

NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO COM A CLÁUSULA DE NÃO VALER SEM INSTRUMENTO PÚBLICO COMO NEGÓCIO PROCESSUAL¹

LEGAL AGREEMENT CELEBRATED WITH REQUIREMENT OF NOTARISED DOCUMENT AS PROCEDURAL CONTRACT

Paloma Braga Araújo de Souza

Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Civil e Advogada. Conselheira seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Bahia. Presidenta da Comissão de Precatórios e membro da Comissão de Direito de Família da entidade. Membro associado do IBDFAM. Salvador/BA. E-mail: paloma@bccm.adv.br

RESUMO: O trabalho analisa se a norma do artigo 109 do Código Civil trata de negócio jurídico processual em matéria probatória. A pesquisa se orientou pelas questões relativas às fontes e meios de prova, a importância dos documentos na produção da prova e às convenções processuais sobre prova. Buscou-se demonstrar a admissibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória e a natureza da previsão contida no artigo 109 do Código Civil. Ao final, verificou-se que referido artigo trata de negócio jurídico material, mas que também se refere à produção de sua própria prova, em eventual processo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Provas. Fontes de Prova. Instrumento Público. Prova Plena. Negócios Processuais.

ABSTRACT: The paper analyzes whether the rule contained in article 109 of Brazilian Civil Code contains hypothesis of procedural contract in matter of evidence. The research was guided by questions related to sources and means of evidence, the importance of

¹ Artigo recebido em 20/01/2020 e aprovado em 04/05/2020.

written documents in the production of evidence and procedural conventions on evidence. It then sought to demonstrate the admissibility of atypical procedural contracts in probative matter and the material and procedural nature of the provision contained in Article 109 of the Civil Code.

KEY WORDS: Evidence. Sources of proof. Public Instrument. Plenary Proof. Procedural Contract.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Prova: da necessária interlocução entre o Direito Civil e o Direito Processual Civil. 3. Fontes e meios de prova. 4. Os instrumentos como fontes de prova; 4.1 A prova plena; 4.2 O instrumento público como requisito de validade dos negócios jurídicos. 5. Convenções processuais em matéria probatória. 5.1 O art. 109 do Código Civil traz hipótese de negócio processual? 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

*História é aquela certeza fabricada no instante em que as imperfeições da memória se encontram com as falhas de documentação.
(Julian Barnes em O Sentido de um Fim)*

A palavra prova, de origem latina, compartilha seu radical com o adjetivo probó, ou seja, aquilo que é íntegro, honesto. Provar, portanto, significa demonstrar que algo tem valor. Essa compreensão, embora transcenda o Direito, a ele é útil, pois é justamente a demonstração de algo que conduz diversas tomadas de decisão no mundo jurídico: pagar ou não pagar, ajuizar ou não ajuizar, julgar procedente ou improcedente etc.

Tradicionalmente, a regulação da prova no direito brasileiro, assim como em outros países europeus, se dá tanto na legislação civilista quanto no código processual. Isso porque a prova não é pertinente apenas ao processo. Assim, entram na esfera do direito civil a especificação das provas, sua valoração e admissibilidade. Ao direito processual cabe estabelecer o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo.

Diante dessa ambivalência no regramento da prova, o problema da presente pesquisa reside justamente em identificar a existência de uma natureza processual na norma contida no artigo 109 do Código Civil, que regula negócio jurídico material.

Desse modo, o trabalho se orientou pelas seguintes questões: o art. 109 do Código Civil traz hipótese de negócio jurídico processual? A convenção feita nos moldes do art. 109 afasta outros meios de prova? As partes devem suportar as consequências da escolha ou o juiz pode suplementar a prova contra a vontade das partes? A convenção feita nos moldes do art. 109 poderá ser afastada por outro negócio jurídico processual?

Nessa linha de intelecção, primeiramente, traçou-se um breve esboço da disciplina das regras processuais na lei material e na lei adjetiva, e sua possibilidade de coexistência harmônica. Em seguida, procedeu-se a uma singela diferenciação entre fontes e meios de prova e à análise da importância dos instrumentos escritos como meios de prova.

Em um segundo momento, buscou-se demonstrar a admissibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória e a natureza do negócio jurídico previsto no artigo 109 do Código Civil.

A hipótese de trabalho foi a de que a convenção validamente feita nos moldes do art. 109 do Código Civil fixa forma *ad substantiam* que é, ao mesmo tempo, constitutiva do fato e seu meio de prová-lo, não podendo, neste aspecto, sofrer interferência dos poderes instrutórios do juiz.

Para verificá-la, a pesquisa se valeu do pluralismo metodológico, haja vista que cada método apresenta características que se complementam e cada investigação exige o seu adequado instrumento. A partir da pesquisa bibliográfica, foram utilizados os métodos cartesiano, indutivo e dedutivo.

Ao final do trabalho são elencadas as conclusões a que se chegou.

2. PROVA: DA NECESSÁRIA INTERLOCUÇÃO ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Até o século XIX, o Direito Processual Civil era considerado parte do Direito Civil. Aos poucos, o entendimento de que o direito adjetivo servia à atuação do Estado no exercício de sua função jurisdicional, levou à compreensão de que ele não cabia nas fronteiras do direito privado, na clássica dicotomia publicismo x privatismo. Desse

destacamento, nasce a autonomia do Direito Processual, que passou a ter “vida própria”.²

Essa autonomia, contudo, não deve ser entendida como uma separação absoluta entre direito e processo, abstraindo-se o valor do direito material para a teoria do processo. Ao contrário. O direito material e o processual se completam. O direito civil fornece ao direito processual matéria e conteúdo³ e este está para aquele numa relação de instrumentalidade, em que o processo serve à realização/criação do direito material:⁴ “acentua-se que as relações entre processo e direito material se dão pela afirmação (*in status assertionis*) do direito material na petição inicial e pela consequente adequação da tutela pleiteada ao direito do autor.”⁵

Em muitas situações, o resultado almejado pelo direito material está intimamente ligado a soluções de caráter processual, de modo que o legislador nem sempre consegue facilmente alocar um dispositivo, dando margem a intromissões e superposições, com regras de direito civil em códigos processuais, ou vice-versa, ou, ainda, assuntos tratados ao mesmo tempo no Código Civil e no Código de Processo Civil.⁶ É o que ocorre, por exemplo, com a proteção possessória e com o inventário e partilha.

Alexandre Câmara defende que certos temas, em razão de sua especificidade, melhor caminham entre as normas de direito material que virão a instrumentalizar. Cita como exemplos, dentre outros, o procedimento da dúvida suscitada pelo oficial de registros públicos e a inversão do ônus da prova nos processos que envolvam relações de consumo.⁷ Entretanto, no que diz respeito à regulação da prova, fixada em dispositivos de lei substantiva e de lei adjetiva, o autor se mostra incomodado, pois parte do pressuposto de

² ARAGÃO, Egas Diniz Moniz de. Tutela dos Direitos no Código Civil Português. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 12, n. 0, 1969, p.118.

³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*: v. 1. São Paulo: Max Limonad, [19-], p.48.

⁴ ZANETI JR., Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 405. Utiliza-se aqui expressão “criação” para se referir à aplicação do direito que se revela no momento da atuação jurisdicional, tal como faz o autor em suas conclusões.

⁵ ZANETI Jr., A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Leituras Complementares de Processo Civil*, cit., p. 415.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Código Civil e o Direito Processual. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 105-106.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Das Relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 127.

que todas as normas sobre provas são processuais.⁸

Ocorre que, no que concerne à vida civil, a utilização de uma prova tanto pode se dar em juízo quanto fora dele. Assim, a regulação da prova é feita no direito material e no direito processual, conforme se trate de sua admissibilidade e valor ou de sua produção em juízo, mediante regras insertas no Código Civil e no Código de Processo Civil. Nesse particular, o direito brasileiro procede de modo semelhante aos sistemas do direito francês, belga, português e italiano.⁹

O artigo 369 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, na mesma linha de seu antecessor, traz regra receptiva de todos os meios de prova previstos em leis materiais, reproduzindo disposições contidas em outros sistemas jurídicos, como os referidos.¹⁰

Por óbvio, a topografia de um direito no texto legislativo não é requisito para a atribuir-lhe a natureza – interessa o seu conteúdo.

Assim, a natureza de uma norma não reside apenas na decisão formal do legislador de onde alocá-la, mas na aproximação existente entre seu conteúdo e o bem jurídico que se pretende tutelar.

Moacyr Amaral Santos esclarece que não se pode confundir fundo com forma, direito com exercício de direito, e, em suma, o que é *decisorium* com o que é *ordinatorium*.¹¹ Assim, a regulação que trate da substância da prova está no campo do *decisorium*, ao passo que o modo de produzir a prova, em juízo ou fora dele, pertence ao *ordinatorium*.

Nessa linha de intelecção, ele defende competir ao Direito Civil “a determinação das provas e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade”; enquanto cabe ao Direito Processual fixar “o modo de constituir a prova

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Das Relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*, cit., p. 132. O autor defende que não é possível aplicar o modelo do direito continental europeu que, em sua maioria, contém normas relativas à prova nas codificações materiais e processuais, pois, diferentemente do que ocorre na Europa, o processo civil brasileiro não se destina apenas à resolução de conflitos de natureza privada, abarcando também questões de direito público, que não deveriam, portanto, ser reguladas por disposições contidas no Código Civil. Não concordamos, contudo, com esse raciocínio. Em que pese a prevalência de normas específicas, de caráter imperativo, nas relações que envolvem interesses públicos, o Código Civil não deixa de ser fonte supletiva, trazendo, inclusive, conceitos basilares, como: quem são as pessoas jurídicas de direito público, quais e de que espécies são os bens públicos etc.

⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*: v. 1, cit., p.46.

¹⁰ GRECO, Leonardo. A Prova no Processo Civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Scientia Iuris*, vol. 5/6, n.1. Londrina: Editora da UEL, 2004, p. 95.

¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*: v. 1, cit., p. 46.

e de produzi-la em juízo.”¹²

Pontes de Miranda observa que a adução, introdução ou representação da prova não se dá unicamente no bojo de um processo mas também, por exemplo, no cumprimento espontâneo de obrigações que se faz à vista das provas apresentadas pelo credor.¹³ Pode-se acrescentar, ainda, a comprovação de estado civil para dispensa de outorga conjugal, ou prova da filiação para o exercício de responsabilidades inerentes à autoridade parental, dentre inúmeras outras situações.

Ou seja, a prova se refere a fatos, portanto a elementos do suporte fático. Considerando que direitos, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos, é preciso provar os fatos para que se verifique, no tempo e no espaço, a produção dos seus efeitos.¹⁴

Assim, reduzir a prova a ato processual, pelo qual o juiz perquire a respeito do fato controverso ou da dúvida que os litigantes trazem a juízo é “processualizar-se gritantemente a prova.”¹⁵

3. FONTES E MEIOS DE PROVA

As provas se destinam a atribuir algum grau de certeza acerca da ocorrência dos fatos tipificados na norma, para que possam produzir seus efeitos jurídicos.

O conhecimento acerca da existência e circunstâncias de fatos jurídicos podem ser hauridos de pessoas, de coisas submetidas a exame e de fenômenos naturais ou artificiais. Assim, pessoas, coisas e fenômenos materiais são as fontes de prova.¹⁶

Os meios de prova são aquilo que pode ser apreciado pelos sentidos, a partir das fontes: dados físicos, exteriorizações de pensamento ou sentimento. Segundo Barbosa Moreira, os meios de prova são “os pontos de passagem entre as outras pessoas, as coisas,

¹² SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*: v. 1, cit, p. 47.

¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 465.

¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 3, cit., p. 465.

¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 3, cit., p. 465.

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista de Processo*, n.76. São Paulo: RT, 1996, p.115. Moacyr Amaral classifica as pessoas, coisas e documentos como meios e não fontes de prova. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*: v. 1, cit., p. 11.

os fenômenos, de um lado, e a mente do juiz, de outro.”¹⁷

Considerando-se que as provas não se destinam unicamente ao juiz e mais, que sua relevância sequer depende da existência de um processo, pode-se, então, afirmar que os meios de prova são os modos pelos quais os fatos são apreendidos pelo destinatário, a partir do contato com as fontes de prova.

Assim, por exemplo, sendo a pessoa fonte de prova, o seu depoimento, confissão ou testemunho são os meios de provar o fato controvertido. De igual modo, documento, enquanto coisa, é fonte de prova, ao passo que sua juntada ou exibição são meios de prova. Nesse sentido, Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria esclarecem: “O documento é a *fonte da prova*; é de onde se pode extrair a informação acerca do fato ou do ato nele representado. A prova documental é o *veículo* por meio do qual essa fonte vai ser levada ao processo para análise judicial”.¹⁸

4. OS INSTRUMENTOS COMO FONTES DE PROVA

Em sentido amplo, pode-se afirmar que instrumento é forma. Em sentido estrito, os instrumentos são espécies de documento, caracterizados pela forma escrita, no qual se inserem todos os elementos necessários a conferir precisão e clareza às declarações de vontade neles contidas, observadas as formalidades legais.¹⁹ Para Moacyr Amaral, a diferença entre instrumento e documento reside no fato de que o primeiro é prova pré-constituída do ato, ao passo que o segundo é “prova meramente casual”.²⁰

Pontes de Miranda observa que a importância da documentação de fatos por meio da escrita já era ressaltada ainda no século XII:

Já em 1169, Afonso Henriques frisava que a escrita dá forma nova aos atos jurídicos antigos, *antigua innovat*, firma os novos, *nova coo firmat*, e conserva os atos jurídicos confirmados, *confirmata conservat*; quanto ao que conserva, põe-no a salvo de o esquecerem as gerações posteriores, *conservata, ne*

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o Título “da Prova” do NCC. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 292.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 181.

¹⁹ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. A Publicidade e os Contratos Administrativos. *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 208.

²⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*: v. 1, cit., p.82.

*posterorum notitiae oblivioni tradantur, representat.*²¹

Os instrumentos podem ser públicos ou privados. Também o instrumento público pode ser compreendido em sentido amplo ou sem sentido estrito. Em sentido amplo, instrumento público é qualquer documento escrito produzido perante uma autoridade dotada de fé pública; em sentido estrito, é o documento produzido pelo oficial público, por dever de ofício, a que se chama, comumente, de escritura pública. Para João Mendes de Almeida Junior, “é a *forma especial*, dotada de força orgânica para realizar ou tornar exequível um ato.”²²

Instrumento particular é o que se faz sem ser perante autoridade pública. Pode ser impresso, datilografado, feito à mão, ou, ainda, misto, em que há palavras ou frases impressas e palavras ou frases escritas a mão.

A escritura pública tem forma dada pelo oficial público (tabelião de notas) e, de acordo com o Código Civil, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena e devendo conter: a) reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato; b) nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do cônjuge e filiação; c) manifestação da vontade das partes e dos intervenientes; d) referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato; e) declaração de ter sido lida às partes e demais comparecentes ou de que todos a leram; e f) assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato.

Obedecidos os requisitos de validade, a escritura tem a presunção de ser verdadeiro o seu conteúdo, inclusive quanto à vontade dos declarantes; os enunciados de fato só têm presunção de veracidade entre os declarantes e seus sucessores.²³

4.1 A PROVA PLENA

O art. 215 do Código Civil aduz que: “A escritura pública, lavrada em notas de

²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 3, cit., p. 196.

²² ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1960, p. 217.

²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 3, cit., p. 197.

tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.” Trata-se, porém, de regra incompatível com a valoração motivada da prova.

A prova plena seria aquela que traz tanta fé, que seria apta a trazer ao destinatário um elevado grau de certeza acerca do fato probando. Contrapõe-se à prova classificada como semiplena, que seria aquela que não traz um grau de certeza suficiente a uma tomada de decisão, precisando ser conjugada com outros meios de prova.

Como evidenciado por diversos processualistas,²⁴ essa classificação da prova quanto à sua “plenitude” carece de critério científico. Ademais, sendo o órgão julgador livre para valorar a prova, desde que o faça fundamentadamente, essa tariffação da prova em plena ou semiplena não se coaduna com o sistema processual contemporâneo. A qualificação de uma prova como plena só faz sentido em um processo que adote o sistema de provas legais, em que o valor das provas é previamente hierarquizado por lei.²⁵

Assevera Marinoni que “se o juiz deve se convencer de algo que está no plano do direito material, não há como exigir uma convicção uniforme para todas as situações de direito substancial.” Algumas situações, continua o autor, “têm particularidades específicas, suficientes para demonstrar que a exigência de prova plena seria contrária ao desejo do direito material.”²⁶

Outrossim, o instrumento público não prova a veracidade das declarações nele contidas, nem exclui a existência de vícios do consentimento ou simulação.

Todos os documentos escritos contêm ou representam uma determinada declaração, que pode ser de ciência (narrativa/enunciativa), ou de manifestação de vontade (dispositiva).²⁷ O oficial público, ao preparar o documento, só pode assegurar a veracidade das declarações que lhe são prestadas, e não de seu conteúdo. Assim, nas declarações narrativas, a fé pública do Oficial se refere ao fato de que o declarante, por ele identificado, perante ele compareceu e narrou os fatos contidos no documento. Ou seja, o que o Oficial

²⁴ Nesse sentido, João Monteiro e Athos Gusmão *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*: v. 1, cit., p. 69; MOREIRA, O Novo Código Civil e o Direito Processual, cit., p. 119, DIDIER JR. OLIVEIRA e BRAGA, *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 197, dentre outros.

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Das Relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*, cit., p. 136.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Opinião Jurídica*, n.05, ano 03, Fortaleza, 2005.1.

²⁷ FREITAS, José Lebre de. *A falsidade no direito probatório*. 2. ed. atual. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 37-38.

presencia e pode, portanto, atestar, é que o declarante prestou a declaração, mas não que os fatos narrados efetivamente tenham acontecido.

Lado outro, quando se trata de declarações de vontade, ou declarações dispositivas, há menor espaço para a falsidade intelectual, mas não se exclui a possibilidade de haver vícios do consentimento ou mesmo simulação. Vê-se, pois, que, a despeito da suposta plenitude do instrumento público trazida pelo Código Civil, outros meios de prova poderão ilidir a prova documental, provando que as declarações não são verdadeiras. Nesse sentido, há interessante julgado da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que se interpreta o alcance da expressão 'prova plena'.

Tratava-se de hipótese de venda de uma fazenda, em cuja escritura pública haveria declaração de quitação geral e irrestrita do preço. Entretanto, outras provas produzidas no curso do processo demonstraram jamais ter ocorrido o pagamento. Os réus sustentavam a prova plena do pagamento, que só poderia ser afastada pela anulação das escrituras, mas a relatora, valendo-se da diferenciação entre declarações dispositivas e declarações enunciativas, entendeu que a declaração em questão se limitava a afirmar o modo pelo qual, no futuro, seria feito o pagamento dos negócios, consistindo, portanto, em declaração enunciativa, conforme trecho da ementa que ora se transcreve:

[...] Não houve declaração de quitação, como afirmam os recorrentes; o máximo valor que a interpretação judicial pode conferir ao instrumento público é o de que o comprador se obrigou, na presença do notário, a emitir três notas promissórias para pagamento do negócio jurídico, mas não que tais notas foram efetivamente resgatadas ou, quando menos, realmente emitidas. A declaração que consta da escritura, no sentido de descrever a forma de pagamento acertada, é inabalável, mas disso não se extrai, dentro das peculiaridades da hipótese – que são muitas – a vedação da tentativa de demonstração de que os fatos posteriores não se deram como o combinado.

- O fundamental para o deslinde da controvérsia reside no fato de que os autores lograram êxito em demonstrar que tal pagamento – seja pela forma descrita na escritura, seja por uma versão alternativa apresentada por um dos réus, relativamente à entrega de dólares norte-americanos em espécie – jamais ocorreu. [...] ²⁸

Vê-se, então que ao apreciar o instrumento público como prova documental, o julgador deve identificar e separar as declarações dispositivas das declarações narrativas,

²⁸ STJ. REsp 885.329/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/11/2008, DJe 27/03/2009.

para valorar adequadamente a prova e decidir a controvérsia.²⁹

Em adendo, é importante observar que, em 2015, o caput do art. 227 do Código Civil, que só admitia prova exclusivamente testemunhal nos negócios jurídicos de valor inferior ao décuplo do salário mínimo foi revogado, mantendo-se o seu parágrafo único que dispõe: “Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.”

Assim, admite-se qualquer outro meio de prova, nomeadamente prova testemunhal, quando se pretende alcançar a real vontade dos outorgantes e destruir a veracidade das declarações contidas no instrumento público, sem que seja necessário arguir a sua falsidade.

4.2 O INSTRUMENTO PÚBLICO COMO REQUISITO DE VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Segundo o art. 108, do Código Civil, não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. É a forma prescrita em lei, requisito de validade elencado no inciso III do art. 104 do mesmo Código.

Ou seja: em tais negócios jurídicos o instrumento público serve não apenas como prova documental do fato, mas se torna condição de validade do próprio negócio. Trata-se, pois, de hipótese de forma *ad substantiam*: ao se fixar a forma do negócio, fixa-se também o meio de o provar.

O art. 109 do Código Civil autoriza que a convenção das partes também coloque o instrumento público como requisito de validade do negócio jurídico. Assim, atos constitutivos de pessoas jurídicas e contratos preliminares, por exemplo, podem determinar que outros negócios somente sejam feitos pela forma pública, de modo que sua ausência enseja nulidade. Tem-se, então, a forma *ad substantiam* decorrente não da lei, mas da vontade das partes.

²⁹ THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. III, tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 463.

5. CONVENÇÕES PROCESSUAIS EM MATÉRIA PROBATÓRIA

Os negócios jurídicos processuais, embora já previstos de modo mais limitado no CPC/1973, assumiram grande relevância com o novo regramento trazido pelo CPC/2015 e com a admissibilidade dos negócios processuais atípicos. De acordo com a expressa previsão do art. 190, as partes podem firmar negócios para “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Assim, a liberdade de negociar abrange questões processuais variadas, concretizando o respeito ao autorregramento da vontade no processo, uma vez que nem sempre as regras de procedimento previamente postas pelo legislador são as mais adequadas à tutela do direito.

Nesse sentido, as partes podem, inclusive, celebrar negócios processuais antes mesmo da existência de um processo, como ocorre, por exemplo, com o foro de eleição fixado em contrato paritário. O que importa para configurar o negócio jurídico é a vontade direcionada a produção de efeitos jurídicos queridos pela(s) parte(s), pois o que salta é a escolha do regramento jurídico para a situação.³⁰

O novo Código de Processo Civil passou também a dispor expressamente sobre convenções processuais em matéria probatória, a exemplo da convenção das partes sobre ônus da prova, prevista no art. 373, § 3º; da possibilidade de escolha do perito, contida no art. 471; e da produção de prova técnica simplificada, em substituição à perícia, conforme art. 464, § 2º. Assim, regula-se o poder dispositivo das partes em relação à produção da prova, seja sobre o ônus ou sobre os meios de prova.

Ao lado dos exemplos mencionados, existe ainda a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, nos contornos estabelecidos pelo já referido art. 190 do CPC.

Cumprе esclarecer quem são os sujeitos no negócio jurídico processual. Embora, em regra, os sujeitos do negócio coincidam com as partes do processo, essa coincidência não é uma regra. É possível que os sujeitos negociais sejam terceiros, inicialmente estranhos ao processo, ou ainda o próprio juiz, que pode celebrar negócios processuais

³⁰ DIDIER JR., Fredie. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*, ano 1, v. 1, abr-jun. 2016. São Paulo: RT, p. 64.

judiciais.³¹ Isto posto, tem-se que o papel do juiz no negócio jurídico processual pode variar de sujeito negocial a regulador do negócio. Vejamos.

Acerca da função judicial reguladora, o parágrafo único do art. 190 estabelece hipótese de controle judicial sobre os negócios celebrados pelas partes, mas restrito esse controle à validade do negócio. Tal previsão não implica dizer que os negócios jurídicos processuais dependam de homologação. Nesse sentido, inclusive, o enunciado n.º 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.³²

Ora, a se estabelecer a necessidade de homologação judicial a toda e qualquer convecção celebrada pelas partes, a autonomia privada processual restaria fortemente mitigada, posto que sujeita a critérios exclusivos do juiz. Essa hipótese não se coaduna com o caminho trilhado pelo legislador.

No que tange aos requisitos de validade, é preciso observar que são impostos como mecanismo de garantia dirigido às partes, a terceiros e à preservação da ordem jurídica,³³ daí porque cabível o controle judicial. Uma vez que se trata de um negócio jurídico, submete-se às exigências legais como qualquer outro.

Os requisitos de validade de qualquer negócio se referem a condições relativas às partes, ao objeto, à forma e à vontade. As partes devem ser capazes, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, a forma prescrita ou não defesa em lei e a vontade, livre, consciente e desembaraçada. Nessa linha, o *caput* do art. 190 do CPC traz a capacidade das partes e a possibilidade de autocomposição acerca dos direitos que são objeto do processo como requisitos, expressos e específicos, de validade do negócio processual.

Mas, se como afirmado, o negócio processual submete-se às exigências legais como qualquer outro, aplicam-se-lhe também todas as causas de nulidade ou anulabilidade previstas no Código Civil (a exemplo de: objetivo de fraudar lei imperativa, simulação, previsão de condições que privam de todo o efeito o negócio jurídico etc), ou na legislação

³¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais*: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. [Tese de Doutorado]. Universidade Federal da Bahia, 2011, p. 155-156.

³² No mesmo sentido o enunciado n.º 115 da II Jornada de Direito Processual Civil: *O negócio jurídico processual somente se submeterá à homologação quando expressamente exigido em norma jurídica, admitindo-se, em todo caso, o controle de validade da convenção.*

³³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.

extravagante (a exemplo do art. 51, VI do CDC que considera nula a cláusula contratual que estabeleça a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor).

Importante observar que são fixados, ainda, na lei processual, limites ao objeto do negócio (ônus, poderes, faculdades e deveres processuais) e sua ineficácia quando de inserção abusiva em contrato de adesão, ou quando alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade³⁴.

O desrespeito aos requisitos de validade torna o negócio nulo, podendo a nulidade ser reconhecida de ofício pelo juiz³⁵, enquanto as hipóteses de anulabilidade devem ser invocadas pelo interessado.

Das linhas acima, vê-se que ao juiz não cabe qualquer análise de conveniência, necessidade ou adequação do negócio, mas tão-somente de sua conformidade ao sistema jurídico. Via de regra, se válido o negócio, produz efeitos imediatamente, independentemente de homologação judicial. A homologação só afeta a eficácia do negócio se prevista em lei, como acontece na desistência da ação, por exemplo (art. 200, p.u., CPC)

As considerações ora postas têm o escopo de reforçar a necessidade de superação do paradigma publicista do processo. Como assevera Leonardo Greco, a ordem constitucional vigente respeita a autonomia privada dos indivíduos, cabendo ao Estado-juiz apenas verificar se eles estão em condições de se autotutelarem e, caso contrário, suprir “moderada e parcimoniosamente suas insuficiências para, sem comprometer a sua imparcialidade, assegurar-lhes o acesso efetivo ao gozo dos seus direitos”.³⁶

Ainda em fins da década de 1960, Moniz de Aragão, ao analisar as regras relativas às convenções sobre as provas na legislação processual portuguesa, observava o perigo da proibição que se justificava nas disposições legais relativas às provas que tivessem por fundamento “razões de ordem pública”. Segundo ele, referida vedação seria capaz de “privar de qualquer significado a liberdade de convenção”, pois, dentro de uma concepção

³⁴ Para Fredie Didier, trata-se de hipótese de incapacidade processual negocial. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p.386.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, cit. p.384.

³⁶ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008, São Paulo, Revista dos Tribunais.

publicista do processo, a relação processual é sempre pública e, portanto, de ordem pública são as determinações legais quanto às provas.³⁷

Mas, ele prossegue:

[...] o fato de as partes poderem contratar em torno dos meios probatórios ou, eventualmente, do ônus da prova [...] não assume tamanha importância se se recordar que os interessados, mediante a transação, podem afastar a própria solução jurisdicional.³⁸

Nesse sentido, Taruffo sintetiza afirmando que os poderes instrutórios do juiz não devem implicar em autoritarismo processual, pois esses poderes podem ser considerados puramente supletivos e complementares aos das partes, cabendo ao juiz desempenhar um papel secundário ou marginal na produção da prova.³⁹

Sendo a disciplina legal relativa às provas estabelecida em prol da preservação das garantias das partes, especialmente o contraditório,⁴⁰ não há porque se negar efetividade à negociação por elas realizada, ainda que atípica. Observados, então, todos os requisitos de validade e restrições expressamente estabelecidas na legislação, não há porque se limitar as convenções processuais em matéria probatória.

5.1 O ART. 109 DO CÓDIGO CIVIL TRAZ HIPÓTESE DE NEGÓCIO PROCESSUAL?

Estabelecidas as premissas antecedentes, cumpre verificar se a norma contida no art. 109 do Código Civil contém uma hipótese de negócio jurídico processual em matéria probatória.

Primeiramente, é interessante observar que o referido artigo repete disposição já contida na codificação anterior, no artigo 133. Não se trata, portanto, de norma nova.

A norma em questão, como dito, estabelece a possibilidade de fixação de forma *ad substantiam*, pelo autorregramento da vontade. Indiscutível, pois, a sua natureza negocial. Ou seja, o art. 109 do Código Civil permite que as partes, voluntariamente, estipulem

³⁷ ARAGÃO, Egas Diniz Moniz de. Tutela dos Direitos no Código Civil Português. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, cit., p. 127-128.

³⁸ ARAGÃO, Egas Diniz Moniz de. Tutela dos Direitos no Código Civil Português. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, cit., p. 128.

³⁹ TARUFFO, Michelle. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Le Prove nel Processo Civile: Atti del XXV Convegno Nazionale Cagliari*, 7-8 Ottobre 2005. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 56.

⁴⁰ MOREIRA, *Provas atípicas*, cit., p. 116.

exigência onde a lei não faz. Optam, portanto, por submeter as declarações de vontade posteriores a um regime mais rigoroso do que o inicialmente previsto na lei.

Ocorre que ao se fixar a forma *ad substantiam* do negócio, fixa-se também o meio de o provar.

Desse modo é possível entender tratar-se de negócio jurídico, ao mesmo tempo, material e formal. As partes, no exercício de sua liberdade estabelecem como o fato poderá ser verificado em futuro processo judicial, sem que haja qualquer ofensa ao devido processo legal⁴¹ ou a quaisquer garantias processuais constitucionais – desde que, repita-se, observados os requisitos de validade do próprio negócio.

A opção voluntária pelo instrumento público como requisito de validade do negócio elege o meio para estabelecer o fato, enquanto antecedente da norma de decisão.⁴² Em outras palavras, a forma capaz de demonstrar a ocorrência do fato no processo é a mesma que constitui o próprio fato, nos planos da existência e validade.

Nesse sentido, Beclaute de Oliveira Silva é preciso: se a parte alega que celebrou o negócio, mas pretende se valer de outro meio de prova para demonstrar o alegado, “tem-se que o fato não se deu conforme o previamente estipulado, logo, é outro fato, no caso, inapto a funcionar como antecedente da norma de decisão.”⁴³

A partir disso, pode-se inferir que a convenção feita nos moldes do art. 109 do Código Civil afasta outros meios de prova do negócio jurídico material, devendo as partes suportar as consequências da escolha.

Questão que se coloca é se pode, em casos que tais, o juiz suplementar a prova. A se admitir que sim, privilegia-se o caráter publicista do processo e já superada ideia do juiz como destinatário da prova.

Ora, a celebração de negócios jurídicos por sujeitos autônomos faz parte do exercício da aptidão da pessoa humana de gerir a sua própria vida segundo seus desejos. Essa aptidão abrange de escolhas banais a escolhas complexas, escolhas patrimoniais e escolhas existenciais. As possibilidades de limitação dessa autonomia só se justificam quando os

⁴¹SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *Academia.edu*. Disponível em <https://www.academia.edu/30493760/VERDADE_COMO_OBJETO_DO_NEGOCIO_JURIDICO_PRP_ROCESSU_1_.pdf> Acesso em 17 out. 2019, p. 20.

⁴² SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *Academia.edu*, cit., p. 21.

⁴³ SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *Academia.edu*, cit., p. 21.

interesses da sociedade devam se sobrepor aos do indivíduo, em respeito à função social dos institutos jurídicos e da boa-fé objetiva.

Afora tais hipóteses, a admissão da suplementação da prova pelo juiz, na contramão do quanto previamente estipulado por meio do negócio, retira das partes a dose de protagonismo que lhes foi conferida pela legislação adjetiva, na busca de um processo marcado pela colaboração dos sujeitos participantes.

Demais disso, há um outro aspecto destacado por Beclaute Oliveira Silva:

Com a cláusula negocial sobre a prova, o negócio jurídico levado a juízo tem nele um elemento diferencial que o distingue de outro que não tenha tal cláusula. [...] Numa linguagem essencialista, o fato é, nos contornos da prova preestabelecida. Fora do contorno, há um fato, mas não o apto a fixar a consequência jurídica específica.⁴⁴

Estabelecidas essas premissas, pode-se afirmar que a convenção validamente feita nos moldes do art. 109 do Código Civil só poderá ser afastada por outro negócio jurídico processual, celebrado pelas mesmas partes, em novo exercício de sua autonomia.

6. CONCLUSÕES

O percurso do presente trabalho teve o escopo de analisar a existência de negócio jurídico de natureza processual na norma contida no artigo 109 do Código Civil, que estabelece que no negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.

Verificou-se que o estudo da prova não prescinde da interlocução entre o direito civil e o direito processual civil, pois o que interessa não é a topografia da norma, mas o seu conteúdo.

Estabelecida a diferenciação entre meios e fontes de prova, verificou-se que os documentos escritos, dos quais são espécies os instrumentos, têm grande importância e, quando públicos guardam presunção de veracidade quanto à vontade dos declarantes. Todavia, embora a norma civil indique que os instrumentos públicos fazem prova plena, essa tarifação da prova é incompatível com o sistema processual contemporâneo.

Nas hipóteses previstas nos artigos 108 e 109 do Código Civil, a escritura pública constitui forma *ad substantiam*, sendo essencial à validade dos negócios jurídicos e, por consequência, fixando também o meio de os provar. Ou seja, trata-se de negócio jurídico

⁴⁴ SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *Academia.edu*, cit., p. 21.

material, mas que também se refere à produção de sua própria prova, em eventual processo judicial. Pode-se, portanto, assim também compreendê-lo como negócio jurídico processual em matéria probatória, não cabendo ao juiz qualquer análise de conveniência, necessidade ou adequação do negócio, pois respeitada a autonomia e preservado o contraditório.

Conclui-se, então, que a convenção validamente feita para eleger a escritura pública como forma obrigatória afasta outros meios de prova do negócio jurídico material, devendo as partes suportar as consequências da escolha.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1960.
- ARAGÃO, Egas Diniz Moniz de. Tutela dos Direitos no Código Civil Português. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 12, n. 0, 1969.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Das Relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.
- _____. *Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no Código de Processo Civil de 2015*. *Revista Brasileira da Advocacia*, ano 1, v. 1, abr-jun. 2016. São Paulo: RT.
- FREITAS, José Lebre de. *A falsidade no direito probatório*. 2. ed. atual. Coimbra: Almedina, 2013.
- GRECO, Leonardo. *A Prova no Processo Civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil*.

- Scientia Iuris*, vol. 5/6, n.1. Londrina: Editora da UEL, 2004.
- _____. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Opinião Jurídica*, n.05, ano 03, Fortaleza, 2005.1.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista de Processo*, n.76. São Paulo: RT, 1996.
- _____. O Novo Código Civil e o Direito Processual. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- _____. Anotações sobre o Título “da Prova” do NCC. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. [Tese de Doutorado]. Universidade Federal da Bahia, 2011
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*: v. 1. São Paulo: Max Limonad, [19-]
- SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. Academia.edu. Disponível em <
[https://www.academia.edu/30493760/VERDADE_COMO_OBJETO_DO_NEGOCI
O_JURIDICO_PRPROCESSU_1_.pdf](https://www.academia.edu/30493760/VERDADE_COMO_OBJETO_DO_NEGOCIO_JURIDICO_PRPROCESSU_1_.pdf)> Acesso em 17 out. 2019.
- SZKLAROWSKY, Leon Fredja. A Publicidade e os Contratos Administrativos. *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- TARUFFO, Michelle. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Le Prove nel Processo Civile: Atti del XXV Convegno Nazionale Cagliari, 7-8 Ottobre 2005*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.
- THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. III, tomo II. 2. ed.

Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZANETI JR., Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: DIDIER JR., Fredie (org.) *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008.