, primariamente protegidos por ações de cumprimento, proteger a parte fiel do negócio processual. Explica, igualmente, que seria inadequado atribuir à parte fiel “uma posição creditícia que tivesse como conteúdo o direito a uma prestação da sua contraparte”.⁶⁹⁵

Isso parece evidente em se tratando de prestações positivas, mas, em se tratando de prestações de fato negativo, sejam obrigações de não fazer ou obrigações de suportar ou tolerar, apesar da ténue fronteira com as atribuições processuais fundadas em negócio processual, há uma diferença, pois nesses casos “a parte não quer que a situação jurídica processual seja, sequer, exercida e, como tal, não quer que o ato processual que traduz o exercício de tal situação seja admitido.”⁶⁹⁶ Na renúncia a certos meios de prova, por exemplo, a parte não quer que o ato integre o processo por traduzir o exercício inadmissível de uma concreta situação jurídica processual. Se a parte fiel não se defende requerendo a condenação da sua contraparte a retirar o ato porque a parte não precisa da conduta cooperante da sua contraparte para fazer cessar a situação de desconformidade, sendo o seu interesse o de que não seja exercida certa situação jurídica processual, ocorrendo o inverso, a parte simplesmente irá requerer ao tribunal que profira uma decisão de inadmissibilidade, mediante a invocação atempada de uma exceção processual.

Logo, ainda que seja dominante o entendimento de que as convenções probatórias compreendem necessariamente obrigações de fazer ou não fazer, resulta do exposto que essas obrigações não correspondem a uma prestação. Não existe nenhuma conduta cooperante das partes para que seja necessária a realização do negócio processual.

⁶⁹⁴ Alberto dos Reis já afirmava que “(...) a relação processual é uma relação jurídica complexa: a) Em primeiro lugar, porque é formada internamente por duas relações que se desenvolvem paralelamente – a relação jurídica de *acção* e a relação jurídica de *contradição*, a primeira entre o autor e os órgão jurisdicionais, a segunda entre o réu e os mesmos órgão; b) Em segundo lugar, porque cada uma destas relações se desdobra numa série de direitos e de deveres correspondentes, desde o pedido ou da contestação até às alegações finais.” REIS, José Alberto dos. *Processo ordinário e sumário*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1928, pp. 153-154.

⁶⁹⁵ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 143.

⁶⁹⁶ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 143-144.

Pedro Múrias faz a distinção, nas atribuições que não sejam obrigações, entre a descrição do “acontecimento satisfatório”, ou mesmo “descrição atributiva”, algo que corresponde à “prestação”, e a “satisfação”, que corresponde ao “cumprimento” e implica a ‘imputação’ ao atribuinte. O autor considera que “o acontecimento descrito na atribuição será satisfatório se imputável ao atribuinte. Na exposição tradicional do conceito de obrigação, este aspecto é obscurecido, pois a posição do atribuinte, o devedor, é apropriadamente identificada pela titularidade de um dever, dispensando-se acrescentos.”⁶⁹⁷ Nas atribuições, o atribuinte tem uma posição passiva, potencialmente geradora de deveres, sujeições e perdas de direitos. A ideia, portanto, é “identificar o atribuinte como a pessoa a quem tem de ser imputado o acontecimento atributivo, sob pena do desvalor da não satisfação (...)”.⁶⁹⁸ A imputação a que se referem as atribuições, grosso modo, são os casos em que “o devedor de uma obrigação, *pessoal e intencionalmente, causa* ou tenta causar o resultado definidor da prestação, conforme devido.”⁶⁹⁹

Assim, não é conveniente, no âmbito dos negócios processuais sobre a prova, falar em prestação ou obrigação, pela ausência de critérios rigorosos em qualificar aquilo que se sucede na execução dos negócios como sendo um dever de prestar. Nas convenções sobre a alteração da distribuição do ônus da prova, o comportamento das partes, durante a instrução, não se equipara a um dever de prestar. Essas situações se aproximam mais do conceito de atribuição. Nelas, o que poderá corresponder à prestação é a descrição do acontecimento satisfatório, e o que se aproximará do cumprimento é a satisfação da atribuição.

Dito de outro modo, nos contratos sobre a alteração da distribuição do ônus da prova, o objeto do contrato não é a prestação de dar, fazer ou não fazer. Nesses contratos, as partes convencionam desde logo que, caso venha a ocorrer qualquer litígio relativo ao negócio substancial, a prova de determinado fato deva ser produzida por este ou aquele

⁶⁹⁷ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 836.

⁶⁹⁸ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 836.

⁶⁹⁹ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 837. O autor considera as obrigações como “atribuições modelares”, em que “o acontecimento atributivo é a realização da prestação ou o resultado definidor da prestação, conforme os casos.”

contratante. Da mesma forma, se já existe o conflito, ou mesmo se ele já foi levado ao judiciário ou ao árbitro, podem as partes estabelecer, de comum acordo, que determinado fato deva ser provado por essa ou aquela parte. Mas o objeto desses contratos, estabelecer que determinado fato seja provado por essa ou aquela parte, não se constitui numa prestação. Aliás, a parte sequer deseja que o seu adversário produza a prova que lhe competia, por mais contraintuitivo que isso possa parecer.⁷⁰⁰

Nos contratos sobre os temas da prova também não haverá deveres de prestar quando, de comum acordo, as partes decidem que alguns fatos não carecem de prova. Nos contratos sobre os graus da prova, em que são estipuladas as medidas da prova, não haverá de se falar em deveres de prestar entre as partes. Nos contratos sobre a apreciação da prova, em que as partes decidem graduar ou desgraduar meios de prova, estipulando acerca do valor probatório deles, desaparecem os deveres de prestar.

Igualmente, nos contratos sobre os meios de prova, não há prestação quando as partes lhes restringem a admissibilidade. Contudo, isso não significa que os contratos sobre os meios de prova sejam suscetíveis de incumprimento. Muito pelo contrário. A parte pode violar o contrato que excluiu a admissibilidade de alguns meios de prova, mesmo sem haver deveres ou obrigações de prestar. Para isso, basta produzir ou apresentar a prova que foi excluída nos termos do contrato. Daí a confirmação, de que pode haver o incumprimento dos contratos probatórios, mesmo que o objeto desses pactos não seja a prestação.

A doutrina processual, com exceção de Paula Costa e Silva, nunca atentou para o problema dessa forma. Fredie Didier Jr., por exemplo, quando trata do inadimplemento e ônus da alegação dos negócios processuais, traz a noção geral do inadimplemento da prestação de um negócio processual celebrado pelas partes.⁷⁰¹ Para o autor, talvez em função da regra do artigo 762.º, n.º 1, do Código Civil, o negócio processual tem como objeto a prestação e o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. Essa ideia não obsta a solução dos problemas relativos ao incumprimento

⁷⁰⁰ Aqui, pode ser traçado um paralelo com o mercado de ações, que também é contraintuitivo, aquilo que Benjamin Graham chama de “jogo magistral de comprar na baixa e vender na alta.” GRAHAM, *Benjamin, The intelligent investor, the definitive book on value investing*, reimp. da 4.ª ed., Harperbusiness, 2006, p. 200.

⁷⁰¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 22.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2020, p. 499.

desses negócios, mas a questão parece ser melhor solucionada a partir do conceito de atribuição para o direito do não cumprimento.

Até porque não parece razoável sustentar, em sede de negócios processuais, o conceito amplamente admitido no âmbito das obrigações em geral, no sentido de que “o crédito atribuí ao credor o direito à prestação e faz o devedor “devê-la”. A pretensão consiste em poder exigir a prestação. Se o devedor ainda não prestou, tem o credor a pretensão, pretensão que, de regra, pode ser exercida com a tutela jurídica estatal.”⁷⁰² Ora, no contrato que altera a distribuição do ônus da prova, se qualquer das partes, durante o processo, judicial ou arbitral, não “prestou” – no sentido de que não produziu a prova que lhe tocava, não tem a outra parte pretensão a ser exercida contra o seu adversário, muito menos pretensão à tutela jurídica estatal.

Logo, a solução deve ser buscada nos domínios da atribuição jurídica.⁷⁰³

A atribuição é definida por Pedro Múrias como “uma norma válida que, dadas duas pessoas, qualifica como satisfatório para uma delas o acontecimento que preencha certa descrição sendo imputável à outra, e como não satisfatória a sua ausência”⁷⁰⁴ em que “a satisfação das atribuições é um conceito indicativo de valor jurídico — a não satisfação, de desvalor — e equivale ao cumprimento das obrigações, mas abrangendo um conjunto mais vasto de figuras, porque as obrigações são um subconjunto das atribuições.”⁷⁰⁵ São situações em que ocorre o inadimplemento do contrato sem a violação de uma obrigação.

O direito do incumprimento das atribuições é mais amplo do que o direito do inadimplemento das obrigações e a prestação não se insere no conceito de atribuição, embora esteja inserida no conceito de obrigação, assim como o cumprimento ou o incumprimento dos deveres, que não se inserem no conceito de atribuição, encontram correspondência na satisfação ou na não satisfação da atribuição. Isso parece mais evidente quando se analisa o conceito de não cumprimento da obrigação, a significar “que

⁷⁰² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXII, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 17.

⁷⁰³ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 122.

⁷⁰⁴ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.^o/IV, 2008, p. 798.

⁷⁰⁵ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.^o/IV, 2008, p. 798.

a prestação devida não foi realizada – nem pelo devedor, nem por terceiro –, e que, além disso, a obrigação se não extinguiu por nenhuma das outras causas de satisfação além do cumprimento.”⁷⁰⁶ Ora, o fato de o terceiro não ter legitimação para o cumprimento dos negócios processuais sobre a prova, exceto nas situações de sucessão processual, é indicação de que o conceito mais adequado é o da não satisfação das atribuições – proposta de Pedro Múrias – com o afastamento da ideia de não cumprimento, corrente no direito das obrigações em geral. Enquanto a satisfação é um valor jurídico, a não satisfação é um desvalor.

Daí pode ser extraído outro argumento no sentido de que o objeto do negócio processual não é a prestação. Se o cumprimento da prestação é o comportamento voluntário do devedor, ou de terceiro que, por ato do devedor, realiza a prestação devida com intuito liberatório do devedor, dirigido à satisfação do interesse do credor, qualquer terceiro, juridicamente desinteressado, poderia, em tese, cumprir os negócios processuais. Dito de outro modo, o cumprimento dos negócios processuais poderia ser realizado por terceiros, que não fossem as partes que celebraram o negócio. Entretanto, via de regra, os negócios processuais não podem ser cumpridos por terceiros, salvo nas situações que envolverem a substituição das partes, quer por sucessão, quer por ato entre vivos.

Portanto, os terceiros não detêm legitimação para cumprir os negócios processuais, apesar de um terceiro poder, legitimamente, impedir os efeitos da desconformidade entre a conduta assumida no negócio processual e a conduta adotada em processo arbitral ou estatal. Esse terceiro, titular do poder para obstar os efeitos nefastos da conduta desconforme aos negócios processuais, é o órgão decisor. Aqui ressaí outra diferença dos negócios obrigacionais, já que nestes, em sistemas que sobressai o *pacta sunt servanda*, como o brasileiro, apenas um poder de ingerência de terceiro, não concedido pelas partes ao tribunal, poderia repor a justiça contratual, o que choca frontalmente com o postulado de que o contrato é apenas assunto das partes.⁷⁰⁷

⁷⁰⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 1992, pp. 59-60.

⁷⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 42.

Aliás, também, de modo curioso, num negócio processual, o interesse da parte pode ser satisfeito, apesar do desacordo entre a conduta adotada pelo obrigado e a conduta devida. Imagine-se o contrato que altera a distribuição do ônus da prova, em que a parte onerada pela convenção probatória não produziu prova alguma. O interesse da parte é satisfeito, apesar da “desconformidade” entre a conduta devida e a conduta adotada pela contraparte que não produziu a prova. Isso jamais acontece nos negócios não processuais, em que releva o critério da utilidade da prestação para o credor em sede de inadimplemento da prestação, a exemplo do parágrafo único do artigo 395 do Código Civil Brasileiro, ao permitir que o credor possa recusar a prestação, devido à mora, se ela se tornar inútil a ele, exigindo a satisfação das perdas e danos.

Perante os negócios processuais e com vista a aplicar as regras do não cumprimento, é natural que a escassa doutrina que tratou do tema, a exemplo de Antonio do Passo Cabral⁷⁰⁸ e Fredie Didier⁷⁰⁹, seja tentada a idealizar a presença de obrigações e prestações – deveres ou obrigações de prestar. Em realidade, quem verificou, de modo pioneiro, que as situações que envolvem a confissão e as convenções sobre o ônus da prova não se referem a obrigações e prestações e deu isso como certo foi Pedro Múrias.⁷¹⁰ O autor foi seguido de Paula Costa e Silva, que concluiu não resultarem deveres de prestação dos negócios processuais, passando a trabalhar com atribuições estritamente jurídicas para a parte que deles é beneficiária.⁷¹¹

Pedro Múrias, acertadamente, conclui que quando há afirmação de fatos, que decorre na confissão, dá-se um “efeito jurídico probatório complexo, que pode ser sintetizado, algo metaforicamente, como «ficar comprometido» com a verdade do afirmado”.⁷¹² A confissão, como negócio unilateral de provas, está sujeita ao incumprimento, conforme destacado pelo autor: “Tomemos o caso menos provável: perturbações de uma confissão. É perturbação directa toda a perda de valor probatório da confissão. Surge causada pelo confitente que torne notório o facto contrário (...), induza

⁷⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 272 ss.

⁷⁰⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 22.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2020, p. 499.

⁷¹⁰ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.^o/IV, 2008, p. 810.

⁷¹¹ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 142.

⁷¹² MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.^o/IV, 2008, p. 810.

a contraparte a confessar esse facto contrário, destrua o documento de que conste a confissão, etc. E pode surgir devido à contraparte, em circunstâncias análogas. Em qualquer caso, pode haver culpa ou não.”⁷¹³

Portanto, nos contratos probatórios parece absolutamente correta a ideia de que os “não cumprimentos não o são, porque não há obrigações para cumprir ou deixar de cumprir”.⁷¹⁴ Era necessário um conceito que substituísse nas convenções probatórias a obrigação, sendo temerário redefinir a obrigação, ampliando o seu sentido, pois o direito da obrigação, na sua maior parte, visa às obrigações em sentido próprio. Em vez disso, recorre-se a um novo termo, e o termo utilizável foi o da atribuição e os não cumprimentos passam a ser as não satisfações.

Aliás, a ideia de que sejam contratualmente qualificadas como atribuições vantagens que não se traduzam em situações jurídicas ou efeitos jurídicos, que já existe no âmbito dos contratos de mútuo, não é estranha ao ordenamento como um todo.⁷¹⁵

1.1.2 A qualificação dos figurantes das convenções probatórias como sendo o credor e o devedor

Os sujeitos da obrigação são as pessoas entre as quais se estabelece a relação obrigacional, o sujeito ativo e o sujeito passivo, o primeiro, chamado de credor, e o segundo, de devedor. Credor, por sua vez, é aquele no interesse do qual deve ser efetuada a prestação e que pode exigir o seu cumprimento. Devedor, sobre quem recai o dever de realizar a prestação.⁷¹⁶

⁷¹³ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 810.

⁷¹⁴ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 802.

⁷¹⁵ BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 124-134 e 133. De acordo com o autor, a “disponibilização do capital pelo mutuante é a contra-atribuição do pagamento de juros pelo mutuário, no mútuo oneroso. Entre estas atribuições existe uma relação de sinalagmaticidade, no sentido amplo cuja utilidade foi atrás defendida: o mutuante disponibiliza o capital *se* o mutuário se obrigar a pagar juros e *para que* o mutuário pague esses juros, enquanto o mutuário se obriga a pagar juros apenas *se* o mutuante lhe disponibilizar o capital e *para que* o mutuante lhe disponibilize o capital.”

⁷¹⁶ Por todos, TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 1973, p. 34.

De acordo com Pontes de Miranda, não há credor sem alguém que deva e não há devedor sem alguém a quem se deva. O autor sublinha que o credor não é vinculado à obrigação e apenas está na relação jurídica como sujeito ativo. Para o autor, vinculado à obrigação é o devedor, mas em todo caso pode dar-se que terceiro tenha interesse em que o credor exerça atos de salvaguarda do direito, da pretensão ou da ação que lhe cabe.⁷¹⁷

Contudo, quer parecer que a pretensão de que a relação jurídica pressupõe um polo ativo e um polo passivo seja falsa pois o que se encontra, normalmente, dentro da relação como figura complexa é um equilíbrio de posições, em que os vários sujeitos são simultaneamente ativos e passivos.⁷¹⁸ Assim, quando houver o incumprimento da prestação, sempre que se referirem às pessoas do devedor ou do credor deverá pensar-se que estes se encontram numa relação complexa, em que cada um é simultaneamente credor e devedor. A perturbação de um dos vínculos, havendo sinalagma, dificilmente poderá deixar o outro incólume.⁷¹⁹

Por outro lado, quando se analisam os negócios processuais, não há uma relação de cooperação entre os dois sujeitos sem a qual não é suscetível de satisfação o interesse de uma delas, o credor da prestação.⁷²⁰ Ora, em não havendo as posições de credor e de devedor, não significa que não existam os titulares das situações jurídicas processuais oriundas daqueles negócios. Não havendo as posições de credor e devedor, surgem as posições do titular da atribuição, que ocupa uma posição de poder e não é necessariamente o beneficiário da atribuição, e do atribuinte, do qual depende a satisfação da atribuição. A satisfação da atribuição depende de o acontecimento descrito na atribuição ocorrer de modo imputável ao atribuinte. Entretanto, não há necessidade de haver sempre um atribuinte, alguém em posição de desvantagem, e um titular da atribuição, alguém em posição de vantagem.

⁷¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXII, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 16.

⁷¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 49-51.

⁷¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 247.

⁷²⁰ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 142.

Logo, as posições de credor e devedor também não estão presentes no conceito de atribuição. Com maior razão nos negócios processuais sobre a prova, em que, não havendo prestação, as partes, após a conclusão do negócio, não assumem as posições de credor e devedor. As posições de credor e devedor pressupõem a existência de uma prestação. Insistir na ideia de que existem prestações nos negócios processuais é afirmar que, nesses negócios, existem as posições de credor e devedor, o que também não parece ser correto.

Enfim, a prestação tem aptidão para integrar a atividade do devedor, ressaltando o comportamento do devedor conforme o dever – e poderia ser entendida como a ação de prestar –, mas também o resultado para o credor – com ênfase recaindo no resultado da prestação, algo totalmente ausente nos negócios processuais. A dualidade do conceito de prestação, como ação de prestar, residindo no comportamento do devedor, ou como a realização do interesse do credor à prestação, com a ênfase recaindo no resultado da prestação, resultou numa aceção restrita, consubstanciada na ação do devedor, e numa aceção alargada, consubstanciada no resultado útil ao credor.⁷²¹

Aliás, nas atribuições decorrentes de negócios processuais sobre a prova, não está em jogo aquilo que é o fim da obrigação, consubstanciado no interesse do credor. Nas obrigações em geral, a prestação, a que se encontra adstrito o devedor, destina-se a satisfazer os interesse do credor, de conteúdo econômico ou não. O interesse do credor, representando o fim da obrigação, desempenha papel fundamental e tem como principal manifestação a satisfação, que se dá, normalmente, através da realização da prestação pelo devedor, que também pode ser realizada por terceiro.⁷²²

Assim, é possível afirmar, sem medo de errar, e as situações concretas comprovaram o acerto, que em todos os contratos probatórios as partes estipulam que será satisfatório para o titular da atribuição um acontecimento que preencha certa

⁷²¹ Nesse sentido, PEREIRA, Maria de Lurdes. *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 11; PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 329 ss.

⁷²² TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, 1973, p. 12.

descrição e seja imputável ao atribuinte, e não satisfatória a sua ausência, convocando ambas as qualificações a aplicação do direito.⁷²³

1.2 Estrutura atributiva das convenções probatórias

A atribuição que aqui se refere, a que alude Pedro Múrias, já aparece em, pelo menos, duas áreas do direito civil, a saber, no direito do enriquecimento sem causa e na distinção entre onerosidade e gratuidade.⁷²⁴ Não se trata dessas atribuições, apesar de haver uma relação com elas, não lhes corresponderá, pois, segundo o autor, a atribuição jurídica é considerada uma entidade abstrata colocada no plano dos efeitos jurídicos ou do conteúdo do contrato, e não no plano dos fatos, como no enriquecimento sem causa ou no plano das ações, a que se refere a distinção entre onerosidade e gratuidade.⁷²⁵ Cuidase, portanto, de algo que repercute no âmbito dos efeitos jurídicos ou no espaço do conteúdo dos negócios processuais.

Pedro Múrias generaliza o conceito de obrigação, não o de prestação.⁷²⁶ Esse ponto parece fundamental, já que não se trata de generalização do conceito de prestação. Não há que se falar em prestação em negócios processuais probatórios e, como já foi demonstrado, isso acarreta consequências, até então, impensáveis, nos efeitos do incumprimento desses pactos, como, por exemplo, a inviabilidade da ação de cumprimento. O autor afirma que “uma atribuição pode ser uma situação jurídica, a inexistência de uma situação jurídica, um efeito jurídico, um não-efeito jurídico, uma possibilidade de efeitos jurídicos, um efeito jurídico meramente possível e até um efeito

⁷²³ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p.803.

⁷²⁴ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 803-804. Sobre o conceito de atribuição no direito do enriquecimento sem causa, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *O enriquecimento sem causa no direito civil. Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*, Coimbra, Almedina, 2005. Sobre o conceito de atribuição na distinção entre gratuidade e onerosidade, VARELA, João de Matos Antunes. *Ensaio sobre o conceito de modo*, Atlântida, 1955, pp. 140-142.

⁷²⁵ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 804.

⁷²⁶ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 804.

institucional mas não jurídico”⁷²⁷ e de tudo o que se aludiu até agora uma coisa, pelo menos, parece certa e comprovada. Nos contratos probatórios não há obrigação composta pelo débito do devedor, uma situação jurídica desvantajosa, e pelo crédito do credor, uma situação jurídica vantajosa. Como decorrência, o objeto das obrigações é uma prestação, embora não o seja nas convenções probatórias.

Daí pode ser compreendida, com mais facilidade, a aproximação dos negócios processuais da atribuição, que relaciona duas pessoas e tem uma direção. Os negócios processuais probatórios, em vez de conectarem credor e devedor, numa relação de crédito e débito, própria das obrigações em geral, implicam atribuições recíprocas, sendo que a atribuição pode ter um lado mau ou desvantajoso para uma das partes e um lado bom ou vantajoso para a outra. Aliás, Pedro Múrias chama aquele que é detentor do lado desvantajoso da atribuição de atribuinte e a outra parte de titular da atribuição, o detentor do lado vantajoso.⁷²⁸

Uma norma válida, por exemplo, pode ser aquela que, nas condições gerais de venda *online*, estabelece que os registos informatizados, conservados nos sistemas informáticos da vendedora em condições razoáveis de segurança fazem prova das comunicações, das encomendas e dos pagamentos efetuados entre as partes. Esse exemplo constitui uma situação jurídica. Se algo correr mal e forem, por qualquer motivo, apagados ou *hackeados* os registos existentes nos servidores da vendedora, referentes aos negócios efetuados entre as partes, não será satisfatório o acontecimento futuro, e a não disponibilização do acesso a esses documentos digitais num processo judicial ou arbitral pode caracterizar uma modalidade de incumprimento da cláusula compromissória sobre a prova relativa às vendas realizadas *online*. Em princípio, o incumprimento pode ser equiparado à impossibilidade superveniente no cumprimento de uma obrigação em geral e deve ser solucionado à luz dos efeitos e dos meios de reação do incumprimento colocados à disposição da parte inocente.

Aos conceitos jurídicos de cumprimento e não cumprimento das obrigações a doutrina civilista associou regimes desenvolvidos. O pressuposto da tese de Pedro Múrias,

⁷²⁷ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 811.

⁷²⁸ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 814-815.

referente à atribuição, “é que uma parte, aliás significativa, do direito do cumprimento e do não cumprimento vale para a satisfação ou não satisfação de atribuições distintas das obrigações. Justamente, o que faz um conteúdo contratual válido ser uma atribuição é qualificar um acontecimento, e a sua falta, com um conceito que fundamenta a aplicação dessa parte do direito do cumprimento e não cumprimento.”⁷²⁹

Logo, se tudo correr bem na venda *online*, haverá satisfação da atribuição referente ao contrato probatório. O conceito de satisfação generaliza para todas as atribuições o conceito de cumprimento, próprio das obrigações. Pedro Múrias considera satisfação e não satisfação palavras de síntese, palavras que condensam regimes jurídicos. A satisfação é a ocorrência de um de vários possíveis acontecimentos distintos, que desencadeará vários e diversificados efeitos jurídicos. O mesmo vale para a não satisfação, exceto quanto a que são outros e opostos os fatos e os efeitos em causa.⁷³⁰

Pedro Múrias ainda trabalha com uma diferenciação que não pode deixar de ser relevada para os propósitos do presente trabalho. Com efeito, a distinção que o autor faz entre titular e beneficiário da atribuição, talvez seja aquilo que mais aproxima as convenções probatórias da atribuição jurídica. Mais uma vez, quando trata do conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, ele propugna que “a norma atributiva qualifica como satisfatório para uma pessoa o acontecimento que preencha certa descrição, se imputável a outra pessoa.”⁷³¹

Quando o autor diz “satisfatório para uma pessoa”, escolhe palavras que “se destinam *apenas* a identificar o titular da atribuição. A posição do titular é, muito vagamente, uma posição de poder, a «posição vantajosa» na atribuição, que consiste sobretudo na liberdade de usar ou não os meios jurídicos destinados a lidar com a não satisfação.”⁷³² Agora, em vista de leis que deixem certa margem de amplitude à autonomia privada, como parece ser o caso das disposições relativas aos contratos probatórios, como

⁷²⁹ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 822.

⁷³⁰ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 823.

⁷³¹ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 833.

⁷³² MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 833.

o artigo 190 do Código de Processo Civil Brasileiro, não se deve confundir “o titular com o beneficiário da atribuição, que não tem sequer de existir e que, em qualquer caso, não se confunde com o titular.”⁷³³

Aqui, se alguma dúvida, ainda havia, com relação à semelhança entre os negócios processuais e a atribuição, ela não existe mais, diante dessa constatação. O titular da atribuição não se confunde com o beneficiário da atribuição. Mais ainda, não se pode dizer que todas as atribuições “visem a «satisfação de um interesse» de alguém, o «beneficiário». A palavra «interesse» sugere uma efectiva utilidade, e as atribuições podem visar o que uma pessoa quer ou quis contra os seus interesses, quando se originam num contrato, sendo inclusive alheias aos desejos do titular nas fontes não voluntárias. Uma atribuição contratual pode, p. ex., permitir apenas que alguém fume um cigarro, o que nem sempre é do interesse do fumador.”⁷³⁴

O cumprimento dos contratos probatórios é algo que os contratantes querem, embora, no fundo, isso seja contra o interesse de ambos. Nos contratos que excluem a prova testemunhal, ambos os contratantes querem produzir provas por outros meios, embora a apresentação ou a produção dessas provas possa ser contrária ao interesse da contraparte, já que pode acarretar a perda da ação. Nos contratos que alteram a distribuição do ônus da prova, o comprador e o vendedor podem convencionar que a prova da ausência de defeito da coisa vendida deva ser realizada pelo vendedor. Nesse caso, o comprador não quer produzir a prova da ausência do defeito da coisa vendida. O comprador quer que a ausência de defeito da coisa vendida seja provada pelo vendedor, embora a apresentação ou a produção dessa prova seja contra o interesse do comprador, que poderá perder a ação. No contrato sobre os temas da prova, se ambos os contratantes desejam que o fato *x* seja incontroverso, ele não dependerá da apresentação ou da produção de provas, embora sua existência seja contra o interesse de uma das partes. Portanto, na linha da proposta de Pedro Múrias, parece inaceitável definir o negócio processual por meio do conceito de interesse. Pela mesma razão, não há motivo sequer para dizer que a convenção probatória identifica certo acontecimento como um *bem* para

⁷³³ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, pp. 832-833.

⁷³⁴ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 833.

o titular. Algo similar, no campo das obrigações, seriam os casos conhecidos como os contratos com prestações no interesse de ambas as partes, de que é exemplo o mandato.

O que se denota, na resolução de problemas que envolvem o incumprimento dos negócios probatórios, é que a parte fiel não deseja no fundo que a sua contraparte pratique um ato conforme à *obrigação* negocialmente assumida. Em relação ao oponente, a parte prefere que seu adversário não atue e deseja que o ato processual não seja realizado e cada parte é movida apenas por seu próprio interesse em agir, porque se permanecer inerte, haverá o risco de perda da ação.⁷³⁵ Por exemplo, se a atribuição fosse a apresentação de documentos, muito provavelmente, o cumprimento diminuiria a chance de a contraparte ganhar a causa. Caso não houvesse a juntada de documentos, o manejo da ação de cumprimento pela parte fiel pioraria a situação do titular da convenção probatória. Não haveria qualquer interesse no exercício da ação de cumprimento, pois os documentos, em princípio, beneficiariam a parte que deixou de apresentá-los.

1.3 Processo como ato complexo e negócios processuais sobre a prova

No domínio dos negócios jurídicos, a noção usual acerca do vínculo obrigacional, que advém do direito romano, é a da obrigação em sentido estrito, cuja relação jurídica entre credor e devedor é integrada apenas por um dever de prestar e pelo correlativo poder de exigir o cumprimento da prestação.⁷³⁶ A obrigação, nesse sentir, é tão somente um vínculo jurídico estático e caracteriza a chamada relação obrigacional simples. A relação obrigacional simples é visualizada por seus elementos estruturantes principais, que são o crédito e o débito, contrapondo-se ao dever de prestar do devedor o direito de exigir a prestação por parte do credor. Contudo, tal concepção, embora não se trate de algo equivocado, parece insuficiente para dar conta de algumas manifestações do fenômeno obrigacional e também exígua para captar todos os vínculos emergentes de um contrato na sua unidade e funcionalidade.

⁷³⁵ ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.^a ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 13.

⁷³⁶ Por todos, KASER, Max. *Das römische Privatrecht*, München, C. H. Beck, 1971, p. 227.

A doutrina menciona apenas o crédito e o débito, que constituem a estrutura básica da relação, ligando os seus dois polos subjetivos, o credor e o devedor. O chamado aspecto externo, que é definido pelos elementos da relação, os sujeitos, o objeto e o vínculo de sujeição que liga o devedor ao credor e o crédito à dívida. A análise externa do vínculo obrigacional, todavia, é insuficiente, porquanto nada diz sobre a estrutura dos múltiplos deveres, estados, situações e poderes que decorrem do mencionado vínculo, o que a doutrina denomina de aspecto interno, vale dizer, o que se volta ao exame do complexo dinâmico de deveres, poderes, ônus e faculdades estabelecidas pela lei, pelas partes ou decorrentes da conduta concreta das partes no dinâmico processo de desenvolvimento da relação obrigacional.⁷³⁷

De acordo com essa ideia, a análise externa do vínculo obrigacional é insuficiente para justificar o complexo dinâmico de poderes, deveres, ônus e faculdades, tanto na perspectiva do vínculo material como na hipótese de as partes firmarem uma convenção de natureza processual. Tanto nos negócios de direito material como nos negócios processuais o feixe de situações jurídicas a que são submetidas as partes é dinâmico e repercute durante todo o processo obrigacional, desde a fase pré-contratual até mesmo depois do cumprimento da obrigação, nos chamados deveres pós-contratuais.⁷³⁸

Assim sendo, na marca daquilo que representa o chamado círculo de tutela dos contratos probatórios – concepção que a seguir será exposta e justificada –, em que o tribunal deve tutelar as posições contratuais das partes, a noção de uma relação obrigacional complexa ou como uma totalidade⁷³⁹ deve ser vista para além das obrigações em geral. Em realidade, a atribuição jurídica tem uma certa complexidade interna. Essa complexidade interna é observada quando a atribuição distingue os sujeitos envolvidos, um como atribuinte, o outro como titular, e quando define a relação que tem de existir entre a verificação do estado de coisas desejável e o atribuinte, para que a atribuição se considere satisfeita. Com a diferença de que nas atribuições os conceitos de satisfação e

⁷³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado - critérios para a sua aplicação*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2018, pp. 237-238.

⁷³⁸ Acerca do elemento dinâmico do processo – abordagem jurídico-processual (dinâmica) como método de direito processual, consubstanciado na relação entre o fim dos atos processuais praticados, o fim do processo e os níveis de expectativa das partes quanto à possibilidade de obter o ganho de causa, GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, Springer, 1925, pp. 227-253.

⁷³⁹ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 5.

não satisfação não são explicados através do dever ou da violação de dever, mas através do valor ou do desvalor (jurídicos).⁷⁴⁰

Com isso, Pedro Múrias conclui que “a atribuição decalca a obrigação, embora situando-se no plano do valor e sendo, também por isso, mais ampla. Por outras palavras, a atribuição e a obrigação são isomórficas, cada elemento essencial de uma corresponde a um elemento essencial da outra. Aquilo que é exactamente valorado como indesejável, a não satisfação da atribuição, depende do conteúdo negocial obtido por interpretação.”⁷⁴¹ Daí a ideia de que “a atribuição é uma figura estritamente análoga à obrigação, é o correlato perfeito da obrigação no plano do valor jurídico.”⁷⁴²

A ideia da relação obrigacional complexa ou obrigação como processo, que se encontra sedimentada na esfera do direito material, em matéria de obrigações, vem sendo amplamente defendida na esfera do direito processual, a ponto de alguns chamarem agora a situação que envolve a cessação dos negócios processuais na hipótese de desequilíbrio negocial como um situação que envolve um “processo dentro do processo”.⁷⁴³ De acordo com esse entendimento, as convenções processuais incidentais seriam processos dentro do próprio processo e com isso passa a ser amplamente facilitada a adaptação das normas – e dos princípios, acrescente-se – que regem o negócio jurídico de direito material ao ambiente do processo, uma vez que o próprio negócio jurídico é dinâmico, consoante a ideia de complexidade da relação intra-obrigacional.

Traduzido esse fenómeno da “obrigação como processo” do direito do inadimplemento das obrigações para o direito do incumprimento dos contratos probatórios, pode ser concebida a “consequência jurídica do incumprimento” como sendo modalidade de “atribuição como processo”.⁷⁴⁴

⁷⁴⁰ MÚRIAS, Pedro. A unificação das Impossibilidades, In *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano LVI (XXIX da 2.ª Série), n.º 4, 2015, p. 183.

⁷⁴¹ MÚRIAS, Pedro. A unificação das Impossibilidades, In *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano LVI (XXIX da 2.ª Série), n.º 4, 2015, p. 183.

⁷⁴² MÚRIAS, Pedro. A unificação das Impossibilidades, In *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano LVI (XXIX da 2.ª Série), n.º 4, 2015, p. 183.

⁷⁴³ VOGT, Fernanda. Cessação da relação convencional. Um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.), *Negócios processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, tomo 2, Salvador, JusPodivm, 2020, p. 160.

⁷⁴⁴ Parafraseando COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 71.

Aliás, como até agora não parece existir uma teoria geral do incumprimento dos negócios processuais, deve ser acolhido o referencial teórico de que os deveres fundados em negócios processuais são passíveis de atuação diversa, ou seja, deve ser aceita a ideia de que a parte que aceita agir de certo modo no futuro pode, posteriormente, agir de modo diferente daquilo que se obrigou. Se os negócios processuais sobre a prova são vistos como “atribuições negociais processuais”⁷⁴⁵, cujos traços comuns são a juridicidade, uma relação unilateral ou uma relação que se estabelece entre duas pessoas, o paralelismo entre a atribuição e o acontecimento, que gera a satisfação das atribuições, todo esse conjunto pode ser visto como uma relação complexa.

Se a obrigação constitui uma relação complexa, onde se encontra algo mais que a simples decomposição dos seus elementos principais como o direito à prestação e o dever de prestar e abrange os deveres acessórios, sujeições, poderes ou faculdades e exceções⁷⁴⁶, é possível falar numa atribuição negocial não obrigacional complexa, que não se reconduz, apenas, aos interesses primários das partes, mas inclui, também, um conjunto de situações jurídicas processuais que se unem para o fim, que é a satisfação da atribuição. Como o processo é uma relação relativamente duradoura, onde as situações jurídicas das partes e do tribunal somam poderes, deveres e ônus processuais, a noção de atribuição complexa ou atribuição como processo contribui para a pluralidade de situações que possam envolver as partes e o tribunal.⁷⁴⁷

Quando Pedro Múrias trata do titular da atribuição, refere que a ele é concedida pela atribuição uma posição de poder pelo fato dela existir, e, portanto, pode ele “vir a ter certos poderes, de exercício meramente permitido, destinados a provocar a satisfação ou a «reagir» à não satisfação.”⁷⁴⁸ O autor considera a posição de poder um direito subjetivo, um direito à satisfação. Quando a ideia é transposta às situações que envolvem o

⁷⁴⁵ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 123.

⁷⁴⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 138.

⁷⁴⁷ O processo apenas pode ser concebido numa perspectiva dinâmica, como uma sucessão de situações ou de estados jurídicos (*Rechtslage*), de acordo com GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, Springer, 1925, pp. 227 ss., e COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 183 ss.

⁷⁴⁸ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.^o/IV, 2008, p. 825.

incumprimento dos negócios de prova, fica evidente que a parte inocente poderá vir a ter certos poderes destinados a provocar a satisfação ou a reagir à não satisfação da atribuição.

No mais das vezes, os contratos probatórios são instantâneos e satisfeitos quando o contrato é concluído pelas partes. Basta não produzir a prova sobre os temas da prova mencionados no contrato, não requerer a produção de meios de prova excluídos no contrato ou produzir a prova de acordo com a convenção que alterou o *onus probandi*, e não haverá qualquer poder do titular da atribuição, o que dependerá do incumprimento dela. Assim, se a parte produzir a prova excluída no contrato, surgirá, a partir daí, a posição de poder ao titular, que é a parte inocente, traduzida num poder de reagir à não satisfação.

Interessante a ideia de Pedro Múrias de que o foco do conceito de satisfação é o de valor. Essa ideia parece muito adequada aos contratos probatórios. O autor menciona que “a qualificação normativa de um acontecimento com certas características como satisfação significa que o contrato ou outra fonte estabelece que, *juridicamente*, tudo correrá bem naquela relação entre aquelas pessoas se tal acontecimento ocorrer, imputável ao atribuinte, e que algo corre mal no caso contrário.”⁷⁴⁹ Assim, num contrato em que as partes desejam utilizar apenas a prova documental, se, num provável processo, as partes juntarem documentos e abstiveram-se de requerer outras provas, houve, juridicamente, a satisfação do contrato, em razão do acontecimento com aquelas características de um valor. Entretanto, se a parte arrolar testemunhas, o acontecimento correu mal, porque não houve a satisfação de acordo com as características do contrato, mas um desvalor. Assim é que as partes, fazendo uso da autonomia privada, atribuem valor a um acontecimento – a utilização exclusiva de prova documental – e atribuem desvalor à falta desse acontecimento – utilização de qualquer outro meio de prova.

Como resultado, é possível agora compreender porque é a lógica dos deveres de prestação, quando conectada aos negócios processuais, é contraintuitiva. É que nos contratos probatórios em que se convencionou a alteração da distribuição do ônus da prova, a parte, em realidade, não deseja que a contraparte, a quem incumbe o ônus da

⁷⁴⁹ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 827.

prova, produza essa prova, já que a prova produzida poderá colocá-la numa situação pior daquela em que se encontrava se o ato não houvesse sido praticado. Evidentemente, a situação da parte, que agora vê, contra si, produzida uma prova, de acordo com a convenção sobre a alteração do ônus da prova, fica sensivelmente pior. A parte sabe que deverá produzir uma contraprova daquilo que ficou demonstrado pela sua contraparte quando produziu a prova que lhe cabia pelo contrato. Logo, a mobilização da prova, em conformidade ao contrato, jamais poderá ser qualificada como uma prestação. Muito menos como uma obrigação ou um dever jurídico.

No caso dos contratos que limitam a apresentação de provas exclusivamente por meio documental, se a prova for conforme ao contrato, a parte terá de tolerar o ato praticado. Se a prova for desconforme, não deverá atacar o mérito do ato praticado em violação ao contrato, apenas deverá manifestar inconformidade e reagir à essa postulação. O que a parte quer é que a contraparte não produza qualquer prova ou se produziu prova em desacordo com o contrato, veja desatendida essa postulação. Nessa última hipótese, deverá reagir para que o ato praticado em desacordo com o contrato não seja levado em conta por ocasião da decisão judicial.

No processo judicial ou arbitral poderá haver um acontecimento, consistente na apresentação ou no requerimento do meio de prova excluído pelo contrato probatório, sendo esse acontecimento imputável à parte que a produziu ou a requereu, e, mais importante, haverá a qualificação desse acontecimento como não satisfatória para a outra parte. Dito de outro modo, haverá a não satisfação da convenção probatória, o que equivalerá a um desvalor jurídico. Esse acontecimento poderá ser imputável ao atribuinte, já que se estará diante da irrelevância da imputação subjetiva e do dano, o que a doutrina chama de “neutralidade do incumprimento”.⁷⁵⁰ A imputabilidade, nesse sentido, não significa que o incumprimento deva ser de caráter culposo e nem tenha de ser subjetivamente imputável.

2. Segue. Convenções probatórias e as partes

⁷⁵⁰ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / PERESTRELO, Madalena. *Incumprimento resolutório. Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 83.

2.1 Exceção de não cumprimento e conexão sinalagmática

De acordo com a Pontes de Miranda, a exceção “(...) é o direito de alegar o que *encubra* a eficácia do direito, da pretensão da ação ou da própria exceção que se exerce contra o titular do *ius exceptionis*. Não se objeta: não se alega fato que impediu o nascimento do direito, ou que o extinguiu. Excepciona-se: contrato há, vale e é eficaz, mas não se pode exigir a execução por um dos figurantes se quem exige não adimpliu, como devera (...); ou está prescrita a pretensão; ou tem o obrigado ou demandado direito de retenção, que exceção é.”⁷⁵¹

A exceção do não cumprimento dos contratos tem origem na antiga *bona fides* romana. Entendia-se que, em obrigações recíprocas, não seria correto, a uma das partes, exigir da outra o cumprimento de uma prestação quando ela própria estivesse em falta. Com a evolução da humanidade, cada vez mais veloz e tecnológica, a doutrina vem conferindo atenção especial à potencialidade dos *smart contracts* para a automação da oposição da exceção de contrato não cumprido. Com efeito, diante da ausência da comprovação, junto ao *software*, do regular adimplemento da prestação a cargo de uma das partes, poder-se-ia deflagrar automaticamente a exceção de contrato não cumprido, caso assim ajustado e programado pelas partes.⁷⁵²

Com efeito, o fenômeno da exceção de não cumprimento sucede porque as obrigações não são vínculos isolados, que simplesmente, reúnem credor de um lado e devedor do outro. Contratos dessa natureza são de duplo sentido e dão lugar a obrigações recíprocas, ficando as partes, em simultâneo, na situação de credoras e devedoras face a

⁷⁵¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXII, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 28.

⁷⁵² Como anota a doutrina, a automação da execução suscitada pelo *smart contract* pode traduzir relevante remédio ao inadimplemento contratual, seja por efetivamente prevenir a ocorrência do inadimplemento, seja por deflagrar automaticamente mecanismos de defesa suscitados pelo descumprimento. Somam-se a isso outras possíveis utilidades associadas aos *smart contracts*, tais como a previsibilidade sobre o curso da execução contratual, a facilidade e a agilidade na execução e a própria redução de custos. Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo / SILVA, Rodrigo da Guia. *Inteligência artificial, smart contracts e gestão do risco contratual*, In TEPEDINO, Gustavo / SILVA, Rodrigo da Guia (org.), *O Direito Civil na era da inteligência artificial*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 383 ss.

face. Dito de outro modo, nos contratos bilaterais, com posições debitórias e creditórias recíprocas, o credor não deixa de ser o devedor da contraprestação.⁷⁵³

Além disso, nos contratos bilaterais existe a comutatividade entre as prestações e contraprestações, ou seja, as partes são conhecedoras, desde a conclusão do contrato, de quais atividades deverão desenvolver durante a execução dos contratos. De seu turno, os contratos não sinalagmáticos apenas facultam uma prestação.⁷⁵⁴ Dessa forma, o incumprimento de uma das obrigações não pode deixar de interferir na outra em certa medida, de modo que o contratante não é obrigado a antecipar a sua prestação quando a outra parte não tenha condições de concluir a sua contraprestação e isso apenas não valerá se tiver sido estabelecido conteúdo em sentido contrário. No entanto, sem a previsão expressa, presume-se que a prestação e a contraprestação sejam simultâneas. Assim, verifica-se que, em obrigações de prestações recíprocas, o incumprimento de uma delas enseja ao interveniente fiel a faculdade de resolver o contrato ou a faculdade de opor a exceção do não cumprimento.

As condições de que depende a alegação da exceção do não cumprimento são as seguintes, conforme a doutrina: (i) a existência de um contrato válido e eficaz; (ii) a existência de uma relação de sinalagma; (iii) a inexistência de inadimplemento da prestação por parte daquele que pretende invocar a exceção; (iv) o vencimento de uma contraprestação, que deve ainda ser possível; (v) o não cumprimento pontual dessa mesma contraprestação e; (vi) a inexistência de prazos diferentes para o cumprimento das prestações.⁷⁵⁵

O disposto no artigo 801.º, n.º 2, do Código Civil, não deixa dúvidas quanto à aplicação deste regime ao incumprimento propriamente dito da obrigação e, como já foi referido, equipara os regimes do incumprimento definitivo e da impossibilidade da prestação imputável ao devedor no artigo 801.º, n.º 1. Em termos gerais, a resolução do contrato implica a supressão das prestações principais. Contudo, mantém-se uma relação entre os contraentes, em parte decalcada do contrato existente. Ela é contraposta pelos deveres acessórios que ao caso caibam ou por um dever de indenizar que compense a

⁷⁵³ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 135.

⁷⁵⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. II. 4. ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 92.

⁷⁵⁵ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 81.

parte fiel pelas vantagens que lhe atribuiria o pontual cumprimento do contrato e, ainda, que suprima todos os demais danos.

Atualmente, a doutrina assinala que nos contratos sinalagmáticos, que pressupõem reciprocidade entre as prestações de ambas as partes, não se deve permitir a execução de uma das prestações sem que a outra também o seja. Aponta, nesse caso, que o não cumprimento das obrigações de prestações recíprocas seja sujeito a um regime especial, admitindo-se ser lícita a recusa de cumprimento enquanto a outra parte não realizar a sua prestação e que o incumprimento definitivo de uma das prestações permite à outra parte a resolução do contrato por incumprimento.⁷⁵⁶

Além do entendimento já consolidado em doutrina, o sinalagma passou a ser compreendido, de acordo com Maria de Lurdes Pereira e Pedro Múrias, como uma espécie de *correspectividade* de quaisquer atribuições e não apenas de obrigações. Nesse sentido, os autores consideram sinalagmáticos “todos os negócios com vinculações reciprocamente dependentes, correspondam ou não a obrigações”⁷⁵⁷ e utilizam, indistintamente, os termos “atribuição” e “vinculação”, sendo este equivalente à repercussão da atribuição, em termos de eficácia jurídica, na esfera da parte que a faz. Com isso, o conceito de sinalagma ganha um alargamento e passa a ter uma extensão maior do que a extensão atual, a ponto de até mesmo repercutir nos negócios processuais sobre a prova, algo até então sequer pensado.

2.2 Coerção privada ao cumprimento. Exceção de não cumprimento como tutela conservatória das convenções probatórias

No que diz respeito ao tempo da prestação e da contraprestação, nos contratos bilaterais, cada parte tem de prestar porque a outra parte tem de contraprestar. Às vezes, a prestação e a contraprestação são feitas simultaneamente. Contudo, poderá não haver simultaneidade porque se permitiu uma ser anterior à outra. A exigência da prestação

⁷⁵⁶ Por todos, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias de crédito*, vol. II, 11.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 257.

⁷⁵⁷ PEREIRA, Maria de Lurdes / MÚRIAS, Pedro. Sobre o conceito e extensão do sinalagma. In *Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, p. 381.

simultânea estabelece uma situação que uma parte somente pode exigir da outra se estiver disposta a adimplir. Se a prestação for anterior, não pode a parte devedora exigir que a outra contrapreste, sem que antes ela preste.⁷⁵⁸

À semelhança do que se verifica na responsabilidade civil delitual, a ilicitude obrigacional pode ser excluída através de uma causa de exclusão da injuricidade. A doutrina aponta como causa de exclusão da ilicitude no campo obrigacional a exceção do não cumprimento do contrato – *exceptio non adimpleti contractus*. Se uma das partes não cumprir a avença, pode a outra recusar a sua própria prestação, até que o problema primitivo do cumprimento seja afastado.⁷⁵⁹

Trata-se do direito que qualquer das partes tem, numa relação bilateral, de recusar o cumprimento, enquanto a outra não efetuar a correspondente prestação a que esteja obrigada e encontra disciplina nos artigos 428.º a 431.º do Código Civil, além de constituir uma verdadeira exceção de direito material. No Código de Processo Civil, a *exceptio non adimpleti contractus* está prevista no artigo 571.º, n.º 2, segunda parte, e é uma das chamadas exceções substanciais.⁷⁶⁰

A doutrina costuma indagar se a *exceptio* pode ser alegada quando a outra parte cumpre defeituosamente a obrigação e propõe que nesse caso a solução deverá ser a de que a aceitação da prestação não deve obstar o recurso à *exceptio*, se os defeitos de que a prestação padece prejudicam a integral satisfação do interesse do credor. Não se admitirá o recurso à exceção de não cumprimento se os defeitos da prestação, atendendo ao interesse do credor, tiverem pouca importância, o que acaba por revelar problemas no que respeita à determinação de a quem compete o ônus da prova da relevância ou não dos defeitos para adequada satisfação do interesse do credor. Uma possível solução é fazer

⁷⁵⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXVI, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 97.

⁷⁵⁹ NERY JR., Nelson. / NERY, Rosa Maria Andrade. *Instituições de direito civil. Das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 348. A exceção está disposta no artigo 476 do Código Civil Brasileiro, nos seguintes termos: nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

⁷⁶⁰ Na doutrina, Catarina Monteiro Pires entende que se trata de uma exceção dilatória material, embora reconheça que existe controvérsia nos tribunais quanto a esse aspecto. PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 82. Na doutrina clássica brasileira, Pontes de Miranda, com a elegância que lhe é peculiar, sublinha que os que veem na alegação de não-adimplemento uma objeção “erram palmarmente” e defende que se trata, sem dúvida alguma, de exceção dilatória de direito material. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXVI, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 99.

crer que a aceitação da prestação pela parte credora constitui presunção de inexistência de defeitos, pelo que caberá à parte que pretende utilizar a *exceptio* a demonstração de que os defeitos tornam inadequada a prestação.⁷⁶¹

Há divergência, contudo, na doutrina, a exemplo de Antunes Varela, que admite aplicar a exceção de não cumprimento ao cumprimento defeituoso.⁷⁶² Ainda, de acordo com Menezes Cordeiro, a *exceptio* pode ser utilizada em face de um cumprimento meramente parcial ou de um cumprimento imperfeito.⁷⁶³

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que “(...) XI - Finalizadas as obras contratadas e invocadas várias deficiências, pelo comitente, não tendo sido extinta a relação contratual, por resolução, tem-se por segura a existência de um caso de cumprimento defeituoso e não de incumprimento definitivo da prestação, em virtude de a obra ter sido realizada, com deformidades e vícios, não correspondendo o cumprimento efectuado à conduta a cujo resultado o empreiteiro se achava obrigado. XII - Nos contratos de prestações recíprocas, a exceção do não cumprimento do contrato é um instituto que pode ser adotado, para além da situação do não cumprimento definitivo da prestação, igualmente, nas hipóteses de cumprimento defeituoso ou do não cumprimento parcial, onde goza a designação da «*exceptio non rite adimpleti contractus*», de modo a conferir ao comitente o direito de recusar o pagamento que lhe é exigido pelo empreiteiro, excepcionando o pagamento do preço, em virtude do não cumprimento, por este último, da prestação de conclusão da obra, deformidades ou vícios, mostrando-se, conseqüentemente, paralisado o direito do empreiteiro, enquanto este não corrigir as deformidades e vícios que a obra ainda regista.”⁷⁶⁴

Logo, a bilateralidade não diz respeito apenas às prestações principais e a *exceptio* pode ser movida diante do não cumprimento de prestações secundárias ou de deveres acessórios, especialmente nos casos em que a prestação secundária ou o dever acessório em falta impliquem o cumprimento defeituoso da prestação principal. Além dos contratos

⁷⁶¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias de crédito*, vol. II, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 259.

⁷⁶² VARELA, João Antunes. Cumprimento imperfeito do contrato de compra e venda. A exceção do contrato não cumprido, in CJ, ano XII, tomo IV, 1987, pp. 21 ss.

⁷⁶³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 295.

⁷⁶⁴ Acórdão do STJ, julgado em 08/09/2015, disponível em www.dgsi.com

bilaterais, a *exceptio* é aplicável na tutela específica de contratos sinalagmáticos, a exemplo do contrato-promessa, é aplicável também nas situações decorrentes de resolução do contrato, e, de acordo com a doutrina, “radica na sinalagmaticidade funcional, seja qual for a origem da situação que a comporte.”⁷⁶⁵

Quando se volta os olhos aos negócios processuais, verifica-se a posição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero no sentido de que os acordos processuais que impliquem renúncias de uma parte sem o benefício correlato proporcional são nulos.⁷⁶⁶ Sobre essa afirmação, seria questionável se se estaria diante de deveres dispostos por contrato bilateral, colocados em simetria, em que existam situações de troca, sendo ou não sinalagmáticos, a ponto de admitirem a invocação da exceção de não cumprimento do contrato. Imagine-se a situação que pode ocorrer nos acordos sobre a perícia judicial, em que as partes concordam que suportarão metade dos custos processuais da perícia, cada uma, ou suportam as suas próprias despesas. No prazo final para o pagamento dos honorários periciais, uma das partes não suporta a despesa que lhe cabe. Nesse exemplo, as consequências do descumprimento do acordo são verificadas na medida em que o tribunal escusa a outra parte a dar cumprimento ao pacto (exceção de “acordo” não cumprido), vendo-o, assim, inaplicado.⁷⁶⁷

A invocação da *exceptio* de direito material, por óbvio, não pode ser reconhecida de ofício. A parte interessada deve invocá-la, nos termos e prazos legais, quando verificados os requisitos da reciprocidade e da simultaneidade das prestações. A essência consiste na faculdade reconhecida ao devedor de recusar a sua própria obrigação. A doutrina menciona que a faculdade corresponde a um poder ou a um direito potestativo. Além disso, não pode ser objeto de renúncia antecipada e não pode ser afastada mediante a prestação de garantias, o que enuncia o princípio geral obrigacional da irrenunciabilidade antecipada dos direitos.⁷⁶⁸

⁷⁶⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 290-291.

⁷⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*, 5.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 337.

⁷⁶⁷ Nesse sentido, VOGT, Fernanda. Cessação da relação convencional. Um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.), *Negócios processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, tomo 2, Salvador, JusPodivm, 2020, pp. 163-164.

⁷⁶⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 297.

Assim, se uma das partes recorreu à exceção de não cumprimento do contrato sobre os custos periciais, a mora ficará, dentro dos limites da *exceptio*, afastada, não havendo imputação à parte enquanto a contraparte não tiver efetuado a contraprestação ou oferecido o cumprimento simultâneo. Nessa hipótese, estar-se-á perante o incumprimento, que deverá ser o incumprimento puramente temporário. Quando se estiver diante do incumprimento definitivo permitir-se-á, designadamente, a exoneração da parte.

A doutrina menciona que, no âmbito do funcionamento, a *exceptio* obedece ao bom senso e à experiência do julgador, que pode obstá-la em nome da boa-fé e sempre que ela traduzir um abuso do direito. Assim sucede quando uma pessoa recuse uma prestação vital para o credor, a pretexto de um pequeno atraso na contraprestação, quando nada leve a fazer crer a sua intenção de não cumprir, em definitivo.⁷⁶⁹ Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro consagrou o entendimento de que “a exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. (...) A recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da arguição da exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é parcial e mínimo”.⁷⁷⁰

Em síntese, a exceção do não cumprimento é uma defesa indireta de mérito, uma exceção material, que o réu pode deduzir contra a pretensão do autor. Constitui-se num fato impeditivo do direito do autor, que pode ser alegado como preliminar na contestação. O autor pode ter, em tese, o direito que pretende haver do réu, mas está impedido, por ora, de fazê-lo, enquanto não cumprir sua parte no contrato sinalagmático. Daí ser fato impeditivo (temporariamente) da pretensão do autor. É do réu o ônus de provar os fatos que constituem o mérito da exceção do não cumprimento. O exercício dessa exceção dilatória material deve pautar-se pelos limites do abuso do direito, o que ganha relevância nos casos de “prestação divisível quase completa ou de prestação defeituosa, desde que não haja uma desproporção manifesta.”⁷⁷¹ Nessa exceção material dilatória, que tem uma

⁷⁶⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 296.

⁷⁷⁰ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 23/04/2010, Recurso Especial n.º 981.750/MG, rel. Min. Nancy Andrighi.

⁷⁷¹ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 82.

nítida função de uma garantia conservatória da higidez dos contratos, tem-se aquilo que a doutrina chamou de um meio de reação de menor intensidade, algo que não possui uma finalidade liberatória ou recuperatória da prestação, nunca se devendo esquecer que à exceção de não cumprimento também incide o princípio da boa-fé objetiva.⁷⁷²

Assim, quando Antonio do Passo Cabral trata dos acordos processuais e o rearranjo das relações entre direito material e direito processual e menciona que as regras do procedimento assumiram um maior valor económico, em que as partes do negócio podem pensar em trocas entre direito material e direito processual, entre formalidades processuais e benefícios no campo do direito material⁷⁷³, como, por exemplo, reduzir o preço do produto em troca de renúncias a meios de prova ou a recursos, tem-se aí um sinalagma contratual e uma possibilidade de qualquer das partes invocar a exceção de não cumprimento. Aqui, fica visível que no caso dos negócios processuais igualmente aparece o sinalagma.

2.3 Tutela resolutiva e o princípio do *favor contractus*

A faculdade conferida a uma das partes de resolver o negócio em caso de inadimplemento, por parte da outra, das obrigações que, do mesmo contrato, para ela emergiram, foi sendo casuisticamente incluída, nos diversos contratos, como cláusula contratual. Essa inclusão tomou-se de tal forma usual que acabou por ser considerada como condição resolutiva tácita dos contratos e foi acolhida pelo Código Civil expressamente. Entretanto, o Código Civil, quando trata da resolução dos contratos, não estabelece expressamente o não cumprimento da prestação recíproca como causa geral de resolução. Ocupa-se, contudo, dessa matéria, a propósito do que chama a impossibilidade imputável ao devedor.⁷⁷⁴

De acordo com Baptista Machado, o direito de resolução do contrato por inadimplemento é um direito potestativo extintivo que depende de um fundamento, o que

⁷⁷² PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 145-149.

⁷⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 242.

⁷⁷⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 270.

para o autor significa dizer que para ser criado esse direito é preciso que se verifique um fato ou uma situação a que a lei determina como efeito a constituição ou o surgimento do direito potestativo. Tal fato ou fundamento seria o incumprimento ou a situação que envolve o inadimplemento do devedor.⁷⁷⁵

Pontes de Miranda, quando trata da pretensão à resolução do contrato bilateral, entende que nos contratos bilaterais, a mora do devedor confere ao credor a pretensão à resolução do contrato, pretensão que há de ser exercida judicialmente e depende de sentença. De acordo com o autor, não se trata de condição resolutiva, como está na 1.^a alínea do artigo 1118 do Código Civil Francês (“La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.”) e se trata do exercício de direito formativo extintivo. O autor acrescenta que o credor que exigiu o cumprimento do contrato mais perdas e danos pode, se o interesse na prestação desaparece, exigir a indenização total, ou, nos contratos bilaterais, sem a necessidade da desaparecimento do interesse, pedir a resolução. Contudo, não pode o credor, depois de haver pedido a resolução, pedir o cumprimento, mais perdas e danos, ou a indenização total.⁷⁷⁶

A doutrina, embora reconheça a excepcionalidade da resolução num quadro de *favor contractus* e a restritividade com que o instituto da resolução deve ser encarado, entende que ela coloca em prática o programa contratual, consistindo num “meio de defesa da obrigação ou medida de tutela do contrato”.⁷⁷⁷ Portanto, no âmbito substancial, uma das consequências do não cumprimento nas obrigações de prestações recíprocas é o direito potestativo à resolução por incumprimento⁷⁷⁸, de fazer cessar unilateralmente o contrato, com eficácia *ex nunc* (a desvinculação do contraente) e restitutória *ex tunc*.⁷⁷⁹

⁷⁷⁵ MACHADO, João Baptista. Pressupostos da Resolução por Incumprimento, in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, 1991, pp. 130-131.

⁷⁷⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXIII, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 185 e 196. Atualmente, de acordo com o artigo 1224 do Código Civil Francês, a resolução resulta quer da aplicação de uma cláusula de resolução ou, em caso de inadimplência suficientemente grave, de uma notificação do credor ao devedor ou de uma decisão do tribunal.

⁷⁷⁷ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / PERESTRELO, Madalena. *Incumprimento resolutório. Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 15.

⁷⁷⁸ Por todos, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias de crédito*, vol. II, 11.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 259.

⁷⁷⁹ De acordo com Pontes de Miranda, com a resolução do contrato bilateral, a relação jurídica desaparece, *ex tunc*, ou, se a obrigação é continuativa, a resolução, sob o nome de resilição, opera a extinção *ex nunc*.

Essa situação se encontra prevista no artigo 801.º, n.º 2, do Código Civil, que trata da impossibilidade culposa da prestação, mas que é aplicável ao incumprimento definitivo.

Nas obrigações em geral, a hipótese típica resolutiva é que aquela que ocorre por ocasião do inadimplemento, por um dos contraentes, de obrigações que sejam relevantes e que integrem um contrato bilateral.⁷⁸⁰ Portanto, além da existência do inadimplemento definitivo, a doutrina exige a gravidade do incumprimento ou caráter significativo daquilo que não foi realizado conforme prometido pelo devedor, do ponto de vista do interesse do credor⁷⁸¹, que não se confunde com a existência de culpa por parte do devedor, já que o incumprimento pode ser grave, mas não culposo.

Assim, se houver uma cláusula resolutiva, deverá ela estar alicerçada num elemento concreto que corresponda a interesses sérios, que, por sua vez, deverão ser fruto de uma avaliação equilibrada e ponderada, e não baseada em razões puramente subjetivas ou por mero capricho da parte legitimada⁷⁸², embora se compreenda que o limite da cláusula resolutiva é o abuso de direito. Além disso, as partes podem prever cláusulas de exclusão de resolução ou *pactum de non resolvendo*, tendo em conta o objetivo de protegê-las dos efeitos nefastos da resolução retroativa. A previsão de irresolubilidade deixa intocados os outros remédios para o incumprimento, como a ação de cumprimento e a reparação por danos⁷⁸³. Aliás, a exigência de um fundamento importante, como um incumprimento dotado de certa gravidade está em sintonia com a finalidade do instituto da resolução (*ratio extrema*) e permite submeter a figura a um controle axiológico balizado pela boa-fé.⁷⁸⁴

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXV, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 196.

⁷⁸⁰ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 287.

⁷⁸¹ PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 85-86.

⁷⁸² PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 35

⁷⁸³ OLIVEIRA Ana Perestrelo de / OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Anotação ao artigo 432.º, In PIRES, Catarina Monteiro (org.), *Novo Corona vírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 32-33.

⁷⁸⁴ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 291.

Ora, considerada “função de defesa de *ultima ratio* do contraente fiel”⁷⁸⁵, quando envolver o grave incumprimento dos contratos probatórios, constitui direito potestativo da parte fiel fazer cessar unilateralmente o contrato por inadimplemento, por impossibilidade da prestação ou alteração das circunstâncias, mediante uma declaração de vontade dirigida à contraparte. Ainda, quando houver o incumprimento definitivo, a parte faltosa torna-se responsável pelo prejuízo que causa à contraparte, nos termos do artigo 798.º do Código Civil. A reparação dos danos deve ser integral, o que poderá abranger danos materiais e morais.

Além disso, a doutrina admite a resolução por não cumprimento em contratos não sinalagmáticos, a exemplo da resolução de contratos gratuitos por violação de deveres acessórios relevantes⁷⁸⁶, o que também vale para os contratos probatórios.

Aliás, os negócios processuais parecem revestir, simultaneamente, natureza gratuita ou natureza onerosa, de acordo com o lado ou o prisma que são apreciados. Nas relações entre as partes que estabelecem, por exemplo, um *pactum de non petendo*, a renúncia aos recursos ou a alguns meios de prova, os negócios aparentam pertencer à categoria dos atos gratuitos. Entretanto, analisados amplamente, podem estar inseridos num contrato de seguro, em que as relações entre o segurado e o segurador pertencem à categoria dos atos onerosos. O fato de o mesmo negócio jurídico funcionar, simultaneamente, como negócio gratuito e como negócio oneroso é sinal evidente de que os conceitos de gratuidade e onerosidade se não reportam ao negócio globalmente considerado, mas a algum elemento mais simples, situado dentro da complexa factualidade negocial.⁷⁸⁷ A atribuição aqui, como figura da “atribuição patrimonial”, atua como forma de distinção entre a gratuidade e a onerosidade, sendo definida como “*o acto jurídico por meio do qual uma pessoa proporciona a outrem, intencionalmente, uma*

⁷⁸⁵ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / PERESTRELO, Madalena. *Incumprimento resolutorio. Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 17 e 46. PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 288. Apesar de parcela da doutrina entender que verificados os pressupostos da resolução, fica a critério do credor resolver o contrato e não haveria qualquer subordinação dela em relação a outras vias jurídicas. Nesse sentido, PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 87.

⁷⁸⁶ MARTINEZ, Pedro Romano. *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 142.

⁷⁸⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Ensaio sobre o conceito de modo*, Atlântida, 1955, p. 140-142.

vantagem de carácter patrimonial."⁷⁸⁸ O autor explica, satisfatoriamente, o regime próprio dos negócios cujos efeitos respeitam a mais de dois sujeitos e outros fenómenos jurídicos afins, e aqui podem ser enquadradas as convenções probatórias como negócios jurídicos não obrigacionais.

De acordo com a doutrina dominante, cabe ao credor eleger o meio mais favorável para a tutela dos seus interesses, podendo modificar a escolha inicialmente formulada, ou seja, se exigir o cumprimento, pode solicitar uma resolução posterior, ou uma indenização por não cumprimento não impede o exercício do direito de resolução. Cabe ao credor, portanto, decidir se deve recorrer à ação de cumprimento ou, cumulativamente ou não, à ação para ressarcimento dos danos.⁷⁸⁹ Traduzindo essa ideia ao âmbito dos contratos probatórios, é possível afirmar que caberá à parte inocente avaliar qual a melhor solução, ou seja, qual a solução é a mais adequada para a tutela do seu direito ao contrato. Assim, num contrato sobre os meios de prova, quando envolver a apresentação ou a produção de provas não admitidas pelas partes, ficará a critério da parte resolver ou não o contrato. Caso essa seja vontade da parte inocente, a resolução do contrato terá, via de regra, eficácia retroativa, o que significa que será reposto o *status quo* anterior ao contrato.

Na eventualidade disso ocorrer, a consequência é a inaplicabilidade do contrato de provas e a utilização das regras legais relativas ao direito probatório. Contudo, essa pode não ser a melhor solução que atenda aos interesses da parte que se vê confrontada com o incumprimento. Em alguns casos, a parte inocente pode ser mais beneficiada com uma decisão judicial que determine o afastamento da prova que foi apresentada ou produzida em violação ao contrato. Nessa hipótese, parece mais consentânea com a teoria da tutela dos direitos a decisão que, mediante técnica de conservação contratual adequada, determina a inadmissibilidade da prova.

Contudo, nada impede que a resolução do contrato seja a reação da parte que se viu confrontada com o incumprimento. Perante o inadimplemento definitivo, imputável à contraparte, poderá, caso seja essa a vontade da parte inocente, corresponder a resolução

⁷⁸⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Ensaio sobre o conceito de modo*, Atlântida, 1955, p. 141. Acerca das atribuições patrimoniais (*Zuwendungen*) como sede comum dos conceitos de gratuidade e de onerosidade, VARELA, João de Matos Antunes. *Ensaio sobre o conceito de modo*, Atlântida, 1955, p. 131-146.

⁷⁸⁹ Por todos, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / PERESTRELO, Madalena. *Incumprimento resolutório. Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 17.

do contrato, ainda considerada como uma consequência natural (embora optativa) da crise no cumprimento dos negócios. Nesse caso, a parte inocente faz uma opção de desvinculação do negócio, própria dos contratos sinalagmáticos. Essa opção encontra-se prevista no artigo 475 do Código Civil Brasileiro quando dispõe que a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Segundo a doutrina, nessa última hipótese, o sistema processual teria forma mais eficaz de reagir a violações de deveres instituídos do que o direito material do cumprimento. Enquanto no direito material a resolução do contrato por inadimplemento teria de ser buscada através da instauração de um processo, judicial ou arbitral, no sistema processual, se a resolução do negócio processual for do interesse da parte, para exercer o direito potestativo será desnecessário sequer invocar a exceção processual dilatória. A parte fiel simplesmente nada invocará no processo judicial ou arbitral. Quedando-se a parte inocente inerte, ocorrerá a resolução do negócio processual, diferentemente dos negócios obrigacionais, que exigem, para a resolução por inadimplemento, uma declaração de vontade receptícia dirigida à contraparte.

A hipótese assemelha-se à situação, mais comum, que envolve os pactos de competência, que contém implicitamente uma renúncia antecipada à arguição da exceção de incompetência relativa, porquanto é atribuída competência territorial a um tribunal que, sem esse contrato processual, não seria competente. Como essa incompetência relativa nem sempre é de conhecimento oficioso, o tribunal só pode apreciar, mediante provocação do réu. Caso o autor ingresse com a ação no tribunal relativamente incompetente e o réu não excepcione a incompetência relativa no prazo da contestação, o vício sana-se, ficando preclusa a arguição dessa exceção em momento posterior. A doutrina considera, nessa eventualidade, que houve a “celebração tácita de um pacto de competência”⁷⁹⁰ ou a “prorrogação da competência”⁷⁹¹ o que, rigorosamente, pode indicar

⁷⁹⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.^a ed., Lisboa, Lex, 1997, pp. 124-125.

⁷⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme / MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 451. De acordo com os autores, “prorroga-se a competência quando um juízo inicialmente incompetente de maneira relativa se torna competente. A prorrogação pode ser legal (art. 60, do CPC) ou voluntária. Essa pode ser ainda expressa (art. 63, do CPC) ou tácita (em virtude da omissão da parte em arguir a incompetência, art. 65, do CPC, ou do juízo em conhecer de ofício a nulidade da cláusula de foro prevista em contrato de adesão, art. 63, §§ 3.^o e 4.^o, do CPC). Com a prorrogação, preclui a possibilidade de alegação de incompetência relativa.”

que se deu, por omissão do interessado, a resolução do pacto de competência por incumprimento.

Aparentemente, embora pareça bastante à parte nada alegar no processo, para que, de imediato, seja resolvido o contrato probatório, mostra-se adequado, simplesmente, noticiar essa intenção ao juiz, para que este, depois de ouvir a parte contrária, decida a respeito e muito provavelmente acolha o pedido de resolução do contrato por incumprimento. A simples omissão da parte, embora já seja suficiente, poderá gerar mais incertezas com relação à aplicação das cláusulas do contrato probatórios, além de abrir brechas para que a outra parte possa, inadvertidamente, alegar o descumprimento do contrato pelo seu adversário. A resolução do contrato probatório expressamente determinada por decisão judicial pode deixar clara a intenção da parte inocente, além de poder servir para, sendo o caso, instruir um processo futuro de indenização por danos causados.

Portanto, embora seja discutível se a resolução por incumprimento deve ser considerada *extrema ratio*, algo que poderá ser utilizado apenas quando se revelem inúteis os demais instrumentos, em realidade caberá à parte inocente eleger o meio mais favorável para a tutela dos seus interesses. Imagine-se, no exemplo do contrato de exclusão de provas, que a parte inocente obtém uma prova que deseja utilizar. Se a contraparte violou o contrato ao produzir prova vedada, a parte inocente poderá utilizar a prova que obteve, o que fatalmente acarretará a resolução do contrato. Caso a parte fiel opte pela excepcionalidade da resolução e a restritividade com que os requisitos do instituto estão legalmente dispostos⁷⁹², estando preenchidos esses pressupostos, a resolução será possível e poderá ainda exigir, cumulativamente, uma indenização por todos os danos sofridos, que não deve se limitar ao interesse contratual negativo.

Nesse caso, haverá algo similar ao incumprimento definitivo em virtude da perda de interesse da parte inocente – a parte obteve um meio de prova e tendo a contraparte violado o contrato ela deseja agora utilizá-lo. Essa circunstância deve ser apreciada objetivamente, em “virtude da frustração do seu fim ou por esse ter sido realizado por via

⁷⁹² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / PERESTRELO, Madalena. *Incumprimento resolutório. Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 18.

diversa do cumprimento.”⁷⁹³ Em suma, tanto o incumprimento de prestações principais ou secundárias como acessórias admite a resolução, contanto que atinjam um patamar de relevância potencial para efeitos resolutórios do incumprimento de qualquer desses deveres.

Uma questão assaz importante, nas obrigações em geral, é a da necessidade ou não da culpa no incumprimento fundante da resolução. Embora Galvão Telles, por exemplo, exija a imputação culposa para fins de resolução⁷⁹⁴, parece mais adequada a ideia de objetivação do incumprimento⁷⁹⁵, tudo com base nas tendências modernas do direito contratual, o que também vale para os negócios processuais sobre a prova. A conduta culposa ou dolosa da contraparte poderá ser relevante se o pedido de resolução for cumulado com uma indenização. A diferença fundamental, no entanto, reside no fato de que a essencial liberação ou desvinculação, total ou parcial, pretendida pelo contraente legitimado, verifica-se, nas obrigações em geral, mediante uma mera declaração voluntária, unilateral e receptícia, enquanto que nas convenções processuais, em regra, basta apenas um não agir, sem maiores exigências formais.

3. Equilíbrio contratual e vínculo sinalagmático. A extensão do conceito de sinalagma às convenções probatórias

3.1 Relações de troca entre direito e processo e o destino da contraprestação

Uma ideia, muito interessante, que vem ganhando corpo no âmbito da doutrina processual, é a do valor econômico que assumiram as regras do processo. Na conclusão do negócio jurídico, as partes podem pensar em trocas entre direito material e direito processual, trocas entre as formalidades processuais e benefícios no campo do direito

⁷⁹³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / PERESTRELO, Madalena. *Incumprimento resolutório. Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 56 e 81.

⁷⁹⁴ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, 1973, p. 459-460.

⁷⁹⁵ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 292-293.

material.⁷⁹⁶ No ambiente dos contratos de prova, pode ser pensado o seguinte exemplo. Imagine-se que o comprador pede um desconto na compra de um determinado produto e o vendedor concorda com o desconto, desde que, se houver processo judicial, acerca de defeito do produto, o ônus da prova da existência do defeito será do comprador. Não sendo o caso de concordar com o desconto, o comprador paga o preço de face e o ônus da prova do defeito permanece com o vendedor.

Essas relações de troca originam atribuições recíprocas para ambas as partes, ficando elas, simultaneamente, na posição de *credoras* e *devedoras*, o que evidencia a possibilidade de haver um sinalagma entre os negócios processuais. Os contratos sinalagmáticos opõem-se aos não-sinalagmáticos, já que estes podem ser unilaterais, em que apenas uma das partes assume a *obrigação* (como na confissão), enquanto aqueles são geralmente negócios bilaterais.

Com efeito, pode haver, mas nem sempre, uma perturbação do sinalagma entre certo dever de prestar, titulado por contrato regido pelo direito material, e a atribuição de agir de certo modo. Havendo, entre as duas atribuições, uma relação de troca com as características do sinalagma, sendo uma a justificação da outra, ocorrendo uma perturbação numa das situações jurídicas, haverá de saber qual o destino da contraprestação se houver um problema na prestação. Assim, é possível haver reflexos em atribuições associadas ou sinalagma entre posições jurídicas de diferente natureza – um dever material e um comportamento processual, com repercussões na possibilidade de haver a caducidade do contrato por impossibilidade de uma das prestações, de a parte fiel desvincular-se do negócio através da resolução por incumprimento ou até poder invocar a exceção de não cumprimento do contrato.

Logo, não deve soar estranha a existência de sinalagma entre as posições jurídicas de diferente natureza – um dever de prestar regulado pelo direito material e uma atribuição negocial, regida pelo direito processual – como no exemplo do contrato comercial em que uma das partes concede à outra um abatimento do preço da coisa vendida se, em havendo processo judicial, seja alterada a distribuição do ônus da prova

⁷⁹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 242. Acerca das relações entre o processo civil e a economia, especialmente na perspectiva da economia comportamental, WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil. Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, pp. 171 ss.

quanto ao defeito do produto. Se houver qualquer inadimplemento na realização do dever de prestar regulado pelo direito material, haverá reflexos no sinalagma, que estará perturbado, surgindo a dúvida quanto à vinculação da contraparte à inversão do ônus da prova, ainda que o dever de prestar, na venda comercial, não possa ser cumprido. Parece que nesse caso, deva ser aplicada a solução prevista no artigo 795.º do Código Civil, que trata dos contratos bilaterais. Se o dever de prestar, titulado pelo direito material, se tornar impossível, fica a outra parte desobrigada da contraprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa. Se o dever de prestar se tornar impossível por causa imputável à parte do contrato bilateral, não fica esta desobrigada da contraprestação; mas, se a outra parte tiver algum benefício com a exoneração, será o valor do benefício descontado na contraprestação.

3.2 Não há segregação entre negócios materiais e negócios processuais. A extensão do conceito de sinalagma

Os contratos bilaterais são aqueles em que cada uma das partes assume o dever de prestar para que a outra ou as outras lhe contraprestem. A contraprestação é a prestação que a outra parte ou as outras partes têm de fazer. A parte somente assume o dever de prestar porque a contraparte assume o dever de contraprestar e vice-versa. A ineficácia da dívida de um tem como consequência a ineficácia da dívida do outro.⁷⁹⁷

Dito de outro modo, as normas que tratam do regime do sinalagma, aos regularem os contratos bilaterais, referem-se ao objeto dos vínculos obrigacionais como a prestação e a contraprestação, à satisfação como cumprimento e às partes da relação como credor e devedor, o que, talvez, de acordo com a doutrina, justifica que a sinalagmaticidade dos contratos é reconduzida à existência de obrigações recíprocas para ambas as partes ou para uma delas e implica que o surgimento de cada prestação apareça ligado ao surgimento da outra, que se apresenta assim como sua contraprestação. O surgimento

⁷⁹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXVI, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 96.

deste nexo entre as duas prestações no momento da celebração do contrato denomina-se sinalagma genético. Daí resulta uma interdependência entre as duas prestações, que se deve manter durante toda a vida do contrato, estabelecendo que uma prestação não deve ser executada sem a outra e se uma prestação se impossibilitar, a outra se deve extinguir. A isso se denomina sinalagma funcional, em que cada uma das partes pode recusar a prestação enquanto a outra não efetuar o que lhe cabe (exceção de não cumprimento) e o contraente fiel pode resolver o contrato se a outra parte incumprir a sua obrigação (resolução por incumprimento). Há também a caducidade do contrato sinalagmático por impossibilidade.⁷⁹⁸

Logo, tradicionalmente, a sinalagmaticidade ou a bilateralidade dos contratos refere uma espécie de vínculo entre obrigações, o que deixa de qualificar como contratos sinalagmáticos aqueles contratos que não vincularem ambas as partes a as respectivas obrigações. Contudo, é possível encontrar posição na doutrina moderna no sentido de que existem contratos que, apesar de não gerarem obrigações recíprocas, são constitutivos de vantagens patrimoniais para ambas as partes, sendo por estas configuradas como uma troca, cuja aproximação justifica a aplicação do regime do sinalagma a essas relações.⁷⁹⁹

Pontes de Miranda, ao seu tempo, já constatava que nem todas as dívidas e obrigações que se originam dos contratos bilaterais são dívidas e obrigações bilaterais, em sentido estrito. O autor, cuja perspicácia era evidente, aludia que a contraprestação do locatário é o aluguer, porém não havia sinalagma no dever de devolução do bem locado, ao cessar o contrato, nem na dívida do locatário pela indenização dos danos à coisa, ou na dívida do locador por despesas feitas pelo locatário. O autor arrematava que a bilateralidade – prestação, contraprestação – faz ser bilateral o contrato, mas isso não implica que todas as dívidas e obrigações que dele irradiam sejam bilaterais.⁸⁰⁰

⁷⁹⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 197-198.

⁷⁹⁹ BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 78. De acordo com o autor, no contrato de mútuo, seja oneroso ou gratuito, a obrigação de restituir o capital não se insere num sinalagma, ela baseia-se na titularidade do dinheiro ou da coisa móvel mutuada. O sinalagma vai estabelecer-se entre os juros e a disponibilização do objeto mutuado.

⁸⁰⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXVI, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 97.

Porém, a tendência da doutrina moderna é a ampliação do conceito de sinalagma. Maria de Lourdes Pereira e Pedro Múrias, por exemplo, consideram sinalagmático – ou bilateral um contrato em que se autoriza a publicação de uma fotografia em troca da extinção de um débito, apesar de não se incluir neste sinalagma nenhuma obrigação, bem como um empréstimo a juros. De acordo com os autores, é ainda sinalagmático o contrato de seguro, embora o sinalagma se estabeleça entre a obrigação de pagar o prémio e a cobertura, e não entre aquela obrigação e a obrigação condicional da seguradora.⁸⁰¹

Igualmente, quando Miguel Brito Bastos analisa o sinalagma dos contratos de mútuo, indaga se esses contratos são sinalagmáticos, com o intuito de poder aplicar-lhes o conjunto das normas de execução dos contratos – designadamente a exceção de não cumprimento (artigo 428.º do Código Civil), a suspensão do cumprimento por degradação do patrimônio que responde pelo crédito (artigo 429.º do Código Civil), o regime específico do incumprimento (artigos 801.º, n.º 2 e 815.º, n.º 2, ambos do Código Civil) e a impossibilidade do cumprimento das obrigações (artigo 795.º do Código Civil) – e em que medida essas normas possam ser aplicadas, além de rejeitar um apriorismo no conceito de sinalagma e uma metodologia axiomático-dedutiva, assumindo que o conceito de sinalagma é um “termo intermédio” que exprime uma ligação entre um conjunto de situações, por um lado, e um bloco de consequências jurídicas que se produzem em qualquer dessas situações, sendo “a sua delimitação um *posterius* face à identificação do sentido dos critérios de decisão jurídicos decorrentes das fontes e do âmbito de aplicação destes.”⁸⁰²

O autor reconhece que há em doutrina posições no sentido de que o conceito de prestação utilizado nos enunciados legais sobre o direito do não cumprimento das obrigações é mais amplo do que aquele previsto no artigo 398.º do Código Civil ou em preceitos análogos e propõe um significado do vínculo sinalagmático e a extensão do conceito de sinalagma às atribuições não obrigacionais no sinalagma. O critério que o autor utiliza para separar qual o âmbito de situações a que o conjunto de normas que forma o regime do sinalagma se aplica é o de “identificar as razões justificativas dessas

⁸⁰¹ PEREIRA, Maria de Lourdes / MÚRIAS, Pedro. Sobre o conceito e a extensão do sinalagma. In *Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 382-383.

⁸⁰² BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 79-80.

normas e indagar se essas razões justificativas não procedem quanto a contratos nos quais as partes troquem vantagens não correspondentes a obrigações, caso em que aquelas normas lhes serão aplicáveis analogicamente.”⁸⁰³

Coloca, num primeiro plano, uma resposta aparentemente simples: “todo o regime do sinalagma visa assegurar a subsistência da relação de interdependência entre as obrigações sinalagmaticamente acoplada. Na verdade, todo o regime específico do sinalagma regula primariamente as projecções que a perturbação de uma obrigação tem na obrigação da contraparte.”⁸⁰⁴ Entretanto, consigna o autor que “a caracterização da acoplação sinalagmática como uma relação de “interdependência” (ou, o que é igual para o efeito) de “reciprocidade”, ainda que correcta e impressiva, não descreve esse vínculo com precisão suficiente para que as razões justificativas das normas que compõem o regime do sinalagma se tornem apreensíveis”.⁸⁰⁵ Assim, o autor descreve o vínculo sinalagmático como o vínculo existente entre duas obrigações quando cada uma dessas obrigações apenas se constitui e vincula o respectivo devedor se a contra-obrigação se constituir e se concretizar, apenas sendo assumida para que a contra-obrigação se realize. O sinalagma caracteriza-se, desta forma, como um vínculo de recíproca condicionalidade e causalidade.⁸⁰⁶

Ora, se o regime dos contratos sinalagmáticos se justifica pela existência deste tipo de vínculo entre as obrigações, o autor pergunta se o mesmo tipo de vínculo não se pode verificar em contratos nos quais pelo menos uma das partes concede à outra uma qualquer “vantagem” que não consiste num direito à realização de uma prestação. Dito de outro modo, as partes podem “pôr em vigor conteúdos contratuais nos quais “vantagens” que não tem natureza exclusivamente obrigacional são acopladas entre si nos moldes característicos do sinalagma”.⁸⁰⁷

⁸⁰³ BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 84.

⁸⁰⁴ BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 84-85.

⁸⁰⁵ BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 84-85.

⁸⁰⁶ BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 84-85.

⁸⁰⁷ BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 88-89.

Essa afirmação, por sua vez, suscita a questão sobre qual o regime a aplicar, a todas as situações em que uma destas atribuições não obrigacionais ou não se constitui ou é supervenientemente perturbada, bem como àquelas situações em que a contra-atribuição de uma atribuição não obrigacional sofre uma perturbação originária ou superveniente. Embora o ordenamento jurídico apenas regule os vínculos de sinalagmaticidade entre obrigações, isso não significa uma “indiferença do sistema a essas vicissitudes e o respectivo enquadramento no “espaço livre do direito” à luz das próprias valorações do sistema, em particular das que se encontram ínsitas no regime dos “contratos bilaterais”, a integridade da acoplação pretendida pelas partes entre as atribuições contratualmente instituídas e a sua correcção em situações de perturbação são pontos juridicamente relevantes, que reclamam uma decisão jurídica, ainda que *praeter legem*.”⁸⁰⁸

Em conclusão, se o ordenamento não possui normas que regulem outros tipos de atribuições que estejam entre si acopladas de forma idêntica à que se verifica entre as obrigações sinalagmáticas, o regime do sinalagma deve ser aplicado por analogia a todas as situações em que as partes estipulem “interdependência *hoc sensu* entre atribuições patrimoniais não obrigacionais.”⁸⁰⁹

Essas atribuições não obrigacionais podem corresponder à constituição, transmissão, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais. Aqui também vale como atribuição a proposta de Pedro Múrias⁸¹⁰, que, além de ter sido acolhida por Paula Costa e Silva no âmbito dos negócios processuais⁸¹¹, igualmente é adotada por Miguel Brito Bastos, quando analisa o sinalagma no contrato de mútuo.⁸¹² A conclusão de que o regime do sinalagma se aplica, em grande medida, aos nexos de interdependência

⁸⁰⁸ BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 88-89.

⁸⁰⁹ BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 89. Diversa é a situação encontrada na venda em mercado regulamentado de bolsa de valores, em que não é possível encontrar contrapartes com obrigações simétricas e sinalagmáticas. Daí poder saber-se quem entregou o que estava obrigado a entregar, mas nunca se saberá a que comprador deveria ter sido feita a entrega, em concreto. Nesse sentido, COSTA E SILVA, Paula. *As operações de venda a descoberto de valores mobiliários*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

⁸¹⁰ MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008, p. 798

⁸¹¹ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 64-65.

⁸¹² BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 91.

entre atribuições não obrigacionais torna útil um conceito amplo de relação sinalagmática, ainda que não pecuniária, como é evidente em alguns negócios processuais sobre a prova. Ademais, sendo o sinalagma “uma estipulação das partes, dentro dos limites da autonomia privada, essas podem conformá-lo como entenderem ser mais adequado às suas preferências, o que significa também acoplar sinalagmaticamente as atribuições que quiserem relacionar nesses moldes.”⁸¹³

Esse último aspecto, assim como é central na análise da questão sobre a aplicabilidade do regime do sinalagma ao contrato de mútuo, também o é aos negócios processuais sobre a prova. Por isso, é adotado o conceito amplo de sinalagma: a tutela da integridade da relação de recíproca condicionalidade e causalidade, para que, dessa forma, possa ser utilizado para um conjunto de situações juridicamente relevantes e os efeitos jurídicos aplicáveis pelo regime do sinalagma.

Assim, está aberta a porta para a aplicação das regras do sinalagma às convenções processuais sobre a prova, através do reconhecimento da lacuna que existe no ordenamento processual, pela interpretação e aplicação das normas que regulam os contratos bilaterais, considerando a caracterização do sinalagma, para efeito dos negócios processuais, como “um nexó existente entre duas atribuições contratuais que exprime que a vinculação de cada parte se constitui e persiste apenas *se e porque* a contra-parte se vincula reciprocamente”⁸¹⁴ e, dessa forma, considerando sinalagmáticos todos os negócios com vinculações reciprocamente dependentes, correspondam ou não a obrigações. Cuida-se do conceito amplo de sinalagma, que não considera apenas os casos de relação de troca entre deveres de prestação, mas ainda as relações de troca entre atribuições.

4. Órgão decisor e convenções probatórias

4.1 Relatividade dos contratos e as convenções probatórias *hiper-dispositivas*

⁸¹³ BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 91.

⁸¹⁴ BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 92.

A situação que envolve a intromissão dos terceiros no cumprimento das obrigações é um problema complexo que se insere no binômio direitos relativos/direitos absolutos, na conexão entre a responsabilidade contratual e extracontratual, com implicações da teoria do conteúdo da destinação, da doutrina do incumprimento eficiente e a questão da possível restituição dos lucros obtidos pelo devedor e pelo terceiro cúmplice.⁸¹⁵

Todas essas circunstâncias, somadas ao fato de que vigora o princípio da eficácia meramente relativa dos contratos, de acordo com o artigo 406.º, n.º 2, do Código Civil, impõe saber se a relação obrigacional é oponível a terceiros. A questão é relevante em sede de negócios processuais sobre a prova, tendo em vista a vinculação deles ao tribunal, já que o órgão decisor deve respeito aos contratos de prova e deverá fiscalizar o fiel cumprimento dos pactos pelas partes e fazer cumprir os negócios e a situação aqui descrita não se confunde com a violação de direitos absolutos pelo terceiro.

O percurso que levou, modernamente, ao rompimento da ideia de relatividade dos contratos, não foi nada fácil. Como assinala a doutrina, no direito romano clássico, o contrato a favor de terceiro não era admissível, pois, segundo Gaio: (...) *per extraneam personam nobis adquiri non posse*, ou seja, nada pode ser adquirido pra nós através de uma pessoa estranha. A ideia é retomada por Ulpiano e pelas *Institutiones* de Justiniano, através da célebre máxima: *alteri stipulari (...) nemo potest*, ou seja, nada pode ser estipulado, a favor de ninguém, por outrem. Trata-se de um princípio cuja aplicação é possível seguir em numerosas fontes clássicas. Pois bem, ele vinha pôr em causa não só a representação como os subsequentes contratos a favor de terceiro. No período pós-clássico, surgiram desvios à regra *alteri stipulari*. Com Justiniano, admitiu-se a doação com cláusula de prestar a terceiros, a administração contratada pela qual o administrador se obrigava a fornecer uma coisa a terceiro e outros. O direito comum manteve a concepção de base restritiva, mas as exceções, todavia, foram sendo alargadas.⁸¹⁶

⁸¹⁵ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 209.

⁸¹⁶ Por todos, KASER, Max. *Das römische Privatrecht*, München, C. H. Beck, 1971, p. 491.

O desenvolvimento do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos marcou um certo avanço na história do direito e desde muito tempo foi possível identificar exceções, atenuações ou complementações a esse dogma, a exemplo da oponibilidade dos contratos perante terceiros, pela existência de um fator de atribuição de eficácia mais extensa dos contratos vinculando terceiros, mesmo sem consultar previamente sua vontade ou contratos em favor de terceiro, e da ineficácia de certos atos praticados *inter partes*, mas que concebem prejuízos a terceiros, como a fraude contra credores, verdadeira mitigação da relatividade dos efeitos dos contratos. A verdadeira exceção ao caráter absoluto do princípio *res inter alios acta* verifica-se no efeito reflexo dos contratos sobre terceiros, que poderá ser meramente fático ou jurídico.

Posteriormente, com o desenvolvimento das relações contratuais de massa e do direito do consumidor, passou-se a admitir a figura do contrato em prejuízo de terceiro, assim entendido o que produz prejuízo reflexo a terceiros, mesmo sem ser essa a intenção dos declarantes. Invocando os princípios contratuais da função social e da boa-fé objetiva, pode-se admitir a incidência da doutrina do terceiro cúmplice, fundada num preceito ético de inegável alcance solidário. A doutrina reconduz a oponibilidade média da relatividade na produção de efeitos à teoria da responsabilidade do terceiro cúmplice, desenvolvida no direito anglo-saxônico e em França. Essa teoria questiona, caso ocorra o incumprimento de uma obrigação contratual, se o credor pode responsabilizar, além do devedor, também o terceiro que tenha provocado o incumprimento, concluindo, com o devedor, um contrato incompatível com o primeiro. Menezes Cordeiro menciona que o problema surgiu na Inglaterra medieval, na sequência da epidemia da peste negra, que dizimou as populações, e reapareceu no século XIX, aí se firmando a responsabilidade do terceiro que induzisse o devedor a não cumprir a obrigação. O autor ressalta que nos países de direito continental, o problema de admissibilidade de certos deveres obrigacionais, a cargo de terceiros, a propósito do terceiro cúmplice, levou a decisões nesse sentido. Fala, a propósito do terceiro cúmplice, numa relação de proximidade negocial, centrada em deveres de lealdade, em situação de conexão.⁸¹⁷

O próprio Pontes de Miranda sempre insistiu na ideia de que o direito das obrigações é o campo vasto e maior dos direitos relativos. De acordo com o autor, diante

⁸¹⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VI, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 399.

do credor haveria sempre o devedor pessoal e raramente a pretensão daquele alcançaria terceiro.⁸¹⁸

Tudo faz crer que foram as estipulações a favor de terceiro ou os contratos a favor de terceiros que romperam a firmeza do *res inter alios acta*, por influência da evolução do direito pretoriano, dos *iudicia bona fidei* e, mais propriamente, do esforço de Justiniano em abrandar o *ius civile*, mesmo sabendo que o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos vigorou nos setecentos e nos oitocentos em razão do fundamento da liberdade humana e que, visando protegê-la, firmou-se a ideia de que os contratos não podem ter eficácia além das próprias partes que neles consentiram.

Embora exista um pensamento clássico no sentido de que só as partes poderão violar os contratos, favorável à relatividade contratual⁸¹⁹, a doutrina moderna considera a via do abuso do direito como justificativa para quebrar a doutrina tradicional e servir de tutela indireta dos credores. De acordo com a ideia de Menezes Cordeiro, no sentido de que o abuso do direito prescinde de qualquer direito subjetivo e constitui o exercício disfuncional de posições jurídicas, com base na violação da boa-fé, permite-se que o terceiro seja responsabilizado com base nessa ilicitude.⁸²⁰

Com efeito, para os propósitos do presente estudo, deve ser admitida a responsabilidade obrigacional, fazendo recair sobre os terceiros o dever de respeitar os direitos alheios, especialmente para que as convenções processuais sobre a prova, quando válidas e eficazes, sejam respeitadas e cumpridas pelo tribunal, judicial ou arbitral. Os contratos probatórios são negócios processuais unilaterais ou bilaterais em

⁸¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXII, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 12.

⁸¹⁹ Entre outros, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.^a reimp. da 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 91 ss., FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, pp. 41 ss. Ainda, Luís Menezes Leitão conclui que “a obrigação tem como característica a relatividade estrutural e que o regime da responsabilidade patrimonial implica a admissibilidade de constituir direitos de crédito incompatíveis entre si, não tendo o direito de crédito anterior prevalência sobre o posterior. Em certos casos, porém, a constituição do segundo direito de crédito pode ser vista como abusiva, para efeitos do art. 334.^o, caso em que o terceiro poderá ser responsabilizado.” LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 95.

⁸²⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. V, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 406-409. Para o autor, o abuso do direito “reside na disfuncionalidade de comportamentos jurídico-subjetivos por, embora consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas regras se integrem.”

que as partes, no pleno exercício do autorregramento da vontade, disciplinam a eficácia jurídica decorrente da sua prática. Ao serem largamente admitidos no ordenamento jurídico, prestigia-se o direito fundamental à liberdade, que é integrante e rege o direito processual civil, muito embora seja o processo civil, indiscutivelmente, ramo do direito público, pois segue a tendência de ampliação da autonomia privada em sua regulamentação, fruto do modelo cooperativo de processo.⁸²¹

Como visto, há um certo consenso na doutrina tradicional em afirmar que o contrato em geral produz efeitos entre as partes, sem favorecer nem prejudicar terceiros. A doutrina reproduz o antigo aforismo romano de que *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, que no direito das obrigações é traduzido no princípio da relatividade dos efeitos do contrato, baseado na autonomia da vontade e na possibilidade de as partes estabelecerem vínculos jurídicos que afetem direta e exclusivamente suas próprias condutas, sem prejudicar nem beneficiar terceiros. Tanto é assim que os códigos oitocentistas apresentam a fórmula padrão de que “o contrato faz lei entre as partes”, ao estilo do artigo 1.134 do Código Civil dos franceses de 1804, preceito que é reproduzido em termos simétricos no artigo 702.º do Código Civil Português de 1867.

Essa construção dogmática ficou mais evidenciada quando se distinguiu a relatividade das obrigações da universalidade dos direitos reais. A doutrina menciona que no direito de crédito há uma verdadeira relação jurídica entre duas pessoas determinadas, o credor e devedor, enquanto que no direito real surge ou uma “relação” de aproveitamento da coisa ou uma “relação” universal, onde, em qualquer das leituras, é absoluto. Mais, no direito de crédito o credor está legitimado a exigir o cumprimento ao devedor e apenas ao devedor, enquanto que nos direitos reais o titular pode obter a restituição da coisa de qualquer terceiro (artigo 1311.º, n.º 1, do Código Civil), assim como, também de qualquer terceiro, pode exigir o respeito pela sua própria posição. Por fim, no direito de crédito, apenas o devedor pode faltar ao cumprimento incorrendo, quando o faça, em responsabilidade obrigacional (artigo 798.º e seguintes do Código

⁸²¹ DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017, pp. 31-33. A expressão “autorregramento” é de Pontes de Miranda, quando trata do “auto-regramento (dito “autonomia da vontade”)” e o direito das obrigações. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXII, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 11.

Civil), enquanto que nos direitos reais qualquer pessoa pode atingir a coisa, sujeitando-se, quando isso suceda, à responsabilidade aquiliana (artigo 483.º e seguintes do Código Civil).⁸²² Tais acepções estão interligadas justamente por assentarem, estruturalmente, numa relação jurídica entre duas pessoas, os créditos só produziram efeitos entre elas, só o devedor os podendo violar e, daí, só ele podendo ser responsabilizado. Pelo contrário, os direitos reais, por envolverem todas as pessoas do ordenamento, produziram efeitos perante qualquer uma delas, a qual, verificados os pressupostos, poderia ter de indenizar.

Essa condição específica do terceiro, que não se prejudica e tampouco se beneficia dos termos do contrato, foi de tal modo enaltecida que ultrapassou os limites do direito civil e ingressou no direito processual civil. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento, já chegou a pronunciar que “a sentença faz coisa julgada entre as partes que intervieram na relação processual (art. 472, CPC), não se estendendo a terceiros estranhos ao processo, quer para beneficiá-los, quer para prejudicá-los. *Res inter alios judicata tertiis nec prodest, nec nocet.*”⁸²³

Porém, esse dogma da decisão do processo que não prejudica nem beneficia terceiros também não é verdadeiro, a exemplo dos institutos da coisa julgada na alienação da coisa litigiosa e nas ações populares, entre outras situações. Por exemplo, a nova redação do artigo 506 do Código de Processo Civil brasileiro, ao alterar a segunda parte da primeira frase do artigo 472, inserindo, no lugar da frase “não beneficiando, nem prejudicando terceiros” apenas “não prejudicando terceiros”, excluiu a proibição de a coisa julgada poder beneficiar terceiros e libertou o direito brasileiro da velha e imprópria regra de que a coisa julgada não pode ser invocada por terceiro que não participou do processo. Como os terceiros podem estar diretamente envolvidos com a questão e, assim, ter concreto interesse na sua solução, o interesse deles na coisa julgada advém sobretudo da decisão acerca da resolução da questão prejudicial⁸²⁴, muito embora se saiba que no processo civil português a regra é a de que não há caso julgado sobre relações prejudiciais fora do processo respectivo, exceto se alguma das partes requerer o julgamento com essa

⁸²² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, tomo VI, Coimbra, Almedina, 2019, p. 394.

⁸²³ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, julgado em 07/08/2001, RMSA 23221/DF, Relator Ministro Celso de Mello.

⁸²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*, 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 310.

amplitude e o tribunal for competente do ponto de vista internacional e em razão da matéria e da hierarquia, a teor do artigo 91.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

Menezes Cordeiro, com razão, assinala que há situações histórica e sistematicamente consideradas obrigacionais que, seja por envolverem elementos potestativos, seja por implicarem direitos de gozo (pessoais), não se podem reconduzir a relações jurídicas e não são relativas. Para o autor, a relatividade estrutural deve ser tratada como uma característica tendencial, operante no plano do sistema, mas que não tem de estar concretamente presente em todas as situações obrigacionais. A relatividade é considerada como mero princípio. Com essas observações, o autor entende que se chega ao momento da “relativização da relatividade”, que é acompanhada pela “relativização da absolutidade” dos direitos reais e aproxima a ideia de relatividade na produção dos efeitos com a noção de oponibilidade ou produção potencial de efeitos, que distingue em oponibilidade forte, oponibilidade média e oponibilidade fraca.⁸²⁵

Menezes Cordeiro conclui que a relatividade das obrigações, no âmbito da produção de efeitos, apresenta aparentes flutuações, em função do tipo de oponibilidade que esteja em causa e em consonância com a ordem jurídica onde o problema se ponha. No tocante à oponibilidade forte, a regra é a sua natureza *erga omnes* nos direitos reais e

⁸²⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, tomo VI, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 392-396. De acordo com o autor, a oponibilidade forte traduz a pretensão que o titular de um direito tem de exigir o *quid* valioso que o direito lhe atribui, podendo ser *erga omnes* (o poder de reivindicar a coisa, conferido ao proprietário) ou *inter partes* (o poder de exigir o cumprimento ao devedor cometido ao credor). A oponibilidade média exprime a possibilidade, reconhecida ao titular, de solicitar o acatamento de deveres instrumentais que permitam o aproveitamento do *quid* valioso que lhe compita ou um melhor aproveitamento desse mesmo *quid*, que também pode ser *erga omnes* (o proprietário pode pedir silêncio aos vizinhos) ou *inter partes* (o credor pode exigir o acatamento, ao devedor, das prestações secundárias ou dos deveres acessórios). A oponibilidade fraca, que se manifesta na pretensão geral de respeito, tanto *erga omnes* (todos devem respeitar certa situação de propriedade) ou *inter partes* (o credor não pode piorar a situação do devedor). O autor admite exceções e conclui ao afirmar que no direito das obrigações, em princípio, o credor (só) pode exigir o bem, serviço ou valor a que tenha direito, ao próprio devedor. Será uma oponibilidade forte *inter partes*, que contracena com a oponibilidade forte *erga omnes*, que provém dos direitos reais. Contudo, essa regra não funciona sempre, podendo haver recortes negativos, quer nos direitos reais, quer nas obrigações. Tais recortes nem são (ou não são sempre) excepcionais, pois dependem do entrecruzar de normas, de princípios e de institutos. A oponibilidade forte *inter partes* (apenas) é tendencial e ordenadora. A oponibilidade média, reconhecida nas obrigações, admite que essas podem, para além da prestação principal, envolver prestações secundárias e deveres acessórios. É o caso do contrato a favor de terceiros pelo qual uma pessoa se obriga, perante a outra, a efetuar uma prestação a favor de um terceiro. O terceiro, nesse caso, não é parte, mas adquire imediatamente o direito à prestação, podendo exigí-la ao promitente, adquirindo, também, os direitos potestativos de rejeitar ou de adquirir à promessa, sendo que a adesão torna a promessa irrevogável. Conclui o prestigiado jurista com a afirmação de que “através dos contratos com proteção de terceiros, verifica-se que o devedor tem deveres para cumprir não apenas para com o credor mas, também, perante terceiros.”

inter partes nas obrigações. Os desvios ocorrem apesar da interação de outras normas e princípios. Designadamente nas obrigações, apenas perante institutos específicos se torna possível, ao credor, exigir a prestação a terceiros. Quanto à oponibilidade média, o autor enquadra as técnicas anglo-saxónica e francesa, que acabam por cair em saídas de tipo delitual, e a solução alemã, que trabalha com o alargamento dos deveres acessórios, atingindo figuras como o contrato com proteção de terceiros, trazendo uma saída obrigacional.⁸²⁶

Menezes Cordeiro reconhece que o direito civil português dispõe das duas vias historicamente elaboradas para o desenvolvimento harmonioso e adequado do sistema. A via da cláusula geral da boa-fé (artigos 227.º, n.º 1, 239.º, 334.º, 437.º, n.º 1 e 762.º, n.º 2), que permite segregar deveres de conduta, sempre que a harmonia do ordenamento o exija – linha alemã – e a via da cláusula geral da responsabilidade civil (artigo 483.º, n.º 1), que faculta uma *lata* cobertura aquiliana, como modo de prosseguir os valores básicos do sistema – linha napoleónica. Menciona, então, a chamada “eficácia externa”, a traduzir tudo aquilo que, nas obrigações, transcenda o círculo estreito entre credor e devedor, ou seja, tudo o que questione a relatividade pura. A partir de então, distingue a eficácia externa *lato sensu*, que corresponde a todos os elementos que superem a relatividade e, designadamente, o que chama de eficácia forte e média. Sugere que as questões ligadas aos deveres acessórios eficazes perante terceiros ou a formação de vínculos semelhantes aos contratuais, que respeitem a terceiros, têm solução à luz dos respectivos institutos e não devem, aqui, interferir, e a chamada eficácia externa *stricto sensu* ou própria, que tem a ver com a tutela aquiliana dos créditos.⁸²⁷

Uma solução interessante, mas não definitiva, do problema da relatividade dos contratos é a do direito francês, segundo a qual a sorte desses acordos varia conforme incidam ou não sobre as prerrogativas do juiz. Ou seja, quando o acordo entre as partes é suscetível de atentar contra as prerrogativas do juiz, sua eficácia depende de um acordo suplementar do juiz. Esse acordo do juiz é por vezes imposto por lei. Tal é o caso, por exemplo, da possibilidade ofertada às partes de requerer que os debates não sejam feitos em público. Nos termos do artigo 435 do Código de Processo Civil Francês, com efeito, o

⁸²⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, tomo VI, Coimbra, Almedina, 2019, p. 424.

⁸²⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, tomo VI, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 443-444.

juiz pode decidir que os debates serão feitos em sigilo quando sua publicidade possa violar direito à intimidade e à vida privada, ou se todas as partes demandarem, ou se a publicidade puder trazer desordem, perturbando a serenidade necessária para a administração da justiça.⁸²⁸ Esse acordo das partes não é imposto ao juiz, já que é precisamente ele que tem o poder de decidir a respeito.

No silêncio da lei, a jurisprudência ilustra outras hipóteses nas quais o acordo das partes fica subordinado à decisão do juiz. A primeira situação concerne ao fim da instrução perante o *Tribunal de Grande Instance*. Essa finalização será decretada, a princípio, por uma decisão que não precisa ser motivada e perante a qual não caberá nenhum recurso (artigo 782, CPC). Essa decisão tem por efeito remeter o processo ao tribunal para ser julgado (artigo 779, CPC), de modo que, finalizada a instrução, não se poderá formular nenhuma conclusão e tampouco submeter documentos ao juízo (artigo 783, CPC). Apenas uma causa grave pode levar à revogação da decisão a que conclui a instrução, e essa revogação deve ser decretada pelo próprio juízo, seja de ofício, seja por requerimento das partes. De forma unilateral ou comum, o requerimento pela revogação pode ser aceito pelo juiz, mas o fato de ter sido apresentado por ambas as partes não o impede de rejeitá-lo. O resultado do requerimento conjunto de reenvio a uma audiência posterior é um segundo exemplo. Essa hipótese deu lugar a uma interessante sentença, prolatada em 24 de novembro de 1989 pela Assembleia Plenária da Corte de Cassação. Nesse julgado, a Corte de Cassação assinalou que se as partes detêm a livre disposição do processo, é ofício do juiz garantir seu bom desenvolvimento e em um prazo razoável, de modo que depende da faculdade discricionária do juiz a possibilidade de aceitar ou rejeitar o reenvio à audiência posterior de um assunto já fixado para determinada audiência, desde que as partes tenham a possibilidade de exercer seu direito a um debate oral. Se as partes estão de acordo em não continuar com o processo, o juiz pode proceder à sua anulação. As partes não podem ser sacrificadas no altar da eficiência procedimental, tendo o seu poder de iniciativa recuperado em termos de perdas e danos.⁸²⁹

⁸²⁸ CADIET, Loïc. Les conventions relatives au proces en droit français : sur la contractualisation du reglement des litiges, In *Accordi di parte e Processo. Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXII, n. 3, 2008, p. 22.

⁸²⁹ CADIET, Loïc. Últimas evoluções da contratualização da justiça e do processo: os protocolos de procedimento. In *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, pp. 112-130.

A ideia de que o vínculo da convenção processual opera tão-somente entre as partes dos contratos probatórios, sem que sejam afetados direitos ou interesses de terceiros, não participantes dos acordos processuais, algo comum no modelo clássico, não se coaduna mais com o solidarismo contratual e com a função social do contrato, que não serve mais apenas às partes e aos interesses econômicos e pessoais dos contratantes. Assim, a doutrina admite que a celebração de acordos, tanto na esfera material como na esfera processual, possa repercutir em relação aos terceiros, de forma direta ou indireta. Muito embora as partes sejam vinculadas pelos contratos, os efeitos dessas convenções podem “vez por outra” atingir os terceiros. Ou seja, os terceiros “sofrem efeitos” das relações jurídicas estabelecidas entre as partes. Esses efeitos são qualificados como “efeitos de fato”, “efeitos reflexos”, efeitos indiretos” ou “efeitos secundários”. A esfera jurídica do terceiro é atingida porque sofre interferência das regras definidas pelas partes.⁸³⁰

Portanto, o princípio de que os efeitos do contrato apenas se produzem *inter partes*, de que o contrato permanece *res inter alios acta*, deve incluir no conceito de parte aqueles sujeitos que não consentiram na formação do contrato, mas podem ser por ele afetados. Por exemplo, através dos negócios processuais sobre a apreciação da prova as partes determinam ao tribunal o modo como deve ser exercido o dever de decidir. Nessas situações, evidentemente, o tribunal não participa da formação do negócio processual, embora seja por ele afetado. Não sendo assim, já que o negócio processual sobre a prova atinge, direta ou indiretamente, aqueles que não participaram da avença, fica evidente que essas pessoas serão tocadas, ainda que reflexamente, pelos efeitos do contrato, especialmente no que diz respeito à fiel observância dos pactos pelo tribunal.

Some-se a isso o fato de que a finalidade da prova é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à prolação da sua decisão.⁸³¹ Em outras palavras, o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença

⁸³⁰ Com profundidade, Antonio do Passo Cabral, quando trata do *pacta sunt servanda* e a relatividade dos acordos processuais. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 248-250.

⁸³¹ No sentido de que a finalidade da prova é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à prolação da sua decisão, ECHANDÍA, Hernando Devis *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, Buenos Aires: Victor P. de Zavallía, 1970, pp. 239-250.

de tê-la alcançado, além de permitir a formação da convicção judicial quanto à existência dos fatos da causa. Tendo em vista que a finalidade da prova é convencer o juiz, pode-se dizer que o juiz é o principal destinatário da prova.⁸³² O juiz é quem precisa saber acerca da verdade (relativa e provável) quanto aos fatos, para que possa decidir. É o destinatário principal e direto da prova, enquanto as partes são os destinatários indiretos, pois precisam se convencer da verdade para que acolham a decisão judicial. O juiz vincula-se às convenções processuais mesmo não sendo parte delas, mas atua como aplicador das normas jurídicas válidas do contrato, tem o papel de incentivo e controle das cláusulas contratuais, além de, em determinadas situações, expressamente previstas na lei processual, homologar, por meio de decisão judicial.⁸³³

Além disso, como já referido, Paula Costa e Silva destaca que dos negócios processuais podem não decorrer deveres para as partes, mas apenas para terceiro, porque a convenção poderá atingir uma dada situação jurídica e deve obediência ao contrato probatório o titular da situação jurídica cuja modelação ocorre através dele. A autora sublinha que os negócios processuais, através dos quais as partes modelam o modo de exercer situações jurídicas processuais pelo juiz, seriam uma espécie de negócios *hiper-dispositivos*. A hipérbole deve-se ao fato de, na terminologia de James Goldschmidt⁸³⁴, os negócios processuais serem, todos eles, dispositivos (por contraposição aos atos postulativos).⁸³⁵

⁸³² No sentido de que permanece o juiz como o destinatário final da prova MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, vol. 2. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, p. 411.

⁸³³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 255-270. O autor menciona a desnecessidade de homologação prévia, salvo nas hipóteses em que a lei expressamente prevê controle prévio (a homologação como condição de eficácia), nas hipóteses em que a homologação está inserida voluntariamente pelas partes em ato conjunto para fins de constituir título executivo judicial. Por exemplo, em caso de violação do artigo 191 do Código de Processo Civil Brasileiro, que trata do calendário processual, celebrado, de comum acordo, entre as partes e o juiz, como técnica processual voltada para a gestão eficiente do processo, ocorrerá a perda do direito processual cujo exercício se encontra agendado e a perda da vantagem que poderia ser obtida e não dispensa a parte do cumprimento de deveres previamente marcados, cuja violação expõe a litigância de má-fé, notadamente pela frustração da confiança dos demais participantes do processo. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*, 5.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, pp. 337-338.

⁸³⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozeß als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, Springer, 1925, pp. 456-457.

⁸³⁵ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 116-117.

Os negócios *hiper-dispositivos* estão presentes no direito probatório, já que as partes, além de poderem regular a distribuição do ônus da prova, podem regular a apreciação da prova pelo julgador e os *standards* probatórios ou graus de prova. Nesses casos, é inegável ser o juiz atingido na sua esfera de julgamento em relação aos contratos probatórios, já que se trata do principal destinatário da prova e disso dependerá para proferir a decisão judicial que visa a resolução do litígio entre as partes que celebraram os contratos.

Logo, o tribunal não poderá dispor de poderes supletivos às faculdades das partes para determinar a apresentação ou a produção de outras provas que julgar necessário, além das provas constantes dos negócios de prova, tendo que se conformar com aquelas já apresentadas ou produzidas, tendo em conta que as convenções probatórias atingirão uma dada situação jurídica e podem repercutir na esfera dos poderes do tribunal. O titular da situação jurídica cujo ajuste ocorre através do contrato probatório deve obediência a ele, já que se trata de negócio processual através do qual as partes regulam o modo de exercer situações jurídicas processuais pelo juiz, a saber, o dever de julgar.

Se o tribunal deixa de observar a convenção ao julgar a causa, essa violação pode aproximar-se de algo parecido com aquilo que ficou consignado a respeito da doutrina do terceiro cúmplice.

4.2 Tutela dos terceiros e o tribunal

Provavelmente, muitos afirmarão ser impossível que o negócio processual sobre a prova institua deveres processuais ao tribunal. Mas, se isso puder ser verdade, muito possivelmente esses mesmos sustentarão que a violação dos deveres processuais instituídos ao tribunal é algo juridicamente impossível. Todavia, os exemplos e a rotina dos negócios sobre a prova irão comprovar que os deveres criados por negócio probatório podem ser violados, na maior das vezes, pelas partes do negócio, porém, noutras poucas vezes, por terceiro, que é o tribunal.⁸³⁶

⁸³⁶ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 15.

Para que se possa chegar a essa conclusão, parece interessante entender a semelhança e a aproximação que poderá existir entre os negócios processuais sobre a prova e os contratos com eficácia de proteção para terceiros, quando são analisadas as repercussões dos primeiros em relação ao tribunal, estadual ou arbitral. Portanto, aqui serão analisadas as repercussões dos contratos probatórios em relação ao órgão decisor na perspectiva da tutela dos terceiros.

No âmbito da ideia de tutela dos terceiros, o que tornou a solução do problema possível foi a constatação de que em cada contrato se encontram um conjunto de obrigações. Enquanto algumas delas são obrigações primárias, outras são obrigações secundárias. Além dessas obrigações, os deveres acessórios muitas vezes assumem a forma de deveres de proteção (*Schutzpflichten*). Nesse sentido, Menezes Cordeiro sublinha que a proteção de terceiros é colocada no início do século XX, particularmente perante os eventos da grande guerra de 1914-1918 até o segundo pós-guerra.⁸³⁷

Na doutrina brasileira, Judith Martins-Costa distingue os deveres anexos, que são instrumentais ao dever principal de prestação, dos deveres de proteção, que não são correlativos aos interesses de prestação, mas aos interesses de proteção, implementados por deveres de proteção. A autora menciona a confusão entre as espécies de deveres – anexos ou instrumentais, de um lado, deveres de proteção ou laterais, de outro – e esclarece que a distinção se impõe em vista do interesse que visam assegurar. Em sentido técnico, os deveres de proteção diferenciam-se dos deveres de prestação – principal e secundários, bem como dos deveres anexos aos da prestação – porque visam implementar uma “ordem de proteção entre as partes”.⁸³⁸ Assim, os deveres de proteção não são voltados ao *praestare*, já que o interesse que tutelam é outro, para que, da relação obrigacional, independentemente da realização da prestação, não resultem danos injustos para a contraparte. Os deveres de proteção não estão limitados à relação contratual, podendo estender-se para a fase de formação do contrato e até mesmo surgir para pessoas que não são partes num contrato.

⁸³⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VII. 2.^a reimp. da 1.^a ed. do tomo II da parte II de 2010, Coimbra, Almedina, 2016, p. 651.

⁸³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado - critérios para a sua aplicação*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2018, pp. 241-248.

Na doutrina portuguesa, igualmente existe posição no sentido de que os deveres acessórios da prestação não se confundem com os deveres não acessórios da prestação, que também são designados por deveres de proteção.⁸³⁹ Manuel Carneiro da Frada reconhece que no caso desses deveres a fluidez terminológica é grande e conclui que a eficácia de proteção visa compensar a potencialidade de danos nas esferas dos intervenientes que o contrato inquestionavelmente pode propiciar. Ainda, de acordo com o autor, a consciência da independência dos deveres de proteção em relação ao nível da prestação possibilitou um alargamento quanto aos seus sujeitos ativos e passivos, reconhecendo como titulares dos deveres de proteção certos terceiros em atenção aos riscos pessoais ou patrimoniais advindos da execução do contrato, os quais o devedor deveria prevenir.⁸⁴⁰

A célebre decisão inglesa de *Cavalier versus Pope* ilustra bem a diferença. Nesse caso, o marido fez um contrato de aluguel em uma propriedade, mas foi sua esposa que ficou ferida devido ao estado defeituoso do imóvel. Ela não tinha contrato com o locador e, como não havia lei que a tutelasse, os tribunais consideraram que ela também não poderia ter sucesso. Na ausência de circunstâncias específicas em contrário, a mulher poderia não ser vista como terceiro beneficiário do contrato de arrendamento, no sentido de poder exigir a tutela específica da obrigação primária do locador de entregar o imóvel locado. Também não seria ela, por sua vez, obrigada a cumprir a obrigação primária do arrendatário, isto é, pagar o aluguel acordado. No entanto, seria ela abrangida pelo “âmbito de proteção” do contrato, de modo a responsabilizar o locador por qualquer violação de seus deveres acessórios de manter as instalações em condições seguras, consubstanciada na recondução do efeito “proteção de terceiros” a uma relação legal unitária assente na tutela dos deveres acessórios e não na prestação das obrigações primárias.⁸⁴¹

Segundo Menezes Cordeiro, a figura dos contratos com proteção de terceiros deve ser tratada na perspectiva da constituição das obrigações e no espaço da paracontratualidade. De acordo com o autor, a proteção de terceiros surge quando um

⁸³⁹ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 237.

⁸⁴⁰ DA FRADA, Manuel Carneiro. *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra, 1994, pp. 43-44.

⁸⁴¹ Acórdão de 22/06/1906, julgado pela *House of Lords*, em AC 428, HL.

contrato, para além de dispensar prestações principais a quem neles seja parte, promanam deveres acessórios, não apenas para as próprias partes, mas, ainda, para terceiros, com a consequência de estes terceiros “poderem, no caso de violação contratual, lançar mão de pretensões contratuais contra as partes no contrato, ou contra alguma delas.”⁸⁴²

A fundamentação inicial da tutela dos terceiros contou com o recurso a uma interpretação complementar do contrato, baseada no § 157 do BGB. Depois e perante as dificuldades de, por via interpretativa, abranger terceiros, passou-se à análise do instituto a partir do recurso a um “contrato tácito”, também a favor de terceiro. Até que em *BGH 25-abr.-1956* o tribunal julga um caso em que um fornecedor vende a uma sociedade detentora de uma fábrica, uma determinada máquina, sabendo, naturalmente, que ela se destinava a ser usada pelos trabalhadores, terceiros ao contrato. A máquina era perigosa e estava mal explicada, vindo um trabalhador a ferir-se. O trabalhador acionou o fornecedor por responsabilidade contratual e obteve êxito. A decisão recebeu aplausos da doutrina, que mencionou a solução adequada, em que estariam em causa deveres de proteção, imputáveis ao princípio da boa-fé, e a partir desse, por assim dizer, *leading case*, sucedem-se os diversos casos emblemáticos mencionados na obra de Menezes Cordeiro envolvendo a proteção de terceiros.⁸⁴³

Sob a influência de Karl Larenz, a nova noção de tutela dos terceiros foi cada vez mais separada da tradicional *Vertrag zugunsten Dritter*, essa já regulada pelo BGB, e aquela baseada na ideia mais indiferente de boa-fé contida no § 242 do BGB.⁸⁴⁴ No âmbito doutrinário, com uma consistência bastante maior que a dos tribunais, menciona-se a necessidade de satisfação de determinados requisitos para que a tutela contratual possa atingir o terceiro. Em primeiro lugar, deve existir uma relação especialmente próxima entre o terceiro e as partes do contrato, normalmente designada por proximidade da

⁸⁴² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VII. 2.^a reimp. da 1.^a ed. do tomo II da parte II de 2010, Coimbra, Almedina, 2016, p. 650.

⁸⁴³ Em *BGH 15-mai.-1959*, o tribunal julgou a situação de uma empresa que fornecia a uma fábrica siderúrgica um meio protetor de ferrugem e durante anos fez a entrega de um produto não-inflamável. Subitamente e sem explicações, mudou o fornecimento para um produto combustível e este, numa aplicação, inflamou-se, vindo uma trabalhadora a sofrer queimaduras. A lesada demandou diretamente a fornecedora e obteve ganho de causa quando o tribunal, por via da boa-fé, considerou violados os deveres de proteção. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VII. 2.^a reimp. da 1.^a ed. do tomo II da parte II de 2010, Coimbra, Almedina, 2016, p. 652.

⁸⁴⁴ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrecht*, vol. I, 14.^a ed., München, 1987, pp. 224-231.

periculosidade (*Leistungsnähe*). Em segundo lugar – e este é um requisito que tem sido livremente interpretado pelos tribunais – quaisquer das partes deve ter algum interesse em proteger o terceiro. A linguagem habitual afirma que o credor deve ser responsável pelo terceiro para melhor ou para pior: *Wohl und Wehe*. Finalmente, as partes do contrato devem ter sido capazes de prever que o terceiro sofreria danos no caso em que ela – a parte do contrato – executasse mal sua obrigação. Com base nesses requisitos, a doutrina menciona, em termos gerais, que a proteção de terceiros surge quando, em face de um contrato, alguém que não seja parte, mas tenha uma proximidade visível, perante a prestação principal e em face do credor, justifique a extensão do círculo de proteção do contrato em relação a esse alguém. Os deveres acessórios que vigoram entre as partes podem abranger a tutela da posição de terceiros.⁸⁴⁵

Aqui a análise ganha relevância para os efeitos do processo, que adquire esse *status* com o exercício do direito de ação. É a partir da iniciativa do autor em propor a ação perante o poder jurisdicional que o processo passa a ser visualizado na perspectiva de um círculo, que envolve as partes (autor e réu) e o tribunal, numa representação linear. Daí em diante, surgem para as partes e para o tribunal as situações jurídicas processuais, que envolvem poderes, deveres, ônus e, em caso de conclusão dos negócios processuais probatórios, surgem as chamadas “atribuições negociais processuais”.

Ora, quando assomam essas atribuições, dada a proximidade que existe entre as partes e o tribunal (terceiro), se é verdade que a posição do terceiro é tutelada nos contratos com eficácia perante terceiros (deveres de proteção), não pode ser menos verdade que o terceiro (tribunal), nos negócios processuais probatórios, têm o dever de dar tutela às posições jurídicas assumidas pelas partes (dever de tutela), não criando óbices ao cumprimento das vinculações por elas assumidas, além de não violar as disposições jurídicas constantes dos negócios processuais válidos.⁸⁴⁶

⁸⁴⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 358-359.

⁸⁴⁶ No sentido de que o juiz tem o dever de aplicar a norma convencional, seja quando a regra do acordo conformar o procedimento, seja para dar cumprimento ao negócio nos casos em que outros sujeitos tiverem de cumprir, SACHSE. *Beweisverträge*. In *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, vol. 54, Berlin, 1929, p. 416, SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1968, p. 47, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 256.

De acordo com essa ideia, os contratos probatórios podem ser representados perante o tribunal através do círculo de proteção (*tutela*) do contrato, algo inerente aos contratos com eficácia perante terceiros. No caso dos negócios processuais, na medida em que o *círculo de tutela* apanha o autor, o réu e o tribunal, este último, que se encontra em proximidade com aqueles, é alcançado pelos deveres de tutela, na ótica de que se passa a exigir-lhe os deveres de respeito, observância e cumprimento dos negócios processuais probatórios, quando sejam válidos e eficazes.⁸⁴⁷ É uma via de mão dupla. Sendo os contratos probatórios, em relação ao órgão decisor, algo similar aos contratos com eficácia perante terceiros, o terceiro (tribunal) deverá, logicamente, tutelar as posições jurídicas das partes, algo similar à função dos chamados deveres acessórios de tutela. A boa-fé passa a ser algo como inseparável de qualquer situação que envolva contratos que possam produzir efeitos perante terceiros, o que não se confunde, jamais, com aqueles pactos estipulados a favor de terceiros.⁸⁴⁸

Nas obrigações em geral, alguém que não seja parte do contrato, mas tenha com ele uma proximidade, ou seja, o terceiro, a partir dessa situação de proximidade com as partes do negócio assume uma confiança legítima no bom desenrolar dessa prestação. Nos negócios processuais, o terceiro, que é o tribunal, vem a ser envolvido pelos deveres emanados do contrato, especialmente pelo dever de dar tutela ao cumprimento dos contratos. Esses deveres de tutela, assim como os deveres que as partes assumem perante o terceiro, oriundos do direito das obrigações, não têm origem contratual, já que, em ambos os casos, ele – o terceiro – não é parte no contrato.

No direito processual, os negócios processuais, aqui incluídos os contratos de prova, também produzem efeitos perante o terceiro, que é o juiz, no sentido de,

⁸⁴⁷ Aqui, vale lembrar a lição de Pontes de Miranda, quando trata da eficácia quanto a terceiros, no sentido de que a eficácia que se irradia em direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções não é toda a eficácia dos fatos jurídicos e daí poder o negócio jurídico não produzir dívida ou direito a favor de terceiro, mas estender-se ao terceiro a eficácia da dívida ou do direito. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXVI, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 269.

⁸⁴⁸ Admitindo que na sequência da celebração da convenção nascem, assim, em qualquer um dos contextos, efeitos para sujeitos terceiros, relativamente ao pacto celebrado, SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *As convenções de prova em processo civil*, tese de doutoramento, Universidade de Coimbra, 2017, pp. 101-103. A autora, depois de concluir que os pactos de prova podem repercutir na esfera do juiz, passa a incluir as convenções probatórias na categoria geral dos contratos cujos efeitos se repercutem em terceiros, mas ressalta que esta modalidade de convenção de prova não se confunde com figuras igualmente incluíveis nessa classe negocial, designadamente com os contratos a favor de terceiro, com prestação por terceiro, a cargo de terceiro, ou com os contratos para pessoa a nomear.

juntamente com as partes, não violar as disposições contratuais, quando forem válidas e eficazes. A partir dessa noção é que se verifica a semelhança entre os negócios processuais e os contratos com eficácia perante terceiros. Ambos tutelam a posição dos terceiros. Se o juiz, em relação ao negócio processual, é um terceiro, deverá “não apenas cumprir os acordos processuais, como também dar-lhes cumprimento.”⁸⁴⁹

Ao longo dos novecentos e a partir deste século o desenvolvimento jurisprudencial referente ao contrato com proteção de terceiros foi tal que culminou na inclusão na reforma de 2001/2002 do BGB, conforme dispõe o atual § 311, n.º 3, que agora expressamente admite a hipótese de também poder surgir uma relação obrigacional, com deveres no sentido do § 241, n.º 2, perante pessoas que não sejam, elas próprias, partes no contrato. Semelhante relação obrigacional surge, particularmente, quando o terceiro depositar uma especial confiança e através disso as negociações estruturais ou a conclusão do contrato sejam consideravelmente influenciadas. De notar-se, conforme anota a doutrina, que o preceito em tela não cobre todas as situações de proteção de terceiros, além de não dar critérios concretos de decisão. Menezes Cordeiro menciona que várias são as vozes discordantes relativamente à própria figura e ao seu sentido e procura-se minorar a figura ao atribuir-lhe mero alcance subsidiário, sem prejuízo pelos arranjos futuros que o direito fará.⁸⁵⁰

Nas obrigações em geral, ilustrativa, a respeito do tema do contrato com eficácia para terceiros, é a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, ao verificar se a relação existente entre a Administração, as empresas privadas concessionárias de bens públicos e os utentes das auto-estradas constitui um contrato com eficácia de proteção para terceiros. Face à relação trilateral que se estabelece entre o cedente, a concessionária e os utentes, tem sido defendida, nessa base, a aplicação de uma figura intermédia entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual considerada a coberto do artigo 486.º, que são os denominados contratos com eficácia para proteção de terceiros, negócios jurídicos nos quais o dever de cumprimento pontual da prestação perante o credor protege interesses tuteláveis de um terceiro estranho à relação

⁸⁴⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 270-271.

⁸⁵⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VII, 2.ª reimp. da 1.ª ed. do tomo II da parte II de 2010, Coimbra, Almedina, 2016, p. 656.

contratual, ao qual, porém, não é facultado o direito de exigir essa prestação. Afirma com razão o acórdão que “a figura dos contratos com eficácia de protecção de terceiros surgiu no direito alemão com a finalidade de ultrapassar limitações, nesse ordenamento, da responsabilidade extracontratual. Nessa base, o terceiro, inserido no âmbito de protecção do contrato, teria direito à mesma tutela atribuída ao credor da prestação, aplicando-se, no que respeita ao ônus da prova, as regras da responsabilidade obrigacional.”⁸⁵¹

A despeito das substanciais evoluções e modernizações no direito das obrigações alemão, a reforma deixou descobertas, ainda, diversas situações, a exemplo do atual § 311, n.º 3, que não tratou das convenções probatórias. Mesmo em doutrina, nunca se pensou que essa modalidade de negócio processual tivesse qualquer semelhança ao contrato com eficácia de protecção para terceiros, ideia que parece absolutamente correta.⁸⁵² Se o tribunal não é parte no negócio processual⁸⁵³, com maior relevo deve ser tratado como um terceiro desinteressado. Até porque se o tribunal tiver interesse no resultado da demanda estar-se-á diante de caso de impedimento do decisor, situação em que nenhum juiz pode exercer as suas funções, em jurisdição contenciosa ou voluntária, quando seja parte na causa, por si ou como representante de outra pessoa, ou quando nela tenha um interesse que lhe permitisse ser parte principal, a teor da letra *a* do inciso I do artigo 115.º do Código de Processo Civil.

Aliás, a ideia de que os contratos probatórios possuam semelhança no direito material com os contratos com eficácia de protecção para terceiros em relação ao tribunal nunca foi levantada pela doutrina, muito provavelmente, em razão do já consagrado desenho da conclusão desses pactos como sendo espécie dos atos jurídicos processuais,

⁸⁵¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, julgado em 26/02/2004, proc. n.º 04B2885, disponível em www.dgsi.pt.

⁸⁵² Já havia notado a questão não expressamente resolvida pela lei processual, relativamente à aplicabilidade aos atos processuais, máxime aos negócios processuais, do regime constante do artigo 437.º do Código Civil, relativo à alteração das circunstâncias, COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 617-618 e 627. A autora reconhece que ordenamento processual não é insensível à figura da alteração das circunstâncias, a exemplo do caso julgado, e considera-o a “expressão processual da figura da base do negócio”.

⁸⁵³ Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil entendeu que o juiz não é parte na convenção processual. Em seu voto, referiu o Ministro Relator que “ele não será parte da convenção, pois não titulariza situações processuais em nome próprio, mas sim em nome do Estado. Assim, não pode dispor de situação alguma. A concordância do magistrado atuará no plano da eficácia somente, e não da existência ou validade da pactuação.” Acórdão de 23 de fevereiro de 2021, Recurso Especial n.º 1.810.444-SP.

muito embora alguns admitam que a resolução ou resilição do negócio processual venham a prejudicar terceiros de boa-fé, como, por exemplo, o cessionário. Por esse motivo, a doutrina entende que essas cláusulas só serão eficazes aos terceiros se não ferirem expectativas legítimas de manutenção do acordo.⁸⁵⁴

Além disso, de acordo com aquilo que já ficou consignado, a moderna civilística vem denunciando a relatividade dos pactos e pugnando a relativização desse princípio, por vislumbrar a possibilidade de que a responsabilidade contratual venha a atingir terceiros que tenham sido lesados pela inexecução do contrato. Em outras palavras, mesmo não sendo parte da convenção, pode o terceiro, que se vir prejudicado pelo inadimplemento e pela subsequente resolução do negócio, exigir indenização em face dos acordantes responsáveis. Se o terceiro pode ser atingido pela violação do negócio parece que também seria o caso de admitir, pela via de mão dupla, que em negócios processuais ele possa ser o titular da violação desse mesmo negócio.

Portanto, segundo esse entendimento, em relação ao tribunal, estadual ou arbitral, em contratos probatórios, surge a proteção de terceiros quando alguém, em face de uma atribuição de que não seja parte, mas tenha uma proximidade aparente diante das partes, justifica a extensão, em relação a esse alguém, do *círculo de tutela* do contrato. Essa extensão pode ser traduzida pela chamada eficácia externa, que transcende o círculo de tutela das partes e supera a relatividade obrigacional, consubstanciada nos deveres acessórios, que podem abranger a tutela da posição dos terceiros. Assim como a posição do terceiro é objeto de tutela, ele também possui o dever de tutelar as posições jurídicas contratualmente assumidas pelas partes e não criar impedimentos ao cumprimento dos negócios processuais. Aqui se descortina o “lado curioso dos negócios processuais: deles podem não decorrer *deveres* para as partes, mas apenas para terceiro.”⁸⁵⁵

Do mesmo modo, a boa-fé processual é algo indissociável para que o terceiro (tribunal) possa exercer o dever de tutela das posições das partes no processo, incluindo as disposições assumidas em negócios processuais. De acordo com o artigo 5.º do Código de Processo Civil Brasileiro, aquele que de qualquer forma participa do processo deve

⁸⁵⁴ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 273

⁸⁵⁵ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 116.

comportar-se de acordo com a boa-fé e isso evidentemente inclui o tribunal. No sentido de que o tribunal deve tutelar as posições das partes em negócios processuais, a boa-fé pode ser reduzida à própria segurança jurídica, em razão da necessidade de proteção à confiança legítima, que, por sua vez, é um dos elementos da segurança jurídica.⁸⁵⁶

4.2.1 Deveres acessórios de proteção e convenções probatórias

Sabidamente, no âmbito do direito substancial, o dever de prestação principal é aquele que opera como núcleo da obrigação considerada, embora não esgote o conteúdo da obrigação. A primeira categoria de prestações principais é a das prestações de fato ou de *facere*, que consistem na efetivação ou na não-efetivação de uma determinada conduta, ou em prestações positivas ou prestações negativas. As prestações de fato podem ainda ser fungíveis ou infungíveis, conforme possam ou não ser prestadas por terceiro, sendo o caso de se recorrer ou não à execução específica pelo tribunal. As prestações de *dare* ou de entregar coisa são aquelas que se traduzem na passagem de uma coisa para o âmbito de influência do credor, tendo um sentido empírico que se reduz pela passagem material da coisa da esfera do devedor para a esfera do credor. A doutrina ainda menciona a categoria das prestações de *pati*, que consistem no devedor se sujeitar a uma atuação à qual, em princípio, ele se poderia opor.⁸⁵⁷

O dever de prestação secundária segue no geral o regime da prestação principal e traduz atuações do tipo instrumental que complementam a principal e podem resultar supletivamente da lei. A doutrina entende que as prestações secundárias não se confundem com os deveres acessórios, já que aquelas dão azo a pretensões de cumprimento e podem ser objeto de execução específica enquanto estes visam a “acautelar materialmente o vínculo obrigacional”. Isso significa que os deveres acessórios possuem a função de tutelar os figurantes da relação jurídica, no âmbito pessoal e

⁸⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*, 5.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 167.

⁸⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VI, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 507-513.

patrimonial, bem como proteger terceiros que, com a obrigação assumida entre as partes, tenham um especial contato.⁸⁵⁸

Menezes Cordeiro faz uma bipartição dos deveres acessórios e os distingue num círculo interno, no qual integram os deveres acessórios que visem ao reforço e à substancialização do dever de prestar, nomeadamente os deveres de informação e de lealdade ao contratado. Já o círculo externo compreende os deveres dirigidos aos interesses circundantes e colaterais, especialmente a integridade patrimonial, pessoal e moral, com destaque para os deveres de segurança e lealdade geral. O autor ainda coloca as seguintes distinções entre os deveres de prestar e os deveres acessórios, dignas de nota. Enquanto os deveres de prestar fundam-se, paradigmaticamente, na autonomia privada, os acessórios são acorados na boa-fé. Os deveres de prestar vinculam o devedor e os deveres acessórios envolvem ambas as partes. Os deveres de prestar visam ao “efeito prestação”, ou, pelo menos, ao “efeito atuação”, quando este seja o visado, já os deveres acessórios dirigem-se para os efeitos “substancialização” e “integralidade”. Enquanto que os deveres de prestar são diretamente disponíveis pelos figurantes, os acessórios, por decorrerem da lei, operam sempre que se mostrem reunidas as respectivas condições constitutivas. Os deveres de prestar surgem com a conclusão do negócio e cessam com o cumprimento, já os acessórios podem ser pré ou pós eficazes. Os deveres de prestar cessam quando a respectiva fonte seja declarada nula ou anulada e os acessórios mantêm-se, nessas eventualidades, prosseguindo os seus fins de tutela. Os deveres de prestar cingem-se às partes e os acessórios podem tutelar terceiros e, finalmente, os deveres acessórios, designadamente aqueles que o autor inclui no círculo externo, podem constituir-se ou até subsistir sem que exista um dever de prestar. A obrigação existirá apenas ancorada nos deveres acessórios, não havendo deveres de prestar.⁸⁵⁹

De seu turno, Luís Menezes Leitão, quando cuida da chamada complexidade intra-obrigacional, sublinha que a obrigação constitui uma realidade complexa, que permite abranger (i) o dever de efetuar a prestação principal, que pode ser analiticamente decomposto em sub-deveres relativos a diversas condutas materiais ou jurídicas, (ii) os

⁸⁵⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VI, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 514-516.

⁸⁵⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VI, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 530-531.

deveres secundários de prestação, que correspondem a prestações autónomas ainda que acordadas com o fim de complementar a prestação principal, sem a qual não fazem sentido, (iii) os deveres acessórios, impostos pela boa-fé, que se destinam a permitir que a execução da prestação corresponda à plena satisfação do interesse do credor e que a execução não implique danos para as partes, (iv) as sujeições, como contraponto a algumas situações jurídicas potestativas que competem ao credor, (v) os poderes ou faculdades, que o devedor pode exercer perante o credor, e (vi) as exceções, que consistem na faculdade de paralisar eficazmente o direito de crédito.⁸⁶⁰

O autor admite o manejo da ação de cumprimento quando violado um dever principal ou um dever secundário, pois ambos são deveres de prestação, estando naturalmente sujeitos à ação de cumprimento. Além da ação de cumprimento, existindo um contrato sinalagmático, ambos são abrangidos pelo sinalagma, permitindo ao credor utilizar a exceção de não cumprimento do contrato ou a resolução em caso de não cumprimento. O autor sustenta que, quando violados deveres acessórios de conduta, que resultam da boa-fé e têm por fim assegurar a realização do dever de prestação principal, em termos que permitam tutelar o interesse do credor, mas também evitar que a realização da prestação possa provocar danos para as partes, não há espaço para uma ação de cumprimento, salvo se as partes elevarem os deveres acessórios a deveres de prestação em sentido próprio. Nesse sentido, refere que em relação aos deveres acessórios não é cabível a ação de cumprimento, mas apenas o direito à indenização pelos danos sofridos com a violação ou eventualmente até mesmo resolução do contrato.⁸⁶¹

Igualmente, Carlos Alberto da Mota Pinto refere que a infração culposa daquilo que chama de “deveres laterais” implica responsabilidade civil com fundamento na violação do contrato e confere à contraparte, sob certas circunstâncias, o direito de resolução, tal como se se tratasse do não cumprimento culposo do dever de prestação. O autor

⁸⁶⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 117-118.

⁸⁶¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 119. Nesse sentido, Ribeiro de Faria, quando faz a ligação do princípio da boa-fé com o conjunto de deveres que se traduz a relação obrigacional complexa, vê como importante reflexo do princípio os chamados “deveres acessórios de conduta”, que “se não podem dar origem a uma acção de cumprimento, podem, se infringidos, significar um cumprimento defeituoso e fundamentar uma indemnização.” FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina pp. 257-258.

menciona que, por não se confundirem com o dever de prestação, os deveres laterais não têm por objeto uma prestação determinada antecipadamente, com clareza, pelo que não é possível, salvo algum caso raro, o seu cumprimento específico.⁸⁶²

Atualmente, essa posição não é unânime em doutrina e há divergências no que toca ao direito português, já que, de acordo com Menezes Cordeiro, é patente a preferência legislativa pela execução específica e pela reconstituição natural do bem lesado. A indenização seria mero sucedâneo daquilo que deveria acontecer. De acordo com o autor, identificado um dever acessório, não haveria problemas em submetê-lo ao regime geral, que exigirá o seu cumprimento específico.⁸⁶³

Ainda que exista essa divergência na doutrina acerca do cabimento da ação de cumprimento quanto houver a violação dos deveres acessórios, parece que a posição dominante apenas admite a tutela específica da obrigação quando se estiver diante da violação de um dever principal ou de um dever secundário. Aliás, Carneiro da Frada, depois de assumir que uma das razões pelas quais os deveres acessórios não dão origem à ação de cumprimento é o fato de que eles dependem de pressupostos cuja ocorrência não é frequentemente possível de definir *a priori*, registra que, no mais das vezes, a atenção para o dever acessório apenas surge depois de ocorrida a sua violação, mas, assinala que, em alguns casos, poderá aparecer *ex ante*, por referência à inobservância, ou até que a sua violação não faça perder o interesse no seu cumprimento, ainda que retardado, pela parte a quem ele aproveita.⁸⁶⁴

Em suma, de acordo com a orientação dominante na doutrina, quando violado um dever acessório de proteção, relega-se a pretensão apenas à indenização, o que, se for pensado sob a ótica dos meios de reação ao incumprimento das convenções probatórias, muito se assemelha, já que, não havendo um dever de prestar na relação que se estabelece entre as partes do negócio processual, seria inviável pensar-se numa ação de cumprimento para a reposição do estado de coisas que fora alterado. Portanto, os deveres

⁸⁶² PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 341-349.

⁸⁶³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 3. ed, vol. VI, Coimbra, Almedina, 2019, p. 532. Acerca do cumprimento específico das prestações de fazer ou não fazer no âmbito do direito processual, PITERMAN, Marcel. Panorama do cumprimento das prestações de fazer e não fazer. In *Revista Jurídica*, vol. 483, jan. 2018, pp. 41-70.

⁸⁶⁴ DA FRADA, Manuel Carneiro. *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra, 1994, p. 39.

acessórios de proteção, decorrentes da boa-fé, num certo sentido, identificam-se com as convenções processuais probatórias, já que ambos não admitem pretensão de satisfação através da ação de cumprimento.

Por exemplo, no contratos sobre os meios de prova pode-se dizer que o verdadeiro interesse primário da parte – o que equivaleria ao dever de prestar principal – que se vê confrontada com um meio de prova inadmissível não consiste em não ser produzida aquela prova, mas antes de tudo o mais, o interesse de não ser demandada em processo estadual ou arbitral.⁸⁶⁵ Aquilo que as partes realmente desejam é não demandarem ou não serem demandadas, já que ninguém de sã consciência desejaria estar em juízo, estadual ou arbitral.

Logo, apenas se a parte demandar ou for demandada, em processo estadual ou arbitral, é que ela terá direito de se opor quando a prova mobilizada for contrária àquilo que foi pactuado no contrato probatório sobre os meios de prova. Essa ideia, que observa o incumprimento a partir das suas consequências, definitivamente aproxima os contratos probatórios dos contratos com eficácia de proteção para terceiros, cuja violação dos deveres acessórios não admite ações de cumprimento.

4.3 O tribunal e os deveres de tutela para repor a situação que existiria se a parte infiel tivesse cumprido a convenção probatória

4.3.1 O papel do princípio da boa-fé e o dever de auxílio do tribunal

Parece indiscutível a incidência do princípio da boa-fé nos contratos probatórios que, de acordo com a doutrina, representa em direito um conceito polissêmico, que ora assume um sentido subjetivo, a significar a ignorância de se estar a lesar direitos alheios, ora assume um sentido objetivo, a significar uma regra de conduta, sendo esse o sentido que interessa ao direito das obrigações, em especial no que toca à responsabilidade pré-

⁸⁶⁵ COSTA E SILVA, Paula. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 109.

contratual, à integração dos negócios, ao abuso do direito, em que o exercício do direito pode tornar-se ilegítimo quando realizado em contrariedade à boa-fé, à resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, em que a exigência de cumprimento dos contratos é que se torna ilegítima quando as circunstâncias em que este foi celebrado se alteraram profundamente após a celebração, em contrariedade às expectativas e riscos assumidos pelas partes, e à complexidade das obrigações.⁸⁶⁶

A boa-fé não se confunde com a equidade, muito menos se confunde com a ordem pública, com os bons costumes, também não se confunde com a proibidade, nem com a teoria da confiança e com a teoria da aparência.⁸⁶⁷ Em outras palavras, o sintagma boa-fé é utilizado na linguagem dos juristas de modo multifacetado, nem sempre designando o mesmo fenómeno jurídico. A própria legislação registra a locução em diversas situações e significados, ora como conceito indeterminado integrante de regra jurídica, ora como princípio, ora plasmando uma aceção objetiva, como *standard* jurídico e como regra de comportamento, ora a aceção subjetiva, muito embora melhor se deva qualificar a boa-fé como instituto ou modelo jurídico.⁸⁶⁸

Para alguns, é tecnicamente impossível definir a boa-fé objetiva. Apenas indicam-se as condutas que lhe são conformes e discerne-se funcionalmente a sua atuação e eficácia como: (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do *alter*, co-partícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Ao assim atuar funcionalmente, a boa-fé serve como pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais.⁸⁶⁹

⁸⁶⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 53-54.

⁸⁶⁷ Acerca dessas distinções, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. VI, tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, pp. 80-86. Acerca da teoria da confiança, DA FRADA, Manuel Carneiro. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2007.

⁸⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado - critérios para a sua aplicação*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2018, pp. 39-40.

⁸⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado - critérios para a sua aplicação*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2018, pp. 41-42.

Aliás, Menezes Cordeiro refere, com a devida propriedade, que a boa-fé tem o papel de traduzir “até aos confins da periferia jurídica, os valores fundamentais do sistema”, e carrear “para o núcleo do sistema, as necessidades e as soluções sentidas e encontradas naquela mesma periferia” além de concretizar-se nos princípios da proteção da confiança e da primazia da materialidade subjacente.⁸⁷⁰ Sem dúvida, a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos vem desde o direito romano por meio da atividade criadora dos magistrados, que valorizavam o comportamento ético das partes.⁸⁷¹

Para Antunes Varela, em razão da largueza como o princípio é adotado na Lei Portuguesa, especialmente no artigo 762.º, n.º 2, e no artigo 227.º, ambos do Código Civil, torna-se a boa-fé um manancial inesgotável de deveres acessórios de conduta, quer dentro, quer fora do contrato.⁸⁷² Numa perspectiva jurídico-positiva, portanto, a boa-fé exprime-se através de cláusulas gerais e não fornece ao julgador conceitos aptos à imediata subsunção lógico-formal, mas simples critérios valorativos. Juntamente com os conceitos indeterminados, conferem ao juiz ampla margem de liberdade de apreciação de cada caso concreto.⁸⁷³ Dito de outro modo, o artigo 762.º é a cláusula geral dirigida ao conteúdo e à extensão do dever de prestação e que intervém sempre que a lei ou o contrato não tenham disposto de forma especial ou expressa, o que equivale dizer que as relações obrigacionais não devem ser cumpridas de qualquer sorte mas sim de forma determinada, e que corresponda a princípios de correção ou de normalidade do tráfego.⁸⁷⁴

Oliveira Ascensão ensina que a boa-fé “é hoje em dia o grande ventilador da ordem jurídica, que levou a uma profunda renovação do sistema”⁸⁷⁵, e complementa essa ideia

⁸⁷⁰ Acerca da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente como princípios fundamentais de concretização da boa-fé objetiva, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. I, 2. ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 964-977.

⁸⁷¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 27.

⁸⁷² VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II, 5.º ed., Coimbra, Almedina, 1992, pp. 10-14. O autor reforça a ideia de que esses deveres acessórios de conduta não podem, pela sua natureza, ser objeto de ação de cumprimento, mas a sua inobservância pode, além do mais, dar lugar a um cumprimento defeituoso, obrigando o devedor a reparar os danos dele resultantes ou sofrer outras consequências,

⁸⁷³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.ª reimp. da 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 120-122.

⁸⁷⁴ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, pp. 256-257.

⁸⁷⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 181-183.

ao enfatizar que a boa-fé objetiva, que surge como evidente cláusula geral, traduz-se em “regras ou padrões de comportamento, permite vencer o formalismo inicial através da valoração e à sua luz se irá descobrir o critério de comportamento que a lei, dada a sua generalidade, não pôde materializar. Não obstante a escassez das previsões legais acerca da boa-fé, o âmbito delas é vastíssimo e toda a formação do negócio, o conteúdo e a execução devem ser iluminados pelos ditames da boa-fé.”⁸⁷⁶

Quando trata das relações existentes entre a boa-fé e o Código Civil, Clóvis do Couto e Silva afirma que o princípio opera de diversas formas no direito e especialmente no direito das obrigações manifesta-se como “máxima objetiva” que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. De acordo com o autor, a boa-fé deve ser observada por todos os partícipes do vínculo obrigacional e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos. Como mandamento de conduta, o princípio da boa-fé engloba todos os participantes do vínculo obrigacional e estabelece entre eles um elo de cooperação, em face do fim a que visam.⁸⁷⁷

Ainda, a boa-fé relaciona-se com a autonomia da vontade, sendo a prestação primária do negócio jurídico igualmente determinada pela vontade das partes do negócio. Porém, de acordo com aquilo que ficou consignado, existem outros deveres que estão desvinculados da vontade das partes e possuem vida autônoma, podendo perdurar até mesmo depois de adimplida a obrigação principal. Nesse sentido, é possível afirmar que existem deveres que resultam da vontade (deveres primários) e outros que promanam do princípio da boa-fé (deveres acessórios).

São manifestações da proteção à boa-fé nos negócios processuais celebrados em processo civil a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade de nulidades formais, a *supressio* e a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício do direito. Em todas essas situações mencionadas há frustração da confiança ou

⁸⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 181-183.

⁸⁷⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 29-36. Com profundidade, COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, pp. 33-58.

descolamento da realidade, o que implica violação ao dever de boa-fé como regra de conduta daquele que celebrou o negócio processual. A *exceptio doli* é a exceção que tem a pessoa para paralisar o comportamento de quem age dolosamente contra si.⁸⁷⁸ O *venire contra factum proprium* revela a proibição de comportamento contraditório. Traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente.⁸⁷⁹

A *suppressio* consiste na situação de direito que, não tendo sido em certas circunstâncias, exercida durante um determinado lapso de tempo, não possa mais ser exercida por, de outra forma, contrariar a boa-fé, e a *surrectio* a significar que, tendo em conta a boa-fé, surge um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efetividade social, era tido como presente, já que é consequente à continuada prática de certos atos. Cabe registrar que na *suppressio* o exercício retardado de algum direito pode levar à situação de desequilíbrio inadmissível entre as partes.⁸⁸⁰ A *surrectio* pode ser vista como a outra face da *suppressio*, pois, enquanto a continuada inatividade cria no outro uma posição digna de proteção pelo aparente abandono da posição jurídica, a reiterada atividade faz surgir a ideia da sua continuidade.⁸⁸¹ Dito de outro modo, a *supressio* constitui a supressão de determinada posição jurídica que, não tendo sido exercida por certo espaço de tempo, crê-se firmemente por alguém que não seja mais passível de exercício. A *supressio* leva à *surrectio*, isto é, ao surgimento de um direito pela ocorrência da *supressio*.

⁸⁷⁸ Em outras palavras, num sentido restrito, pode-se dizer que “quem através do dolo levar a outra parte a cair em situação desvantajosa, abusa.” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 289.

⁸⁷⁹ Quando trata do *venire contra factum proprium*, Oliveira Ascensão sugere que “com esta expressão querem-se excluir os comportamentos contraditórios, embora estes, isoladamente tomados, possam ser lícitos. Entretanto, é preciso avançar com muita cautela, pois nem todo o comportamento contraditório é ilegítimo. Nomeadamente, não basta o titular manifestar intenção de não exercer o direito para que o exercício lhe fique vedado. Seria uma modalidade inaceitável de renúncia. Têm de ser situações concludentes, em que a justificada outorga de confiança da outra parte pode surgir como requisito de eficácia. Mas pode prescindir-se da consideração da confiança. Pode dar-se como exemplo a situação de quem impugna a competência do tribunal arbitral para escapar a este, e uma vez chamado ao tribunal comum se defende, excepcionando a existência do compromisso arbitral.” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 290.

⁸⁸⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Do boa fé no direito civil*. 6.^a reimp., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 797-823.

⁸⁸¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. VI, tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 107.

O *tu quoque* traduz a proibição de determinada pessoa exercer posição jurídica oriunda de violação de norma jurídica por ela mesma patrocinada. O direito não pode surgir de uma violação ao próprio direito ou, como diz o velho adágio do *common law*, *equity must come with clean hands*.⁸⁸²

A ausência de boa-fé em qualquer fase da celebração do negócio processual pode levar, conforme o caso, à ineficácia do ato processual contrário à boa-fé, à responsabilização por dano processual e à imposição pelo tribunal de sanção pecuniária compulsória, além de outras medidas cabíveis.⁸⁸³ A cláusula geral da boa-fé objetiva é largamente utilizada em processo civil que trata do modelo constitucional do processo justo, que também é o modelo processual cooperativo, pautado pela colaboração do juiz para com as partes.⁸⁸⁴ O dever de boa-fé processual das partes estende-se à apresentação ou à produção das provas em juízo, especialmente quando a apresentação ou a produção dessa prova decorre da celebração de um contrato probatório, na medida em que todas as pessoas, sejam ou não partes da causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, independente da repartição do ônus da prova, isto é, a cooperação processual vincula até mesmo a parte que não está onerada com a prova.

De acordo com o Código de Processo Civil, a recusa da colaboração da parte implica (i) se a parte recusar a sua própria colaboração, o tribunal aprecia livremente, para efeitos probatórios, o valor desse comportamento (artigo 519.º, n.º 2, primeira parte, do Código de Processo Civil) e (ii) se a violação do dever de colaboração resultar da circunstância de a parte ter culposamente tornado impossível a prova à contraparte onerada, o ônus da

⁸⁸² Ainda de acordo com a doutrina, o *tu quoque* funciona em situações de relação intersubjectiva. Há situações em que um sujeito, que praticou uma violação, atinge a boa fé se argui violações da outra parte. Isto para além da excepção do contrato não cumprido, que emana de um princípio autónomo. O *tu quoque* serve assim para paralisar os efeitos de uma violação (objectiva) da relação em detrimento da parte que, por violação anterior, alterou o equilíbrio substancial prosseguido." ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 289-290.

⁸⁸³ Acerca das concretizações da boa-fé no âmbito processual, especialmente do dever de boa-fé no processo civil, MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Manual de Processo Civil*, 5.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 177. Sobre o *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque* no âmbito do direito privado brasileiro, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução: de acordo com o novo código civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004.

⁸⁸⁴ MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no processo civil. Do modelo ao princípio*, 4.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, pp. 94-97.

prova inverte-se, ou seja, é sobre essa parte que passa a recair o ônus da prova (artigo 519.º, n.º 2, parte final, do Código de Processo Civil; artigo 344.º, n.º 2, do Código Civil).

Em outras palavras, o artigo 344.º, n.º 2, do Código Civil, numa manifestação da “regra-mãe *tu quoque*”, determina ainda a inversão do ônus da prova sempre que a parte contrária tenha tornado culposamente impossível a prova do onerado, sem prejuízo de sanções processuais: “de outro modo, o agente em causa iria tirar partido do ilícito próprio”.⁸⁸⁵ Como o dever de colaboração pode recair sobre a parte que não está onerada com a prova do fato, esta inversão do ônus da prova pode implicar, com base na regra do *non liquet* (artigo 516.º; artigo 346.º, ambos do Código Civil), uma decisão contra a parte à qual não cabia inicialmente a demonstração do fato.

Atualmente, a atividade criadora dos tribunais, que é realizada com base na cláusula geral da boa-fé, prevista, dentre outros dispositivos, no § 242 do BGB e no artigo 239.º do Código Civil, é indispensável para a justa resolução do litígio. Essa atividade criadora dos magistrados é essencial num sistema jurídico aberto, num sistema jurídico com aberturas em que penetram princípios gerais, como o da boa-fé, que é diferente de um sistema jurídico sem lacunas, em que a função do órgão judicial limita-se a elaborar mecanicamente as soluções. Nunca é demais lembrar que as cláusulas gerais são todos os termos que expressam ou pressupõem valorações, como por exemplo as expressões “dano injusto”, “boa-fé”, “bons costumes”, “interesse público”, em que, para a interpretação delas, abrem-se essencialmente duas estratégias argumentativas: a interpretação que é aconselhada pela doutrina, de justificar a interpretação escolhida, ou a segunda interpretação, consistente em fundamentar a interpretação escolhida sobre um juízo de valor próprio e pessoal. Trata-se de uma das consequências do desenvolvimento da teoria da interpretação, nomeadamente, a aceitação da indeterminabilidade, menor ou maior, dos resultados extraíveis dos textos legais.⁸⁸⁶

O dever de cooperação processual do tribunal para com as partes desdobra-se em quatro sub-deveres essenciais: (i) o dever de esclarecimento, isto é, o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, de molde a evitar que a sua decisão tenha por base a falta

⁸⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. V, Lisboa, Almedina, 2011, p. 468.

⁸⁸⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 63-66.

de informação e não a verdade apurada, (ii) o dever de prevenção, consubstanciado no dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos, (iii) o dever de consultar as partes, sempre que o tribunal pretenda conhecer de matéria de fato ou de direito sobre a qual não tenham tido a oportunidade de se pronunciarem - evitar as chamadas “decisões-surpresa” e (iv) o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais.⁸⁸⁷

A atividade do tribunal em cumprir o negócio de prova e julgar o caso parece estar, definitivamente, ligada ao dever de auxílio do decisor para com as partes.⁸⁸⁸ Dado que o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais, fica evidente que, se qualquer delas alegar qualquer dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade ou o cumprimento de um ônus ou dever processual, havendo ou não o incumprimento dos negócios processuais de prova, deve o juiz sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo⁸⁸⁹, nomeadamente mediante técnicas de conservação contratual adequadas.

Aqui está em jogo a boa-fé na aceção de baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção ao próprio exercício contratual.⁸⁹⁰

4.3.2 A tutela específica do adimplemento dos contratos probatórios

Em relação ao julgador, ficou consignado que as convenções probatórias são similares aos contratos com eficácia de proteção para terceiros. Com base nisso, cumpre

⁸⁸⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.^a ed., Lisboa, Lex, 1997, pp. 65-69.

⁸⁸⁸ No sentido de que, em matéria probatória, o tribunal tem um dever de auxílio para com as partes, de acordo com os artigos 418.^o, n.^o 1, e 436.^o, n.^o 1, ambos do Código de Processo Civil, SOUSA, Miguel Teixeira, CPC Online, art.^o 7, p. 12, disponível em <https://blogipcc.blogspot.com/>, acesso 06-12-2021.

⁸⁸⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.^a ed., Lisboa, Lex, 1997, p. 67; MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no processo civil. Do modelo ao princípio*, 4.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 106.

⁸⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado - critérios para a sua aplicação*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2018, pp. 41-42.

agora analisar as consequências jurídicas do incumprimento dos negócios processuais sobre a prova, levando em consideração a ideia generalizada de que o incumprimento contratos com eficácia de proteção para terceiros não admitem a ação de cumprimento e resolvem-se apenas com o direito à reparação por danos, corrente em doutrina.⁸⁹¹

Essa solução, que parece estar correta no âmbito dos contratos com eficácia de proteção para terceiros, não é adequada para fins de tutela de conservação do conteúdo dos contratos probatórios, no caso de incumprimento, muito embora em ambas situações – contrato com eficácia de proteção para terceiros e negócios processuais sobre a prova – não seja cabível a ação de cumprimento.

Aliás, em convenções processuais, foi Barbosa Moreira um dos pioneiros a denunciar ser controvertida a viabilidade de ação destinada a obter a condenação da parte a cumprir a obrigação convencionada de praticar ato processual, o que demonstra o descontentamento do jurista com a consequência normal do descumprimento, que afirmava ser o dever de ressarcir o dano causado à parte contrária.⁸⁹²

Portanto, cumpre agora, com relação aos contratos de prova, pensar numa tutela específica que esteja voltada à conservação contratual, em detrimento de uma tutela pelo equivalente monetário, em caso de incumprimento.

Parcela da doutrina coloca o contrato com eficácia de proteção para terceiros entre as duas modalidades clássicas de responsabilidade civil, a contratual e a extracontratual, constituindo uma terceira via⁸⁹³, consistente nas situações em que não existe um direito

⁸⁹¹ A exemplo de LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 119 e 359.

⁸⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, In *Temas de direito processual, terceira série*, Saraiva, São Paulo, 1984, p. 98.

⁸⁹³ Criada por CANARIS, Claus-Wilhelm, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, In *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München, 1983, pp. 85 ss. Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. XI. 4. ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 400-401 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 308-310. Também chamada de *dritte Spur* ou terceira pista, cujo objetivo era, antes da reforma do BGB de 2001/2002, tratar as situações de responsabilidade por proximidade negocial ou similar nos institutos da *culpa in contrahendo*, da violação positiva do contrato e da *culpa post pactum finitum*, em que haveria, em todos esses casos, uma vinculação especial, traduzida num dever de proteção unitário, de base legal fundado positivamente na boa-fé, que nasce nas negociações preliminares e continua na vigência do contrato, e a sua violação situar-se-ia entre as responsabilidades obrigacional e aquiliana, embora o regime a aplicar fosse, no essencial, da primeira. De acordo com Menezes Cordeiro, a referência a uma terceira via na Alemanha perdeu sentido após a reforma do BGB de 2001/2002 tendo em

primário de crédito, por meio do qual alguém possa exigir de outrem uma prestação, mas que a responsabilidade emerge em consequência da violação de deveres específicos, e não apenas de deveres genéricos de respeito, contrapostos aos direitos absolutos.

Luís Menezes Leitão, por exemplo, sustenta que as vinculações específicas distintas do dever de prestar suscitam problemas jurídicos próprios, que não podem ser resolvidos pela aplicação do regime da responsabilidade obrigacional ou da responsabilidade delitual. O autor menciona que estas vinculações, da chamada terceira via, não permitem uma tutela primária, através da ação de cumprimento, porém são algo mais do que a simples observância do dever genérico de respeito.⁸⁹⁴

No entanto, a chamada terceira via mereceu críticas por parte de Menezes Cordeiro, sob o argumento de que os deveres acessórios não poderiam ser reconduzidos a uma terceira via da responsabilidade civil, algo intermédio entre as responsabilidades obrigacional e aquiliana. De acordo com o autor, a terceira via deveria centrar-se nos deveres do tráfego e não nos deveres acessórios, já que estes são “verdadeiros elementos integradores do vínculo obrigacional, cujo incumprimento está legislado e doutrinado.”⁸⁹⁵

Entretanto, se as convenções processuais estão alocadas num espectro mais amplo do que o do direito das obrigações, cumpre colocar o problema não sob a ótica das consequências do incumprimento das obrigações em geral, muito menos de acordo com uma terceira via, embora exista uma semelhança delas e os contratos com eficácia de proteção para terceiros, já que ambos não admitem a ação de cumprimento. A questão deve ser resolvida não perspectiva da não satisfação das atribuições.

Nesse ambiente, cumpre referir que a ideia do incumprimento das convenções processuais probatórias não se coaduna com a existência de culpa e com a ocorrência do dano, contentando-se apenas com a imputação de um acontecimento atributivo, não servindo de índice relevante a imputabilidade no sentido de responsabilidade civil ou

vista que o novo § 311, n.º 2, veio a explicitar a existência de uma relação obrigacional quando das negociações iniciais e de contratos semelhantes aos negociais vindo a matéria a desembocar na responsabilidade obrigacional, a qual considera a mais adequada. Sobre o tema ver, entre outros adeptos da terceira via, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 308 ss.; DA FRADA, Manuel Carneiro. *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 757 ss.

⁸⁹⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 348-350.

⁸⁹⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VI, Coimbra, Almedina, 2019, p. 532.

penal.⁸⁹⁶ Dito de outro modo, basta um agir ilícito do atribuinte para caracterizá-la. A não satisfação dos contratos probatórios é um desvalor jurídico, uma situação que não depende da verificação de culpa da parte que atuou contrariamente às expectativas da contraparte, não depende de uma atividade culposa e não exige a ocorrência de danos à parte inocente.

Algo que no direito brasileiro se assemelha à situação de mora ou de inadimplemento definitivo, que só se concretiza havendo fato ou omissão imputável ao devedor, ressaltando a doutrina que a ideia de imputar algo não é inculpar, mas atribuir responsabilidade, ou seja, o inadimplemento imputável é aquele inadimplemento atribuível à parte.⁸⁹⁷ O próprio artigo 396 do Código Civil Brasileiro dispõe que não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora. De acordo com a doutrina, a falta de cumprimento não é imputável ao devedor se (a) houve impossibilitação por força maior ou caso fortuito; (b) foi causada pelo próprio credor a impossibilitação ou; (c) foi terceiro que a causou, caso em que tem esse de indenizar. Em nenhum desses eventos há fato ou omissão imputável ao devedor.⁸⁹⁸

Qualquer modalidade de incumprimento das convenções processuais probatórias prescinde da existência de culpa *lato sensu* de qualquer das partes. A inexecução das atribuições pode resultar de fatos que não derivem da culpa das partes, como a modificação da base objetiva dos negócios processuais ou a impossibilidade superveniente temporária. Esta desvinculação da ilicitude da existência de culpa assume

⁸⁹⁶ De acordo com aquilo que foi consignado, a culpa continua a ser contingente. Nesse sentido, MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.^o/IV, 2008, p. 811.

⁸⁹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXIII, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, pp. 170-171. O autor, quando trata do inadimplemento de ato positivo ou negativo, refere que “o ato ilícito relativo supõe o inadimplemento, isto é, o inadimplemento imputável ao devedor. No direito romano, os textos exigem que o devedor saiba, ou deva saber, que tem de prestar (...). Não se pode responder, a priori, se o devedor incorre em mora por culpa leve, ou por culpa grave, ou somente pelo dolo, ou se pela simples ligação causal: mora é efeito; as regras jurídicas sobre os elementos do suporte fático do ato ilícito relativo são as de cada negócio jurídico e perderam tempo os juristas em dar à “responsabilidade” ou a “imputabilidade” do devedor conteúdo uno e único. Tão-pouco, adiantaria dizer-se que, de regra, se exige, pelo menos, a culpa (...), ou abstrair-se da culpa (...). Certamente, a culpa não é elemento necessário do suporte fático do art. 963, que diz: “Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre esse em mora”; portanto, salvo se há regra especial que exija a culpa, ou a culpa grave, ou o dolo, basta a imputabilidade; quer dizer: se, segundo as regras jurídicas concernentes à espécie, especialmente responde.”

⁸⁹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial*, tomo XXVI, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 8.

papel importante no âmbito processual quando o comportamento exigir medidas judiciais preventivas, sem que tenha havido a conformação de danos. Basta que o comportamento seja contrário ao direito, com potencial ocorrência de danos, para a concessão de tutelas específicas conservativas dos contratos.⁸⁹⁹

Da mesma forma ocorre com o ato ilícito e o dano. A doutrina brasileira, acertadamente, distingue o ato ilícito e a ocorrência do dano e menciona que o dano é prescindível para a configuração do ato ilícito. Luiz Guilherme Marinoni ensina que o fato danoso é consequência eventual, mas não necessária, do ato ilícito.⁹⁰⁰ Ora, se o atribuinte não satisfizer o acontecimento descrito na convenção probatória, estar-se-á diante de um desvalor jurídico, que não depende da produção de danos. Logo, como justificativa dessa asserção, é preciso distinguir o ato ilícito do fato que causa o dano e isolar o primeiro da categoria da responsabilidade civil tradicional. Para tanto, Marinoni trabalha com os conceitos de fato ilícito e de ato danoso e procede à devida dissociação das categorias do ilícito e do dano. Isso ganha relevo quando processo civil é considerado na perspectiva dos direitos fundamentais⁹⁰¹, em que para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva é indispensável a identificação da adequada tutela dos direitos.

De acordo com Marinoni, a tutela específica dos direitos pode ter por objetivo a proteção contra o ilícito ou a proteção contra o dano. Daí a necessidade de isolar uma tutela que se preocupe com o ato ilícito – que nada mais é do que o ato contrário ao direito, para individualizar as diversas tutelas dos direitos. A tutela jurisdicional, por sua vez, também constitui espécie do gênero tutela dos direitos e tem como escopo trazer os resultados jurídico-substanciais que o processo deve proporcionar para que os direitos sejam efetivamente protegidos.⁹⁰²

⁸⁹⁹ De acordo com a posição de Menezes Cordeiro, no sentido da defesa de uma presunção de culpa e de ilicitude. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 389-391.

⁹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, pp. 108 ss. MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 4, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 64.

⁹⁰¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n.º 22, 2002, pp. 31-42.

⁹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 7.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 114 ss.

Logo, ato ilícito é fato contrário ao direito e ato danoso é prejuízo juridicamente relevante, ambos sendo conceitos que não se misturam e não podem ser confundidos.

Nessas condições, surge a necessidade de elaborar uma classificação das tutelas que leve em conta o ato contrário ao direito, o inadimplemento e o dano, vistos como elementos autônomos, cada um deles carente de uma especial tutela do direito.⁹⁰³

O ilícito civil não pode ficar associado ao ato contrário ao direito que produz dano. Nesse sentido, nem sempre o ato contrário ao direito e o dano ocorrem no mesmo instante, sendo possível que o dano surja após a prática do ilícito e até mesmo são frequentes os casos em que o dano se intensifica com o passar do tempo. Aliás, é provável que exista ato contrário ao direito que não provoque qualquer dano. O dano não é apenas uma consequência, mas na verdade uma consequência eventual do ilícito. Nem mesmo é possível dizer que o dano, apesar de não se confundir com o ato contrário ao direito, é imprescindível para se outorgar tutela ao direito. Isso seria confundir tutela contra o ilícito, que pode ser preventiva ou repressiva, com tutela ressarcitória, que é modalidade de tutela repressiva do direito. É preciso deixar claro, contudo, que se a reparação constitui tutela contra o dano, existem duas formas para a sua prestação, uma vez que a tutela ressarcitória pode ser concedida em dinheiro ou na forma específica. Agora, se o dano abre ensejo à reparação, cabe investigar a tutela que deve incidir em face do ato contrário ao direito que não produziu dano.⁹⁰⁴

Perceba-se que a questão não pergunta sobre a tutela que seria efetiva para evitar o ato contrário ao direito ou para reparar o dano, mas sim sobre a tutela que seria adequada para remover o ato contrário ao direito e, apenas por consequência, impedir o dano. O desenvolvimento do raciocínio, no caso, encontraria um obstáculo, que seria consistente em saber se realmente existe, no plano do direito substancial, um ilícito civil que não tenha repercussão danosa.

Nesse sentido, a tutela específica contra o ilícito pode ser prestada de forma preventiva, através da tutela inibitória ou de forma repressiva, através da tutela de

⁹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 7.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 108 ss.

⁹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 7.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 110-111.

remoção do ilícito. A tutela inibitória visa a impedir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito. É uma tutela voltada para o futuro. A tutela de remoção do ilícito visa a remover a causa de um ilícito ou os seus efeitos. É uma tutela voltada ao passado. Em ambos os casos, tanto na tutela inibitória como na tutela de remoção do ilícito, prescinde-se da demonstração do dano para sua concessão pelo tribunal. Já a tutela contra o dano é sempre repressiva e pressupõe a ocorrência do fato danoso. Ela pode visar à reparação do dano *in natura*, através da chamada tutela reparatória, ou ao seu ressarcimento em numerário, através da chamada tutela ressarcitória do direito.⁹⁰⁵

Ora, aonde existem posições jurídicas deve igualmente existir o direito a sua realização. A previsão de posições jurídicas pela ordem jurídica deve outorgar desde logo pretensão a sua tutela efetiva. Se a ordem jurídica prevê os negócios processuais sobre a prova, com incidência do princípio da boa-fé objetiva, que deve pautar o cumprimento das convenções processuais, deve também a ordem jurídica prever o direito à tutela específica, capaz de prevenir a sua ilícita violação ou quebra contratual (tutela preventiva), além do direito à tutela específica conservatória (tutela repressiva), para remover o inadimplemento do contrato ou seus efeitos, e o direito à tutela reparatória ou ressarcitória contra o dano (tutela repressiva), se houver sido experimentado. Dito de outro modo, poderá o titular obter a satisfação na forma originária, através de produção do mesmo resultado que lhe proporcionaria a satisfação voluntária – tutela específica mediante técnicas de conservação contratual.

Para esse efeito, cumpre observar a advertência de Marinoni no sentido de que a tutela específica, por tomar em consideração o incumprimento, não se confunde com a tutela inibitória do inadimplemento, que apenas pode ser solicitada quando ainda é possível inibir o não cumprimento da prestação. A tutela inibitória do inadimplemento, ao contrário da tutela específica da obrigação contratual inadimplida, supõe que o inadimplemento ainda não ocorreu e pode ser evitado e igualmente constitui uma modalidade de tutela específica. Portanto, de acordo com o autor, a tutela específica, na

⁹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 7.^a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 172, 185-187 e 285 ss.

presença de uma obrigação contratual, pode se apresentar como tutela específica do adimplemento e como tutela inibitória do inadimplemento.⁹⁰⁶

Nesse sentido, no âmbito das obrigações, Marinoni admite a concessão da tutela específica pelo tribunal quando existe a possibilidade de cumprimento da obrigação ou de correção do cumprimento imperfeito do contrato e nesse caso a parte não solicita a reparação dos danos, mas apenas o cumprimento da prestação exigível em razão do contrato e diante da presença de um comportamento contrário ao direito da contraparte. Segundo o autor, não é possível sustentar que a ação para a obtenção do cumprimento da prestação possa abrir oportunidade para a discussão de culpa e tampouco o autor deverá comprovar o dano, que não se discute nesse caso, já que é eventual, mas não necessário. Já a ação de indenização por danos, por ser uma forma de superar os danos resultantes do ilícito contratual, só pode ter lugar em caso de danos causados.⁹⁰⁷

A doutrina, quando trata das formas de implementação da promessa de não processar, reconhece que o entendimento tradicional sempre foi o de que o *pactum de non petendo* estabelecia à parte uma obrigação de não fazer, e a contraparte seria titular de uma pretensão para exigir uma conduta omissiva, que seria considerada insusceptível de execução específica. De acordo com Antonio do Passo Cabral, não podendo cobrar a prestação *in natura*, restaria ao beneficiário apenas uma ação indenizatória em caso de descumprimento, embora ele próprio reconheça a desnecessidade de utilizar outro processo para impor o cumprimento do negócio processual.⁹⁰⁸

Portanto, segundo esse entendimento, na hipótese que envolvesse uma obrigação de não fazer, como, por exemplo, a não apresentação de alguns documentos pelas partes, no caso de inadimplemento da prestação, seria inadmissível a obtenção de uma tutela específica da obrigação, considerada insusceptível de execução específica, restando à parte apenas a opção pela indenização por danos, a ser obtida em outro processo.

⁹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 7.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 263 ss.

⁹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 7.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, pp. 263 ss.

⁹⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo*. A promessa de não processar no direito brasileiro, In *Revista de Processo*, vol. 45, n.º 305, jul. 2020, p. 27.

Com efeito, é chegado o momento de as convenções processuais sobre a prova descolarem dos contratos com eficácia de proteção para terceiros, já que não parece mais adequado o entendimento, com relação às primeiras, de que o descumprimento impede a tutela específica e gera apenas a possibilidade de uma ação indenizatória – uma tutela repressiva voltada contra o dano (tutela ressarcitória contra o dano). Embora em ambas as situações, ou seja, diante do inadimplemento das convenções processuais probatórias e quando houver a violação dos contratos com eficácia de proteção para terceiros, não seja admitida a ação de cumprimento como modalidade de tutela específica, quando houver o incumprimento dos contratos probatórios será possível a obtenção de uma outra modalidade de tutela específica: a tutela específica conservatória do negócio processual (tutela específica do adimplemento).

A própria doutrina já visualiza o problema dessa forma quando faz críticas à impossibilidade de obtenção de tutela específica, com a ressalva da propositura da ação de indenização por danos. Antonio do Passo Cabral sustenta que essa concepção retirava qualquer utilidade prática do *pactum de non petendo*, e não mais se coaduna com o direito contemporâneo, que tem clara preferência pela tutela específica, podendo o juiz determinar providências que assegurem a obtenção daquele resultado prático pactuado. Por isso, o autor não exclui a possibilidade de que o interessado utilize ações de natureza inibitória, de acordo com o artigo 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil Brasileiro, para evitar preventivamente o ajuizamento da pretensão contrária ao pacto, algo similar às *anti-suit injunctions* (conhecidas na arbitragem), para evitar a propositura da demanda perante o juízo estatal.⁹⁰⁹

Ora, quando a situação envolver o incumprimento dos contratos probatórios, como a tutela específica do adimplemento é voltada contra o ato contrário ao direito, para a sua caracterização não é exigida a produção de danos, bem como a presença de dolo ou culpa em razão do ato desconforme. Além disso, parece não restarem dúvidas de que a tutela específica também poderá ser concedida pelo órgão decisor nos casos em que for requerida através de outro meio de reação – já que descabe ação de cumprimento – como

⁹⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo. A promessa de não processar no direito brasileiro, In *Revista de Processo*, vol. 45, n. 305, jul. 2020, p. 27. Acerca das *anti-suit injunctions* no âmbito europeu, PITERMAN, Marcel. Tutelas inibitórias ordenadas por tribunais arbitrais, in *Revista Ius Dictum*, n.º 3, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 43-61.

o manejo da exceção processual dilatória pela parte inocente, muito embora a lei não consigne essa circunstância – cuida-se de solução de *lege ferenda*, portanto –, já que decorre do sistema como um todo, que não apenas dedica a ação para a tutela específica do direito, mas também deve se ocupar de qualquer outro meio de reação da parte para que se obtenha esse resultado. Portanto, não há motivo para negar uma reação da parte, através da exceção processual, em havendo o incumprimento dos contratos probatórios, para obtenção de uma tutela específica do adimplemento.

CONCLUSÃO

A disciplina geral do incumprimento dos contratos processuais probatórios assenta em figuras concretas que surgiram ao longo da evolução cultural do direito substancial e processual, daí resultar que ainda existem tensões verificadas na escassa doutrina que trata desse tema até hoje. A nosso sentir, cumpre ao intérprete utilizar as ferramentas colocadas à disposição a fim de solucionar os problemas que sempre surgirão, visto que a matéria está sempre em fase de reformulação. Isso porque favorecer a contratualização da justiça, nessas condições, é simplesmente contribuir para facilitar a aceitação social da atividade jurisdicional, conferindo-lhe maior legitimidade perante a sociedade. É, então, contribuir a reforçar os vínculos sociais e, quando esses modos se desenvolverem no próprio seio da instituição judiciária, significa promover uma justiça mais cidadã, uma justiça mais democrática e mais próxima do jurisdicionado.

A partir dessa conclusão genérica, podem ser extraídas as conclusões específicas.

A primeira delas é a de que a matéria dos negócios processuais, que foi sedimentada na doutrina no âmbito dos deveres de prestação, não deve ser refletida e abordada dessa forma, já que dos negócios processuais não resultam deveres ou obrigações de prestar, mas antes atribuições estritamente jurídicas para a parte que deles é beneficiária. Essas atribuições possuem, como conteúdo, uma eficácia que também é estritamente jurídica. Ainda que não sejam deveres de prestação, as atribuições admitem circunstâncias paralelas àquelas que, a propósito dos deveres de prestar, se reconduzem ao inadimplemento da prestação.

De outro lado, os contratos de provas não são apenas aqueles que produzem efeitos num processo judicial, independentemente de quando, onde ou como eles sejam celebrados. De acordo com essa orientação, os negócios dizem-se processuais porque, com a celebração deles, antes ou fora do processo, criou-se uma expectativa de que irão produzir efeitos num processo judicial. Na essência, os contratos probatórios são atribuições negociais processuais e representam a expressão do protagonismo e da autonomia da vontade das partes, além de significar um encontro de vontades entre elas,

de natureza substancial, cujo escopo poderá incidir, direta ou indiretamente, em alguma situação jurídica processual que envolva as provas judiciais.

Os negócios processuais sobre a prova são passíveis de incumprimento. A teoria geral do direito obrigacional concebe uma série de modalidades de inadimplemento dos negócios jurídicos obrigacionais, o que serve de base para o tratamento e a sistematização da matéria do incumprimento das convenções probatórias.

Assim, conforme o grau de inobservância da atividade devida durante a execução dos contratos probatórios podem surgir (i) a impossibilidade de cumprimento não imputável e imputável à parte, nas suas diversas modalidades, (ii) o incumprimento da convenção de provas, que poderá ser definitivo ou retardado (mora), (iii) a violação positiva do contrato, que inclui o cumprimento defeituoso e a declaração antecipada do inadimplemento e (iv) a alteração das circunstâncias.

Se qualquer das partes perturbar-lhes a execução a ação de cumprimento será inconsequente e descabida. A parte fiel, por simples petição, deduz a exceção processual dilatória de inadmissibilidade da postulação e a decisão de procedência do tribunal já a coloca na situação que existiria se não houvesse o incumprimento. Com efeito, o meio de tutela adequado e bastante à proteção da parte fiel que é confrontada com a conduta desconforme é a exceção processual. Nesse caso, verificado o incumprimento dos negócios processuais, a parte fiel ao negócio defende-se através da exceção processual. O tribunal, ao acolher a exceção processual, irá adotar uma técnica de conservação contratual, através da tutela específica do adimplemento, declarando a inadmissibilidade da conduta contrária ao negócio processual.

Contudo, em algumas situações pontuais, a tutela da parte fiel não será obtida através da exceção processual. Cuidam-se das convenções processuais que se aproximam das obrigações de fazer, mas com estas não se confundem, já que é impossível impor a realização coativa da atribuição, sendo a ação de cumprimento contra a parte infiel ainda considerada inadmissível. Portanto, para a satisfação dessas convenções, será convocada a atuação do terceiro, a saber, do órgão decisor, que substituirá a vontade da parte faltosa, ou será concedida pelo tribunal à parte fiel a faculdade de sub-rogar-se na satisfação da prestação, podendo desencadear posteriormente uma ação de regressiva contra a parte infiel.

Com base nessas afirmações, podem ser lançadas duas proposições derradeiras acerca dos contratos probatórios.

1. por existir a atribuição (convenção probatória), o titular (a parte fiel) pode vir a ter certos poderes destinados a provocar a satisfação ou reagir à não satisfação (exceção processual). O titular também dispõe do poder de extinguir a atribuição (resolução), com o surgimento de novas atribuições (dever de indenizar etc.) para as partes.
2. Quando o atribuinte não satisfizer a convenção probatória, pode o titular, por meio da exceção processual, exigir ao tribunal a reconstituição do ato, mediante tutela específica do adimplemento, salvo se o comportamento daquele não for imputável. A prova da não imputação cabe ao atribuinte.

Em decorrência da íntima relação entre o direito material e o processo, diante da cooperação processual intersubjetiva entre o órgão judicial e as partes, a boa-fé objetiva evidencia-se desde a formação do contrato até o cumprimento da obrigação processual. Durante a execução dos negócios sobre a prova, a confiança das partes para com o tribunal, que decorre da boa-fé objetiva, será objeto de tutela, sempre que for evidenciada como efetiva e legítima. Nessas hipóteses, como o órgão judicial apresenta uma posição de proximidade com as partes, apesar de ser um terceiro desinteressado, é-lhe estendido todo o *círculo de tutela* do contrato.

Logo, os contratos probatórios são negócios processuais dotados de eficácia e aptidão para produzir efeitos intraprocessuais, quando forem celebradas fora ou antes do processo. Em razão do *círculo de tutela*, os efeitos intraprocessuais são produzidos para além das partes, alcançando o tribunal, que deve aplicar as regras de prova (dever de auxílio) mediante técnicas de conservação contratual (tutela específica do adimplemento), o que acaba por caracterizá-los, com relação ao órgão decisor, como uma espécie de contratos com eficácia de proteção para terceiros.

Isso ocorre porque o órgão judicial, muito embora não seja participante dos negócios que dispõem sobre a prova, é envolvido por eles, durante a execução do contrato. Para tanto, qualquer declaração ao tribunal é desnecessária, já que a eficácia dos negócios de prova sequer vai exigir homologação judicial, como regra geral. Para além das partes

do contrato, os negócios processuais de provas irradiam efeitos intraprocessuais ao órgão judicial, já que este poderá perturbar-lhes o cumprimento, mesmo sendo um terceiro. Os deveres acessórios, que vigoram entre as partes durante as fases pré-contratual, executória e pós-contratual, podem tutelar a posição desse terceiro, que deverá observar e fazer observar as disposições contratuais.

Ainda, cabe consignar que nem mesmo a mais perfeita construção de um sistema que acomode os diversos problemas a respeito do incumprimento dos negócios processuais sobre a prova logrará obter qualquer êxito se as suas inovações e desideratos não forem acompanhados por uma reforma das mentalidades dos juristas e da doutrina que trata do tema, assim como da jurisprudência e principalmente da futura legislação processual.

Last but not least, não será nada fácil desassociar a expressão negócios processuais probatórios, amplamente consolidada na doutrina, dos deveres e das obrigações de prestar. Mas, na essência, o que se buscou no presente estudo, é demonstrar que os negócios sobre a prova são essencialmente atribuições. Isso significa que a tarefa de desvincular os negócios probatórios dos deveres e das obrigações de prestar é árdua e dependerá primordialmente da análise das situações que ocorrerão na prática judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rafael, *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.

ALVES, Tatiana Machado. Ensaio sobre a classificação das convenções probatórias, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.), *Negócios processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, tomo 2, Salvador, JusPodivm, 2020.

ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 5.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1980.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas, atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral das obrigações com a colaboração de Rui de Alarcão*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 1966.

ANSELMO DE CASTRO, Artur. *Direito processual civil declaratório*, vol. III, Coimbra, Almedina, 1981.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. VI, tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Resolução: de acordo com o novo Código Civil*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Aidé, 2004.

ALEXANDRE, Isabel. *Modificação do caso julgado material civil por alteração das circunstâncias*, Coimbra, Almedina, 2021.

_____. Anotação ao artigo 345.^o, In CORDEIRO, António Menezes (org.). *Código Civil comentado. I – parte geral*, Coimbra, Almedina, 2021.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Recusa de cumprimento declarada antes do vencimento (estudo de direito comparado e de direito civil Português), In *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, FDUL, 1995.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo. Das convenções processuais no processo civil*, São Paulo, LTr, 2015.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n.º 22, 2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto / MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*, São Paulo, Atlas, 2009.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral das Obrigações*, com a colaboração de Rui de Alarcão, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 1966

_____. *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral. Ações a fatos jurídicos*, vol. II, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

_____. *Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

_____. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. XXV, Rio de Janeiro, Padma, 2006.

_____. Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias, In *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015

_____. *Resolução do contrato por inadimplemento*, 6.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 19.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2019.

_____. *Competências tributárias*, São Paulo, Malheiros, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva na Extinção dos Contratos, In *Fundamentos do direito civil brasileiro*, Campinas, Millennium Editora.

BARBOSA, Mafalda Miranda, Ainda o problema da fixação contratual dos direitos do credor: as cláusulas *sole remedy*, *basket amount* e *no consequential loss*, In Revista da Ordem dos Advogados, ano 80, vol. I/II, jan./jun. 2020

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

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, In *Temas de direito processual, terceira série*, Saraiva, São Paulo, 1984.

_____. Uma novidade: o código de processo civil inglês. In *Temas de Direito Processual: Sétima Série*, São Paulo, Saraiva, 2001.

_____. Anotações sobre o título “da prova” do novo Código Civil, In *RJ 370*, ago. 2008.

BASTOS, Miguel Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

BAUMBACH, Adolf / LAUTERBACH, Wolfgang / ALBERS, Jan / HARTMANN, Peter. *Zivilprozessordnung*, 62.^a ed., München, C. H. Beck, 2004.

BAUMGÄRTEL, Gottfried. *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymanns, 1972.

_____. Die Auswirkungen von Parteivereinbarungen auf die Beweislast. In *Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag*. HOLZHAMMER, Richard / BÖHM, Peter / JELINEK, Wolfgang (org.), Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988.

_____. Treu und Glauben im Zivilprozess, In *Zeitschrift für Zivilprozess*, n. 86, 1973.

BELTRAN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozeßrecht: Erkenntnisverfahren*, 2.^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1985.

BÜLOW, Oskar. Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, In *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 64, 1881.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2016.

____. Pactum de non petendo. A promessa de não processar no direito brasileiro, In *Revista de Processo*, vol. 45, n.º 305, jul. 2020.

____. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual, In *Civil Procedure Review*, vol. XII, n.º 2, maio-ago. 2021.

CADIET, Loïc. Les conventions relatives au proces en droit français: sur la contractualisation du reglement des litiges. In *Accordi di parte e Processo. Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano LXII, n.º 3, 2008.

____. Últimas Evoluções da Contratualização da Justiça e do Processo: Os Protocolos de Procedimento. In *Perspectiva sobre a Justiça do sistema civil francês*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

____. Case management judiciaire et déformalisation de la procedure, In *Revue française d'administration publique*, n.º 125, 2008.

CALAMANDREI, Piero, Il processo come situazione giuridica, In *Opere Giuridiche*, vol. I, reimp., Roma, Roma TrE-Press, 2019.

____. Verità e verosimiglianza nel processo civile, In *Opere Giuridiche*, vol. V, reimp., Roma, Roma TrE-Press, 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, In *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München, 1983.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1962.

____. Iniziative Probatorie del Giudice e Basi Pregiuridiche della Struttura del Processo, In *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXII, 1967.

CARAMELO, António Sampaio. A “autonomia” da cláusula compromissória e a competência da competência do tribunal arbitral, In *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, ano 68, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, Cedam, 1936.

____. Clausola compromissória e competência degli arbitri. In *Rivista di Diritto Commerciale*, vol. II, 1921.

____. *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Milano, Giuffrè, 1992.

____. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 2.^a ed. Roma, Soc. Ed. Foro Italiano, 1941.

CARPES, Artur Thompsen, *Ônus da prova no novo CPC, do estático ao dinâmico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, 3.^o ed., Napoli, Jovene, 1913.

____. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, Jovene, 1933.

____. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Napoli, Jovene, 1933.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*, 6.^a reimp., Coimbra, Almedina, 2015.

____. *Tratado de direito civil. Introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral*, vol. I. 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012.

____. *Tratado de direito civil, parte geral, exercício jurídico*, vol. V, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018.

____. *Tratado de direito civil. Direito das obrigações, introdução, sistemas e direito europeu, dogmática geral*, vol. VI. 3.^a ed., com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2019.

____. *Tratado de direito civil, direito das obrigações, contratos, negócios unilaterais*, vol. VII, 2.^a reimp. da 1.^a ed. do tomo II da parte II de 2010, Coimbra, Almedina, 2016.

____. *Tratado de direito civil. Direito das obrigações, cumprimento e não-cumprimento, transmissão, modificação e extinção*, vol. IX. 3.^a ed. Coimbra, Almedina, 2017.

____. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas, In *Estudos em Honra do Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

____. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014.

____. Anotação ao artigo 437.º, In CORDEIRO, António Menezes (org.). *Código Civil comentado. II – das obrigações em geral*, Coimbra, Almedina, 2021.

CORDEIRO, Antonio Barreto Menezes. Anotação ao artigo 437.º, In PIRES, Catarina Monteiro (org.), *Novo Corona vírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, 2020.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 5.ª reimp. da 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018.

COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Coimbra, Almedina, 2019.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo. Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

____. *A litigância de má fé*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

____. *As operações de venda a descoberto de valores mobiliários*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

____. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra, Almedina, 2009.

____. *Pactum de non petendo. A exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material*, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017.

____. *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas Novelas pouco exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*, Lisboa, AAFDL, 2020.

COSTA E SILVA, Paula. / REIS, Nuno Trigo dos. Parecer - doação fiduciária e resolução do contrato por desvinculação de coisa doada ao fim estipulado, In *Revista dos Tribunais*, vol. 955, maio, 2015.

____ / _____. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova, In *Revista de Processo*, vol. 38, n.º 222, São Paulo, Revista dos Tribunais, ago./2013.

____ / _____. *Efeitos lícitos da prova ilícita*, Lisboa, AAFDL, 2019.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976.

_____. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português, In FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

_____. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro, In FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

_____. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado, In *Revista dos Tribunais*, vol. 80, n.º 667, maio 1991.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério / AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de processo civil canônico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios processuais no processo civil brasileiro, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017.

DA FRADA, Manuel Carneiro. *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra, Almedina, 1994.

_____. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2007.

_____. A alteração das circunstâncias à luz do Covid 19, In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 80, vol. I/II, Jan./Jun. 2020.

DAMAŠKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997.

DANZINGER, Shai / LEVAV, Jonathan / AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions, In *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 108, n.º 17, 2011.

DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*, Milano, Giuffrè, 1959.

DIAMOND, Henry A., Reasonable doubt: to define, or not to define, In *Columbia Law Review*, vol. 90, n.º 6, out. 1990.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 22.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2020.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie / OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. O uso da tecnologia *blockchain* para arquivamento de documentos eletrônicos e negócios probatórios segundo a lei de liberdade econômica, In WOLKART, Erik Navarro / NUNES, Dierle / LUCON, Paulo Henrique dos Santos (org.). *Inteligência artificial e o direito processual*, Salvador, JusPodivm, 2020.

ECHANDÍA, Hernando Devis *Teoria general de la prueba judicial*, tomo I, Buenos Aires, Victor P. de Zavalía, 1970.

_____. *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*, tomo II, 3.^a ed., Bogotá, Editorial ABC, 1973.

EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochum, Brockmeyer, 1987.

EMMERICH, Volker, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6.^a ed., München, C.H. Beck, 2005.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos, In *Ensaio de direito processual*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

FALZEA, Angelo. Efficacia giuridica, In *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965.

FARIA, Rita Lynce. *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, s/d.

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. *A teoria da imprevisão no direito civil português*, Lisboa, FDL, 1960.

- FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: das Rechtsgeschäft*, Berlin, Springer, 1992.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. Quebra positiva do contrato, In *Revista da Ajuris*, n.º 44, Porto Alegre, Ajuris, 1988.
- FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- _____. *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- _____. *A acção declarativa comum*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- FREITAS, José Lebre de / ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil anotado*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- _____. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017.
- FURNO, Carlo. Confessione, In *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1961.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.
- GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, Springer, 1925.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*, 17.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- GONÇALVES, Diogo Costa. Anotação ao artigo 762.º, In PIRES, Catarina Monteiro (org.), *Novo Corona vírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, 2020.
- GRAHAM, Benjamin, *The intelligent investor, the definitive book on value investing*, reimp. da 4.ª ed., Harperbusiness, 2006.
- HAUPT, Günter. Über faktische Vertragsverhältnisse, In *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber zum 10. April 1940*, vol. II, Leipzig, 1943.
- JÄCKEL, Holger. *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg, Köln, 2007.

JAYME, Eric. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne, In *Recueil des Cours*, tomo 251, 1995.

JOBIM, Marco Félix / MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova, In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. XVIII, jan.-abr. 2017.

JOLIDON, Pierre. Vérité, justice et procédure civile. In *Revue de la Société des juristes bernois*, vol. 109, n.º 5, 1973.

JORGE, Fernando Pessoa. *Lições de direito das obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1975.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, Porto Alegre, Livraria Sulina, 1953.

_____. Processo e cultura. In *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 3, São Paulo, 1961.

LAMAS, Natália Mizrahi. *Curso de arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*. München/Berlin, Beck, 1957.

_____. *Lehrbuch des Schuldrecht*, vol. I, 14.ª ed., München, 1987

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*, vol. I, 14.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017.

_____. *Direito das obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II, 7.ª ed. Coimbra, Almedina, 2017.

_____. *O enriquecimento sem causa no direito civil. Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*, Coimbra, Almedina, 2005.

LOCHER, Eugen, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, In *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 121, Mohr, 1923.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KASER, Max. *Das römische Privatrecht*, München, C. H. Beck, 1971.

KERN, Christoph A. Procedural contracts in Germany, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2017.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

KOHLER, Josef. Ueber process rechtliche Verträge und Creationen, In *Gesammelte Beiträge zum. Zivilprozess*, Berlin, Carl Heymmanns, 1894.

MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e "venire contra factum proprium", In *Obra Dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991.

____. Pressupostos da Resolução por Incumprimento, In *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 5.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

____. *Coisa julgada sobre questão*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

____. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. In *Revista de Processo*, vol. 288, Revista dos Tribunais, fev. 2019.

____. Tutela ressarcitória na forma específica, In *Revista Ius Dictum*, Lisboa, AAFDL, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme / MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil. Teoria do processo civil*, vol. I, 5.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.

____ / ____ / _____. *Curso de processo civil*, vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

____ / ____ / _____. *Manual de processo civil*, 5.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.

____ / ____ / _____. *Código de processo civil comentado*, 5.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima / BENJAMIN, Antonio Herman V. / BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso. Em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2015.

____. *Da Cessação do Contrato*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado - critérios para a sua aplicação*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

____. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração, In *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. XXV, abr-jun 2010.

MARTINS-COSTA, Judith / COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2020.

MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba*, Buenos Aires, EJE, 1979.

____. *Estudios de derecho procesal*, vol. I, Buenos Aires, EJE, 1967.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, 1961.

MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of civil procedure, In ENGELMANN, et al., *A history of continental civil procedure*, vol. VII, Boston, Little Brown and Company, 1927.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – parte especial*, tomo XXII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1958.

____. *Tratado de direito privado – parte especial*, tomo XXIII, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958.

____. *Tratado de direito privado – parte especial*, tomo XXV, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1959.

____. *Tratado de direito privado – parte especial*, tomo XXVI, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1959.

____. *Tratado de direito privado, parte geral*, tomo I, atualizados por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1974.

____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV, Rio de Janeiro, Forense, 1974.

____. *Tratado das ações. Ação, classificação e eficácia*, tomo I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no processo civil. Do modelo ao princípio*. 4.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Antecipação da Tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Cortes superiores e cortes supremas. Do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Reclamação nas cortes supremas. Entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.

_____. *Processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2021.

MIRAGEM, Bruno / PETERSEN, Luiza. Seguro e inteligência artificial: novo paradigma tecnológico e seus reflexos na causa e na estrutura do contrato de seguro, In TEPEDINO, Gustavo / SILVA, Rodrigo da Guia (org.), *O Direito Civil na era da inteligência artificial*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020.

MONCADA, Luís Solano Cabral de. *Lições de direito civil (parte geral)*, vol. II, Coimbra, Atlântida Livraria Editora, 1932.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999.

MÚRIAS, Pedro. Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento, In *O Direito*, ano 140.^o/IV, 2008.

_____. A unificação das Impossibilidades, In *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano LVI (XXIX da 2.^a Série), n.^o 4, 2015.

NERY JR., Nelson. / NERY, Rosa Maria Andrade. *Instituições de direito civil. Das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*, Coimbra, Almedina, 1967.

NUNES, Dierle / SANTOS E SILVA, Natanael Lud / PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais, um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*, 2.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2020.

OERTMANN, Paul. *Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, A. Deichert, 1921.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de / PERESTRELO, Madalena. *Incumprimento resolutório. Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2019.

____. / _____. Anotação ao artigo 432.º, In PIRES, Catarina Monteiro (org.), *Novo Corona vírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, 2020.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de. Em tema de alteração das circunstâncias: a prioridade da adaptação/modificação sobre a resolução do contrato, In SEQUEIRA, Elsa Vaz de *et al.* In *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.

PEER, Eyal / GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions, In *Court Review*, vol. 49, n.º 2, 2013.

PELLI, Olivia. *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen, Dike, 2012.

PEREIRA, Maria de Lurdes. *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001.

____. Anotação ao artigo 813.º, In PIRES, Catarina Monteiro (org.), *Novo Corona vírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, 2020.

PEREIRA, Maria de Lurdes / MÚRIAS, Pedro. Sobre o conceito e extensão do sinalagma, In *Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008.

PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, Giuffrè, 2009.

PICO I JUNOY, Juan. Repensando los pactos procesales probatórios desde las garantías constitucionales del proceso. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. XXI, n.º 1, jan. abr. 2020.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado, direito de conflitos - parte especial*, vol. II, 4.ª ed. Coimbra, Almedina, 2015.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Direito das obrigações*, Coimbra, 1973.

____. *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Almedina, 1982.

____. *Teoria geral do direito civil*, 4.^a ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2017.

____. *Contratos I. Perturbações na execução*, Coimbra, Almedina, 2019.

____. Anotação ao artigo 790.º, In PIRES, Catarina Monteiro (org.), *Novo Corona vírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, 2020.

____. Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir, In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 76, vol. I/II/III/IV, Jan./dez. 2016.

____. Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“mac”) e cláusulas de força maior — revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 80, vol. I/II, Jan./Jun. 2020.

PITERMAN, Marcel. Panorama do cumprimento das prestações de fazer e não fazer, In *Revista Jurídica*, n.º. 483, jan. 2018.

____. Direito e processo: tutela dos direitos e tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais, In *Revista Jurídica*, vol. 472, fev. 2017.

____. Tutelas inibitórias ordenadas por tribunais arbitrais, in *Revista Ius Dictum*, n.º 3, Lisboa, AAFDL, 2021.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

____. *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao dever de provar*, 2.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

RAMOS, Vitor de Paula / RANZOLIN, Ricardo. Prova na arbitragem: poderes instrutórios dos árbitros, ônus, deveres e obrigações das partes. In NASCIMBENI, Asdrubal Franco /

BERTASI, Maria Odete Duque / RANZOLIN, Ricardo. (org.), *Temas de mediação e arbitragem*, vol. III, São Paulo, Lex, 2019.

REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1950.

_____. *Processo ordinário e sumário*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1928.

ROLO, António Garcia. Contratos probatórios típicos em processo civil: limites e efeitos sobre o tribunal, In *Revista Ius Dictum*, n.º 2, 2020.

ROSENBERG, Leo. *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, Berlin, Otto Liebmann, 1923.

ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl / GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 16.^a ed., München, C. H. Beck, 2004.

SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1935.

SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1968.

_____. Einverständliches Parteihandeln im Deutschen Zivilprozess, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, 3.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2017.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Almedina, 1987.

SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *As convenções de prova em processo civil*, tese de doutoramento, Universidade de Coimbra, 2017.

SILVA, Manuel Gomes da. *Conceito e estrutura da obrigação*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil, FDUL, 1971.

_____. *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, Tipografia Ramos, 1944.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*, 2.^a ed., Lisboa, Lex, 1993.

_____. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.^a ed., Lisboa, Lex, 1997.

_____. Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil, In *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, jul.-set. 2013.

_____. *A prova em processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.

_____. CPC Online, disponível em <https://blogippc.blogspot.com>.

STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, Berlin 1902.

TALEB, Nassim Nicholas. *The black swan, the impact of the highly improbable*, London, Penguin, 2010.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992.

_____. Verità negoziata? In *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 11: Accordi di Parti e Processo*, Milano, Giuffrè, 2008.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Vieses implícitos e técnicas de automação decisória: riscos e benefícios, In *Civil Procedure Review*, vol. XII, n.º 1, jan-abr. 2021.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, 1973.

TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*, Salvador, JusPodivm, 2020.

TEPEDINO, Gustavo / SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil – obrigações*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo / SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial, smart contracts e gestão do risco contratual, In TEPEDINO, Gustavo / SILVA, Rodrigo da Guia (org.), *O Direito Civil na era da inteligência artificial*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020.

TVERSKY, Amos / KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases, In *Science*, vol. 185, 1974.

VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Fernando Andrade Pires de. *Código civil anotado*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 1992.

_____. Cumprimento imperfeito do contrato de compra e venda. A exceção do contrato não cumprido, in *CJ*, ano XII, tomo IV, 1987.

_____. *Ensaio sobre o conceito de modo*, Atlântida, 1955.

VOGT, Fernanda Costa. Cessação da relação convencional. Um estudo sobre a dissolução do negócio jurídico processual, In CABRAL, Antonio do Passo / NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.), *Negócios processuais - coleção grandes temas do novo CPC*, tomo 2, Salvador, JusPodivm, 2020.

WACH, Adolf. Das Geständnis. Ein Beitrag zur Lehre von den Prozessualischen Rechtsgeschäften. In *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 64, 1881.

WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.

WINDSCHEID, Bernhard / KIPP, Theodor. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, 9.^a ed., reimpr. 1906, Frankfurt am Main, Scientia Verlag Halen, 1963.

_____. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, 9.^a ed., reimpr. 1906, Frankfurt am Main, Scientia Verlag Halen, 1963.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econ mica do processo civil. Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.