

PRINCÍPIO DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO E A REALIZAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS QUE VEDEM A PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* PELO MAGISTRADO

Társis Silva de Cerqueira¹
tarsiscerqueira@gmail.com

Mariana Almofrey Nogueira²
mariana.almofrey@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais atípicos pelas partes litigantes que tenham como objeto a vedação à possibilidade de que o magistrado produza ou determine a produção de provas *ex officio* no processo. Através da investigação, apura-se se, efetivamente, há um limite trazido pela norma processual civil que impeça a realização de tais tratativas, verificando ainda se a existência de uma suposta restrição está em consonância com o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. O trabalho se constitui através de pesquisa bibliográfica, buscando aprimorar as ideias e teses já construídas acerca do tema e enriquecer a investigação. Ao fim, conclui-se que não há no diploma processual civil nenhuma vedação expressa à possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais que limitem a produção de provas de ofício pelos magistrados. Ademais, constata-se ainda que a realização de negócios jurídicos processuais atípicos neste sentido não impede que o julgador intervenha de modo direto na gestão probatória do processo – podendo fazê-lo, por exemplo, através da distribuição dinâmica do ônus da prova.

PALAVRAS-CHAVE: autorregramento da vontade – negócios jurídicos processuais atípicos – produção de provas de ofício.

ABSTRACT

This article analyzes the possibility of carrying out atypical procedural legal transactions by litigants whose object is to prevent the possibility of the magistrate producing or determining the *ex officio* production of evidence in the proceeding. Through the investigation, it is ascertained whether, in fact, there is a limit brought by the civil procedural norm that prevents the accomplishment of such negotiations, also verifying if the existence of an alleged restriction is in line with the principle of respect for individual autonomy in the process. The work consists of bibliographical research, seeking to improve the ideas and theses already built on the theme and enrich the research. Finally, it is concluded that in the civil procedural code there is no express prohibition on the possibility of carrying out legal procedural transactions that limit the *ex officio* production of evidence by magistrates. In addition, it is noted that the execution of atypical procedural legal transactions in this sense does not prevent the judge to intervene

¹ Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Especialista em Direito Processual Civil (Faculdade Baiana de Direito/Juspodivm). Bacharel em Direito pela Universidade Salvador - Unifacs. Professor da Universidade Federal da Bahia - UFBA e da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Membro efetivo da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo - ANNEP.

² Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada.

directly in the probative management of the process - for example, through the dynamic distribution of the burden of proof.

KEYWORDS: principle of respect for individual autonomy – atypical procedural legal transactions – ex officio production of evidence.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. MODELOS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

2.1 MODELO DISPOSITIVO

2.2 MODELO INQUISITIVO

2.3 MODELO COOPERATIVO

3. PRINCÍPIO DO RESPEITO AO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO

3.1 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

4. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

5. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS QUE VEDEM A PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* PELO MAGISTRADO

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

PRINCÍPIO DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO E A REALIZAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS QUE VEDEM A PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* PELO MAGISTRADO

1. INTRODUÇÃO

Uma das mais retumbantes inovações do Código de Processo Civil de 2015 é a expressa previsão da cláusula de atipicidade dos negócios jurídicos processuais. Trata-se de disposição que evidencia a consagração do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil brasileiro.

Dada a sua abrangência, a referida cláusula absorve as mais amplas possibilidades de comportamentos e conformações de expectativas normativas. No entanto, essa abertura exige a responsável discussão dos limites de sua conformação, em especial no que concerne aos objetos de tais negócios. Uma das questões passíveis de discussão diz respeito à possibilidade ou não de se realizar convenções que visem impedir que o magistrado determine a produção de provas *ex officio* no processo.

Com efeito, o presente trabalho tem como problema de investigação da aludida questão. Pretende-se, por meio desta pesquisa, apurar se há, de fato, alguma limitação a esta hipótese no Código de Processo Civil ou na dogmática processual e, em que medida, a referida convenção atende aos ditames do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo.

A pesquisa utiliza a metodologia exploratória, objetivando a familiarização com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito e a constituir hipóteses. O trabalho se constitui pela pesquisa bibliográfica, buscando aprimorar as ideias e teses já existentes acerca do tema em questão.

2. MODELOS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A noção de modelo de direito processual civil remete à ideia do modo como o processo civil se desenvolve, e de quais princípios e valores o instruem em dado período histórico. Para analisar os modelos de direito processual civil, devemos observar os papéis dos sujeitos processuais – notadamente das partes e do magistrado. Estes posicionamentos variam a depender do sistema utilizado.

Didier Jr.³, afirma que se pode considerar que os diversos modelos de direito processual existentes estão de acordo com o princípio do devido processo legal, a depender da noção que se tem de devido processo. Ao longo da história, o entendimento acerca do devido processo legal foi sendo alterado, aplicando-se modelos processuais com ele compatíveis.

Trata-se, em última análise, de um fenômeno cultural⁴. Assim, enquanto em um contexto a postura de um magistrado que busca a verdade a qualquer custo pode ser considerada como devido processo, em outro, tal posição é veementemente rechaçada.

No Direito Processual Civil ocidental, aponta-se, pelo menos, a existência de dois modelos processuais: o *dispositivo* e o *inquisitivo*. Não obstante, é crescente a consolidação de um terceiro modelo: o modelo *cooperativo*. Este último, ganhou destaque no Brasil, principalmente, quando o Código de Processo Civil de 2015 tomou-o como referência.

Nesse contexto, compreender os limites da atuação e responsabilidades dos sujeitos processuais – em especial, partes e órgão jurisdicional – exige a compreensão do modelo cooperativo. Todavia, por questão didática, relevante uma breve revisita aos modelos tradicionalmente conhecidos no Direito Processual Civil Ocidental.

2.1 MODELO DISPOSITIVO

O modelo dispositivo é regido pelo princípio de mesmo nome. Tal modelo é chamado também, por parte da doutrina, de *adversarial*. Nele, as partes são as responsáveis pelo curso do processo, desde a sua instauração, até o desenvolvimento da fase instrutória, cabendo ao magistrado uma posição de inércia – devendo apenas analisar e valorar as provas e fatos que lhe são apresentados. Comumente, o modelo dispositivo é associado ao sistema do *common law*.

Essencialmente, no sistema dispositivo, o juiz tem a sua atuação condicionada à vontade das partes, que delimitam a extensão do processo, definindo os elementos objetivos e subjetivos que serão objeto de discussão na lide. Neste modelo, são as partes que fixam os termos exatos

³ DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.** In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coords.). Salvador: Juspodivm, 2013, p.207.

⁴ CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada.** Tradução Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.21.

do litígio que será apreciado pelo magistrado, determinando as alegações que serão provadas e analisadas e acostando aos autos as provas para corroborá-las – ou solicitando a sua produção⁵.

Nos ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves⁶, no modelo dispositivo puro, caberia também às partes a provocação do desenvolvimento processual, não sendo aplicado ao sistema o princípio do impulso oficial. No mesmo sentido entende Adolfo Alvarado Velloso⁷ ao afirmar que, neste modelo processual, as partes seriam as “donas absolutas do impulso processual”, definindo o momento de iniciar e pôr fim à marcha processual e determinando o seu andamento.

Segundo Velloso, os sistemas processuais que se baseiam no modelo dispositivo possuem um método bilateral, colocando duas partes naturalmente desiguais para resolver pacificamente e em situação de igualdade jurídica as questões que trouxeram a Juízo. Segundo o doutrinador, a mencionada igualdade seria assegurada pelo magistrado, enquanto autoridade que dirige a controvérsia.

O processo regido por este modelo consistiria em uma espécie de competição ou disputa entre as partes litigantes. O mencionado embate se daria diante do órgão julgador, que deve permanecer relativamente passivo, tendo como principal atividade a de julgar. Atualmente, considera-se que, quando o legislador concede maior poder ao autor e ao réu, determinando atividades relacionadas à condução e instrução do processo, estaria se pautando no modelo dispositivo.

Em sua obra, Daniel Mitidiero⁸ faz referência a um modelo processual com as mesmas características do sistema dispositivo denominando-o de processo “isonômico” ou “paritário”. O autor afirma que, de acordo com este sistema, a organização social, o indivíduo, a sociedade civil e o Estado não se distinguem, possuindo uma posição de igualdade. Assim, o magistrado – enquanto representante do Estado – se igualaria às partes no processo, não possuindo uma posição de superioridade, tampouco de hierarquia e possibilitando uma relação de paridade.

⁵ No modelo de processo adversarial, o juiz, pautado por valores liberais clássicos, deve garantir a própria não interferência na condução do "jogo" do processo de modo a impedir eventual contribuição no êxito da demanda por qualquer dos sujeitos em conflito. v. TARUFFO, Michele. **El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana: El modelo americano del proceso de connotación dispositiva**. Bogotá: Temis S.A, 2008, p. 16-25.

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.183.

⁷ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **O garantismo processual**. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coords.). Salvador: Juspodivm, 2013, p.13.

⁸ MITIDIERO, Daniel. **Processo justo, colaboração e ônus da prova**. Rev. TST, Brasília, vol. 78, no 1, jan/mar 2012, p.70-71.

No processo isonômico” ou “paritário”, assim como no modelo dispositivo, a dialética tem um papel central na resolução do conflito levado a Juízo. A atividade do magistrado tem como limites o poder das partes de dispor sobre o objeto processual, a escolha do rito, a produção probatória, entre outros aspectos.

Em relação à produção probatória, neste modelo, não caberia ao juiz nenhuma iniciativa para constituição das provas processuais, devendo apenas apreciar as que lhes são apresentadas – julgando o feito tendo-as como base. O objetivo seria chegar à verdade processual, sendo respeitada a boa-fé entre as partes.

Mitidiero⁹ aponta as experiências políticas grega e ítalo-medieval como exemplos de sociedades nas quais figurou o modelo de relações isonômicas entre o magistrado e as partes no processo. Em decorrência desse *modus*, o autor afirma que o termo “hierarquia” era desconhecido pela sociedade grega, uma vez que havia igualdade política entre o cidadão e aquele que iria julgar sua causa.

2.2 MODELO INQUISITIVO

No modelo processual inquisitivo, diferentemente do sistema que tem como base o princípio dispositivo, o magistrado, investido da jurisdição, é o protagonista na condução do procedimento¹⁰. A liberdade de atuação jurisdicional é ampla e irrestrita¹¹, tendo o juiz uma postura ativa na fase instrutória, com total autonomia para intervir e determinar a produção de provas.

Neste sistema, no qual predomina o princípio de mesma nomenclatura, há a pesquisa oficial pelos fatos e evidências do que supostamente haveria ocorrido. O juiz possui plenos poderes para intervir no feito, podendo, até mesmo, coletar as comprovações e provas que embasarão o seu próprio convencimento. Assim, as partes ficam submetidas ao poder coercitivo do magistrado.

⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.102.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coords.). Salvador: Juspodivm, 2013, p.207.

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.183.

Em sua versão clássica, o modelo inquisitivo permite que o juiz inicie, de ofício, o processo, sem a necessidade de provocação das partes envolvidas no caso a ser apreciado. Adolfo Alvarado Velloso¹² coloca que o magistrado se torna, ao mesmo tempo, o acusador – instaurando o processo e investigando elementos que possam confirmar as suas convicções acerca da matéria analisada. Neste modelo, a participação do juiz na formação da prova é considerada legítima, sendo a produção probatória de ofício não somente um poder, mas também um dever do julgador – podendo ainda o magistrado apreciar as provas livremente.

Em sua obra, Daniel Mitidiero¹³, denomina o modelo inquisitivo de “processo assimétrico”. O autor prefere essa nomenclatura por conta da característica da verticalização da relação entre o magistrado e as partes, conferindo ao julgador uma posição de “super parte” – sendo colocado acima dos litigantes e tendo amplos poderes. Tal modelo é observado em sociedades nas quais há uma rígida separação entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado. Este último, neste contexto, possui a função de aplicar o direito no processo, resolvendo as situações que lhe são postas de modo a obter a verdade.

No modelo inquisitivo ou “assimétrico”, a busca pela verdade é uma tarefa que cabe ao Estado através de uma condução ativa do processo. Os litigantes devem primar pela boa-fé processual, empenhando-se em dizer a verdade, mas o Estado, segundo Mitidiero, poderia, até mesmo, mentir com o fim de obtê-la. Assim, para que seja atingido o objetivo de se chegar à “verdade”, há um expressivo recrudescimento dos poderes do magistrado e, por via de consequência, um decréscimo na atuação das partes no processo.

Historicamente, “o processo civil romano da *cognitio extra ordinem* e o processo civil do Estado Moderno (especificamente, o *processus* prussiano do século XVIII)”¹⁴ podem ser apontados como exemplos ilustrativos no modelo de “processo assimétrico” – ou modelo inquisitivo. Didier Jr.¹⁵ afirma que existem autores que relacionam o modelo inquisitivo ao *civil law*. Segundo o doutrinador, atualmente, o processo inquisitivo é comumente encontrado em países da Europa Continental e da América Latina.

¹² VELLOSO, Adolfo Alvarado. **O garantismo processual**. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coords.). Salvador: Juspodivm, 2013, p.13.

¹³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.103.

¹⁴ Ibid., p.74.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.157.

É a partir desta concepção de processo que surge a ideia da busca pela *verdade real*¹⁶ – que seria, para a maior parte dos defensores desta metodologia, o objetivo da jurisdição. O aumento exacerbado dos poderes do magistrado no modelo inquisitivo, tendo como justificativa a obtenção da *verdade real*, pode resultar na diminuição do formalismo. Isto pode representar um grave risco à imparcialidade do magistrado e a uma prestação jurisdicional equânime, uma vez que a condução do processo com atenção à instrumentalidade das formas representa um elemento natural para contenção do arbítrio no processo.

2.3 MODELO COOPERATIVO

O modelo cooperativo é uma terceira espécie de modelo processual civil, possuindo objetivos distintos dos tradicionais modelos *dispositivo* e *inquisitivo*. Esse sistema ganhou mais destaque no Brasil depois que o Código de Processo Civil de 2015 entrou em vigor - trazendo expressamente, em seu artigo 6º, que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para eu se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Didier Jr.¹⁷ aponta que este modelo processual seria o mais adequado para um sistema democrático¹⁸. Mitidiero¹⁹ complementa a ideia ao afirmar que o processo cooperativo é o que deve vigorar em um Estado Constitucional – uma vez que, em tal sistema, é necessária a cooperação entre a sociedade para o alcance dos objetivos constitucionalmente previstos.

No modelo cooperativo, o andamento do processo não seria mais estabelecido pelas partes litigantes – como no modelo dispositivo –, nem pelo órgão jurisdicional em sobreposição dos outros sujeitos processuais – como no modelo inquisitivo. O gerenciamento processual se daria se forma cooperativa, com igualdade entre todas as figuras que compõem o processo.

¹⁶ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **O garantismo processual**. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coords.). Salvador: Juspodivm, 2013, p.13.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coords.). Salvador: Juspodivm, 2013, p.207.

¹⁸ Segundo Fredie Didier Jr. o modelo cooperativo do processo caracteriza-se pelo redimensionamento do contraditório, a partir da inclusão do órgão jurisdicional dentre os sujeitos do diálogo e não somente como mero espectador de uma luta ou disputa entre as partes. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Fundamentos del Principio de Cooperación en el Derecho Procesal Civil Portugués**. Lima: Communitas, 2010, p.54-55.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.97.

Exige-se uma relação de simetria e equilíbrio entre as partes e o órgão jurisdicional, que tão somente será rompida com a decisão²⁰.

O princípio da cooperação (que norteia o modelo cooperativo) se baseia na junção dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório. O modelo inclui também o órgão jurisdicional entre os sujeitos em diálogo no processo – logo, também o magistrado, enquanto seu presentante.

O juiz deixa a posição de espectador das partes litigantes e adota uma postura de diálogo e interação com as mesmas. Nesse contexto, o princípio do contraditório volta a ganhar destaque - tornando-se não apenas uma formalidade a ser observada para tornar válida a prestação jurisdicional e sim como uma verdadeira forma de aprimorá-la.

A ideia de igualdade entre os sujeitos processuais é a base do modelo cooperativo. O princípio da cooperação se norteia, essencialmente, nesta noção de que, no processo civil, há uma relação jurídica entre as partes e o magistrado.

O papel do juiz neste contexto seria “se comportar, na integração com as significativas atividades das partes, de modo que se possa alcançar o propósito do processo o mais fácil, rápida e completamente possível”²¹. Deste modo, o magistrado não teria uma postura ativa, nem uma postura passiva em relação aos acontecimentos processuais, mas sim cooperativa, auxiliando as partes litigantes a chegarem rapidamente à resolução do conflito.

O juiz, na condução do processo cooperativo, deve ter uma postura isonômica, estando em pé de igualdade com as partes na condução do processo, e assumir uma posição de superioridade em relação aos litigantes quando precisar decidir acerca de questões processuais

²⁰Com convincentes argumentos, Daniel Mitidiero assevera que: “O processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada que está na dignidade da pessoa humana. O indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas. O direito a ser concretizado é um direito que conta com a *juris prudentia*, nada obstante concebido, abstratamente, como *scientia juris*. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio). O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa. A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é boa-fé objetiva, que se ajunta à subjetiva para a realização de um processo leal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la.” MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.114.

²¹ GREGER, Reinhard. **Cooperação como princípio processual**. Tradução Ronaldo Kochem. Revista de processo, São Paulo, v. 206, abr. 2012, p.126.

e materiais. Deve ainda ser paritário em certos momentos, possibilitando o efetivo diálogo, participação e contraditório, e “assimétrico” quando precisar julgar. Mitidiero²² aponta que deve existir entre o juiz e as partes uma verdadeira “comunidade de trabalho”, sendo a cooperação uma prioridade no processo.

Segundo Mitidiero, o Estado Constitucional necessita de um modelo de processo civil pautado no formalismo-valorativo. Ou seja, ao mesmo tempo em que o processo deve seguir os ditames formais, busca-se uma prestação jurisdicional na qual haja uma efetiva colaboração e respeito mútuo entre as partes, para a conquista do fim constitucional de observância e promoção dos direitos fundamentais – tanto materiais, como processuais.

Devido ao caráter constitucional do modelo cooperativo – primando pela concretização de direitos fundamentais –, os cidadãos anseiam que o Estado nem sempre se abstenha, mas também tenha uma posição atuante, oferecendo uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva para que sejam resguardados os direitos. Com isto, será possível assegurar o atendimento mínimo dos fins sociais.

Para se alcançar o modelo cooperativo, devem ser observados alguns deveres: o *dever de esclarecimento*, o *dever de lealdade* e o *dever de proteção*²³. Estes precisam ser seguidos por todos os sujeitos processuais: partes e órgão jurisdicional. Didier Jr. exemplifica que, para que o *dever de esclarecimento* seja atendido, os litigantes precisam expor as suas demandas de modo claro e coerente, sob pena de serem declaradas ineptas caso não atendam este quesito. Quanto ao *dever de lealdade*, o autor pontua como exemplos de sua aparição no CPC a disposição que proíbe as partes de litigarem de má-fé (arts. 79-81 do CPC) e a imposição de observância ao princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC). Em relação do *dever de proteção*, o CPC estabelece que um dos litigantes não pode causar danos ao outro (prevendo, por exemplo, a punição ao atentado, art. 77, VI, CPC; e a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 520, I, e 776, CPC)²⁴.

²² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.102.

²³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.166.

²⁴ “De eso surgen deberes de conducta tanto para las partes como para el órgano jurisdiccional, que asume una ‘doble posición’, ‘se muestra paritario en la conducción del proceso, en el diálogo procesal’ y ‘asimétrico’ en el momento de la decisión; no conduce el proceso *ignorando o minimizando* el papel de las partes en la ‘división de trabajo’, sino desde una posición paritaria, con diálogo y equilibrio.” DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Fundamentos del Principio de Cooperación en el Derecho Procesal Civil Portugués**. Lima: Communitas, 2010, p.56. No mesmo sentido, BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.198.

Assim sendo, percebe-se que o modelo cooperativo é pautado numa gestão isonômica e democrática do processo pela jurisdição. A necessidade de lealdade entre os litigantes é latente. Embora tenham interesses distintos – e estejam em Juízo para defendê-los –, as partes e o magistrado devem observar os deveres *de esclarecimento, de lealdade e de proteção*. O processo, como afirma Mitidiero²⁵ deve ser um *devido processo leal*, objetivando a boa-fé em suas perspectivas subjetiva e objetiva.

Em relação à produção probatória, o modelo cooperativo se mostra o mais adequado para a obtenção de uma prestação jurisdicional mais fidedigna, uma vez que a cooperação entre o juiz e as partes na condução da instrução probatória – sendo observada à forma e os valores levados à Juízo – culminará em uma prestação que atenda às reais necessidades dos litigantes, bem como que respeite os limites da lide.

Coitinho afirma que esse mútuo auxílio poderá culminar numa reconstrução dos fatos mais próxima da “verdade”²⁶ – o que, no entanto, não se acredita, como será detalhado em capítulo posterior. Isto, pois o objetivo de um processo cooperativo, diferente do modelo inquisitivo, não é busca pela “verdade”, mas sim o anseio por uma condução processual na qual seja atendida a boa-fé processual e em que haja mútuo respeito e colaboração entre as partes.

Como já mencionado, o art. 6º do CPC consagra que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. A mencionada disposição fez com que se passasse a entender, de modo predominante, que o processo civil brasileiro é baseado no modelo cooperativo.

3. PRINCÍPIO DO RESPEITO AO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO

Tomando por referência o princípio democrático (ou do Estado Democrático de Direito) extraído do art. 1.º, *caput* da Constituição da República, o modelo processual cooperativo se apresenta como o modelo processual mais adequado para sociedades democráticas. O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 já explicita a formação de um Estado Democrático,

²⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.142.

²⁶ COITINHO, Jair Pereira. **Verdade e colaboração no processo civil. (ou A prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais)**. Âmbito Jurídico. Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8042#_ftn147>. Acesso em 17 de jun. 2017.

cujas finalidades são assegurar “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, plurista e sem preconceitos”.

Ou seja, idealmente, o modelo processual a ser aplicado no Brasil deve buscar ofertar uma prestação jurisdicional que equilibre adequadamente forma e instrumentalidade, visando a defesa da paridade entre as partes em litígio. O artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015 só veio para corroborar os ditames constitucionais, deixando explícito o caráter cooperativo que o modelo processual civil brasileiro deve seguir.

Lorena Miranda Santos Barreiros²⁷ afirma que há uma vinculação muito próxima entre o modelo processual cooperativo e os valores da democracia participativa – como os da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. A autora destaca que o modelo processual cooperativo tem potencial, também, para concretizar o princípio constitucional implícito da boa-fé, sendo a sua adoção no Brasil completamente fundamentada na Constituição Federal de 1988.

O Código de Processo Civil de 2015 não consolidou apenas a ideia de que deve haver uma cooperação entre os sujeitos processuais, com a lei, houve, de igual modo, o reforço da noção de que o processo é um espaço para consolidação das liberdades individuais, enquanto pilares da dignidade humana – sem perder de vista a necessidade de se respeitar e resguardar os direitos que não admitam autocomposição. Assim, autores como Fredie Didier Jr., passaram a defender o surgimento do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.

Didier Jr.²⁸ esclarece que a existência do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil não se contrapõe ao modelo processual cooperativo. Isto porque respeitar as liberdades dos litigantes não significa podar a atribuição de poderes dos órgãos jurisdicionais – principalmente tendo em vista que tais liberdades não são ilimitadas.

O direito ao autorregramento é a ferramenta que materializa o direito fundamental à liberdade dentro do processo. Por meio do exercício deste direito, as partes processuais podem

²⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro**. Dissertação de mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2011.

²⁸ DIDIER JR., Fredie. **Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 57, p. 167-172, 2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98637/principio_respeito_autorregramento_didier.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2017.

regular juridicamente os seus interesses, adequando e definindo o que julgam melhor e mais conveniente.

Embora seja um ramo do Direito Público (ou talvez exatamente por isso, como coloca Didier Jr.²⁹), o Direito Processual Civil deve respeitar e primar pelas liberdades individuais. Até mesmo porque, em última análise, a finalidade do processo é a pacificação social³⁰, evitando que os cidadãos resolvam os litígios por meio da autotutela³¹. Assim, o respeito à vontade das partes é extremamente importante, visto que é para elas que se destina a tutela jurisdicional pleiteada em Juízo.

Esta concepção fez surgir um subprincípio: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. Atender a este princípio significa, de sobremaneira, resguardar ainda o direito ao devido processo legal, uma vez que a restrição injustificada e desmedida do exercício de liberdades dentro do processo usurpa o direito a um processo que possa ser chamado de “devido”³².

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves³³, o aumento da liberdade das partes no processo torna-o mais democrático - considerando a vontade daquelas quanto a fixação do procedimento e as posições processuais. Assim, observa-se que o Código de Processo de Civil de 2015 consolida o recrudescimento da autonomia privada no processo civil, deixando de uma vez por todas para trás a visão exclusivamente publicista do processo.

O processo passa a ser entendido como uma estrutura à serviço do interesse público e particular concomitantemente – referenciando o poder estatal, soberano e democrático; e uma técnica de organização do discurso visando à solução de conflitos por meio da atuação do direito.

²⁹ DIDIER JR., Fredie. **Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 57, p. 167-172, 2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98637/principio_respeito_autorregramento_didier.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2017.

³⁰ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **O garantismo processual**. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coords.). Salvador: JusPodivm, 2013, p.13.

³¹ Enquanto método primitivo de solução de conflitos no qual o indivíduo usa de força física, moral ou econômica para se prevalecer.

³² Em seu artigo “Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil”, Didier Jr. coloca que um processo que ameace o exercício da liberdade não é um processo devido aos olhos da Constituição Federal de 1988.

³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.207.

A grande prova disto está na disposição trazida expressamente no artigo 190, do CPC³⁴. Esta consagra que, nos processos que versarem acerca de direitos que admitam autocomposição, as partes que sejam plenamente capazes poderão 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. Trata-se da possibilidade de realização de negócios jurídicos não tipificados.

O disciplinado no artigo 190, do CPC, privilegia não somente o princípio do *respeito ao autorregramento da vontade no processo*, mas também o princípio da cooperação - uma vez que possibilita que os sujeitos processuais, em conjunto, possam adequar os ditames processuais às suas escolhas. Noutros termos, o diploma processual de 2015 alicerçou o exercício da liberdade no processo civil, valorizando e respeitando a vontade das partes plenamente capazes.

3.1 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

O Código de Processo Civil de 1973 já trazia passagens nas quais possibilitava a realização de negócios jurídicos processuais³⁵. Isto foi mantido e ampliado de forma significativa no CPC de 2015. O novo diploma processual se guiou nos exemplos do direito inglês (*case management*) e francês (*contrat de procédure*) para incluir entre os seus dispositivos o artigo 190, criando uma “cláusula geral de negociação processual”³⁶, que possibilita que sejam feitas alterações em relação às partes, situações processuais ou ao procedimento a ser adotado.

Com isto, surge a possibilidade de realização dos chamados negócios processuais jurídicos atípicos, concretizando o princípio do *respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. Da forma como está disposto no diploma legal, não há restrições previamente estabelecidas aos objetos dos negócios jurídicos processuais que poderão ser firmados - se exige

³⁴ Art. 190. 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.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

³⁵ v.g. art. 111 e 333, parágrafo único, do CPC/1973.

³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.389.

apenas que as partes litigantes negociem acerca dos seus próprios ônus, poderes, faculdade e deveres, sendo defesas transações que envolvam terceiros.

Os negócios processuais firmados podem, posteriormente, ter suas validades analisadas pelo magistrado - que pode recusar sua aplicação em casos de nulidade ou de manifesta vulnerabilidade de uma das partes.

Deste modo, se reconhece aos sujeitos processuais o poder de se autorregularem dentro dos limites fixados pelo ordenamento jurídico, estabelecendo ou alterando situações jurídicas processuais e o procedimento. Assim, o negócio jurídico processual passa a ser também uma fonte normativa, vinculando o órgão julgador. Este, como pontua Didier Jr.³⁷ tem o papel de atender e dar cumprimento às normas jurídicas, estando incluídas nesta esfera também aquelas oriundas de negócios jurídicos processuais.

Observando o art. 190, do CPC, percebe-se que, de modo geral, é livre a opção das partes plenamente capazes, nos processos que digam respeito a direitos que admitam autocomposição, alterarem o procedimento, adequando-o às especificidades da causa e acordando sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Isto, como dispõe o próprio *caput* do mencionado dispositivo, pode ser feito antes ou durante o processo, cabendo ao magistrado controlar a validade das convenções firmadas, somente em caso de nulidade ou de inserção cláusula abusiva em contrato de adesão.

A necessidade de análise da validade dos negócios jurídicos processuais firmados se dá em decorrência da sua própria natureza, enquanto negócios jurídicos. Assim, eles devem ser celebrados por pessoas plenamente capazes, versar sobre objetos lícitos e observar a forma prevista ou não defesa em lei. É o magistrado quem deve se atentar se tais requisitos foram cumpridos, verificando a validade das disposições.

Em regra, não há necessidade de homologação judicial dos negócios jurídicos processuais, porém aqueles que determinem mudanças no procedimento podem se sujeitar a homologação – como exemplo, a desistência da ação (art. 200, parágrafo único, CPC) e a organização consensual do processo (art. 357, §2º, CPC).

O objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos é o ponto que suscita mais discussão na doutrina, uma vez que o Código de Processual Civil não delimita de forma precisa os seus contornos. Neste contexto, surge o questionamento acerca da possibilidade ou não das

³⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.486.

partes litigantes firmarem um negócio jurídico para limitar o poder instrutório do juiz no processo, convencionando que o magistrado não poderá determinar a produção de provas de ofício.

4. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O Código de Processo Civil de 1973 já dispunha, em seu artigo 130³⁸, que o magistrado poderia, de ofício ou por meio de requerimento dos litigantes, designar a produção das provas que considerasse necessárias ao deslinde do feito sob sua apreciação – sendo-lhe facultado, ainda, indeferir as diligências que considerasse inúteis ou meramente protelatórias.

Em que pesem as críticas de parte da doutrina a este poder conferido aos juízes no âmbito cível – considerando-o inconstitucional –, o Código de Processo Civil de 2015 seguiu a mesma linha acerca da possibilidade da produção de provas *ex officio* pelos magistrados, determinando no artigo 370, *caput*, que: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero³⁹, comentam que, pelo Código de Processo Civil de 2015, o magistrado tem o poder de determinar a produção de provas de ofício quando os fatos apresentados pelos litigantes no processo não lhe parecerem devidamente esclarecidos.

Assim, independentemente de requerimento das partes ou dos interessados no caso em análise, poderá o juiz designar que seja produzida uma prova nos autos – e isto mesmo quando os litigantes não a requereram tempestivamente, não tendo mais oportunidade para tanto. O que justificaria essa disposição legal, segundo os supramencionados doutrinadores, é a necessidade do magistrado tutelar direitos, tendo amplos poderes para executar esta sua tarefa.

José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁰ afirma que, no que diz respeito à participação do magistrado na instrução dos feitos, o Código de Processo Civil brasileiro teria seguido o modelo europeu-continental do *inquisitorial system* – ou, em outras palavras, o modelo processual inquisitivo –, indo de encontro com os ideais do modelo dispositivo que prevê uma postura mais neutral do julgador.

³⁸ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Gruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p.451.

⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.99.

Para defender tal posicionamento, o autor coloca que, atualmente, por conta da tendência publicista do processo civil pátrio, entende-se que o interesse no resultado do processo ultrapassaria o limite das relações jurídicas submetidas à sua apreciação – interessando à toda coletividade. Por conta disto, ele afirma que se admitiria a ampliação dos poderes do juiz para se chegar à “verdade real”, vez que a formal não seria mais suficiente ao processo civil.

Embora, em seu livro “Poderes instrutórios do juiz”, Bedaque⁴¹ reconheça a impossibilidade de se encontrar a “verdade” no processo, ele coloca que, quanto mais o magistrado participa da atividade instrutória, mais próximo dela chegará - sendo seu dever tentar descobri-la a fim de prestar uma tutela jurisdicional mais efetiva. Bedaque afirma que, por conta da relevância das provas existentes nos autos para a formação do convencimento jurisdicional, sendo decisivas para a conclusão do magistrado, cumpre a este ter uma posição ativa na fase investigatória.

Segundo o mencionado doutrinador, o juiz, quando necessário, não deve se contentar com os elementos trazidos aos autos pelas partes, mas sim procurar os que entender fundamentais para o deslinde do feito. O magistrado, enquanto destinatário das provas, seria o sujeito processual mais adequado para definir pela necessidade ou não da produção delas, avaliando quais são as necessárias para a formação do seu convencimento.

Segundo Mitidiero⁴², a iniciativa oficial do juiz na produção de provas do processo civil serve para valorizar a igualdade efetiva entre as partes, ultrapassando uma visão individualista e privatista de processo. Tal atuação, segundo o doutrinador, prestigia a ideia de “comunhão de trabalho” típica do modelo processual cooperativo, desde que o magistrado submeta o resultado encontrado ao crivo das partes litigantes – possibilitando a estas o contraditório.

O poder instrutório do magistrado no processo civil brasileiro, tal como está disciplinado no artigo 370 do CPC, não faz diferenciação em relação à possibilidade ou não de ser determinada a produção de provas de ofício a depender do tipo de direito que está em jogo no processo. Assim, pela interpretação da lei, tanto em lides que tratem de direitos disponíveis como indisponíveis, pode o juiz determinar a produção de provas *ex officio*.

⁴¹ Ibid., p.129-130.

⁴² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.103.

No entanto, como coloca Lenio Streck⁴³, o Código de Processo Civil traz limitações aos poderes instrutórios oficiais dos magistrados. Como exemplos, tem-se a proibição de decisão surpresa, prevista no artigo 10, do CPC (mesmo que se trate de matéria sobre a qual possa decidir de ofício), e a impossibilidade de se conhecer matérias que não tenham sido trazidas aos autos pelas partes quando a lei assim exige.

Além das restrições textualmente previstas, observa-se que, embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha mantido textualmente a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício prevista no seu antecessor, a norma nele disposta não é, necessariamente, a mesma. Tendo em vista que o novo CPC adotou expressamente um modelo cooperativo de processo civil, demonstra-se complementemente equivocada qualquer posição de que, em termos de instrução probatória, o processo civil brasileiro tenha uma vertente inquisitorial. Como coloca Streck⁴⁴, um mesmo texto pode resultar em novas normas se positivado em um novo contexto.

Assim sendo, os poderes instrutórios do juiz no processo civil brasileiro, determinando a produção de provas *ex officio*, não são ilimitados e irrestritos. “De ofício” não pode significar apenas o que o juiz entender necessário para formação do seu convencimento, em busca de uma “verdade real”, pois isto poderá resultar não em uma isonomia entre os litigantes, mas sim em uma inequívoca disparidade.

5. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS QUE VEDEM A PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* PELO MAGISTRADO

Parte da doutrina⁴⁵ questiona se o poder do magistrado em determinar a produção de provas de ofício pode ser um fator que cause desequilíbrio no processo, em decorrência do envolvimento psicológico que pode ser gerado entre o magistrado e a causa – comprometendo a sua imparcialidade e, evidentemente, contrariando a intenção do legislador ao manter o dispositivo que prevê tal poder no Código de Processo Civil de 2015.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC**. Revista Consultor Jurídico. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>. Acesso em: 17 de jun. 2017.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Neste sentido, Glauco Gumerato Ramos. RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e Garantismo do Processo Civil: Apresentação do Debate**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18526/ativismo-e-garantismo-no-processo-civil>>. Acesso em: 4 de jun. 2017.

Diante disto, surge a discussão de se poderiam ou não as partes – utilizando do poder a elas concedido pelo princípio do *respeito ao autorregramento da vontade no processo civil* – firmarem negócio jurídico processual dispondo que não poderá o juiz, no curso do processo, solicitar *ex officio* a realização de uma prova.

O Enunciado de número 36 publicado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) em 2015⁴⁶, visando orientar a magistratura nacional na aplicação do Código de Processo Civil de 2015, dispõe que a norma prevista no artigo 190 da lei não autoriza as partes a celebrarem negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz.

No rol exemplificativo do mencionado enunciado, consta que não é possível a celebração de convenção entre as partes que limite os poderes de instrução do julgador, havendo a impossibilidade de realização de negócios que vedem a produção de provas *ex officio* pelo magistrado. Já o Enunciado 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)⁴⁷ prevê expressamente a possibilidade de convenções sobre provas entre as partes litigantes – podendo-se inferir que aí estariam incluídos também os tratativas relacionadas à possibilidade ou não do magistrado produzir uma prova de ofício no processo.

Daniel Amorim Assumpção Neves⁴⁸ afirma que é possível notar uma clara influência da arbitragem na ideia que se tem de negócios jurídicos processuais. Para ele, impor um procedimento ao juiz, no exercício de sua função jurisdicional (enquanto representante do Estado), é um pouco complexo, não sendo adequado colocar o magistrado e o árbitro em um mesmo patamar.

Na obra supramencionada, Neves afirma que não é processualmente viável que as partes, por meio de negócio jurídico processual atípico, convençionem no sentido de impossibilitar o exercício de uma posição que cabe ao magistrado. Deste modo, para o autor, a vedação à produção de provas *ex officio* pelo julgador não deve ser objeto dos negócios jurídicos processuais. Isto, pois, caso necessite de uma prova para se convencer – e os litigantes, por meio de convenção, o proibam de produzi-la –, ele só poderá julgar através da aplicação do ônus da prova.

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 27 de nov. 2017.

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 27 de nov. 2017.

⁴⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.389.

No entanto, cumpre asseverar que, tendo sido realizado entre as partes um negócio jurídico processual atípico impossibilitando a produção de provas *ex officio* pelo magistrado, ainda restará ao julgador outras alternativas para intervir de modo direto na gestão da prova produzida nos autos. Uma delas (e talvez a que viabilize de forma mais direta tal intervenção) é a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada pela primeira vez no Código de Processo Civil em 2015 através do §1º do art. 373.

Na obra “O novo processo civil”, Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁴⁹ se posicionam pela impossibilidade de os negócios jurídicos processuais elaborados pelas partes litigantes limitarem os poderes do juiz – especialmente aqueles relacionados à instrução probatória. Segundo aduzem os doutrinadores, tais convenções não poderiam violar um núcleo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais estaria o direito à prova.

Poder-se-ia argumentar, defendendo a impossibilidade de realização de negócios jurídicos processuais que visem vedar a produção de provas de ofício pelo magistrado, que o direito da parte à prova seria também resultante da atividade desenvolvida oficiosamente pelo magistrado. No entanto, a previsão do artigo 190 do CPC torna possível exatamente que os litigantes disponham dos poderes e faculdades que possuem, podendo ajustar o procedimento às especificidades da causa.

Assim sendo, a posição do julgador diante de um negócio jurídico processual atípico celebrado por partes plenamente capazes deve possibilitar o estabelecimento de parâmetros também em relação a sua atuação – uma vez que o magistrado não é o único dirigente do processo, devendo atuar em colaboração com as partes neste sentido. Cabe ao julgador preservar pelo atendimento das negociações processuais firmadas pelos litigantes sozinhos, em conjunto ou com o órgão jurisdicional⁵⁰. Entender de modo distinto seria limitar, injustificadamente, o exercício da liberdade das partes, ferindo, em decorrência, o princípio do devido processo legal.

O julgador não possui competência para limitar ou restringir o mérito dos negócios processuais atípicos – salvo nas hipóteses previstas em lei, promovendo um controle de

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.320.

⁵⁰ Antonio do Passo Cabral coloca que não existe capacidade negocial por parte do juiz e que o Estado-juiz deve manter um distanciamento em relação aos interesses das partes, não podendo ainda praticar atos em favor de interesse próprio. CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 223-224.

validade e licitude do negócio firmado⁵¹. Ou seja, o que deve prevalecer é o respeito ao autorregramento da vontade no processo.

Pela leitura do artigo 200 do CPC⁵², depreende-se ainda que os negócios processuais jurídicos atípicos produzem efeitos imediatamente e independentemente da homologação por parte do magistrado. Assim, pode-se concluir que tais convenções podem ser deliberadas pela vontade das partes, sendo dever do órgão jurisdicional prezar pela sua efetividade.

Comentando os negócios jurídicos processuais possíveis atualmente no direito francês, Loïc Cadiet, professor da Universidade Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), afirma o ofício do juiz na França pode ser condicionado por convenções realizada entre as partes litigantes⁵³. No país, não existe nenhum empecilho ao fato de que os negócios jurídicos processuais atípicos tenham por objeto restringir ou estender o poder dos magistrados.

O parágrafo único do artigo 190, do CPC pátrio, que prevê as restrições a possibilidade de realização de negócios jurídicos atípicos, traz que o magistrado deve controlar validade das convenções vedando somente os casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Ou seja, percebe-se que não há nenhuma vedação à possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais atípicos que não permitam que o julgador produção provas *ex officio* no processo.

Percebe-se assim que, expressamente, não há nenhuma vedação à realização de negócios jurídicos processuais atípicos neste sentido. Pelo contrário, o que existe no Código de Processo Civil de 2015 é uma orientação de que o respeito ao autorregramento da vontade no processo civil deve existir. O direito – que também é um dever, na maioria dos casos – que os litigantes têm de provar nos autos as alegações feitas pode, sim, ser objeto de disposição pelas partes plenamente capazes. Seja vedando a realização de um tipo probatório específico⁵⁴ ou a

⁵¹ Neste sentido, Barbosa Moreira afirma que os negócios jurídicos firmados estariam subordinados aos requisitos relacionados à própria convenção que dizem respeito. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de Direito Processual*. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.94.

⁵² Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

⁵³ CADIET, Loïc. **Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia**. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true>. Acesso em: 28 de nov. 2017.

⁵⁴ Como, por exemplo, a realização de prova pericial.

possibilidade de determinação ou de realização de prova de ofício pelo magistrado, o sujeito processual estará atuando dentro daquilo que dispõe o artigo 190, do CPC.

Como brilhantemente colocou Bruno Garcia Redondo⁵⁵, o intérprete do Código de Processo Civil de 2015 não pode manter a mesma mentalidade e visão com a qual interpretava as normas do Código de 1973. Caso contrário, concluirá sempre pela impossibilidade de concretização das normas resultante dos negócios jurídicos processuais atípicos, por entender que o objeto ultrapassa ou viola a possibilidade de disposição das partes do litígio.

CONCLUSÃO

Quando intervém no feito, determinando ou produzindo provas *ex officio*, o magistrado pode vir a impor ao litigante uma providência jurisdicional não solicitada e, muitas vezes, não almejada – ferindo, portanto, o princípio do *respeito ao autorregramento da vontade* no processo. A partir do estudo realizado no presente trabalho, bem como das premissas desenvolvidas ao longo do mesmo, conclui-se que não há no Código de Processo Civil de 2015 qualquer vedação à possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais que limitem a produção de provas *ex officio* pelos magistrados.

Pelo contrário, o espírito do diploma processual civil pátrio, no qual ganha destaque o princípio do *respeito ao autorregramento da vontade* no processo civil, resguarda o direito dos litigantes à firmarem negociata neste sentido. Ademais, a realização de um negócio jurídico processual atípico que impossibilite a produção de provas *ex officio* pelo magistrado não impede que o julgador intervenha de modo direto na gestão da prova produzida nos autos. Isto, pois o CPC traz em seu texto outras técnicas que possibilitam a intervenção do juiz na gestão probatória – como, por exemplo, a distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada no § 1º do art. 373, CPC.

REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro**. Dissertação de mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2011.

⁵⁵ REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios processuais: necessidade de rompimento com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015**. In: *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coords.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 275.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 223-224.

CADIET, Loïc. **Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia**. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true>. Acesso em: 28 de nov. 2017.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução Sergio Arenhart, Gustavo Osa. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

COITINHO, Jair Pereira. **Verdade e colaboração no processo civil. (ou A prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais)**. Âmbito Jurídico. Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8042#_ftn147>. Acesso em 17 de jun. 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Fundamentos del Principio de Cooperación en el Derecho Procesal Civil** **Portugués**. Lima: Communitas, 2010.

_____. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coords.). Salvador: Juspodivm, 2013, p.207.

_____. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil**. In: *Negócios processuais*. In: *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coords.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 21.

_____. **Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 57, p. 167-172, 2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98637/principio_respeito_autorregramento_didier.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2017.

GREGGER, Reinhard. **Cooperação como princípio processual**. Tradução Ronaldo Kochem. Revista de processo, São Paulo, v. 206, p. 128, abr. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Gruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Temas de Direito Processual**. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 94.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Processo justo, colaboração e ônus da prova.** Rev. TST, Brasília, vol. 78, nº 1, jan/mar 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

RAMOS, Glaucio Gumerato. **Ativismo e Garantismo do Processo Civil: Apresentação do Debate.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18526/ativismo-e-garantismo-no-processo-civil>>. Acesso em: 4 de jun. 2017.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios processuais: necessidade de rompimento com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015.** In: *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira (coords.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 275.

STRECK, Lenio Luiz. **Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC.** Revista Consultor Jurídico. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>. Acesso em: 17 de jun. 2017.

TARUFFO, Michele. **El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana: El modelo americano del proceso de connotación dispositiva.** Bogotá: Temis S.A, 2008.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **O garantismo processual.** In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glaucio Gumerato Ramos e Wilson Levy (coords.). Salvador: Juspodivm, 2013, p.13.