

A CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE PROVA DIANTE DOS FINS DO PROCESSO CIVIL

Contracts on evidence and the objectives of civil procedure
Revista de Processo | vol. 288/2019 | p. 127 - 153 | Fev / 2019
DTR\2019\39

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Diretor do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Membro do Conselho da International Association of Procedural Law.
guilherme@marinoni.adv.br

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: O presente artigo analisa os limites da convenção processual sobre prova, demonstrando que a convenção pode beneficiar e restringir a formação da convicção judicial. Conclui que a convenção processual não pode limitar a formação da convicção do juiz, inclusive para que a segurança jurídica seja tutelada, promovendo-se a igualdade e a liberdade.

Palavras-chave: Convenção processual – Prova – Convicção

Abstract: The present article analyses the limits of procedural contracts on evidence, demonstrating that the contract can benefit and restrict the judicial determination. Concludes that procedural contracts cannot limit the formation of the judge's determination, including to ensure the judicial security, promoting equality and freedom.

Keywords: Procedural contracts – Evidence – Judicial determination

Sumário:

1 Introdução - 2. Liberdade e processo civil - 3. Convenção processual, liberdade e fins do processo - 4. Convenção sobre prova e imprescindibilidade da devida convicção para a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional e para o cumprimento do dever de o juiz prestá-la devidamente - 5. Poderes do juiz e convenção sobre a prova - 6. Convenção limitadora da prova e arbitragem - 7. Convenção em benefício da formação da convicção - 8. Convenção sobre prova e regra de exclusão - 9. Os terceiros e a sociedade como destinatários da prova - 10. Convenção sobre prova e coisa julgada sobre questão - 11. A importância da devida informação sobre os fatos para o desenvolvimento do direito e para a garantia da sua unidade - 12. Convenção sobre prova, segurança jurídica, liberdade e igualdade - 13. Conclusão

1 Introdução

O presente texto trata da intrincada questão das convenções processuais sobre a prova¹. A essência do problema a ser tratado, em poucas palavras, é o da validade das convenções processuais que limitam a produção da prova.

A ideia de que, quando as partes podem dispor do direito litigioso, nada deve impedir-lhes de convencionar sobre a prova, deve ser confrontada com os fins do processo civil. O processo tem compromisso com os direitos fundamentais, não podendo se afastar dos valores que, segundo a Constituição, devem ser realizados pelo Estado para a tutela da sociedade. Assim, o texto separa a liberdade que está à disposição das partes no processo dos fins que o processo deve cumprir para não faltar à Constituição e, assim, responder aos direitos fundamentais e aos deveres do Estado.

Indaga-se, a partir daí, se a convenção sobre prova pode limitar a formação da convicção judicial, analisando-se, entre outros pontos, a relação entre o acordo processual sobre prova e os poderes instrutórios do juiz. Além disso, como a convenção sobre prova é analisada em face dos fins que devem ser cumpridos pelo processo,

pergunta-se se 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.

2. Liberdade e processo civil

A presença do Estado em áreas que podem e devem contar com a participação exclusiva dos privados e a excessiva proteção estatal sobre determinadas situações, a interferir sobre a liberdade dos particulares que se relacionam com o bem tutelado e, em alguns casos, na liberdade da própria pessoa tutelada, trouxe graves problemas à sociedade e ao próprio Estado. O crescimento do Estado sobre a esfera dos negócios tipicamente privados, ao negligenciar as regras do mercado, não poderia levar a outras consequências que não o fracasso econômico e o enriquecimento dos seus administradores à custa da população. Além disso, a visão do empresário como um "inimigo", típica a alguns setores da vida pública, inclusive da magistratura, fez com que sobre ele recaíssem exigências legais, administrativas e judiciais desproporcionais, a impedir a sua inserção e desenvolvimento no mercado. Por fim, a excessiva tutela estatal do cidadão, ao privá-lo de responsabilidade, naturalmente dificulta o seu amadurecimento, impedindo-o de ver na concorrência, no trabalho e no mérito o verdadeiro sinal do desenvolvimento².

Se a economia e a vida em sociedade reclamam o redimensionamento do Estado e uma menor interferência sobre os negócios e as pessoas, o que está em jogo é a liberdade. Sucede que a liberdade, além de não poder ser sufocada por regras e posturas que ignorem a importância da participação do particular na economia, para frutificar depende de pressupostos que exigem providências de ordem normativa e mesmo jurisdicionais.

O Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) brasileiro (2015) revela grande preocupação com a segurança jurídica, requisito sem o qual a liberdade não tem condições de se realizar. Ressalta a relevância da estabilidade e da coerência do direito, apontando para a importância da previsibilidade das decisões judiciais³ e, desse modo, para a necessidade de os juízes respeitarem precedentes. Como é óbvio, ninguém pode investir na produção, gerando trabalho, sem ter previsibilidade acerca das consequências da sua atividade. Na verdade, 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 Direito⁴, ou seja, em um Estado que assegure a estabilidade e a previsibilidade do direito. Aliás, é nesse sentido que MacCormick fala em "ética do legalismo"⁵.

Além de frisar a importância do respeito aos precedentes para a proteção da segurança jurídica, o Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) brasileiro instituiu a coisa julgada sobre questão. Não há dúvida de que a oportunidade de poder rediscutir o que já foi decidido, especialmente a possibilidade de rediscutir o que já se decidiu tão somente por se estar diante de um adversário com outro rosto⁶, é um grande achado para quem é avesso à generalidade do direito e gosta de apostar na sorte de um novo caso⁷.

Os precedentes obrigatórios e a coisa julgada sobre questão têm grande importância para demonstrar como o processo civil pode colaborar para a promoção da liberdade. Garantir a segurança jurídica é indispensável para que o homem possa livremente se autodeterminar em suas escolhas e, assim, para que a sua vida e negócios possam se desenvolver. Isso também é fundamental para que a economia possa frutificar, sendo este aspecto conhecido há muito tempo, ou desde que Max Weber relacionou a racionalidade formal do direito ao desenvolvimento econômico⁸.

Porém, alude-se a outra feição da liberdade – muito menos relevante – quando se tem em conta a prevalência da vontade das partes no processo. É certo que a liberdade também é importante dentro do processo, já que em algumas situações a vontade dos litigantes pode colaborar para o fluir tempestivo e racional do processo. Ocorre que o processo não pode esconder os valores do Estado – impressos na Constituição –, na

medida em que cabe ao juiz, ao atuar e ao decidir, não apenas revelá-los, mas tutelá-los, implementando-os.

Significa, em outras palavras, que não há qualquer contradição entre processo preocupado com a liberdade e processo preocupado com os objetivos do Estado, ou mesmo qualquer problema em preservar valores do Estado em detrimento da vontade das partes. O processo contemporâneo deve dar vazão à vontade dos litigantes, desde que com isso não sejam prejudicados os valores que o Estado não pode deixar de atuar.

Na realidade, tudo seria muito simples se não fosse a tola e falsa ideia de tentar equiparar, em algumas situações específicas, fins do Estado com fins de um Estado autoritário e distante da democracia⁹. Nesses casos, deixando-se a honestidade intelectual de lado, investe-se na retórica para confundir autoridade do Estado – reflexo de qualquer Estado de Direito – com autoritário, arbitrário e não democrático. Trata-se de uso descuidado da argumentação em detrimento da racionalidade do discurso, que gera prejuízos ao diálogo e à compreensão dos temas jurídicos.

3. Convenção processual, liberdade e fins do processo

A simples admissão de convenção processual é sinal de que o Estado deve contar com a colaboração das partes para a otimização do processo¹⁰. No entanto, o registro da possibilidade de convenção processual está longe de significar que as partes passam ter poder para delinear o “modo de ser” do processo em seu exclusivo proveito¹¹.

Engana-se quem imagina que o processo civil, por também servir à resolução de conflitos, pode se comportar de acordo com o interesse das partes envolvidas no conflito a ser solucionado. Isso não pode ser assim basicamente pelo fato de que o processo não se destina a atender episodicamente aos litigantes, como se esses fossem usuários de um sistema privado¹².

O processo não pode se preocupar apenas com a resolução dos litígios nem muito menos se pautar no exclusivo interesse das partes. O processo tem compromisso com a Constituição, com a sociedade e com o desenvolvimento do direito¹³. Observe-se que não é só o Judiciário que deve tutela aos direitos fundamentais. O modelo legal do processo tem inafastável compromisso com estes direitos. Assim, por exemplo, a coisa julgada sobre questão responde ao dever que o legislador possui de tutelar normativamente a segurança jurídica.

Portanto, o que impede a proeminência da vontade dos litigantes no processo é a circunstância de que o Estado, mediante o processo, deve se desincumbir de grave responsabilidade, que obviamente está muito além do interesse das partes¹⁴. É realmente 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 liberdade¹⁵.

4. Convenção sobre prova e imprescindibilidade da devida convicção para a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional e para o cumprimento do dever de o juiz prestá-la devidamente

Alguém poderia perguntar o motivo pelo qual não haveria legitimidade numa decisão baseada em prova não suficiente à aferição aprofundada dos fatos. O argumento seria o de que, se as partes podem acordar sobre o bem objeto do litígio, não haveria motivo para impedi-las de abrir mão de algumas modalidades de prova¹⁶.

Para se admitir que as partes podem convencionar sobre a prova a despeito da convicção judicial, é necessário entender que no acordo há uma livre opção pelo risco de a prova não se mostrar suficiente para a adequada formação da convicção do juiz.

Em outras palavras, não importaria saber se o litígio foi decidido com base nas provas capazes de permitir a formação do convencimento do julgador. A vontade das partes

seria suficiente para legitimar a decisão, ainda que esta eventualmente estivesse fundada em convicção incapaz de traduzir como os fatos se passaram.

Ocorre que as coisas não podem ser assim. Ao menos quando se tem consciência de que todos têm direito fundamental à tutela jurisdicional e que a coisa julgada, quando vista como óbice à rediscussão de um litígio, é incondicionalmente ligada ao dever de o julgador buscar se convencer acerca da verdade para prestar a devida tutela jurisdicional.

É indiscutível que o direito fundamental à tutela jurisdicional não pode se desligar do direito à utilização das técnicas processuais idôneas ao alcance da tutela prometida pelo direito material¹⁷, assim como do direito à produção da prova capaz de permitir a elucidação das alegações de fato¹⁸. Contudo, o direito fundamental à tutela efetiva não é apenas um direito que tem como corolário o direito à prova, mas é um verdadeiro direito à prestação jurisdicional fundada em adequada convicção acerca das alegações fáticas. Entenda-se essa última como a convicção que o juiz deve buscar formar a respeito da relação entre as alegações de fato e o que se passou.

É certo que o juiz, em casos excepcionais, pode decidir com base em convicção de probabilidade. Isso acontece quando há legitimidade na redução das exigências de convicção para a admissão dos fatos, como ocorre, por exemplo, no caso de lesões pré-natais¹⁹. Quando os fatos podem ser esclarecidos, no entanto, o juiz tem que formar convicção de verdade – ou seja, deve procurar se convencer da verdade a partir das provas idôneas à demonstração dos fatos – para prestar a devida tutela jurisdicional.

Nessa linha, o acordo processual que restringe provas nega o direito fundamental à tutela jurisdicional pautada em convicção de verdade, que também pode ser designado de direito fundamental à decisão justa²⁰. Como é evidente, o dever do juiz não se limita à prestação formal de resposta jurisdicional. Incumbe-lhe prestar tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e justa. Justa não apenas porque de acordo com os direitos fundamentais materiais, mas também no sentido de em conformidade com o que é possível averiguar sobre os fatos alegados.

Quando em pauta a adequação da lei aos direitos fundamentais, é preciso que a decisão se funde em critérios objetivadores da identificação do conteúdo do direito fundamental, amparando-se em argumentação racional capaz de convencer²¹. No caso em que se discute como os fatos se passaram, a decisão tem que estar baseada em convicção nas provas disponíveis para a averiguação da verdade sobre os fatos²².

Não se deve confundir direito ao processo justo com direito à decisão justa²³. A legitimação da jurisdição não depende apenas da observância dos direitos fundamentais processuais nem pode ser alcançada apenas pelo procedimento em contraditório. Lembre-se de que o procedimento pode ser legítimo à luz das garantias processuais e, ainda assim, produzir decisão descompromissada com a substância dos direitos fundamentais²⁴. A legitimação da jurisdição, além de depender da legitimidade do procedimento, requer a legitimidade da decisão, inclusive a sua conformidade com a convicção de verdade²⁵.

Mais importante do que falar em direito à decisão pautada em convicção de verdade é deixar claro que o exercício da jurisdição carece de legitimidade quando o juiz não tem condições – ou, pior do que isso, é proibido – de formar adequadamente a sua convicção. Ora, não poder formar a convicção de modo adequado é exatamente o mesmo do que não poder decidir adequadamente.

Note-se 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 juiz²⁶, que obviamente não está à disposição dos litigantes. Isso quer dizer que as partes podem convencionar sobre a prova apenas quando não limitam a convicção judicial, ou melhor, quando atuam para otimizar a sua formação.

Esclareça-se que, embora a parte possa deixar de requerer prova e a decisão seja válida ainda que mais tarde se demonstre que a prova não realizada era capaz de alterar o resultado do julgamento, o juiz jamais estará vinculado a um acordo que limite a possibilidade da formação adequada da sua convicção²⁷. Num caso como esse, quando uma das partes requer prova distinta da determinada no acordo, o julgador pode deferir a sua produção.

Entretanto, quando o juiz determina prova em detrimento do acordo, cabe-lhe justificar a sua necessidade. Assim, o juiz deve justificar o motivo pelo qual a prova eleita no acordo é insuficiente para a devida elucidação dos fatos, demonstrando que outra prova auxiliará na formação da sua convicção, ou mesmo justificar que a prova proibida é necessária para bem esclarecer a situação fática. Vale dizer que o juiz, ao deferir prova contra o acordo, deve argumentar em favor da necessidade de produção de prova diversa ou da produção da própria prova proibida. A falta de justificação idônea retira a legitimidade da decisão judicial.

5. Poderes do juiz e convenção sobre a prova

Seria possível imaginar que a validade da convenção que limita a produção de prova tem relação direta com os poderes instrutórios do juiz. Nessa linha, as partes poderiam acordar sobre a produção de uma única prova, ou mesmo proibir a produção de determinada prova, apenas quando o juiz não tem poder para determinar prova de ofício. Em caso contrário, entendendo-se que o juiz pode determinar a produção de prova sem requerimento da parte, o acordo sobre a prova estaria a impedir o juiz de exercer o seu poder instrutório.

Essa simplista relação entre convenção processual e poder instrutório pouco ajuda no tratamento do tema da convenção sobre prova. Bem vistas as coisas, tal relação guarda uma falsa e enganosa contraposição entre liberdade e poder instrutório. O obstáculo para convencionar sobre prova não tem relação com o poder do juiz, mas decorre do seu dever de prestar tutela jurisdicional com convicção.

Significa dizer que, mesmos nos sistemas em que o juiz não pode determinar prova de ofício, a convenção processual não pode restringir as provas necessárias para a devida solução de um litígio. Caso qualquer das partes possa demonstrar que outra prova, ou mesmo a proibida, é importante para o esclarecimento dos fatos litigiosos, o juiz, considerando que o acordo não pode proibir a formação da sua convicção, pode determinar a prova, justificando²⁸.

6. Convenção limitadora da prova e arbitragem

Sabe-se que, em caso de litígio sobre direitos disponíveis as partes têm plena liberdade para atribuir a sua solução a um privado. Assim, seria possível supor que a convenção que predetermina a exclusiva produção de determinada prova, ou mesmo a proíbe, vincula o árbitro.

Nessa situação, o que garantiria a legitimidade da convenção processual seria o fato de as partes estarem diante do árbitro, em vez de na presença do juiz. Porém, há algum tempo restou estabelecido na legislação brasileira que "a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo" (art. 31 da Lei 9.307/96 (LGL\1996\72) – Lei da Arbitragem).

Se a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença do juiz, inclusive coisa julgada material, não há como admitir que a parte, ao se dirigir ao árbitro, possa ter um direito à resolução do conflito que seja desqualificado, ou seja, um direito a uma decisão que não se pautem em convicção adequada sobre os fatos. Como é evidente, a decisão não teria legitimidade caso uma convenção pudesse restringir a formação da convicção do árbitro²⁹.

Tanto as partes têm direito fundamental à decisão arbitral pautada em convicção de verdade, quanto o árbitro tem dever de formar convicção, com base nas provas capazes de elucidar os fatos, para resolver adequadamente o litígio que lhe foi submetido.

Portanto, caso uma das partes faça ver ao árbitro a necessidade de produção de prova diversa da estabelecida no acordo, esse deverá ser desconsiderado, deferindo-se a produção da prova solicitada. Se a arbitragem é equivalente jurisdicional, o árbitro obviamente não pode decidir em desatenção ao direito fundamental à decisão justa. Lembre-se, aliás, que o árbitro, não apenas de acordo com a Lei de Arbitragem brasileira (art. 22, caput), mas, também, consoante vários Regulamentos de Câmaras Internacionais de Arbitragem – como o Regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) –, tem poder para determinar prova de ofício³⁰.

No entanto, isso não significa que a convenção sobre prova não seja importante na arbitragem³¹. A verdadeira vantagem da convenção sobre prova, tanto na jurisdição quanto na arbitragem, é a delimitação da prova que se entende adequada ou imprescindível para a elucidação dos fatos do litígio³².

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 ela recaia sobre fato não pertinente ou irrelevante para a solução do conflito, ou mesmo incontroverso.

7. Convenção em benefício da formação da convicção

As partes podem predefinir a prova que reputam essencial para o esclarecimento dos fatos diante de eventual disputa judicial. Essa convenção, além de não restringir a formação da convicção, fixa a importância de determinada prova para o devido esclarecimento da situação litigiosa, colaborando para a formação da convicção judicial e para a prestação da adequada tutela jurisdicional. O acordo, portanto, é claramente pautado na ideia de que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º, CPC (LGL\2015\1656)).

Esse acordo não impede que algumas das partes solicite a produção de outra prova, que a princípio será produzida ao lado daquela estabelecida na convenção. Não obstante, nenhuma das partes pode negar o acordo e, nesses termos, se opor à realização da prova.

Como é evidente, quando houver ocorrido circunstância nova ou que não poderia ser considerada à época do acordo, capaz de evidenciar que a prova não é idônea ou necessária para a demonstração dos fatos, qualquer das partes poderá demonstrar que, apesar do acordo, a prova não mais se mostra idônea ou útil e, por isso, não deve ser produzida.

Por outro lado, o juiz obviamente poderá indeferir a produção da prova ao constatar que os fatos que por ela seriam evidenciados não importam para a solução do litígio ou não são controversos. Porém, quando os fatos importam para a solução do caso, o juiz não poderá negar a produção da prova sob o argumento de que outra é mais adequada.

Mas também é válido o acordo em que as partes definem a impossibilidade de determinada prova, desde que garantida a adequada formação da convicção judicial. Considere-se, por exemplo, convenção que estabelece a proibição de prova por meio de testemunha que sabe dos fatos “por ouvir falar”. Nesta situação, fala-se no direito estadunidense em prova testemunhal por hearsay. David Taylor e Sara Cliffe, ao abordarem hipótese de convenção processual que proíbe a produção de prova testemunhal por hearsay, advertem que a convenção não pode prevalecer quando

aqueles que presenciaram os fatos não têm condições de depor³³. Isso poderia acontecer, por exemplo, quando a pessoa que teve contato direto com os fatos já faleceu ou está impossibilitada de depor em virtude de enfermidade que não lhe permite adequadamente expressar sua vontade.

Perceba-se que a proibição da prova, neste caso, é admitida. Isso porque se parte da premissa de que, como o testemunho por hearsay não tem a mesma qualidade do testemunho prestado por aquele que presenciou diretamente os fatos, a convenção processual estaria a colaborar para a adequada formação da convicção do juiz³⁴.

Apesar da proibição da prova, em tal hipótese jamais se admitirá prejuízo à formação da convicção do juiz, na medida em que, quando não houver testemunha presencial, sempre será possível a investigação dos fatos por meio de testemunhas que "ouviram falar".

Esse exemplo é importante, exatamente porque demonstra que a convenção processual deve ser admitida quando objetiva aprimorar ou qualificar a convicção judicial, mas deve ser desconsiderada quando restringe a sua formação.

8. Convenção sobre prova e regra de exclusão

A lei processual, em certas situações, exclui o dever de produzir prova. Assim, por exemplo, a parte não é obrigada a depor sobre fatos "a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo" (art. 388, II, do CPC (LGL\2015\1656)) e a exibir coisa ou documento "concernente a negócios da própria vida da família" ou que possam redundar em sua própria desonra (art. 404, I e III, do CPC (LGL\2015\1656)). Além disso, a parte e o terceiro não são obrigados a exibir o documento ou a coisa quando a "sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo" (art. 404, IV, do CPC (LGL\2015\1656)) ou, ainda, quando "subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição" (art. 404, V, do CPC (LGL\2015\1656)).

A convenção processual não pode ser confundida com a regra de exclusão, seja pela sua fonte seja pelos seus efeitos. Só o legislador pode liberar a parte de produzir prova ou de colaborar para a formação da convicção do juiz. Não é por outro motivo que, quando a convenção isenta uma das partes de produzir prova, fala-se que o acordo está a criar uma regra de exclusão.

Bem vistas as coisas, a existência de regras de exclusão constitui uma viva demonstração de que a convenção processual não pode excluir prova, impedindo o juiz de decidir com base em convicção adequada. Entretanto, alguém poderia dizer que as partes podem estabelecer convenção baseada na cláusula geral antes referida (art. 404, V, do CPC (LGL\2015\1656)), que dá ao juiz poder de aferir "motivos graves" que podem justificar a "recusa da exibição" de coisa ou documento.

Sucedo que, se as partes convencionam com base em uma cláusula geral que deve ser implementada no caso concreto, obviamente não há como retirar do juiz o poder de, diante dos fatos e das características do caso, decidir se estão presentes "motivos graves" capazes de justificar a recusa da exibição. Em outras palavras, como as partes não podem criar ou alterar regras de prova ou mesmo se colocar no lugar do juiz, não há como admitir convenção processual destinada a excluir o dever de exibir coisa ou documento.

Não há dúvida, no entanto, de que, caso as particularidades da situação concreta configurem motivo idôneo a legitimar a recusa, o juiz, diante de alegação da parte, certamente não poderá deixar de acolhê-lo, impedindo, por exemplo, o descortinamento dos dados ou da tecnologia que estão incorporados na esfera intocável da pessoa jurídica.

Ademais, ainda que fosse possível contratar a não apresentação de documento ou coisa,

isso implicaria na difusão de regulamentos diferenciados para situações que devem ser tratadas da mesma forma³⁵. Aliás, para que isto não ocorra em face do art. 404, V, do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656), que confere ao juiz o poder de verificar se há “motivos graves” que justificam a não exibição, é preciso a formação de precedente que esclareça o significado deste pressuposto.

9.Os terceiros e a sociedade como destinatários da prova

Entretanto, as informações sobre os fatos e as provas que os esclarecem não são apenas do interesse das partes ou importantes unicamente para a prestação da tutela jurisdicional ou para a resolução do conflito de interesses.

Os terceiros, não participantes do processo, têm interesse na prova emprestada e, especialmente, na coisa julgada sobre questão, que igualmente depende da possibilidade de produção de prova. Se a coisa julgada sobre questão não se forma quando as partes estão obstaculizadas de requerer a produção de prova, é claro que a convenção que a restringe elimina a coisa julgada, inclusive em benefício de terceiros, contrariando os propósitos de proteção do valor constitucional da segurança jurídica, imprescindível para a promoção da liberdade e para o desenvolvimento da vida social.

Ademais, 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. Ocorre que a formação de precedente, nos casos dependentes do esclarecimento de fatos, exige a produção de prova.

10.Convenção sobre prova e coisa julgada sobre questão

A contradição entre decisões é tanto maior quanto mais se pode rediscutir o que já foi decidido, o que significa que o afastamento da coisa julgada da questão necessária ao julgamento do litígio simplesmente legitimou dogmaticamente um sentimento avesso à generalidade do direito, próprio à cultura patrimonialista do “homem cordial”, que sempre se valeu do “jeito” para obter tratamento particular e arbitrário diante da administração pública e do Judiciário³⁶.

Como é evidente, não há como admitir convenção processual que inviabilize a coisa julgada sobre questão. Não apenas porque essa forma de coisa julgada, inclusive no direito brasileiro, pode ser invocada por terceiro³⁷, mas, também, porque a segurança jurídica não pode ser negligenciada pelo simples fato de as partes estarem de acordo em não admitir a produção de prova necessária à investigação aprofundada de fatos imprescindíveis à devida solução da questão de que depende o julgamento do litígio.

A coisa julgada sobre questão, instituída no art. 503 do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) brasileiro de 2015, tem nítido parentesco com o collateral estoppel. No direito estadunidense, entende-se que, se a questão prejudicial foi discutida e decidida³⁸, não se confere vantagem legítima ao vencido, nem benefício ao sistema judicial, ao se permitir a relitigação da questão³⁹. Contudo, quando determinado procedimento restringe a produção da prova⁴⁰, impedindo a devida discussão da questão, afirma-se, inclusive com base no § 28 do Restatement (Second) of Judgments, que a parte não teve “full and fair opportunity” para discutir⁴¹, negando-se eficácia preclusiva à decisão⁴².

A configuração do collateral estoppel requer que as alegações que dão origem à questão tenham sido negadas (put in issue) e que as partes tenham tido adequada oportunidade para discuti-la⁴³. A mesma ideia está presente no art. 503 do Código brasileiro, que expressamente afasta a configuração da coisa julgada sobre questão quando há “restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial” (art. 503, § 2o, do CPC (LGL\2015\1656)).

O objetivo claro, tanto do § 28 do Restatement (Second) of Judgments, quanto do art. 503, § 2o, do Código brasileiro, é evitar a proibição da relitigação da questão quando a

parte vencida não pôde discuti-la de forma adequada. Mas, exatamente porque a parte sempre poderia contestar a proibição de relitigação sob a alegação de que teria outra prova para produzir, rejeita-se o argumento de que outra prova – que deixou de ser produzida – poderia ser mais convincente⁴⁴.

Não se pense que, quando as partes abrem mão da produção da prova por meio de acordo, não há motivo para excluir a coisa julgada sobre a questão. A coisa julgada exige a possibilidade da discussão da questão e, assim, é incompatível com a restrição probatória. Aliás, o art. 503, § 1o, II, do Código brasileiro exclui a configuração de coisa julgada sobre questão em caso de revelia.

No direito estadunidense, a generalidade da doutrina⁴⁵ não admite a incidência do collateral estoppel nos casos de default judgments (julgamentos em caso de revelia)⁴⁶. Para justificar a inexistência de collateral estoppel em caso de default judgment, alega-se que o collateral estoppel, nesse caso, não serviria para evitar contradição entre decisões, já que os efeitos da revelia excluem os fatos do thema probandum e da convicção judicial, não existindo juízo e, portanto, possibilidade de incoerência entre decisões. Além disso, afirma-se que a parte que escolhe não contestar, apesar de estar ciente das consequências da sua omissão no processo, dificilmente pode prever as suas consequências futuras, ou seja, os efeitos panprocessuais da revelia, a impedir a relitigação da questão em processos futuros⁴⁷.

A convenção processual, além de excluir a possibilidade de discussão da questão e, assim, impossibilitar a convicção judicial que deve estar à base de uma decisão que, além de produzir coisa julgada, afeta o resultado de outras ações, dificilmente permite prever que a decisão de questão poderá interferir sobre eventual processo futuro. Bem por isso, ciente dos benefícios e, também, dos prejuízos que a coisa julgada sobre questão pode acarretar, o Código brasileiro expressamente excluiu a coisa julgada em qualquer caso em que há restrição à produção de prova (art. 503, § 2o, do CPC (LGL\2015\1656)), não importando se esta restrição é legal ou convencional.

Independentemente do ângulo por meio do qual se analisa o problema, não há como admitir coisa julgada sobre questão quando há acordo que limita a formação da convicção. Diante disso, cabe perguntar se a vontade das partes – ou seja, a convenção processual – pode impedir a formação da coisa julgada. Lembre-se que a restrição da coisa julgada ao pedido e, por consequência, a ação declaratória incidental, estimuladas pelos teóricos que favoreceram o surgimento da ZPO de 1877⁴⁸, pautaram-se na ideia de liberdade própria ao final do século XVIII e à primeira metade do século XIX⁴⁹. Porém, se não há dúvida que os conceitos que estiveram por detrás da ZPO e influenciaram o art. 34 do Codice di Procedura Civile foram influenciados pela ideia de que a vontade dos litigantes deveria definir o campo de operação da coisa julgada, nos dias atuais não há como ver na autonomia da vontade fundamento para excluir a coisa julgada da questão.

Afinal, a coisa julgada é um elemento de direito público, indispensável à proteção da segurança jurídica e da coerência do direito. É interessante que Chiovenda, ao tratar da ação declaratória incidental, não enfrentou adequadamente o ponto de se a coisa julgada sobre questão pode ficar na dependência da vontade do jurisdicionado. Ao se deparar com a observação de Cameo, de que a coisa julgada sobre questão não pode depender da vontade das partes, limitou-se a responder: “esta observação seria exata apenas se fosse verdade que a coisa julgada é um fenômeno necessariamente ligado à ‘questão’, que se forme onde quer que há uma questão e não se forme se não há uma questão”.⁵⁰ Chiovenda claramente fugiu da discussão sob a alegação de que, se não há coisa julgada sobre decisão incidente, não há motivo para perguntar se a coisa julgada está na dependência da vontade da parte. Contudo, importa grifar que Chiovenda acabou reconhecendo que a ponderação de Cameo, no sentido de que a coisa julgada não pode depender da vontade dos litigantes, seria exata caso admitido que a coisa julgada pode recair sobre a questão⁵¹, como hoje ocorre no Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) brasileiro.

A coisa julgada sobre questão importa para o Estado e para a sociedade, sendo imprescindível para a tutela da segurança jurídica e da coerência do direito. O Código brasileiro de 2015, ao instituir a coisa julgada sobre questão e abandonar a desacreditada ação declaratória incidental, optou pela tutela da segurança jurídica em detrimento da ultrapassada suposição de que a liberdade poderia ser violada se a coisa julgada se formasse independentemente de pedido.

Há aí mais um importante motivo para não admitir convenção processual que limita a convicção judicial. As partes não podem interferir sobre a formação da coisa julgada.

11.A importância da devida informação sobre os fatos para o desenvolvimento do direito e para a garantia da sua unidade

Como já dito, a resolução de conflitos está longe de ser a única função da jurisdição. Cabe ao Judiciário, entre outras relevantes funções, atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com a evolução da sociedade⁵².

Uma das consequências do desenvolvimento da teoria da interpretação é a aceitação da indeterminabilidade, menor ou maior, dos resultados extraíveis dos textos legais⁵³. Ademais, o juiz, ao interpretar a lei, muitas vezes deve ter em consideração as disposições que instituem direitos fundamentais, as quais, em razão da sua textura aberta, exigem valorações atentas a fatos e valores sociais⁵⁴.

A dissociação entre texto e norma, a técnica das cláusulas abertas e o impacto do constitucionalismo, deram à decisão judicial um significado bem distinto daquele imaginado por quem supunha que a missão do juiz era declarar a norma contida na lei. A decisão judicial, não só pela circunstância de que resulta de uma atividade interpretativa que contém valorações e decisões de conteúdos externos ao texto da lei, mas, também, em virtude das regras legais que convidam o juiz à sua concretização segundo as circunstâncias do caso e da imprescindibilidade de a lei ser conformada aos ditados da Constituição, certamente agrega sentido ou substância à ordem legislativa. Essa última, portanto, não é suficiente para orientar a sociedade ou para sozinha espelhar o direito que conduz a vida social⁵⁵.

Contudo, se todos os juízes têm poder para interpretar a lei, as Cortes Supremas têm a função de definir o sentido do direito, atribuindo-lhe unidade⁵⁶. Isto ocorre por meio de precedentes, ou melhor, mediante decisões que, revelando fundamentação hábil (*ratio decidendi*) a definir a questão jurídica, não podem deixar de ser observadas pelos demais juízes - ao menos num Estado de Direito⁵⁷. Realmente, como diz MacCormick, fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um Juiz ou Corte para outro⁵⁸.

Não obstante a definição do sentido direito ocorra apenas nas Cortes Supremas, para tanto, é, muitas vezes, imprescindível a discussão dos fatos perante os juízes e tribunais. Para que o Judiciário possa atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo, informações adequadas sobre os fatos são necessárias⁵⁹, daí importando, não só a função do *amicus curiae*⁶⁰, como, também, a ideia de que a prova não importa apenas para a resolução do caso concreto, mas, também, para a fixação do precedente e, portanto, para que se possa atribuir à sociedade o direito que deve orientá-la.

Diante de determinada ação inibitória, saber se determinado produto agrícola causa prejuízos à saúde pode ter grande interesse social. Num caso como esse, o acordo que restringe a prova, ao impedir a adequada verificação dos eventuais efeitos nocivos do produto, pode retirar do Judiciário a possibilidade de formar importante precedente.

Ainda que o Superior Tribunal de Justiça não possa valorar a prova, a necessidade de definição da ilicitude da comercialização de produto com determinada composição (questão de direito), ao abrir oportunidade para a intervenção da Corte, exige que o seu raciocínio decisório tenha em conta a composição do produto, fato evidenciado mediante

prova. Ora, o Superior Tribunal de Justiça não só decide a questão de direito no quadro dos fatos que dão composição ao caso, como os seus precedentes são completamente incompreensíveis à distância dos fatos que lhe dizem respeito.

O exemplo demonstra claramente que a vontade das partes, ao excluir a produção de prova, pode impedir o Judiciário de definir o direito que deve orientar a sociedade e regular os casos conflituivos, prejudicando-se a segurança jurídica e, assim, a promoção da liberdade e da igualdade. Perceba-se, ademais, que a restrição de provas pode não só inviabilizar a instituição de precedente, mas também constituir estratégia para evitar a sua formação.

12. Convenção sobre prova, segurança jurídica, liberdade e igualdade

Se a convenção que restringe a prova pode impedir a formação de precedente e, por conta disso, não pode ser admitida, afirma-se o mesmo quando se diz que a vontade das partes não pode impedir o processo de responder aos seus fins, entre eles o de tutelar a segurança jurídica⁶¹. Afinal, quando se tem claro que os precedentes das Cortes Supremas, responsáveis por definir as questões de direito infraconstitucional e constitucional, devem ser observados por todos os juízes do país, investe-se contra a variação de decisões para casos similares em nome da segurança jurídica.

A previsibilidade pressupõe univocidade de qualificação das situações jurídicas.⁶² Se essa qualificação depende das decisões judiciais – que, em princípio, podem ser várias –, a previsibilidade está nas mãos das Cortes Supremas, cuja função é atribuir sentido ao Direito e garantir a sua unidade. Porém, se a previsibilidade pressupõe univocidade, ela igualmente depende da efetividade do sistema jurídico enquanto capacidade de garanti-la.⁶³ Trata-se de constatar que um ordenamento incapaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas, e de gerar, assim, um sentido de segurança nos cidadãos, não merece sequer a qualificação de jurídico.⁶⁴ Daí a razão pela qual os precedentes obrigatórios constituem uma simples e inafastável consequência da função outorgada às Cortes Supremas.

A coisa julgada sobre questão também tutela a segurança jurídica⁶⁵. É certo que o Estado tem o dever de tutelar mediante normas a segurança jurídica, e assim revestir as decisões sobre os litígios de coisa julgada. Contudo, alguém poderia dizer que, não obstante tal dever, a coisa julgada não precisa necessariamente recair sobre as decisões incidentes. Isso estaria correto se essas decisões não tivessem importância e significado para os litigantes, assim como para a sociedade e para o Estado. Porém, a estabilidade das decisões sobre questão é muito importante para os litigantes, assim como para a harmonia da vida social e para o desenvolvimento econômico do país. Além disso, a previsibilidade do que pode ocorrer diante de uma eventual e futura ação, em que a questão já decidida possa voltar a aparecer, é indispensável para que o homem saiba como deve conduzir a sua vida e os seus negócios sem ser perturbado e prejudicado, inclusive pelo Estado em suas várias formas, mesmo enquanto juiz.

A segurança jurídica é indispensável para a promoção da liberdade. Sem segurança jurídica, a pessoa não tem liberdade para predeterminar suas escolhas, o que impede o seu desenvolvimento e o dos seus negócios, prejudicando a própria economia. A previsibilidade sempre foi indispensável à vida dotada de racionalidade e também para o desenvolvimento do capitalismo⁶⁶. Portanto, a variação das decisões judiciais, ao significar falta de critérios para o empresário definir suas estratégias de ação e de investimento⁶⁷, certamente conspira contra a economia⁶⁸.

Mas a tutela da segurança jurídica também é imprescindível para a promoção da igualdade. Nada viola tanto a igualdade quanto dar, a quem teve o seu direito violado ou sofre iminente ameaça de tê-lo, uma decisão desconforme com o padrão já definido pelo Judiciário em casos similares. Após a Corte Suprema ter firmado precedente, não há como admitir, por parte de qualquer juiz ou tribunal, uma decisão que apresente razões divergentes. É inconcebível não perceber que uma decisão desse porte faz pouco caso

não só do Estado de Direito e do Judiciário, mas, também, da igualdade, representando lamentável arbitrariedade ou ingenuidade inescusável⁶⁹. A igualdade perante as decisões judiciais é fruto do dever de o Estado dar a todos que estão em uma mesma situação a solução que a Corte Suprema racionalmente delineou, mediante as melhores razões possíveis. Afinal, as pessoas merecem a melhor solução que o Estado pode conceber para lhes garantir uma vida justa. É nesse sentido que se diz que o valor constitucional tutelado pelo sistema de precedentes é a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juízes ao "direito" delineado pela Corte Suprema, dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças.⁷⁰

Mas é ainda mais clara a violação da igualdade diante das questões discutidas, decididas e não cobertas pela coisa julgada. Se a negação do precedente firmado em caso em que figuram partes diversas é grave, muito pior é admitir que aquele que já discutiu a questão possa negar a decisão que a seu respeito foi proferida, como se o fato de estar litigando em outro processo com a mesma parte ou mesmocom outro adversário⁷¹ outorgasse alguma racionalidade para o Judiciário decidir várias vezes a mesma questão⁷².

Tudo isso significa que as convenções processuais que restringem prova, exatamente porque podem inviabilizar a coisa julgada sobre questão e a formação de precedentes, negam um dos principais fins do processo, o de tutelar a segurança jurídica. Desse modo, e por consequência, as convenções limitadoras de prova também impedem que o processo realize os seus objetivos de promoção da liberdade e da igualdade.

13. Conclusão

A liberdade das partes no processo não pode se sobrepor aos seus objetivos públicos, inclusive para que a liberdade possa ser tutelada.

A limitação convencional da prova não pode ser admitida quando restringe a formação da convicção judicial. Isso não significa, porém, que a convenção processual sobre prova não possa ser admitida quando objetiva colaborar para o aperfeiçoamento da convicção. A convenção pode estabelecer a prova adequada, assim como proibir determinado tipo de prova, desde que não limite a formação da convicção do juiz.

A convenção, ao limitar a formação da convicção, não vale tanto nos sistemas em que o juiz tem poder para determinar prova de ofício quanto naqueles em que a prova só pode ser produzida em razão de requerimento das partes. De outro modo serão violados o direito fundamental à decisão justa e o dever de o Estado prestá-la.

A convenção processual que restringe a prova, por impedir a adequada discussão da questão, inviabiliza a coisa julgada sobre questão. Como a coisa julgada é imprescindível à tutela dos fins públicos do processo, particularmente da segurança jurídica, esse é mais um motivo pelo qual a convenção processual que limita a produção da prova não pode ser admitida.

A restrição de prova ainda dificulta a formação de precedentes, o que também é fundamental para a tutela da segurança jurídica e, assim, para a promoção da liberdade e da igualdade.

1 Texto base da conferência proferida no Congresso da International Association of Procedural Law e nas XXVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Salamanca, out. 2018.

2 Para uma crítica da coerção estatal e a concepção do direito como salvaguarda da

liberdade, ver Friedrich Augusto von Hayek. *The constitution of Liberty*. The definitive edition, Chicago: The University of Chicago Press, 2011. Do mesmo autor, *Direito, legislação e liberdade: normas e ordem*. São Paulo: Visão, 1985. v. 1., especialmente os capítulos 5 e 6. Na mesma linha, definindo o papel do governo segundo a concepção liberal, Milton Friedman. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, especialmente o capítulo 2, intitulado "O papel do governo em uma sociedade livre".

3 A doutrina jurídica dos países de civil law nunca fez questão de ressaltar que, para se garantir a previsibilidade, não importa muito a regra escrita nos códigos ou a norma abstrata, mas fundamentalmente a concretização da norma no caso específico. A previsibilidade depende de qualificações jurídicas unívocas, de modo que a lei não é suficiente para garanti-la, sendo indispensável que o próprio sistema jurídico contenha instrumento capaz de evitar decisões diferentes para casos iguais. Como afirma Massimo Corsale, "se la codificazione fosse essenziale per la certezza come prevedibilità, quest'ultima non potrebbe realizzarsi in ordinamenti basati sul diritto consuetudinario, o giudiziario, o comunque non basati sul diritto legale. Ordinamenti di questo tipo sono sempre esistiti, e non sempre hanno corrisposto a fasi primitive di organizzazione sociale: i due macroscopici esempi del diritto romano e del common law ne fanno fede" (Massimo Corsale. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 36).

4 Cf. Neil MacCormick. *The ethics of legalism*. *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184-193.

5 "De acordo com a 'ética do legalismo', há valores morais e sociais específicos que dependem da manutenção e suporte de uma ordem normativa institucional, para o bem da paz e previsibilidade entre os seres humanos, e como condição (mas não garantia) para manter-se a justiça entre eles" (Neil MacCormick. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 6).

6 Bentham, nas primeiras décadas do século XIX, disse que há razão para dizer que uma pessoa não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão proferida em processo de que não foi parte, mas não há qualquer razão para dizer que alguém não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão proferida em processo em que foi parte simplesmente porque o seu adversário não foi (Jeremy Bentham. *Rationale of judicial evidence*. *Rationale of judicial evidence*. London: Hunt & Clarke, 1827. p. 579). A lição de Bentham foi lembrada quando do julgamento de *Blonder-Tongue vs. University of Illinois Foundation* (*Blonder-Tongue vs. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971), em que a Suprema Corte dos Estados Unidos teve oportunidade de declarar a validade do *nonmutual collateral estoppel*, ou seja, da invocabilidade da coisa julgada sobre questão por terceiro, alheio ao processo em que a coisa julgada (*collateral estoppel*) se formou.

7 Luiz Guilherme Marinoni. *Culture and Predictability of the Law*. *International Journal of Procedural Law*, v. 6, 2016, p. 185 e ss.

8 O formalismo do direito, em Weber, significa calculabilidade e previsibilidade. Para Max Weber, o capitalismo "precisa de um direito calculável" (*A gênese do capitalismo moderno*. São Paulo: Ática, 2006. p. 95). Ver, ainda, Max Weber. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. São Paulo: Cia. das Letras, 2004; Max Weber, *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 2004. v. 2.; David M. Trubeck. *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*. *Wisconsin Law Review*, 1972. p. 737-748; Sally Ewing. *Formal justice and the spirit of capitalism: Max Weber's sociology of law*. *Law and Society Review*, n. 21, p. 498-499; Hubert Treiber. *Elective affinities between Weber's sociology of religion and sociology of law*. *Theory and Society*, n. 14, p. 841-842; Richard Swedberg. *Max Weber e a ideia de sociologia econômica*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005. p. 155-170.

9 Assim, por exemplo, quando se alude a determinação de prova de ofício, afirma-se que o processo em que o juiz atua além do desejo das partes não só é arbitrário, mas é também típico dos regimes ditatoriais. De outra parte, quando se fala em convenção

processual, argumenta-se aí estar presente um processo permeado pela liberdade, em que prevalece a autonomia da vontade sobre o “autoritarismo do juiz”.

10 Sobre o tema, ver especialmente a coletânea *Accordi di parte e processo*, coordenada por Federico Carpi (*Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2008), com importantes trabalhos de Federico Carpi, Loïc Cadiet, Vincenzo Ferrari, Giorgio De Nova, Michele Taruffo, Remo Caponi e Adrian Zuckerman. No Brasil, ver a coletânea *Negócios processuais*, coordenada por Antonio do Passo Cabral e Pedro H. Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2017; Julio Guilherme Müller. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*. São Paulo: Ed. RT, 2017; Antonio do Passo Cabral. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016; Guilherme H. Lage Faria. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: JusPodivm, 2016; Robson Godinho. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. Disponível em português, ainda, há igualmente o importante ensaio de Loïc Cadiet, “Os Acordos Processuais no Direito Francês. Situação Atual da Contratualização do Processo e da Justiça na França”, recolhido no livro *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 77 e ss.

11 Elizabeth Thornburg. *Designer Trials*. *Journal of Dispute Resolution*, 2006. n. 1, p. 206 e ss.

12 Elizabeth Thornburg. *Designer Trials*. *Journal of Dispute Resolution*, 2006. n. 1, p. 206 e ss.; Jaime Dodge. *The limits of procedural private ordering*. *Virginia Law Review*, v. 97, 2011, p. 724 e ss.

13 Kevin E. Davis e Helen Hershkoff. *Contracting for Procedure*. *William and Mary Law Review*, 2011. p. 533-554.

14 “First, parties should not have the opportunity to create their own procedural rules in a publicly provided litigation system; rather, they should obey the rules placed before them or opt out into arbitration. The two subsidiary concerns of the added cost related to ‘mini-codes of civil procedure’ and the loss of meaningful precedent are oft-cited examples”. (Jaime Dodge. *The limits of procedural private ordering*. *Virginia Law Review*, v. 97, 2011. p. 768).

15 “[...]contractprocedureshould not be permitted to change the rules of the game on a case-by-case basis without serious public attention to the practice's implications for the continuing vitality of the overall adjudicative structure” (Kevin E. Davis e Helen Hershkoff. *Contracting for procedure*. *William and Mary Law Review*, 2011. p. 554).

16 Robson Renault Godinho. *A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória*. In: Antonio do Passo Cabral e Pedro H. Nogueira (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 577 e ss.

17 Luiz Guilherme Marinoni. *Il diritto di azione come diritto fondamentale*. Torino: Giappichelli, 2016. p. 47 e ss; Luiz Guilherme Marinoni. *Il diritto di azione come garanzie fondamentale nella Costituzione Brasiliana*. *Rivista di Diritto Processuale*, 2008. p. 1176-1191; Luiz Guilherme Marinoni. *El derecho de acción como derecho fundamental*. Bogotá: Temis, 2015. p. 31-64.

18 Eduardo Cambi. *Prova civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006; Paulo Osternack Amaral, *Provas : atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, cit.; Vitor de Paula Ramos. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

19 O grande problema, neste caso, é a demonstração da causalidade, ou seja, é a demonstração de que o acidente causou dano ao feto. A prova dessa causalidade, como é evidente, não pode ser pensada como a prova da causalidade das lesões comuns. Tal

prova deve ser compreendida em sintonia com os limites do conhecimento sobre as causas e as consequências das lesões produzidas a um feto. Não há como exigir prova plena da causalidade quando o conhecimento humano não pode explicá-la. Essa exigência implicaria em negar, de uma vez só, o direito à tutela jurisdicional e o próprio direito material. Significa que, quando se considera a convicção judicial, é preciso raciocinar sobre a causalidade na perspectiva da possibilidade do seu pleno esclarecimento. Quando essa possibilidade não é plena, não há como exigir uma “convicção de certeza”, bastando a probabilidade. Do contrário não haveria como dar tutela jurisdicional ao direito material, negando-se, no caso, a própria peculiaridade das lesões pré-natais. Cf. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart. *Prueba*. Santiago: Thomson Reuters, 2015. p. 212 e ss. Ver, ainda, Gerhard Walter. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Themis, 1985. p. 229-248.

20 Taruffo argumenta que a “justiça da decisão” não pode deixar de estar entre os requisitos exigidos para a configuração do “processo justo”. Afirma que não se pode ter como “justa” toda e qualquer decisão que derive de um “procedimento justo” ou que observou todas as garantias processuais das partes. No seu entendimento, a averiguação da verdade dos fatos é necessária a fim de que o processo justo desempenhe a função que lhe é própria, de modo que o processo é justo quando é sistematicamente orientado a permitir a averiguação da veracidade dos fatos relevantes para a decisão e é injusto exatamente quando obstaculiza ou limita tal averiguação. Cf. Michele Taruffo, *Verità negoziata?* In: Federico Carpi (Coord.). *Accordi di parte e processo*, p. 78-80. Ver Beclaute Oliveira Silva. *Verdade como objeto do negócio jurídico processual*. In: *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 553 e ss.

21 Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio C. Arenhart e Daniel Mitidiero. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 3. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 1. p. 468-481.

22 Jordi Ferrer Beltrán. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 69 e ss.

23 É claro que, inserido o direito à decisão justa na cláusula do “processo justo”, não há problema em falar em direito ao “processo justo”. O que não se pode admitir é a ideia de legitimidade pelo procedimento em conformidade com os direitos fundamentais processuais.

24 O respeito aos direitos fundamentais processuais é requisito para se ter decisão justa. Porém, é requisito insuficiente. A tese que faz supor que a justiça da decisão decorre de um processo justo é redutiva, pois desconsidera o conteúdo da decisão, dando ênfase apenas ao procedimento. Nessa perspectiva, a decisão é o simples resultado do procedimento, um ato jurisdicional despido de conteúdo substancial. O que importa é somente a qualidade do procedimento. Como diz Taruffo, esta perspectiva “implica la renuncia a valutare se una decisione è o no giusta per il suo contenuto o per gli effetti che produce, e rimanda l’osservatore alla sola considerazione delle modalità con cui si è svolto il processo che la portato a quella decisione” (Michele Taruffo. *Idee per una teoria della decisione giusta*. Sui confini: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 221).

25 Luigi Ferrajoli. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007. v. 1. p. 876.

26 Michele Taruffo. *Verità negoziata?* In: Federico Carpi (Coord.). *Accordi di parte e processo* Milano: Giuffrè, 2008. p. 69 e ss.

27 David H. Taylor; Sara M. Cliffe. *Civil procedure by contract: a convoluted confluence of private contract and public procedure in need of congressional control*. *University of Richmond Law Review*, v. 35, 2002. p. 1085 e ss.

28 Como é óbvio, a possibilidade de o juiz se valer de prova distinta da prefixada ou mesmo da proibida em acordo é ainda mais evidente nos sistemas que admitem prova de ofício, como o brasileiro.

29 Pedro A. Batista Martins. Panorâmica sobre as provas na arbitragem. Disponível em: [\[batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/panoramica-sobre-as-provas-na-arbitragem-2.pdf\]](http://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/panoramica-sobre-as-provas-na-arbitragem-2.pdf). Acesso em: 30.05.2018; Francisco Cahali. Curso de arbitragem. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 245.

30 O Regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) afirma, no seu art. 20, 2 e 5, que: "2. Após examinar todas as petições das partes e todos os documentos pertinentes, o Tribunal Arbitral deverá ouvir as partes em audiência contraditória, se alguma delas o requerer. Na ausência de tal solicitação, poderá o Tribunal Arbitral ordenar, de ofício, a oitiva das partes. (...) 5. A qualquer momento, no decorrer do processo, o Tribunal Arbitral poderá determinar às partes que forneçam provas adicionais".

31 Jeffrey Waincymer. Procedure and evidence in international arbitration. Kluwer Law International, 2012. p. 125 e ss.

32 Paulo Osternack Amaral. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 134 e ss.

33 "[...] a contract may specify that evidence in the form of hearsay that would otherwise be admissible pursuant to a hearsay exception would be inadmissible unless the declarant were unavailable to testify" (David H. Taylor; Sara M. Cliffe. Civil procedure by contract: a convoluted confluence of private contract and public procedure in need of congressional control. University of Richmond Law Review, v. 35, 2002. p. 1086).

34 The Harvard Law Review Association, contracts to alter the rules of evidence. Harvard Law Review, v. 46, 1932. p. 139-140.

35 Kevin E. Davis e Helen Hershkoff. Contracting for procedure. William and Mary Law Review, 2011. p. 544.

36 O "jeito" ou "arranjo" é um modo simpático, muitas vezes até mesmo tocante ou desesperado, de relacionar o impessoal com o pessoal, de forma a permitir a justaposição de um problema pessoal a um problema impessoal, de maneira a solucionar este utilizando aquele como escada ou aríete. Normalmente invoca-se uma relação pessoal, da regionalidade, do gosto, da religião e de outros fatores externos ao problema formal/legal burocrático a ser enfrentado, mediante o que se obtém a simpatia do representante do Estado e, conseqüentemente, uma solução satisfatória. A distância entre o direito escrito e a sua aplicação prática fez do "jeito" uma instituição para-legal altamente cotada no Brasil, uma parte integrante da cultura, a ponto de, em muitos setores, constituir a regra. O "jeito" é a variante cordial do "sabe com quem está falando", pois ambos estão fundados na rede de relações pessoais que dão amparo às pretensões do malandro, seja ele cordial (que se utiliza do jeito) ou arrogante (que pode ser a mesma pessoa, após ver frustrada a tentativa do arranjo). Nos dois casos, promove-se a superação da estrutura formal igualitária e impessoal mediante – por exemplo – a invocação de parentes (jeito) ou de autoridades ("sabe com quem está falando") e aburla à lei e à administração pública, inclusive da justiça, assume ares de "honrosa exceção" (Cf. Luiz Guilherme Marinoni. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil. Trabalho apresentado no XX World Congress of Procedural Law, 2003).

37 Num sistema em que a estabilidade da resolução da questão é vista como indispensável à tutela da segurança jurídica, articulando-se a partir daí como alicerce

para a promoção da liberdade e da igualdade, a solução da questão deixa de dizer respeito apenas às partes e passa a interessar à sociedade e à promoção dos fins do Estado. Se alguém imagina uma situação em que casos ou questões podem ser discutidos várias vezes, “the possibility of inconsistent judgments is obvious” e a autoridade do Judiciário é desprezada, assumindo-se ainda um grave risco de intermitente violação do princípio da igualdade. Ver Allan D. Vestal. *Res judicata: preclusion*. New York: Matthew Bender, 1969.

38 De acordo com o § 27 do Restatement (Second) of Judgments, quando uma questão de fato ou de direito é efetivamente discutida e decidida mediante julgamento válido e final, e a decisão é essencial para o julgamento, a decisão é aplicável ou produz efeitos em uma subsequente ação entre as partes, seja a ação baseada na mesma ou em diferente claim.

39 David Shapiro. *Preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001. p. 109; Richard Marcus; Martin Redish; Edward Sherman e James Pfander. *Civil procedure: a modern approach*. St. Paul: West, 2013. p. 1293-1294.

40 *Erisco Industries. Inc. vs. W.C.A.B. (Luvine)*. Commonwealth Court of Pennsylvania, 2008.

41 *Aetna Cas. & Sur. Co. vs. Jones*. Supreme Court of Connecticut, 220 Conn. 285, 1991.

42 David Shapiro. *Preclusion in civil actions*, p. 58.

43 “If nature of prior hearing carries procedural limitations that would not be present at later hearing, party might not have full and fair opportunity to litigate, and invocation of collateral estoppel would not be appropriate”. (*Aetna Cas. & Sur. Co. vs. Jones*. Supreme Court of Connecticut, 220 Conn. 285, 1991).

44 “The doctrine of collateral estoppel only requires that a party be given a full and fair chance to litigate the issue. The fact that more conclusive evidence might be presented at a subsequent hearing is neither sufficient nor relevant grounds for disallowing the application of the doctrine in this Commonwealth” (*Dep't of Transp. vs. Martinelli*. Commonwealth Court of Pennsylvania, 1989).

45 Maurice Rosenberg. *St. John's Law Review*, 1969, v. 44, p. 165 e ss.; *Developments in the Law-Res Judicata*. *Harvard Law Review*, 1952, v. 65, p. 818 e ss.; *Note, Collateral estoppel by judgment*. *Columbia Law Review*, 1952, v. 52, p. 647 e ss.; *Collateral estoppel in default judgments: the case for abolition*. *Columbia Law Review*, 1970, v. 70, p. 522: “It is the position of this Note that the doctrine of collateral estoppel can only do harm when applied to default judgments and that its application to those cases should therefore be abolished”.

46 A respeito do direito inglês, Neil Andrews. *English civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 948-949; Luca Passanante. *Processo civile inglese*. *Enciclopedia del Diritto*. Annali III, p. 1001-1003.

47 *Collateral estoppel in default judgments: The case for abolition*. *Columbia Law Review*, 1970, v. 70, p. 522.

48 João de Castro Mendes (*Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Edições Ática, 1968. p. 111), após afirmar que o processo “não pode ser uma surpresa para o autor, surpresa que pode inclusivamente referir-se – e até em termos desfavoráveis – a interesses que o autor entendeu não pôr em jogo ou preferiu deixar fora da apreciação judicial e do risco processual que tal apreciação sempre envolve”, advertiu que, segundo Blomeyer, tal teria sido o argumento decisivo para o legislador da

Zivilprozessordnung optar pela limitação da coisa julgada ao pedido.

49 Na verdade, o princípio da declaratória incidental surgiu no direito francês, ao redor dois valores da revolução francesa, e depois foi desenvolvido pela doutrina alemã, dando origem ao § 280 da ZPO de 1877. Ver Franz Wieacker. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967. p. 277 e ss.

50 Chiovenda assim completa o seu argumento: "secondo le premesse nostre, richiamate anche nel principio di questo paragrafo, la cosa giudicata è la indiscutibilità del provvedimento preso dal giudice sulla domanda accogliendola o respingendola: la risoluzione delle questioni è semplice mezzo a tal fine" (Giuseppe Chiovenda. *Istituzioni di diritto processuale*. Napoli: Jovene, 1933. v. 1. p. 363). Ver Giuseppe Chiovenda. *Sulla cosa giudicata*. Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2.; Giuseppe Chiovenda. *Cosa giudicata e preclusione*. Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993. v. 3.

51 Giuseppe Chiovenda. *Istituzioni di diritto processuale*, v. 1, p. 362-363.

52 Elizabeth Thornburg, ao evidenciar os limites da convenção processual perante as Cortes estatais, alerta para as suas específicas funções, demonstrando que estas não se confundem com a função dos tribunais arbitrais: "[...] the courts react to litigants who have requested their help by processing the claims and defenses, assisting in settling the controversy, and making available a mechanism to resolve the dispute and enforce the result if agreement is not forthcoming. [...] The courts second role is to produce public goods and serve public functions. For example, courts create precedents and legal rules. The public processes of courts provide an opportunity for public debate about and the development of social norms (Elizabeth Thornburg. *Designer Trials*. *Journal of Dispute Resolution*, n. 1, 2006. p. 206-207) (grifos nossos).

53 Giovanni Tarello. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 61-64; Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 63-66; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 61; Giuseppe Zaccaria. *Complessità della ragione giuridica*. *Questioni di interpretazione*. Padova: Cedam, 1996. p. 3-20; Jerzy Wróblewski. *Legal syllogism and rationality of judicial decision*. *Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1974. v. 5. parte 1. p. 39.

54 Frank Michelman. *Constitutional authorship*. *Constitutionalism: philosophical foundations*. New York: Cambridge University Press, 1998. p. 88-89; Jerzy Wróblewski. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Civitas, 2001. p. 55 e ss.

55 Luiz Guilherme Marinoni. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 91-107; p. 149-152.

56 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 111-112.

57 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 96 e ss.; Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes obrigatórios*. Lima: Palestra, 2013. p. 123 e ss.

58 "Num estado moderno, com muitos juízes e muitas Cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independente do juiz do caso" (Neil MacCormick. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*, p. 178). Earl Maltz, em ensaio publicado na *North Carolina Law Review*, afirma que um dos valores mais importante do sistema americano é o de que os princípios que orientam a sociedade devem constituir "regras de Direito", e não simples opiniões de alguns homens que, temporariamente, ocupam relevantes cargos no Poder

(Earl Maltz. The nature of precedent. North Carolina Law Review, v. 66, 1988. p. 371).

59 “[...] a stunted flow of information can distort the creation of precedent and impede efforts by regulators, legislators, and other policymakers to identify social problems and devise public solutions” (Kevin E. Davis e Helen Hershkoff. Contracting for Procedure. William and Mary Law Review, 2011. p. 544).

60 Luiz Guilherme Marinoni. O STJ enquanto Corte de Precedentes. 3. ed., p. 227-230.

61 A segurança jurídica é subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Expressa-se em termos de estabilidade e continuidade da ordem jurídica, bem como de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das condutas praticadas no convívio social.

62 Massimo Corsale. Certezza del diritto e crisi di legittimità, p. 32-33.

63 É lugar comum, na literatura inglesa e estadunidense, a ideia de que a previsibilidade constitui razão para seguir precedentes. Recorde-se que Hale disse que o stare decisis tinha como objetivo satisfazer a exigência de certeza formal. No mesmo sentido, Arthur Goodhart (Precedent in English and Continental Law. Law Quarterly Review, v. 50, 1934) sustentou que a certeza jurídica seria a mais importante causa para a instituição do stare decisis ou para o estabelecimento de um sistema de precedentes obrigatórios. Ver Theodore M. Benditt. The rule of precedent. Precedent in Law. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 89 e ss.

64 Massimo Corsale. Certezza del diritto e crisi di legittimità, p. 40.

65 Luiz Guilherme Marinoni. Coisa julgada sobre questão. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 196-200.

66 Extraí-se da obra de Weber o entendimento de que o common law inglês, ainda que não dotado do mesmo grau de racionalidade do direito europeu continental, era previsível. Weber disse, em Economia e Sociedade, que “na área do direito privado common law e equity são em grande parte ‘formalistas’ na aplicação prática, em virtude da vinculação a precedentes”. (Max Weber. Economia e sociedade. Brasília: UNB. v. 2. p. 150). Portanto, para Weber o stare decisis foi um importante elemento de balanceamento da falta de sistematicidade do common law, tendo contribuído para a previsibilidade e para o desenvolvimento do capitalismo. Ver Luiz Guilherme Marinoni. A ética dos precedentes. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 19-46; Luiz Guilherme Marinoni. Cultura y previsibilidad del derecho: la justificación de um sistema de precedentes en clave histórica moderna. México: Editorial Porrúa, 2016. p. 3-34.

67 A previsibilidade permite a definição das expectativas do empresário e, assim, colabora para a otimização dos investimentos e para a racionalização dos gastos com estrutura e matéria prima, viabilizando, ainda, a adequada remuneração dos trabalhadores. Os investimentos, na falta de previsibilidade, são mais onerosos e menos eficientes, o que desestimula o incremento dos negócios.

68 “The cost savings associated with a system of stare decisis extend beyond those incurred in litigation. Increased certainty not only discourages litigation; it also enables more efficient planning in reliance on precedent. Again, compare the effects of the current system of stare decisis, which establishes some barriers to self-reversal by the Supreme Court, to a more freely discretionary regime. The current system reduces the degree of upheaval in the Court’s body of precedent, thus enabling ‘the political branches and the people’ more efficiently to ‘plan against the background of known rules’. A more discretionary system, by comparison, would make planning and reliance more costly and less efficient” (Thomas R. Lee. Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court’s doctrine of precedent. North Carolina Law Review, n. 78,

2000, p. 652). Ver Louis Kaplow. An economic analysis of legal transitions. *Harvard Law Review*, n. 99, 1986. p. 509-617.

69 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes obrigatórios*, p. 96-125; Daniel Mitidiero. *Precedentes*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 94-95.

70 Gaetano Silvestri. *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei. Le Corti Supreme*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 45.

71 Fala-se aqui do nonmutual collateral estoppel e da coisa julgada sobre questão em benefício de terceiro.

72 Luiz Guilherme Marinoni. *Coisa julgada sobre questão*, esp. p. 163-208.