

MESTRADO EM DIREITO

CIÊNCIAS JURÍDICO-CIVILÍSTICAS

Os negócios jurídicos processuais em matéria probatória

Sara Isabel Oliveira da Silva

M

2021



RESUMO

A presente dissertação tem por objeto o estudo dos negócios processuais em matéria probatória, também designados por convenções probatórias, que visam a modificação convencional do regime de prova legalmente previsto.

O Capítulo I do presente estudo aborda a noção e o enquadramento das convenções probatórias, a sua natureza, e ainda a questão da sua admissibilidade, partindo da análise das diversas posições adotadas pela doutrina nacional e internacional.

Seguidamente, o Capítulo II trata das diferentes modalidades de negócios jurídicos probatórios no processo civil português, distinguindo-se as convenções quanto aos meios de prova (no âmbito destas as convenções ampliadoras e restritivas de meios de prova), as convenções quanto ao procedimento probatório, e por fim as convenções que tenham por objeto a decisão da matéria de facto controvertida, tratando-se, nesta secção, das convenções sobre o ónus da prova.

No Capítulo III, a presente pesquisa expõe a questão relativa à validade dos negócios jurídicos probatórios, ou seja, são analisados, neste capítulo, os requisitos de validade a que estes negócios devem obedecer. Distinguem-se as condições gerais e específicas de validade, sendo que no que respeita às condições gerais, destringe-se ainda os limites de direito material e processual. No final do capítulo, são analisadas as consequências da falta de verificação dos requisitos de validade enunciados.

Finalmente, no Capítulo IV são abordadas algumas questões particularmente relevantes no que respeita ao papel do juiz no âmbito dos negócios jurídicos probatórios, analisando-se numa primeira secção a possibilidade, ou não, de este assumir a posição de parte nas referidas convenções de prova. A secção II trata da eventual restrição dos poderes de promoção de prova do juiz, ou seja, analisa-se a possibilidade de os poderes do juiz ser limitados pela convenção probatória celebrada pelas partes. A última secção é dedicada ao tema da compatibilidade dos negócios jurídicos processuais com o publicismo processual.

Palavras-chave: Prova; Negócio jurídico; Juiz; Processo; Partes.

ABSTRACT

The object of this dissertation is the study of procedural legal transactions in evidentiary matter, also known as evidence agreements, which aim at the conventional modification of the evidence regime provided by law.

Chapter I of this study deals with the concept and framework of evidence agreements, their nature, and also the question of their admissibility, analysing the different positions adopted by national and international legal theory.

Hereinafter, Chapter II deals with the different types of legal evidentiary transactions in portuguese civil procedure, discriminating between agreements regarding the means of proof (within the scope of these, evidence-giving and evidence-restricting agreements), agreements regarding the evidence procedure and, finally, agreements that decide the disputed factual matter, in this section dealing with agreements on the burden of proof.

In Chapter III, the issue related to the validity of evidentiary legal transactions is addressed, i.e., the validity requirements that these transactions must meet are analysed in this chapter. The general and specific conditions of validity are discriminated, and regarding general conditions, the limits of material and procedural law are also discriminated. At the end of the chapter the consequences of the failure to comply with the validity requirements set out are analysed.

Finally, Chapter IV deals with some particularly relevant issues regarding the role of the judge in the scope of legal transactions regarding evidence, analysing in a first section the possibility, or not, of the judge assuming the position of party in the referred evidence agreements. Section II deals with the possible restriction of the judge's powers to promote evidence, that is, the possibility of the judge's powers being limited by the evidence agreement entered into by the parties is analysed. The last section is dedicated to the compatibility of procedural legal agreements with procedural publicity.

Key-Words: Evidence; Legal transaction; Judge; Procedure; Parties.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I – Negócios Jurídicos Probatórios.....	8
Secção I – Os negócios probatórios como modalidade de negócio jurídico processual.....	8
Secção II – A convenção probatória: admissibilidade.....	10
Secção III – Natureza quanto ao carácter substantivo ou adjetivo.....	13
CAPÍTULO II – Modalidades de negócios jurídicos probatórios no processo civil português.....	17
Secção I – Quanto aos meios de prova.....	17
Subsecção I- Convenções ampliadoras.....	17
Subsecção II- Convenções restritivas.....	20
Secção II – Quanto ao procedimento.....	22
Secção III – Quanto à decisão da matéria de facto controvertida - ónus da prova..	26
CAPÍTULO III – Validade dos negócios jurídicos probatórios.....	28
Secção I – Condições específicas de validade.....	28
Secção II – Condições gerais de validade.....	33
Subsecção I – Limites de direito material.....	34
a) Limites externos.....	34
b) Limites externos.....	35
Subsecção II – Limites de direito processual.....	37
Secção III – Consequências da invalidade.....	39
CAPÍTULO IV – Os negócios jurídicos probatórios e o juiz.....	42
Secção I – O juiz como parte nos negócios processuais probatórios.....	42

Secção II – Eventual restrição dos poderes de promoção de prova do juiz.	45
Secção III– A compatibilidade dos negócios jurídicos processuais com o publicismo processual.....	48
CONCLUSÃO.....	51
BIBLIOGRAFIA.....	53

INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, há uma crescente valorização da autonomia privada no processo civil, nomeadamente, através da celebração de negócios jurídicos processuais. Como demonstração dessa tendência, o atual Código de Processo Civil português, bem como a maioria das legislações processuais dos diferentes ordenamentos, consagra a celebração de negócios jurídicos processuais típicos. A título de exemplo, veja-se o pacto de jurisdição e o pacto de competência, previstos nos termos do art. 94.º e 95.º, respetivamente, ou ainda, na Lei da Arbitragem Voluntária, a convenção de arbitragem.

Além dos negócios processuais típicos, discute-se na doutrina a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos. Efetivamente, existem ordenamentos jurídicos que preveem uma cláusula geral de negociação atípica. Exemplo disso é o ordenamento brasileiro, que consagra no seu art. 190.º do Código de Processo Civil de 2015, a possibilidade de, mediante determinados requisitos validade, existir uma convenção entre as partes, no qual se preveja alterações ao procedimento legalmente estabelecido. Sendo que as convenções poderão incidir sobre os seus ónus, poderes, faculdades e deveres processuais, podendo ser celebrados antes ou durante o processo.

Em Portugal, dada a inexistência de uma norma semelhante, que preveja a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos, somente se lograria, eventualmente, acolher a celebração de tais negócios por via do disposto no art.º 405º do Código Civil português, que prevê a liberdade contratual, decorrente da autonomia da vontade das partes.

Ao presente estudo interessam, de modo particular, as convenções processuais que incidam sobre matéria probatória. Pretende-se analisar a admissibilidade e a validade da celebração deste tipo de acordos processuais, acordos esses previstos no nosso ordenamento jurídico. Pois, os arts. 344.º e 345.º do Código Civil português admitem expressamente a celebração desta específica modalidade de negócio processual, mediante a verificação de determinados requisitos de validade, sem os quais o negócio padecerá de nulidade.

Assim, entre nós, admite-se expressamente a celebração de negócios processuais que tenham por objeto o ónus da prova, a exclusão de algum ou alguns dos meios de prova legalmente consagrados, bem como a admissão de meios de prova diversos dos legais. No

entanto, para que o negócio seja válido, exige-se a verificação de determinados requisitos, quer processuais, quer materiais, que serão abordados ao longo do presente estudo.

Note-se a este respeito que, noutros ordenamentos jurídicos, não existe sequer uma consagração legal expressa dos negócios jurídicos processuais probatórios, pelo que urge averiguar se, mediante a ausência dessa estipulação normativa, será admissível a celebração deste tipo de acordos processuais.

Considerando que este tipo de convenções tem por objeto a prova, levantam-se algumas questões pertinentes quanto aos poderes instrutórios do juiz, que levam alguns autores a negar a admissibilidade das convenções de prova. Isto porque, como se sabe, e considerando a crescente intervenção do juiz ao nível da prova, que caracteriza o atual modelo de processo, influenciado pelo modelo publicista, o juiz pode determinar oficiosamente a produção de prova, mediante a insuficiência da mesma. Trata-se do poder instrutório do juiz, vertido, desde logo, no art. 411.º do Código de Processo Civil, que consagra o princípio do inquisitório. Assim, importa saber em que medida podem as partes limitar este poder/dever do magistrado.

Todas estas questões serão objeto de análise no presente estudo, numa tentativa de, partindo-se fundamentalmente da lei e da doutrina, contribuir para a fixação dos limites e dos termos em que tais convenções processuais possam ser celebradas.

CAPÍTULO I – Negócios Jurídicos Probatórios – Noção, Objeto E Natureza

Secção I – Os negócios probatórios como modalidade de negócio jurídico processual

De acordo com Mota Pinto, *os negócios jurídicos são atos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com intenção de os alcançar sob tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo declarante ou declarantes.*¹

Por seu turno, Oliveira Ascensão considera que o negócio jurídico consiste numa *ação de auto-regulação de interesses com vinculatividade jurídica, que é relevante para o ordenamento através da atribuição de efeitos jurídicos quando possível correspondentes ao objectivo das partes.*²

Os negócios jurídicos processuais, na ótica de Miguel Teixeira de Sousa, são todas as convenções que criam diretamente efeitos processuais, ou seja, são atos processuais de índole negocial que constituem, modificam ou extinguem uma situação jurídica processual.³

Quer a lei adjectiva, quer a lei substantiva consagram negócios jurídicos processuais. Desde logo, temos no Código de Processo Civil português o art. 264º que tipifica a alteração do pedido e da causa de pedir, também nos termos do art. 272º, n.º 4 está previsto o acordo das partes na suspensão do processo. Ainda, no art. 280º está plasmado um negócio jurídico processual relativo ao compromisso arbitral.

No âmbito do Código Civil português, o art.º 344º, a propósito da inversão do ónus da prova, prevê a possibilidade de inversão do ónus da prova por convenção processual⁴. Além disso, o art. 345.º consagra o regime jurídico das convenções processuais sobre a prova.

¹ PINTO Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 379.

² ASCENSÃO, José de Oliveira *Direito Civil: Teoria Geral*, vol. II, Coimbra Editora, 1999, p. 82.

³ SOUSA, Miguel Teixeira, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, p. 193.

⁴ DOMINGOS, Pedro João Tinoco, *A Erosão Do Princípio Do Dispositivo: Uma Breve Reflexão Sobre A Admissibilidade Dos Negócios Jurídicos Processuais*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2018, p. 87.

No sistema jurídico português, não há uma cláusula geral de negociação processual atípica⁵ que legitime, de forma expressa, a celebração deste tipo de negócios. No entanto, o acordo das partes pode ter algum relevo fora dos casos típicos de acordo.⁶ Poder-se-ia invocar como argumento a favor da possibilidade de celebração deste tipo de negócios a norma prevista no art. 405º do Código Civil português⁷, que consagra o princípio da liberdade contratual, enquanto manifestação do princípio da autonomia privada. Na perspectiva de Pedro Domingos, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, poder-se-ia celebrar um acordo, ainda que com natureza procedimental, com o objetivo de produzir efeitos no processo.⁸ Em nosso entender, atenta a inexistência de uma norma que expressamente o preveja, não seria facilmente admissível a celebração de um negócio processual atípico, baseado unicamente na liberdade contratual.

Já noutros ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, a solução é distinta. No art. 190º do Código de Processo Civil brasileiro, prevê-se de forma expressa a celebração de negócios processuais atípicos, tal norma veio consagrar um novo princípio, o do “autorregramento”⁹ da vontade no processo. Este princípio visa, em suma, que as partes possam exercer o seu direito à autorregulação do processo, como um direito fundamental, sem entraves injustificados. Ou seja, tem como objetivo transformar o processo num espaço favorável ao exercício da liberdade das partes. Conforme nota Fredie Didier Jr., a vontade das partes constitui um valor essencial no processo, que merece ser respeitado.¹⁰

Assim, no Brasil, e segundo Passo Cabral, o negócio processual constitui fonte de normas jurídicas processuais, vinculando o juiz quando validamente constituído, uma vez que

⁵ Ao contrário do direito brasileiro que consagra no art. 190º do Código de Processo Civil uma cláusula que permite expressamente a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.

⁶ CAPELO, Maria José (2021, Abril). *Private Law Legal Series FDUP – Processo Civil*- [webinar]. FDUP. <https://www.youtube.com/watch?v=vOuRvanyNeQ&t=82s>.

⁷ GONZÁLEZ, José Alberto. *Código Civil Anotado*. Vol I, Parte Geral. Quid Juris. p. 463.

⁸ DOMINGOS, Pedro João Tinoco, *A Erosão Do Princípio Do Dispositivo: Uma Breve Reflexão Sobre A Admissibilidade Dos Negócios Jurídicos Processuais*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2018, p. 88.

⁹ Expressão também adotada por Pontes de Miranda, que defende a denominação de autorregramento em vez de autonomia, considerando ser este um termo mais adequado à seara pública. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, Pp. 55- 56, § 255). *Apud* FRIO, Nikolai Bezerra. *O autorregramento da vontade : a resignificação da liberdade concedida às partes no processo civil*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3. Setembro a Dezembro de 2020 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636. pp. 427-449. www.redp.uerj.br. P. 441.

¹⁰ DIDIER JR, Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n.º 57. 2015, p.170.

ao magistrado cabe observar e fazer cumprir as normas jurídicas, inclusive as normas convencionais.¹¹

Entre nós, a consagração de uma norma com semelhante conteúdo levantaria, entre outros, um problema de articulação com o princípio da gestão processual, que levanta a questão de saber se a celebração destas convenções limita ou não os poderes do juiz, problema que será tratado no último capítulo do presente estudo.

Secção II – A convenção probatória: admissibilidade

As convenções de prova são, assim, uma modalidade de negócio jurídico processual. Também designadas de contratos probatórios, na definição de Manuel de Andrade, tratam-se de “*estipulações das partes relativas às provas: autorizando ou interdizendo certos meios de prova (incluídas as presunções), taxando-lhes o valor, alterando o formalismo processual aplicável, invertendo ou atenuando o ónus probatório.*”¹²

Na ótica de Lucinda Silva, nas convenções de prova incluem-se as estipulações sobre os meios de prova, sobre o procedimento probatório, ou sobre a decisão da matéria de facto controvertida.¹³

As convenções de prova surgem, essencialmente, pela necessidade de uma efetiva tutela dos direitos fundamentais, através da possibilidade de alteração do procedimento a ser seguido no caso concreto, uma vez que, as regras rigorosamente estipuladas pelo legislador, podem não acautelar os direitos das partes ou mesmo serem atentatórias à legitimidade da decisão. Pelo que o processo deverá começar a ser visto não mais através do rigor formal e técnico, mas como um instrumento de realização dos direitos constitucionalmente consagrados.¹⁴

¹¹ CABRAL, António do Passo. *Convenções Processuais: entre publicismo e privatismo*. São Paulo. 2015, p. 240. apud DIDIER JR, Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Juspodivm. 2018, p.25.

¹² ANDRADE Manuel A. Domingues, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1993, p. 212.

¹³SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 42.

¹⁴ AQUINO, Isabel Furtado Coelho de. *Convenções Probatorias*. Juiz de Fora. 2015. p. 23

Deste modo, e seguindo o pensamento de Isabel Aquino, não pode pensar-se em legitimidade da decisão jurisdicional, sem que tenha existido a possibilidade de as partes decidirem quanto aos meios utilizados para se chegar à decisão final. Ora, se o litígio incide sobre a relação material entre autor e réu, são estes os sujeitos mais aptos a reconhecerem a relevância ou não da produção de certos meios de prova.¹⁵

No entanto, por envolverem a disposição acerca de normas que, tradicionalmente, são consideradas cogentes, as convenções de prova, no geral, são alvo de alguma resistência doutrinária no que respeita à sua admissibilidade.¹⁶

Vários autores assumem uma posição no sentido da inadmissibilidade das convenções probatórias.¹⁷

Jose Chioventa, concretamente quanto às convenções sobre a inversão do ónus da prova, não admite a celebração deste tipo de negócio, uma vez que considera que as partes estariam a interferir na atividade probatória do juiz, algo que não é aceitável. Ou seja, por outras palavras, considera o autor que os atos das partes não podem interferir com a atividade do juiz, a não ser que a lei expressamente o admita.¹⁸

No mesmo sentido se pronuncia Hernando Echandia, que acrescenta a inadmissibilidade das convenções probatórias que alterem o valor das provas, no caso de prova legal ou taxada. Nota o autor que, se a lei consagra o princípio da livre apreciação da prova, o juiz atua com liberdade na sua tarefa de valoração. Pelo que jamais as convenções das partes poderiam ser, nesta área, vinculativas para o juiz, já que seria absurdo que as partes pudessem limitar o juiz, se o próprio legislador não o faz numa área tão delicada.¹⁹

Ainda no mesmo sentido, Leonardo Greco considera nulas as convenções probatórias que designem um perito único ou os acordos que limitem a investigação probatória somente à

¹⁵ *Ibidem*, p. 25.

¹⁶ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. 2ª ed. rev. e amp. Almedina, 2002. p. 183 e 184.

¹⁷ Neste sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2. ed. Torino: Utet, 2004, p. 281.; GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. 2007. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 63-66. apud MAFFESSONI, Behlúa Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020. p. 96.

¹⁸ CHIOVENDA, Jose. *Principios de derecho procesal civil*. Traducción española de la tercera edición italiana prólogo y notas del Profesor José Casais Y Santalo. Tomo II. Madrid. Editorial Reus. 1925. p. 263 e 264.

¹⁹ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba civil*. Tomo I. 5ª ed. Buenos Aires. 2002, p.517.

produção de prova oral. Entende o autor que as partes não podem limitar os poderes do juiz na investigação da verdade, já que, ainda que o juiz apenas subsidiariamente deva exercer tais poderes, *não pode deles abrir mão*.²⁰

De um modo geral, a oposição às convenções processuais probatórias funda-se em questões ideológicas. Por um lado, pelo eventual impedimento que as convenções podem acarretar para a descoberta da verdade material, e por outro, porque a direção da atividade probatória deve ser atribuída ao juiz, não devendo as partes intervir nessa tarefa.²¹

No entanto, tal entendimento não se enquadra no atual modelo processual português, permeado pelo fomento do consenso, e na cooperação entre todos os sujeitos processuais. Nos dias de hoje, é atribuída às partes uma atuação mais ativa no processo, de modo a que estas possam exercer a sua autonomia privada. O processo civil assume-se atualmente como uma *comunidade de trabalho*, apelando-se ao contributo de todos os intervenientes processuais na realização dos fins do processo.²²

Além disso, no direito civil português, os contratos probatórios estão previstos no art. 344.º e no art. 345.º do Código Civil, pelo que se admite expressamente a celebração de convenções de prova, quer quanto aos meios de prova, quer quanto ao ónus da prova. No entanto, a sua validade está dependente da verificação dos requisitos estipulados na norma. Está, assim, vedada a negociação sobre direitos indisponíveis, a negociação que cause uma excessiva dificuldade de exercício do direito para a outra parte, e ainda a convenção que seja celebrada contra a ordem pública.²³ Tais pressupostos serão desenvolvidos oportunamente no Capítulo III do presente estudo.

²⁰GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. Revista eletrônica de direito processual. 1ª ed. 2007. p. 24.

²¹ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ónus da prova no novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 226. apud MAFFEISSONI, Behlua Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020. p. 97.

²² PIMENTA, Paulo. *Processo Civil Declarativo*. Almedina. 3ª ed. 2020. Coimbra. p. 30.

²³ ANDRADE. Manuel A. Domingues, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 212.

Secção III – Natureza quanto ao carácter substantivo ou adjetivo

A questão de saber se os negócios processuais probatórios possuem natureza processual ou substantiva não é pacífica na doutrina.

Entre nós, Miguel Teixeira de Sousa entende que as regras probatórias, que decorrem dos contratos probatórios, pertencem ao direito probatório material.²⁴

No entanto, há ainda quem entenda que os negócios jurídicos processuais têm natureza híbrida ou mista. Como é exemplo José Carlos Moreira, para quem as convenções processuais obedecem a um regime jurídico misto, uma vez que se disciplinam por normas de direito material e normas de direito processual.²⁵

Uma das razões que leva alguns autores a considerar que a convenção pode não assumir natureza processual, mas material, é o facto de esta poder ser celebrada fora do processo, ou seja, num momento prévio a este.

Como negócio celebrado fora do processo temos, a título de exemplo, a inserção de uma cláusula negocial processual, com cariz probatório, num contrato de natureza material, regulando já um eventual processo futuro que respeite àquela relação contratual.²⁶ Quanto à inserção de uma cláusula deste tipo num contrato, convém notar que existe uma independência dos negócios jurídicos processuais em relação às restantes cláusulas contratuais, eventualmente viciadas.²⁷ Isto à semelhança da arbitragem voluntária, em que a cláusula compromissória é independente do contrato em que está inserida, permanecendo válida ainda que seja nulo o contrato em que ela foi introduzida. Este princípio é comum à maioria das legislações nacionais e internacionais.²⁸ Conforme denota Antonio do Passo Cabral, “*os acordos processuais devem ser compreendidos como independentes dos negócios jurídicos de direito material porque os*

²⁴ SOUSA, Miguel Teixeira, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lex, 2ª edição, Lisboa, 1997, p. 438.

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, Saraiva, 1984, São Paulo, p. 134.

²⁶ DIDIER JR, Fredie, *Ensaio Sobre os Negócios Jurídicos Processuais*, Juspodivm. 2018, p. 33.

²⁷ GALINDO, Beatriz Magalhães, *Negócios Processuais Sobre Recursos Uma Análise Comparativa Entre A Escolha Pela Tipicidade Do Direito Português E Pela Atipicidade Do Direito Brasileiro*, Lisboa, 2018, p. 38.

²⁸ PINHEIRO, Luís Lima, *Arbitragem transnacional- A determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005 p.120.

*atos processuais em geral produzem efeitos diversos de um negócio jurídico material similar”.*²⁹

Note-se que a celebração prévia da convenção é, aliás, preferível para a realização de convenções processuais, uma vez que o panorama que antecede o litígio será por princípio mais favorável ao consenso do que o que se gera após a propositura da ação judicial.³⁰ No entanto, ainda que seja preferível a celebração prévia da convenção probatória, esta pode ser celebrada na pendência do processo.

No entendimento de Schüller³¹, só tem carácter processual o ato celebrado no processo, no âmbito da relação jurídica processual constituindo as relações jurídicas processuais as relações das partes perante o tribunal, perante as quais ao Estado incumbe o dever de tutela jurídica.

Também para Oriani³², no âmbito da delimitação da noção de ato processual, pressupõe-se que estes atos ocorrem entre o início e a extinção da instância, referindo ainda o facto de estarem em causa atos regulados maioritariamente por corpos normativos de índole processual.

Um outro critério que leva ao dissenso da doutrina diz respeito ao objeto da convenção probatória. Sendo que estas assumiriam natureza processual, caso o objeto convencional fosse de cariz processual, assumindo natureza material no caso de o objeto da convenção ser de carácter material.³³ Ora, o apuramento da natureza material ou processual das convenções levanta a clássica distinção entre direito probatório material e direito probatório formal.

Na esteira de Miguel Teixeira de Sousa, o direito probatório pode ser formal ou material, sendo que o direito probatório formal diz respeito às normas que regulam o procedimento probatório, ou seja, a apresentação e o modo de produção de prova, enquanto o direito

²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 250. Apud GALINDO, Beatriz Magalhães, *Negócios Processuais Sobre Recursos Uma Análise Comparativa Entre A Escolha Pela Tipicidade Do Direito Português E Pela Atipicidade Do Direito Brasileiro*, Lisboa, 2018, p. 38.

³⁰ MAFFESSIONI Behlva Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Universidade Federal De Minas Gerais Faculdade De Direito Programa De Pós-Graduação Em Direito, Belo Horizonte, 2020, p. 75.

³¹ *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 17. Apud SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 50 e 51.

³² “Atti processuali (diritto processuale civile)”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 1988, Vol. IV, p. 1. Apud SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 122.

³³ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 124 a 127.

probatório material regula a delimitação do objeto da prova, bem como a repartição do ónus da prova, ou a admissibilidade dos meios de prova, e ainda aos critérios de apreciação da prova.³⁴

Ora, considerando que o regime jurídico da prova está previsto em ambos os diplomas, poder-se-ia dizer que a convenção de prova constitui um negócio material quando tivesse por objeto normas consagradas em diplomas de direito substantivo, e um negócio processual quando a convenção tivesse por objeto regras previstas em legislação de direito processual.³⁵

No entanto, como bem denota Lucinda Silva, o facto de determinadas normas relativas à prova constarem de um diploma predominantemente substantivo não leva a que estas assumam a mesma natureza. A autora desconsidera, pois, a natureza predominante de normatividade de um certo diploma legal, como um critério para a categorização de todas as normas nele constantes.³⁶

Efetivamente, existem normas de direito probatório material inseridas no Código de Processo Civil português. A título de exemplo, veja-se o art. 421.º, n.º 1, sob a epígrafe “*Valor extraprocessual das provas*”, que dispõe que “*Os depoimentos e perícias produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra a mesma parte, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 355.º do Código Civil; se, porém, o regime de produção da prova do primeiro processo oferecer às partes garantias inferiores às do segundo, os depoimentos e perícias produzidos no primeiro só valem no segundo como princípio de prova.*”.

Assim, considerando a variabilidade que a qualificação da normatividade probatória pode assumir, essa variação refletir-se-á ao nível da classificação das convenções de prova como processuais ou materiais. No que respeita ao seu objeto de regulação, ou seja, as normas relativas à prova, as convenções probatórias assumirão natureza processual ou não, consoante a natureza da normatividade que derogam.³⁷

³⁴SOUSA, Miguel Teixeira, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lex, 2ª edição, Lisboa, 1997, p. 438.

³⁵SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 125.

³⁶*Ibidem*.

³⁷ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 125.

Por último, há autores que fazem depender a natureza processual ou não das convenções probatórias dos seus efeitos. Ou seja, questiona-se nesta sede a natureza, processual ou não, do contexto em que se produzem os efeitos das convenções.³⁸

Para Kohler³⁹, as convenções processuais, mesmo que tivessem efeitos atuais ou potenciais sobre um processo, teriam sempre a natureza material. No mesmo sentido, Titina Maria Pezzani⁴⁰ classifica os negócios em matéria probatória não como processuais, mas como substantivos, com efeitos processuais.

Já para Maffessoni, não é o local da celebração da convenção que lhe confere natureza processual, mas sim a possibilidade de produzir efeitos em processo futuro ou atual.⁴¹

No entanto, uma vez que a prova tem por fundamento o esclarecimento da matéria factual controvertida, e considerando que esta pode carecer de esclarecimento, quer em contexto jurisdicional, quer em contexto procedimental, ou ainda no âmbito administrativo de outra natureza⁴², a prova poderá relevar em qualquer um desses contextos. Pelo que a determinação da natureza da convenção probatória, perante o critério dos efeitos, estará subordinada, caso não esteja expressamente indicado, à interpretação da vontade das partes nesse sentido. Desta feita, a convenção terá natureza processual em contexto jurisdicional, assumindo natureza não processual no âmbito procedimental, administrativo ou de outra natureza.⁴³

De todo o modo, pode concluir-se que a determinação da natureza processual ou não da convenção probatória será diferente consoante o critério problemático através do qual o problema é formulado.⁴⁴

³⁸ *Ibidem*, p. 136.

³⁹ KOHLER, Josef; SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, p. 12 e ss. *apud* SANTOS, Amanda Siqueira Beltrão, *A Gestão Processual Realizada Pelas Partes*. Lisboa, 2017. p. 122

⁴⁰ PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 81.

⁴¹ MAFFESSONI Behlva Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Universidade Federal De Minas Gerais Faculdade De Direito Programa De Pós-Graduação Em Direito, Belo Horizonte, 2020, p. 75.

⁴² Note-se que a convenção poderá relevar somente nas relações não procedimentalmente formais entre as partes, ou até mesmo no âmbito de uma controvérsia factual relativamente a uma certa relação jurídica. Neste sentido *vide* SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 138.

⁴³ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 138.

⁴⁴ *Ibidem*.

CAPÍTULO II – Modalidades de negócios jurídicos probatórios no processo civil português

Secção I – Quanto aos meios de prova

Através da celebração de convenções sobre os meios prova, as partes pretendem modificar o elenco dos meios de prova legalmente tipificados. Tal alteração é suscetível de provocar um efeito restritivo ou ampliador do rol de meios de prova. Assim, de entre as convenções sobre meios de prova, encontramos as que restringem e as que ampliam os meios de prova.⁴⁵

Subsecção I – Convenções ampliadoras

No que respeita às convenções constitutivas de novos meios de prova, as partes, por via de celebração de um negócio jurídico, pretendem criar a possibilidade de invocação de meios de prova que não estão legalmente previstos, o que leva a indagar sobre o conceito de prova atípica. Ora, todas as convenções de prova de que decorra regime relativo à prova diferente do estipulado na lei integrarão uma fonte de regime de prova atípico.⁴⁶

Na esteira de Gerhard Walter, os meios de prova não estão sujeitos a *numerus clausus*, o juiz pode incluir na sua avaliação todos os factos relevantes para a decisão, sem estar vinculado, no que concerne à eleição desses factos, aos meios de prova tipificados na lei. Para este autor, os meios de prova típicos são apenas exemplificativos. O autor acrescenta ainda que a admissibilidade dos meios de prova atípicos advém também do princípio da livre apreciação da prova.⁴⁷

⁴⁵ *Ibidem*, p. 265.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 270.

⁴⁷ WALTER, Gerhard, *Libre Apreciación de la Prueba*, 1ª edição, Temis, 1985, p. 335.

No mesmo sentido, Hernando Echandia argumenta que a liberdade para admitir qualquer meio de prova assume-se como um complemento ideal ao sistema da livre apreciação da prova. Essa liberdade encontra os seus limites unicamente nas formalidades processuais para proposição, ordenação e produção de prova, por se considerarem necessárias à garantia do contraditório e da lealdade do debate probatório. Saliencia ainda o autor que não há nenhuma razão lógica que impeça o juiz de admitir novos meios de prova, meios esses que o progresso científico pode trazer, não sendo de excluir tais meios só porque não se enquadram em nenhum dos enumerados, anos antes, na legislação.⁴⁸

Entre nós, a doutrina majoritária defende a admissibilidade dos meios de prova atípicos, como é exemplo Antunes Varela, Sampaio e Nora e Miguel Bezerra, que propugnam pela possibilidade de existência de um rol não taxativo de elementos que podem ser utilizados como elementos de persuasão do juiz.⁴⁹

Também a Prof. Isabel Alexandre defende a admissibilidade das provas atípicas. Nas suas palavras: “*O ponto de partida deve ser, antes, o da sua admissibilidade, só se impondo solução diversa na medida em que tal seja necessário para defender outros direitos ou interesses*”.⁵⁰

Acontece que, dificilmente se estipula um meio de prova realmente diferente dos legalmente previstos⁵¹, ou seja, um meio de prova que, não se enquadrando em nenhum dos tipos legais previstos, respeite a uma verdadeira prova atípica. Essa constatação é também motivada pelo facto de a noção de documento⁵² atribuída no sistema jurídico português ser ampla, sendo que se inclui nesta noção não apenas as declarações escritas (sentido estrito), “*mas todos e quaisquer objectos, elaborados pelo homem, capazes de reproduzir ou representar um facto, uma coisa ou até uma pessoa*”.⁵³

Conforme afirma Remédio Marques, “*o catálogo legal dos meios de prova inclui todas as fontes materiais de aquisição de meios destinados a formar a convicção do tribunal; id est,*

⁴⁸ ECHANDIA, Hernando, *Teoria Geral de la Prueba Judicial*, I, 2ª ed. Zavalia Editor, Buenos Aires, 1972, p. 554.

⁴⁹ VARELA Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA Sampaio. *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª Edição, revista e atualizada, 1985, p. 468.

⁵⁰ ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, cit., p. 46.

⁵¹ FREITAS, José Lebre. *A ação declarativa comum à luz do código de processo civil de 2013*. 4ª ed. Gestlegal. Junho, 2017. p. 263.

⁵² Cfr. o art. 362.º do Código Civil.

⁵³ VARELA Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA Sampaio. *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª Edição, revista e atualizada, 1985, p. 469.

*meios de conhecimento da realidade fenomenológica, tal como é alegada pelas partes — conhecimento directo ou sensorial (maxime, inspecção judicial) e conhecimento indirecto através do recurso a determinadas tecnologias ou metodologias científicas, no quadro da prova científica, e as declarações de ciência ou os documentos.”*⁵⁴

O mesmo entendimento é assumido por Hernando Echandia, que afirma que, dentro dos meios de prova enumerados normalmente pela lei penal e civil, podem encontrar-se quase todos os métodos de investigação descobertos ou por descobrir. Os quais, em última hipótese, se traduzem em prova testemunhal, pericial, documental ou por inspecção judicial.⁵⁵

Com o progresso científico, é possível que se tornem executáveis vias de comprovação factual enquadráveis no rol dos tipos de prova existentes, e ainda, que surjam novos meios de prova, como instrumentos de averiguação ou verificação de informação, no qual os elementos informativos não careçam de intervenção humana. Por exemplo, através de novas formas de aferição da velocidade de circulação, ou de localização física de pessoas e bens.⁵⁶

Assim, no que respeita à consideração da informação proporcionada por meios atípicos de prova, para efeitos da decisão da matéria de facto controvertida, esta irá pressupor uma definição legal das suas condições de mobilização processual nomeadamente no que concerne à comprovação de sua validade científica, para que o conteúdo informativo apurado não seja desconsiderado pelo julgador no âmbito da livre apreciação da prova. Ora, através dessa previsão normativa, o meio de prova considerar-se-á incluído no rol legalmente previsto, transformando-se em fonte de prova típica. Pelo que a convenção de prova não consistirá num alargamento do rol de meios de prova legalmente consagrado.⁵⁷

⁵⁴MARQUES, João Paulo Remédio, *A Aquisição E A Valoração Probatória De Factos (Des)Favoráveis Ao Depoente Ou À Parte Chamada A Prestar Informações Ou Esclarecimentos*, Julgar, N.º 16, Coimbra Editora, Janeiro-Abril, 2012, p. 141.

⁵⁵ECHANDIA, Hernando, *Teoria Geral de la Prueba Judicial*, I, 2ª ed. Zavalia Editor, Buenos Aires, 1972, p. 555.

⁵⁶SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 388 e 389.

⁵⁷SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 388 e 389.

Subsecção II – Convenções restritivas

As convenções restritivas de meios de prova englobam todas aquelas que gerem um efeito restritivo dos meios de prova legalmente previstos. Tal restrição pode operar através da estipulação da necessidade de recurso a um certo meio de prova, ou mediante convenção no sentido da impossibilidade de recurso a um ou vários meios de prova.⁵⁸

Ora, tendo em consideração que um direito pode restringir outro, a convenção processual que limita os meios de prova legalmente previstos é legitimada pelo direito fundamental à liberdade, e estando em causa uma norma convencional, essa convenção processual é válida entre as partes, não podendo, por isso, as partes invocar no processo o meio de prova que foi por elas considerado ilícito.⁵⁹

No entanto, no que concerne à sua admissibilidade, a doutrina internacional não é unívoca.

Schüller propende no sentido da ineficácia processual deste tipo de convenção probatória, dando, contudo, nota de que, estando em causa um contrato de direito privado (segundo o critério que adota), o seu incumprimento poderá ter efeitos indemnizatórios para a parte que não o cumpre. Assim, na ótica do autor, os efeitos da convenção só se verificam no processo se e na medida em que as partes cumpram o regime por elas fixado, ou seja, se não requererem, em juízo, a produção do meio de prova excluído pela convenção.⁶⁰

Também no sentido da inadmissibilidade deste tipo de convenções probatórias, Bernhardt considera que, através da limitação dos meios de prova, ocorre também uma limitação de acesso à informação, pelo que se abriria uma possibilidade de não correspondência

⁵⁸*Ibidem*, p. 390 a 393.

⁵⁹JOBIM, Marco Félix e MEDEIROS Bruna Bessa, *O Impacto Das Convenções Processuais Sobre A Limitação De Meios De Prova*, Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017, p.335.

⁶⁰“*Die prozessualen Wirkungen dieser Vereinbarungen ergeben sich also nur mittelbar im Falle der Vertragstreue*”, Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht, Göttingen, 1932, pp. 28 e ss. *apud* SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 395.

da base da decisão com a realidade (podendo a restrição processual de meios de prova pôr em causa a adequada reconstrução processual da verdade).⁶¹

Entendimento oposto adota Dickhoff, que considera poder existir uma intensificação da imparcialidade, através da eliminação de determinados meios de prova, eventualmente mais falíveis. Ora, o autor considera que a restrição de certos meios de prova pode ter como propósito uma maior exigência de rigor técnico no âmbito da produção de prova.⁶²

No entanto, salienta-se que a busca da verdade não pode ser utilizada como argumento contra a admissibilidade deste tipo de convenções de prova, uma vez que esta já é limitada pelo próprio sistema jurídico, sendo inalcançável no processo. Ora, se a instrução probatória é limitada pelo próprio ordenamento, não há qualquer motivo para não o poder ser por vontade das partes, tendo por base o autorregramento da vontade e o direito à liberdade. Sendo as partes as maiores interessadas na decisão do caso concreto, pode considerar-se injusta uma decisão que não respeite a vontade destas.⁶³

Wagner argumenta no sentido da admissibilidade dos pactos em análise. Sendo que para tal invoca a liberdade de que as partes dispõem no que respeita aos meios de prova, na medida em que lhes assiste o direito de oferecer e produzir meios de prova em juízo.⁶⁴

A este respeito, atente-se que, o facto de as partes terem a faculdade de exercer ou não o direito de requerer a junção ou produção de um determinado meio de prova, não equivale à possibilidade de previamente renunciarem à titularidade desse direito.⁶⁵

Assim, na esteira de Carlo Lessona, o critério que deve presidir à avaliação da admissibilidade ou não da celebração de uma convenção de prova (e, de modo genérico, acordos sobre matéria processual, relativamente aos quais a lei não se pronuncie de forma expressa

⁶¹ Das Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Berlin, Gruyter, 1968, p. 229. *apud* SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 396.

⁶² *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 17 *apud* SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 396.

⁶³ JOBIM, Marco Félix e MEDEIROS Bruna Bessa, *O Impacto Das Convenções Processuais Sobre A Limitação De Meios De Prova*, Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017, p.336.

⁶⁴ *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 686. *apud* SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 400.

⁶⁵ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p.401.

quanto à sua admissibilidade) prende-se, não com a questão de se reconhecer à parte o direito à prática de o ato, mas com a circunstância de a normatividade, objeto do contrato, assumir natureza imperativa ou dispositiva (questão que depende do tipo de interesses tutelados pelas normas em causa).⁶⁶

No sistema jurídico português, a questão da admissibilidade destes pactos restritivos não se levanta, uma vez que existe menção explícita nesse sentido, no art.º 345º, n.º 2 do Código Civil. No entanto, quando a lei não prevê expressamente essa possibilidade, e considerando o facto de os meios de prova legalmente consagrados consistirem numa prévia seleção, feita pelo legislador, que os adotou como sendo fontes credíveis de informação probatória, tais circunstâncias poderiam levar à conclusão da inadmissibilidade deste tipo de convenções. Tal interpretação equivaleria ao princípio da taxatividade num duplo sentido, não existindo a possibilidade de alteração do rol de meios de prova processualmente disponíveis pelas partes, nem no sentido do seu alargamento, nem no sentido da sua limitação.⁶⁷

Secção II – Quanto ao procedimento

Para a apreciação das convenções de prova relativas ao procedimento, deve ser considerado o conceito de prova enquanto atividade.⁶⁸

Ora, a atividade probatória encontra-se *como um todo complexo*, trata-se aqui dos procedimentos para a aquisição da verdade dos factos alegados pelas partes e pelo juiz.⁶⁹ Na ótica de Alberto dos Reis, os procedimentos probatórios traduzem-se na proposição da prova, na admissão da prova, e na produção da prova.⁷⁰

⁶⁶ *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, p. 70. *apud* SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p.402.

⁶⁷ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p.403.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 418.

⁶⁹ BARNABÉ, Augusto Ngongo, *Direito Probatório*, Coimbra, Maio, 2014, p.20.

⁷⁰ REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª edição, 1950, pág 239.

Para Rui Rangel⁷¹, a prova enquanto atividade corresponde a toda a investigação processual. Resulta de uma atividade de confirmação ou prova de um conjunto de factos previamente afirmados em juízo sobre determinados acontecimentos, tendo esta, como última finalidade, a demonstração da verdade dos factos alegados.

Hernando Hechandia entende por procedimentos probatórios todas as atividades processuais relacionadas com a prova nas suas diversas fases e etapas. Compreendem, portanto, a investigação, a garantia, a proposição ou apresentação, a admissão e o pedido, a aceitação e produção dos diversos meios que a lei contempla ou que o juiz considere úteis, conforme o sistema que vigore em cada país, de prova legal ou de livre apreciação da prova.⁷²

Também Lucinda Silva atribui um sentido amplo à noção de procedimento probatório. Nele incluindo a tramitação, ou seja, o conjunto sequencial de atos que levam à prolação de decisão sobre a matéria de facto controvertida, e ainda os pressupostos e a forma de cada um dos atos processuais capazes de integrar esse percurso. Consequentemente, considera as convenções de prova que introduzam alterações ao nível da ordem das fases processuais probatórias, da forma dos atos instrutórios a praticar e dos pressupostos legais da sua realização, integráveis na modalidade de convenção probatória sobre o procedimento probatório.⁷³

No que respeita à admissibilidade deste tipo de convenções probatórias, efetivamente, a possibilidade da sua celebração não se encontra expressamente prevista na lei portuguesa, uma vez que não consta do elenco previsto no art.º 345.º do Código Civil, ao contrário do que acontece com as outras modalidades de convenção de prova aqui abordadas. Assim, cabe verificar se o rol previsto neste preceito legal, relativo às modalidades de convenções probatórias, é taxativo ou não.⁷⁴

Cumpr, desde logo, averiguar se todas as disposições legais relativas ao procedimento probatório possuem natureza imperativa, e, portanto, não passíveis de convenção, conforme o limite de validade previsto no art.º 345º, n.º 2, segunda parte, do Código Civil português. Em caso afirmativo, tal significaria que a ausência de estipulação deste tipo de convenção, no rol

⁷¹ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Ónus da Prova no Processo civil*, 3ª ed. Pág 28.

⁷² ECHANDIA, Hernando, *Teoria Geral de la Prueba Judicial*, I, 2ª ed. Zavalia Editor, Buenos Aires, 1972, p. 275.

⁷³ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p.420 e 421.

⁷⁴SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 421.

previsto no art.º 345.º se deve ao facto de este tipo de convenção não ser, de qualquer modo, capaz de cumprir todos os requisitos de validade aí consagrados.⁷⁵

Lucinda Silva reconhece a existência de um conjunto de normas de carácter absolutamente imperativo, como por exemplo as normas previsoras dos princípios do contraditório e da igualdade, assumindo-se estas como intocáveis pelas partes. Assim, todas as que não colidam com princípios fundamentais seriam supletivas, no entanto, a autora considera impossível a enumeração de todas as normas procedimentais com carácter supletivo, uma vez que tal técnica falharia desde logo por omissão.⁷⁶

Assim, no âmbito da flexibilização procedimental, o legislador português atribui ao juiz o poder-dever de, de acordo com o princípio da adequação formal, adaptar o procedimento, incluindo o procedimento probatório. Já quanto às partes, essa faculdade de adaptação ocorre de forma pontual. O que leva à conclusão de que o legislador não desejou conceder às partes um amplo poder regulador do procedimento. Preferiu, por outro lado, a enumeração explícita das específicas hipóteses em que é permitido às partes o acordo sobre o procedimento probatório.⁷⁷

A título de exemplo, veja-se a possibilidade de inquirição das testemunhas pelos mandatários judiciais, prevista no art. 517.º do Código de Processo Civil português, que dispõe que “**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.ºs 1, 2 e 4 do artigo 519.º.**” (Destaque nosso).

Diferentemente, e como já enunciado, o ordenamento brasileiro consagra uma norma geral de negociação do procedimento, incluindo o probatório, no art. 190.º do Código de Processo Civil, através do qual se admite, mediante determinados requisitos, estipular alterações ao procedimento, para ajustá-lo às especificidades da causa, antes ou durante o processo. Note-se, no entanto, que a celebração destes contratos parece não ser livre, uma vez

⁷⁵*Ibidem*, p. 424.

⁷⁶*Ibidem*, p. 425.

⁷⁷*Ibidem*.

que o texto da norma *supra* aludida refere que a alteração ao procedimento tem como fundamento o ajuste do mesmo às especificidades da causa. O que leva a crer que a especificidade da causa constitui um requisito para a celebração destes acordos procedimentais, pelo que será indispensável que a causa possua contornos distintos dos comuns, para que sobre ela se possa celebrar uma convenção probatória de procedimento.⁷⁸

No que concerne à questão acima formulada, de saber se todas as disposições legais relativas ao procedimento probatório possuem natureza imperativa, pode dizer-se que não. Pois o próprio legislador consagra expressamente o regime atinente à celebração de determinadas convenções com esse conteúdo, às quais atribui caráter dispositivo. Pelo que, quanto ao limite de validade previsto no art.º 345º, n.º 2, segunda parte, do Código Civil, este pode ser cumprido. Concluindo-se, assim, que a ausência de estipulação deste tipo de convenção no elenco previsto no art.º 345.º, não se deve ao facto de a convenção não ser capaz de cumprir todos os requisitos de validade nele consagrados.⁷⁹

Assim, no âmbito das normas procedimentais relativas à prova, o legislador concedeu às partes a possibilidade de, pontualmente, alterarem o regime procedimental, pela indicação da solução alternativa. O que, associado à ausência de menção literal destas convenções, reforça o entendimento de foi propositada a não inclusão, no âmbito do art. 345.º, das convenções que tenham por objeto a regulação do regime procedimental da prova. Face ao exposto, as normas relativas ao procedimento de prova, não incluíveis nos casos pontuais de alteração do procedimento, terão, para as partes, natureza imperativa.⁸⁰

Portanto, em Portugal, a não ser que ocorra uma alteração legislativa no sentido da sua consagração *de iure constituendo*, dificilmente concretizável, não se admite facilmente a válida celebração desta modalidade de convenções de prova.

⁷⁸ MÜLLER, Julio Guilherme, *A Produção Desjudicializada Da Prova Oral Através De Negócio Processual Análise Jurídica E Económica*, São Paulo, 2016, p. 103 a 107.

⁷⁹ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 436.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 433 a 435.

Secção III – Quanto à decisão da matéria de facto controvertida- ónus da prova

No âmbito da atividade instrutória, pode acontecer que o juiz se encontre em estado de dúvida insanável quanto aos factos em juízo. No entanto, ao magistrado compete sempre o dever de julgar e decidir, conforme o disposto no art. 8.º do Código Civil português. Nesses casos, o ordenamento jurídico fornece uma regra de distribuição do risco de falta de prova, para que, perante tal estado de dúvida, o magistrado logre proferir uma decisão. Ora, a decisão basear-se-á, assim, no ónus da prova, organismo essencial para a segurança jurídica de qualquer ordenamento.⁸¹

Note-se que, diferentemente do que acontece com as convenções probatórias já analisadas, com a convenção sobre o ónus da prova as partes pretendem regular a atividade decisória, no âmbito da matéria de facto. Nas situações em que o fundamento da decisão não seja a prova, nem em sentido estrito, nem mesmo em sentido amplo, mas num outro fundamento, que se reconduz a um mero critério decisório, que não opera com base na informação carregada da realidade para os autos.⁸²

O art. 344.º, n.º 1, do Código Civil prevê expressamente a celebração de convenções quanto ao ónus da prova. Nos termos do *supra* citado normativo, “*as regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine.*”⁸³ (Destaque nosso) Trata-se da inversão do ónus da prova, que ocorre quando o ónus da prova do facto não recai sobre a parte legalmente onerada, incumbindo à contraparte a prova do contrário. Ou seja, ocorrendo inversão do ónus da prova, no caso de a prova incidir sobre um facto constitutivo do direito de uma parte, incumbe à outra parte provar o contrário desse facto constitutivo.⁸⁴

Além da convenção das partes, a lei estabelece alguns casos em que ocorre inversão do ónus da prova, conforme consta do texto do art. 344º do Código Civil. Poderá também existir

⁸¹ MACÊDO, Lucas Buriel e PEIXOTO, Ravi de Medeiros, *Negócio Processual Acerca da Distribuição do*

Ónus da Prova, Revista de Processo, vol. 241/2015, Março 2015, Revista dos Tribunais Online, p. 4.

⁸² SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 512.

⁸³ Destaque nosso.

⁸⁴ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da Prova no Processo Civil*, 2ª ed. rev. e amp., Almedina, 2002, p.182.

inversão do ónus da prova quando haja presunção legal ou dispensa ou liberação do ónus da prova.⁸⁵

Os acordos de inversão do ónus da prova estão previstos também na legislação de outros países, como no Brasil, onde se prevê que “*A distribuição diversa do ónus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I- recair sobre direito indisponível da parte; II- tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.*”⁸⁶

Também na Itália há previsão legislativa semelhante ínsita no art. 2698º do Código Civil italiano, consagrando uma norma muito idêntica à vertida no art. 345º, n.º 1, do Código Civil português, “*Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero e modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione (1341) ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.*”

Quanto à admissibilidade das mencionadas convenções de prova, o ordenamento jurídico português, bem como outros ordenamentos, admite expressamente a celebração deste tipo de pactos, no entanto, existem países em que tal não acontece, pelo que a doutrina internacional diverge nesse sentido.

Alguns autores pendem para a sua admissibilidade. Echandia defende que a admissibilidade de tais contratos depende da omissão da lei; se a lei nada disser quanto ao ónus da prova em relação a um facto determinado, admite-se a estipulação pelas partes através de convenção probatória. Já se a lei fixar regras a esse respeito, tais regras não são suscetíveis de alteração pelas partes.⁸⁷

No mesmo sentido, autores como Rippert e Boulanger, que consideram que, podendo as partes dispor do direito, não faz sentido que não possam dispor da prova.⁸⁸

Outros autores, como Juan Montero Aroca, entendem que se as regras sobre o ónus da prova possuem natureza processual, uma vez que se dirigem fundamentalmente ao juiz, na medida em que operam no momento em que profere a decisão sobre a matéria de facto

⁸⁵*Ibidem*, p.183.

⁸⁶ Cfr. art. 373º, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil Brasileiro.

⁸⁷ ECHANDIA, Hernando, *Teoria Geral de la Prueba Judicial*, I, 2ª ed. Zavalía Editor, Buenos Aires, 1972, p. 517.

⁸⁸ RIPPERT ET BOULANGER. *Traité de Droit Civil d'après Planiol*, I, n.º 750, 1956. *Apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da Prova no Processo Civil*, 2ª ed. rev. e amp., Almedina, 2002, p.184.

controvertida, destinando-se a resolver a situação dúvida com este permanece depois de produzida a prova, no seu entender, possuem caráter imperativo, pelo que estão excluídas da disponibilidade das partes.

Chiovenda também se baseia na imperatividade das normas previsoras do regime do ónus da prova para não admitir a celebração desta modalidade de convenções probatórias, considerando-as nulas.⁸⁹

Concluindo, da conjugação dos arts. 344.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1 do Código Civil, pode afirmar-se que a nossa lei admite os contratos probatórios sobre o ónus da prova.

CAPÍTULO III – Validade dos negócios jurídicos probatórios

Secção I – Condições específicas de validade

Na presente secção abordar-se-ão as condições específicas de validade aplicáveis às convenções processuais de índole probatória.

A validade destes acordos de prova depende da verificação cumulativa de vários requisitos. Exige-se, desde logo, que o regime convencional diga respeito ao exercício de um direito de natureza disponível. Além disso, é imperativo que, da convenção probatória, não resulte um exercício excessivamente difícil do direito em causa para as partes. Por último, é imperativo que o negócio probatório seja concordante com as normas de caráter probatório, quando estas tenham sido determinadas por razões de ordem pública.⁹⁰

Tais requisitos estão explicitamente enunciados na norma prevista no art. 345.º do Código Civil português, que dispõe:

⁸⁹ CHIOVENDA, Jose. Derecho Procesal Civil. Tomo II, trad. Cast., 3ª ed. Madrid. *Apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da Prova no Processo Civil*, 2ª ed. rev. e amp., Almedina, 2002, p.184.

⁹⁰ GRECO, Leonardo, *Os Atos de Disposição Processual – Primeiras Reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, v. 1, n.º 1, 2007, p. 10.

“1. É nula a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate de **direito indisponível** ou a inversão torne **excessivamente difícil a uma das partes** o exercício do direito.
2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de **ordem pública**, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias.”. (destaque nosso)

Ora, conforme se depreende do mencionado preceito legal, os limites *supra* indicados aplicam-se, não apenas às convenções sobre o ónus da prova, mas a qualquer convenção de prova, designadamente as restritivas ou ampliadores de meios de prova.

No que respeita à natureza disponível do direito, o legislador português, no art. 345.º do Código Civil, invoca a expressão “*direito indisponível*”. No mesmo sentido, a lei italiana considera nulas as convenções sobre o ónus da prova que versem sobre direitos indisponíveis. Conforme o disposto no art. 2698.º do Codice Civile, “*Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre...*”.

Já outros ordenamentos jurídicos optaram pela designação “*direitos que admitam autocomposição*”, tal como o fez o legislador brasileiro, no âmbito da sua cláusula de negociação processual atípica. No enunciado do art. 190.º do Código de Processo Civil brasileiro, pode ler-se que: “*Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.*”.

Vejamos, com a consagração de tal expressão, o legislador brasileiro pretendeu distinguir os direitos que admitem autocomposição dos direitos disponíveis, isto porque, no âmbito da negociação processual atípica, mesmo no círculo dos direitos indisponíveis, poderia haver lugar a autocomposição. A título de exemplo, pode acontecer que, numa ação de investigação de paternidade, o presumível pai confesse o pedido, reconhecendo a paternidade.⁹¹

O entendimento, no Brasil, parece ser o de adotar uma noção mais abrangente do que a utilizada na lei portuguesa, que emprega a expressão “*direito disponível*”, tal entendimento

⁹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção Das Partes Em Matéria Processual: Rumo A Uma Nova Era?* p. 69

encontra-se nomeadamente consagrado do no enunciado n.º 135 do Fórum Permanente de processualistas Cíveis, onde se refere que “*a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.*”.

Ora, em Portugal, com um entendimento mais restrito no que respeita às convenções probatórias, o requisito da disponibilidade do direito assume-se, desde logo, como uma demonstração da instrumentalidade do processo face à lei substantiva,⁹² pois o direito processual visa a tutela dos direitos subjetivos, ou seja, é o meio que garante a possibilidade exercício do direito subjetivo.⁹³ Conforme nota Mota Pinto, no âmbito das relações jurídicas, a garantia é a forma de efetivação de um direito subjetivo, sendo que essa garantia dos direitos subjetivos envolve o direito de ação.⁹⁴

Entre nós, o objetivo da estipulação deste requisito de validade contende com a questão de se evitar que, através das convenções probatórias, se transforme a indisponibilidade jurídica em disponibilidade. Permitindo, dessa forma, uma distorção das normas estabelecidas, e ainda que as partes deturpem a natureza instrumental do processo através da celebração de convenções probatórias que incidam sobre direitos que são indisponíveis, na lei substantiva.⁹⁵

No entanto, e nas palavras de Diogo Almeida⁹⁶, a indisponibilidade do direito material não corresponde necessariamente à indisponibilidade do direito processual. Pois, mesmo que num determinado processo esteja em causa um direito indisponível, a convenção deve ser válida na medida em que resguarde esse direito subjetivo. A disposição processual de direito indisponível não pode, pois, afetar a esfera de proteção desse direito, caso contrário, esta será inválida. Assim, ainda que o direito objeto da convenção assuma caráter indisponível, podem as partes negociar a alteração do foro, a redistribuição do ónus da prova, pode ocorrer a escolha consensual de perito, a suspensão do processo, a alteração da data da audiência, entre outros negócios processuais.⁹⁷

⁹² SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 143.

⁹³ SOUSA, Miguel Teixeira, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lex, 2ª edição, Lisboa, 1997, p. 229.

⁹⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora, 2005, p. 178.

⁹⁵ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 149.

⁹⁶ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. P. 182. *Apud* AQUINO, Isabel Furtado Coelho, *Convenções Probatórias*, Juiz De Fora, 2015, p. 29.

⁹⁷ AQUINO, Isabel Furtado Coelho, *Convenções Probatórias*, Juiz De Fora, 2015, p. 29.

Quanto ao requisito de validade relativo à excessiva dificuldade de exercício do direito, este não parece ser um requisito que deva aplicar-se a todas e quaisquer convenções processuais probatórias. A aplicação deste limite faz mais sentido no âmbito das convenções de inversão do ônus da prova, uma vez que pode acontecer, por exemplo, que se onere a parte com o ônus de apresentar um documento que esteja na posse da outra parte, sendo que essa situação torna impossível ou excessivamente difícil o exercício do seu direito.⁹⁸

Ainda assim, seria ponderável a aplicação deste requisito à convenção restritiva dos meios de prova. Apesar da restrição dos meios de prova ser possível, efetivamente, a renúncia a meios de prova pode levar a uma posição de excessiva dificuldade de exercício do direito.⁹⁹ Não obstante, quando as partes decidam limitar os meios de prova, através de um pacto restritivo de meios de prova, não fará sentido a aplicação do mencionado requisito, pois qualquer limitação de produção de prova representa, de certo modo, uma obstrução ao exercício do direito.¹⁰⁰

Através do limite ora apreciado, prestigia-se a busca da verdade e o direito de acesso efetivo à justiça. O que se pretende é a garantia do núcleo mínimo desse direito, o que é incompatível com uma convenção que acarrete extrema dificuldade ou mesmo impossibilidade de prova do facto jurídico alegado.¹⁰¹

A segunda parte do n.º 2 do art. 345.º do Código Civil, consagra o último requisito específico de validade das convenções probatórias, trata-se do respeito pelas normas legais relativas à prova, que tenham por fundamento razões de ordem pública.

Em primeiro lugar, importa definir o âmbito do conceito de ordem pública. Trata-se aqui da ordem pública processual, ou seja, da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo, sendo esta constituída pelo *conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado*,

⁹⁸ O Código de Processo Civil brasileiro consagra tal requisito especificamente para as convenções sobre o ônus da prova no seu art.º 373.º, n.º 3, ponto II.

⁹⁹ MAFLESSONI, Behlua Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020, p. 111 e 112.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 112 e 113.

¹⁰¹ MACÊDO, Lucas Buril e PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. Revista dos Tribunais online. Revista de Processo. Vol 241/2015. p. 7. Disponível em: file:///C:/Users/s_oli/Downloads/Negocio_Processual_acerca_da_Distribuica.pdf.

*o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes.*¹⁰²

Assim, a ordem pública atua como um limite à autonomia das partes no processo, consistindo, fundamentalmente, no princípio da igualdade e capacidade das partes, no princípio do contraditório, no princípio da legalidade, no princípio do juiz natural, na independência e imparcialidade do juiz, na fundamentação das decisões judiciais, na busca da verdade material, na celeridade processual e no caso julgado.¹⁰³

Neste ensejo, assume um papel importante o juiz, a quem incumbe a análise do negócio jurídico processual probatório, sendo que o desrespeito pela ordem pública processual poderá culminar na invalidade do mesmo.¹⁰⁴ Leonardo Greco refere que, ao juiz, cabe *velar pelo núcleo duro de princípios e garantias que formam a ordem pública processual*, permitindo às partes dispor livremente sobre do procedimento, desde que seja respeitado esse mínimo irredutível.¹⁰⁵

No entanto, alguns autores consideram que, neste âmbito, deve considerar-se a ordem pública num sentido mais amplo, ou seja, não apenas no âmbito processual, mas também material, isto porque a autonomia privada, quer seja dentro ou fora do processo, não pode de forma alguma violar normas consideradas imperativas e inderrogáveis no direito português. Ou seja, a ordem pública afigura-se como um obstáculo à autonomia da vontade em qualquer ramo do direito, inclusive o processual.¹⁰⁶

Lucinda Silva distingue a ordem pública em sentido restrito e em sentido amplo. A autora considera que, em sentido restrito, a ordem pública inclui as normas correspondentes aos valores essenciais tutelados pela respetiva ordem jurídica, que se destinam a garantir a salvaguarda dos princípios fundamentais. Já num sentido amplo, no âmbito da ordem pública

¹⁰² GRECO, Leonardo, *Os Atos de Disposição Processual – Primeiras Reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, v. 1, n.º 1, 2007, p. 11.

¹⁰³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Rio de Janeiro, 2014. p. 148.

¹⁰⁴ ALMEIDA, Maria Luíza Malacrida. *A Litiscontestatio E O Negócio Jurídico Processual*, Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 19, n. 1, p. 115-134, jan./jun. 2016. p. 128.

¹⁰⁵ GRECO, Leonardo, *Os Atos de Disposição Processual – Primeiras Reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, v. 1, n.º 1, 2007, p. 25.

¹⁰⁶ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Rio de Janeiro, 2014. p. 149.

incluem-se todas as normas que são inderrogáveis, independentemente do seu nível de tutela.¹⁰⁷ Ora, o âmbito da noção de ordem pública que deve ser considerado na interpretação do n.º 2 do art. 345.º é o amplo. A noção de ordem pública deverá, assim, coincidir com a de imperatividade. Na ótica da autora, não se vislumbram razões para nos restringirmos ao núcleo duro, aos princípios fundamentais da ordem jurídica. Pois, admitindo-se a celebração de convenção probatória que fosse violadora de normas jurídicas imperativas, tal situação significaria atribuir às partes uma maior margem de autonomia, comparativamente com a que é concedida aos sujeitos jurídicos em geral, no âmbito da liberdade contratual. O que representaria, de certo modo, uma fonte de distorção do sistema jurídico.¹⁰⁸

Secção II – Condições gerais de validade

Uma vez que os negócios probatórios se assumem como uma espécie de negócio jurídico processual, estes obedecem, quer aos limites contantes da lei processual, quer aos limites estabelecidos nas normas de direito material para os negócios jurídicos em geral. Efetivamente, é no processo que as convenções produzem os seus efeitos mais imediatos, não obstante, os negócios processuais são manifestações de vontade constituídas a partir de entendimentos de natureza privada, pelo que devem obedecer aos requisitos de validade a esse nível determinantes. Ao nível material, as convenções podem encontrar limites internos e externos. Sendo que os internos dizem respeito aos vícios na manifestação da vontade das partes e os externos, por sua vez, condicionam os negócios processuais quanto ao seu objeto e conformação à ordem pública.¹⁰⁹

¹⁰⁷ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 199 a 205.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 199 a 205.

¹⁰⁹ MÜLLER, Julio Guilherme, *A Produção Desjudicializada Da Prova Oral Através De Negócio Processual Análise Jurídica E Econômica*, São Paulo, 2016, p. 117 e 118.

Subsecção I – Limites de direito material

a) Limites externos:

Assumindo, desde logo, a convenção probatória a qualidade de negócio jurídico, cumpre apreciar a eventual relação entre os requisitos específicos acabados de analisar e os requisitos gerais aplicáveis ao livre exercício da liberdade negocial, no sentido de saber se os requisitos específicos de validade se compatibilizam com os requisitos gerais, bem como saber se a estipulação de tais requisitos dispensa a aplicabilidade dos requisitos gerais.¹¹⁰

Quanto à primeira questão, existe uma coincidência entre o regime geral e o regime especialmente previsto para as convenções de prova, pois, considerando as disposições gerais quanto aos negócios jurídicos, mormente o art. 280.º do Código Civil português, é nulo o negócio jurídico contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. De facto, já resulta dessa norma a nulidade de todo e qualquer negócio jurídico que tenha como objeto matéria indisponível ou imperativa. Pelo que a convenção seria de qualquer modo nula, quando conflituante com tais matérias, por aplicação dos critérios gerais.¹¹¹

Ainda assim, para Lucinda Silva, tal coincidência não significa que a previsão específica das convenções de prova seja destituída de sentido, uma vez que esta é útil para diminuir o esforço de interpretação na elucidação das dimensões relativas ao regime da prova, de natureza indisponível. A norma esclarece, assim, que a previsão de novos meios de prova, bem como a exclusão de meios de prova legalmente previstos, ou ainda a alteração do regime do ónus da prova, não são matérias inalteráveis por acordo. Ademais, na ótica da autora, dentro das matérias passíveis de convenção, que a própria norma considera disponíveis, o normativo elucida que o direito à prova continua, mesmo quanto a essas matérias, relativamente indisponível, pois estabelece o patamar além do qual o regime legal se torna convencionalmente inderrogável. Além disso, através do regime específico em causa, sublinha-se que o acordo probatório não pode incidir sobre direitos indisponíveis. Tal consagração assume-se de grande importância na medida em que afasta qualquer sustento na interpretação de que a convenção seria válida ainda que o objeto da ação respeitasse a matéria indisponível, com o argumento de,

¹¹⁰ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 209.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 211.

através da convenção de prova, não se dispor do direito, mas apenas das regras da prova (o que levaria a um risco de disposição do direito, por via indireta).¹¹²

Assim, concluindo no sentido de que os requisitos específicos de validade se compatibilizam com os requisitos gerais, cumpre saber se a estipulação dos requisitos especiais dispensa a aplicabilidade dos gerais.

Vejamos, no âmbito da regulação específica da convenção de prova, consagra-se sobretudo hipóteses em que as convenções de prova colidam com matéria indisponível, no âmbito do direito da prova. O que se depreende da expressão “quanto à prova” empregadas pela lei, bem como pelo facto de, quanto ao requisito do excessivo grau de dificuldade do exercício do direito realizando, se tratar do excessivo grau de dificuldade de exercício do direito à prova. No entanto, as convenções de prova podem também contender com matéria indisponível a outros níveis. Estas podem conflitar com regime jurídico alheio à normatividade reguladora da prova, mas, do mesmo modo, destinado a tutelar interesses dotados de relevo prevalecente, e, portanto, igualmente insuscetível de modificação por acordo das partes. O mesmo se diga no caso de o conteúdo da convenção de prova ser, ainda que compatível com o regime legal relativo à prova, incompatível com os bons costumes ou a ordem pública (em sentido estrito, no âmbito da autonomia contratual). Assim, a aplicabilidade dos requisitos específicos de validade relativos à prova, não dispensam o cumprimento dos requisitos gerais da liberdade contratual.¹¹³

b) Limites internos:

Ainda ao nível material, a validade dos negócios jurídicos depende da capacidade das partes, da declaração de vontade sem irregularidades, da idoneidade do objeto¹¹⁴ e da forma.¹¹⁵

No respeitante à capacidade civil das partes, a capacidade para o exercício de direitos, bem como a capacidade de gozo, deve ser verificada, nos termos do Código Civil. Como se sabe, a incapacidade negocial de gozo leva, por regra, à nulidade do negócio jurídico, ao passo

¹¹² SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 199 a 213 e 214.

¹¹³ *Ibidem*, p. 214 e 215.

¹¹⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora, 2005, p. 384.

¹¹⁵ MÜLLER, Julio Guilherme, *A Produção Desjudicializada Da Prova Oral Através De Negócio Processual Análise Jurídica E Econômica*, São Paulo, 2016, p. 146.

que a incapacidade de exercício provoca a anulabilidade do negócio, podendo esta ser sanada por via da representação legal e pela assistência.¹¹⁶

Quanto à regularidade na formação da vontade, as convenções de prova são celebradas no âmbito e no seguimento da vontade das partes, são constituídas através da expressão da vontade das mesmas. Assim, a elaboração dos negócios jurídicos processuais está adstrita ao consentimento livre e informado das partes integrantes desse mesmo negócio. Nesta senda, a verificação de um vício na formação da vontade leva à invalidade da convenção, se a vontade for manifestada através de erro, dolo ou coação, a convenção pode ser anulada. Tais vícios da vontade devem, no entanto, ser alegados pelas partes, para que a declaração seja anulável pelo juiz, nos termos do art. 247.º do Código Civil português.¹¹⁷

Quanto à idoneidade do objeto, exige-se que o objeto do negócio processual seja lícito, determinado ou determinável, nos termos do art. 280.º, n. 1, do Código Civil português. As partes não podem, portanto, negociar condutas ilícitas, o objeto deve, além disso, ser possível, uma vez que a validade do negócio jurídico está adstrita à sua exequibilidade, seja física ou legal. Quanto ao tema da determinabilidade do objeto da convenção, este deverá estar determinado ou, pelo menos, ser determinável. Isto porque, ao celebrarem convenções de forma genérica, as partes afastam a previsibilidade e segurança jurídica que se pretende e que deve presidir à celebração dos negócios jurídicos em geral.¹¹⁸

Por último, relativamente à forma a observar na celebração de negócios processuais, o Código de Processo Civil português consagra, a título de exemplo, a forma a adotar para os pactos de jurisdição e para os pactos de competência, além disso, a Lei da Arbitragem Voluntária estabelece a necessidade de redução a escrito da convenção de arbitragem. No entanto, uma vez que não existe no nosso ordenamento uma cláusula geral de negociabilidade atípica, a forma a aplicar à generalidade dos negócios processuais não está estabelecida. Do mesmo modo, ainda que legalmente tipificadas as convenções processuais probatórias, a lei é omissa quanto aos pressupostos de validade formal aplicáveis a este tipo de convenções. No entanto, é de notar que os motivos que levaram à necessidade de o legislador impor forma escrita para determinados negócios processuais são equivalentes aos que deveriam levar à

¹¹⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora, 2005, p. 220.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 141.

¹¹⁸ MAFFESONI, Behlúa Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020, p. 83 e 84.

obrigatoriedade de observância de forma escrita para os negócios processuais em geral, incluindo as convenções de prova.¹¹⁹

Subsecção II – Limites de direito processual

Ao nível processual, coloca-se a questão de saber se a validade deste tipo de negócios jurídicos depende da verificação dos pressupostos processuais. Principalmente, no que respeita aos pressupostos da personalidade e capacidade judiciárias, e ao patrocínio judiciário. Isto porque, conforme já se salientou, se por um lado os negócios processuais constituem manifestações de vontade constituídas a partir de entendimentos de natureza privada, por outro lado, é no processo que as convenções irão produzir os seus efeitos mais imediatos.¹²⁰

A doutrina maioritária considera que é necessária a verificação de tais pressupostos processuais. Maffessoni¹²¹ entende, no que respeita à personalidade judiciária, que as convenções processuais podem ser constituídas não só por quem tem personalidade jurídica, mas também pelos que, ainda que não tenham personalidade jurídica, possuam personalidade judiciária, como os casos previstos no art. 12.º do Código de Processo Civil português. Já quanto à capacidade judiciária, que consiste na suscetibilidade de estar por si em juízo¹²², ainda que a parte não tenha capacidade para estar em juízo autonomamente, os incapazes podem celebrar negócios processuais, desde que estejam representados ou assistidos. Já no que concerne ao patrocínio judiciário, o autor entende que nem sempre será exigida para a celebração de negócios processuais, uma vez que as convenções podem ser celebradas antes e fora do processo, pelo que não será necessária a intervenção de advogado para que estas sejam válidas.¹²³

¹¹⁹ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 234.

¹²⁰ MÜLLER, Julio Guilherme, *A Produção Desjudicializada Da Prova Oral Através De Negócio Processual Análise Jurídica E Econômica*, São Paulo, 2016, p. 118.

¹²¹ MAFFESSIONI, Behlúa Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020, p. 78.

¹²² Cfr. o art. 15.º do Código de Processo Civil Português

¹²³ MAFFESSIONI, Behlúa Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020, p. 78.

No mesmo sentido, Dickhoff entende que se aplicam na íntegra os pressupostos da personalidade e capacidade judiciária, e ainda, relativamente ao patrocínio judiciário, defende que este pressuposto processual só é condição de validade do negócio na medida em que a convenção diga respeito a um ato jurídico de origem intraprocessual.¹²⁴

No entanto, Lucinda Silva entende que os pressupostos processuais relativos às partes devem ser cumpridos ainda que fora do processo¹²⁵, uma vez que se pretende acautelar os mesmos interesses,. Nomeadamente, o interesse de garantir que os atos processuais são praticados de acordo com as regras legalmente estabelecidas, bem como o de assegurar que as partes atuam processualmente com amplo conhecimento das consequências jurídicas relacionadas com tal ação.¹²⁶

Importa dar nota que, ainda que a capacidade judiciária tenha por base e medida a capacidade de exercício, e a personalidade judiciária tenha por base a personalidade jurídica (com exceção dos casos de extensão da personalidade judiciária), tais conceitos não se sobrepõem. Isto porque, mesmo que a convocação de um ou outro leve ao mesmo resultado (invalidade), as consequências daí extraíveis divergem. Vejamos, se o negócio jurídico seria sempre inválido no caso de, por exemplo, uma das partes não ter capacidade de exercício de direitos, essa ilicitude reconduzir-se-ia à anulabilidade do acordo, enquanto que, não existindo capacidade judiciária, a falta desse pressuposto processual geraria uma nulidade do negócio¹²⁷, como se verá na próxima secção, aquando da análise das consequências da invalidade.

¹²⁴ Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 72. *apud* SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 436.

¹²⁵ Posição que adotamos para efeitos do presente estudo.

¹²⁶ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 221.

¹²⁷ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 240.

Secção III – Consequências da invalidade

Conforme já salientado, cabe ao juiz a verificação do cumprimento dos requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais.¹²⁸

Ao nível das condições específicas de validade desenvolvidas na secção I, a consequência da invalidade das convenções de prova é a nulidade, conforme o previsto no art. 345.º, n.º 1 e n.º 2 do Código Civil português.

Já no que respeita às condições gerais de validade (na vertente material) desenvolvidas na secção II, considerando os negócios processuais como uma subcategoria de negócios jurídicos, podem verificar-se outras consequências da invalidade, que não apenas a nulidade. Tais consequências são as previstas nas respetivas normas que consagram os requisitos de validade. Assim, a falta dos requisitos gerais dos negócios jurídicos, além de poder gerar uma nulidade, pode ainda culminar numa anulabilidade ou numa inexistência.¹²⁹

Quanto às condições gerais de validade (na vertente processual), a invalidade que decorra da não observância dos requisitos, que quando analisados sob o ponto de vista intraprocessual¹³⁰, correspondem aos pressupostos processuais relativos às partes, determina, extraprocessualmente, a nulidade da convenção. Ora, quando não se verificam os pressupostos processuais relativos às partes, regra geral, ocorre a carência de efeitos dos atos praticados sob esse circunstancialismo para a tutela dos interesses que se visa proteger, salvo algumas exceções¹³¹, ocorre a absolvição do réu da instância. Assim, as consequências decorrentes do não preenchimento, fora do processo, dos pressupostos processuais, deverão proporcionar o

¹²⁸ SANTOS, Amanda Siqueira Beltrão, *A Gestão Processual Realizada Pelas Partes*. Lisboa, 2017. p. 113.

¹²⁹SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 237.

¹³⁰ Quando perspectivado do ponto de vista intraprocessual, constitui objeto possível de exceção dilatória.

¹³¹ Lucinda Silva sublinha que há exceções a esta consequência. Desde logo, temos uma exceção quanto ao patrocínio judiciário, a não constituição de mandatário pelo réu, quando obrigatória, resulta tão só na ineficácia da defesa. Também o art. 278.º, n.º 3 do Código de Processo Civil consagra que não há lugar a absolvição da instância quando, ainda que subsistam exceções dilatórias destinadas a tutelar o interesse de uma das partes, nenhum outro motivo obste, no momento da apreciação da exceção, ao conhecimento do mérito e a decisão seja integralmente favorável a essa parte. Pode também acontecer que, ainda que exista absolvição da instância, esta não determine a ineficácia dos atos de propositura da ação e de citação do réu, quando no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado da decisão, seja proposta nova ação ou nesta realizada a citação (art. 279.º, n.º 2, do Código de Processo Civil). Vide SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 238.

mesmo grau de tutela. Pelo que, para efeitos de determinação da invalidade da convenção de prova, não relevam as exceções à consequência da absolvição da instância. Visto que, de um modo geral, estas exceções visam acautelar interesses no âmbito do processo, que perdem o seu sentido quando analisadas extraprocessualmente.¹³² Razão pela qual o não preenchimento dos referidos requisitos relativos às partes, conduz sempre à invalidade (nulidade) do ato praticado (convenção de prova), independentemente de a celebração se verificar dentro ou fora do processo. A aplicabilidade dos referidos requisitos numa vertente negocial justifica-se pela necessidade de salvaguarda dos mesmos interesses. Consequentemente, a falha dos requisitos fora do processo deve ser em ordem a proporcionar o mesmo grau de tutela. A equiparação dos efeitos opera através da nulidade, consequência suportável no art. 280.º, n.º 1, do Código Civil. O objetivo será o de retirar os efeitos do ato jurídico ao negócio cujo objeto se revele contrário à lei¹³³. Neste sentido, revela-se contrário à lei o negócio jurídico relativamente ao qual tais requisitos não sejam cumpridos, privando-se o ato dos efeitos para cuja produção, caso se cumprisse as condições, se revelaria apto.¹³⁴

Concluindo, a consequência da nulidade é a que se revela mais apta. Caso se optasse pelo vício da anulabilidade, uma vez que este permite a subsistência do contrato no caso de as partes não suscitarem o vício, tal não seria consentâneo com a consequência prevista no âmbito do processo, uma vez que a não observância do pressuposto processual relativo às partes constitui exceção dilatória de conhecimento oficioso, conduzindo à ineficácia dos atos. Acresce

¹³² A primeira exceção discernida na nora anterior destina-se a evitar que o réu pudesse fazer um uso abusivo do regime legal. Visa-se com esta exceção obstar ao impedimento do exercício de um direito processual do autor. Partindo do pressuposto que o requisito do patrocínio judiciário constitui um pressuposto de validade da convenção, não se verificando este, deve assegurar-se, no plano negocial, a produção de efeitos equiparáveis aos que se produzem no âmbito do processo. Se no processo há lugar à ineficácia do ato, no plano da invalidade negocial equivale à nulidade do negócio. Quanto à segunda exceção, esta também não releva uma vez que visa salvaguardar os atos de propositura da ação e de citação, algo que não se aplica extraprocessualmente. No que respeita à terceira exceção, o que se pretende é não obstar ao conhecimento do mérito quando este conhecimento seja favorável à parte cuja tutela se pretendia acautelar com o pressuposto processual. Tal situação também não se enquadra na hipótese que se considera. Isto considerando que o tribunal aquando da aferição da validade da convenção de prova, não tem ainda convicção formada quanto ao sentido da decisão de mérito, razão pela qual não prescindiu da produção de prova. Vide SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 238.

¹³³ Deve entender-se lei num sentido amplo, não apenas as normas legais inderrogáveis, mas todas as que, com a mesma natureza, sejam extraídas do sistema jurídico no seu todo.

¹³⁴SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 238 e 239.

ainda o facto de estarem em causa o interesse público, cuja tutela é por norma assegurada pelo instituto da nulidade.¹³⁵

Importa agora averiguar em que termos e de que modo deve a invalidade da convenção processual ser feita valer no processo. Vejamos, no direito processual existem três tipos de irregularidades, sendo que estes podem consubstanciar uma exceção dilatória, uma nulidade, e residualmente, as demais irregularidades praticadas no processo, que não sejam enquadráveis pelas categorias anteriores.¹³⁶

Ora, coloca-se assim a questão de saber onde enquadrar a invalidade das convenções de prova. Por exclusão de partes, não pode aplicar-se o regime da nulidade uma vez que a arguição da nulidade respeita somente a atos praticados no processo. Por outro lado, não se pode aplicar a exceção dilatória, uma vez que a convenção de prova não contende nunca com o objeto da causa. Isto uma vez que a invalidade da convenção de prova não leva ao não conhecimento do mérito, mas tão só à desconsideração do regime probatório estabelecido pelas partes.¹³⁷

No mesmo sentido, a invalidade da convenção de prova não corresponde a uma exceção perentória, pois não tem como objetivo a improcedência da ação. Bem como não constitui um modo de impugnação, pois reporta-se a uma factualidade jurídica nova.¹³⁸

A invocação no processo da invalidade da convenção de prova possui assim características híbridas e, portanto, comuns às enunciadas. Se por um lado representa um novo argumento factual, pelo que constitui uma exceção, por outro lado esse argumento está normativamente previsto, possui caráter adjetivo, é conhecido a título de questão incidental e, quando procedente, conduz à perenção do direito (à alteração do regime supletivo vigente em matéria de prova) que a parte contrária pretendia fazer valer no processo. Pelo que se poderá concluir que a invalidade da convenção de prova constitui uma irregularidade.¹³⁹

Por fim, a questão que se levanta é a de saber quem pode suscitar o conhecimento da nulidade da convenção de prova. Quanto ao vício da nulidade, nos termos gerais, este vício é

¹³⁵ *Ibidem*, p.238.

¹³⁶ *Ibidem*, p.243.

¹³⁷ *Ibidem*, p.244.

¹³⁸ *Ibidem*, p.245 e 246.

¹³⁹ *Ibidem*, p.246 e 247.

conhecido oficiosamente, sendo ainda insanável e podendo ser conhecido a todo o tempo.¹⁴⁰ Já as causas de invalidade que conduzem à anulabilidade, não sendo de conhecimento oficioso, configuram fundamento de exceção a deduzir pelas partes.¹⁴¹ Pelo que, considerando que o vício da anulabilidade é sanável, uma vez não arguido o vício, convalida-se o negócio jurídico processual. Sendo a nulidade a consequência prevista no art. 345.º do Código Civil, quando não verificados os requisitos específicos de validade constantes desse normativo, este vício é de conhecimento oficiosamente, é insanável e pode ser conhecido a todo o tempo.¹⁴² O mesmo regime se aplica quando a invalidade decorra da não inobservância dos requisitos de índole processual, bem como quando as consequências provenientes da irregularidade na formação da vontade sejam as da nulidade ou da inexistência. Já no que respeita às causas de invalidade das convenções de prova conducentes ao vício da anulabilidade, tal vício é insuscetível de controlo oficioso, pelo que deverá ser arguido pelas partes.¹⁴³

CAPÍTULO IV – Os negócios jurídicos probatórios e o juiz

Secção I – O juiz como parte nos negócios processuais probatórios

A celebração de negócios jurídicos processuais configura uma forma de gestão processual, realizada pelas partes. Assim, ocorre uma dualidade da gestão processual, ou seja, se por um lado temos a gestão processual realizada pelo juiz, por outro lado temos a gestão

¹⁴⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora, 2005, p. 620 e 621.

Sobre este tema, ver ainda YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das Partes em Matéria Processual: Rumo a uma Nova Era?* In: *Negócios Processuais*. Salvador. 2015. p. 76 e 77.

¹⁴¹ Vide o art. 287.º do Código Civil.

¹⁴² PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora, 2005, p. 621 e 622.

¹⁴³ SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 247.

processual realizada pelas partes através dos negócios processuais. A gestão processual do juiz está consagrada no Código de Processo Civil português, no art. 6.º, n.º 1.¹⁴⁴

Assim, coloca-se a questão de saber se o juiz pode ser considerado parte no negócio jurídico processual. Vejamos, a resposta a esta questão dependerá do sujeito de quem partiu a iniciativa da gestão processual.¹⁴⁵

No caso de a gestão processual ser de iniciativa do juiz, não há dúvida de que o magistrado é parte nessa convenção, porque a própria legislação determina a participação ativa do juiz no acordo, conforme o disposto no art. 6.º, n.º 1, do Código de Processo Civil português.¹⁴⁶

Já no caso de a gestão processual ocorrer através de negócio processual celebrado pelas partes, a doutrina não é unânime.

Nesta senda, parte dos autores entendem que o juiz não faz parte do acordo. Isabel Aquino parte do princípio da relatividade dos contratos. A convenção processual apenas vincula as partes que a celebram, pelo que não pode prejudicar terceiros. No entanto, salienta a autora que, sobretudo em matéria de limitação probatória, é inegável a interferência das convenções probatórias na atuação do juiz.¹⁴⁷

No mesmo sentido, Passo Cabral entende que o juiz não é parte na convenção processual, uma vez que não possui capacidade negocial. Conforme é salientado pelo autor, tem capacidade negocial quem atua com algum interesse. Ora, não é o caso do Estado-juiz, já que este não possui interesses próprios no processo, cabendo-lhe atuar com imparcialidade.¹⁴⁸

A mesma posição é adotada por Julio Müller, que salienta que a imparcialidade e neutralidade que se esperam do magistrado impedem a sua manifestação de vontade numa convenção processual.¹⁴⁹

¹⁴⁴ SANTOS, Amanda Siqueira Beltrão. *A gestão processual realizada pelas partes*. Lisboa, 2017. p. 110.

¹⁴⁵ SANTOS, Amanda Siqueira Beltrão. *A gestão processual realizada pelas partes*. Lisboa, 2017. p. 110.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 111.

¹⁴⁷ AQUINO, Isabel Furtado Coelho de. *Convenções probatórias*. Juiz de Fora, 2015. p. 32.

¹⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 252-253 *apud* MAFFESSONI, Behlúa Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020, p.119.

¹⁴⁹ MÜLLER, Julio Guilherme, *A produção desjudicializada de prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica*. São Paulo, 2016. p. 119.

Alguns autores, por outra banda, atribuem ao juiz o papel de parte na convenção probatória, como é o caso de Érico Andrade, que defende que os negócios processuais configuram uma forma de colaboração para a gestão processual, que é compartilhada entre o juiz e as partes, substituindo assim a tradicional atuação unilateral do juiz na condução do processo.¹⁵⁰

Já autores como Murilo Avelino distinguem as situações em que o juiz atua para homologar ou controlar a validade de um ato, daquelas em que o juiz atua para que o ato seja válido (caso de atos que exigem a declaração de vontade do juiz, sem a qual o mesmo não é válido).¹⁵¹ São convenções processuais plurilaterais. No entanto, o juiz só pode ser sujeito do negócio processual quando este seja típico, uma vez que, partindo o autor da análise do art. 190.º do Código de Processo Civil brasileiro, quando o legislador impõe como limite “direitos que admitam autocomposição”, subentende-se que a hipótese do art. 190º, que trata dos negócios processuais atípicos, não se aplica ao juiz. Isto porque o juiz não titulariza qualquer direito posto em causa como objeto do processo.¹⁵²

Ora, o mesmo raciocínio pode ser aplicado às convenções probatórias, considerando a norma geral do art. 345.º do Código Civil português. O 345.º, n.º 1 consagra como limite à celebração de convenções probatórias a disponibilidade do direito. Pelo que, conforme entendimento do autor, nas convenções probatórias o juiz não poderá assumir-se como parte.

Assim, para Murilo Avelino, nas hipóteses de negócio probatório típico no qual a lei atribui expressamente um poder-dever ao juiz, este atua como sujeito do negócio processual.

No mesmo sentido, Maffessoni defende que existem convenções processuais típicas que são celebradas pelas partes e pelo juiz, dando como exemplo o calendário processual

¹⁵⁰ANDRADE, Érico. *Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para a implementação das novas tendências no CPC/2015*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 76, pp. 183-212, jan./jun. 2020p. 208

¹⁵¹ Trata-se de negócios processuais plurilaterais, que exigem a manifestação de vontade válida das partes e do juiz. O juiz atua, assim, como sujeito do ato, sendo que sem a sua participação não existe negócio jurídico processual válido. (AVELINO, Murilo Teixeira. *A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais*. Revista de Processo 2015 REPRO VOL. 246, 2015. p. 8.). Em Portugal, o poder de programação é um poder atribuído ao juiz, que está abrangido pelo dever de gestão processual. Neste sentido, o juiz deve, após a audição dos mandatários, programar os atos a serem realizados na audiência final, estabelecendo o número de sessões e designando suas datas. Entre nós não se trata de um negócio processual plurilateral mas de uma técnica processual voltada para a gestão eficiente do processo. No entanto, noutros ordenamentos essa programação configura um contrato, bem como na França, onde se preveem os *contrats de procédure*. Ou ainda o calendário processual do novo processo civil brasileiro, conforme previsto no art. 191 do CPC. (PEIXOTO, Juliene de Souza. *A gestão processual como mecanismo de efetividade e de eficiência*. Coimbra. 2016. p. 39 e 40.).

¹⁵²AVELINO, Murilo Teixeira. *A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais*. Revista de Processo 2015 REPRO VOL. 246, 2015. p. 8.

consagrado no art. 191º do Código de Processo Civil brasileiro, e do saneamento compartilhado do processo previsto no art. 357º, parágrafo 3º, do mesmo diploma legal.¹⁵³ O autor acrescenta ainda outros argumentos a favor da consideração do juiz como parte na convenção processual, nomeadamente, o facto de o juiz ter o poder de adaptar o procedimento através de atos próprios, o que, na ótica do autor, lhe confere por maioria de razão a possibilidade de o fazer em conjunto com as partes.¹⁵⁴ Ademais, não há qualquer desvantagem na participação do magistrado como parte nos negócios processuais, antes pelo contrário, uma vez que a participação cooperativa do juiz poderá ser um instrumento de gestão processual essencial.¹⁵⁵

Em nosso entender, o juiz não poderá ser parte no negócio jurídico probatório, a não ser que a convenção tenha surgido do exercício do seu poder de gestão processual, caso contrário, e ainda que a celebração das convenções probatórias interfira na sua área de atuação, este não é parte do negócio processual, devendo apenas verificar os requisitos de validade do mesmo.

Secção II – Eventual restrição dos poderes de promoção de prova do juiz

Questão diversa é a de saber se o juiz, independentemente de ser parte na convenção, está vinculado às convenções processuais probatórias. Quanto a esta problemática, entende-se na generalidade da doutrina que existe uma vinculação do juiz ao que foi acordado pelas partes. Assim como está o juiz vinculado aos negócios jurídicos de direito material, está também vinculado às convenções processuais, devendo respeitar o acordo na mesma medida em que respeita as normas jurídicas.¹⁵⁶

No âmbito das convenções processuais probatórias, assume especial relevo a questão da eventual limitação dos poderes probatórios do juiz. A doutrina encontra-se dividida quanto a esta questão, opondo-se à posição dos autores que entendem que os poderes probatórios do juiz

¹⁵³ MAFFEISSONI, Behlua Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020, p. 120.

¹⁵⁴ MAFFEISSONI, Behlua Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020, p.121.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.118.

são limitados pela convenção probatória, os que consideram que a convenção não afeta tais poderes.

As teses defensoras da limitação dos poderes do juiz têm por base sumariamente três argumentos: o facto de serem as partes quem melhor conhece os seus direitos, a questão existir uma heteroregulação da atividade judicial através do negócio jurídico processual, e a não imposição de excessivos entraves, sob pena de se inutilizar o instituto da convenção de prova prevista pelo legislador.¹⁵⁷

No que respeita ao primeiro argumento apontado, Giuseppe Chiovenda entende que “*las partes son los mejores jueces de la propia defensa*”. As partes são as melhores conhecedoras dos seus direitos, e não o juiz, pelo que devem poder dispor livremente do direito material probatório.¹⁵⁸

Quanto à heteroregulação da atividade judicial, quando não previstas expressamente as convenções probatórias, Passo Cabral entende que a própria lei assegura às partes o poder de limitar a atividade judicial, partindo do processo cooperativo, no qual todos os sujeitos processuais são importantes. Ora, o juiz deve, nesta ótica, dar espaço à efetiva colaboração das partes no processo.¹⁵⁹

Assim, a limitação dos poderes do juiz não decorre da vontade das partes, mas da própria alteração do procedimento, pelo que a instância já surge sem o meio probatório excluído para todos os sujeitos processuais.¹⁶⁰

Por último, não devem impor-se demasiados entraves à celebração de convenções probatórias, sob pena de tornar o instituto da convenção de prova inutilizável. Conforme afirma Comoglio, o facto a lei muitas das vezes não trazer critérios e limites objetivos a certos

¹⁵⁷ PERES, Pedro Quintaes. *A (im) possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos sob a perspectiva da justa decisão*. Coimbra, 2019. p. 98.

¹⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo II. Madrid: Reus, 1955, p. 183.

¹⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: entre publicismo e privatismo*. São Paulo. 2015. p. 239 *apud* AQUINO, Isabel Furtado Coelho de. *Convenções probatórias*. Juiz de Fora, 2015. p. 32.

¹⁶⁰ COSTA JUNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional, situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 49. *apud* PERES, Pedro Quintaes. *A (im) possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos sob a perspectiva da justa decisão*. Coimbra, 2019. p. 99.

instrumentos jurídicos, “*acaba alimentando com isso limitadas interpretações, que correm o risco de desvitalizar a priori ou, ainda, neutralizar as inovações*”.¹⁶¹

Por outro lado, parte da doutrina não aceita a interferência das partes nos poderes instrutórios do juiz através da celebração de convenções probatórias. De entre os argumentos apontados pela doutrina destacam-se a necessidade da busca pela verdade material, o dever de proporcionar às partes uma tutela jurisdicional sustentada na sua convicção, e ainda a questão de não se poder negociar sobre a esfera jurídica de terceiro.¹⁶²

Leonardo Greco propugna que as partes não podem limitar os poderes do juiz na investigação da verdade. Nota ainda que, mesmo que o juiz apenas deva exercer os seus poderes probatórios (em regra, subsidiariamente), *não pode deles abrir mão*. Acrescenta o autor que o juiz pode até assentir na indicação do perito feita pelas partes através de acordo, no entanto, ressalva que a decisão final será sempre da responsabilidade do juiz, e não das partes. Ou, do mesmo modo, pode o magistrado entender que não é necessária qualquer outra prova, além das de natureza oral, aceitando a proposta das partes.¹⁶³

Quanto ao argumento relacionado com a convicção do juiz, Luiz Marinoni assinala que as partes não podem delimitar os meios de prova mobilizáveis no processo, limitando dessa forma os poderes do juiz, e ignorando totalmente a convicção do mesmo. Considera o autor que isso seria admitir a irrelevância de saber se a decisão da causa teve por base provas úteis e aptas a formar a convicção do juiz ou não. Admitindo, portanto, que a autonomia das partes seria suficiente para legitimar a decisão, ainda que esta se tivesse fundado numa convicção incapaz de reproduzir a realidade dos factos. Tal entendimento é inaceitável na ótica do autor, partindo do entendimento que todos têm o direito à tutela jurisdicional efetiva.¹⁶⁴

Outro dos argumentos invocados pela doutrina corresponde à impossibilidade de negociação sobre a esfera jurídica de terceiros. Ora, as partes não poderiam, assim, afetar ou

¹⁶¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 2. ed. Torino. UTET, 2004. p. 96. *apud* PERES, Pedro Quintaes. *A (im) possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos sob a perspectiva da justa decisão*. Coimbra, 2019. p. 98.

¹⁶²MAFFESONI, Behlúa Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020. p. 124.

¹⁶³GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. Revista eletrônica de direito processual. www.revistaprocessual.com. 1ª Edição – Outubro/Dezembro de 2007. p. 24.

¹⁶⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2018, p. 89.

limitar os poderes instrutórios concedidos pela própria lei ao juiz. Uma vez que, desse modo, estariam a convencionar acerca de poderes de terceiros, o que lhes seria vedado.¹⁶⁵

Para Paulo Lucon, pese embora às partes seja permitida a negociação de limitações probatórias, esse acordo não terá o poder de inibir o juiz de determinar, oficiosamente, a produção de prova excluída por via da convenção probatória, uma vez que é necessário preservar os poderes instrutórios do juiz. Alerta o autor que as partes não podem pretender revogar os poderes do juiz, que lhe são conferidos pela lei.¹⁶⁶

Em nosso entender, não podem os poderes do juiz ser limitados pela convenção probatória das partes. Uma vez que, partindo da necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva, e sendo a prova constante dos autos insuficiente para a formação da convicção do juiz, não deve existir impedimento ao exercício dos poderes instrutórios deste.

Secção III– A compatibilidade dos negócios jurídicos processuais com o publicismo processual

Importa desde logo dar nota que os poderes instrutórios do juiz assumem contornos diferenciados conforme o modelo de processo em que se inserem. O modelo adversarial é marcado pelo princípio dispositivo, no qual incumbe às partes a iniciativa probatória e não ao magistrado. No modelo publicista destaca-se o princípio inquisitivo, no qual o poder instrutório do juiz tem como objetivo admitir a investigação dos factos. Motivo pelo qual se atribui poderes mais amplos ao juiz, incumbindo-lhe adotar uma atitude mais ativa na fase da instrução.

No modelo publicista do processo, por sua vez, atribuiu-se ao juiz a figura central do processo, atuando no processo como o representante do Estado, independentemente da vontade individual das partes. Acontece que, com a ampla atribuição de poderes ao juiz no processo, surgiu o hiperpublicismo, que foi caracterizado por uma desequilibrada distribuição dos

¹⁶⁵ MAFFESSIONI, Behlua Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020. p. 147.

¹⁶⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Capítulo XII. Das Provas*. In: CABRAL, Antonio do Passo. *apud* MAFFESSIONI, Behlua Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020. p. 147.

poderes do magistrado, impedindo a autonomia das partes e fomentando o princípio de que a solução a dar ao litígio somente poderia ser tomada pelo estado-juiz, através da aplicação das normas jurídicas. Desse modo, tornou-se evidente a função autoritária do juiz na aplicação do direito objetivo, direito este que não poderia, nunca, resultar da atuação privada.¹⁶⁷

Já o modelo de processo cooperativo visa fundamentalmente o equilíbrio participativo entre as partes e o magistrado, no qual se pretende que não haja uma relação de hierarquia ou superioridade entre os sujeitos processuais.¹⁶⁸

Em Portugal, ao nível dos modelos de processo, o processo civil sofreu uma profunda evolução ao longo dos anos. O Código de Processo Civil de 1876 era baseado sobretudo em ideais liberais e numa ampla consagração do princípio do dispositivo puro, atribuindo às partes o domínio do processo. No entanto, no decorrer do século XX, tal princípio passou por uma forte erosão, devido à influência de outros princípios que foram sendo introduzidos no nosso sistema e que hoje são estruturantes no nosso processo civil.¹⁶⁹ Assim, a pouco e pouco o processo foi-se aproximando do publicismo processual. Pelo que, é possível afirmar que nos dias de hoje o processo civil assenta num modelo cooperativo de processo,¹⁷⁰ no qual assume especial importância princípios como o da cooperação¹⁷¹ e da gestão processual, e ainda o princípio do inquisitório, sendo que todos estes princípios se participam no processo a par do princípio do dispositivo, na sua forma mais moderada.¹⁷²

O processo português passou assim por uma reforma, deixando de ser um modelo autoritário, marcado pelo individualismo, para dar lugar a um procedimento amplamente participativo das partes, com vista à efetivação do direito material.¹⁷³

¹⁶⁷ SANTOS, Amanda Siqueira Beltrão. *A gestão processual realizada pelas partes*. Lisboa, 2017. p. 64.

¹⁶⁸ MAFFESONI, Behlva Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020. p. 132.

¹⁶⁹ Conforme denota Miguel Teixeira de Sousa, foram sendo criadas novas regras acerca dos processos declarativo, executivo e cautelar, sendo que a reforma de 1995 se resume em três princípios fundamentais, o princípio do contraditório, o princípio da igualdade das partes e, principalmente, o princípio da cooperação. (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Apreciação de alguns aspectos da revisão do processo civil*. Projecto. P. 355.)

¹⁷⁰ Note-se que um dos mais importantes argumentos a favor das convenções processuais, mormente as probatórias, é baseado no princípio da cooperação.

¹⁷¹ Vide o art. 7.º do Código de Processo Civil Português.

¹⁷² DOMINGOS, Pedro João Tinoco, *A erosão do princípio do dispositivo: uma breve reflexão sobre a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais*. Coimbra, 2018. p. 88.

¹⁷³ SANTOS, Amanda Siqueira Beltrão. *A gestão processual realizada pelas partes*. Lisboa, 2017. p. 47.

Nesse diapasão, todas as alterações legislativas operadas no processo civil português foram feitas com o objetivo de alcançar uma maior flexibilização do processo, algo que os negócios jurídicos processuais podem, na prática, ajudar a alcançar.¹⁷⁴

Assim sendo, o tema do autorregramento da vontade e a gestão processual das partes por via das convenções processuais surgiu por forma a equilibrar os poderes entre todos os sujeitos processuais. Com a intenção de equilibrar os ideais publicistas e privatistas do processo, diminuindo os poderes do juiz através da atuação legítima das partes.¹⁷⁵

Nessa conformidade, o Código de Processo Civil português de 2013 consagra no art. 547.º o princípio da adequação formal, e no art. 6, n.º 1 o dever de gestão processual, que terá lugar não apenas quando o procedimento legal não se adegue ao caso concreto, como também quando, ainda que a forma seja adequada, exista outra que melhor se adegue.¹⁷⁶

Para Passo Cabral, as convenções processuais “*são a mais perfeita expressão do modelo cooperativo de processo, ultrapassando a dualidade vetusta processo dispositivo-processo inquisitivo*”. Para tal, alega o autor que o facto de a lei consagrar o princípio da cooperação, quer entre as partes e o tribunal, quer entre as próprias partes, acaba com a ideia de que a direção do processo incumbe exclusivamente ao juiz. Pelo contrário, entende que tal tarefa deverá ser distribuída pelos intervenientes processuais.¹⁷⁷

Com efeito, considerando a evolução do processo civil em Portugal, em nosso entender, ainda que as convenções probatórias sejam admitidas, não é aceitável que o magistrado fique completamente vinculado e limitado por tal convenção processual celebrada pelas partes. Pois, deve presidir sempre a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, que satisfaça o direito material subjetivo, respeitando sempre as garantias fundamentais do processo.

¹⁷⁴ DOMINGOS, Pedro João Tinoco, *A erosão do princípio do dispositivo: uma breve reflexão sobre a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais*. Coimbra, 2018. p. 90.

¹⁷⁵ SANTOS, Amanda Siqueira Beltrão. *A gestão processual realizada pelas partes*. Lisboa, 2017. p. 66.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 48.

¹⁷⁷ ANTÓNIO PASSO CABRAL, *Convenções Processuais*, op. cit., p. 194. *apud* DOMINGOS, Pedro João Tinoco, *A erosão do princípio do dispositivo: uma breve reflexão sobre a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais*. Coimbra, 2018. p. 89.

CONCLUSÃO

Em Portugal, não existe até aos dias de hoje uma norma que habilite as partes a celebrarem uma convenção processual atípica. Ou seja, não existe uma norma com carácter geral que lhes possibilite a negociação do processo, quer quanto aos seus ónus, quer quantos aos seus poderes ou faculdades. Isto ao contrário do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, que já estabelecem na lei essa possibilidade, conforme vimos de analisar.

Já no âmbito da negociação processual típica, é admissível, de entre outros negócios estabelecidos em diferentes diplomas, a celebração de negócios processuais sobre matéria probatória, conforme o disposto no arts. 344.º e 345.º do Código Civil, que consagram de forma expressa a possibilidade da sua celebração.

Assim, às partes é lícito celebrar convenções processuais que invertam o ónus da prova, bem como convenções que limitem os meios de prova legalmente estabelecidos, ou que admitam meios de prova diversos dos previstos na lei.

Analisadas as modalidades de convenções de prova, verificou-se que, para que as referidas convenções fossem validamente celebradas, seria necessário o cumprimento de diversos requisitos de validade, sendo alguns deles de direito material e outros de direito processual. Isto porque, conforme se concluiu ao longo do presente estudo, as convenções probatórias constituem uma modalidade de negócio processual.

Analisados os requisitos de validade, averiguaram-se as consequências da falta desses requisitos, ou seja, a invalidade das convenções probatórias, concluindo-se pela verificação do vício da nulidade, conforme se prevê no n.º 2 do art. 345.º do Código Civil, perante a falta dos seus requisitos específicos. Quanto à não verificação dos requisitos gerais, constatou-se que a consequência da invalidade poderia ser a nulidade, anulabilidade ou inexistência, relativamente aos pressupostos de ordem material, e a nulidade quanto aos requisitos de ordem processual.

Por último, fez-se uma análise da compatibilidade deste tipo de convenções processuais com o publicismo processual e com o princípio do inquisitório. Tendo-se concluído que, nos dias de hoje o processo civil português não assenta num modelo puramente publicista, mas num

modelo cooperativo de processo, baseado em princípios como o da cooperação e da gestão processual, a par do princípio do dispositivo, na sua forma mais moderada.

Apesar de admitirmos a admissibilidade das convenções processuais probatórias, cremos que a identificação de problemas e limites deste negócio processual assume particular relevância ao nível da segurança jurídica e da efetiva tutela dos direitos das partes.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, Isabel - *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Coimbra: Almedina, 1998.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. p. 182. *Apud* AQUINO, Isabel Furtado Coelho, *Convenções Probatórias*, Juiz De Fora, 2015.

ALMEIDA, Maria Luiza Malacrida - *A litiscontestatio e o negócio jurídico processual*, Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. V n.º 19 (2016).

ANDRADE, Manuel A. Domingues - *Noções Elementares de Processo Civil*. Nova Edição, revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

ANDRADE, Érico - *Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para a implementação das novas tendências no CPC/2015*. Rev. Fac. Direito UFMG. Belo Horizonte, v. n.º 76 (2020).

ANTÓNIO PASSO CABRAL - *Convenções Processuais*, op. cit., p. 194. *Apud* DOMINGOS, Pedro João Tinoco, *A erosão do princípio do dispositivo: uma breve reflexão sobre a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais*. Coimbra, 2018.

AQUINO, Isabel Furtado Coelho de - *Convenções Probatórias*. Juiz de Fora. 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira - *Direito Civil: Teoria Geral*, vol. II, Coimbra Editora, 1999.

Atti processuali (diritto processuale civile), Enciclopedia Giuridica, Roma, Treccani, 1988, Vol. IV, p. 1. *Apud* SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo*

Civil, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

AVELINO, Murilo Teixeira - *A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais*. Revista de Processo. vol. n.º 246 (2015).

BARNABÉ, Augusto Ngongo - *Direito Probatório*, Coimbra, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo - *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 252-253 *apud* MAFFESSONI, Behlua Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: entre publicismo e privatismo*. São Paulo. 2015. p. 239 *apud* AQUINO, Isabel Furtado Coelho de. *Convenções probatórias*. Juiz de Fora, 2015.

CAPELO, Maria José (2021, Abril). *Private Law Legal Series FDUP – Processo Civil*- [webinar]. FDUP. <https://www.youtube.com/watch?v=vOuRvanyNeQ&t=82s>.

CARLUCCI, *Sull'ammissibilità della impugnazione con mezzo non consentito*, 1974, 1034. Enciclopedia Del Diritto, XXVIII, Negozio Nunzio, Giuffrè.

CARNELUTTI, Francesco - *La prueba civil*. Apêndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alcalá- Zamora Y Catillo. 2ª ed. Ed. Depalma Buenos Aires. 1947.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo II. Madrid: Reus, 1955.

CHIOVENDA, Jose. *Principios de derecho procesal civil*. Traducción española de la tercera edición italiana prólogo y notas del Profesor José Casais Y Santalo. Tomo II. Madrid. Editorial Reus. 1925.

COMOGLIO, Luigi Paolo - *Le Prove Civili*. 2. ed. Torino. UTET, 2004. p. 96. *apud* PERES, Pedro Quintaes. *A (im) possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos sob a perspectiva da justa decisão*. Coimbra, 2019.

COSTA JUNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional, situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 49. *Apud* PERES, Pedro Quintaes. *A (im) possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos sob a perspectiva da justa decisão*. Coimbra, 2019.

Das Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Berlin, Gruyter, 1968, p. 229. *Apud* SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

DIDIER JR, Fredie - *Ensaio Sobre os Negócios Jurídicos Processuais*, Juspodivm. 2018.

DIDIER JR, Fredie - *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n.º 57 (2015).

Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 72. *Apud* SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

DOMINGOS, Pedro João Tinoco - *A erosão do princípio do dispositivo: uma breve reflexão sobre a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais*. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2018.

ECHANDIA, Hernando Devis - *Teoria general de la prueba civil*. Tomo I. 5ª ed. Buenos Aires, 2002.

FREITAS, José Lebre - *A ação declarativa comum à luz do código de processo civil de 2013*. 4ª ed. Gestlegal, 2017.

GALINDO, Beatriz Magalhães - *Negócios processuais sobre recursos uma análise comparativa entre a escolha pela tipicidade do direito português e pela atipicidade do direito brasileiro*. Lisboa, 2018.

GODINHO, Robson Renault - *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 226. Apud MAFFESSIONI, Behlua Ina Amaral, *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Belo Horizonte, 2020.

GONZÁLEZ, José Alberto - *Código Civil Anotado*. Vol I, Parte Geral. Quid Juris.

GRECO, Leonardo - *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, v. 1, n.º 1 (2007).

JOBIM, Marco Félix e MEDEIROS Bruna Bessa - *O Impacto Das Convenções Processuais Sobre A Limitação De Meios De Prova*, Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017.

KOHLER, Josef; SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*, p. 12 e ss. Apud SANTOS, Amanda Siqueira Beltrão, *A Gestão Processual Realizada Pelas Partes*. Lisboa, 2017.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos - *Capítulo XII. Das Provas*. In: CABRAL, Antonio do Passo. Apud MACÊDO, Lucas Buril e PEIXOTO, Ravi de Medeiros, *Negócio Processual Acerca da Distribuição do ônus da prova*. Revista dos Tribunais online. Revista de Processo.

Vol 241/2015. p. 7. Disponível em:
[file:///C:/Users/s_oli/Downloads/Negocio Processual acerca da Distribuica.pdf](file:///C:/Users/s_oli/Downloads/Negocio%20Processual%20acerca%20da%20Distribuica.pdf).

MAFFESSIONI Behlua Ina Amaral - *Convenções Processuais Em Matéria Probatória E Poderes Instrutórios Do Juiz*, Universidade Federal De Minas Gerais Faculdade De Direito Programa De Pós-Graduação Em Direito, Belo Horizonte, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme - *El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2018.

MARQUES, João Paulo Remédio - *A aquisição e a valoração probatória de factos (des)favoráveis ao depoente ou à parte chamada a prestar informações ou esclarecimentos*, Julgar, N.º 16, Coimbra Editora, Janeiro-Abril, 2012.

MENDES, João de Castro, *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, 1961.

SOUSA, Miguel Teixeira de - *Apreciação de alguns aspectos da revisão do processo civil - Projecto*.

MOREIRA, José Carlos Barbosa - *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, Saraiva, São Paulo, 1984.

MÜLLER, Julio Guilherme - *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual análise jurídica e econômica*, São Paulo, 2016.

PERES, Pedro Quintaes. *A (im) possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos sob a perspectiva da justa decisão*. Coimbra, 2019.

PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milão: Giuffrè, 2009, p. 81.

PIMENTA, Paulo. *Processo Civil Declarativo*. Almedina. 3ª ed. Coimbra, 2020.

PINHEITO, Luís Lima - *Arbitragem transnacional- a determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2005.

PINTO Carlos Alberto da Mota - *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - *Tratado de direito privado. Parte Geral. Tomo III*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, Pp. 55- 56, § 255. *Apud* FRIO, Nikolai Bezerra. *O autorregramento da vontade : a resignificação da liberdade concedida às partes no processo civil*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3. Setembro a Dezembro de 2020 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636. pp. 427-449. www.redp.uerj.br.

Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 686. *Apud* SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutorado em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas - *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed. Almedina, 2006.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas - *O ónus da prova no processo civil*. 2ª ed. rev. e amp. Almedina, 2002.

REIS, Alberto dos - *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª edição, 1950.

RIPPERT ET BOULANGER. *Traité de Droit Civil d'après Planiol*, I, n.º 750, 1956. *Apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da Prova no Processo Civil*, 2ª ed. rev. e amp., Almedina, 2002.

SANTOS, Amanda Siqueira Beltrão - *A Gestão Processual Realizada Pelas Partes*. Lisboa, 2017.

SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da - *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

SOUSA, Miguel Teixeira - *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997.

Trattato delle prove in materia civile, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, p. 70. *Apud* SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da, *Convenções De Prova Em Processo Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico -Processuais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

VARELA Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA Sampaio - *Manual de Processo Civil*. 2.^a Edição, revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

WALTER, Gerhard - *libre apreciación de la prueba*, 1ª edição, Temis, 1985.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.