



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
STEPHANNIE ROSES SILVEIRA

**A POSSIBILIDADE DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DA RAZOÁVEL
DURAÇÃO DO PROCESSO**

Tubarão
2020

STEPHANIE ROSES SILVEIRA

**A POSSIBILIDADE DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DA RAZOÁVEL
DURAÇÃO DO PROCESSO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa:

Orientador: Rodrigo Barreto

Tubarão

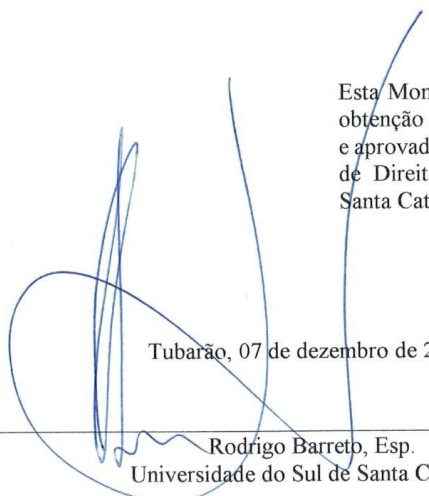
2020

STEPHANIE ROSES SILVEIRA

**A POSSIBILIDADE DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL
NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DA RAZOÁVEL
DURAÇÃO DO PROCESSO**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 07 de dezembro de 2020.



Rodrigo Barreto, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Ricardo Willemann, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Jean Marcel Roussenq, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

STEPHANIE ROSES SILVEIRA

Dedico este trabalho ao Professor Zulmar Duarte de Oliveira Jr., que exerce, com o brilho que lhe é peculiar, as funções de Autor, Advogado e Docente.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha mãe, fonte de inspiração por sua força tremenda frente às adversidades da vida. E, ao meu pai por ensinar-me desde cedo que sou dona do meu destino. Os amo incondicionalmente.

Agradeço ao Professor e Magistrado Rodrigo Barreto que, prontamente, aceitou fazer parte dessa pesquisa tão importante no meu desenvolvimento profissional e intelectual. Houve em meu caminho a ventura de ser sua discente na disciplina de direito de propriedade e agora a honra de tê-lo como meu orientador.

Barreto, como o chamamos, é sempre acessível e didático. A boa comunicação, entre nós, permitiu a construção deste trabalho e suas críticas me ajudaram a lapidá-lo.

Passo a agradecer a quem este trabalho é dedicado, ao Professor Zulmar Duarte de Oliveira Jr.

A dedicatória se justifica porque carrego comigo a certeza de que aqueles que desejam mudar o mundo o fazem, quando exercem seu ofício com paixão, dedicação e profissionalismo e assim este Mestre o faz.

Através de seus ensinamentos e de um artigo por ele escrito, em conjunto com outros autores, surgiu o interesse pelo tema objeto de estudo deste trabalho. O professor dirige suas aulas sem doutrinar, permitindo e incentivando a pluralidade de posicionamentos e ideias, apresentando as mais diversas variáveis, instigando, assim, o acadêmico a construir seu pensamento crítico.

O docente inaugura suas aulas com a seguinte frase “Não exijo nada menos do que amor por processo civil”, certamente, ele plantou o gérmen deste amor no coração de muitos alunos, assim como no meu, através de sua oratória impecável, escrita rica em detalhes e vasta em vocabulário que inspira até o mais desdenhoso dos aprendizes.

Ao estimado professor, meu sincero agradecimento.

Agradeço, ainda, ao meu grande amigo Edilando Rosa, por suas lições, o estímulo de seus conselhos, o prestígio de sua amizade e toda a ajuda despendida com apontamentos e correções que foram essenciais para que pudesse concluir este trabalho.

Por fim, agradeço a Magistrada Dra. Elaine Veloso Marrachi que com suas lições de português, indiretamente, me auxiliou na confecção desta monografia.

“O tempo é um inimigo implacável do processo, contra o qual todos – o juiz, seus auxiliares, as partes e seus procuradores – devem lutar de modo obstinado.” (CARNELUTTI, 1958, p. 354).

RESUMO

O ponto nodal da questão em apreço consiste em analisar a possibilidade de desjudicialização da prova testemunhal, no processo civil brasileiro, na busca pela duração razoável do processo. Os temas que circundam a questão em apreço são, portanto, a prova testemunhal e suas características, a nova dinâmica e o corte cooperativista estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015, o negócio jurídico processual e o processo civil constitucional. Concernente ao nível da pesquisa, esta foi exploratória e, quanto à abordagem, qualitativa. A coleta de dados sucedeu-se de forma bibliográfica e documental. Os resultados obtidos demonstram que o Código de Processo Civil de 2015 criou uma norma aberta que permite às partes, através do negócio jurídico processual, realizarem um autorregramento do procedimento, contribuindo para a celeridade processual e a duração razoável do processo. Essa inovação possibilita a produção da prova oral de forma extrajudicial. Diante da autonomia conferida às partes pelo negócio jurídico processual, no concernente a prova testemunhal, os resultados apontam que o legislador já poderia ter estabelecido um regramento expresso para produção desse tipo de prova de forma não judicial, a exemplo de como ocorre em Portugal, o que possibilitaria maior difusão e adoção do procedimento em benefício da duração razoável do processo.

Palavras-chave: Processo Civil Constitucional. Desjudicialização. Prova Testemunhal. Negócio Jurídico Processual.

ABSTRACT

The main point of the question at hand is to analyze the possibility of extrajudicial production of oral evidence in Brazilian civil proceedings, in the search for a reasonable duration of the proceedings. The issues surrounding the question at hand are, therefore, oral evidence and its characteristics, the new dynamics and the cooperative cut established by the Civil Procedure Code of 2015, the procedural legal business and the constitutional civil process. Concerning the research level, it was exploratory and, in terms of approach, qualitative. Data collection took place in a bibliographic and documentary manner. The results obtained demonstrate that the Civil Procedure Code of 2015 created an open standard that allows the parties, through the procedural legal business, to carry out a self-integration of the procedure, contributing to the procedural speed and the reasonable duration of the process. This innovation makes it possible to produce oral evidence in an extrajudicial way. In view of the autonomy conferred on the parties by the procedural legal business, with regard to testimonial evidence, the results indicate that the legislator could have already established an express rule for the production of testimonial evidence in a judicial manner, as is the case in Portugal, which would allow greater dissemination and adoption of the procedure for the benefit of the reasonable duration of the process.

Keywords: Civil Procedure. Oral evidences. Extrajudilization.
Contract procedure.

LISTA DE ABREVIACÕES

CPC/39 – Código de Processo Civil de 1939

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

NCPC – Novo Código de Processo Civil

CF – Constituição Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	BREVE ABORDAGEM DA PROVA TESTEMUNHAL NO TEMPO.....	16
2.1.1	A prova testemunhal no CPC de 1973.....	17
2.1.2	O paradigma do protagonismo do magistrado no processo civil brasileiro	18
2.1.3	A prova testemunhal no CPC/15.....	21
2.1.4	A constitucionalização do CPC/15 e suas normas fundamentais.....	23
2.1.5	A quebra do paradigma, o corte cooperativista do CPC/15.....	24
2.1.6	O princípio da razoável duração do processo.....	25
2.1.7	O princípio do contraditório	26
3	A DESJUDICIALIZAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL	29
3.1.1	O acesso à justiça.....	29
3.1.2	A desjudicialização na busca pela garantia do acesso à justiça	32
3.1.3	O princípio da oralidade e sua mitigação no processo civil	33
3.1.4	Do negócio jurídico processual.....	35
3.1.5	Fontes, meios ou técnicas de colheita da prova	36
3.1.6	Meio atípico de colheita da prova oral	38
3.1.7	Quanto à validade e eficácia do negócio jurídico processual	44
3.1.8	Questão de <i>lege ferenda</i>	45
4	SÍNTESE CONCLUSIVA.....	49
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

O cerne da questão levantada consiste em analisar a possibilidade de desjudicialização da prova testemunhal, no processo civil brasileiro, sob a perspectiva da razoável duração do processo.

O estudo, além da abordagem do procedimento da prova testemunhal no tempo, perpassa por temas conexos que interferem no mérito da *quaestio* e ou a circundam, são eles o a superação do protagonismo do magistrado, a constitucionalização do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), o acesso à justiça e o negócio jurídico processual. Tudo, é claro, nos limites e sob a ótica do tema.

O CPC/15 trouxe importantes ferramentas que devem ser exploradas na busca por garantir, efetivamente, a duração razoável do processo. Dentre as significativas mudanças trazidas destaca-se o negócio jurídico processual, instrumento que pode ser utilizado pelas partes para realização de um autorregramento do procedimento.

Isso é resultado de uma releitura do direito de ação, constitucionalmente previsto (art. XXXV, Constituição Federal), de modo que ele não é mais limitado à garantia, tão somente, de uma resposta do Estado-juiz. O direito de ação deve garantir também a existência de procedimentos adequados para que essa resposta seja efetiva, ou seja “o direito de ação, atualmente, deve permitir ou viabilizar o efetivo alcance das tutelas prometidas pelo direito material.” (MARINONI; ARENHART; MIDITIERO, 2017, p. 18).

Houve a superação do pensamento de que há divisão estanque entre o processo e o direito material. Pensamento proveniente da superação do estado liberal, momento no qual, em razão da incidência de valores naquele, houve uniformização do procedimento e das técnicas processuais para garantia de um procedimento único e uniforme à todas as classes sociais e direitos (MARINONI; ARENHART; MIDITIERO, 2017, p. 19).

Após, por influência da escola Chiovendiana e a publicização do processo a ação passou a ser compreendida como direito autônomo de natureza pública. No entanto, a escola sistemática findou por “erguer as bases de um direito processual civil descompromissado com o direito material” (MARINONI; ARENHART; MIDITIERO, 2017, p. 19).

O CPC/15 estabeleceu, portanto, uma nova dinâmica que se traduz no pensamento de que “o fato de o processo civil ser autônomo e um instrumento para a realização do direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial” (MARINONI; ARENHART; MIDITIERO, 2017, p. 12).

Nessa concepção de direito de ação, que se desdobra no direito ao procedimento adequado, é que surgiu uma expansão das possibilidades de realização do negócio jurídico processual através do artigo 190 do CPC/15, o qual possibilita a colheita da prova testemunhal de forma extrajudicial, o que pode conferir maior celeridade ao procedimento, abreviando o tempo do processo.

A busca pela duração razoável do processo não é um tema atual e, aparentemente, ele ainda está longe de sair da pauta de estudos dos processualistas. Cabe a nós, portanto, enquanto estudiosos do direito, a busca constante por novos instrumentos, bem como a apropriação do conhecimento de como usá-los para garantir a efetividade desse direito, sem, contudo, suplantar direitos.

A batalha contra o tempo é um fardo que toda a humanidade carrega, a ciência, nos últimos meses, luta incessantemente contra o tempo na busca pela criação de uma vacina que nos livre dessa pandemia¹.

A ciência jurídica e o processo não estão livres desse fardo. A morosidade do processo, muitas vezes, se traduz em ineficácia da sentença que confere o direito material, nas palavras de Barbosa (1997, p. 47) “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”

A colheita da prova testemunhal, nos moldes atuais, demanda não somente material humano (juízes, servidores e auxiliares), mas também estrutura física, o que, por muitas vezes, obsta sua realização de forma célere.

O desbravamento do tema inicia-se com uma, breve, abordagem da história da prova testemunhal no processo civil brasileiro, com ênfase no Código de Processo Civil de 1973 e nas mudanças e características predominantes do atual Código de Processo Civil.

No terceiro capítulo, tratamos do acesso à justiça, da desjudicialização em sentido amplo, do negócio jurídico processual como técnica a ser usada em prol da razoável duração do processo, da desjudicialização da prova testemunhal sob a ótica do negócio jurídico processual e, por fim, da desjudicialização como questão de *lege ferenda*.

A questão surgiu, em um primeiro momento, frente à inexistência de um artigo correspondente no CPC/15 ao artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973, o qual dispunha que o juiz que iniciasse a audiência de instrução, deveria, obrigatoriamente, concluí-la (BRASIL, 1973; BRASIL, 2015).

¹ Referência a pandemia do Corona vírus.

A supressão do dispositivo *suso* citado afastou do processo civil o princípio da identidade física do juiz e, por consequência, mitigou o da oralidade. (GAJARDONI, *et al*, 2018, p. 187).

Fato esse de extrema relevância, Oliveira Jr. (2011), em seu livro intitulado o princípio da oralidade no Processo Civil, defendeu que a verdadeira oralidade só ocorre na presença do quinteto que a compõe. O quinteto ao qual o autor faz referência é formado pela prevalência da viva voz, pelo princípio da imediação, pela identidade física do juiz, pela concentração dos atos processuais e pela irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

O autor, àquele tempo, já percebia que o princípio da identidade física do juiz perdia a força perante a dinâmica inerente à carreira da magistratura, que impõe ao juiz mudar-se constantemente em busca de promoção (OLIVEIRA JR, 2011).

A perspectiva de um processo enxuto marcado pela oralidade e pela identidade física do juiz enseja bons ânimos. No entanto, o aumento exponencial de demandas evidencia a impossibilidade da aplicação do instituto, sem que haja prejuízo à duração razoável do processo, isto não porque a técnica é ineficaz, e sim porque aplicá-la em larga escala, demanda, como já apontado anteriormente, material humano e físico, o que se traduz em onerosidade excessiva e impraticabilidade da técnica de forma célere, diante do número de demandas atuais.

O CPC/15 é classificado pelos doutrinadores como uma norma que passou por processo de constitucionalização e descentralizou a gestão do processo, outorgando a todos que dele fazem parte, o poder dever de cooperar com o magistrado na construção da sentença (BUENO, 2019, p. 73).

A partir desta nova dinâmica, estatuída pelo CPC/15, é que emerge, então, o tema deste estudo, no qual ora debruçamo-nos a fim de analisar as possibilidades de desjudicialização da prova testemunhal na busca pela razoável duração do processo.

Ao presente trabalho monográfico foi empregado, quanto ao nível, pesquisa **exploratória**, pois esta visa aproximar o pesquisador ao problema, tema novo que se busca familiarizar, “normalmente trata de questões sobre as quais se queira uma compreensão básica, inclusive para se ter melhor condição e domínio para compreender melhor o problema e suas hipóteses de resposta.” (LEONEL; MARCOMIM, 2015, p. 101).

No que tange à abordagem aplicada, o estudo buscou a compreensão da temática por pesquisa **qualitativa**, realizando uma reflexão sobre os meios e finalidades da possibilidade de desjudicialização da prova testemunhal, opondo-se, portanto, à razão instrumental. Quanto aos métodos da pesquisa qualitativa empregados foram “a pesquisa, ou coleta de dados, e a análise e interpretação, quando se procura desvendar o significado dos dados.” (ANDRADE, 2020, p. 314).

Ainda, quanto ao procedimento utilizado para coleta de dados, classifica-se a pesquisa como **bibliográfica** e, portanto, sistematizada, pois é resultado da consulta em acervos bibliográficos já elaborados. (LEONEL; MARCOMIM, 2015, p. 112).

2 BREVE ABORDAGEM DA PROVA TESTEMUNHAL NO TEMPO

Em tempos remotos as primeiras normas regulamentavam, tão somente, as sanções penais e a composição de ilícitos civis. Com o tempo, houve uma expansão e o judiciário passou a tratar também de casos como interdições e curatelas, ao passo que a jurisdição passou a ser classificada em contenciosa e voluntária (THEODORO JR, 2018, p. 51).

Na Grécia o processo era marcado pela oralidade e pelo princípio do dispositivo. Nesse contexto o juiz exercia um papel passivo, porém a apreciação das provas ocorria de forma livre. As provas eram testemunhais e documentais, não era permitido o testemunho de mulheres e crianças (THEODORO JR, 2018, p. 52).

O processo civil romano passou por três períodos. No primeiro, chamado de período primitivo, preponderava a solenidade ritualística a ponto de que erros na prática do procedimento poderiam resultar na perda da demanda. O processo era composto por duas fases, uma perante o magistrado e outra perante os cidadãos escolhidos para atuar como árbitros. Nessa última, realizava-se a colheita de provas e a prolação da sentença. Não havia defesa técnica e as partes postulavam pessoalmente. (THEODORO JR, 2018, p. 52).

Após, houve o período denominado formulário. O nome deriva de um formulário que o magistrado entregava ao autor na primeira fase. Nesse momento já havia a presença de advogados e do contraditório. No terceiro período, o exercício da jurisdição era exclusivamente estatal. O processo passou a ser escrito e composto do pedido do autor, da defesa do réu, da instrução da causa, da prolação da sentença e de sua execução. (THEODORO JR, 2018, p. 52).

Em razão da dominação do Império Romano pelos povos germânicos, houve um retrocesso em matéria processual. Primeiro, houve uma fase na qual predominaram os costumes bárbaros e, após uma fase pautada por uma forte influência religiosa, período que ficou conhecido pelas ordálias como "o juízo de Deus", no qual os acusados eram submetidos a provas peculiares, como a exposição a animais ferozes. Caso o réu saísse vitorioso significava que os deuses estavam a seu favor. O resultado era a sentença de inocência prolatada pelo juiz que tinha seus poderes adstritos ao mero reconhecimento do julgamento dos deuses. (THEODORO JR, 2018, p. 53).

Com o aparecimento dos glosadores nas universidades, no século XVI, houve uma fusão do direito canônico e germânico que culminou no nascimento do direito comum. Não haviam mais ordálias, porém a tortura foi mantida como meio de perquirição da verdade. A prova, por sua vez, era tarifada, valoração que só foi afastada com a Revolução Francesa e a retomada do livre convencimento do juiz. (THEODORO JR, 2018, p. 54).

No século XX a tarifação da prova restou superada e o processo passou a ser visto como um instrumento de pacificação social. No século XIX o direito processual civil passou pelo estado mínimo, com modelo de processo liberal, privatista, no qual as partes exerciam um papel ativo na condução do processo e o juiz um papel passivo. O século XX foi marcado pela publicização do processo civil, com a preponderância do interesse público e a instrumentalização do processo. (THEODORO JR, 2018, p. 55).

O neoconstitucionalismo surgiu no século XXI. A preocupação nesse novo estágio foi a vinculação do direito processual ao direito material na busca por efetividade:

O processo, no atual Estado Democrático de Direito, realiza seu mister pacificador pelo regime cooperativo, em que as partes, tanto como o juiz, participam efetivamente da formação do ato de autoridade destinado a compor o conflito jurídico levado à apreciação do Poder Judiciário (THEODORO JR, 2018, p. 56).

Superou-se assim a visão do processo como um fim em si mesmo, buscou-se a constitucionalização do processo a partir da democratização deste, a garantia do devido processo legal e do processo justo. (THEODORO JR, 2018, p. 56).

2.1.1 A prova testemunhal no CPC de 1973

A prova testemunhal consiste na inquirição de testemunha, que tem conhecimento de fato ou ato controvertido entre as partes para a obtenção de informações pertinentes ao julgamento da *quaestio* que é *objeto* da lide. A garantia das partes quanto aos resultados obtidos, por esse meio de colheita de prova, reside na sua adequada e idônea documentação (ALVIM, 2019, p. 844; DINAMARCO, 2009, p. 94)

Fato interessante é que no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) havia limitação da eficácia da prova testemunhal quanto à questão que versasse sobre a existência de contrato em valor superior a dez salários mínimos (art. 401, CPC/73). Isso porque era conferida menor credibilidade à prova testemunhal em razão de distorções intencionais (testemunha que falta com a verdade) ou falhas de percepção (DINAMARCO, 2009, p. 629; BRASIL, 1973).

No entanto, o artigo supramencionado não encontra correspondente no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Permanece, pois, a regra geral do artigo 442: “A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso”. (BRASIL, 2015).

Quanto aos deveres da testemunha, a doutrina elencava o de comparecimento, depoimento e veracidade. Os dois primeiros consubstanciam-se no dever da testemunha de colaborar com o judiciário, razão pela qual, salvo exceções, esta não pode se negar a prestar testemunho. A veracidade diz respeito à advertência do júízo à testemunha acerca do

cometimento do crime de falso testemunho caso a depoente viesse a faltar com a verdade. (DINAMARCO, 2009, p. 635).

A prova testemunhal seguia os seguintes atos e formalidades no CPC/73: a petição inicial e a contestação deveriam indicar o interesse na produção da prova, sem a necessidade, nesse momento, de apresentar o rol de testemunhas; Posteriormente, em audiência preliminar, ou na ausência de realização desta, através de decisão o juiz deferiria ou não a prova testemunhal, caso houvesse o deferimento as partes deveriam apresentar o rol no prazo estipulado, nunca inferior a 10 dias. (DINAMARCO, 2009, p. 638).

Em audiência poderia ocorrer, ainda, a contradita da testemunha realizada pela parte adversa, que poderia arguir incapacidade, impedimento ou suspeição. Porém nada obstava que o juiz recusasse a contradita, aceitasse ou ouvisse a testemunha como informante, o que significava ouvi-la independente de compromisso. (DINAMARCO, 2009, p. 639).

A Substituição da testemunha poderia ocorrer antes do término do prazo concedido para apresentação do rol. Havia a possibilidade de substituição de testemunha que viesse a falecer, desaparecesse ou houvesse contraído moléstia grave (art. 408, CPC/73). Caso houvesse referência a pessoas ausentes nos testemunhos, estas poderiam vir a ser chamadas para testemunhar. O juiz poderia, ainda, realizar acareação quando houvesse declarações testemunhais divergentes (arts. 418, I, II do CPC/73) (DINAMARCO, 2009, p. 639 ; BRASIL, 1973).

O procedimento da prova testemunhal iniciava com a oitiva das testemunhas da acusação e, após, era realizada a oitiva das testemunhas do réu. As manipulações deveriam ser afastadas pela incomunicabilidade das testemunhas. Os depoimentos eram ditados pelo juiz ao auxiliar, os quais, após digitados, deveriam ser impressos e anexados aos autos (DINAMARCO, 2009, p. 643).

Caso, por razão de limitação de horário, a audiência fosse interrompida e concluída em outra data, a incomunicabilidade das testemunhas era violada e não havia como evitar tal prejuízo (DINAMARCO, 2009, p. 643).

2.1.2 O paradigma do protagonismo do magistrado no processo civil brasileiro

Para compreender porque o corte cooperativista do CPC/15 implica em uma ruptura com o paradigma do protagonismo do magistrado é preciso retroceder um pouco na história.

O Código de Processo Civil de 1939 (CPC/39) era marcadamente publicista. Tal fato resta evidente a partir da leitura da exposição de motivos da norma, na qual houve referência

expressa à concepção publicista e aos poderes do magistrado de dirigir o processo, direcionamento atribuído à influência da doutrina de Chiovenda (BRASIL, 1939).

Transcreve-se o trecho da exposição de motivos do CPC/39 que evidencia o corte publicista e a influência do autor supramencionado:

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. [...] Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, por ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. (BRASIL, 1939).

Este modelo de processo, centralizado na figura do juiz, transformou o juiz em um eremita, estado que é verificado pela incidência do solipismo jurídico na fundamentação das decisões judiciais, o que ainda ocorre.

A hermenêutica, por muitas vezes, é usada para justificar essas fundamentações solipistas. Perlingieri, (2008, p. 100), no entanto, adverte:

Esquecesse que as garantias formais são conquistas históricas que encontram fundamento na legalidade e na democracia: Uma coisa é verificar que o jurista, na tentativa de interpretação objetiva da norma, não pode se subtrair do condicionamento histórico-ideológico, outra coisa é querer exasperar esse condicionamento no processo hermenêutico, de maneira a recusar a interpretação do dado normativo e propor que seja justamente essa bagagem cultural, histórico-ideológica, a constituir garantia de justiça.

Mas o protagonismo do magistrado é, também, resultado, da abrupta transformação ocorrida no Brasil com a promulgação da constituição de 1988 (CF/88). Enquanto em países centrais ocorreram processos de constitucionalização e positivação dos direitos humanos, no Brasil houve uma súbita mudança político jurídica ao passo que o legislativo não foi capaz de suprir a demanda imposta pela CF/88. Isto associado a crises institucionais gerou um alto índice de demandas judiciais, nas quais o poder judiciário foi requisitado para manifestar-se sobre questões que, em regra, deveriam ser tratadas pelo poder legislativo (SANTOS; LUCAS, 2017, p. 200).

Quando se aborda a questão do protagonismo do magistrado, outros temas conexos se imbricam e muitas vezes são confundidos. São eles: o protagonismo do magistrado no procedimento do processo, a politização da justiça e ativismo judicial.

Sobre a politização da justiça, que pode ser vista como uma das causas do ativismo judicial, Garapon (1999, p. 27) leciona que houve um aumento do controle judicial sobre a vida

política, que é fruto de uma deslegitimação do estado que se consubstancializa em razão da despolitização do cidadão, judicialização e fragilidade. Afirma, ainda, que “o juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiam à justiça a guarda de seus juramentos.”

Garapon (1999, p. 28) relata que esse cenário tem como pano de fundo uma crise dupla:

das instituições políticas e da própria sociedade democrática -, as respostas são ao mesmo tempo institucionais e sociais. A democracia não desmorona, ela se transforma pelo direito. Os dois modelos precedentes – direito formal do estado liberal, direito material do Estado provedor estão hoje por um fio, e um novo modelo de direito e democracia está nascendo. Vemo-nos, assim, em um movimento capital da história da justiça de mudança de rumos em nossas democracias. Para compreendê-los, e se possível antecipar sua evolução, o confronto do direito continental europeu com outro grande sistema, o da Common Law, será um guia precioso. Esse diálogo entre os dois modelos parece não poder ser concluído de maneira definitiva. Com efeito, o desafio é saber como a justiça poderá constituir uma referência coletiva bastante forte - tanto para as deliberações públicas, como para os indivíduos -, sem ameaçar os valores democráticos. O que obrigará, no final, a propor novas relações entre o juiz e a comunidade política.

O jurista explica que esse aumento na autonomia dos juízes é resultado de um enfraquecimento do estado e da ausência de resultados dos regulamentos internos, com uma consequente desnaturalização da democracia, colocando-se a justiça no lugar da política, e levanta a seguinte questão: “como evitar que o bem comum da justiça seja desviado por uma nova casta de assessores tão ameaçadora para a democracia quanto os burocratas de ontem”(GARAPON, 1999, p. 53-55).

Essa preocupação também foi expressada por Lincoln (1861), em seu discurso inaugural, no qual, o então presidente do EUA expressa o mesmo pensamento:

Não esqueço a posição, por alguns tomada, de que algumas questões constitucionais devem ser decididas pela Suprema Corte, tampouco nego que essas decisões devam ser vinculantes. [...] Ao mesmo tempo, o cidadão franco, imparcial, terá de admitir que se as políticas do Governo, que afetam toda a população, forem fixadas por decisões da Corte Suprema, [...] o povo deixará de ser seu próprio regente, tendo praticamente submetido seu governo às mãos do eminente tribunal.

Zaneti Jr. (2005, p. 209) aborda essa questão a partir de uma perspectiva diametralmente oposta. O autor sustenta que a politização do judiciário é um falso problema, explica que a politização da justiça nasceu com a CF/88, contrapondo-se ao paradigma legalista, na busca por um Estado Democrático de Direito Constitucional, de que os campos da política e do direito não se misturam.

Segundo o autor:

Nas democracias modernas dos Estados Constitucionais e Democráticos de Direito a questão sobre a supremacia do judiciário se desloca da oposição “democracia das

maiorias" v "legitimidade do judiciário" para a pergunta: que tipo de supremacia judicial em uma democracia pode ser justificada em uma democracia quer respeitar direitos? (ZANETI JR, 2005, p. 209).

O autor prossegue relatando que os instrumentos criados e as divisões de competência realizadas pela CF/88 garantiram ao Supremo Tribunal Federal a guarda precípua da Constituição. Houve, também um aumento da legitimidade nas ações de controle de constitucionalidade, bem como a criação de instrumentos para a guarda dos direitos coletivos. A CF/88, portanto, potencializou o papel do judiciário e do direito, aquele, então, deixou de exercer um papel passivo e legalista e "foi chamado para opinar em questões de dimensão política" O autor conclui que o processo no conceito pós-positivista representa uma abertura para a democracia (2005, p. 216).

Essa politização da justiça é, então, encarada como um processo necessário para a democratização do direito, acreditamos que esse pensamento também se relacione com o caráter contramajoritário que, muitas vezes, o judiciário deve ter para garantir a guarda dos direitos fundamentais e, portanto, da Constituição.

O protagonismo do magistrado, então, não vem a ser o mesmo que a politização da justiça ou o ativismo judicial, apesar de relacionar-se com esse tema. Aquele diz mais respeito ao papel do juiz no processo, bem como à concentração do procedimento na figura deste.

É, portanto, a partir de uma visão disruptiva quanto ao papel atribuído ao magistrado na busca por conferir maiores responsabilidades às partes e fortalecer a democracia que nasceu o CPC/15.

2.1.3 A prova testemunhal no CPC/15

O procedimento de colheita da prova testemunhal no CPC/15 não difere muito do procedimento do CPC/73, a qual ocorre em audiência perante o juiz.

Theodoro Jr. (2018, p. 1.010) afirma que não se pode atribuir o mesmo valor da prova testemunhal às declarações obtidas pelas partes através de carta ou ata notarial.

Acredita-se, no entanto, que a definição de Dellore *et. al* (2015, p. 433) é mais precisa. sustenta que a colheita do depoimento da testemunha, pelas partes, através de gravação audiovisual, não caracteriza prova testemunhal e sim documental.

O segundo autor difere as provas quanto ao meio de extração destas, não quanto à valoração, até porque pressupor que um determinado meio de prova possui menos valor que outro meio de prova é tarifar previamente o valor das provas caso colhidas por um meio ou

outro. E, é consabido que a tarificação da prova não ocorre mais em nosso processo, que é pautado pela persuasão racional.

O juiz irá analisar, em princípio, se a prova, bem como o meio de sua extração é lícito. Observará, ainda, se durante a extração da prova houve respeito às demais garantias constitucionais.

No tocante à prova testemunhal, tem-se que, partindo da técnica estabelecida pela norma, este meio de prova pressupõe sua realização sob o crivo do contraditório imediato, mas cumpre destacar que nada obsta que o contraditório seja exercido posteriormente. A parte pode por exemplo alegar a inveracidade do depoimento escrito ou gravado da testemunha e requerer a oitiva desta em juízo.

As partes podem, ainda, realizar a extração da prova oral de forma não judicial sob o crivo do contraditório, visto que basta ambas as partes e seus advogados acordarem acerca da realização deste ato através do negócio jurídico processual. Ou seja, a colheita da prova oral de forma não judicial não pode caracterizar prova testemunhal porque essa possui um rito estabelecido em lei no qual o juiz deve estar presente.

Caso a norma estabelecesse uma modalidade opcional de colheita da prova testemunhal de forma não judicial, aí sim estaríamos diante da desjudicialização da prova testemunhal. No entanto, de forma alguma podemos pressupor que o meio atípico de colheita da prova oral possuirá menos valor que a prova testemunhal, visto que o que será levado em conta pelo magistrado para valorar a prova é se esta foi constituída com respeito às demais garantias constitucionais, e não com a mera observância do meio utilizado para extração, se típico ou atípico.

Fuga (2020, p. 44) sustenta que a retirada da expressão “livremente” art. 131 do CPC/73, correspondente ao 371 do CPC/15 não foi infundada, pois, buscou afastar a íntima convicção do juiz da valoração da prova, razão pela qual a doutrina tem adotado o termo persuasão racional. No entanto, há quem alegue que tal distinção não possui relevância, partindo do princípio de que o juiz sempre esteve vinculado às provas constantes nos autos, e que o termo em si não pressupunha a liberdade de valoração a partir de critérios de convicção íntima, até mesmo porque a doutrina, nos comentários ao CPC/39, já esclarecia que:

Livre convicção não significa, entretanto, decisão arbitrária e puramente subjetiva, como se ao juiz fosse permitido decidir segundo uma incontável e irracional intuição da verdade. Quer apenas dizer que deve apreciar as provas lançando mão das suas faculdades ou razão crítica, da sua experiência de vida, como faria qualquer pessoa de mente sã e equilibrada, sem esquecer-se da grande função que a sociedade lhe confiou, consignando na sentença os argumentos que concorreram para a formação de seu convencimento (art. 118, parágrafo único do Cód. Proc. Civil) (LIEBMAN apud NERY JR, NERY, 2018).

De forma alheia à divergência quanto ao motivo da adoção do novo termo, percebe-se que persuasão racional, de fato, soa mais adequado.

Retornando aos contornos da prova testemunhal no CPC/15, as principais mudanças são exclusão do rol de impedido o condenado por falso testemunho (art. 405 CPC/73/ art. 447 CPC/15) com trânsito em julgado e o que, por seus costumes, não fosse considerado digno de fé (BRASIL, 1973; BRASIL 2015).

Outra novidade é a admissão expressa da audiência por videoconferência art. 453 §1 do CPC/15, uma ferramenta que vem sendo utilizada com frequência, ultimamente, em razão do distanciamento social obrigatório.² (DELLORE *et al*, 2020, p. 453).

A responsabilidade pela intimação da testemunha foi transferida ao advogado, nos termos do art. 455 do CPC/15, de forma que a intimação realizada pelo ente estatal passou de regra para exceção (art. 455 § 4 CPC/15). (DELLORE *et al*, 2020, p. 453).

A mudança mais importante, deveras, foi a adoção do sistema *cross examination*, no qual o advogado formula a pergunta diretamente para a testemunha, essa inovação afasta também o protagonismo do magistrado e impõe às partes uma postura mais ativa, visto que o sistema anterior pressupunha que o juiz haveria de ser uma espécie de filtro entre o advogado ou membros do ministério público e a parte, um dentre tantos fatores que concentravam o processo na figura do juiz. (DELLORE *et al*, 2020, p. 461; NETO, 2009, p. 326).

2.1.4 A constitucionalização do CPC/15 e suas normas fundamentais

A constitucionalização do Código de Processo Civil é um tema em voga nos últimos anos. Os autores Pedron, Silva e Bahia (2017, p. 2), afirmam que “esta é a primeira legislação processual preocupada com o paradigma democrático no direito e no processo.”

Houve uma ruptura do viés tipicamente autoritário das legislações anteriores, ocorrendo, assim, a chamada constitucionalização do processo civil, bem como garantindo a “integridade do sistema jurídico e afastando o sistema deontológico-solipsista de cada julgador”. (PEDRON; SILVA; BAHIA, 2017, p. 2).

Os códigos anteriores foram marcados pela situação política da época. O código de 1939 foi assinalado pela transição do processo visto como um duelo para um instrumento de investigação da verdade, isto é, centralizando o processo na figura do magistrado. (PEDRON; SILVA; BAHIA, 2017, p. 3).

² Referência à pandemia mundial do Corona vírus.

No Código de 1973 buscou-se, sem sucesso, uma ruptura com a visão predominante no código anterior. Influenciado pela escola de Processo São Paulo, o novo código se revestiu de tecnicismo. A principal mudança foi a divisão realizada dos processos de conhecimento, cautelar e de execução. (PEDRON; SILVA; BAHIA, 2017, p. 4).

Porém as técnicas lá propostas não cortejavam os princípios fundadores da Constituição de 1988. Em verdade, nas palavras dos autores, “ocultavam o real interesse de dominação de uma classe”, configuravam-se como “uma dominação metódica, calculada, que faz da ciência uma técnica para alcançar seus objetivos.” E, portanto, diametralmente “opostas à “concepção democrática e co-participativa de processo”. (PEDRON; SILVA; BAHIA, 2017, p. 5).

As transformações que a sociedade passou e vem passando, impuseram ao direito e, por consequência, ao processo civil, a suplantação de uma metodologia arcaica. Nessa toada é que nasceu o CPC/15, que visou, sobretudo, a evolução dos instrumentos processuais, acerca da constante e necessária evolução destes. Inclui-se a lição de Pielingierre, (1999, p. 1):

Não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar. [...] É grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época terá os seus próprios mecanismos.

O novo CPC é marcado pelo neoconstitucionalismo. Theodoro Jr. (2018, p. 63) destaca que os 12 artigos iniciais definiram as normas fundamentais, com destaque para: o contraditório sem surpresas; a cooperação das partes; a razoável duração do processo; a boa-fé; a dignidade da pessoa humana, a eficiência do judiciário e a prática da justiça coexistencial.

Nessa senda, o autor ressalta que “o processo justo recorre aos princípios constitucionais não para afastar as regras legais, mas para otimizá-las em sua concretização judicial” ou, ao menos, assim deveria fazê-lo (THEODORO JR, 2018, p. 89).

O corte cooperativista do novo CPC é uma substituição aos clássicos modelos adversarial e inquisitório, e para compreensão e desconstrução desse velho paradigma é necessário realizar uma releitura do papel do magistrado no processo civil brasileiro.

2.1.5 A quebra do paradigma, o corte cooperativista do CPC/15

O corte cooperativista do Código de Processo Civil de 2015 é resultado do processo de constitucionalização pelo qual passou a referida norma. A preponderância da participação das partes nada mais é que a garantia do contraditório constitucionalmente previsto. (BUENO, 2019, p. 445).

Consabido é que as figuras do autor e réu no processo são antagônicas – ou “caráter contrafático.” Não há aqui, segundo os doutrinadores, um ideal ilusório de coparticipação das partes, há, em verdade, a necessidade de mitigar comportamentos não cooperativos (THEODORO JR, *et al.*, 2016).

Na busca por uma visão realista e racional nesse novo modelo de processo, coadunamos com a visão de que no processo, a correta prestação jurisdicional, ou seja, a entrega da sentença de mérito em tempo razoável, é que, quase sempre, garante sua efetividade. Não significa, necessariamente, uma decisão justa ou a busca incansável pela verdade real:

A decisão é “correta” não porque é “justa”, o que implicaria uma sobrecarga moral para as partes e para o juiz, mas porque se criou um ambiente procedimental no qual cada sujeito do processo, tendo a *possibilidade* de contribuir, ao agir na defesa dos seus interesses (ou, ao agir de acordo com o papel que lhe é esperado, no caso do magistrado), pôde trazer elementos para o processo e tais elementos estão presentes no pronunciamento, isto é, não na “tutela”, já que o Estado-juiz não está na condição de “tutor”, mas tem a função jurisdicional de resolver um conflito e, para isso, sua decisão precisa refletir, seja para aderir, seja para negar, as pretensões a direito feitas pelas partes.” (THEODORO JR, *et al.*, 2016, p. 85).

Muitas das mudanças encartadas no CPC de 2015 visaram o mesmo que se busca com a proposta de produção desjudicializada da prova testemunhal, qual seja, a celeridade, a efetividade, a integração das partes e a democratização do processo. Acerca da necessidade de cooperação das partes para construção de processo democrático Theodoro Jr. (2018, p. 465) a teoria normativa da comparticipação, encartada no CPC/15, “traz um conjunto de comandos que fomentam o diálogo e o controle de todas as ações dos sujeitos processuais, a boa-fé processual, a fundamentação estruturada das decisões, a coerência, a integridade e o formalismo democrático.” (THEODORO JR, 2018, p. 465).

2.1.6 O princípio da razoável duração do processo

A emenda constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004 inseriu no rol de direitos e garantias fundamentais a garantia da razoável duração do processo e de meios que garantam a celeridade de tramitação. Hoje, portanto, o artigo 5º da Constituição Federal, no inciso LXXVIII, prescreve que “a todos são assegurados, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Nas constituições da Itália e Portugal há a expressa menção à duração razoável do processo. Na constituição italiana encontramos tal disposição no artigo 111, que estabelece “a jurisdição, atua através do devido processo regulamentado por lei, cada processo se desenvolve

sob o contraditório das partes, com paridade de armas, diante de um juiz imparcial. A lei garante sua duração razoável.”³ (ITÁLIA, 2012, tradução nossa).

Em Portugal a duração razoável do processo está prevista no artigo 20, 4º, que assim dispõe: “ Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. ” (PORTUGAL, 2005).

Nos Estados Unidos, apesar de não haver uma previsão ampla e genérica quanto à garantia da duração razoável do processo em todas as esferas. Quanto ao processo penal, a constituição americana prevê que “em todos os processos criminais, o acusado terá o direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito em que o crime foi cometido” (EUA, 1992).

A preocupação com a prestação jurisdicional em tempo razoável é ponto comum entre estes países, não só por influência, mas porque nada, nem mesmo o processo, resiste ao peso do tempo. O processo excessivamente moroso quando se conclui tem por consequência uma sentença de mérito ineficaz, não passa de um pedaço de papel porque o decurso do tempo soterrou as chances da tutela ser efetiva, ou ainda, como também ocorre, aquela que ao cabo do tempo consegue ser efetiva é entregue não àquele que a requereu, e sim ao seu sucessor.

Na luta contra a morosidade do processo o combate ao formalismo excessivo é trabalhado pela doutrina e, em alguns casos, pela jurisprudência. Theodoro jr. (2018, p. 90) afirma que não é justo “fazer prevalecer o rito sob a substância do objeto da demanda, mormente quando o contraditório e a ampla defesa não tenham sido sacrificados. O direito das partes [direito substancial] não pode depender de tão pouco”.

Bueno (2019, p. 86) sustenta que o princípio da duração razoável do processo, encartado pela constituição, pressupõe a racionalização, otimização e eficiência, que se caracterizam, respectivamente, pela redução da atividade, pela redução do número de atos e, por fim, pelo alcance da prestação jurisdicional efetiva sem o comprometimento das demais garantias.

2.1.7 O princípio do contraditório

O princípio do contraditório, constitucionalmente previsto no artigo 5º, inc. LV, é assegurado não somente ao réu, mas a todas as partes envolvidas. O contraditório no processo civil é uma faculdade, um ônus, diferente do que ocorre no processo penal onde este deve ser, necessariamente,

³ “ La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.”(ITALIA, 2012).

efetivo. É a possibilidade de defesa da parte frente às arguições da parte contrária, traduzindo-se, portanto, no binômio informação mais reação. (GONÇALVES, 2020, p. 127; PINHO 2020, p. 458; MEDINA, 2020, p. 45).

Acerca do contraditório no âmbito do processo civil a doutrina trata, ainda, do contraditório substancial. Ela utiliza também o termo “vedação às decisões-surpresas”. O artigo 10 do CPC dispõe que o juiz não decidirá em grau algum sobre matéria a qual não tenha dado às partes oportunidade de se manifestar (BUENO, 2019, p. 176; BRASIL 2015).

No processo civil, diferentemente do processo penal, não há a necessidade de que o juiz fiscalize a atuação do procurador da parte a fim de que a ausência de defesa adequada não gere nulidades. Ele deve, porém, oportunizar a defesa, bem como possibilitar a produção de provas visando conferir “condições efetivas das partes, de influírem ou de influenciarem o conteúdo da decisão a ser proferida”, bem como deve haver o diálogo do órgão jurisdicional com as partes (BUENO, 2019, p. 174 ; MEDINA, 2020, p. 45).

A preponderância da decisão de mérito estabelecida através do artigo 4º do CPC/15, por exemplo, é observada por intermédio do efetivo contraditório, visto que mesmo em tratando-se de matéria de ordem pública, o juiz deve suscitá-la antes de extinguir o processo, oportunizando a manifestação das partes. Desta forma, afasta-se o “inútil exercício de retórica, patrocinado pelo poder público”, correspondente à extinção do processo pela sentença sem mérito. (OLIVEIRA JR, 2015; GONÇALVES, 2020, p. 125).

Há, ainda, a concepção de que o princípio do contraditório restou valorizado através dos autos eletrônicos em razão da permanente disponibilização dos autos às partes. (PINHO, 2020, p. 458).

Por fim, o contraditório, segundo Cernelutti (2002, p. 67), doutrinador atemporal, é um meio de se chegar à verdade, visto que permite “às partes a combaterem uma com a outra, batendo as pedras, de modo que termina por fazer com que solte a centelha da verdade.”

A exceção à regra do contraditório substancial ocorre nos casos do artigo 9º que são as decisões de tutela provisória de urgência, as hipóteses de tutela de evidência, além das hipóteses do artigo 701 do CPC/15. Nesses casos, ocorre um postergamento do contraditório, isto por o legislador entendeu que nesses casos a efetividade do direito material deve preponderar momentaneamente, visto que não há óbice para que essa decisão, proferida sem o contraditório prévio, seja revista ou revogada (BRASIL 2015; BUENO, 2020, p. 471).

Outra situação interessante, no tocante ao contraditório, é a estabilização da tutela antecipada antecedente, a decisão que a concede, se preenchido os requisitos para a concessão desta, é conferida sem o efetivo contraditório, a parte adversa será intimada para cumprir a

decisão e, em querendo, apresentar o recurso adequado (agravo de instrumento), caso não o faça a tutela tornar-se-á estável nos termos do artigo 304 CPC, instituto que, também, confere celeridade e efetividade às decisões judiciais (BRASIL; 2015).

3 A DESJUDICIALIZAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL

“[...] A arte do processo não é essencialmente outra coisa que a arte de administrar provas” (BENTHAN, 1971, p. 10, tradução nossa).⁴

Para compreensão do porquê levantar-se o tema da desjudicialização da prova testemunhal é preciso primeiro compreender por que meios alternativos e desjudicialização são temas em voga quando se trata do acesso à justiça e a efetividade das decisões judiciais, que, por consectário lógico, pressupõe a duração razoável do processo.

3.1.1 O acesso à justiça

Capeletti e Bryant (1988, p. 31), no terceiro capítulo da obra intitulada acesso à justiça, trataram das soluções práticas para os problemas do acesso à justiça.

Os autores relatam a ocorrência de três períodos, os quais chama de as três ondas do acesso à justiça.

A primeira onda trata do acesso à justiça para os pobres. Inicialmente a assistência judiciária gratuita⁵ era realizada por advogados particulares que prestavam seus serviços a título de *múnus honorificum*⁶. Através desse sistema não era possível garantir o acesso à justiça de forma ampla. A Alemanha e Inglaterra, entre os anos 1919 – 1923, foram os primeiros a desenvolverem um sistema no qual os advogados eram remunerados pelo estado para prestarem esses serviços, sistema esse que se disseminou em outros países. (CAPELETTI; BRYANT 1988, p. 33).

No entanto, a mudança ocorreu, de fato, após a criação do sistema *judicare* através do qual a assistência judiciária foi garantida por meio de lei e os advogados eram, então, remunerados pelo estado. Apesar de o sistema receber algumas críticas quanto às exigências

⁴ “(...) el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas.” (BENTHAN, 1971, p. 10).

⁵ O termo assistência judiciária gratuita será usado de forma ampla (referindo-se à custas e honorários advocatícios) quando a fonte não precisar a informação.

⁶ Seabra (2018, p. 20) esina que os “ em diversos países no mundo, o estado oferece serviços jurídicos a pessoas necessitadas. A análise do direito comparado permite identificar três métodos de prestação de serviços de assistência jurídica, a saber: (i) *múnus honorificum*, também conhecido como advocacia pro bono ou voluntária, no qual um advogado particular, por altruísmo, aceita prestar os serviços gratuitamente; (ii) *judicare*, no qual advogados particulares se credenciam para atuar na defesa dos interesses dos hipossuficientes e, para isso, são remunerados pelo Poder Público; 19 Defensoria Pública na Constituição da República (iii) sistema público, em que o Poder Público contrata advogados públicos para atuar especificamente (e usualmente de modo exclusivo) em prol dos hipossuficientes.

solicitadas aos que buscassem tal assistência, obteve resultados positivos no que diz respeito à garantia do acesso à justiça. (CAPELETTI; BRYANT, 1988, p. 33).

Dentre as deficiências do sistema *judicare* destaca-se a ausência de mecanismos que auxiliem os pobres a reconhecerem seus direitos e a ausência de alcance no que diz respeito às tutelas coletivas (CAPELETTI; BRYANT, 1988, p. 37-38).

No tocante ao Brasil, tem-se como marco a introdução das ordenações filipinas tais como, em 1841, a isenção do réu, no processo criminal, de pagar as custas processuais, regra que foi expandida no ano seguinte ao processo civil, mas que, no entanto, posteriormente foi revogada. Ocorreu ainda a importação do modelo Portugal de patrocínio das causas dos menos favorecidos, imposto como um dever moral da profissão. (MESSITTE, 1968, p. 128)

Nabuco de Araújo realizou algumas movimentações no contexto da busca pela assistência judiciária gratuita aos pobres, porém a mudança só ocorreu com a proclamação da república e com o decreto 1.030, em 14 de novembro de 1890, através do qual o ministro da justiça restou incumbido de organizar uma comissão de patrocínio gratuito aos pobres no âmbito cível e criminal. (MESSITTE, 1968, p. 128-131).

O primeiro sistema foi criado em 1897 para o Rio de Janeiro e abrangia o patrocínio, as custas, a possibilidade de impugnação da assistência, bem como a possibilidade de revogação a qualquer tempo por justo motivo. Os estados brasileiros foram aderindo aos poucos a assistência judiciária gratuita, porém por volta de 1930, no tocante a esta questão, a realidade ainda era deplorável. (MESSITTE, 1968, p. 131-134).

Em 1934 a assistência judiciária gratuita foi reconhecida em nível constitucional (art. 113, n. 32), já em 1950 foi decretada a Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária gratuita (MESSITE, 1968, p. 134-138; BRASIL; 1950).

Voltando ao campo da macro de visão, os autores concluíram o relato da primeira onda, apontando os avanços obtidos que resultaram não só no aumento do alcance quanto ao número de pessoas, mas também quanto à matéria (não mais restrita à família e crime). No entanto, ressaltam que ao tratar do tema esse não pode ser o único enfoque, porque, além da abrangência, o acesso à justiça também deve ser pensado em razão da qualidade, da impossibilidade de cobertura das pequenas causas e dos interesses difusos (CAPELETTI; BRYANT, 1988, p. 49).

A segunda onda (1965-1970) buscou avanços no campo do acesso à justiça no que diz respeito aos interesses difusos. O movimento ficou caracterizado pela preocupação quanto à legitimação e proteção de tais interesses (CAPELETTI; BRYANT, 1988, p. 49 - 51).

Os autores relatam que nos casos em que não ocorre a legitimação de indivíduos ou grupos para proteção dos interesses difusos, as ações governamentais têm se mostrado insuficientes para prestar uma adequada proteção para essa classe de direitos. Dentre os fatores que obstam, a adequada proteção dos interesses difusos, os autores elencam tanto a ausência de qualificação técnica do Ministério Público quanto o caráter político que possui o Procurador geral, de forma que em alguns países têm sua atuação autônoma inibida. Como avanço obtido nessa seara aponta a criação, em 1974, da instituição do advogado público em Nova Jérsei, EUA, cuja missão é representar o interesse público, tanto na esfera administrativa quanto judicial. Na Itália a Lei de Royer (1973), que possibilitou a legitimação ativa da associação de consumidores nos casos em que houvesse fato direta ou indiretamente prejudicial ao seu interesse coletivo, dentre outros inúmeros exemplos (CAPELETTI, BRYANT, 1988, p. 52-57).

No Brasil, o processo coletivo de interesse público foi abordado pela primeira vez por José Carlos Barbosa Moreira em 1977, com a obra “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos” (GODINHO, 2006, p.19).

O tema ganhou destaque a partir da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que trata da ação civil pública. Após foram editadas outras normas relativas à tutela coletiva tais como o CDC, a lei da Ação Popular, o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros (GODINHO, 2006, 202).

Hoje, quanto aos direitos difusos e coletivos, no Brasil, a doutrina mais atual versa sobre o processo coletivo estrutural:

Nos últimos tempos, diversos processualistas vêm direcionando seus esforços para o estudo e a elaboração de propostas para regular o chamado processo coletivo estrutural ou, de modo sintético, processo estrutural. O resultado mais palpável desse interesse talvez seja a apresentação do Projeto de Lei 8.058/2014, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, o qual se destina a regular “o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário” e dispõe, já em seu art. 2º, parágrafo único, que o processo, nesse caso, terá características “estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes” (VITORELLI, 2018, p. 1).

O mesmo autor traz o seguinte conceito do que vem a ser o processo estrutural:

Em resumo, o litígio estrutural é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura. Embora essa reestruturação possa ser feita de diversos modos e, frequentemente, não dependa da atuação do Poder Judiciário, ocorrendo pela atuação privada ou com a condução do Poder Executivo,

se a alteração for buscada pela via do processo judicial, esse processo poderá ser caracterizado como processo estrutural (VITORELLI, 2018, p. 8).

Capelletti e Bryant (1988, p. 66) concluem a narrativa da segunda onda do acesso à justiça com o entendimento de que, em razão da complexidade inerente à busca pela tutela destes direitos, é necessária a atuação conjunta da iniciativa pública e grupos particulares a fim de se obter uma eficiente condução e reivindicação dos interesses difusos e coletivos (CAPELETTI; BRYANT, 1988, p. 67-68).

A terceira onda se insere no campo da advocacia extrajudicial, bem como na criação de mecanismos de prevenção de disputas, os quais pressupõem uma série de reformas de procedimentos nos tribunais, bem como a utilização de paraprofissionais, do juízo arbitral, da conciliação, e de incentivos econômicos para a solução de litígios (CAPELETTI; BRYANT, 1988, p. 68).

uma alternativa proposta é a criação de tribunais especializados visando a solução mais célere e menos dispendiosa, sem, contudo, afastar dos tribunais (jurisdição estatal) os casos que devam, de fato, por estes serem julgados. Quanto aos métodos de prestação de serviços jurídicos caberia, então, a substituição de advogados por paralegais ou, até mesmo, por métodos de serviço jurídico em grupo para garantir a acessibilidade de pessoas comuns a advogados altamente qualificados. Por fim, a simplificação do direito, os autores citam como exemplo o divórcio “sem culpa” (CAPELETTI; BRYANT, 1988, p. 68-151).

Em suma, a terceira onda traz uma mensagem muito simples de ser compreendida, qual seja, inobstante aos avanços alcançados no que diz respeito ao acesso à justiça, assentadas as diretrizes primordiais em defesa de tal garantia (primeira e segunda onda), é preciso pensar a questão de maneira mais estrutural, estudá-la verticalmente, visando otimizar, triar, especializar, desburocratizar e inovar na busca por efetividade no que diz respeito ao acesso à justiça.

3.1.2 A desjudicialização na busca pela garantia do acesso à justiça

A desjudicialização como meio de facilitar o acesso à justiça não é um tema novo no processo civil brasileiro. Apontamos alguns casos em que a desjudicialização já foi adotada. O Decreto Lei nº 70 de 1966, que versa sobre empréstimo e cédula hipotecária, permitiu a execução extrajudicial da dívida, realizada a pedido do credor através do agente fiduciário por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos (BRASIL, 1966).

A Lei 9.514 de 1997, que trata de financiamento Imobiliário e da alienação fiduciária de coisa imóvel, prevê a hipótese de execução extrajudicial, situação na qual o Registro de imóveis, a pedido do fiduciário, poderá promover a intimação fiduciante (art. 26) e determinar a realização de leilão do bem objeto de alienação fiduciária (art. 27) (BRASIL, 1997).

A usucapião administrativa, que foi possibilitada inicialmente pela Lei 11.977 de 7 de junho de 2009, limitada a usucapião especial urbana, posteriormente revogada pela Lei 13.465 de 11 julho de 2017, através da qual a parte interessada pode realizar o procedimento de aquisição originária da propriedade diretamente no cartório de registro de imóveis competente. O Código de Processo Civil de 2015 por meio do artigo 1.071, que inseriu o artigo 216 A e a Lei 6.015, de 31 de dezembro 1973, permitiram o reconhecimento extrajudicial da usucapião, realizada diretamente perante o cartório de registro de imóveis (BRASIL, 1973; BRASIL 2009; BRASIL 2015; BRASIL, 2017).

A Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de falências) estatuiu a possibilidade de recuperação extrajudicial das sociedades empresárias (BRASIL, 2005).

A Lei 8.951, de 13 de dezembro de 1994, que alterou dispositivos do CPC/73 e foi recepcionada pelo CPC/15, estabeleceu a hipótese de consignação em pagamento extrajudicial, procedimento através do qual, após realizar o depósito da quantia no banco do local do pagamento, atribuindo-se preferência ao banco estatal, deverá cientificar o credor por meio de AR. Caso o credor, no prazo de 10 dias, recuse o pagamento (§ 1º), o devedor poderá entrar ajuíza com a ação de consignação e pagamento, instruindo a inicial com a prova do depósito e da recusa (§ 3º) (THEODORO JR, 2018, p. 92 ; BRASIL, 1994).

Por fim, como grande marco dos meios alternativos de conflitos na busca por otimizar o acesso à justiça, houve a ampliação da aplicação da arbitragem (Lei. 9.307/1996) através da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, bem como a obrigatoriedade de audiência de conciliação e mediação (art. 334 CPC) (BRASIL, 1996; BRASIL, 2015).

3.1.3 O princípio da oralidade e sua mitigação no processo civil

Sob a égide do Código Civil de 1973, Oliveira Jr., no ano de 2002, defendeu em seu trabalho de conclusão de curso, nesta instituição, o princípio da oralidade e seu quinteto estruturante que virou livro (OLIVEIRA JR, 2011). Dez anos depois, nesta mesma casa, a presente pesquisa vem tratar da mitigação deste princípio no processo civil.

O autor aborda em sua obra, a importância do princípio da oralidade para a superação de um formalismo exacerbado na busca por conferir maior celeridade ao processo. Para tanto,

sustenta que o processo deve ser pautado pela prevalência da viva voz, pela concentração dos atos processuais, pela irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, pela imediação e pela identidade física do juiz.

O autor perquiriu um modelo de processo que pudesse combater o procedimento adotado pelo CPC de 1973, o qual classificou como “um aparelho complicado, de movimentos difíceis, demorados e lentos, pelo seu caráter essencialmente escrito, com largas e multiplicadas fases processuais, incidentes e recursos” (OLIVEIRA JR, 2011, p. 199).

Não sem razão, a obra referenciou, em diversas passagens, a doutrina de Chiovenda. O referido jurista sustentava que a oralidade reduzia em dois terços dos atos judiciais, apesar de não informar o parâmetro sob o qual chegou a tal percentual, bem como que, no processo oral, haveria menos incidentes que no processo escrito, fator que deveria ser otimizado pela irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias (CHIOVENDA, 2000, p. 74).

A proposta apresentada por Oliveira Jr., embasada na doutrina Chiovendiana, à época era, de fato, bastante atraente, pois primava pela celeridade, concentração dos atos, a identidade física do magistrado, ou seja, o juiz que realizava a audiência de instrução deveria ser, necessariamente, aquele que julgaria o feito.

Ocorre que o CPC/15 não manteve a regra da identidade física do juiz, visto que o artigo 132 do CPC/73 foi suprimido na edição do novo *códex*, razão pela qual o juiz que realizou a instrução não será, necessariamente, o juiz que prolatará a sentença. Ou seja, a busca pelo efetivo princípio da oralidade no processo civil, formado por seu quinteto estruturante, se já não era realizável ao tempo do CPC/73, no CPC/15 tornou-se ainda mais intangível (NERY JR; NERY, 2018, p. 970).

Theodoro Jr. leciona sobre a mitigação do princípio da oralidade que:

A oralidade, em nosso Código, foi adotada com mitigação, em face das peculiaridades da realidade brasileira e das restrições doutrinárias feitas ao rigorismo do princípio. A identidade física do juiz, que era restrita no Código anterior, nem sequer foi conservada pelo Código atual. Quanto ao julgamento da causa em audiência, o Código o adota como regra do procedimento comum, mas prevê casos em que, por economia processual, o julgamento se faz antecipadamente, sem necessidade sequer da audiência de instrução e julgamento (art. 355)²⁷. Quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias, a orientação do Código foi totalmente contrária ao princípio da oralidade pura, pois admite o agravo de grande número de decisões proferidas ao longo do curso do processo (art. 1.015)²⁸, muito embora sem efeito suspensivo (art. 995)²⁹ (THEODORO JR, 2015, p. 61- 62).

Percebe-se, portanto, que o princípio da oralidade foi mitigado pelo CPC/15. Contudo podemos observá-lo, ainda, em alguns procedimentos. Nery JR e Nery (2018, p. 654) afirmam que com “a informatização do processo tende a dar qualidade aos elementos de oralidade, tendo em vista que a colheita da prova oral poderá ser feita à distância em menos tempo, a gravação

de uma audiência pode ser analisada pelo órgão recursal.” Apesar da constatação quanto à gravação da prova oral, Nery JR e Nery (2018, p. 970) igualmente afirmam que “houve mitigação, um verdadeiro abrandamento do princípio da oralidade e do subprincípio da identidade física do juiz.”

Nessa senda, ergue-se a questão: a presença do juiz é indispensável para a colheita da prova oral? Visto que o juiz que fará a instrução não será, necessariamente, o prolator da sentença. Haveria realmente um “algo a mais” a ser captado pelo magistrado na inquirição pessoal das testemunhas que não pudesse ser visto através da gravação audiovisual?

A tecnologia deve ser usada em favor da celeridade processual, a gravação audiovisual permite que o juiz realize uma análise corporal da testemunha e, em havendo dúvidas quanto à credibilidade do depoimento, nada obsta que ele chame a testemunha para depor em juízo.

3.1.4 Do negócio jurídico processual

Tratar da realização do negócio jurídico processual implica em lançar um olhar mais liberal sobre o processo. Didier Jr. (2015, p. 21) afirma que o princípio constitucional da liberdade não dever ter seu papel diminuído no âmbito do processo civil, visto que, segundo o autor, “o princípio da liberdade também atua no processo, produzindo um subprincípio: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo.”

O processo, então, também seria local para o exercício da liberdade através da celebração de negócios processuais típicos e atípicos, através de um autorregramento estabelecido pelas partes (DIDIER JR, 2015, p. 22).

Quanto aos negócios processuais típicos, Didier (2015, p. 24) elenca as possibilidades existentes no Código de Processo Civil. São elas: a modificação de competência prevista no art. 63; a escolha do conciliador, mediador ou câmara privada de conciliação e mediação encartada no artigo 168; a elaboração de um calendário processual pelas partes constante no art. 191; a renúncia expressa de prazo pela parte disposta no art. 225; a suspensão convencional do processo (art. 313); a delimitação dos fatos, realizada pelas partes, sobre os quais recairá a atividade probatória e as questões de direito relevantes para a decisão de mérito (art. 357, § 2º); a convenção acerca do ônus probatório (art. 337 §6º); a escolha do perito realizada pelas partes (art. 471); a desistência da execução no todo ou em parte; a aceitação da decisão perante a prática de ato incompatível com a vontade de recorrer (art. 1.000) (BRASIL, 2015).

Didier correlaciona, ainda, os artigos 65 e 337 § 6 do CPC, que correspondem, respectivamente, prorrogação da competência relativa, senão arguida em contestação e a

aceitação da jurisdição estatal perante a ausência de alegação do foro arbitral, como negócios jurídicos processuais tácitos (BRASIL, 2015; DIDIER JR, 2015, p. 33).

Para além das hipóteses de negócio jurídico processual, previamente estabelecidas, há ainda, uma cláusula geral, a do artigo 190 do CPC, que estabelece que, em versando a lide sobre direitos que admitam autocomposição, podem as partes convencionar acerca dos seus ônus, faculdades e deveres processuais, mas com a ressalva do parágrafo único de que caberá ao magistrado controlar a validade das convenções previstas no referido artigo (BRASIL, 2015; DIDIER JR, 2015, p. 25).

Em sentido divergente estabelece o artigo 200, do mesmo diploma, o qual determina que os atos unilaterais e bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. A expressão “imediatamente”, exposta no artigo, pressupõe a desnecessidade da intermediação do juiz, como explicitado no artigo 190 do CPC (BRASIL, 2015).

Para compreensão acerca de que forma essa cláusula inserida no CPC/15 e o negócio jurídico processual se relacionam com a desjucialização da prova testemunhal, faz-se necessário rememorar, brevemente, as distinções entre meios de prova, fontes de prova e técnicas de colheita da prova.

3.1.5 Fontes, meios ou técnicas de colheita da prova

Os doutrinadores classificam o direito à prova como fundamental e autônomo, fundamental porque derivado dos direitos de ação, ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente previstos, respectivamente, nos artigos XXXV, LIV, LV da Constituição de 1988. A autonomia, por sua vez, consubstancia-se na possibilidade de antecipação incidental da prova prevista no artigo 381, II CPC/15 (BRASIL, 1988; BRASIL, 2015; THEODORO JR, 2018, p. 897; MEDINA, 2020, p. 513).

Dinamarco (2009, p. 85) define as fontes de prova como “pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação”. Como exemplo deste conceito dado pelo autor, pode-se inferir que a pessoa que presenciou um acidente pode vir a ser fonte de prova, por exemplo.

Não há limitação em lei para as fontes de prova. Dinamarco (2009, p. 87) elenca, exemplificativamente, pessoas ou animais vivos ou mortos, papéis escritos, lançamento contábeis, fotografias, fitas, CDs, DVDs, discos rígidos, estes três últimos nos soam até arcaicos

frente às novas tecnologias. Com o advento do *pen drive* e dos autos virtuais, nos processos novos raramente essa tipo de fonte de prova se torna meio de prova,

Quanto aos meios Dinamarco (2009, p. 86) aduz que “são técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa”. Há, portanto, uma técnica específica para extração de cada prova previamente estabelecida em lei. Nesse sentido, a técnica adequada para colheita da fonte de prova que citamos no parágrafo anterior seria a testemunhal.

Fontes e meios de prova distinguem-se a partir da seguinte perspectiva: as fontes sempre preexistem ao processo, enquanto os meios de prova existem no processo. Os meios são, portanto, “formalidades que sofrem as provas para virem ao processo”. (SANTOS, 1936, p. 7).

O CPC/15 enumera como meios típicos de prova a ata notarial (art. 384), o depoimento pessoal (arts. 385 a 388); a confissão (arts. 389 a 395); a exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404); a prova documental (arts. 405 a 441); a prova testemunhal (arts. 442 a 463); a prova pericial (arts. 464 a 480); a inspeção judicial (arts. 481 a 484) e a prova emprestada (art. 372). O código civil prevê ainda a presunção como meio de prova (BRASIL, 2015; THEODORO JR, 2018, p. 933).

Ao requerer a produção de uma prova, a parte deve informar o fato que pretende provar e o meio de prova que será utilizado. A sistemática da prova dividi-se, portanto, em: proposição, que é o momento em que a parte requer a realização da prova; admissão, que pode se traduzir no deferimento ou indeferimento da prova pelo juiz; e, por fim, produção da prova, a qual consubstancia-se na extração da prova de sua fonte através do meio (técnica) escolhida (THEODORO JR, 2018, p. 937; DINAMARCO, 2009, p. 88).

Tanto as fontes quanto os meios de prova não foram taxativamente elencados pelo legislador. Os meios expressamente previstos são chamados de meios típicos de prova, mas as partes também podem trazer as provas para o processo por intermédio de outros meios que não os legítimos, desde que não sejam ilícitos (DINAMARCO, 2009, p. 86).

Importante mencionar, ainda, que as provas podem ser diretas ou indiretas. As provas diretas são aqueles que incidem sobre o fato objeto de litígio; as indiretas, por sua vez, incidem sobre fato conexo. São, portanto, indícios. Através destes o juiz trabalhará as presunções para tirar as conclusões do fato que a parte pretende provar. As provas diretas uma relação imediata, enquanto as provas indiretas possuem uma relação mediata com o *fato probando* (BUENO, 2020, p. 229; DINAMARCO, 2009, p. 91).

Com base nos meios de prova, quanto à natureza das provas, estas podem ser orais ou materiais. A exemplo dessa classificação temos a prova testemunhal e documental, respectivamente. Já no que diz respeito à preparação, as provas podem ser pré-constituídas,

como a prova produzida de forma incidental ou a prova emprestada, ou constituídas, que são aquelas produzidas no curso do processo (DINAMARCO, 2009, p. 92; MEDINA, 2020, p. 514).

3.1.6 Meio atípico de colheita da prova oral

Muller (2016, p. 10 - 50) aborda a questão da desjudicialização da prova testemunhal a partir de uma visão negocial de processo. Para chegar a esse posicionamento o autor trata, inicialmente, do negócio jurídico e da autonomia de vontades. Após, realiza uma retrospectiva da história do privatismo e publicismo processual, passando por Bullock, com sua visão autônoma e instrumentalizada do processo, e por Franz Klein que trata de um modelo social de processo, pautado por uma atuação ativa e intervencionista do estado por intermédio da figura do juiz.

No entanto, apesar das divergências inerentes aos modelos de processo publicista e privatista, há o entendimento de que nenhum modelo de processo é puro, ou seja, sempre há um intercâmbio entre as correntes que caminham, atualmente, para uma convergência e coexistência harmônica (MULLER, 2016, p. 50).

Ao tratar do negócio jurídico processual e dos meios atípicos de produção de prova, o autor conclui pela possibilidade de produção da prova oral através de meio atípico a partir da negociação processual realizada pelas partes, tanto antes do processo quanto durante a instrução do processo. Contudo, ressalta que o mais interessante para otimização do processo e, até mesmo, a prevenção de litígios seria a produção da prova antes do processo, o que permitiria que as partes se informassem melhor e pudessem antecipar, de certo modo, os resultados da demanda, e que, portanto, mediante uma análise de riscos, a proposta de um acordo poderia ser melhor recepcionada (MULLER, 2016, p. 389).

O posicionamento do autor inclina-se mais para um modelo liberal de processo, principalmente no que diz respeito a produção da prova oral (e outros tipos de prova) antes do processo, como ocorre nos EUA, onde há uma forte preponderância dessa visão negocial no processo, de modo que, muitas vezes, as partes preferem a segurança de um acordo do que a submissão do *quaestio* à discricionariedade do magistrado. Seria então uma previsibilidade resultante de uma análise de risco realizada pelas partes, assim como ocorre no mercado com os preços, visto essa, proporcionada pela análise econômica do direito (MULLER, 2016, p. 321).

Daves e Hershkoff (2011, p. 510 – 511, tradução nossa) relatam essa transição da resolução de conflitos passando dos tribunais públicos para mecanismos privados ocorrida nos EUA:

A última geração viu uma mudança sutil, mas perceptível na relação entre mecanismos privados de resolução de conflitos e os tribunais públicos. A literatura documenta bem, o crescente número de disputas civis, particularmente aquelas que envolvem consumidores e contratos de trabalho, são agora decididos por tomadores de decisão privados, como árbitros e juízes contratados para a ocasião. Dependendo da perspectiva esse processo privado permite que as partes saiam – ou sejam exiladas – do sistema público, efetivamente esculpindo esferas de “um governo privado” com seus próprios tribunais procedimentos e regras de decisão.

Em um caminho paralelo o processo privado tem migrado de uma maneira surpreendente para os tribunais públicos: apesar das regras públicas de procedimento judicial as decisões são cada vez mais baseadas em regras de procedimento privadas, redigida pelas partes antes que a lide tenha surgido. Estes procedimentos incluem o foro aonde o litígio será resolvido, o júri que estará envolvido, o escopo do descobrimento e das regras de evidência.⁷

Da leitura do relatado pelos autores, concluímos que não somente há uma grande abertura para negociação processual, como também, na maioria das vezes, estas sequer chegam a serem postas à apreciação da justiça estatal, consubstanciando-se em uma, verdadeira justiça privada. O sistema processual dos EUA é diverso do Brasileiro, é composto por duas fases: uma pré-processual (*pretrial*), na qual ocorre o Discovery; e outra, que é o julgamento perante o ente estatal (*trial*). No entanto, grande parte das lides são sanadas na fase pré-processual. Nesse aspecto, o advogado assume maior destaque (PITTA, FACHIN, 2016, p. 953).

Na fase *pretrial* (pré-processual) as partes revelam reciprocamente as provas. Esse procedimento é chamado de Discovery (descoberta). Não há qualquer interferência estatal nessa fase. O juiz somente é chamado para interferir quando uma das partes age com má-fé ou extrapola um direito (PITTA, FACHIN, 2016, p. 954).

Acerca desse procedimento Pitta e Fachin (2016, p. 955) apontam que:

Esse juízo prévio, realizado na fase *pretrial*, faz com que uma diversidade de questões que pretendiam ir a julgamento seja extinta por acordo, desistência, falta de solidez

8 The last generation has seen a subtle but discernable shift in the relation between private mechanisms for dispute resolution and the public courts. As the literature well documents, increasing numbers of civil disputes, particularly those involving consumer and employment contracts, are now decided by private decision makers such as arbitrators, mediators, and judges hired for the occasion. Depending on the perspective, these private processes allow the parties to exit—or exile the parties—from the public system of adjudication, effectively “carving out spheres of ‘private government’” with their own tribunals, procedures, and rules of decision. On a parallel track, private process has migrated in surprising ways into the public courts: despite public rules of procedure, judicial decisions increasingly are based on private rules of procedure drafted by the parties before a dispute has arisen.⁴ These procedures include the forum in which proceedings will be conducted, whether a jury will be involved in adjudicating the dispute, the scope of rights of discovery, and rules of evidence (DAVES, HERSHKOFF, 2011, p. 510 – 511).

ou mesmo pela constatação de que os meios de prova não são suficientes para possibilitar um julgamento favorável.

As partes nessa fase – *pretrial* – poderão realizar a oitiva da parte contrária, interrogatório de testemunhas e o acesso a documentos e cópias. O caso, portanto, só existe para a jurisdição estatal após as partes comprovarem que ele “merece atenção do sistema judiciário e que as provas serão suficientes para determinar um veredicto”. Após a fase do *pretrial* inicia-se o *trial*, isso se houver meios de provas suficientes para possibilitar o julgamento e não ocorra o acordo, que seria o julgamento de fato (PITTA, FACHIN, 2016, p. 956).

Muller (2016, p. 389) prossegue com sua conclusão, apontando que o destinatário da prova não seria somente o juiz, mas também as partes, que poderiam realizar essa análise de possíveis desfechos do processo, custos, tempo e tudo que estaria em jogo caso não lograssem êxito.

Muller (2016, p. 332) propõe uma análise econômica do processo. Nesse *interim*, o autor apresenta uma interessante visão proporcionada a partir da teoria da agência. Colhe-se recorte da referida argumentação fundada na análise dos escritos de Posner, um jurista americano, como segue:

[...]Significa adotar métricas e sistemas, que implicam em custos, para acompanhar se o magistrado presta a atividade judicial ou jurisdicional no período que se espera que ele esteja desincumbindo estas atividades, ao invés de cuidar de interesses pessoais, se os processos estão sendo apreciados e julgados por ele diretamente ou por outras pessoas, e, ainda se a prestação jurisdicional através do poder que ele exerce está alinhado com os objetivos do estado (da Constituição), ou contrariamente estão sendo regidos por preferências pessoais, valores metajurídicos individuais ou consciência pessoal. Os interesses próprios dos juízes (agentes) podem se distanciar dos interesses do Estado e do Direito (principal). Richard Posner, que além de jurista é magistrado, registra que os interesses próprios dos juízes muitas vezes inclinam-se ao ócio e ao prestígio (MULLER, 2016, p. 333).

A mesma análise, sob a perspectiva da teoria da agência, é realizada em relação ao advogado:

[...] Voltando à relação entre advogado e cliente, pode a teoria da agência analisar se o aconselhamento do advogado quanto à celebração ou não da convenção processual para a produção desjudicializada da prova atende aos interesses particulares do advogado, em detrimento dos interesses da parte. A falha de mercado na relação entre advogado e cliente, como informa Richard Posner, pode ocorrer em razão da prevalência dos interesses dos primeiros (pecuniários, ócio, prestígio), que o impulsiona em uma direção oposta ao desejado pelo segundo (MULLER, 2016, p. 334).

A teoria da agência, portanto, visa analisar a relação e os vícios de representação que podem ocorrer na relação entre representante e representado, conforme elucidado acima nos casos da representação juiz/estado e advogado/parte. A análise proposta pela teoria da agência é interessante, no entanto comporta critérios bem subjetivos e difíceis de serem analisados.

A tese do autor propõe, em suma, a produção atípica da prova oral sob a ótica da análise econômica do direito como forma de trazer eficiência ao processo e, principalmente, possibilitar que as partes, munidas de maior conhecimento acerca das provas, estejam suficientemente instruídas para realizar uma análise de riscos e optar por um acordo, deixando para apreciação estatal somente o que desta não pode ser afastado.

A produção da prova por meio atípico é admissível diante do princípio da liberdade das formas, a doutrina leciona que:

Em decorrência do caráter instrumental do processo, preleciona o CPC/2015 que os atos não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, alcancem sua finalidade. Consagra-se, nesse dispositivo, o conhecido princípio da liberdade das formas. Veja-se, em razão da oportunidade, a redação empregada pelo art. 188 do novo Código: “Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial. (RIBEIRO, 2019, p. 184).

A análise econômica do direito tem por precursores Ronald Coase e Guido Calabresi. A escola da análise econômica do direito é “um movimento interdisciplinar, o qual aplica em todas as searas jurídicas as premissas da ciência econômica, principalmente os institutos atrelados ao valor, utilidade e eficiência” (PIMENTA; LANA, 2010, p. 98).

Essa metodologia foi influenciada pelo realismo jurídico, movimento que surgiu entre 1920 e 1940. Havia duas correntes, uma norte americana e uma escandinava. Na corrente norte americana destacam-se as figuras do professor universitário John Hopkins e o juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos Oliver Wendell Holmes Jr., já na vertente escandinava temos como precursor o filósofo Axel Hägerström (GRUBBA; MONTEIRO, 2018, p. 273).

O realismo jurídico se opõe tanto ao jusnaturalismo quanto ao positivismo em sentido estrito. Preocupa-se com “a eficácia mais do que com a justiça e a validade”, pressupostos que vão de encontro tanto com a concepção formal do direito positivista quanto com o ideal e justiça do jusnaturalismo. Os realistas, portanto, “veem o direito como realmente é, não como deveria ser”, bem como “não pretendem perder tempo com fantasmas vazios (BOBBIO, 2001, p. 62).

Para o realismo jurídico, “o direito é fato social, a visão não parte do ordenamento jurídico composto por normas hierarquizadas umas com as outras, a teoria é alheia a dogmática das normas jurídicas, a metafísica e a dualidade entre direito efetivo e direito ideal.” (RIBEIRO; CAVALCANTE, 2004, p. 304).

O realismo jurídico diferencia-se do positivismo da seguinte forma:

O positivismo jurídico - guardando coerência com os seus postulados - afirma que o direito é o conjunto de normas válidas emanadas do soberano. O realismo jurídico - sempre em consonância com a sua percepção do direito como fato - sustenta que o direito é o conjunto de normas efetivamente aplicadas pelos tribunais de uma

determinada comunidade e, nesse sentido, efetivamente seguidas. Ali prepondera o requisito da validade; aqui, o da eficácia (RIBEIRO; CAVALCANTE, 2004, p. 316).

Essa concepção – do realismo jurídico – influenciou o surgimento da análise econômica do direito que é pautada pela escassez dos recursos, racionalidade dos agentes, incentivos ofertados, tudo visando a eficiência econômica, mas não só ela, visto que a análise econômica do direito:

não é a idolatria da eficiência ou da racionalidade maximizadora, como uma crítica apressada poderia afirmar, mas sim o inconformismo com a visão de que uma análise jurídica presa a justificações abstratas e desatentas ao mundo real é suficiente para o enfrentamento dos problemas jurídicos" (KLEIN, 2011, p. 179).

A análise econômica do direito é metodologia importante e deve ser mais bem explorada pelo ordenamento jurídico brasileiro, isto porque "o fato do processo civil ser autônomo e um instrumento para realização do direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações do direito substancial" (MARINONI; ARENHART; MIDITIERO, 2017, p. 55)

No tocante ao processo brasileiro, quanto à produção antecipada da prova, o artigo 381 II, do CPC inovou ao expandir a possibilidade de produção da prova incidental ao admitir que esta seja produzida quando houver possibilidade de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito. (BRASIL, 2015).

E, conforme já abordado no tópico do negócio jurídico processual, o artigo 190 introduziu uma cláusula aberta que possibilita às partes "estipular mudanças no procedimento para ajustá-los às especificidades da causa e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo " (BRASIL, 2015).

A doutrina chama de flexibilização procedimental, de forma que o procedimento pode ser adequado às necessidades do conflito, permitindo a construção de um procedimento adequado ao caso em concreto, rompendo com a ideia de que um procedimento uniforme seria capaz atender adequadamente à pluralidade de espécies de conflitos. Estes, então, seriam "normas abertas de disponibilização do procedimento" (MARINONI; ARENHART; MIDITIERO, 2017, p. 70).

Quanto à validade do negócio jurídico processual são os enunciados firmados pelo fórum permanente de processualista civis:

17. (art. 190, parágrafo único) O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo. (Grupo: Negócio Processual).

18. (art. 190, parágrafo único) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual)

19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso¹⁵, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. 16-17-18 (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba)

20. (art. 190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos¹⁹. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no VI FPPCCuritiba)

21. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais. (FPPC, 2020) (grifo nosso).

Nessa senda, as partes poderiam, através do negócio jurídico processual, produzir a prova oral (e outras provas) em uma fase pré-processual, de forma que o maior conhecimento das partes acerca dos riscos e possibilidade de êxito (visão conferida pela análise econômica do direito) contribuiria para um aumento da celebração de acordos.

A realização do mesmo procedimento de colheita da prova oral (meio atípico, não judicial), porém, durante o processo, possibilitaria um abreviamento do procedimento, atribuindo maior celeridade a este, atuando, portanto em prol da duração razoável do processo.

O negócio jurídico processual e a análise econômica do direito carecem de ser mais bem explorados, principalmente pelos advogados, pois estes serão os principais atores na criação de precedentes da utilização do negócio jurídico, possibilitado pelo CPC/15, de forma efetiva.

Há ainda um certo receio na utilização do instrumento do negócio jurídico processual como meio de abreviamento do procedimento, mas esse campo precisa ser desbravado, e a atuação do advogado, que se atualiza e estuda essas ferramentas, é essencial para que isso ocorra.

Apesar desse novo horizonte promissor, apresentado pelo uso dessas ferramentas a serem exploradas, há uma questão a ser avaliada: a produção antecipada da prova através do negócio jurídico processual pode ser faca de dois gumes.

Isto porque a realização de acordos, que é o intuito dessa colheita das provas de forma antecipada, pode vir a afastar da apreciação do poder estatal a análise de demandas que se encerrariam em uma fase pré-processual. Ocorre que se não houver paridade técnica e econômica entre as partes, pode haver a subjugação da parte mais fraca pela parte mais forte. Partindo do pré-suposto de que um mau acordo seria melhor que esperar pela demora do processo, a parte hipossuficiente estaria, então, mais vulnerável com a celebração do negócio jurídico processual acerca da colheita antecipada, momento no qual não haveria o controle estatal.

Ainda que a parte possa levar eventual violação à juízo, é preciso que, antes de tudo ela conheça que houve essa violação. Nesse pensamento, percebemos a importância da teoria da agência, de forma que, nem sempre, o advogado irá externar a vontade da parte que representa, e ainda que a vulnerabilidade esteja mitigada pela presença do advogado, existem outros aspectos a serem analisados.

É um aspecto que será verificado com o tempo, e somente a prática irá nos mostrar os desdobramentos da aplicação da técnica, isto porque, com base na norma, a realização da colheita da prova antecipada e adequação do procedimento pelas partes é possível.

Talvez nosso receio seja fundado por uma visão extremamente publicista de processo, que carregamos em razão da leitura de juristas como Carnelutti (2000, p. 337), que ensina que o processo civil não funciona em interesse das partes e sim por meio dos interesses destas. “O interesse das partes é um meio, em virtude do qual se realiza a finalidade pública do processo, ou em outras palavras o interesse no conflito é aproveitado para composição do conflito.”

3.1.7 Quanto à validade e eficácia do negócio jurídico processual

Quanto à forma, a manifestação de vontade e os objetos do negócio jurídico processual, a doutrina ensina que o negócio jurídico processual seguirá a regra geral de celebração do negócio jurídico. Concernente à forma, esta deve ser preferivelmente escrita, e quando não for reduzida a termo deve ser documentada por outra forma, que possibilite a sua posterior reprodução, a exemplo da gravação audiovisual. A manifestação de vontade deve ser sempre expressa, no entanto, nada impede que as partes “estabeleçam determinado ônus de manifestação no processo, de sorte a qualificar juridicamente eventual silêncio.” Os objetos do

negócio jurídico processual podem ser os ônus, faculdades e deveres das partes, porém cumpre destacar que o negócio jurídico processual não é ato processual, pois pode ocorrer também na fase pré-processual e surtir efeitos nessa fase posterior (YARSHELL, 2015, p. 63-64)

A celebração do negócio jurídico processual pressupõe, ainda, a capacidade das partes, bem como “a igualdade real das partes, sua adequada consciência da realidade, a liberdade de escolha e a boa-fé”. O negócio jurídico processual pode ser celebrado a qualquer tempo. Antes, durante e depois (fase recursal) e pode ser anulado em razão de erro, dolo ou coação. (YARSHELL, 2015, p. 68-70).

Quanto à nulidade do negócio jurídico processual, Yarshell (2015, p. 76 -77) elucida que esta pode ocorrer quando houver a "inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade", a arguição de nulidade do negócio jurídico processual deve ocorrer de forma incidental no processo. O tema não preclui e poderá ser analisado pelo juiz a qualquer tempo:

Dentro do processo, não há dever de o juiz examinar a integralidade do negócio, de sorte a já adiantar eventuais invalidades que pudessem dizer respeito a atos ou posições jurídicas futuras e, portanto, ainda eventuais. O controle há que ser feito em correspondência com a fase processual, justamente porque não há preclusão sobre o tema e porque, no momento de aplicar a regra, o juiz deixará de o fazer se entender que ela, por qualquer razão, é inválida. Nos tribunais, suposto haja margem para convenção que abranja essa fase, mesmo à míngua de regra expressa, parece lícito aceitar que o controle será feito pelo relator, cuja decisão ficará sujeita à revisão pelo colegiado (YARSHELL, 2015, p. 77)

O Negócio jurídico processual, portanto, segue diretrizes simples, as quais já estamos habituados a tratar no negócio jurídico. Caberá ao juiz a guarda e a análise de eventuais nulidades que possam ocorrer onde haja vulnerabilidade de uma das partes ou lesão a direitos.

3.1.8 Questão de *lege ferenda*

Como observado, no tópico da desjudicialização na busca pela efetividade do acesso à justiça, a desjudicialização colocada como opção pode facilitar o acesso à justiça e acelerar o procedimento.

No Brasil houve um aumento das decisões e sentenças durante a pandemia, fruto de uma maior disponibilidade de tempo dos magistrados, visto que as audiências, em um primeiro momento foram suspensas, pois realizaram-se, por vídeo conferência, somente as urgentes, conforme circular n. 76 de 25 de março de 2020:

Foro judicial. COVID-19 (corona vírus). suspensão dos atos como regra geral. urgências e demais situações específicas como exceções. preferência pela utilização da videoconferência e dos meios não presenciais de comunicação. atuação presencial

para os casos estritamente necessários, protocolos e regras de atuação a serem observados, orientações.

Em março, suspensão, em maio:

A produtividade do Poder Judiciário de Santa Catarina (PJSC) assumiu posição de destaque nacional nas últimas oito semanas, desde que os tribunais brasileiros passaram a realizar suas atividades prioritariamente em home office devido à pandemia do novo corona vírus (Covid-19). Considerando a produção média por magistrado no período, calculada pela soma das decisões de mérito, das decisões monocráticas e dos despachos em relação ao total de juízes e desembargadores de cada tribunal, a Justiça catarinense tem o melhor resultado do país.

Os magistrados do Estado foram responsáveis, em média, por 1,4 mil publicações desde o último dia 16 de março, entre sentenças/acórdãos, decisões monocráticas e despachos. É a proporção mais alta entre as cortes estaduais. Em seguida, as maiores médias foram apresentadas por magistrados do Rio de Janeiro e de Alagoas. Os dados correspondentes a cada tribunal constam no painel Produtividade Semanal do Poder Judiciário, atualizado nesta terça-feira (12/5) pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em números absolutos, a Justiça de Santa Catarina produziu 139,2 mil sentenças/acórdãos, 331,7 mil decisões e 273,8 mil despachos entre o dia 16 de março e o último domingo (10/5). (SANTA CATARINA, 2020).

Após, houve a regulamentação do vídeo conferência com a anuência das partes estabelecida pela orientação n. 12 de 15 de abril de 2020 do Corregedoria-Geral da justiça.

O uso do vídeo conferência impactou positivamente:

No período em 1º de abril e 4 de agosto, o Poder Judiciário brasileiro realizou 366.278 videoconferências por meio da Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais, a maioria voltada para realização de audiências e sessões de julgamentos. O dado foi apresentado na sexta-feira (7/8), pelo presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), Dias Toffoli. “O uso da videoconferência tornou-se vital para que a Justiça brasileira continue ativa e preste um serviço de qualidade à sociedade, que também está se transformando e demandando cada vez mais soluções desta natureza.”

[...] “No dia 4 de agosto, registrou-se um recorde de 9.142 reuniões em um único dia. Os dados demonstram a aceleração exponencial do processo de transformação digital do Judiciário brasileiro.”

Os tribunais de Justiça estaduais foram responsáveis pela criação de 13.689 salas de reuniões, seguidos pelos tribunais regionais do Trabalho (TRTs), com 4.871, os tribunais regionais federais (TRFs), com 1.361, os tribunais regionais eleitorais (TREs), com 278, os tribunais superiores, com 52 salas, e os tribunais militares, com 62 salas. (MELO, 2020).

Com esses números, porque não pensar na desjudicialização da prova testemunhal como questão de lege ferenda, criando a possibilidade de as partes, em querendo, produzirem a prova de forma desjudicializada, regulamentando e padronizando o procedimento e essa seria a verdadeira desjudicialização da prova testemunhal (diferente do meio atípico de colheita da prova oral).

A exemplo disso temos Portugal, que possibilita a produção da prova oral de forma típica à produção privada da prova oral, chamada de inquirição por acordo das partes, assim estabelece o artigo 517 do Código de Processo Civil Português:

1 - Havendo acordo das partes, a testemunha pode ser inquirida pelos mandatários judiciais no domicílio profissional de um deles, devendo tal inquirição constar de uma ata, datada e assinada pelo depoente e pelos mandatários das partes, da qual conste a relação discriminada dos factos a que a testemunha assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas, aplicando-se-lhe ainda o disposto nos n. 1, 2 e 4 do artigo 519.º

2 - A ata de inquirição de testemunha efetuada ao abrigo do disposto no número anterior pode ser apresentada até ao encerramento da discussão em 1.ª instância. (PORTUGAL, 2005)

O artigo 519, mencionado no § 2, por sua vez, estabelece os requisitos quanto à forma:

1 - O escrito a que se refere o artigo anterior menciona todos os elementos de identificação do depoente, indica se existe alguma relação de parentesco, afinidade, amizade ou dependência com as partes, ou qualquer interesse na ação.

2 - Deve ainda o depoente declarar expressamente que o escrito se destina a ser apresentado em juízo e que está consciente de que a falsidade das declarações dele constantes o faz incorrer em responsabilidade criminal.

3 - A assinatura deve mostrar-se reconhecida notarialmente, quando não for possível a exibição do respetivo documento de identificação.

4 - Quando o entenda necessário, pode o juiz, oficiosamente ou a requerimento das partes, determinar, sendo ainda possível, a renovação do depoimento na sua presença, caso em que a testemunha é notificada pelo tribunal, ou a prestação de quaisquer esclarecimentos que se revelem necessários, por escrito a que se aplica o disposto nos números anteriores. (PORTUGAL, 2005)

O regramento é simples e traz celeridade ao procedimento, as partes não precisam esperar por disponibilidade na pauta de audiências e podem, de pronto, providenciar a produção da prova.

Teria sido muito interessante se o CPC/15 já houvesse se inspirado no Código de Processo Civil Português e regulamentado a possibilidade expressa da produção da prova testemunhal de forma não judicial.

Conforme o relatório da justiça, em números do CNJ, de 2020, que referente ao ano de 2019, a duração média dos processos encerrados foi de 1.350 dias (3 anos e 8 meses). Nos processos de execução fiscal, essa duração média chegou a 2.848 dias (7 anos e 6 meses). Para

casos de conhecimento, a duração média aferida em 2019 foi de 1.321 dias (3 anos e 7 meses), enquanto o tempo em Juizados Especiais foi de 588 dias (7 meses). (CNJ, 2020).

A desjudicialização seria uma forma de otimizar o tempo e melhorar os números. Apesar de, como já exposto, haver a possibilidade de produção da prova oral através do negócio jurídico processual, se houvesse um regramento expresso haveria maior segurança por parte dos advogados para a aplicação, bem como o procedimento de produção da prova oral de forma não judicial seria mais amplamente difundido.

Porém, nada obsta que essa alteração legislativa futuramente seja realizada, visto que tanto as partes como o Estado só têm a ganhar com maior celeridade que seria obtida pela desjudicialização do procedimento o que contribuiria para busca por efetivamente garantir a duração razoável do processo.

4 SÍNTESE CONCLUSIVA

1. A prova oral já passou por diversas transformações no tempo. Já foi subvalorizada, hipervalorizada e até tarifada.

2. O CPC/15 passou por um processo de constitucionalização. Não sem razão dedicou um capítulo inteiro à tratativa das normas fundamentais. Dentre as mudanças relevantes para a pesquisa destacaram-se a cooperação das partes com a superação do protagonismo do magistrado e a releitura do direito de ação, ao ponto que o direito de ação não visa mais garantir somente o acesso à justiça. O direito de ação passa ser, então, o direito ao acesso à justiça e ao procedimento adequado.

3. A jurisdição não deve, e nem há como, ser puramente publicista ou privatista, o CPC/15 buscou conferir maior liberdade às partes para adaptar o procedimento à causa, sem, contudo, afastar a jurisdição estatal.

4. A supressão da identidade física do juiz (o juiz que instrui não é mais, necessariamente, o juiz prolator da sentença), bem como o uso da tecnologia (autos eletrônicos) superam a ideia de que o magistrado tenha que estar presente durante a colheita da prova testemunhal, visto que a gravação audiovisual permite a análise que seria realizada presencialmente (entonação da voz, tranquilidade da testemunha, linguagem corporal, etc.).

5. A garantia do acesso à justiça passou por três ondas: primeiro o acesso à justiça aos pobres; em segundo o acesso à justiça por meio da criação de instrumentos para a defesa dos direitos difusos e coletivos; em terceiro a necessidade de reformas de procedimentos, a utilização de paraprofissionais, do juízo arbitral, da conciliação, de incentivos econômicos para a solução de litígios e a desjudicialização de determinados procedimentos.

6. A desjudicialização visando à celeridade e o acesso à justiça não é novidade no processo civil brasileiro. Dentre as medidas já adotadas nesse sentido, destaca-se a execução de dívida de forma extrajudicial, a usucapião administrativa, a recuperação extrajudicial das sociedades empresárias e a consignação em pagamento extrajudicial.

7. O CPC/15 criou uma cláusula aberta que permite a negociação jurídica processual, por meio da qual as partes podem estipular mudanças no procedimento, convencionando acerca de seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

8. A validade dos negócios jurídicos processuais segue a regra geral do negócio jurídico e é eficaz desde a sua realização, ainda que na fase pré-processual, com exceção dos casos em que a lei não exija ou estabeleça a necessidade de homologação (negócio jurídico típico), ou se

as partes convencionarem a necessidade de homologação, caso em que esta será condição de eficácia do negócio jurídico processual.

9. Com base na liberdade das formas e por meio do negócio jurídico processual é possível realizar a colheita da prova oral atípica. O negócio jurídico processual segue as diretrizes do negócio jurídico caberá ao juiz a análise da validade deste. A alegação de nulidade do negócio jurídico processual, pelas partes, deve ser incidental e pode ocorrer em qualquer momento do processo, até mesmo na fase recursal, visto que a matéria não preclui.

10. A produção da prova oral atípica pode ocorrer através de ata notarial ou no escritório de um dos advogados, presentes o autor e o réu, sob o crivo do contraditório.

11. Diante do fato de que a valoração da prova cabe ao juiz, através da técnica da persuasão racional, não há que se falar que a colheita do depoimento da (s) testemunha (s) através de ata notarial ou outro meio documental tenha menos valor que a prova testemunhal produzida em audiência.

12. No caso de colheita da prova oral através de ata notarial, não há que se falar em violação do contraditório, visto que ele ainda poderá ser exercido. Nada obsta que a parte seja chamada em juízo para renovar o depoimento colhido por meio documental. A parte poderá ainda produzir prova em sentido contrário para combater a juntada pela parte adversa, até porque o CPC/15 estabeleceu o contraditório substancial em seu artigo 10, razão pela qual "o juiz não poderá decidir em grau algum com base em fundamento a respeito do qual não tenha dado às partes oportunidade de se manifestar" (BRASIL, 2015).

13. A pesquisadora possui um certo receio quanto à celebração do negócio jurídico na fase pré-processual (produção antecipada da prova e Discovery à brasileira), sob a hipótese de que a ferramenta seja utilizada para afastar a jurisdição estatal e ocorra uma subjugação da parte hipossuficiente econômica ou tecnicamente, há o pressuposto de que isto seria sanado com a representação do advogado, mas nesse ponto entra a teoria da agência. A teoria da agência demonstra que nem sempre o representante age em interesse do representado, ainda que a parte possa levantar a invalidade do negócio jurídico diante da hipossuficiência, ela terá que conhecer/saber/compreender que houve uma violação. O receio quanto à utilização da técnica ocorre em razão da hipótese de o representante não agir no interesse do representado e esse último não possuir conhecimento técnico para compreender que houve uma violação.

14. Com base na análise econômica do direito, a produção antecipada da prova permitiria que as partes possuíssem maior conhecimento acerca dos riscos envolvidos (análise mercadológica e racional) na demanda, de forma que estariam mais abertas para celebrar um acordo.

15. A efetiva desjudicialização da prova testemunhal (questão de *lege ferenda*) traria grandes benefícios à duração razoável do processo, visto que padronizaria a produção da prova oral extrajudicial, de forma que haveria maior adesão e difusão da técnica, seria um meio típico de produção da prova oral, assim como ocorre em Portugal.

16. O juiz não é mais visto como o único destinatário da prova, de forma que a prova é destinada às partes e a outros sujeitos processuais interessados na demanda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O CPC/15 trouxe em seu bojo importantes instrumentos que devem ser utilizados em prol da razoável duração do processo e da efetividade do direito. Apesar da possibilidade de colheita da prova oral de forma desjudicializada, através do negócio jurídico processual, a técnica ainda não é praticada em proporções significativas. Verifica-se a necessidade de que as partes, e principalmente o advogado, apropriem-se dessas ferramentas e as utilize, pois somente com a prática criar-se-á precedentes para o uso do negócio jurídico processual.

Conclui-se que o legislador poderia ter avançado no que diz respeito à prova testemunhal e permitido expressamente sua produção de forma desjudicializada. A previsão expressa e a regulamentação quanto à forma desse procedimento, realizado extrajudicialmente, garantiria maior segurança às partes, bem como resultaria em uma maior adoção da técnica. Por fim, a frase que abriu este trabalho nunca soou tão imperativa quanto o é agora sob a perspectiva do processo civil constitucional “O tempo é um inimigo implacável do processo, contra o qual **todos – o juiz, seus auxiliares, as partes e seus procuradores – devem lutar de modo obstinado.**” (CARNELUTTI, 1958, p. 354).

REFERÊNCIAS

ALVIM, Thereza Arruda. **O novo código de processo civil brasileiro: estudos dirigidos: sistematização e procedimentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Acesso em: 27 out. 2020.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Acesso em: 27 out. 2020.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Europa-América, 1971.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. 1939. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.977 de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Programa%20Minha,d e%2010%20de%20julho%20de. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.465 de 11 julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009,

13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.951, de 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8951.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAPELETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2002.

CARVALHO, Edmilson. **A produção dialética do conhecimento**. São Paulo: Xamã, 2008.

CAVALCANTE, Henrique Costa; RIBEIRO, Fabio Túlio Correia. O realismo jurídico. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Sergipe, v. 07, n. 301, p. 301-322, 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073358.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

CNJ. **Justiça em números 2020**. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 21 de nov. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Intertemporal e o novo código de processo civil**. Forense: 2016. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Acesso em: 05 jul. 2020.

DAVIS, K. E.; HERSHKOFF H. Contracting for Procedure. **Wm. & Mary L**, Williamsburg, v. 53, n. 507, 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol53/iss2/7>. Acesso em: 29 out. 2020.

DELLORE, Luiz, *et al.* **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2018. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Acesso em: 27 out. 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. 2009.

FACHIN, Jéssica Amanda; PITTA, Rafael Gomier. As perspectivas do direito processual civil brasileiro a partir do estudo da fase pretrial do processo civil norteamericano. **Revista Cidadania e Acesso à justiça**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 950-966, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/450>. Acesso em: 11 nov 2020.

FPPC. **Enunciados FPPC 2020**. 2020. Disponível em: <https://diarioprocessual.com/2020/05/19/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-fppc-ate-2020/>. Acesso em 20 de nov. 2020.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Londrina: Thoth, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAJARDONI, Fernando Fonseca *et al.* **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015**. 2. ed. São Paulo: Método. 2018. E – Book. Acesso Restrito via Minha Biblioteca.

GARAPON, Antoine. **O guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GODINHO, Robson Renalt. **O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos idosos**. 34. ed. Rio de Janeiro: EMERJ, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil: esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRUBBA, Leilane Serratine; MONTEIRO, Kimberly Farias. Realismo jurídico Norte-Americano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica. **Prisma Jurídico**, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 272 – 292 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/934/93458829003/html/index.html>. Acesso em: 18 nov. 2020.

ITÁLIA. Senato della Repubblica. La Costituzione. 2012. Disponível em: http://www.senato.it/1025?sezione=135&articolo_numero_articolo=111. Acesso em: 17 nov. 2020.

KLEIN, Vinicius. Posner é a única opção?. In RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 173-180.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 7. ed. Atlas, 2017. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Acesso em: 08 nov. 2020.

LANA, H. A. R. P; PIMENTA, E. G., Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 76, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/0>. Acesso em: 18 nov. 2020.

LINCOLN, Abraham. Inaugural address of president of the United States. **Chicago Tribune**. 12 abr. 1861. n. 244. Disponível em: <https://chroniclingamerica.loc.gov/lccn/sn84031490/1861-04-12/ed-1/seq-1/>. Acesso em: 29 out. 2020.

LUCAS, D. C.; SANTOS, A. L. C. Crítica do protagonismo do poder judiciário: o ativismo judicial entre reconhecimento e redistribuição. **Direito e Justiça**, Santo Ângelo, v. 36, n. 29, p. 197-230, nov. 2017. Acesso restrito via Vlex. Acesso em: 21 nov. 2020.

MARCOMIM, Ivana; LEONEL, Vilson. **Projetos de pesquisa social**: livro didático. Palhoça. Unisul virtual, 2015.

MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MIDITIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017. v. 3.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Cuso de direito processual civil moderno**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MELO, Jeferson. **Com mais de 366 mil videoconferências, justiça eleva produtividade na pandemia**. In: Agência CNJ de Notícias, Brasília, 8 ago. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-produtividade-na-pandemia/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

MESSITTE, Peter. Assistência Judiciária no Brasil: uma pequena história. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 76, n. 7, p. 126-150, 2020. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/707/663>. Acesso em: 29 ago. 2020.

MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual**: análise jurídica e econômica. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NETO, Odilon Romano. Influência americana na reforma do código de processo penal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 327 – 347, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21621/15646>. Acesso em: 21 nov. 2020.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **O princípio da oralidade no processo civil: quinteto estruturante**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Preponderância do mérito no novo CPC**. 2015. Disponível: <http://genjuridico.com.br/2015/01/23/preponderancia-do-merito-no-novo-cpc/> Acesso: 12 out. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 01-09, abr. 2008. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/407>. Acesso em: 27 out. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PORTUGAL. **Constituição da Republica Portuguesa**. 2005. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 17 nov. 2020.

RIBEIRO, Marcelo. **Processo Civil**. 2 ed. Grupo GEN, 2019. 9788530985738. E – Book. Acesso Restrito via Minha Biblioteca. Acesso em: 26 nov 2020

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Orientações institucionais sobre a pandemia Coronavírus - COVID-19**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/web/corregedoria-geral-da-justica/informes/-/asset_publisher/PJ0kLJbLmd7F/content/orientacoes-institucionais-sobre-a-pandemia-coronavirus-covid-19. Acesso em: 20 de nov. 2020.

SEABRA, Gustavo Cives. **Defensoria Pública: Lei n. 80/1994**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

THEODORO JR, Humberto, *et al* **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil** . 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

UNITED STATES. **Constitution of the United States**. 1992. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 17 nov. de 2020.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: **processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. Revista de Processo, Brasília, v. 284, n. 43, p. 333-369, out. 2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual:** rumo a uma nova era? *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

ZANETI JÚNIOR. Hermes. **A constitucionalização do processo:** a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. 2005. Tese (Doutorado em direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.