

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**GABRIEL RAMOS DE SOUSA**

**Convenções processuais probatórias atípicas previstas em  
contratos de prestação de serviços médicos: uma análise dos  
poderes instrutórios do juiz**

**Juiz de Fora  
2021**

**GABRIEL RAMOS DE SOUSA**

**Convenções processuais probatórias atípicas previstas em contratos de prestação de serviços médicos: uma análise dos poderes instrutórios do juiz**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Civil, sob orientação do Profa. Ma. Laís Almeida de Souza Lopes.

**Juiz de Fora  
2021**

# **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**GABRIEL RAMOS DE SOUSA**

## **Convenções processuais probatórias atípicas previstas em contratos de prestação de serviços médicos: uma análise dos poderes instrutórios do juiz**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração do Direito Processual Civil, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em \_\_/\_\_/\_\_\_\_  
Nota \_\_\_\_

---

Orientador: Profa. Ma. Laís Almeida de Souza Lopes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Me. Felipe Fayer Mansoldo  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Me. Rodrigo Costa Yehia Castro  
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico meu trabalho a cada uma das pessoas que durante a minha vida se dispuseram a ensinar-me algo novo.

Agradeço a cada uma das pessoas que estiveram ao meu lado nesta caminhada, em especial a Deus por cada oportunidade que me é dada, à minha família, por todo apoio incondicional que me é ofertado, em especial à minha mãe, exemplo de sacrifício e amor verdadeiro, à minha grande companheira de jornada, Paula Karoline Fonseca, por cada momento de carinho e cumplicidade que sempre empregou a mim, aos meus amigos por sempre me permitirem momentos em que se é possível rir da vida e aos meus mestres pelo impecável exercício da vocação de ensinar.

“Porque dEle e por Ele, e para Ele, são todas as coisas; glória, pois, a Ele eternamente. Amém.” - Romanos 11:36

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar acerca da possibilidade de incidência de cláusulas que representam convenções processuais atípicas em negócios jurídicos prévios entre médico e paciente, relacionadas a limitações probatórias, e o alcance da intervenção do juiz diante deste contrato. A hipótese trazida no estudo é de que, em existindo no negócio jurídico, convenção processual atípica prévia que limite a produção probatória, tendo em vista a vulnerabilidade do paciente, e sua hipossuficiência acerca de conteúdos médicos e jurídicos, bem como em razão de encontrar-se desassistido de um advogado, este não será capaz de vislumbrar os efeitos processuais da referida convenção, podendo incorrer em uma pré-fixação de resultado, além de estarem convencendo sobre poderes instrutórios do magistrado, o que não lhes compete. Destarte, havendo a comprovação de tal situação, o trabalho propõe que deverá o magistrado atuar de modo ativo sobre a referida cláusula, analisando-a criticamente e, caso necessário, reputando-a inválida. Deste modo através da realização de controle da convenção processual atípica por parte do juiz, será privilegiada a finalidade do parágrafo único do artigo 190 do CPC enquanto norma, eis que não se vislumbra no caso liame essencial de uma convenção processual atípica, qual seja, o consenso das partes, além de que será respeitado o modelo constitucional de processo, em razão das partes terem convencido acerca de temas afetos aos poderes e prerrogativas do juiz. Para tal, foram apresentados e estudados institutos relevantes para a construção deste entendimento como o direito fundamental à prova, a capacidade negocial processual, os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência tratada no código de defesa do consumidor, o instituto da iniciativa de prova do magistrado, o papel do juiz no controle das convenções processuais relativas à prova, além dos influxos dos standards de prova, a fim de se analisar corretamente as demandas complexas envolvendo erro médico. Em virtude disso, a metodologia empregada foi eminentemente a dedutiva e crítica, eis que se buscou traçar uma correlação de diversos conteúdos doutrinários através de uma argumentação silogística, bem como durante e após as análises bibliográficas buscou-se trazer uma ótica prática destes estudos para as relações médico paciente dentro da prática forense.

**Palavras-chave:** convenção processual atípica, relação médico paciente, poderes instrutórios do juiz, iniciativa de prova, vulnerabilidade do consumidor.

## **ABSTRACT**

*The present work aims to analyze the possibility of incidence of clauses that represent atypical procedural conventions in previous legal transactions between doctor and patient, related to evidential limitations, and the scope of the intervention of the judge before this contract. The hypothesis brought up in the study is that, in existing in the legal business, a previous atypical procedural convention that limits the evidentiary production, in view of the patient's vulnerability, and their lack of sufficiency regarding medical and legal contents, as well as due to the fact of finding if unattended by a lawyer, he will not be able to see the procedural effects of the aforementioned convention, and may incur a pre-fixing of the result, in addition to agreeing on the investigative powers of the magistrate, which is not their responsibility. Thus, with proof of such a situation, the work proposes that the magistrate should act actively on the referred clause, analyzing it critically and, if necessary, deeming it invalid. In this way, through the control of the atypical procedural convention by the judge, the purpose of the sole paragraph of article 190 of the CPC will be privileged as a rule, as it is not seen in the case the essential link of an atypical procedural convention, that is, the consensus of the parties, in addition to respecting the constitutional model of process, because the parties have agreed on issues related to the powers and prerogatives of the judge. To this end, relevant institutes for the construction of this understanding were presented and studied, such as the fundamental right to proof, procedural negotiation capacity, the concepts of vulnerability and hypo-sufficiency dealt with in the consumer protection code, the institute of the magistrate's proof initiative, the role of the judge in the control of procedural conventions related to evidence, in addition to the influx of standards of evidence, in order to correctly analyze complex claims involving medical error. As a result, the methodology used was eminently deductive and critical, as we sought to draw a correlation of various doctrinal contents through a syllogistic argument, as well as during and after the bibliographic analysis, we sought to bring a practical perspective of these studies to the doctor-patient relationships within the forensic practice.*

**Keywords:** *atypical procedural convention, physician-patient relationship, judge's instructive powers, evidence initiative, consumer vulnerability.*

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art.	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	11
2. CONVENÇÕES PROCESSUAIS, CONCEITOS E ESPÉCIES.....	14
3. A PROVA NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL .....	20
4. O IMPACTO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS EM DEMANDAS JUDICIAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	23
5. O PAPEL DO JUIZ NO CONTROLE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS RELATIVAS À PROVA .....	28
6. ANÁLISE CRÍTICA DO CASO DAS OLIMPÍADAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL .....	34
7. CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS.....	40

## 1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015, em razão da crescente abertura do direito público para o consenso, e, em consonância ao paradigma de processo cooperativo, ampliou as hipóteses de convenções processuais típicas, bem como possibilitou às partes, de maneira expressa, a realização de convenções processuais atípicas<sup>1</sup>.

Para Didier, o artigo 190 do CPC, que trata das convenções processuais atípicas, foi uma das principais inovações do Código de Processo Civil de 2015<sup>2</sup>, podendo ser considerado, inclusive, um dos pilares do novo sistema do processo civil brasileiro.

Entretanto, nos dizeres de Bandeira<sup>3</sup>, alguns princípios devem ser levados em conta no momento da celebração e efetivação da convenção processual atípica, sob pena de vir a viciá-la no plano da validade.

Coaduna com tais princípios, inclusive, a ideia proposta por Pinho<sup>4</sup>, no sentido de que, ao se constatar a existência de uma convenção processual atípica, esta será válida nos casos em que a mesma não causar um desequilíbrio na relação processual. Caso contrário, deverá o magistrado, em razão de seus poderes instrutórios, restaurar o equilíbrio da relação existente entre as partes, através de uma análise crítica acerca da convenção processual atípica prévia, que objetive verificar a incidência de uma hipotética vulnerabilidade de uma das partes ou ofensa a alguns dos princípios regentes do processo<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup>MAFFESSIONI, Behlúa Ina Amaral. **Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz**. Dissertação de mestrado. Orientador: Prof. Dr. Érico Andrade. Belo Horizonte: UFMG, 2020. p. 19.

<sup>2</sup>DIDIER JR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**. 21ª ed. Salvador: Jus Podium, 2019. p. 28.

<sup>3</sup>BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. **O Papel do Juiz no Controle dos Negócios Jurídicos Processuais e o Art. 190. Do Novo Código de Processo Civil**. Pernambuco: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco.

<sup>4</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

<sup>5</sup>Como por exemplo a ofensa ao direito fundamental à prova e ao devido processo legal, conforme será tratado mais adiante no decorrer deste trabalho.

Contextualizando o assunto no plano do direito material, em se tratando de responsabilização civil por erro médico, restou verificado em estudos recentes<sup>6</sup> que o judiciário vem exigindo um grau de prova intermediário, que satisfaça o standard da prova clara e convincente para fins de que seja demonstrada a culpa do médico.

Assim, existindo uma limitação prévia, através de convenção processual atípica relacionada à prova, haverá a possibilidade de se verificar a chamada prefixação de resultado, conforme apontado por Mafessoni<sup>7</sup>, uma vez que a parte estará aderindo à eventual contrato que a impediria, desde logo de ver a sua pretensão satisfeita, eis que se tornaria extremamente difícil comprovar eventual erro médico.

Através desta hipótese, o estudo se propõe a analisar se, em existindo no negócio jurídico prévio, realizado entre médico e paciente, uma convenção processual atípica que limita a produção de provas, em especial, a pericial, estariam ambas as partes em posição de equilíbrio processual diante de eventual litígio, tendo em vista as peculiaridades desse tipo de demanda; se a finalidade da norma do artigo 190 do CPC seria atendida nessa situação; e se haveria necessária intervenção judicial nesse contexto.

Portanto, mister observar que, embora o artigo 190 do Código de Processo Civil tenha permitido as partes convencionarem sobre questões jurídico-processuais de modo atípico, o que se mostra vital em nossa análise é ponderar se: (1) ambas as partes têm de fato o mesmo grau de conhecimento e decisão acerca da cláusula que restringe a possibilidade de produção probatória, bem como dos seus efeitos no caso da relação médico-paciente; (2) se a limitação à produção probatória, através da convenção processual atípica, nos casos de erro médico, é, de fato cláusula que afeta ambas as partes de modo equânime, diante de um cenário litigioso, tendo em vista o impacto da prova na *ratio decidendi* do magistrado<sup>8</sup> e (3) qual seria o papel

---

<sup>6</sup>GUEDES, Clarissa Diniz; LOPES, Laís Almeida de Souza. **Standards Probatórios no Contexto da Responsabilidade Civil do Médico**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 18, 2017, p. 107

<sup>7</sup>MAFESSONI, Behlua Ina Amaral. **Convenções Processuais em Matéria Probatória e Poderes Instrutórios do Juiz**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Dr. Érico Andrade. Belo Horizonte, 2020, p. 110.

<sup>8</sup>MAFESSONI, Behlua Ina Amaral. **Convenções Processuais em Matéria Probatória e Poderes Instrutórios do Juiz**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Dr. Érico Andrade. Belo Horizonte, 2020, p. 98.

do julgador em relação à convenção processual atípica que venha a desequilibrar a relação entre as partes e que trate de matéria afeta aos poderes instrutórios do juiz.

Para tal, será utilizado como exemplo o caso apresentado na 2ª Competição Mineira de Processo Civil, do Professor Humberto Theodoro Júnior<sup>9</sup>, em que se pretende explorar os efeitos da (in)existência de controle judicial das convenções processuais atípicas ocorridas na relação médico-paciente, nos processos judiciais de responsabilização civil do médico.

A metodologia empregada no presente trabalho foi, portanto, a dedutiva e crítica eminentemente. Dedutiva pois fundamentou-se num estudo prévio acerca do tema trazido a discussão, em que se buscou a correlação de diversos conteúdos, através de uma argumentação silogística com objetivo de chegar à conclusão abaixo trazida. Crítica, pois, durante e após as análises bibliográficas, o presente estudo buscou trazer uma ótica prática dos conteúdos, aproximando-o da realidade forense, em se tratando da relação médico-paciente.

Recebemos também neste trabalho, influxos acerca dos standards de prova e da verdade possível no contexto da responsabilidade civil do médico, uma vez que tais standards tem correlação direta com a persuasão racional do juiz.

O objetivo, portanto, será demonstrar que, tendo em vista a vulnerabilidade do paciente e sua hipossuficiência, acerca dos conteúdos médicos e jurídicos, bem como o fato de estar-se convencionando acerca de poderes instrutórios afetos ao juiz, deverá o magistrado promover o devido controle da convenção processual prevista no eventual negócio jurídico, a fim de privilegiar a finalidade do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil enquanto norma, e velar pelo modelo constitucional de processo, bem como seus poderes e prerrogativas, uma vez que o julgador resgatará para si os seus poderes instrutórios ali suprimidos, em razão das partes terem convencionado acerca de matérias de ordem públicas, abarcadas no diploma consumerista (portanto inegociáveis), situação em que se fará incidir a aplicação das normas fundamentais do processo.

---

<sup>9</sup>Local de acesso: <http://www.idpro.org.br/>

## 2. CONVENÇÕES PROCESSUAIS, CONCEITOS E ESPÉCIES

Conforme leciona Redondo<sup>10</sup>, pode-se conceituar negócio jurídico como sendo um ato na qual a vontade humana visa tanto a prática deste, quanto os seus efeitos e as consequências que dele irão decorrer, de modo que o ato se configura como sendo um instrumento para o alcance da finalidade almejada pelo agente.

Consoante ao tema, Braga dispõe que o negócio jurídico ultrapassa a integração de um suporte fático de uma categoria jurídica, sendo este uma vontade que não só compõe o suporte fático, mas também outorga poderes ao sujeito para, nos limites impostos pela lei, escolher tanto a categoria jurídica, quanto os efeitos deste.<sup>11</sup>

Desta feita, entendem-se os negócios jurídicos processuais como atos de caráter negocial que podem constituir, modificar ou extinguir situações processuais, através da manifestação de vontade das partes, podendo produzir seus efeitos em processo presente ou futuro.<sup>12</sup>

Neste diapasão, ensina Didier Jr.<sup>13</sup> que o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual, o qual, por meio deste, vincula o órgão julgador às suas disposições, devendo este observar e cumprir as normas convencionadas, desde que dentro dos limites estipulados pelo ordenamento jurídico.

Ainda neste aspecto, segundo Cabral<sup>14</sup>, os negócios jurídicos processuais, por serem declarações de vontade do(s) sujeito(s) que os pratica(m), podem ser definidos, a princípio, como unilaterais ou plurilaterais. Deste modo, o primeiro trata daqueles praticados por apenas um sujeito, ao passo que o segundo seria praticado por dois ou mais sujeitos, através da expressão de duas ou mais vontades que, ao se unirem, produzem certos efeitos.

---

<sup>10</sup>REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no Direito Processual Civil Brasileiro: Existência, Validade e Eficácia**. Dissertação de Doutorado: Orientador Professora Livre-Docente Teresa Celina de Arruda Alvim. São Paulo, p. 97, 2019.

<sup>11</sup>BRAGA, Paula Sarno. **Primeiras Reflexões Sobre uma teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência**. Revista de Processo, 2007. Vol. 148. p 12.

<sup>12</sup>GODINHO, Robson Renault. **Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo CPC**. São Paulo: RT 2015, p;130.

<sup>13</sup>DIDIER JR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**. 21ª ed. Salvador: Jus Podium, 2019. p. 443.

<sup>14</sup>CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 52.

Em nosso ordenamento, há diversos negócios processuais dispostos no código de processo civil, sendo estes uni ou plurilaterais. A exemplo do primeiro, temos o Art. 267, VIII do Código de Processo Civil que trata da hipótese de a parte, antes da citação do Réu, desistir da ação ajuizada, ao passo que, em se tratando de convenções processuais plurilaterais temos como exemplo a cláusula de eleição de foro, prevista no Art. 63 do CPC, que possibilita às partes, de comum acordo, elegerem qual será o local competente para dirimir questões oriundas de uma relação contratual.

*Mister* observar que, embora contenha o termo “convencionar” no *caput* do artigo 190 do Código de Processo Civil, a cláusula geral do dispositivo legal permite negócios processuais, sendo estes gêneros dos quais as convenções figuram como espécies.<sup>15</sup> Isso porque, conforme Didier<sup>16</sup>, dentro dos negócios jurídicos bilaterais temos os contratos, que versam de hipótese em que as partes detêm interesses contrapostos, ao passo que nas convenções, as partes comungam de um mesmo objetivo.

Neste estudo, optamos por utilizar, a partir de então, o conceito de convenções processuais, já que, em tese, as partes estariam determinando um limite probatório afeto a ambos, supostamente, com mesmo intento, o que será tratado e debatido mais adiante.

Não obstante, importa ressaltar que a validade de qualquer negócio jurídico, como disciplinado no artigo 104 do Código Civil, requer, entre outros, que o agente seja capaz.<sup>17</sup>

É neste contexto que, Didier<sup>18</sup>, ao analisar um dos elementos reguladores da convenção, qual seja, o da capacidade, aduz que em se tratando da capacidade processual negocial, esta pressupõe a capacidade processual, eis que, havendo

---

<sup>15</sup>DIDIER JR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**. 21ª ed. Salvador: Jus Podium, 2019. p. 447.

<sup>16</sup>DIDIER JR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**. 21ª ed. Salvador: Jus Podium, 2019. p. 444.

<sup>17</sup>**Art. 104.** A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei. (Código Civil, BRASIL, 2002)

<sup>18</sup>DIDIER JR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**. 21ª ed. Salvador: Jus Podium, 2019. p. 453.

vulnerabilidade de uma das partes, a mesma não será detentora da referida capacidade processual. Ainda sobre a questão, o autor, é firme ao dizer que a um consumidor, em um primeiro momento, não se vislumbra a capacidade negocial processual, justamente em razão da sua presunção de vulnerabilidade.

Seguindo a temática, Bandeira<sup>19</sup> é enfático ao dispor acerca da possibilidade de serem viciadas as convenções processuais, no plano da validade, em decorrência do desrespeito a certos princípios. Deste modo, o autor elenca 3 princípios fundamentais a serem observados para a validade da convenção.

Em se tratando do primeiro princípio, o da função social das convenções, ressalta Bandeira que deve o juiz observar e impedir que prevaleçam convenções que venham a contrariar preceitos que assegurem a função social da propriedade e dos contratos, haja vista do preconizado nos Art. 421 e 2.035 parágrafo único, do Código Civil.<sup>20</sup>

Adiante, a respeito da Boa-Fé Processual, segundo princípio fundamental, diz o Autor que em hipótese alguma, a vontade poderá vir a afastar os deveres inerentes da boa-fé. Sob este aspecto, importa ressaltar o entendimento do doutrinador de que não se deve admitir em nosso ordenamento que a vontade derogue os deveres inerentes à boa-fé, conforme inclusive já dispõe o Enunciado nº. 06 do FPPC.<sup>21</sup>

Destarte, vê-se que Bandeira nos traz importante referencial a ser observado através da boa-fé objetiva, no que se refere aos negócios processuais, uma vez que tal instituto tem condão de limitar o conceito de atos lícitos, excluindo de sua

---

<sup>19</sup>BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. **O Papel do Juiz no Controle dos Negócios Jurídicos Processuais e o Art. 190. Do Novo Código de Processo Civil.** Pernambuco, Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco.

<sup>20</sup>**Art. 421.** A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

**Art. 2.035.** A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

<sup>21</sup>**Enunciado nº. 6.** (arts. 5º, 6º e 190) O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio).

abrangência os chamados abusos de direito, tal qual o preconizado no Art.187 do Código Civil.<sup>22</sup>

Concorrendo para com esta análise, verifica-se que autores como César Fiuza<sup>23</sup> comungam do entendimento de que negócios jurídicos processuais são, antes de tudo, contratos. Desta feita, os requisitos de validade exigíveis nos contratos também teriam que ser observados nas convenções processuais, além de princípios como o da boa-fé, também aplicáveis a estes.

Já o terceiro princípio, do Devido Processo Legal, é tratado por Carlos Bandeira<sup>24</sup> como cláusula geral de proteção contra o exercício tirânico do poder. Através deste, o Autor ensina que não há possibilidade de uma parte se submeter ao arbítrio da outra, uma vez que este bloco normativo se compreende como ordem jurídica processual cogente, sendo associadas ao devido processo legal, garantias atípicas, princípios constitucionais positivados e valores processuais.

Diante da breve análise, em um ponto inicial, *mister* se faz entender o negócio jurídico processual como todo ato que se pauta em uma vontade que ultrapassa à prática deste, direcionando-se também à produção de um determinado efeito jurídico.<sup>25</sup> Ou seja, infere-se que o ponto fulcral das convenções processuais se pauta no efeito processual ao qual se busca obter a partir de determinado negócio jurídico processual.

Deste norte, Macêdo e Peixoto<sup>26</sup> coadunam com entendimento semelhante, ao dizerem que o elemento essencial para se definir um fato jurídico como processual não é se o mesmo foi praticado durante a cadeia de atos que forma o

---

<sup>22</sup>**Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>23</sup>FIUZA, César. **Contratos Empresariais e negócios processuais.** In: PERUCCI, Felipe Falconi; MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; LEROY, Guilherme Costa. **Os impactos do novo CPC no direito empresarial.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 37-38.

<sup>24</sup>BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. **O Papel do Juiz no Controle dos Negócios Jurídicos Processuais e o Art. 190 do Novo Código de Processo Civil.** Pernambuco: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco.

<sup>25</sup>DIDIER JR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil.** 21ª ed. Salvador: Jus Podium, 2019. p. 446.

<sup>26</sup>MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros; **Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova.** RT, 2015, RePro 241/463-487.

processo ou fora desta, mas sim a incidência de normas processuais no referido negócio jurídico.

Vencido tal ponto, Humberto Theodoro Júnior<sup>27</sup> leciona que existem negócios processuais tradicionalmente previstos e disciplinados por lei, chamados pela doutrina de negócios processuais típicos. A exemplo, o Autor cita o foro de eleição e a suspensão condicional do processo<sup>28</sup>, em que os parâmetros de legitimidade a serem controlados pelo magistrado estão determinados em lei.

Doutro giro, temos os negócios processuais atípicos, que, nos dizeres de Bruno Garcia Redondo<sup>29</sup>, foi medida tomada pelo legislador visando a diminuição do protagonismo excessivo do julgador, permitindo às partes convencionarem acerca das regras do processo. Assim, através do artigo 190 do Código de Processo Civil, fora consagrado em nosso ordenamento a “*cláusula geral consagradora do (sub)princípio da atipicidade da negociação processual*”.

Ainda sob o tema, nos dizeres de Bruno Garcia Redondo<sup>30</sup>, verifica-se que a forma com que o referido artigo fora confeccionado pautou-se em termos vagos e comandos indeterminados, não prevendo a consequência jurídica nos casos de inobservância das determinações contidas na referida convenção processual. Ou seja, o artigo é silente quando do descumprimento das convenções por uma das partes ou da recusa infundada do magistrado acerca da convenção processual apresentada no processo.

---

<sup>27</sup>THEODORO JR. Humberto; **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

<sup>28</sup>**Art. 63.** As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações. (Código de Processo Civil, BRASIL, 2015)

**Art. 313.** Suspende-se o processo:

*Omissis*

II - pela convenção das partes;

*Omissis* (Código de Processo Civil, BRASIL, 2015)

<sup>29</sup>REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no Direito Processual Civil Brasileiro: Existência, Validade e Eficácia**. Dissertação de Doutorado: Orientador Professora Livre-Docente Teresa Celina de Arruda Alvim. São Paulo, 2019, p. 97.

<sup>30</sup>REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no Direito Processual Civil Brasileiro: Existência, Validade e Eficácia**. Dissertação de Doutorado: Orientador Professora Livre-Docente Teresa Celina de Arruda Alvim. São Paulo, 2019, p. 98,

Quanto a este aspecto, Humberto Theodoro Júnior<sup>31</sup> entende existir uma limitação ao poder das partes ao pontuar que é permitido às partes tão somente convencionarem sobre temas limitados aos próprios poderes processuais das mesmas. Ou seja, para o Autor, não se verifica cabível que possam as partes convencionarem acerca daqueles assuntos cuja lei conferiu o poder de decisão ao juiz (v.g. vetar a iniciativa de prova do juiz, matérias de ordem pública, etc).

Salienta-se ainda que, nos dizeres de Didier Jr.<sup>32</sup>, o princípio de autonomia da vontade no processo não tem a mesma roupagem dogmática do que a apresentada no direito civil. Isso porque, a negociação processual envolve o exercício da jurisdição, o que obriga uma maior regulação e restrição do objeto desta.

Portanto, auridos de tais conceitos, e, com fins elucidativos verificam-se como sendo exemplos de negócios processuais atípicos os seguintes: acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo de instância única, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para limitar testemunhas, entre outros.<sup>33</sup>

De tal sorte, o que se vislumbra inicialmente é que as convenções processuais atípicas, ainda que permitam às partes convencionarem sobre questões fulcrais do processo, tal permissão deve ter em si limites que visem salvaguardar a efetiva garantia normas fundamentais do processo, basilares do Estado Democrático de Direito, como o devido processo legal, de modo que cabe ao magistrado analisar caso a caso as convenções trazidas à juízo.

Isso porque, limitar o direito à prova pericial, dispensar assistente técnico e laudos periciais, entre outras convenções, podem vir a mitigar o direito a prova, que em situações tais como aquelas relativas às ações de erro médico, pode obstar a efetiva análise do caso, bem como a solução justa da lide, uma vez que, conforme

---

<sup>31</sup>THEODORO JR. Humberto; **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 715.

<sup>32</sup>DIDIER JR., Freddie; **Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº. 57, jul/set 2017, p 167-172.

<sup>33</sup>DIDIER JR., Freddie, **Curso de Direito Processual Civil**. 21ª ed. Salvador: Jus Podium, 2019. p. 448-449.

pautado em estudos atuais<sup>34</sup>, há uma maior exigência de grau probatório de culpa do médico que realizou o procedimento, com fins a responsabilizá-lo civilmente.

Deste modo, em se tratando de eventual mitigação da produção probatória, especialmente a restrição à produção de prova pericial - como será visto no exemplo prático trazido a partir das olimpíadas de processo civil - a inércia do Magistrado no controle dessa convenção resultaria em vilipêndio das normas processuais fundamentais, da finalidade da norma do parágrafo único do artigo 190 do CPC, assim como violação ao Estado Democrático de Direito, uma vez que a tutela jurisdicional prestada às partes seria demasiadamente passiva, parcial, distante das sabidas peculiaridades desse tipo de demanda, além de inobservadora dos preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor, e, portanto, seria, em consequência, injusta, eis que, desde o início, o paciente não terá como atingir o grau de prova necessário para que seja reconhecido o direito desse.

### 3. A PROVA NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL

Em que pese a relevância prática do tema, o estudo do direito probatório, para alguns, é assunto no qual ainda não se é dada a devida atenção em nossa doutrina e na grande maioria dos cursos de graduação, ao passo que, como cediço, tal questão é ponto fulcral de solução de grande parte das lides do cotidiano forense, embora em menor incidência nas chamadas “matérias de direito”.<sup>35</sup>

Conceituando a prova, Theodoro<sup>36</sup> propõe dois sentidos para caracterizá-la, sendo o primeiro o sentido objetivo, ou seja, a prova como um instrumento capaz de demonstrar a existência de um fato (v.g. documentos), e, o segundo o sentido subjetivo da prova, pautado no estado psíquico da certeza quanto a uma alegação, em razão da produção do instrumento probatório, motivo pelo qual associa-se a este a ideia de convicção formada no espírito do julgador em torno de um fato alegado.

---

<sup>34</sup>GUEDES, Clarissa Diniz; LOPES, Laís Almeida de Souza. **Standards Probatórios no Contexto da Responsabilidade Civil do Médico**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 18, 2017, p. 107.

<sup>35</sup>CAMPOS, Humberto Lopes Campos. **Convenções Processuais Atípicas em Matéria Probatória**; Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do Título de Especialista em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Orientador Prof. Me. Vitor Lia de Paula Ramos. Porto Alegre, 2016, p. 4.

<sup>36</sup>THEODORO JR. Humberto; **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Em acréscimo, Didier<sup>37</sup>, ao tratar do direito fundamental à prova, aduz que a finalidade a que o direito fundamental à prova se propõe é a de se alcançar uma tutela jurisdicional justa. Ou seja, há quase que uma ligação vital entre o instituto da prova e a busca por uma efetiva e correta prestação jurisdicional.

Outrossim, através dos dizeres de Mafessoni<sup>38</sup>, no cenário de nosso ordenamento pátrio atual, não há óbices à realização de convenções processuais em matéria probatória, sendo inclusive negócio processual incentivado pelo legislador como ferramenta fundamental para soluções consensuais, conferindo às partes papel relevante na condução da lide em conjunto com juiz. Entretanto, o autor reconhece também que a coleta de provas possui impacto direto na solução do mérito da demanda.

Ademais, quando se fala em prova, inerente à essa encontra-se a chamada função da prova, pautada na noção de verdade, ou de que aquela tem o intento de investigar a verdade dos fatos que são relevantes para a solução do processo<sup>39</sup>.

É neste sentido, inclusive, que o código de processo civil, ao tratar da correlação entre o magistrado e a prova, disciplina que a este caberá, de ofício ou a pedido das partes, deliberar sobre as provas necessárias de serem produzidas no decorrer da lide, conforme o *caput* do artigo 370 do Código de Processo Civil<sup>40</sup>.

Em virtude disso, vê-se que a Prova é elemento sensível em nosso Direito processual, que, nos dizeres de Berezowski<sup>41</sup>, é estruturado de maneira que cabe ao juiz tão somente formar o seu convencimento sob juízos de verossimilhança, o que se funda sob uma “certeza jurídica” pautada na “verdade formal”, a qual é obtida através das provas legais e da distribuição do ônus da prova.

---

<sup>37</sup>DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. 2. 11ª ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 47

<sup>38</sup>MAFESSONI, Behlúa Ina Amaral. **Convenções Processuais em Matéria Probatória e Poderes Instrutórios do Juiz**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Dr. Érico Andrade. Belo Horizonte, 2020, p. 98.

<sup>39</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção – De Acordo com o CPC 2015**. São Paulo: Ed. RT, 2018.

<sup>40</sup>**Art. 370**. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. (Código de Processo Civil, Brasil, 2015)

<sup>41</sup>BEREZOWSKI, Aluísio. **A Busca Pela Verdade Real no Novo CPC: Terá Haverido uma Mudança de Paradigma?** São Paulo: Ed. Revista de Processo, Vol 280, 2018. p. 43.

Consoante ao tema, LOPES<sup>42</sup> ao tratar do tema da verdade, disciplina que, em razão da falibilidade humana, deve-se reconhecer que no processo é impossível que o julgador atinja uma verdade absoluta, através de um juízo fático. Justamente em razão disso, os *standards probatórios* se mostram ferramenta essencial para abalizar o juízo fático e a racionalidade uma vez que a mesma se origina do reconhecimento da limitação do conhecimento humano.

Doutro giro, Reichelt<sup>43</sup>, em seu artigo sobre o Direito Fundamental à Prova, vai apresentar a tese de que há uma necessidade de que seja adotado uma postura ativa do Magistrado, ao longo do debate nos autos, que, pautado num olhar atento e crítico, atue conjuntamente com às partes para formação de um convencimento jurisdicional.

Justifica-se tal pensamento pois, a prova é questão fundamental para o salutar desenvolvimento processual, como tratado alhures, e, se há necessidade de que a decisão do magistrado seja fundamentada<sup>44</sup>, por óbvio que a prova não deverá ser entendida como elemento a serviço “das partes”, mas sim “do processo” como um todo.

Coadunando com tal entendimento, Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>45</sup> vai nos dizer que de fato a prova é elemento do processo, e não da parte que o requereu, apresentando inclusive o princípio da comunhão das provas, sob o qual, independente de quem produzir a determinada prova, esta última passará a ser elemento afeto a todos os indivíduos do processo, inclusive do magistrado quando da sua decisão.

Em razão do exposto, nota-se que o tema da prova é elemento sensível deste trabalho, uma vez que, ao se impossibilitar relevante conteúdo probatório, a conclusão lógica a que se chega é a de que, desde antes mesmo do procedimento

---

<sup>42</sup>LOPES, Laís Almeida de Souza. **Standards Probatórios no Âmbito da Responsabilidade Civil do Médico: uma análise exploratória do grau de suficiência da prova na narrativa jurisprudencial do TJMG e TJRS nos anos de 2013 a 2017**. Dissertação de Mestrado: Orientador Profa. Dra. Clarissa Diniz Guedes. Juiz de Fora: UFJF, 2018, p. 35-36.

<sup>43</sup>REICHEL, Luiz Alberto. **O Direito Fundamental à Prova e os Desafios Relativos à Sua Concretização no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, vol. 267, 2017. p. 197-198.

<sup>44</sup>Ver **artigo 93**, inciso IX da Constituição Federal.

<sup>45</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **O Princípio da Comunhão da Prova**. Gen Jurídico, 2014. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2014/12/19/o-principio-da-comunhao-da-prova/>>. Acesso em 29 de agosto de 2021.

médico, se tornará extremamente difícil ao paciente obter êxito em sua demanda, uma vez que, em demandas tratando erro médico, exige-se um grau probatório intermediário, em razão da complexidade existente nestes casos.<sup>46</sup>

Assim, se há tamanho desequilíbrio advindo de eventuais cláusulas contratuais limitadoras de produção de provas essenciais ao deslinde desse tipo de demanda, tal como a prova pericial, notadamente tal convenção não terá de fato sido realizada através de uma comunhão de interesses entre o médico e o paciente, eis que o último estará se colocando em manifesta situação de desvantagem, em razão de desconhecer os efeitos processuais da referida cláusula.

Deste modo, de um primeiro momento, a restrição probatória através da convenção processual terá sido realizada sob uma manifesta situação de vício de vontade do paciente que, desassistido de advogado quando da assinatura do referido contrato, não detém a chamada “capacidade processual negocial”, razão pela qual a cláusula convencional não deverá ser recepcionada pelo magistrado.

#### **4. O IMPACTO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS EM DEMANDAS JUDICIAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.**

Adentrando um pouco mais no cerne do tema posto em debate, tendo em vista a linha argumentativa defendida nesse estudo, importa acrescentar a ótica dada pelo ordenamento sobre a relação médico paciente, bem como acerca da incidência da responsabilidade civil do médico em ações que estes indivíduos figuram como partes, além de ponderar sobre as hipóteses e limites de atuação do magistrado frente aos impactos de convenções processuais atípicas prévias que restrinjam o conteúdo de prova nas demandas envolvendo médico e paciente.

Assim, um importante panorama a ser observado ao tratarmos da relação médico paciente está nos artigos 2º, caput, e 3º do Código de Defesa do Consumidor, que trata da definição de consumidor e de prestador de serviços<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup>Quanto ao tema, ver GUEDES, Clarissa Diniz; LOPES, Laís Almeida de Souza. **Standards Probatórios no Contexto da Responsabilidade Civil do Médico**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 18, 2017, p. 107

Através destes, tendo em vista as definições de consumidor e prestador de serviços, afere-se que o médico é enquadrado neste último por ofertar a prestação de serviços médicos, ao passo que o paciente se afigura como um consumidor, eis que se utiliza do serviço médico prestado.

Confirmando a tese, através dos dizeres de Tartuce e Amorim<sup>48</sup>, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor incide sobre algumas relações de trabalho individual, como o médico por exemplo, em que há a prestação de serviço eventual ao consumidor, ainda que para aquele a sua responsabilidade esteja atrelada à comprovação de culpa.

Em razão desta análise, importa dizer que, o Código de Defesa do Consumidor, pautando-se na *Declaração de Sónia sobre o Desenvolvimento de Princípios Internacionais de Proteção do Consumidor*, visa conferir uma maior proteção a ao consumidor frente a contratos celebrados com fornecedores e prestadores de serviço, uma vez que, ao determinar o consumidor como figura vulnerável, se reconhece que não há equilíbrio entre os polos da relação negocial, em especial à informação e ao poder de negociação<sup>49</sup>.

Não obstante, Tartuce e Amorim<sup>50</sup> ao tratarem do princípio da hipossuficiência, trazem a ótica de que, para o consumidor, eventuais situações jurídicas que impeçam o consumidor de obter a prova indispensável para ensejar a responsabilização do fornecedor pelo dano causado, estará aí também evidenciada a hipótese de hipossuficiência do mesmo, razão pela qual os Autores alegam que

---

<sup>47</sup>**Art. 2°** Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (Código de Processo Civil, BRASIL, 2015)

**Art. 3°** Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (Código de Processo Civil, BRASIL, 2015)

<sup>48</sup>TARTUCE, Flávio; AMORIM, Daniel. **Manual do Direito do Consumidor, Volume Único**. São Paulo: 9ª Ed. Editora Método. 2020.

<sup>49</sup>Sobre tal questão ver TARTUCE, Flávio; AMORIM, Daniel. **Manual do Direito do Consumidor, Volume Único**. São Paulo: 9ª Ed. Editora Método. 2020. Em razão de o autor elucidar que há tempos não se vislumbra poder de barganha, *quicá* uma posição de equivalência do consumidor frente ao prestador de serviços, de modo que é através do princípio da vulnerabilidade que se reconhece tal fato, razão pela qual o ordenamento confere maior proteção ao consumidor quando das avenças contratuais.

<sup>50</sup>TARTUCE, Flávio; AMORIM, Daniel. **Manual do Direito do Consumidor, Volume Único**. São Paulo: 9ª Ed. Editora Método. 2020.

deverá o julgador analisar cada caso a fim de verificar a eventual situação de disparidade técnica ou informacional.

É justamente através desta ótica que, ao considerarmos que o paciente se encontra desassistido de um advogado quando da assinatura de um contrato de prestação de serviços médicos, que conste uma cláusula de convenção processual atípica que restrinja a matéria probatória, figurar-se-á no caso quase que o chamado contrato de adesão, uma vez que, via de regra, não será facultado ao paciente discutir os termos do referido documento.

Além disso, a situação se torna ainda mais relevante de análise, ao se ponderar que será praticamente impossível que o paciente seja capaz de vislumbrar os eventuais efeitos da referida cláusula numa eventual demanda que venha a ser originada a partir de um hipotético erro médico ocorrido, o que demonstra que não houve um verdadeiro consenso das partes acerca da referida cláusula.

Em que pese a problemática trazida acima, Nilo<sup>51</sup> salienta que as avenças realizadas entre o médico e o paciente é tema pouco trabalhado em nossa doutrina e jurisprudência, o que dificulta ainda mais a percepção dos efeitos causados por eventuais convenções processuais atípicas celebradas entre estes atores, e que venham a obstar a chamada busca pela verdade<sup>52</sup>.

Justamente por isso que, ao entendermos o grau de complexidade posto em discussão nos casos de relação médico paciente, as provas passam a ser fator fundamental para que seja alcançada a verdade e a justiça de fato, conforme já tratada em tópicos anteriores.

---

<sup>51</sup>NILLO, Alessandro Timbó. **Responsabilidade Civil dos Médicos e Contratos de Tratamento**. São Paulo: RT, vol. 997, 2018, p. 106.

<sup>52</sup>Sobre tal tema, ver LOPES, Laís Almeida de Souza. **Standards Probatórios no Âmbito da Responsabilidade Civil do Médico: uma análise exploratória do grau de suficiência da prova na narrativa jurisprudencial do TJMG e TJRS nos anos de 2013 a 2017**. Dissertação de Mestrado: Orientador Profa. Dra. Clarissa Diniz Guedes. Juiz de Fora: UFJF, 2018, p. 18, ao trabalhar que não é possível alcançarmos uma verdade otológica em nenhuma ciência. Entretanto, o objetivo institucional do processo é a busca por uma verdade possível, eis que cediço que há uma relação teleológica entre verdade e justiça.

O elemento de prova associado às relações consumeristas é tão relevante que Tartuce<sup>53</sup>, ao analisar o artigo 51, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, traz o entendimento de que não há proibição à convenção sobre ônus da prova de modo geral, mas, é considerada pela doutrina como nula de pleno direito quaisquer hipóteses em que a inversão do ônus da prova se dê em prejuízo do consumidor.

Para mais, Mafessoni<sup>54</sup> em seu texto afirma que convencionar acerca da não produção probatória, acarreta no risco de obter um resultado contrário aos interesses, eis que a parte não será capaz de cumprir com o ônus de provar o alegado. Ademais, o doutrinador traz o entendimento de que nestes casos o que se verificaria seria a pre-fixação do resultado da demanda, elemento que não é competência das convenções processuais, ou seja, estaria o indivíduo dispondo de direito material uma vez que restaria à parte pouca ou quase nenhuma chance de sair vencedora da demanda em razão da restrição probatória.

Importa notar que, conforme observado por Diniz e Lopes<sup>55</sup>, em se tratando do grau de comprovação de culpa a ser provado pelo paciente em ações que visam

---

<sup>53</sup>TARTUCE, Flávio; AMORIM, Daniel. **Manual do Direito do Consumidor, Volume Único**. São Paulo: 9ª Ed. Editora Método. 2020.

<sup>54</sup>MAFESSONI, Behlúa Ina Amaral. **Convenções Processuais em Matéria Probatória e Poderes Instrutórios do Juiz**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Dr. Érico Andrade. Belo Horizonte, 2020, p. 110.

<sup>55</sup>Nas palavras de Guedes e Lopes: “Como esses critérios são determinados por fatores de ordem jurídica, política e até moral, não é possível identificar plenamente, de um lado, a suficiência probatória para demonstração de um fato na perspectiva de determinado standard probatório, com, de outro, a suficiência probatória do ponto de vista epistemológico. Sob esta ótica, os modelos de constatação incidem como limitações ao julgamento dos fatos, impondo barreiras à delimitação do resultado probatório conforme o contexto em que se encontrem e os valores que norteiam cada relação processual. O standard da “prova clara e convincente” tem natureza intermediária entre os outros dois standards mencionados, e representa a situação em que os fatos são altamente prováveis.”[...]“Esse modelo de constatação incide sobre os processos civis especiais, ou seja, aqueles que “envolvem um conflito de valores que em muito ultrapassa a simples dimensão patrimonial.”[...]” São ações nas quais o bem jurídico é de tal forma relevante que exige um standard que vá além da mera preponderância de provas, como por exemplo, nas ações de família, mas o quantum de prova exigido para uma parte e outra permanece o mesmo. Já nos processos civis de índole punitiva, em que a sanção do demandado tem reflexos semelhantes à sanção penal, haverá a modificação dos parâmetros de limitação do julgamento fático aplicados tradicionalmente ao âmbito do processo civil, não apenas pela relevância do bem jurídico em tela, mas também pelo desequilíbrio inerente a esse tipo de relação jurídica processual civil, a qual se aproxima, em suas características, da relação processual penal.”[...]“Ademais, em virtude dessas peculiaridades, haverá nesses casos não somente uma alteração do standard de prova como também uma aplicação diversa dos ônus de prova, atribuindo-se unilateralmente o ônus de provar ao autor que está exigindo a aplicação da referida sanção. A necessidade de maior ou menor confirmação das alegações feitas no processo a respeito de determinado fato está diretamente relacionada não somente à proteção conferida ao bem jurídico envolvido no debate processual, mas também a outros fatores, tais como: a evolução

a responsabilização do profissional de saúde e o grau a ser alcançado pelo médico com fins a afastar a sua culpa, há grande disparidade entre o nível de comprovação necessário de ser atingido por cada uma das partes para que haja o convencimento do magistrado.

Deste modo, verifica-se que no caso em análise, em virtude da restrição de provas e da subtração de poderes e prerrogativas do juiz, relacionadas à prova, a hipótese irá ocorrer, tendo em vista que, em razão da hipossuficiência do paciente, acerca dos conhecimentos médicos e jurídicos, e, em razão da sua vulnerabilidade, o mesmo não será capaz de prever o óbice que tais cláusulas irão gerar para si, no caso de uma eventual demanda jurídica para tratar de erro médico, eis que não será possível à este, utilizar dos meios de provas necessários para justificar o seu pleito ante a complexidade destes casos,<sup>56</sup> além de que ao mesmo não será vislumbrado um efetivo poder negocial, de modo que lhe fosse oportunizado de fato exigir a remoção de tal cláusula do referido contrato.

Portanto, o que se verifica é que em eventuais convenções processuais em matéria probatória, em que figuram como partes médico e paciente, a mitigação do direito fundamental a prova advinda destes instrumentos acaba por gerar um desequilíbrio processual, uma vez que, por ser vulnerável e hipossuficiente, o paciente, além de deter uma menor força negocial acerca do eventual contrato de prestação de serviços médicos, não é capaz de prever os efeitos da referida convenção, colocando-se em uma situação de redução de possibilidade de êxito em uma eventual demanda por erro médico, o que traz relação direta com a chamada “incapacidade processual negocial” já tratada alhures, elemento que denota a ausência de uma verdadeira expressão de vontade do paciente acerca do convencido.

---

tecnológica, o acesso à prova, as opções de estado, opções de caráter cultural, moral etc. No caso da responsabilidade civil médica, a complexidade é um elemento relevantíssimo para que seja compreendida a necessidade de incidir um standard mais elevado nesse processo.” in GUEDES, Clarissa Diniz; LOPES, Laís Almeida de Souza. **Standards Probatórios no Contexto da Responsabilidade Civil do Médico**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 18, 2017.

<sup>56</sup>Ver LOPES, Laís Almeida de Souza. **Standards Probatórios no Âmbito da Responsabilidade Civil do Médico: uma análise exploratória do grau de suficiência da prova na narrativa jurisprudencial do TJMG e TJRS nos anos de 2013 a 2017**. Dissertação de Mestrado: Orientador Profª. Dra. Clarissa Diniz Guedes. Juiz de Fora: UFJF, 2018, ao analisar que são elevados os *standards probatório* a serem atingidos nos casos de erro médico para comprovação de culpa do profissional de saúde.

Em tais situações portanto, há de se esperar uma postura mais ativa do julgador, no sentido de realizar um maior controle das convenções processuais atípicas prévias em matéria probatória, eis que, conforme determina o parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil cabe ao juiz de ofício, ou a requerimento das partes, analisar criticamente a eventual convenção processual atípica trazida aos autos, recusando-lhe a aplicação em casos de existência de nulidades ou de manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes.

## 5. O PAPEL DO JUIZ NO CONTROLE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS RELATIVAS À PROVA

Seguindo o estudo, importa observar as lições de Pinho<sup>57</sup> que, analisando o parágrafo único do Art. 190 do Código de Processo Civil, leciona que ao magistrado haverá a existência de duas hipóteses ao se deparar com uma convenção processual: homologá-la, ou, em casos excepcionais, recusá-la.

Acrescendo ao tema, importa ver que, quando da homologação ou recusa de determinada convenção processual atípica, deverá o magistrado fundamentar a sua razão de decidir, observando as disposições do parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC<sup>58</sup>, a fim de se salvaguardar o direito ao recurso e o direito ao efetivo duplo grau de jurisdição.

Adiante, conforme já tratado alhures, o primeiro elemento ensejador de recusa do magistrado quanto à convenção processual atípica que limite a produção

---

<sup>57</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p 476-478.

<sup>58</sup>**Art. 489.** São elementos essenciais da sentença:

*Omissis*

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

*Omissis* (Código de Processo Civil, Brasil, 2015)

probatória, nas demandas envolvendo erro médico, diante da relação médico paciente, são pautados no conceito de vulnerabilidade do paciente, que se comprova através da hipossuficiência técnica deste quando da assinatura do negócio jurídico junto ao médico, desassistido de um advogado, situação que impossibilita ao primeiro prever os seus efeitos jurídico-processuais, bem como negociar à respeito da remoção da referida cláusula do contrato de prestação de serviços médicos.

Neste sentido, no que se refere aos requisitos de validade de cláusulas processuais dispostas em contratos de prestação de serviços médicos, Bandeira<sup>59</sup> leciona que não se admite negócios jurídicos que ofendam: (i) a tutela do consumidor, pautada no artigo 51, VI, do CDC<sup>60</sup> em que não se admite inversão de ônus da prova em prejuízo do consumidor, (ii) o requisito de validade constante do artigo 373, §3º, I do CPC<sup>61</sup>, que versa sobre a vedação de convenção que recaia sobre direito indisponível; e (iii) o artigo 373, §3, II do CPC<sup>62</sup>, que diz respeito a impossibilidade da convenção tornar excessivamente difícil o direito à produção de prova.

Como já tratado alhures, segundo determina o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil<sup>63</sup>, nenhuma convenção deverá prevalecer se contrariar, entre outros, a função social dos contratos e preceitos de ordem pública.

---

<sup>59</sup>BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. **O Papel do Juiz no Controle dos Negócios Jurídicos Processuais e o Art. 190. Do Novo Código de Processo Civil**. Pernambuco, Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n; 8, 2015, p 52-53

<sup>60</sup>**Art. 51.** São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

<sup>61</sup>**Art. 373.** O ônus da prova incumbe:

*Omissis*

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

<sup>62</sup>**Art. 373.** O ônus da prova incumbe:

*Omissis*

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

*omissis*

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

<sup>63</sup>**Art. 2.035.** A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

De mesma sorte, o *caput* do artigo 421<sup>64</sup>, também do Código Civil, deixa claro que há limites na liberdade contratual, que será sempre exercida pautada na função social do contrato.

Tartuce<sup>65</sup>, por sua vez, vai além e pondera que o artigo 2.035, *caput*, do Código Civil é dispositivo de direito intertemporal, capaz de resolver uma série de problemas relativos ao negócio jurídico. Em seguida, o autor denota que há possibilidade de intervenção do Estado nos contratos, por meio da função social dos contratos, com fins a afastar casos de abuso ou de excessos de uma parte perante a outra, mitigando, portanto, a força obrigatória das convenções.

Desta feita, tendo em vista o entendimento de Godinho<sup>66</sup>, tornar-se-á fundamental que se vislumbre o fatídico caso da nulidade da cláusula relativa à matéria de prova, travestida de suposta convenção processual atípica, em que o paciente, em razão de sua hipossuficiência e vulnerabilidade, estará pré-fixando a sua provável derrota processual, conforme aludido por Mafessoni<sup>67</sup>.

Neste sentido, imperioso notarmos que é justamente neste aspecto da pré-fixação de resultado que encontramos um importante vício da referida convenção processual atípica em matéria probatória.

Isso porque, não se vislumbra que há um efetivo consenso entre as partes, acerca das referidas convenções, uma vez que o paciente, por ser hipossuficiente e estar desassistido de um advogado, não terá ciência de que está reduzindo de maneira drástica suas chances diante de uma eventual demanda por erro médico.

---

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

<sup>64</sup>**Art. 421.** A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

<sup>65</sup>TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. Rio de Janeiro, 11<sup>a</sup> Ed. Editora Método, 2021, p. 574.

<sup>66</sup>GODINHO, Robson Renault. **Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015, p. 258.

<sup>67</sup>MAFESSONI, Behlva Ina Amaral. **Convenções Processuais em Matéria Probatória e Poderes Instrutórios do Juiz**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Dr. Érico Andrade. Belo Horizonte, 2020, p. 110.

Assim, havendo a incidência da situação trazida acima, afirma Bandeira<sup>68</sup> que deverá o magistrado avaliar a razoabilidade das limitações convencionadas, pautando-se nas provas normalmente necessárias, objetivando preservar o núcleo essencial do acesso à justiça, que se funda no devido processo legal.

Nos dizeres de Godinho<sup>69</sup>, que se mostram em sentido semelhante ao alhures, o objetivo será, portanto, de garantir que o acordo seja firmado de forma livre e rejeitando hipóteses de manipulações decorrentes de hipossuficiência técnica de uma das partes, de modo que as convenções processuais não possam servir como ferramenta para impedir ou dificultar o exercício do direito de defesa ou agravar desigualdades processuais. Noutra giro, será o mesmo que dizer que nestes casos, o juiz deverá observar se não há uma abusividade “vestida” de consenso prematuro em se tratando de convenções processuais relativas ao conteúdo probatório. Caso haja, deverá o magistrado atuar de modo crítico acerca da eventual cláusula de convenção processual atípica probatória, com fincas a fazer cumprir o objetivo a que se propõe a norma contida no parágrafo único do artigo 190 do CPC e dos princípios que regem os contratos.

Somando a esta hipótese, Pinho<sup>70</sup> aduz que, para que se vislumbre a recusa do magistrado quanto à convenção processual, esta poderá se dar nos casos em que se esteja diante de uma configuração de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou havendo flagrante situação de vulnerabilidade de uma das partes, hipótese prevista no artigo 190, parágrafo único, do Código Civil.

Aqui, *mister* fazer-se um paralelo entre o conceito de vulnerabilidade trazido no artigo 4, inciso I do Código de Defesa do Consumidor (fundamentado na *Declaração de Sófia sobre o Desenvolvimento de Princípios Internacionais de Proteção do Consumidor*, já tratado alhures) e o parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil. Veja-se que em ambos, um dos pontos fulcrais é a de permitir ao magistrado uma maior intervenção sobre eventuais acordos

---

<sup>68</sup>BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. **O Papel do Juiz no Controle dos Negócios Jurídicos Processuais e o Art. 190. Do Novo Código de Processo Civil**. Pernambuco, Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n; 8, 2015, p 55.

<sup>69</sup>GODINHO, Robson Renault. **Negócios Processuais Sobre o Ônus da Prova no Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015, p. 258.

<sup>70</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p 476-478.

convencionados entre as partes, que efetivem um desequilíbrio entre as partes, eis que uma destas se encontra em posição de desvantagem frente à outra.

Fundamenta-se tal alegação através dos dizeres de Pinho<sup>71</sup> que, em se tratando das hipóteses de reconhecimento de flagrante situação de vulnerabilidade que enseje a revogação de convenção processual, prévia ou incidental, o doutrinador entende ser bastante improvável que o judiciário venha a admitir, portanto, tais convenções nos processos envolvendo uma relação consumerista.

Ademais, Pinho<sup>72</sup>, tratando da atuação do magistrado pautada na proteção do consumidor enquanto parte vulnerável, vai demonstrar que o CDC deixa expresso que as normas ali tratadas são de ordem pública, e que visam, inclusive, salvaguardar o consumidor de cláusulas abusivas impostas em fornecimentos de produtos ou serviços, cláusulas que dificultem a defesa de seus direitos, entre outros aspectos.

Coaduna com tal entendimento os dizeres de Didier<sup>73</sup> que, ao tratar do princípio da cooperação, previsto no artigo 6º do CPC, deixa claro que há um ponto de equilíbrio relativo a tal princípio, eis que não se mostra razoável nem ignorar a vontade das partes, nem exigir que o juiz se comporte como um mero espectador do processo.

Neste aspecto, *mister* trazer à discussão, a chamada iniciativa de prova, elemento conferido ao magistrado no artigo 370 do Código de Processo Civil, já mencionado alhures, que trata da distribuição dinâmica da prova pelo juiz, de ofício ou à requerimento das partes.

Quanto a isto, leciona Humberto Theodoro Júnior<sup>74</sup> que os poderes do juiz no domínio da prova é fato reconhecido e reforçado no direito positivo, de modo que, pautado nos ideais constitucionais, relativos à garantia de acesso efetivo à justiça e

---

<sup>71</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p 476-478.

<sup>72</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p 478.

<sup>73</sup>DIDIER JR., Fredie. **Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº. 57, jul/set 2017, p 170.

<sup>74</sup>THEODORO JR. Humberto; **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

a justa composição de litígios, permitem ao juiz realizar de ofício a instrução processual, caso este entenda ser fator necessário à formação de seu convencimento a respeito da lide.

Didier<sup>75</sup>, analisando o tema e, pautando-se no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal<sup>76</sup>, aduz que o referido dispositivo confere ao juiz, enquanto agente do Estado, importante ferramenta para que este, ao decidir, esteja o mais próximo possível da verdade, concretizando o ideal de justiça. Ainda sobre tal questão, o autor vai dizer que cabe ao juiz a chamada atividade complementar, de modo que é facultado a este, caso ainda subsista dúvida acerca de determinada questão, requerer a produção de outras provas, situação em que a parte não poderá alegar uma surpresa, já que é conferido ao magistrado os chamados poderes instrutórios.

De modo semelhante, Cabral<sup>77</sup> vai lecionar que, enquanto às partes recai o ônus probatório, ao juiz irá lhe ser imputado o poder dever de prestar uma tutela jurisdicional efetiva e justa. Ou seja, ao se submeterem à tutela jurisdicional, as partes entregam ao Estado, através do magistrado, a responsabilidade de atuar de modo pleno, pautado na ordem pública e no Estado Democrático de Direito.

Portanto, ressalta-se através disto que há elementos que justifiquem ao magistrado recusar a aplicação da convenção processual atípica em matéria probatória que, diante da hipossuficiência e vulnerabilidade do paciente quando da assinatura do contrato, reduziu drasticamente a chance deste em obter êxito em uma eventual demanda por erro médico. Para mais, importa ressaltar que o que se objetiva com tal atitude do julgador é a de realizar um efetivo controle de validade da convenção processual atípica convencionada, determinada no parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil, em razão do reconhecimento de vulnerabilidade de uma das partes, e do fato de estarem as partes convencionando acerca de matérias afetas ao juízo, como é o caso da iniciativa de prova.

---

<sup>75</sup>DIDIER JR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**. 21ª ed. Salvador: Jus Podium, 2019, p. 94.

<sup>76</sup>Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

*Omissis* (Brasil, Constituição Federal, 1988)

<sup>77</sup>CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Podem as Partes Convencionar Sobre a Atividade Probatória do Juiz?**. Jus Brasil. < <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/485490334/podem-as-partes-convencionar-sobre-a-atividade-probatoria-do-juiz>> acesso em 22/03/2021

## 6. ANÁLISE CRÍTICA DO CASO DAS OLIMPÍADAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Para que seja possível a análise de todo o estudo empregado acima numa realidade prática, neste momento, proceder-se-á a uma abordagem prática do estudo até aqui desenvolvido, para fins de promover maior utilidade social ao trabalho e levar o raciocínio do leitor a um espectro real de aplicação jurídica, através da análise de um caso prático trazido pela 2ª Competição Mineira de Processo Civil, do professor Humberto Theodoro Júnior<sup>78</sup>.

Assim, em um breve resumo, o caso fictício trata-se da senhora Poliane Alvorada, modelo influente no mundo virtual, através da rede social Picgram, que fora procurada pelo Dr. Décio Shepherd, o qual a incentivou a fazer um procedimento de harmonização facial, em troca de seu trabalho ser divulgado nas redes sociais da *influencer*.

Décio, por sua vez, é médico dermatologista e cirurgião-dentista expoente na cidade de Belo Horizonte, detendo *expertise* na área de procedimentos estéticos, em especial a harmonização facial, além de ser professor num Curso Preparatório para Residência Médica.

Seguindo, houve a celebração de negócio jurídico relativo ao contrato de prestação de serviços médicos em momento anterior a realização do referido procedimento, contendo convenção processual atípica em matéria probatória.

Não obstante, narra o caso que a harmonização facial conteve alguns efeitos indesejáveis e inesperados por Poliane, tendo, segundo ela, afetado sua estética facial.

Em virtude disto, a *influencer* começou a divulgar os resultados em sua rede social, desencorajando seus seguidores a realizarem o referido procedimento com o Dr. Décio, razão pela qual este ajuizou ação em 17 de maio de 2019.

---

<sup>78</sup> Acesso em: <http://www.idpro.org.br/>

Interessa-nos, para o momento, analisar as disposições previstas nos incisos I e II da Cláusula Nona, disposta no contrato hipotético das olimpíadas, que são referentes às convenções processuais que limitam o direito fundamental à prova e subtraem os poderes e prerrogativas do juiz, bem como seus efeitos, através da sentença proferida no caso.

Em um primeiro norte, faz-se necessário observar que o inciso I da Cláusula Nona do referido contrato de prestação de serviços estéticos determinava que a fase instrutória iria admitir tão somente a prova documental, renunciado as partes quaisquer outros meios probatórios.

Aqui, de pronto encontra-se a mitigação latente da prova pericial, fator que virá a ser uma espécie de *conditio sine qua non* do resultado da lide.

Ademais, embora não se tenha convencionado a inversão do ônus da prova em desfavor de Poliane, hipótese em que dever-se-ia incidir a previsão do artigo 51, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, a determinação pela aplicação exclusiva do artigo 373 do CPC, através do inciso II da Cláusula Nona, culminou por prejudicá-la<sup>79</sup>. Isso porque, incide sobre a Ré uma hipótese de hipossuficiência técnica a respeito do tema, de modo que não seria possível que a mesma cumprisse com tal ônus apenas através de prova documental.

Em que pese a roupagem legal de tal convenção, estamos diante de um caso flagrante da chamada pré-fixação de resultado, na qual, em razão da situação vulnerabilidade e hipossuficiência da paciente, a mesma convencionou as referidas situações processuais que a impedem de obter êxito em sua pretensão.

Tal pré-fixação, inclusive, é elemento que demonstra ofensa ao princípio da boa-fé contratual quando da celebração do referido contrato, conforme tratado em tópicos anteriores, o que impacta o plano da validade da referida convenção<sup>80</sup>, conforme disciplina o Enunciado nº 6 do FPPC, que traz a análise de que não é

---

<sup>79</sup>Importa notar aqui que a forma de distribuição de ônus da prova no caso fora a ordinária, que impõe àquele que alegou um fato comprová-lo. Portanto, a conclusão lógica que se chega e se observa no caso, é a de que caberia a Poliane comprovar suas alegações acerca do procedimento estético, o que por óbvio não seria possível em razão de sua hipossuficiência quanto ao tema.

<sup>80</sup>**Enunciado nº. 6 do FPPC:** (arts. 5º, 6º e 190) O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)

admissível que o negócio jurídico processual afaste os deveres inerentes da boa-fé e da cooperação, hipótese vislumbrada no presente caso. Mister ressaltar que a simples assinatura da presente convenção já era elemento suficiente para demonstrar a vulnerabilidade da Ré da ação do caso, conforme entendimento do Enunciado 18 do FPPC <sup>81</sup>, o que desagua na ideia de incapacidade negocial processual tratada em tópicos acima, de modo que a mesma sequer foi capaz de prever as consequências da convenção em análise.

Explica-se tal alegação pois, ao aceitar estas duas determinações, sob a ótica de Poliana, a qual não estava assistida por um advogado, percebe-se que ela, sem ter consciência, abdicou de atos processuais relevantes para sua defesa na referida ação<sup>82</sup>.

Assim, não houve o consenso essencial aos negócios jurídicos, eis que a Paciente não era capaz de vislumbrar os efeitos de suas abdições, além de ter convencionado sobre poderes e elementos que não lhes era afeto.

Para coadunar com tais alegações, verifica-se que o juiz fundamenta sua decisão na ausência de prova robusta de nexos causal entre as lesões e a conduta profissional. Ou seja, profere julgamento, não apenas contrário ao que antes estava previsto no contrato, mas também esboça seu convencimento como se tivesse havido no presente caso a possibilidade de uma ampla produção de provas, o que absolutamente não está consentâneo ao que se exige de uma persuasão racional, eis que não promoveu o controle da convenção processual que limitou a possibilidade de produção probatória.

Ainda sobre a referida decisão hipotética do magistrado no caso olimpíadas, importa observar que, diversamente da alegação feita pelo juiz de que não se vislumbrava no caso a relação consumerista, a jurisprudência e doutrina<sup>83</sup> são

---

<sup>81</sup>**Enunciado 18 do FPPC**, *verbis*:

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

<sup>82</sup>V.g. Devido processo legal, direito fundamental à prova, reconhecimento de sua situação de hipossuficiência técnica de modo a desincumbi-la de realizar a produção probatória pertinente, em suma.

<sup>83</sup>Ver o capítulo 4 do presente estudo, que demonstra o reconhecimento do artigo 3 e 4 do Código de Defesa do Consumidor, em razão da incidência de tais conceitos em relação ao paciente e ao médico, respectivamente. Não reconhecer a aplicação de tal instituto, é, portanto, ignorar a situação

majoritárias em afirmar que a relação médico paciente é de fato uma relação consumerista, o que corrobora o entendimento trazido até aqui, eis que não houve observância do magistrado acerca da vulnerabilidade existente no parágrafo único do artigo 190 e nos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

Não obstante, importa a análise do Enunciado 36 da ENFAM<sup>84</sup>, aplicável ao caso, uma vez que o mesmo aduz não ser admissível que a convenção processual atípica venha a limitar o poder e dever do magistrado, inclusive relativos à instrução processual, hipótese ocorrida no caso, eis que se tornou impossível a comprovação da existência, ou não, do erro médico discutido nos autos, uma vez que se subtraiu do magistrado os seus poderes instrutórios acerca da iniciativa de prova do juiz, e da distribuição dinâmica do ônus probatório, prevista no artigo 373, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Portanto, caso o magistrado tivesse promovido o devido controle das convenções processuais do negócio jurídico hipotético do trabalho, reputando-as inválidas, ele teria privilegiado a finalidade do parágrafo único do artigo 190 do CPC, enquanto norma, eis que não se vislumbra no caso liame essencial de um negócio jurídico processual, qual seja, o consenso das partes acerca do convencionado, e a situação de vulnerabilidade do paciente em razão de ver-se desassistido de um advogado no momento da assinatura do contrato. Dessa forma, o magistrado teria velado pelo modelo constitucional de processo, além dos poderes e prerrogativas do juiz, uma vez que resgataria para si os seus poderes instrutórios ali suprimidos, em razão das partes terem convencionado de matérias de ordem públicas, abarcadas no diploma consumerista (portanto inegociáveis), além das normas fundamentais do processo.

---

de vulnerabilidade e hipossuficiência do paciente, imputando a este uma exigência comprobatória injusta e inalcançável, em razão de convenção processual atípica prévia em matéria probatória, impossibilitando a este um real e efetivo acesso à justiça, observando suas condições fáticas.

<sup>84</sup>**36)** A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraíam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.

## 7. CONCLUSÃO

Após a análise do conteúdo teórico de renomados autores da doutrina pátria acerca do tema do direito fundamental à prova, dos poderes instrutórios do juiz e da relação médico paciente, bem como das convenções processuais atípicas prévias em matéria probatória, foi possível observar a existência de elementos que exigem do magistrado uma postura mais crítica e ativa sobre eventuais convenções processuais atípicas em matéria probatória em relações envolvendo médico e paciente, de modo a consagrar a norma prevista no parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil.

Numa síntese, foi estudado e defendido no decorrer deste trabalho o entendimento doutrinário de que um dos princípios norteadores da convenção processual atípica envolvendo relações entre médico e paciente é o do devido processo legal, que visa a proteção contra o exercício tirânico no qual uma parte submete a outra às suas vontades, ofendendo princípios constitucionais, como o conceito de decisão justa, além de normas fundamentais do processo, matérias de ordem pública (CDC), bem como da impossibilidade de se convencionar acerca dos poderes instrutórios do juiz, através de uma falsa ideia de consenso entre as partes em relação ao acordado, eis que sobre o paciente irá incidir a hipótese de hipossuficiência e vulnerabilidade.

Tais pontos se mostram sumários para entendermos o estudo, uma vez que o silêncio do referido artigo 190 do Código de Processo Civil culminou por não determinar as consequências do não cumprimento da convenção por uma das partes ou o indeferimento desta de modo arbitrário pelo magistrado.

Portanto, a fim de se abalizar as referidas convenções processuais atípicas, importa notarmos que somente será possibilitado às partes convencionarem acerca de temas afetos ao seu poder, de modo que questões afetas aos poderes do magistrado, como a iniciativa de prova do juiz, não devem ser alvo deste instituto.

Assim, em relação a negociações, ou convenções, que venham a tratar de exercício de jurisdição, *mister* que tais pactos sejam mais regulados e restritos, de modo a salvaguardar as normas fundamentais do processo.

Neste sentido, havendo flagrante ofensa à princípios, bem como deparando-se o magistrado com situação de desequilíbrio processual em razão de convenção processual atípica em que uma parte seja reconhecidamente vulnerável, caberá ao julgador recusar a aplicação de tal cláusula, sob pena de injustiças processuais e ofensas ao estado democrático de direito.

Portanto, o caso fictício serviu como demonstração de que há necessidade de que, diante de casos envolvendo relação médico-paciente, sejam observados alguns critérios relevantes para que haja, ou não, a recepção das convenções processuais atípicas prévias em matéria de prova, quais sejam: (a) a existência de uma relação pautada no Código de Defesa do Consumidor, que venham a comprovar a situação de vulnerabilidade e a provável situação de hipossuficiência do paciente, de modo que o magistrado atue conforme disciplina o parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil; (b) que o magistrado analise se a convenção processual atípica previamente acordada tenha uma roupagem que esconda nulidades como as já analisadas supra, e que culmine numa espécie de pré-fixação de resultado fundada em uma falsa situação de consenso entre as partes; (c) que, diante da complexidade do caso envolvendo médico-paciente, e, em razão da complexidade da demanda, seja necessário que o magistrado resgate para si os seus poderes instrutórios ali suprimidos, a fim de velar pelo modelo constitucional de processo, pelas normas fundamentais do processo, além dos poderes e prerrogativas do juiz, em razão das partes terem convencionado de matérias de ordem públicas, abarcadas no diploma consumerista (portanto inegociáveis).

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Carlos Adriano Miranda. **O Papel do Juiz no Controle dos Negócios Jurídicos Processuais e o Art. 190. Do Novo Código de Processo Civil.** Pernambuco, Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. nº 8. 2015.

BEREZOWSKI, Aluísio. **A Busca Pela Verdade Real no Novo CPC: Terá Havido uma Mudança de Paradigma?** São Paulo: Ed. Revista de Processo, vol. 280, 2018.

BRAGA, Paula Sarno. **Primeiras Reflexões Sobre uma teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência.** Revista de Processo, vol. 148, 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais.** 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Podem as Partes Convencionar Sobre a Atividade Probatória do Juiz?**, Jus Brasil. <  
<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/485490334/podem-as-partes-convencionar-sobre-a-atividade-probatoria-do-juiz>> acesso em 22/03/2021

CAMPOS, Humberto Lopes Campos. **Convenções Processuais Atípicas em Matéria Probatória;** Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do Título de Especialista em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Orientador Prof. Me. Vitor Lia de Paula Ramos. Porto Alegre, 2016.

DIDIER JR., Freddie; **Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil.** Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº. 57, jul/set 2017.

DIDIER JR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil.** 21ª ed. Salvador: Jus Podium, 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil.** Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº. 57, jul/set 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. 2. 11ª ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

FIUZA, César. **Contratos Empresariais e negócios processuais**. In: PERUCCI, Felipe Falconi; MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; LEROY, Guilherme Costa. **Os impactos do novo CPC no direito empresarial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo CPC**. São Paulo: RT 2015.

GUEDES, Clarissa Diniz; LOPES, Laís Almeida de Souza. **Standards Probatórios no Contexto da Responsabilidade Civil do Médico**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 18, 2017.

LOPES, Laís Almeida de Souza. **Standards Probatórios no Âmbito da Responsabilidade Civil do Médico: uma análise exploratória do grau de suficiência da prova na narrativa jurisprudencial do TJMG e TJRS nos anos de 2013 a 2017**. Dissertação de Mestrado: Orientador Profa. Dra. Clarissa Diniz Guedes. Juiz de Fora: UFJF, 2018.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros; **Negócio Processual Acerca da Distribuição do Ônus da Prova**. RT, 2015, RePro 241/463-487.

MAFESSONI, Behlua Ina Amaral. **Convenções Processuais em Matéria Probatória e Poderes Instrutórios do Juiz**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Dr. Érico Andrade. Belo Horizonte, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção – De Acordo com o CPC 2015**. São Paulo: Ed. RT, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **O Princípio da Comunhão da Prova**. Gen Jurídico, 2014. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2014/12/19/o-principio-da-comunhao-da-prova/>>. Acesso em 29 de agosto de 2021.

NILO, Alessandro Timbó. **Responsabilidade Civil dos Médicos e Contratos de Tratamento**. São Paulo: RT, vol. 997, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no Direito Processual Civil Brasileiro: Existência, Validade e Eficácia**. Dissertação de Doutorado: Orientador Professora Livre-Docente Teresa Celina de Arruda Alvim. São Paulo, 2019.

REICHELDT, Luiz Alberto. **O Direito Fundamental à Prova e os Desafios Relativos à Sua Concretização no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, vol. 267, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. Rio de Janeiro, 11ª Ed. Editora Método, 2021.

TARTUCE, Flávio; AMORIM, Daniel. **Manual do Direito do Consumidor, Volume Único**. São Paulo: 9ª Ed. Editora Método. 2020.

THEODORO JR. Humberto; **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.