



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GABRIELLY TAMIRYS BARBOZA DE SOUZA**

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DE UM  
NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE PROVA**

Salvador  
2017

**GABRIELLY TAMIRYS BARBOZA DE SOUZA**

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DE UM  
NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE PROVA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof<sup>o</sup>.Társis Silva de Cerqueira

Salvador  
2017

## TERMO DE APROVAÇÃO

**GABRIELLY TAMIRYS BARBOZA DE SOUZA**

### **OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DE UM NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE PROVA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2017

A  
Deus, tudo e sempre, meu sopro de força  
e inspiração.

A  
Cícera Gonçalves e Marciel Barboza (*in  
memoriam*), meus avós maternos, cujas  
histórias embasam esta conquista e me  
ensinam o real significado de superação.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por ter me acolhido em seu colo nos momentos de cansaço, e pela sua inegável presença em todos os meus dias, decisões, dúvidas e passos.

Ao Professor Társis Silva de Cerqueira, cujo apoio foi indispensável para conclusão deste trabalho. Meu orientador é um grande exemplo de dedicação ao Direito Processual Civil, e ao estar sob sua orientação, fui presenteada com seu vasto conhecimento e, sobretudo, com sua humanidade e compreensão, de forma que essas palavras não são suficientes para agradecer.

Aos meus Pais, que têm todo o meu amor, José Nilton e Maria Ioneide, por todo o apoio psicológico e material, para conclusão deste trabalho. Agradeço-os pelos inúmeros sacrifícios realizados nestes últimos cinco anos, para minha realização profissional. Agradeço, aos meus irmãos, Emanuely, Tauany, Danielly, José Nilton Filho, José Gabriel, e sobrinhos, Diogo Vinícius e Lucas Gabriel, por todo amor que me dedicam, saibam que durante as madrugadas de confecção deste trabalho vocês foram minha fonte de inspiração. Tudo por vocês nove.

Aos amigos Danielli, Karla, Isla, Victor, Jasley, pelo apoio desde o começo dessa longa jornada. A Geoseane, pela lealdade e apoio incondicional, que eu jamais conseguiria reduzir a palavras, você é providência divina onde chega. A Rafael Ribeiro, por todo suporte psicológico, espiritual e acadêmico. A Samanda, por ser Samanda, indescritível. A Iohanny, por toda a paciência nos dias mais difíceis. A Lyellen e Ana Hiltner, por todo companheirismo e lealdade. A Nathália, por cuidar dos aspectos burocráticos deste trabalho, para que eu pudesse me dedicar à escrita. A Nairo Lima Neto, pela amizade sincera e por tudo (o que não é pouco).

À equipe do escritório, Emile, Ednardo, Igor, Aurélio, Rafael e, especialmente, a Eraldo Sacramento, pela compreensão inenarrável nestes últimos dias, pelos ensinamentos (muitos) e por ter se portado várias vezes como um verdadeiro amigo.

A Johnatan D'Alcantara, por dividir comigo as angústias e alegrias decorrentes deste trabalho e por me mostrar que, até então, eu não sabia nada sobre companheirismo.

“Quando uma criatura humana desperta para um grande sonho e sobre ele lança toda a força de sua alma, todo o universo conspira a seu favor.”

Johann Goethe

## RESUMO

Esta pesquisa analisa de que forma devem ser observados e aplicados os poderes instrutórios do juiz, de ofício, diante de negócios jurídicos processuais firmados entre as partes de um processo, que versem sobre a produção probatória. A pretensão é de verificar se os negócios probatórios podem representar limites à atuação instrutória do órgão julgador, sobretudo de ofício. Para tanto, a pesquisa adentra à questão do autorregramento da vontade no Direito, de uma forma geral, fazendo considerações sobre as ideias de liberdade, autonomia privada, autonomia da vontade, e autorregramento da vontade, juntamente com os limites tradicionalmente impostos a estes institutos. Desta forma analisa-se as limitantes da lei de ordem pública, moral e bons costumes e função social do contrato. Posteriormente analisa-se o negócio jurídico no âmbito do processo civil brasileiro, sua importância enquanto resultado do implemento de um novo modelo de gestão processual, analisando-se as figuras do formalismo, instrumentalismo, publicismo e do modelo cooperativo de processo, que concretiza a ideia de formalismo-valorativo. Analisa-se a figura os poderes instrutórios do juiz, e os limites que lhes são impostos, como os elementos objetivos da demanda, a providência do contraditório e a fundamentação adequada. Feita a abordagem dos poderes instrutórios do juiz, parte-se para uma análise destes conjugados aos negócios jurídicos processuais que regulam a atividade probatória. Neste momento, traz-se hipóteses exemplificativas de negócios probatórios atípicos que têm sido admitidos pela doutrina brasileira. Além disso, pondo fim ao último capítulo a pesquisa evidencia que os negócios jurídicos processuais sobre prova podem representar um reflexo ideológico e cultural do CPC/2015.

**Palavras-chave:** autorregramento da vontade; negócios jurídicos processuais atípicos; negócios probatórios; modelo cooperativo; processo civil democrático; poderes instrutórios de ofício.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CPC/39	Código de Processo Civil de 1939
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2. AUTONOMIA E AUTORREGRAMENTO DA VONTADE</b> .....	14
2.1 AUTONOMIA E LIBERDADE .....	14
2.1.1 autonomia privada e autonomia existencial .....	16
2.1.2 autonomia privada, autonomia da vontade e autorregramento da vontade .....	18
2.2 LIMITES À LIBERDADE NEGOCIAL .....	21
2.2.1 lei e ordem pública .....	27
2.2.2. moral e bons costumes .....	31
2.2.3 função social do contrato .....	32
<b>3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS</b> .....	37
3.1 PUBLICISMO OU NEOPRIVATISMO PROCESSUAL: OS MITOS AO DERREDOR DO CARÁTER SOLENE E FORMALISTA DO PROCESSO.....	38
3.2 O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO.....	44
3.2.1 negócios e a atuação negociada das partes no processo civil brasileiro	47
3.3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CPC.....	53
3.3.1 negócios jurídicos e negócios jurídicos processuais .....	55
3.3.2 negócios jurídicos típicos e atípicos.....	58
<b>4 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DE UM NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE PROVA</b> .....	61
4.1 PODERES INSTRUTÓRIOS.....	61
4.1.2 limites dos poderes instrutórios de ofício .....	65
4.2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE PROVA.....	67

<b>4.2.1 Prova e contraditório .....</b>	<b>67</b>
<b>4.2.2 negócios probatórios atípicos como expressão de procedimento flexível e adequado .....</b>	<b>70</b>
<b>4.2.3 limites dos negócios processuais .....</b>	<b>72</b>
<b>4.3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE PROVA E OS PODERES INSTRUTÓRIOS .....</b>	<b>74</b>
<b>4.3.1 exemplos de negócios probatórios admitidos pela doutrina .....</b>	<b>77</b>
<b>4.3.2 negócio probatório e limitação dos poderes instrutórios de ofício como reflexo ideológico e cultural do CPC/15 .....</b>	<b>78</b>
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>81</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>85</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de negociação processual, com a flexibilização de procedimentos através do ato de vontade dos jurisdicionados, é uma realidade que não foi inaugurada pelo CPC/15, no entanto, foi a partir deste diploma normativo que o tema ganhou uma nova roupagem e passou a despertar inúmeras discussões doutrinárias.

A cláusula geral de negociação processual, trazida pelo art. 190, do CPC/15 evidencia a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais sobre direito probatório, atípicos, no ordenamento jurídico brasileiro, desde que atendidos determinados requisitos.

Assim, inaugura-se uma série de questionamentos acerca dos efeitos que estes negócios jurídicos processuais sobre prova exercem sobre os poderes instrutórios, de ofício, dos magistrados. Questiona-se, atualmente, de que forma o art. 190, do CPC, tido como a cláusula geral de negociação processual, se relaciona com o art. 370, do mesmo código, que estabelece a possibilidade do magistrado determinar a produção de provas, de ofício.

A discussão ganha ainda mais corpo quando se considera que o CPC/2015 adota uma ideologia notadamente diferente da adotada pelo CPC/73, o que fomenta a discussão acerca do papel exercido pela figura do negócio processual atípico na nova ordem processual. Assim, há de ser observado se o CPC/15 pretende a efetivação de um processo civil democrático, com a descrição de novas posturas a serem adotadas pelos magistrados e pelas partes.

Com base nessas questões, o trabalho se propõe a analisar se é admissível que negócios processuais sobre prova, firmados entre as partes de um processo, interfiram em menor ou maior grau nos poderes instrutórios do magistrado. Frisa-se, nesta oportunidade, que o trabalho não se dedica a analisar a possibilidade de negócios processuais que regulem diretamente os poderes instrutórios do juiz. O cerne da pesquisa é averiguar a possibilidade dos negócios probatórios firmados exclusivamente sobre os poderes probatórios das partes, podem em alguma medida

influenciar na atuação instrutória do magistrado, e em caso positivo, e o respectivo fundamento em caso positivo ou negativo.

Quanto ao método de pesquisa, para chegar à análise da discussão central do trabalho, se fez uma análise das premissas e conceitos básicos relacionados ao tema, de maneira geral, para posterior alcance das premissas específicas a serem consideradas para solução do problema.

Desta forma, o trabalho se dividiu em cinco capítulos. O segundo capítulo, para evidenciar sobre quais premissas se erguem os negócios jurídicos processuais, traz considerações básicas acerca do autorregramento da vontade enquanto princípio aplicável ao Direito como um todo, comportando a análise deste princípio sob a ótica constitucional e sua relação com o direito fundamental à liberdade. Faz-se uma distinção acerca do que se entende por autonomia privada e existencial, indicando a acepção de autonomia utilizada para desenvolvimento deste trabalho. Destaca-se, também, os sentidos que são atribuídos às locuções autonomia privada, autonomia da vontade e autorregramento da vontade, indicando qual é o vocábulo mais adequado para estudo dos negócios processuais no âmbito do processo civil. Indica-se, pondo fim ao capítulo, quais as limitantes que tradicionalmente são impostas ao exercício do autorregramento da vontade, como a lei e a ordem pública, a moral e os bons costumes, função social dos contratos e seus respectivos significados e fundamentos.

O terceiro capítulo trata dos negócios jurídicos processuais, e traz uma abordagem que perpassa pelos modelos de organização do processo civil, indicando como os negócios processuais se inserem em cada modelo de organização e a relação que estes têm com as tendências do publicismo e do neoprivatismo processual. Analisa-se as correntes do formalismo, instrumentalismo, bem como suas crises, para surgimento da corrente que propõe o formalismo-valorativo. Analisa-se o modelo cooperativo de gestão processual, de forma mais detida, indicando seus alicerces e sua comunicação com a corrente do formalismo-valorativo. Destaca-se que no modelo cooperativo do processo civil brasileiro os negócios processuais surgem permitindo a atuação negociada das partes na instrução do processo. Analisa-se a posição ocupada pelos negócios processuais especificamente no CPC/2015, e a importância dos mesmos para os novos contornos pretendidos pelo diploma normativo novel. Verifica-se os conceitos específicos de negócio jurídico na teoria do

fato jurídico, e do negócio jurídico processual, nas suas classificações de típico e atípico.

No quarto capítulo tem-se uma abordagem acerca do que são os poderes instrutórios, de ofício, do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo, indicando quais os contornos assumidos por esse poder instrutório na regulação do CPC/15, aponta-se qual o respaldo legal que fundamenta a existência deste poder instrutório e ofício as nuances ao seu redor. Analisa-se quais os limites que são impostos ao exercício deste poder instrutório de ofício, com seus respectivos significados e fundamentos. Faz-se uma abordagem acerca dos negócios jurídicos sobre prova, indicando que estes são considerados como aqueles negócios atípicos que regulam o procedimento de produção probatória, e para tanto, tece-se algumas considerações acerca do vocábulo “prova”, seu significado abordado no presente trabalho e sua conexão com o tema de contraditório e ampla defesa. Observa-se como os negócios atípicos sobre produção probatória expressam a ideia de um procedimento flexível e adequado à realidade de cada situação concreta, o que impõe uma análise da ideia de flexibilização e devido processo legal, justo e adequado.

Analisa-se os limites que são impostos ao poder negocial das partes em matéria processual, trazendo o enfoque para os negócios processuais atípicos.

Parte-se para análise central do trabalho que é a interferência que os negócios processuais sobre provas exercem nos poderes instrutórios, de ofício, do magistrado, trazendo para análise e debate os posicionamentos que mais se destacam no âmbito doutrinário, apontando argumentos a favor e contra essa interferência. Indica-se exemplos de negócios probatórios que são listados como admissíveis pela doutrina e analisa-se como os negócios jurídicos processuais sobre matéria probatória aptos a limitarem os poderes instrutórios do magistrado podem representar um reflexo ideológico e cultural do CPC/15.

Por fim, chega-se à conclusão para se posicionar acerca do tema central, entendendo ou não pela possibilidade de negócios jurídicos processuais que regulem a produção probatória das partes e interfiram, de alguma forma, nos poderes instrutórios exercidos, de ofício, pelo magistrado.

## 2. AUTONOMIA E AUTORREGRAMENTO DA VONTADE.

Para fins de compreensão de qual deve ser a conduta do órgão julgador diante de negócios jurídicos processuais sobre prova, se faz necessária a análise da ideia basilar de autonomia dos sujeitos de direito, especialmente por que é esta a ideia que os negócios jurídicos, sejam materiais ou processuais, têm como eixo estruturante.

Ana Prata<sup>1</sup> trabalha com a ideia de autonomia privada indicando que esta não engloba toda e qualquer liberdade, mas tão somente aquela liberdade no seu aspecto negocial.

As situações jurídicas, em regra, não concentram apenas uma das categorias da autonomia, porém, é possível verificar que em alguns casos o aspecto patrimonial/negocial daquela está mais acentuado do que seu caráter existencial<sup>2</sup>.

Assim, a adoção da expressão autonomia privada em alguns momentos desta pesquisa, enquanto sinônimo de liberdade negocial e de auto regulação, não pretende um reducionismo da ideia de autonomia a seu aspecto negocial, tampouco da sua aplicabilidade apenas ao Direito Privado.

Em verdade, a utilização do termo autonomia privada nos próximos capítulos serve apenas para dinamizar a exposição do raciocínio, se valendo do termo que comumente é utilizado pela doutrina especializada para referir-se a ideia de liberdade negocial na teoria do Direito.

Reconhece-se, enquanto premissa desta pesquisa, a existência de vários aspectos da ideia basilar de autonomia, em que pese a análise destes últimos fuja ao propósito imediato, far-se-á uma breve análise destes aspectos.

### 2.1 AUTONOMIA E LIBERDADE

Notadamente, os diversos significados que podem ser atribuídos à locução “liberdade” envolvem questões filosóficas que não serão amplamente exploradas e exauridas neste trabalho, o objetivo neste momento é relacionar o conceito de autonomia privada ao de liberdade do ponto de vista exclusivamente jurídico-legal.

---

<sup>1</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina: 2016, p. 28

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 37

Sendo assim, o ordenamento jurídico pátrio estabelece que o princípio da autonomia guarda relação com o direito à liberdade, o que se percebe da redação do art. 421, do Código Civil, que dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

O direito à liberdade, tido por Daniel Sarmiento como intimamente relacionado ao princípio da autonomia, é definido por Dirley da Cunha Jr.<sup>3</sup> como uma prerrogativa de ordem fundamental que investe o sujeito de direito do poder de auto determinar-se de acordo com seus aspectos subjetivos, baseando-se nos seus próprios critérios.

É dizer, o direito à liberdade confere aos sujeitos de direito uma posição de decisão e definição própria do que lhes parece mais conveniente em suas próprias vidas. Rosa Maria de Andrade Nery<sup>4</sup> entende que a liberdade configura a mola propulsora da base subjetiva dos negócios jurídicos, abordando o aspecto patrimonial da autonomia, bem como, que a liberdade tem o condão de impulsionar o estabelecimento de relações jurídicas concretas.

Assim, pode-se extrair que a liberdade é o que permite a existência de relações jurídicas peculiares, onde os sujeitos negociantes tecem relações jurídicas específicas e adequadas a cada caso concreto, com base na conveniência privada destes.

No que tange à relação existente entre as ideias de autonomia e liberdade, Leonardo Agostini<sup>5</sup>, analisando a teoria de Immanuel Kant, ensina que só há que se falar em dignidade humana num contexto no qual o sujeito de direito está dotado de autonomia para decidir sobre a sua própria vida, gozando de liberdade ao empreender seus atos.

Immanuel Kant<sup>6</sup> ao adotar a ideia de que o indivíduo, na qualidade de ser racional, deve ser enxergado como um fim em si mesmo, não devendo ser visto como mero meio para o uso arbitrário de alguma vontade, reforça a ideia de que a liberdade

---

<sup>3</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p.682-683.

<sup>4</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva?. **Revista de Direito Privado**. vol. 73, ano 18, São Paulo: Ed RT, 2007, p. 18.

<sup>5</sup> AGOSTINI, Leonardo. **Autonomia: Fundamento da dignidade humana em Kant**. 2009. 101f. Dissertação (Mestre em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 53-54

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: 70, 1986, p. 59.

deve reger as atitudes humanas, para fins de concretização da dignidade de cada indivíduo.

Ricardo Lobo Torres<sup>7</sup> traz uma abordagem da liberdade em duas facetas: a liberdade negativa e a liberdade positiva. Segundo o referido autor, a liberdade negativa é aquela que permite aos sujeitos agirem ou não, enquanto a liberdade positiva seria aquela consistente na faculdade do sujeito de reger-se e conduzir-se de acordo com seus próprios objetivos, sem vincular-se a determinações alheias à sua vontade.

Assim, percebe-se a existência de uma relação de retroalimentação, e até mesmo de simbiose, entre os conceitos de autonomia e liberdade, especialmente por que a liberdade, garantia fundamental trazida pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira, é o que fundamenta o exercício da autonomia enquanto faculdade de auto regulação dos cidadãos, neste sentido são as lições de Judith Martins-Costa<sup>8</sup>, ao passo que a autonomia garante aos sujeitos de direito a fruição do direito fundamental à liberdade, na sua perspectiva negocial.

Como já adiantado, a ideia de autonomia e auto regulação engloba diversos aspectos e desdobramentos, que apesar de não constituírem o núcleo da pesquisa, merecem notas para contextualização do que se entende por autonomia nesta pesquisa, sendo necessária a análise das locuções autonomia privada e autonomia existencial.

### **2.1.1 autonomia privada e autonomia existencial**

Inicialmente importa frisar que como indicado por Maurício Requião<sup>9</sup>, a análise da autonomia no Direito Civil compreende a análise da mesma em, no mínimo, duas categorias, quais sejam, a autonomia privada e a autonomia existencial.

Na visão do referido autor, a primeira, autonomia privada, diz respeito ao aspecto patrimonialista da autonomia, enquanto a segunda, autonomia existencial, consiste

---

<sup>7</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 257.

<sup>8</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre a função social dos contratos. **Revista DIREITOGV**, São Paulo, 2005, v. 1, p. 43.

<sup>9</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. **Revista de Direito Privado, RDPriv**, a.15, n.60, out/dez, 2014, p.85

na margem de liberdade que o sujeito de direito tem para administrar sua própria vida e personalidade, fundada na ideia de dignidade humana<sup>10</sup>.

Preleciona Maurício Requião<sup>11</sup>, ainda, que a ideia da autonomia dos sujeitos de direito tradicionalmente é analisada sob sua ótica patrimonial, sempre associada ao estudo dos negócios jurídicos e às consequências patrimoniais destes.

As lições do mencionado autor indicam que numa única situação jurídica podem ser identificadas as duas categorias da autonomia – sendo possível a coexistência das mesmas –, isto é, adotar tal bipartição para fins didáticos, não enseja a conclusão de que em determinados direitos só se verifica uma categoria da autonomia, enquanto a outra estará limitada a outras espécies de direitos<sup>12</sup>.

Para fins de ilustração utiliza-se o exemplo de determinado negócio jurídico que envolve não apenas o aspecto patrimonial da autonomia, mas também versa sobre direitos da personalidade do sujeito, indicando a coexistência dos aspectos existencial e patrimonial da autonomia dos sujeitos envolvidos<sup>13</sup>.

Não é à toa que Ana Prata<sup>14</sup> conceitua a autonomia privada como um princípio que oportuniza aos jurisdicionados a faculdade da autodeterminação. Isto é, nos dizeres da referida autora, é através deste princípio que o ordenamento pátrio dota os indivíduos de capacidade para regulamentarem seu próprio patrimônio jurídico – termo que abrange muito mais do que apenas bens passíveis de aferição econômica.

Antonio Pinto Monteiro<sup>15</sup> preleciona que a autonomia privada é o que fundamenta a liberdade dos indivíduos ao disciplinarem juridicamente os seus interesses particulares, estabelecendo de forma autônoma os termos das relações jurídicas às quais se submeterão.

O próprio significado da locução “autonomia”, de origem grega, reforça o conceito acima comentado, pois, conforme indicado por Érico de Pina Cabral<sup>16</sup> a locução

---

<sup>10</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. **Revista de Direito Privado, RDPriv**, a.15, n.60, out/dez, 2014, p.88

<sup>11</sup> *Idem*. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador, Juspodivm: 2016, p 25.

<sup>12</sup> *Idem*. Autonomias e suas limitações. **Revista de Direito Privado, RDPriv**, a.15, n.60, out/dez, 2014, p.88

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.89-90

<sup>14</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina: 2016, p 25.

<sup>15</sup> MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas Limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 44

<sup>16</sup> CABRAL, Érico de Pina. A autonomia no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**, a.5, n. 19, jul/set, 2004, p.83-84.

autonomia decorre da junção dos vocábulos “auto” e “nomos”, que referem-se ao que é regido por leis particulares ou próprias, dotado de independência e do poder de autodeterminar-se.

Orlando Gomes<sup>17</sup> desde o século passado já indicava que a autonomia privada consiste numa faculdade ou poder dos sujeitos de direito de suscitarem, através de suas vontades, efeitos jurídicos reconhecidos e tutelados pelo ordenamento jurídico.

Anos depois, Orlando Gomes<sup>18</sup> reforça a ideia apresentada anteriormente, definindo autonomia privada como o poder que o ordenamento jurídico atribui aos indivíduos, de partejar (termo do autor) relações jurídicas concretas, admitidas no ordenamento pátrio e reguladas de forma abstrata pela legislação.

Cláudia Lima Marques<sup>19</sup> entende que autonomia privada se manifesta na liberdade de contratar ou de ser abster de determinada contratação, na liberdade de escolha que os sujeitos de direito têm em relação ao seu contraente e diversas outras situações relativas às negociações.

E é exatamente neste ponto que a autonomia privada está relacionada ao princípio constitucional da liberdade, como pontua Daniel Sarmento<sup>20</sup>, na liberdade para firmar determinado negócio ou não.

No entendimento do mencionado autor, esta capacidade de autodeterminação concedida pelo ordenamento aos sujeitos de direito está intimamente ligada à ideia de que os indivíduos são atores morais e racionais aptos a optarem pelo que entendem melhor para si mesmos.

Além disso, outra análise que circunda o tema ora examinado é a tradicional abordagem da autonomia enquanto autonomia privada, autonomia da vontade, e autorregramento da vontade se fazendo necessário tecer notas sobre os referidos termos.

## **2.1.2 autonomia privada, autonomia da vontade e autorregramento da vontade**

---

<sup>17</sup> GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 25

<sup>18</sup> *Idem*. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 81

<sup>19</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

<sup>20</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 38.

Dentro dos estudos sobre a autonomia dos sujeitos de direito fala-se, ainda, em significados distintos atribuídos às locuções autonomia da vontade e autonomia privada. Roxana Borges<sup>21</sup>, quando dedicada ao tema ensina que a autonomia privada guarda íntima relação com a ideia de liberdade negocial e de formular as relações jurídicas de forma autônoma.

Quanto à autonomia da vontade, Roxana Borges<sup>22</sup> menciona que é uma teoria originada numa época em que a vontade dos sujeitos era vista de forma absoluta, não havendo limitações à liberdade negocial dos indivíduos, e que exatamente por isso tal teoria foi superada pela autonomia privada, que compreende limites à manifestação da vontade dos sujeitos de direito, especialmente através dos pressupostos de validade dos negócios jurídicos.

A Autora mencionada corrobora, neste particular, com o entendimento de Gustavo Tepedino<sup>23</sup>, pois ambos indicam que a noção de autonomia da vontade, concebida ainda no século XIX, revela-se superada e dá espaço para a ascensão da autonomia privada, que comporta algumas alterações substanciais na noção de autonomia do sujeito de direito, como a imposição de limites à liberdade negocial das partes.

Miguel Horvath<sup>24</sup> já indicava, na década de 90, que a definição de autonomia privada é variável e mutável de acordo com a sociedade no qual está sendo analisada. Pontua, o referido autor, que tal definição sempre está atrelada à evolução das definições de sujeito de direito e propriedade.

É dizer, na concepção de Miguel Horvath<sup>25</sup> na medida em que os conceitos de sujeito de direito e propriedade forem suportando alterações, conseqüentemente haverá uma alteração no que se entende por autonomia naquele contexto.

Maurício Requião<sup>26</sup> ressalta que comumente a doutrina atribui à autonomia privada a qualidade de uma faceta evoluída da ideia de autonomia da vontade. Num contexto social no qual a propriedade é tida como um direito absoluto, que não comporta

---

<sup>21</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46-47

<sup>22</sup> *Ibidem*, p.53-54

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, v5, n.5, 2003-2004, p. 170-172. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25727>> Acesso em 15.mai.2017.

<sup>24</sup> HORVATH, Miguel. A autonomia privada e a constituição. *In: Revista da Procuradoria Geral do INSS*. 1993, trimestral, Brasília: MPAS/INSS, 1999, p. 66

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 67

<sup>26</sup> REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador, Juspodivm: 2016, p.30.

relativizações, certamente a definição de autonomia será mais abrangente, menos limitada.

A tendência é a de que neste cenário, de autonomia enquanto direito absoluto, a liberdade negocial não suporte consideráveis limitações, em razão do direito de propriedade estar sendo entendido como algo absoluto. Isso traz uma ideia de ausência de limites também para a autonomia privada, diante do forte vínculo existente entre o conceito de propriedade e autonomia, já indicado por Miguel Horvath.<sup>27</sup>

Assim, extrai-se das lições acima elencadas que ao passo em que o conceito de sujeito de direito e propriedade são alteradas ao longo da história do direito, paralelamente, o que se entende por autonomia também é alterado, e como indicado acima, majoritariamente a ideia de autonomia privada é abordada como uma faceta contemporânea do que foi entendido por autonomia da vontade historicamente, e isso perpassa necessariamente pela alteração dos conceitos e sujeito de direito e propriedade.

José Lourenço<sup>28</sup>, por sua vez, define a autonomia da vontade como um atributo inerente ao homem após o seu surgimento, que se origina pela capacidade humana de raciocinar.

Neste cenário teórico, merece atenção o posicionamento de Pontes de Miranda<sup>29</sup>, que não faz distinção entre as locuções autonomia da vontade e autonomia privada, referindo-se ao autorregramento da vontade como suficiente para mencionar a amplitude que o ordenamento jurídico concede às pessoas para, dentro de limites pré-estabelecidos, tornar jurídicos seus atos configurando relações jurídicas e obtendo eficácia das mesmas.

O autor em comento traz que “o que caracteriza o autorregramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito”<sup>30</sup>.

Assim, Pontes de Miranda traz duas lições basilares que servirão para melhor compreensão desta pesquisa, a primeira delas é a de que a liberdade negocial, o

---

<sup>27</sup> HORVATH, Miguel. A autonomia privada e a constituição. *In: Revista da Procuradoria Geral do INSS*. 1993, trimestral, Brasília: MPAS/INSS, 1999, p. 65-66

<sup>28</sup> LOURENÇO, José. **Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 13-14.

<sup>29</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Vol. III, Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 53.

<sup>30</sup> *Ibidem, loc. Cit.*

poder de auto regular-se, não é uma exclusividade do Direito Privado, mas sim uma faculdade comum a qualquer ramo do Direito; e a segunda consiste no fato de que o autorregramento da vontade é o melhor vocábulo para referir-se à mencionada liberdade negocial, especialmente por que não elide, desde a definição terminológica, a possibilidade de incidência desta no Direito Público.

Ainda quanto à ideia de Pontes de Miranda, importa mencionar a acepção ampliativa trazida por Mario Segni<sup>31</sup>, que fala em configuração de situações jurídicas, termo que comporta a espécie de relação jurídica, mas não se restringe à mesma.

Logo, no entender de Segni, o autorregramento da vontade não tem o condão de originar tão somente relações jurídicas, mas também situações desta natureza.

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira<sup>32</sup>, ao examinar o autorregramento da vontade define-o como um complexo de poderes a serem exercidos pelos indivíduos, em níveis de amplitude variada, e sempre em observância ao ordenamento jurídico.

Em outras palavras, o autorregramento da vontade pode ser considerado como norma basilar para o estabelecimento ou não de relações jurídicas, e seus respectivos efeitos, por parte dos sujeitos de direito, mas sempre em atenção aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico para evitar atitudes abusivas ou/e que violem o interesse público e direitos fundamentais.

Exatamente por isso, se faz necessária uma análise dos limites impostos, pelo sistema jurídico, ao exercício do autorregramento da vontade dos sujeitos de direito.

Quando o tema é autonomia é importante identificar o que é passível e o que não é passível de negociação numa relação jurídica, seja ela de natureza processual ou não, objetivando preservar tanto o interesse dos particulares no exercício de um direito que lhes é outorgado pela Constituição Federal, quanto a ordem pública no qual a relação jurídica está inserida.

## 2.2 LIMITES À LIBERDADE NEGOCIAL

---

<sup>31</sup> SEGNI, Mario. **Autonomia Privata e Valutazione Legale Tipica**. Padova: CEDAM, 1972, p. 114-115

<sup>32</sup>NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Salvador: UFBA, 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p.122.

É neste intento de preservar ao máximo a liberdade negocial dos sujeitos de direito, sem prejudicar o interesse público, que a doutrina despende um número considerável de páginas para identificar os verdadeiros (e legítimos) limites a serem observados pelos indivíduos durante o exercício da liberdade negocial dos mesmos. Rodrigo Andrade de Almeida<sup>33</sup> menciona que com a crise do modelo de Estado pautado no liberalismo surgiram algumas consequências no regime jurídico dos contratos. O referido autor aponta que entre tais consequências, constam a imposição mais atenciosa de limites ao exercício da liberdade negocial dos contratantes, bem como a funcionalização de diversos institutos de direito privado, que classicamente eram vistos como direitos absolutos.

Miguel Horvath<sup>34</sup> promove um questionamento importante acerca de qual é o efetivo resultado da intervenção estatal em determinados ramos jurídicos, através da imposição de limites legais ao exercício da autonomia privada.

O referido autor questiona se esta imposição de limites representa um aniquilamento ou uma verdadeira ampliação do que se entende por autonomia privada, termos usados pelo próprio autor.

Miguel Horvath reconhece, ainda, a importância da identificação e análise dos limites da autonomia privada fazendo alusão às lições de Luigi Ferri, ao dizer que “o problema da autonomia é antes de tudo um problema de limites”<sup>35</sup>.

É com base nisso que se entende que, tão importante quanto identificar as noções básicas compreendidas pela definição de autonomia privada, é fazer a análise de quais os limites que devem ser observados durante o exercício daquela.

Quanto à já mencionada intervenção estatal nas relações privadas, através do estabelecimento de limites legais à autonomia privada, mencione-se o posicionamento de Galvão Telles<sup>36</sup>, ao tratar do tema, que reconhece que a autonomia privada tem se expandido em termos de dimensão, mas “diminuído” em termos de intensidade, pois a lei, em sentido amplo, limita a liberdade dos contratantes em alguns aspectos. É notória a preocupação do autor português com

---

<sup>33</sup> ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. **Função social da funcionalização da autonomia privada**. In: Requião, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Editora Juspodivm: Salvador: 2014, p. 149.

<sup>34</sup> HORVATH, Miguel. A autonomia privada e a constituição. In: **Revista da Procuradoria Geral do INSS**. 1993, trimestral, Brasília: MPAS/INSS, 1999, p. 67-68

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>36</sup> TELLES, Galvão. **Manual dos Contratos em geral**. 4 ed., Coimbra: 2002, p. 22

a quantidade de limites legais impostos aos titulares da autonomia privada no exercício desta.

Rodrigo Andrade de Almeida<sup>37</sup> diz que a imposição de limites à autonomia privada deve ser considerada um mal necessário, mas que não é por isso deve ser considerada como uma solução definitiva e que não abre margem para questionamentos.

O referido autor pontua que a imposição de limites à autonomia privada reaquece uma discussão clássica acerca de quais os limites que esta intervenção estatal na esfera jurídica do particular deve observar, bem como, quais as fronteiras entre o espaço público e o espaço privado de atuação.

Rodrigo Andrade de Almeida<sup>38</sup> conclui pontuando que as limitações impostas à autonomia privada não devem ser enxergadas como um fim em si mesmo, mas sim como mecanismo de para evitar repercussões sociais desastrosas.

Merece atenção a lição de Ana Prata<sup>39</sup>, que entende que a autonomia privada, apesar de ser um princípio de grande valia para o ordenamento jurídico, poderá suportar mitigações diante de outros princípios também caros para a ordem jurídica, citando a título exemplificativo a ideia de democracia, igualdade, solidariedade e segurança.

É dizer, a referida autora reconhece a importância que tem a autonomia privada para fins de concretização da liberdade e dignidade humana dos sujeitos de direito, conforme indicado no item 2.1.1.

No entanto, Ana Prata<sup>40</sup> não deixa de atentar para o fato de que a ausência de limites no exercício da autonomia privada poderá inviabilizar o exercício desta última por parte de alguns sujeitos de direito em detrimento de outros, especialmente por que já existem comprovações históricas no sentido de que o exercício absoluto de direitos traz mais malefícios do que benefícios.

Menezes Cordeiro<sup>41</sup> menciona que a autonomia privada por mais que se submeta a uma lista considerável de limitações não estará suprimida por estas, ressaltando

---

<sup>37</sup> ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. **Função social da funcionalização da autonomia privada**. In: Requião, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Editora Juspodivm: Salvador: 2014, p. 161.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>39</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 155-156.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 155

<sup>41</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral**, Tomo 1, 2 ed. Coimbra: Almeida, 2007, p. 394-395.

inclusive que esta deve ser uma preocupação do próprio legislador durante a imposição limites através da lei, devendo sempre prezar pelas alternativas menos invasivas na esfera jurídica dos particulares.

No entender do referido autor, gradualmente o ordenamento jurídico brasileiro foi perdendo aquela ideia de direito civil amplamente liberal, dando espaço para uma legislação civil atenta à repercussão coletiva das disposições oriundas dos negócios jurídicos.

Ana Lobo Gluck<sup>42</sup> explica que a imposição de limites à autonomia privada é uma exigência da garantia de um desenvolvimento pleno da personalidade dos sujeitos de direito, que chega a ser reprimida pelo que a autora chama de voracidade da economia global.

Segundo as lições da referida autora, as limitações à autonomia privada são identificadas no Código Civil de 2002, por este ser um diploma normativo regido por uma ordem axiológica que prestigia tanto o desenvolvimento das personalidades quanto os valores sociais relevantes, sendo as limitações elementos que buscam equilibrar estes dois últimos.

Pontua-se, ainda, que as limitações da autonomia privada têm uma escala de intensidade que varia de acordo com o tipo de interesse que está sob análise. De forma que, na hipótese de dimensão econômica da autonomia privada, quando esta está mais próxima de interesses meramente patrimoniais, as limitações são menos rigorosas e mais evidentes, enquanto nos casos de dimensão existencial da autonomia privada impera um controle mais rigoroso e limites menos evidentes.<sup>43</sup>

Quanto às limitações legais à autonomia privada, Gustavo Tepedino<sup>44</sup> entende que a atividade legislativa neste particular deve objetivar a proteção de determinada ordem social que se baseia na ideia de autonomia privada.

Continua dizendo, Gustavo Tepedino, que a interferência legislativa deve limitar-se a garantir a estabilidade das regras do “jogo”, sem obstar a liberdade dos indivíduos, que o autor enxerga como uma manifestação da inteligência dos sujeitos de direito.

---

<sup>42</sup> PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Limites à autonomia privada**. 2008. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 37.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>44</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.201.

O autor acima mencionado entende que as limitações à autonomia privada, embora necessárias, não podem impedir o desenvolvimento franco das liberdades individuais, devendo ser evitadas restrições e limitações exacerbadas.

Outro fenômeno jurídico importante para análise das limitações à autonomia privada é o da constitucionalização do direito privado, é sob a ótica deste fenômeno que se dará a melhor compreensão acerca dos limites que atualmente são impostos à liberdade negocial.

Tradicionalmente o Direito foi estudado em dois principais ramos, Público e Privado, que eram analisados separadamente e sem grandes interferências. De forma que aquele regulava a relação entre o Estado e os jurisdicionados, enquanto este seria uma regulamentação das relações particularmente estabelecidas<sup>45</sup>.

Edson Fachin<sup>46</sup> menciona que a constitucionalização do direito privado se assemelha à “virada de Copérnico”, consistindo aquela na incidência de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, e conseqüentemente trazendo um olhar mais regulador do Estado para o âmbito do Direito Privado.

Luís Roberto Barroso<sup>47</sup> põe que a constitucionalização do Direito Privado, portanto, acarreta uma irradiação de valores, princípios e regras da Constituição Federal para todo o ramo do Direito Privado, em seus diferentes níveis.

E é por isso que se se fala em “virada de Copérnico”, pela alteração substancial verificada na perspectiva do direito privado. Neste contexto histórico de direitos fundamentais aplicáveis às relações particulares, se observa a insurgência de novas limitações à autonomia privada, entre elas a figura da igualdade substancial, a qual deve ser observada no exercício da liberdade negocial<sup>48</sup>.

Gustavo Tepedino<sup>49</sup> observa que esta incidência de direitos fundamentais no Direito Privado representa uma alteração de paradigma, configura uma postura

---

<sup>45</sup> LINS, Emanuel; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Igualdade Substancial e Autonomia Privada no Código Civil Brasileiro de 2002. In: SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUEZ, Cristina. (Org.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid - Direito Mercantil, Direito Civil, Direito do Consumidor, Novas Tecnologias Aplicadas ao Direito** (v. 8). 1. ed. Madrid: Laborum, 2015, v. 8, p. 21.

<sup>46</sup> FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 317

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Interesse Público**. Porto Alegre: Nota dez, n. 33 (7), set/out 2005, p. 53

<sup>48</sup> LINS, Emanuel; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>49</sup> TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 3.

substancialmente distinta da qual se verificou historicamente, de dicotomia rígida entre Direito Público e Direito Privado, especialmente sob uma ótica exegeta.

Nas lições de Gustavo Tepedino<sup>50</sup> consta, ainda que a constitucionalização do direito civil não se limita a um novo adjetivo da escola Exegeta, que neste momento poderia apenas estar sendo proposta de forma atualizada. Para o referido autor este fenômeno configura, em verdade, uma mudança substancial da ordem pública e dos valores que típicos do Direito Privado.

O Código Civil Brasileiro determinada no seu art. 421, já mencionado, que a liberdade de contratar se submete aos limites da função social do contrato, o que leva à conclusão de que esta última pode ser entendida como uma das limitações ao exercício da autonomia privada.

Diogo de Calasans Melo Andrade<sup>51</sup> indica que, no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a aderir expressamente à ideia de função social da propriedade enquanto direito e garantia fundamental.

O estudo da autonomia privada circunda, pois, a análise dos seus limites, que segundo Roxana Borges<sup>52</sup> consistem em fronteiras da autonomia privada e são: lei, ordem pública, moral e bons costumes.

Desta forma, este trabalho se dedicará à análise dos seguintes limites à autonomia privada: lei e ordem pública, moral e bons costumes e por fim, função social. Pontua-se que os limites abordados nesta pesquisa não são entendidos como os únicos a serem observados pelos sujeitos de direito.

Em verdade, lei e ordem pública, moral e bons costumes, bem como a função social, são analisados destacadamente neste trabalho pois são os limites aplicáveis à autonomia privada que mais são verificados casuisticamente no ordenamento jurídico brasileiro<sup>53</sup>.

Além disso, a ordem de abordagem dos limites neste trabalho não pretende estabelecer um grau de importância entre estes, tratando-se apenas de uma opção metodológica de abordagem separada dos mesmos.

---

<sup>50</sup> TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 126-127.

<sup>51</sup> MELO ANDRADE, Diogo de Calasans. **Autonomia Privada e sua relativização em razão da função social da propriedade**. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Editora Juspodivm: Salvador: 2014, p. 174

<sup>52</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 54-55.

Pontue-se, ainda, que para cada limite imposto à autonomia privada, existe um fundamento ou justificativa plausível para tanto, que revelam uma análise da autonomia privada de forma contextualizada num cenário de inúmeras outras situações jurídicas passíveis de valoração pelo ordenamento.

Neste particular, Michael Sandel<sup>54</sup> contribui indicando que impor uma limitação arbitrária à liberdade dos sujeitos de direito, sem um fundamento para tal, seria uma violação à liberdade totalmente ilegítima.

E é sobre esta base teórica que a ordem pública passa a ser analisada como limite à autonomia privada.

### 2.2.1 lei e ordem pública

Cláudia Lima Marques<sup>55</sup> ensina que a lei ao tempo em que é uma limitadora da autonomia, também se revela uma verdadeira legitimadora desta autonomia, pontuando que a lei neste momento deve ser considerada em seu sentido mais amplo, *lato sensu*.

Das lições da referida autora extrai-se que a lei não se limita a conceder direitos e deveres, mas também a definir as limitações e restrições aplicáveis aos mesmos. Assim, da mesma forma que os sujeitos de direito têm uma liberdade para autorregular-se, devem observar alguns parâmetros, fixados em lei, para o exercício desta faculdade.

E neste contexto, importante revisitar a classificação das normas jurídicas enquanto cogentes e dispositivas, especialmente por que Pontes de Miranda<sup>56</sup> observa que ao analisar os limites legais impostos ao autorregramento da vontade, comumente, o operador do Direito tem que identificar qual a natureza jurídica da norma aplicável ao caso, se cogente ou dispositiva, o que poderá gerar ou não a invalidade do negócio jurídico.

O art. 166, do Código Civil Brasileiro, diz que é nulo o negócio jurídico que tem como objetivo fraudar lei imperativa. No mesmo sentido, o art. 2.035, do mesmo diploma

---

<sup>54</sup> SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa. Justiça - o que é fazer a coisa certa.** Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p 323.

<sup>55</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 101.

<sup>56</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado: parte geral.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 3, p. 253- 255.

normativo, assim como o art. 17, da LINDB, estabelecem como condição de validade de negócios jurídicos a observância da ordem pública.

Miguel Reale traz que as normas cogentes são aquelas que têm um conteúdo mandatório mais rígido, pois impõem categoricamente determinada conduta, quando cogentes propriamente ditas, ou vedam outras condutas, quando proibitivas. Ao passo que, as normas de natureza dispositivas são aquelas que facultam aos jurisdicionados a oportunidade de disporem em sentido diverso do que a lei determina, sem estabelecer nenhuma invalidade imposta nestes casos.<sup>57</sup>

Então, de acordo com o autor acima mencionado, o que as normas cogentes têm em comum é exatamente esse conteúdo proibitivo ou indicativo de conduta, mitigando a liberdade negocial dos sujeitos, que não poderão estipular de forma diversa, sob pena de invalidade.

Tem-se o entendimento de que as normas cogentes, notadamente, são normas de ordem pública na medida em que estabelecidas para tutelar os interesses gerais da sociedade, de forma que se relacionam até mesmo com o atingimento dos fins sociais<sup>58</sup>.

Barbosa Moreira ensina que a doutrina costuma admitir a negociação quanto às normas processuais dispositivas, e não admitir a negociação no que tange às normas processuais cogentes, mas explica a dificuldade que se verifica, no caso concreto, para identificação real natureza jurídica da norma, se cogente ou dispositiva<sup>59</sup>.

Sobre o tema Flávio Yarshell<sup>60</sup>, indica que a tentativa de equiparar a ideia de norma processual cogente àquelas afetas ao devido processo legal é equivocada, especialmente por que observa que algumas regras processuais, embora reguladas de forma cogente e imperativa, não integram a ideia de processo justo, conforme art. 5º, LIV, da CF/88, o que elide qualquer tentativa de estabelecer relação de correspondência e sinonímia entre os vocábulos norma cogente e devido processo legal.

---

<sup>57</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 131-132

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>59</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 84-85.

<sup>60</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 71-72.

O referido autor faz uma ressalva, que “embora não se reconheça indefectível correspondência entre os conceitos de norma de ordem pública, de um lado, e norma cogente, de outro, a indicação legal não deixa de ser um parâmetro objetivo”, mas segue a mesma linha intelectual de Miguel Reale, acima exposta, para entender que o melhor parâmetro para se estabelecer o que é norma cogente são as normas que versam sobre a ordem pública.<sup>61</sup>

Raciocínio compatível com o de Flávio Yarshell é o de Antônio do Passo Cabral<sup>62</sup>, que também sob a ótica processual, ensina que não são todas as ofensas às normas cogentes concomitantemente ofensoras da ordem pública, fundamentando que as normas de ordem pública representam um núcleo menor do que o conjunto de normas cogentes, que trazem determinações imperativas.

Para Maria Helena Diniz<sup>63</sup> a ordem pública configura um conjunto de normas que estabelece princípios basilares para a organização do Estado nas suas perspectivas social, econômica, política e até mesmo moral.

Maurício Requião menciona que como a definição do que é liberdade é feita pelo próprio Estado, enquanto resultado do consenso, o próprio Estado, através de edição de leis traz indicativos de quais são os limites desta liberdade para permitir a coexistência das diversas esferas jurídicas de liberdade dos sujeitos de direito.<sup>64</sup>

Dessa forma, a ordem pública pode ser interpretada como o conjunto normativo que rege determinado ordenamento jurídico, e a partir do teor de suas normas indica quais são os valores caros para este ordenamento.

Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica<sup>65</sup> a ordem pública é caracterizada enquanto direito fundamental, logo constitui matéria que não se submete à preclusão, podendo o órgão jurisdicional reconhecer de ofício, e a qualquer tempo, a ofensa a uma norma de ordem pública.

---

<sup>61</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 71

<sup>62</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 309.

<sup>63</sup> DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao Código Civil: parte especial. Livro Complementar: das disposições finais e transitórias**. São Paulo, Saraiva, vol. 22, 2003, p. 178-179.

<sup>64</sup> REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador, Juspodivm: 2016, p. 35

<sup>65</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 227-228.

Numa perspectiva do processo civil, Leonardo Greco preceitua que a ordem pública processual representa um “núcleo duro de princípios e garantias” que de forma imperativa tem como objetivo a proteção do interesse público.<sup>66</sup>

É exatamente neste contexto, que a lei confeccionada pelo Estado, e a ordem pública, aparecem como limites ao autorregramento da vontade, denotando uma primazia do interesse social em face do individual. Desta forma, a lei e a ordem pública como limitadoras da autonomia das partes guardam forte relação com a ideia de função social, que será abordada em seguida.<sup>67</sup>

Deve ser pontuado, no entanto, que essa sobreposição do interesse público sobre a autonomia privada, não é uma regra absoluta e abstrata, tampouco que dispensa a análise casuística de relação destes dois, devendo-se analisar casuisticamente, se existe um efetivo prejuízo ao interesse social naquela forma de exercer a liberdade negocial dos sujeitos de direito.<sup>68</sup>

É atentando para o fato de que a imposição de limitações à autonomia privada, numa correta análise, implica numa limitação da liberdade dos sujeitos, que Maurício Requião<sup>69</sup> ensina que tais limitações devem observar os parâmetros da razoabilidade, sob pena de se configurar como uma limitação infundada e arbitrária. Percebe-se que a lei e a ordem pública representam uma limitação ao exercício do autorregramento da vontade, na medida em que este deve ser mitigada e relativizada quando for para atender ao interesse social.

No entanto, não se deve permitir uma imposição desarrazoada dessas limitantes, de forma que a limitação através da lei e ordem pública só é legítima nos casos em que se verifica uma real e efetiva ofensa ao interesse social.

Humberto Theodoro Júnior<sup>70</sup>, desde suas primeiras lições já indica que existem duas principais limitações à autonomia, quais sejam, a ordem pública, acima mencionada e a moral juntamente com os bons costumes.

No mesmo sentido são as lições de Orlando Gomes<sup>71</sup> que observa que o exercício da autonomia privada estará sempre circunscrito a dois limites básicos, o da ordem

---

<sup>66</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1. Ed. out/dez, 2007, p. 25-26.

<sup>67</sup> REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador, Juspodivm: 2016, p 35.

<sup>68</sup> BASTOS, Antônio Adonias. **A abrangência da autonomia da vontade nas locações de construção ajustada**. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014, p.114

<sup>69</sup> REQUIÃO, Maurício. *Op. cit.* p. 43.

<sup>70</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 16.

pública, já abordada, e bons costumes. Portanto, após analisadas as questões que circundam a ideia de ordem pública, é preciso explorar o que se entende por moral e bons costumes.

### 2.2.2. moral e bons costumes

A moral e os bons costumes enquanto limitações à autonomia privada, segundo Bruno Miragem<sup>72</sup>, devem ser interpretados num sentido geral de adequação e efetividade dos direitos fundamentais e a proteção destes nas relações privadas, bem como, em ações ou omissões esperadas pela sociedade em determinadas situações fáticas. Em regra, esses dois elementos são vistos com o objetivo de ajustar e regular o comportamento social<sup>73</sup>.

Quando se defende estes dois limitantes à liberdade negocial, o argumento inicial para fundamentá-los é o de que as sociedades detêm padrões morais próprios que guardam uma relação de essencialidade com a própria constituição da sociedade, desta forma, tais padrões morais se relacionam diretamente com a existência desta sociedade e podem ser impostos aos sujeitos<sup>74</sup>.

Ronald Dworkin<sup>75</sup>, ao analisar tal argumento o entende como inadequado, considerando que quando se admite que a sociedade imponha um limite ao exercício da liberdade negocial de um sujeito de direito específico, com base na moral e bons costumes – conceitos essencialmente abstratos e variáveis, no espaço e no tempo – abre margem para desrespeito ao que se entende constitucionalmente por liberdade.

O entendimento do autor mencionado é de que o argumento analisado incorre em erro ao não considerar o aspecto das minorias, que nem sempre estarão compondo o clamor social da moral e bons costumes. Pontua-se que é exatamente nestes momentos de “imposição” da maioria social, que se deve observar e proteger, em

---

<sup>71</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 23 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 24

<sup>72</sup> MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.31

<sup>73</sup> BYINGTON, Carlos. **A Moral, a lei, a ética e a religiosidade na filosofia, no direito e na psicologia: um estudo da psicologia simbólica junguiana**. Disponível em: <<http://www.carlosbyington.com.br/>>. Acesso em 22 out 2017, p.1-2

<sup>74</sup> WORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002, p. 374-376

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 379.

termos constitucionais, aqueles que compõem a minoria e tem a voz muitas vezes abafadas pelo clamor da maioria.

Portanto, até mesmo para fins de segurança jurídica, não é desejável que a hipótese não concreta de risco à existência da sociedade seja capaz de limitar o exercício da liberdade negocial dos sujeitos.<sup>76</sup>

Francisco dos Santos do Amaral Neto<sup>77</sup> em suas lições define os bons costumes como um conjunto de regras de caráter moral que juntas compõem a mentalidade de um povo, podendo tais regras morais serem expressadas através dos princípios jurídicos de determinado ordenamento.

Jaques Ghéstin<sup>78</sup>, por sua vez, ensina que a figura dos bons costumes deve ser interpretada como a expressão do aspecto moral da ordem pública, isto é, os bons costumes representam regras morais impostas pelo interesse da sociedade no que tange às vontades individuais.

Assim, o posicionamento adotado por este trabalho é o de que a moral e os bons costumes compreendem a união de princípios e regras de natureza moral, comuns à determinada sociedade, que refletem e indicam o que esta última tem como valores sociais, que poderão estar revestidos de caráter imperativo quando transformados em normas jurídicas.

Após análise destas limitantes, se faz necessário analisar a terceira limitação abordada no presente trabalho, a função social do contrato.

### **2.2.3 função social do contrato**

Formando a tríplice limitação da autonomia privada, tem-se a função social do contrato. Tem-se que o contrato é um negócio jurídico, e por isso umbilicalmente atrelado à ideia de autonomia privada, por englobar atos de autodeterminação e auto-regulamentação dos interesses, conforme indicado por Emílio Betti<sup>79</sup>.

Paulo Lôbo indicou, nos idos dos anos 80, que com o passar do tempo a figura negocial do contrato, anteriormente vista com uma função essencialmente individual,

---

<sup>76</sup> WORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002, p. 379.

<sup>77</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos do. **Autonomia privada**. Revista do CJF, v. 03, n. 09. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/235/397>. Acesso em: 12/01/2017

<sup>78</sup> GHÉSTIN, Jacques. **Traité de droit civil, t. II, Les obligations, le contrat**. In: Revue internationale de droit comparé. vol. 32 n. 3, Jui-sep, 1980, p. 71-72.

<sup>79</sup> BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: 1969, t. 1, p.88-89.

passou ser analisada em conjunto com as suas repercussões sociais, passando a se falar na função social do contrato.<sup>80</sup>

Diogo de Calasans Melo Andrade<sup>81</sup> ensina que a expressão função social advém da locução latina *functio*, que remonta à ideia de cumprir determinada tarefa ou finalidade. O referido autor indica que, no Brasil, a ideia de função social surgiu com a Constituição Federal de 1988 e, em razão de movimento de constitucionalização das relações privadas, passou a incidir também no direito civil.

Diogo de Calasans Melo Andrade<sup>82</sup> ao falar de função social ensina que esta impõe que os direitos subjetivos não sejam mais analisados apenas do ponto de vista do indivíduo, mas também de acordo com o interesse social, através de uma interpretação que conjugue tanto as normas constitucionais, quanto as infraconstitucionais.

O autor indica, ainda, que o direito à propriedade deixou de ser estudado como algo absoluto e individual, passando a ser enxergado o seu cunho social, o mesmo ocorre com as outras manifestações da autonomia privada, que não devem mais ser interpretadas enquanto dissociadas do contexto social no qual estão inseridas.

De forma que aquele modelo contratual clássico, interpretado essencialmente sob seu aspecto individual, sem contemplar as repercussões sociais daquela relação jurídica, perde espaço no cenário jurídico, entrando em seu lugar o anseio por contratos que para além de regularem a relação *inter partes*, observem determinados ditames para manutenção do bem comum.

Felipe Raminelli Leonardi<sup>83</sup> menciona que atualmente existe uma efetiva busca pela revisão daquela noção clássica da relatividade dos efeitos contratuais, demonstrando que tal revisão se dá através de uma releitura da noção básica de autonomia privada.

---

<sup>80</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: 1986, p. 31.

<sup>81</sup> MELO ANDRADE, Diogo de Calasans. **Autonomia Privada e sua relativização em razão da função social da propriedade**. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Editora Juspodivm: Salvador: 2014, p. 174

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 175

<sup>83</sup> LEONARDI, Raminelli Felipe. É possível ir além da relatividade contratual? Função social do contrato e contornos da autonomia privada. **Revista de Direito Privado, RDPriv**, a.13, n. 49, jan/mar, 2012, p. 175.

Luciano de Camargo Penteado<sup>84</sup> explica que a função social está vinculada à relação que existe entre o exercício de determinados direitos individuais e outros integrantes do cenário jurídico, é dizer, a função social assume uma posição que reconhece que os efeitos de determinado negócio jurídico não se limitam aos indivíduos que o firmam, sempre havendo uma repercussão, ainda que reflexa, na esfera jurídica de terceiros, alheios ao negócio jurídico.

Fernanda Borghetti<sup>85</sup> entende que o movimento de funcionalização de diversos institutos do direito privado, como contrato, empresa e até mesmo da propriedade, acabou por criar uma funcionalização da própria autonomia privada.

Sendo assim, a autonomia privada perde o espaço enquanto um fim em si mesma, passando a ser observada dentro do contexto social e de determinados parâmetros, devendo sempre responder a um interesse digno de ser protegido pelo ordenamento jurídico.

Para Léon Duguit<sup>86</sup>, atualmente, a função social no direito privado pode ser enxergada como uma condição de eficácia dos negócios jurídicos, especialmente por que ensina que um ato de vontade para surtir efeitos no mundo jurídico, precisa ter um fim social determinado.

O ordenamento jurídico brasileiro atribui similar importância à função social quando estabelece no art. 421, do Código Civil, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Tal posicionamento se justifica uma vez que a doutrina, sob organização de Ruy Rosado Aguiar Jr.<sup>87</sup> em análise ao referido dispositivo emitiu o Enunciado nº. 431 das Jornadas de Direito Civil, entendendo que a violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais.

No mesmo sentido é o Enunciado n. 23<sup>88</sup> da I Jornada de Direito Civil, que consubstancia o entendimento que a função social dos negócios jurídicos, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas o atenua ou mitiga o alcance desse

---

<sup>84</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. Tutela coletiva de direitos individuais pelo Ministério Público: breve estudo de sua legitimidade à luz de conceitos de teoria geral do direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, ano 8, n. 10, p. 179

<sup>85</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos de personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre, 2009, Livraria do Advogado, p. 207.

<sup>86</sup> DUGUIT, Léon. **Las transformaciones de derecho público y privado**. Granada, Comares, 2007, 187-188.

<sup>87</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). 2012. **Jornadas de direito civil, I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília, Conselho da Justiça Federal, p. 64

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 10.

princípio quando sua aplicação absoluta representar uma ofensa a interesses sociais ou aos próprios interesses individuais relativos à dignidade da pessoa humana.

Os mencionados enunciados, que têm *status* de doutrina, demonstram que a função social do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, figura como limite à liberdade negocial dos sujeitos, principalmente para atender a direitos coletivos e aqueles relativos à dignidade da pessoa humana.

Segundo Judith Martins-Costa<sup>89</sup> a função social do contrato representa uma expressão da socialidade do Direito Privado, trazida pelas atuais diretrizes constitucionais que indicam uma finalidade a ser atingida e até mesmo um caminho a ser trilhado pelos sujeitos de direito, o que se contrapõe a uma visão absolutamente individualista dos negócios jurídicos.

É nesse contexto que a referida autora entende que existe uma delimitação da eficácia da liberdade contratual pela função social do contrato, sendo esta última uma limitante a ser observada pelos sujeitos de direito no exercício da liberdade negocial.

Assim, a função social do contrato em muito se comunica com a ideia de constitucionalização do Direito Privado já abordada, como pontua Tereza Wambier<sup>90</sup> ao mencionar que a função social dos contratos ganha maior efetividade quando os institutos de direito civil passam a ser orientados por direitos fundamentais valorados historicamente pelo Direito Público.

Desta forma, alcança-se uma noção basilar acerca do autorregramento da vontade no ordenamento jurídico brasileiro, merecendo especial atenção as ideias já abordadas neste capítulo e a seguir elencadas.

A primeira noção básica a se notar é a de que a liberdade negocial não deve ser analisada apenas sob a perspectiva privatista do Direito, mas também no que costuma chamar de Direito Público, por alguns motivos específicos. O primeiro deles é o caráter fundamental deste direito, garantido pela Constituição Federal no art. 5º, *caput*, de forma que deve ser considerado como aplicável a todo e qualquer ramo do Direito, em cada um adequando-se a suas respectivas peculiaridades.

---

<sup>89</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre a função social dos contratos. **Revista DIREITOGV**, São Paulo, 2005, v. 1, p. 41.

<sup>90</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002 – a função social do contrato. n. 59. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005, p. 59

A segunda noção básica é a de que a própria constitucionalização do direito privado, estudada anteriormente, evidencia uma verdadeira relação de simbiose entre os ramos do Direito Público e Privado, que por contarem com pontos comuns (direitos fundamentais, não podem mais ser observados e estudados de forma estanque, enquanto núcleos extremamente desconexos, especialmente a ideia de autorregramento da vontade e o Direito Processual Civil<sup>91</sup>.

Por estes motivos neste trabalho opta-se pelo vocábulo de autorregramento da vontade, e não somente autonomia privada (que pode ser enxergada como o desdobramento da ideia geral de autorregramento, mas não a única).

Além disso, a terceira noção a ser objeto de atenção é a de que esta garantia fundamental, embora muito importante para a formação do Estado Democrático de Direito não tem uma aplicação absoluta, seja em qualquer ramo do Direito que esteja sendo aplicável, comportando as limitações anteriormente abordadas.

Feitas estas considerações iniciais, se faz necessário analisar a repercussão destas considerações na figura que expressa de forma mais genuína o autorregramento da vontade, qual seja, o negócio jurídico, em especial os de natureza processual.

---

<sup>91</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84

### 3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Como analisado no capítulo antecedente, o autorregramento da vontade faculta aos sujeitos de direito a auto regulação dos seus patrimônios jurídicos, desde que observados determinados limites impostos pelo ordenamento jurídico, como a ordem pública, os bons costumes e a função social dos negócios jurídicos.

Neste capítulo será analisado o negócio jurídico em sentido amplo, de acordo com a teoria do fato jurídico, indicando de que forma essa figura ganha espaço no âmbito do processo civil brasileiro, desde o CPC/73 até o CPC/2015, através dos negócios jurídicos processuais, perpassando pela análise dos modelos de organização do processo civil, enquanto reflexos da cultura em que estão inseridos<sup>92</sup>, com a posterior análise pormenorizada dos negócios jurídicos processuais.

Luiz Rodrigues Wambier observa que apesar das inúmeras alterações trazidas pelo CPC/2015, é incorreta a conclusão de que este diploma normativo veio para surpreender a comunidade jurídica, entendendo que o novo código não faz o que ele chama de “reinvenção da roda”<sup>93</sup>, mas apenas empreende um aperfeiçoamento de institutos processuais já existentes, com uma roupagem contemporânea, para se adequar à nova realidade social.

É necessária análise acerca dos modelos de organização do processo exatamente por que eles revelam os anseios e ideais comuns à sociedade na qual estão inseridos, demonstrando os valores sociais vigentes em cada modelo de organização, e que baseiam seus comandos normativos<sup>94</sup>.

Importante observar, pois, de que forma o autorregramento da vontade se verifica no CPC/2015, que parece adotar uma postura diversa da que tradicionalmente se verificou: do processo civil como um ramo exclusivamente de Direito Público, regido tão somente pela ideia do publicismo processual, o que pode indicar uma alteração de paradigma quanto à resolução dos conflitos no processo civil brasileiro.

---

<sup>92</sup> 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.20-22.

<sup>93</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Diretrizes fundamentais do novo CPC. In: Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.41.

<sup>94</sup> REALE, Miguel. **Vida e morte dos modelos jurídicos**. In: Direito. n. 2. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 252-253.

### 3.1 PUBLICISMO OU NEOPRIVATISMO PROCESSUAL: OS MITOS AO DERREDOR DO CARÁTER SOLENE E FORMALISTA DO PROCESSO.

Neste tópico, importa delinear algumas noções acerca do que se entende por formalismo, instrumentalismo, formalismo-valorativo, Publicismo, Privatismo e Neoprivatismo.

Daniel Mitidiero traz que o processo civil não deve ser limitado à noção estrita do formalismo, típico do processualismo<sup>95</sup>, no qual as formalidades são consideradas um fim em si mesmo.

De um ponto de vista extremamente formal, notadamente o juiz passa a ter uma posição de protagonismo no processo, voltados ao empreendimento de atos concatenados para solução de um litígio, mas atentando especialmente para o rigor técnico do processo enquanto ciência autônoma, posicionamento que quando desmedido promove uma interpretação do processo como dissociado dos outros ramos do Direito. No cenário do formalismo, as partes ao deduzem uma pretensão sem muito poder de atuação para construção da decisão final, visto que esta fica a encargo predominante do órgão jurisdicional. Por esse motivo que essa perspectiva pautada no formalismo entrou em declínio, sobretudo por que a partir dela o processo civil se afasta de suas finalidades essenciais, entre elas a prestação de uma decisão que resolva conflito material<sup>96</sup>. Disso, percebe-se que o processo, seu rigor técnico e suas formalidades não devem ser vistos como uma finalidade em si mesmo, motivo pelo qual surge a corrente do instrumentalismo.

O instrumentalismo, surge, então, com uma nova postura do órgão julgador durante a condução do processo, permitindo ao juiz a pro-atividade na instrução probatória, podendo determinar atos instrutórios de ofício com o objetivo de alcançar o interesse social tutelado pelo processo civil<sup>97</sup>. No entanto, quanto à referida pro-atividade, não

---

<sup>95</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 32.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>97</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 120

se deve perder de vista que apesar de ponderado, o formalismo processual deve existir, sob pena de insegurança jurídica e abertura de espaço para autoritarismos<sup>98</sup>. Assim, as formalidades do processo civil não devem ser interpretadas e aplicadas na sua perspectiva extremada, de forma exacerbada e desmedida. As formalidades devem ser aplicadas nutrindo enquanto seus alicerces os valores constitucionalmente estabelecidos, é o chamado formalismo-valorativo<sup>99</sup>.

Quanto ao fenômeno do Publicismo, Para Leonardo Greco<sup>100</sup>, este promove um processo que se estrutura com o protagonismo do magistrado, tendo como objetivo não ofender garantias dos jurisdicionados, mas sim elidir eventuais injustiças que possa decorrer da desigualdade material eventualmente existente entre os jurisdicionados, desequilíbrio este que tem margem para ocorrência num cenário exclusivamente privatista do processo.

Nas lições de Cândido Rangel Dinamarco<sup>101</sup> o Privatismo processual interpreta o direito de ação como um mecanismo que pretende tutelar apenas interesses privados, sem objetivar a atuação do Estado para a firmação de direito objetivo e não apenas subjetivo.

Logo, o Privatismo é verificado no modelo de processo no qual o contraditório termina por se limitar ao debate havido entre as partes, onde apenas estas participam ativamente da produção probatória e instrução processual, com o ânimo de defenderem seus respectivos interesses, em situação de amplo protagonismo processual das partes, onde o órgão julgador se limita a ser um "supervisor" a intervir em situações excepcionais<sup>102</sup>.

Barbosa Moreira entende como Neoprivatismo o complexo de posições doutrinárias contrário ao exagero do caráter publicístico do processo civil, e ao abordar os temas do Publicismo e Neoprivatismo processual, faz inicialmente uma análise acerca de uma afirmação recorrente no âmbito doutrinário, qual seja, a de que em regimes

---

<sup>98</sup> MITIDIÉRO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 34-35.

<sup>99</sup> *Idem*. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

<sup>100</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *In: Revista de Processo (RePro)*, n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

<sup>101</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 120.

<sup>102</sup> PARCHEN, Laura Fernandes. **Impacto do princípio da cooperação no juiz**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>>. Acesso 26, fev., 2017.

políticos autoritários é comum a atribuição de poderes instrutórios exercitáveis de ofício, o que representa um certo desprezo pelas garantias dos jurisdicionados<sup>103</sup>.

Neste sentido, analisa alterações legislativas havidas nos ordenamentos processuais da Suíça, França, Inglaterra, Alemanha e Brasil, todas com a comum tendência de ampliar os poderes instrutório do juiz, a serem exercidos de ofício. Ao fim de sua análise, pontua que as referidas alterações legislativas, de ordem processual, apesar de terem essa tendência ampliativa quanto aos poderes instrutórios, pelo contexto histórico em que ocorreram, em nada se comunicaram com eventual regime político autoritário<sup>104</sup>.

Sob a ótica do Brasil, o referido autor menciona que em 1995, ao promulgar a Lei nº. 9.099/95, a legislação pátria, através do art. 5º, da referida lei instituiu liberdade ampla aos juízes durante a atividade instrutória, e indica que notadamente, no ano de 1995 o cenário era de um regime democrático pleno, e de postura política liberal<sup>105</sup>.

Com base nessa análise, Barbosa Moreira pontua que não é uma característica essencial e necessária do regime político autoritário a ampliação dos poderes instrutórios exercíveis de ofício pelo magistrado. Indicando que os exemplos históricos da coexistência de poderes instrutórios amplos e regimes de autoritarismo só reforçam a conclusão de que o reforço de poderes ao órgão jurisdicional pode conviver em distintas estruturas políticas, sendo manifestamente desatenta à experiência histórica a afirmação categórica de que poderes instrutórios robustos são uma característica inexorável de regimes autoritários<sup>106</sup>.

No mesmo sentido são as lições de Michele Taruffo<sup>107</sup>, ao reconhecer que inexistente relação direta e inevitável entre incremento dos poderes instrutórios do juiz e ideologias de autoritarismo.

Sobre a figura do Publicismo, Cândido Rangel Dinamarco<sup>108</sup> traz que consiste numa postura ordenamento jurídico processual onde prepondera a figura da ordem pública diante dos interesses privados a serem solucionados através do processo concreto.

---

<sup>103</sup> MOREIRA, Barbosa. O neoprivatismo no Processo Civil. *in*: **Revista de Processo, RePro**, v. 30, n. 122, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 12.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 14-15.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>107</sup> TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 58.

<sup>108</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 121.

Isto é, uma vertente publicista do processo civil consiste na ideia central de que a atividade jurisdicional, embora resulte na resolução de interesses individuais, também deve visar e ser empreendida para o alcance da finalidade social do Estado, que, na concepção do mencionado autor, transcende a resolução de uma questão de direito material individual.

O Publicismo, para Eduardo Cambi<sup>109</sup>, entre outras posturas, consiste principalmente na ampliação dos poderes do órgão jurisdicional, sobretudo no momento da instrução processual. Logo, de acordo com esse posicionamento o viés publicista do processo é verificado nos casos em que o juiz tem a autorização legal para buscar a verdade de ofício, independentemente de requerimentos dos jurisdicionados.

O posicionamento de Eduardo Cambi<sup>110</sup> sobre o tema é no sentido de que no momento em que o ordenamento jurídico brasileiro assegura às partes poderes mais amplos na produção da prova, e condução do processo, está verificada uma postura neoprivatista.

Para tecer notas sobre o Neoprivatismo, o referido autor parte de uma análise constitucional do que é prova, análise esta que nesta pesquisa, será feita de forma mais detida no próximo capítulo. Para Eduardo Cambi a prova, resumida a uma palavra, consiste em “argumentar”, isto é, deve ser vista como um dos elementos mais importantes para formação do convencimento do magistrado, de forma que guarda forte conexão com o direito ao contraditório<sup>111</sup>.

Segundo o referido autor, essa postura do Neoprivatismo de promover uma maior participação das partes na produção probatória e instrução processual significa levar a sério o direito fundamental à prova vigente no nosso ordenamento, sobretudo a partir da perspectiva que a prova é peça argumentativa, que integra a garantia fundamental do contraditório e ampla defesa.<sup>112</sup>

Ainda segundo as lições do referido autor, o sistema processual brasileiro, fundado pela Constituição Federal, revela, em parte, nas fontes do modelo adversarial de condução do processo, vez que concede às partes um papel de protagonismo na produção probatória. Traz, como exemplo desta tendência neoprivatista, a técnica da *cross examination*, (que já admitida no processo penal, através da Lei 11.690/2008)

---

<sup>109</sup> CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008. In **Revista de Processo (RePro)**, n. 167, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 47-48

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 48.

que possibilita às partes a formulação de perguntas às testemunhas de forma direta, dispensando a intermediação do magistrado na prática deste ato processual.

Com bases nessas considerações, Eduardo Cambi pondera que esta postura neoprivatista, no entanto, não diminui a relevância da atuação do órgão jurisdicional enquanto destinatário das provas<sup>113</sup>, uma vez que a atuação jurisdicional em busca da verdade estará sempre permitida, desde que motivada, conforme ordena o art. 93, IX, da CF/88.

Dessa forma, o autor acima mencionado entende que o caráter publicístico do processo atualmente está “temperado” pela perspectiva processual neoprivatista, perspectiva esta que embora reconheça que o Direito Processual Civil trata-se de um ramo do Direito Público (onde a busca pela verdade e a garantia da ordem pública) têm grande relevância, cumula o entendimento de que os jurisdicionados devem estar amparados de todos os meios que se fazem necessários para o exercício pleno do contraditório, o que inclui uma participação ativa na instrução processual e produção probatória<sup>114</sup>.

Eduardo Cambi, fala, ainda, no fenômeno no Neopublicismo, enquanto complementar do Neoprivatismo, pois aquele consiste numa tendência de aperfeiçoamento da atuação jurisdicional neste contexto neoprivatista, que consiste numa maior cautela ao motivar as decisões judiciais, por exemplo. Logo Neoprivatismo e Neopublicismo, para Eduardo Cambi “devem caminhar lado a lado para o melhor aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e para a mais ampla realização do Estado Democrático de Direito”<sup>115</sup>.

Hermes Zanetti Jr. fala desta concepção democrática do processo como finalidade a ser atingida através da comparticipação das partes durante o desenvolvimento do processo, de forma que a cooperação processual se conecta diretamente com a noção de processo civil democrático.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008. In **Revista de Processo (RePro)**, n. 167, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>116</sup> ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014, p.130.

Neste mesmo sentido são as lições de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira<sup>117</sup> ao afirmar que o resultado de um processo deve necessariamente decorrer de uma atuação conjunta de todos os sujeitos processuais, o que afasta a possibilidade de um processo pautado exclusivamente na ideia do Privatismo, indicando uma tendência neoprivatista ao admitir a atuação equânime de todos os sujeitos processuais.

Segundo este autor, a ideia de cooperação exige do magistrado uma postura mais atuante e colaborativa, ao mesmo tempo em que fortalece o poder das partes através da faculdade de uma atuação mais ativa para formação da convicção, que coaduna com uma posição não autoritária do magistrado<sup>118</sup>.

Assim ensina Daniel Mitidiero, para quem o processo civil passa a ser caracterizado pelo incremento da participação conjunta das partes e do magistrado na condução do processo, sendo o processo um ponto de encontro de direitos fundamentais<sup>119</sup>.

Então, no que tange ao Publicismo, Neoprivatismo e formalismo, alguns pontos merecem ser reforçados ao fim deste tópico.

O primeiro deles é o fato de que o Publicismo não está atrelado inexoravelmente a estruturas políticas de regimes autoritários, sobretudo por que esta postura publicística permite ao Estado-juiz uma maior cautela no que tange à isonomia das partes para a instrução probatório e especialmente para a formação do convencimento jurisdicional.

O segundo aspecto importante a ser observado é que este caráter publicístico, que substituiu o caráter privatista, também tem suportado uma alteração de paradigma, abrindo espaço para o surgimento de uma visão Neoprivatista, que em conjunto com o formalismo-valorativo, apresenta um modelo cooperativo de gestão processual, com a finalidade de democratizar o desenvolvimento dos processos judiciais, distribuindo de forma equânime os poderes às posições jurídicas de parte e magistrado. Sedimentadas essas ideias, empreende-se uma análise detida do modelo de organização processual cooperativo.

---

<sup>117</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>118</sup> *Idem*. Do formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 158-159.

<sup>119</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.

### 3.2 O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO.

Fala-se sobre três modelos de organização do processo civil, quais sejam: adversarial, inquisitorial e cooperativo. Tais modelos de organização demandam uma análise pormenorizada dos seus cernes, bem como dos contextos nos quais se originaram<sup>120</sup>.

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria o modelo adversarial de organização do processo se caracteriza pela dinâmica de dois adversários que terão o condão de conduzir o processo diante de um órgão jurisdicional, cabendo às partes tomar a iniciativa da produção de provas. Enquanto o sistema inquisitorial é aquele no qual predomina a pesquisa oficial do órgão jurisdicional acerca da questão deduzida, figurando como protagonista neste modelo o juiz<sup>121</sup>.

De acordo os autores acima mencionados, pelas características indicadas quanto ao modelo adversarial de processo, percebe-se sua compatibilidade com a visão privatista do processo civil, abordada no tópico anterior. Ao passo que o modelo inquisitorial revela maior compatibilidade com a visão publicista do processo, também estudado no tópico anterior.

No sistema inquisitorial vigora o princípio inquisitivo, que conforme indicado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria<sup>122</sup> não deve ser interpretado como uma espécie normativa, mas sim como uma orientação predominante nos países da Europa Continental e América Latina.

Segundo estes autores, no sistema inquisitorial nota-se o legislador atribuindo ao órgão jurisdicional posição de muita atuação durante a instrução processual, devendo a atividade probatória contar predominantemente com a iniciativa do magistrado.

Essa ideia de postura atuante do juiz durante a condução processual é historicamente aceita, como pontua José dos Santos Bedaque<sup>123</sup>, ao relembrar lições de Aureliano Gusmão ainda no ano de 1922.

---

<sup>120</sup>DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 88.

<sup>121</sup>*Ibidem*, p. 86.

<sup>122</sup>*Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>123</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 74-77.

Barbosa Moreira corrobora tal entendimento ao asseverar que estimular o exercício dos poderes instrutórios do juiz é posicionamento típico daqueles que não pretendem limitar o magistrado a um “convidado de pedra” no processo, evidenciando um forte caráter publicístico do processo neste modelo de organização processual. O autor acima entende, então, que a atuação do Estado-Juiz não deve ser interpretada como uma atuação engessada, sobretudo porque este tem a grande responsabilidade de intervir diretamente na esfera jurídica dos particulares, resolvendo um conflito concreto e fazendo uma interpretação acerca do direito objetivo, de modo que se torna imperiosa uma satisfatória averiguação dos fatos<sup>124</sup>. O modelo inquisitorial, guarda forte relação com a ideia de busca pela verdade por parte do poder judiciário, fomentada pela natureza pública do direito processual, conforme lições de Maria do Carmo Seffair Lins de Albuquerque<sup>125</sup>, uma vez que é através dos poderes inquisitivos durante a instrução processual que o juiz estará instrumentado para buscar a verdade.

Assim, mencione-se que no processo civil brasileiro, existem normas com tendências do modelo inquisitorial, como o art. 370, do CPC/2015, como indicam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria<sup>126</sup>. Cumpre observar, pois, se o processo civil brasileiro é regido única e exclusivamente por esta tendência inquisitorial.

Como pontuado por Nelson Nery Jr. e Rosa de Andrade Nery<sup>127</sup>, o dispositivo normativo acima mencionado não pré-estabeleceu expressamente uma limitação ao poder instrutório exercido de ofício pelo juiz.

Diante disto, uma interpretação literal do dispositivo deixa margem para dúvida: o legislador ao não impor expressas limitações aos poderes instrutórios do juiz pretendeu atribuir poderes instrutórios ilimitados ao mesmo?

Notadamente, não, e essa é uma questão que se responde com o tópico anterior, quando se fala em tendência neoprivatista do processo civil brasileiro e divisão do

---

<sup>124</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

<sup>125</sup> ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. **O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz**. São Paulo - USP, 2014, 152 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo 2014, p. 95.

<sup>126</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 86.

<sup>127</sup> NERY JR. Nelson; NERY. Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil. Novo cpc – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 989

trabalho no processo, para atendimento de garantias constitucionais mínima e implementação do nome modelo de gestão processual, cooperativo.

Em resposta a tal questionamento, os autores mencionados acima, mencionam que apesar do dispositivo processual (art. 370, do CPC) não trazer limitações expressas, os poderes instrutórios do juiz estarão rigidamente limitados aos princípios norteadores do processo civil, limites estes que serão objeto de atenção deste trabalho no capítulo subsequente.

Quanto ao modelo cooperativo de processo, o art. 6º, do Código de Processo Civil, estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Segundo Fredie Didier Jr. o modelo cooperativo de processo articula as funções processuais das partes e do magistrado, para equalizar a relação havida entre o exercício da liberdade e do poder do Estado, de forma que no modelo cooperativo a vontade das partes não é ignorada, tampouco se limita o juiz a um “espectador de pedra”<sup>128</sup>

Para Alexandre Freitas Câmara<sup>129</sup> o processo civil não deve mais ser compreendido como um meio conduzido pelo juiz como figura mais importante, devendo ser implementada uma perspectiva participativa do processo, através do qual todos os sujeitos processuais em conjunto constroem o resultado final, sendo assim, um modelo comparticipativo.

Para Reinhard Greger<sup>130</sup> a atuação jurisdicional passa a estar integrada pela atuação das partes para, de forma conjugada, alcançarem a solução do conflito com a maior eficiência, de custos, tempo e energia.

Assim, pontuam Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>131</sup> que o processo civil que observava apenas normas de Direito Público vai perdendo espaço para admitir uma conjugação de elementos de Direito Público e de Direito Privado, revelando o surgimento do modelo cooperativo de processo.

---

<sup>128</sup> 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. 22.

<sup>129</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 43.

<sup>130</sup> GREGER, Reinhard. **Cooperação como princípio processual**. Tradução Ronaldo Kochem. In: **Revista de processo (RePro)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 206, 2012, p. 127-129.

<sup>131</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p 29-30.

Note-se que a ideia do conflito é algo quase inerente ao processo civil, ressalvados os casos de jurisdição voluntária, e que por isso a cooperação que se espera não é a cooperação direta entre as partes, sobretudo por que no processo elas se colocam em posições antagônicas com interesses diferentes. A ideia de cooperação que se promove é aquela de colaboração dos sujeitos processuais para a solução do litígio e alcance de uma decisão de mérito (seja ela qual for), e não necessariamente a cooperação entre as partes litigantes, o que não é muito comum num cenário de litígio<sup>132</sup>.

Para melhor compreensão do que se entende por modelo cooperativo de processo, é preciso analisá-lo em conjunto com o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, especialmente por causa da previsão dos arts. 190 e 200<sup>133</sup>, deste diploma normativo.

### **3.2.1 os negócios e a atuação negociada das partes no processo civil brasileiro**

No Direito Processual Civil o autorregramento da vontade ganha espaço após a inclusão, no nosso ordenamento, dos arts. 190 e 200, de forma que a auto regulação de ordem processual atípica passou a ser facultada aos jurisdicionados, baseada, portanto, no respeito ao autorregramento da vontade no processo civil<sup>134</sup>. Os dispositivos legais acima mencionados evidenciam a posição de importância que o legislador conferiu ao autorregramento da vontade no nosso ordenamento jurídico processual pátrio.

Fredie Didier Jr. fala de direito fundamental de respeito ao autorregramento da vontade no âmbito do direito processual civil, o que inclui o dever de observância deste autorregramento entre as garantias processuais fundamentais. Frise-se que, na medida em que se tem o respeito ao autorregramento da vontade no processo civil como norma processual fundamental, como indica o autor acima mencionado, tem-se que este princípio compõe o rol de garantias que integram a cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88). Neste sentido, o autorregramento da

---

<sup>132</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 170.

<sup>133</sup> BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 26. Mar. 2017.

<sup>134</sup> DIDIER JR, Fredie. **Princípio do Respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. In: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Negócios Processuais. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 32.

vontade e o princípio de seu respeito no processo civil é visto como um complexo de poderes que comporta as seguintes facetas facultadas aos jurisdicionados: direito de negociar, de criar, de estipular e de vincular-se a determinada obrigação, em âmbito processual<sup>135</sup>.

O autorregramento da vontade no processo civil, em verdade, guarda íntima relação com o princípio constitucional da liberdade (art. 5º, *caput*, CF/88), já abordado no primeiro capítulo deste trabalho, sobretudo em seu desdobramento da liberdade de contratar, motivo pelo qual Bernardo Silva de Lima<sup>136</sup> menciona que firmar negócio jurídico processual indica a criação de braços do princípio democrático no processo civil.

A interpretação do autorregramento da vontade no âmbito do processo civil, no entanto, não pode ser empreendida à revelia do caráter publicista classicamente atribuído a este ramo do Direito. Como menciona João Batista Lopes<sup>137</sup>, em razão da constitucionalização e publicização do processo civil brasileiro, os juízes passaram a possuir mais poderes na condução da instrução processual e do processo em si, como pontua o mencionado autor, o que se relaciona com o modelo inquisitivo de processo.

Esse sistema inquisitivo, exatamente por conceder um papel de protagonismo para o juiz, é o modelo que abre margem para o surgimento do garantismo processual, corrente capitaneada por Luigi Ferrajoli<sup>138</sup> que propõe uma maior proteção ao jurisdicionado em face de eventuais atos arbitrários do Estado-Juiz durante a condução de determinado processo. Originou-se de uma preocupação do que a concentração dos poderes de conduzir o processo na pessoa do Estado-Juiz poderia gerar.

É nesse cenário de insatisfação com os paradigmas tradicionais de organização processual, que surge aquilo que tem sido chamado do já mencionado modelo

---

<sup>135</sup> DIDIER JR, Fredie. **Princípio do Respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.** In: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Negócios Processuais. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 32

<sup>136</sup> LIMA. Bernardo Silva de. **Sobre o negócio jurídico processual** in DIDIER JR. Fredie; EHRHARDT JR. Marcos. (Coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121-122

<sup>137</sup> LOPES. João Batista. **A prova no direito processual civil** .3. ed. São Paulo RT, 2007, p.178

<sup>138</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria geral do garantismo penal.** Fauzi Choukr (trad.). São Paulo: RT, 2002, p. 695

cooperativo de organização do processo. Barbosa Moreira<sup>139</sup>, falando sobre o tema, indica que neste sistema de organização processual a condução processual não é polarizada, isto é, deve ser diluída entre os sujeitos processuais.

Notadamente, neste sistema não há um dos sujeitos processuais ocupando a posição de protagonista, em verdade, a postura de protagonista deverá ser pulverizada entre todos os envolvidos na relação processual.

Com efeito, esse paradigma cooperativo de organização do processo civil tem um acentuado caráter democrático, por promover um desenvolvimento processual policêntrico e, na visão de Dierle José Coelho Nunes<sup>140</sup>, em consonância com o modelo constitucional de processo.

Flávio Luiz Yarshell<sup>141</sup> menciona que, no processo civil brasileiro, muito embora o juiz não seja sujeito do negócio jurídico processual em regra, ele terá o dever de conduzir o processo promovendo o diálogo das partes e respeitando o que for licitamente negociado pelas partes, o que evidencia a necessidade de posturas cooperativas do magistrado.

Tratando sobre o modelo cooperativo de organização do processo, Lorena Miranda<sup>142</sup> indica que tal modelo encontra reforço num princípio geral do processo civil, qual seja, o princípio da cooperação processual. A mencionada autora chega a mencionar que o modelo cooperativo além de instituir um novo paradigma na organização das tarefas do processo, faz com que o processo tome as faces de uma comunidade de trabalho que contempla um magistrado condutor do processo, mas também se compatibiliza com a figura de partes igualmente atuantes. Continua pontuando que neste novo paradigma de organização processual o diálogo assume uma grande importância, verificada a distribuição democrática dos poderes de conduzir o processo.

---

<sup>139</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. Temas de direito processual.** São Paulo: Saraiva, 1989, 4ª série, p. 35-40

<sup>140</sup> NUNES. Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 214-215

<sup>141</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais.** Juspodivm, 2015. p. 66-67

<sup>142</sup> MIRANDA, Lorena. **Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro.** Salvador – UFBA, 2011, 273 f., Dissertação – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 129.

Lorena Miranda<sup>143</sup> indica que alguns fatores concorreram para que hoje seja possível vislumbrar uma franca mudança de paradigma de modelo de organização do processo, para adoção do modelo cooperativo. Os fatores indicados são uma maturação na formação política, com a valorização dos ideais de democracia sedimentados pela Carta Magna de 1988.

Outro fator contributivo, sob a ótica da autora, seria o da assimilação da importância que os direitos fundamentais possuem, e mais, a importância que a adoção de medidas que concretizem as garantias fundamentais têm. E, por último, do ponto de vista da mencionada autora, concorre para a promoção de um novo modelo de organização de processo a certificação da teoria da força normativa que os princípios possuem após a promulgação da CF/88.

Tal posicionamento converge com a ideia adotada por Daniel Mitidiero<sup>144</sup> ao dizer que este paradigma decorre do que ele chama de evolução cultural, de um amadurecimento dos institutos clássicos e de uma nova forma de enxergar os métodos processuais, substituindo os modelos adversarial e inquisitório através de uma reestruturação das atividades processuais dos juízes e das partes durante a produção probatória.<sup>145</sup>

Como trazido por Leonardo Greco<sup>146</sup> a presunção da boa-fé das partes se revela ainda mais importante neste modelo cooperativo de processo, considerado como esse sistema democrático de organização do processo.

Há ainda, divergência doutrinária acerca da natureza jurídica desta cooperação no CPC vigente, na medida em que Daniel Mitidiero<sup>147</sup> entende pela natureza de princípio da colaboração, que impõe ao Estado o dever de promover posições processuais equilibradas entre juiz e partes, sem o qual estaria ofendida a ideia de processo justo.

---

<sup>143</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>144</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: RT, 2009, p. 45-47

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>146</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *In Revista de Processo*, n. 164, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 31.

<sup>147</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-a-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. **Revista de Processo**. n. 194. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54-56.

Em sentido contrário, Lênio Streck<sup>148</sup> entende que cooperação processual não é um princípio por ausência de caráter normativo, e que atribuir natureza de princípio àquela levaria ao que ele intitula de voluntarismo decisório, ou seja, uma discricionariedade judicial incongruente com o Estado de Direito.

Inobstante a importância acerca de todas as nuances que envolvem o modelo cooperativo de organização do processo, não integra o escopo deste trabalho a análise pormenorizada da natureza principiológica, ou não, da cooperação processual, motivo pelo qual o posicionamento adotado quanto ao tema é o de que independente da natureza jurídica atribuída àquela, é certo de que a cooperação ocupa um espaço de destaque no diploma normativo processual vigente.

Sobre o tema, Antônio do Passo Cabral traz que o trunfo do processo civil pautado no modelo cooperativo é exatamente o de revigorar os acordos processuais, o que indica uma renúncia à postura paternalista comum ao modelo pautado no protagonismo apenas do juiz, que acarreta uma “infantilização” (termos do autor) do cidadão e reforça a ideia de grande dependência estatal<sup>149</sup>.

Essa concepção extremamente paternalista do processo, resulta no que Leonardo Carneiro da Cunha<sup>150</sup> chama de dogma da irrelevância da vontade no processo, subsistente num regime jurídico processual no qual prevalece a ideia do interesse público, publicismo e busca pela verdade unicamente pelo juiz.

É o que Robson Godinho<sup>151</sup> intitula – e condena – de “poder geral de curatela” do juiz, este autor indica, que o juiz não deve ser visto como ente munido deste poder geral de curatela, tampouco as partes devem ser vistas como indivíduos que não conseguem discernir o que é melhor para a solução do seu litígio. Para o referido autor, a proposta correta é o alcance do meio-termo destas duas posturas (inquisitorial e adversarial; publicista e privatista), o que se alcança através do modelo cooperativo de processo, com a adoção de uma postura neoprivatista, que

---

<sup>148</sup> STRECK, Lênio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou \*colaboração no processo civil é um princípio? **Revista de Processo**. n. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 13-14.

<sup>149</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 171.

<sup>150</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 49.

<sup>151</sup> GODINHO, Robson. **Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro**. Tese (Doutorado Direito Processual Civil) PUCSP, São Paulo: 2013, p. 205

reconhece a importância da atuação do Estado-juiz para a busca da verdade, mas não elide a participação conjunta dos jurisdicionados na busca desta.

São muitas as disposições do Código de Processo Civil Brasileiro que indicam a adoção deste modelo cooperativo de processo, como a escolha consensual do perito, através do art. 471, que estabelece a faculdade das partes para, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que as partes tenham capacidade plena e o direito discutido no processo admita autocomposição, ou seja, admita transação.

Outro exemplo de tendência cooperativa no processo é a possibilidade de convenção para realização ou não da audiência de conciliação ou mediação, prevista pelo art. 334, §4º, I, do CPC, indicando que a vontade dos jurisdicionados passa a ter um peso importante para o empreendimento dos atos processuais.

O modelo cooperativo também é trazido no CPC/2015 pela disposição do art. 357, §2º, do CPC, que traz a possibilidade de acordo das partes quanto ao saneamento do processo, para delimitar de forma consensual as questões de fato e de direito que serão objeto de instrução processual.

O processo civil pautado no modelo cooperativo de processo é enxergado como uma verdadeira comunidade de trabalho, que não admite protagonismo de apenas um dos sujeitos processuais<sup>152</sup>.

E mais, o modelo cooperativo de processo deve ser visto como uma verdadeira expressão da vontade social manifestada através da promulgação do CPC/2015, ou seja, como reflexo da cultura contemporânea que preza por maior liberdade dos jurisdicionados em relação ao Estado-juiz, verificada na divisão pulverizada das funções instrutórias e atuação paritária dos sujeitos processuais durante a instrução<sup>153</sup>.

Como apontado por Robson Godinho<sup>154</sup> o modelo cooperativo consiste num acréscimo ideológico, e não numa substituição abrupta e surpreendente do modelo inquisitorial e publicístico do processo. Isto é, o modelo cooperativo representa muito mais uma soma, do que uma subtração, uma vez que mitiga o modelo de

---

<sup>152</sup>BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p.180.

<sup>153</sup>DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos del Principio de Cooperación en el Derecho Procesal Civil Português**. Lima: Communitas, 2010, p. 56.

<sup>154</sup>GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 64.

organização pautado no publicismo, para permitir a condução do processo de forma compartilhada e democrática.

Com base nisso, percebe-se uma íntima relação entre o modelo cooperativo de processo e princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, pois ambos admitem e pretendem uma atuação das partes para formação do resultado final do processo<sup>155</sup>.

É neste contexto de respeito ao autorregramento da vontade no processo civil que surgem as figuras dos negócios jurídicos processuais, como instrumentos através dos quais as partes participam ativamente do desenvolvimento do processo, juntamente com o juiz, revelando os novos contornos democráticos do processo<sup>156</sup>.

### 3.3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CPC

Foi visto que o modelo cooperativo de organização do processo guarda íntima relação com o autorregramento da vontade, estes dois que, por sua vez, servem de base para os negócios jurídicos processuais. É através desta base que os negócios processuais ganham força com a promulgação do CPC/15, na medida em que são expressão da democratização do processo civil brasileiro, pois inseridos no modelo cooperativo do processo. Em outras palavras, o modelo cooperativo de processo tem base ideológica democrática, que promove maior valorização do consenso através do respeito ao autorregramento da vontade e deixa de lado a ideia de que o processo civil é espaço apenas para “julgamento”, passando a perceber que o processo civil deve ser visto como um espaço para “resolução de conflitos”<sup>157</sup>

Assim, entre os fundamentos dos negócios jurídicos processuais no novo CPC está o valor atribuído ao autorregramento da vontade no processo, princípio já analisado, que decorre do direito fundamental à liberdade, constitucionalmente estabelecida pelo art. 5º, da CF/88<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup>CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 62.

<sup>156</sup> CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Tradução de Pedro Gomes de Queiroz. **Revista de Processo (RePro)**, n. 228. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 361-363.

<sup>157</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.*, p. 61.

<sup>158</sup> *Ibidem, loc.cit.*

Percebe-se que o CPC/73, já permitia a conclusão de existência de negócios jurídicos processuais, inclusive atípicos, no processo civil brasileiro. Isso por que a previsão do antigo art. 158, estabelecia que “os atos das partes consistente em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”<sup>159</sup>, no entanto, o reconhecimento da existência destes fatos jurídicos não era unânime na doutrina brasileira, como será melhor abordado mais à frente.

Então, deixando ainda mais evidente, e pondo fim à controvérsia acerca da existência, ou não, de negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro, o CPC/2015, numa tendência de democratização do processo, traz a disposição do seu art. 190, estabelecendo que o que a doutrina tem chamado de cláusula geral de acordos de procedimento<sup>160</sup>.

A partir do novo código a figura dos negócios jurídicos processuais, que já existiam no CPC/73, assumem novos contornos na construção e desenvolvimento dos processos judiciais, revelando-se como meios para a flexibilização e adequação dos procedimentos às particularidades da situação concreta, o que coaduna com o que Boaventura de Sousa Santos<sup>161</sup> chama de fenômeno da emancipação, ao tratar sobre a criação de um novo senso político quanto à relação Estado-cidadão, revalorizando-se a ideia de autonomia e interesses particulares dos jurisdicionados, especialmente por que na sociedade moderna a distinção entre interesse particular e público não é algo facilmente identificável, sobretudo no cenário de crise da diferenciação entre Direito Privado e Direito Público<sup>162</sup>.

Assim, se faz necessária uma abordagem acerca do que se entende por negócio jurídico material e processual, mecanismo de concretização desta autonomia que passou a ser revalorizada pelo CPC/2015.

---

<sup>159</sup>CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. *In*: DIDIER JR, Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 68.

<sup>160</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral de acordo de procedimento no projeto do novo CPC. *In*: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie, GARCIA MEDINA, José Miguel; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.) **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 15.

<sup>161</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Subjectividade, cidadania e emancipação. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 13. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2010, p. 277.

<sup>162</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 52.

### 3.3.1 negócios jurídicos e negócios jurídicos processuais

O negócio jurídico é, antes de tudo, um fato jurídico em sentido amplo, pois se enquadra no conceito de acontecimento, dependente da vontade humana, ou não, ao qual o Direito confere efeitos<sup>163</sup>. Desta forma, se faz necessário revisitar brevemente a teoria do fato jurídico, desenvolvida por Pontes de Miranda<sup>164</sup> na doutrina brasileira, assim como por Marcos Bernardes de Mello<sup>165</sup>.

O fato jurídico, *lato sensu* acima conceituado, de forma mais minuciosa, é bifurcado enquanto fato jurídico em sentido estrito e atos jurídicos em sentido amplo, sendo fato jurídico em sentido estrito aquele acontecimento decorrente dos fenômenos da natureza, que dispensam a atuação humana para sua ocorrência<sup>166</sup>.

Já atos jurídicos em sentido amplo, se subdividem em três categorias, quais sejam, o ato jurídico de sentido estrito, o negócio jurídico e o ato-fato jurídico. Por ato jurídico no sentido estrito se entende o acontecimento proveniente da vontade humana, cujos efeitos restam estabelecidos previamente através de normas jurídicas.

O ato-fato jurídico é interpretado como a ocorrência cuja a vontade humana é imprescindível para que exista, mas os efeitos produzidos pelo ato-fato jurídico independem dessa vontade humana indispensável num primeiro momento<sup>167</sup>, neste mesmo sentido são as lições de Leonardo Carneiro da Cunha<sup>168</sup>.

Já o negócio jurídico, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosendal<sup>169</sup>, é um acordo de vontades que projeta efeitos pensados e criados por pessoas para aquisição, modificação, transferência ou extinção de direitos.

Orlando Gomes<sup>170</sup> traz que negócio jurídico é a declaração de vontade que se destina a produzir determinados efeitos jurídicos adequados à vontade do declarante, nos limites permitidos na lei.

---

<sup>163</sup>GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 237.

<sup>164</sup>MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo I**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 37.

<sup>165</sup>MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

<sup>166</sup>DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, v.1. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 489

<sup>167</sup>*Ibidem*, *loc.cit*

<sup>168</sup>CUNHA, Leonardo Carneiro da. A contumácia das partes como ato-fato processual. *in* DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (Org.). **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2013, p. 637.

<sup>169</sup>DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 501

Antônio Junqueira de Azevedo<sup>171</sup> ensina que os negócios jurídicos consistem em fatos jurídicos de declaração de vontade, a qual o ordenamento jurídico confere os efeitos pretendidos.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald fazem uma comparação do negócio jurídico com o ato jurídico de sentido estrito para afirmar que aquele é mais rico e completo do que este último, na medida em que seu conteúdo e seus efeitos são amplamente manipuláveis, ao contrário do que ocorre no ato jurídico no seu sentido estrito<sup>172</sup>.

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes<sup>173</sup> ensinam que o que distingue o ato jurídico de sentido estrito do negócio jurídico é exatamente a autonomia privada e o poder de auto regulação peculiar a este último e explorada no capítulo acima.

Os mencionados autores entendem que, no ato jurídico de sentido estrito, em que pese exista a vontade humana, esta permanece vinculada aos efeitos previstos na lei (no seu sentido mais amplo), enquanto que na figura do negócio jurídico há uma margem de liberdade muito mais ampla para que os sujeitos construam e definam suas relações jurídicas, em especial os efeitos delas.

Sobre o mesmo tema, Antônio do Passo Cabral<sup>174</sup> ensina que nos atos jurídicos em sentido estrito os efeitos da relação jurídica estão previstos na lei, mesmo que pretendidos pelo agente, enquanto nos negócios jurídicos os efeitos da relação jurídica se operam nos termos pretendidos pelos negociantes.

Isto é, o negócio jurídico pode ser interpretado como uma concretização do autorregramento da vontade, especialmente por que é através do negócio jurídico que o sujeito exercerá a auto regulação para manipular, aumentando ou diminuindo, o seu patrimônio jurídico.

Das lições acima postas, depreende-se que é através do negócio jurídico que os sujeitos de direito podem exercer o autorregramento de suas vontades, regulando com base em suas próprias pretensões os efeitos jurídicos aos quais querem

---

<sup>170</sup>GOMES, Orlando *Op. cit.*, p. 268-269

<sup>171</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16-17

<sup>172</sup> DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, v.1. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 501

<sup>173</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 210.

<sup>174</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 44.

submeter-se, desde que observados os limites jurídicos da ordem pública, bons costumes e função social, abordados no capítulo 2.

Assim, percebe-se que o negócio jurídico é meio de concretização do autorregramento da vontade, princípio que também é aplicável ao processo civil, como visto no capítulo anterior, o que enseja a análise dos negócios jurídicos no âmbito do Direito Processual Civil especificamente.

Segundo Pedro Henrique Nogueira<sup>175</sup> negócio jurídico processual é um fato jurídico, de caráter voluntário, no qual o sujeito conta com liberdade para escolher categorias jurídicas, ou determinar algumas situações jurídicas processuais.

Segundo Marcelo Dias Ponte<sup>176</sup>, os negócios jurídicos processuais são aqueles que podem regular, a título exemplificativo, a forma dos atos processuais a serem praticados (incluindo sua localidade e momento de prática) a ordem das fases e o tipo de procedimento a ser adotado pelo magistrado para exercício da sua cognição.

Para Paula Saleh Arbs<sup>177</sup> as convenções processuais são mecanismos de modificação do procedimento, ou de disposição de direitos processuais, através dos quais os jurisdicionados firmam novas regras para atos processuais previstos em lei, o que evidencia que os negócios processuais em muito se comunicam com a flexibilização procedimental e instrumentalidade do processo.

Essa definição dos negócios processuais revela uma relação destes últimos com o princípio da adequação do procedimento, que não é novidade no nosso ordenamento pois José dos Santos Bedaque<sup>178</sup>, antes mesmo da vigência do novo código, prelecionava que trata-se de uma proposta de flexibilização do procedimento para adaptá-lo às circunstâncias do caso concreto, evitando um procedimento rígido e inadequado à solução eficiente do conflito, contrariando a finalidade precípua do direito processual civil.

---

<sup>175</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016.

<sup>176</sup> PONTE, Marcelo Dias. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol.16. jul/dez, 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em 27.mar.2017

<sup>177</sup> ARBS, Paula Saleh. Negócios jurídicos processuais: é necessária a homologação judicial? *In*: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira; SOUSA, Rosalina Freitas Martins de; ANDRADE, Sabrina Dourado França. (Coord.). **Temas relevantes de direito processual civil: elas escrevem**. Recife: Armador, 2016, p.114.

<sup>178</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

Na visão de João Paulo Bocalon<sup>179</sup>, tanto quanto os negócios jurídicos regidos pelo Código Civil, os negócios jurídicos processuais devem ser firmados por agentes capazes, mediante manifestação livre de suas vontades, sobre objetos negociais lícitos, possíveis e determinados ou determináveis.

Além disso, são verificadas algumas nomenclaturas distintas para tratar do tema de negócios processuais. Assim importa realizar uma análise destas nomenclaturas, para individualizar o que a ideia de negócio jurídico processual pretende expressar no presente trabalho.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>180</sup> indicam que na Alemanha o termo utilizado de forma generalizada é o de contratos processuais. Ao passo em que na França, as expressões contratos de procedimento, convenções processuais e acordos processuais, são trabalhos enquanto sinônimos.

Antônio do Passo Cabral entende que acordo e convenção processual são sinônimos e consistem numa espécie de negócio jurídico processual onde existe a vontade de duas ou mais partes (negócios plurilaterais) para determinar a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais; ou alterar o procedimento, excluindo do conceito de convenção processual o negócio processual unilateral (aqueles formados por apenas um sujeito processual, ou que surtirá efeitos apenas para uma parte)<sup>181</sup>.

Apesar da importância da discussão acerca do termo técnico correto para referenciar os negócios jurídicos quando verificados no processo civil, para atender a sua real finalidade, este trabalho não realizará um aprofundamento na questão, motivo pelo qual o termo negócio jurídico processual nesta pesquisa faz referência a todas as espécies de negócios processuais, sejam unilaterais ou bilaterais, típicos ou atípicos, enquanto expressões do autorregramento da vontade no processo civil.

### 3.3.2 negócios jurídicos típicos e atípicos

---

<sup>179</sup> BOCALON, João Paulo. **Os negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil brasileiro**. 2016. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 117

<sup>180</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: contratos, vol. 3**. São Paulo: RT, 2016, p. 502.

<sup>181</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 68.

Os negócios jurídicos processuais classificam-se enquanto típicos e atípicos, sendo negócios processuais típicos aqueles que a legislação de forma expressa pré-estabeleceu, por exemplo, o conhecido negócio jurídico processual de eleição de foro, constante no art. 63 do CPC ou o da escolha consensual do perito, previsto no art. 471, CPC. Já os negócios jurídicos processuais atípicos são aqueles aos quais a legislação processual não estabeleceu previsão taxativa, mas a possibilidade de sua existência está garantida pela cláusula geral de negociação processual, do art. 190 do CPC<sup>182</sup>.

Na doutrina brasileira, Barbosa Moreira<sup>183</sup>, desde o século passado já admitia a hipótese de negociação sobre matéria processual e atribuía o nome de convenções processuais a estas espécies de negócio jurídico, mas o posicionamento do referido autor não era acolhido por todos os doutrinadores.

Os negócios jurídicos processuais atípicos, no CPC/1973 não eram figuras admitidas unanimemente pela doutrina brasileira, posto que alguns autores ainda entendiam pela inexistência de negócios jurídicos processuais.

Alexandre Freitas Câmara<sup>184</sup>, por exemplo, já proferiu lição entendendo pela inexistência de negócios jurídicos processuais atípicos, com fundamento no raciocínio de que os atos de vontade praticados por partes dentro do processo civil só surtiriam os efeitos ditados na lei.

Também antes do CPC/2015, Daniel Mitidiero<sup>185</sup> emitia entendimento no mesmo sentido, ao afirmar que todos os efeitos possíveis de um negócio jurídico firmados pelas partes de um processo já estariam previstos pela legislação, o que indica um posicionamento pela inexistência de negócios jurídicos processuais atípicos.

Leonardo Greco<sup>186</sup>, em consonância com as lições de Barbosa Moreira, já entendia pela existência de negócios jurídicos processuais atípicos, afirmando que as convenções processuais têm a finalidade de produzir determinados efeitos em determinado processo judicial, já instaurado ou não.

---

<sup>182</sup> NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p 317.

<sup>183</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *in* **Temas de direito processual**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 88-89.

<sup>184</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v 01. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 276.

<sup>185</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: RT, 2009, p. 16.

<sup>186</sup> GRECO. Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro: out./dez. 2007, p. 08. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 23. fev. 2016, p. 08.

Acontece que, a despeito da discussão acima mencionada, a existência de negócios jurídicos processuais atualmente é admitida em grande escala, especialmente por que tal posicionamento já foi consolidado na legislação pátria através dos negócios jurídicos processuais atípicos (art. 190, do CPC).

Assim, depreende-se que a cláusula geral de negociação processual se comunica diretamente com o modelo cooperativo do processo, pois representa um mecanismo através do qual os jurisdicionados passam a atuar diretamente da instrução processual, elidindo o protagonismo apenas do órgão julgador na produção probatória. Sobretudo, extrai-se, também que essa tendência do modelo cooperativo é uma expressão da cultura atual, que propõe uma emancipação dos jurisdicionados e a democratização do processo civil contemporâneo.

## 4 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DE UM NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE PROVA

Foram realizadas considerações sobre o autorregramento da vontade no Direito, em especial no Direito Processual Civil brasileiro, bem como sua repercussão nos negócios jurídicos processuais.

Analisou-se, conjuntamente, os modelos de organização do processo (que são muito valiosos para a compreensão deste tema), atrelados aos poderes atribuídos ao juiz durante a instrução probatória e à figura dos negócios jurídicos processuais.

Neste momento, pois, adentrando à questão nuclear da pesquisa, se faz necessária uma análise do conteúdo eficaz dos poderes instrutórios do magistrado, para posterior percepção acerca da real influência que os negócios processuais sobre prova exercem no poder de instrução que cabe aos órgãos investidos de jurisdição.

Este capítulo, que notadamente constitui o núcleo da pesquisa, pretende indicar as questões jurídicas atinentes à coexistência dos negócios jurídicos processuais probatórios com os poderes instrutórios do magistrado, indicando possíveis soluções a eventuais conflitos identificados ao longo do capítulo. Assim, parte-se para uma análise do atual *status* dos poderes instrutórios no processo civil brasileiro, bem como a relação destes com os negócios processuais sobre prova.

### 4.1 PODERES INSTRUTÓRIOS

Quanto aos poderes do juiz, Ada Pellegrini Grinover<sup>187</sup> ensina que todo e qualquer poder do qual o magistrado dispõe para o exercício da jurisdição, de certa forma verifica-se como um verdadeiro poder-dever, sobretudo por que esses poderes lhe são conferidos para efetivar o interesse do Estado, enquanto sua personificação, prestando a tutela jurisdicional à sociedade e às partes para atender às finalidades sociais.

---

<sup>187</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER. Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 319

Instruir, em termos técnicos do processo civil, significa produzir provas<sup>188</sup>, assim, por poder instrutório pode-se entender a faculdade-dever que o magistrado tem de participar da produção probatória de determinado processo.

O poder instrutório do juiz, no ordenamento jurídico brasileiro, está previsto no art. 370, do CPC, onde resta estabelecido que cabe ao magistrado, de ofício ou após requerimento das partes, determinar as provas necessárias para o julgamento do mérito discutido no processo.

Como trabalhado em capítulo anterior, este dispositivo é considerado como aquele através do qual o CPC/2015 admite a atuação de ofício do juiz sua produção probatória, aspecto este que não anula a participação das partes na instrução probatória, amplamente estimulada pelo modelo cooperativo de processo, adotado pelo CPC/2015<sup>189</sup>.

Observe-se que no Código de Processo Civil de 1939 já se verificava essa tendência de atuação ativa do órgão jurisdicional na atividade instrutória e probatória, especialmente por que constava na sua Exposição de Motivos que a direção do processo caberia ao juiz, ao qual não caberia apenas a função de fiscalizar as formalidades do procedimento, mas de atuar, de forma adequada, para investigar os fatos e descobrir a verdade. Ainda na Exposição de Motivos do CPC/39, constava que por estes motivos o referido código conferia uma “largueza” de poderes aos magistrados, em franca renúncia ao princípio do Privatismo<sup>190</sup>.

Inobstante a existência dessa Exposição de Motivos que revela, com clareza e grande abertura, a tendência publicística do CPC/39, tal postura atuante do magistrado, estabelecida no art. 177, do mencionado Código, suportava críticas consideráveis, sob o fundamento de que esta política publicística abria margem para o autoritarismo dos magistrados<sup>191</sup>.

No entanto, esta tendência publicística também foi adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, através do seu art. 130, que apresentava disposição muito semelhante

---

<sup>188</sup>DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 29.

<sup>189</sup>CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 57.

<sup>190</sup>BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608**, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 14.nov.2017

<sup>191</sup>SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**, vol. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 121.

a que consta atualmente no art. 370, do CPC vigente. O art. 130 do CPC/73 facultava ao magistrado a designação da produção das provas que lhes parecessem necessárias para a resolução da lide<sup>192</sup>.

José Roberto dos Santos Bedaque ao falar da participação do órgão jurisdicional da instrução do processo, menciona, antes da vigência do CPC/2015, que o código de processo civil vigente à época, qual seja, o CPC/73, adotava o modelo europeu-continenta do sistema inquisitorial, recusando o modelo adversarial de origem anglo-saxã<sup>193</sup>.

Alguns doutrinadores, como Daniel Mitidiero<sup>194</sup> e Ada Pellegrini Grinover<sup>195</sup>, entendem que a atuação de ofício do magistrado na produção probatória, entre outras coisas, permite a promoção da igualdade das partes (técnica e econômica), bem como, promove o equilíbrio processual, nos casos em que as partes não contam como paridade de armas para defender seus interesses.

Essa também foi uma preocupação de Barbosa Moreira ao afirmar, em termos práticos, que o litigante que detém maior poder econômico tem condições de contratar um “melhor advogado”, em face da parte detentora de poucos recursos financeiros, afirmando que o modelo adversarial de produção probatória permitiria, nestes casos, um desequilíbrio incompatível com o que se espera de um debate equânime. Desta forma, incentiva a concessão de amplos poderes instrutórios ao magistrado para permitir o alcance da igualdade substancial e paridade de armas no processo<sup>196</sup>.

Tereza Wambier, quanto ao tema, expõe que “o juiz nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como um expectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais”<sup>197</sup>, o que demonstra sua concordância com a atuação probatória de ofício, pelo magistrado.

---

<sup>192</sup> BRASIL. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)> Acesso em 10.nov.2017

<sup>193</sup> BEDAQUE, José Dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 96.

<sup>194</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 28.

<sup>195</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 15.

<sup>196</sup> MOREIRA, Barbosa. O neoprivatismo no Processo Civil. *in*: **Revista de Processo, RePro**, v. 30, n. 122, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

<sup>197</sup> WAMBIER, Tereza. **Reforma do judiciário – primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 142.

Sobre a atuação de ofício do magistrado e a proposta desta atuação para concretizar a paridade de armas, Lênio Streck<sup>198</sup> traz um questionamento que merece a reflexão daqueles que defendem arduamente essa atuação probatória de ofício. O referido autor pontua que o equilíbrio pretendido inicialmente por estar atuação protagonista pode ser, numa análise mais detida, extremamente prejudicado, pois uma das partes, necessariamente, estaria sendo sobrecarregada por ter que defender seus interesses não só em resposta à pretensão da parte adversa, mas também ao órgão jurisdicional, o que pode acabar acarretando um ônus considerável para uma das partes.

Questiona-se, ainda, em âmbito doutrinário, se esta atuação de ofício do órgão julgador não prejudicaria de alguma forma o princípio da imparcialidade, que deve reger todos os atos daqueles investidos de jurisdição, afirmando-se que uma atuação menos ativa do órgão jurisdicional na produção probatória garantiria a imparcialidade deste<sup>199</sup>.

Este, inclusive, é o fundamento utilizado por aqueles que entendem pela inconstitucionalidade do art. 370, do CPC. Muito embora não componha a finalidade desta pesquisa questionar a constitucionalidade ou não do referido dispositivo legal (pois parte-se da premissa que este pode ser aplicado aos processos em trâmite, motivo pelo qual se analisará as repercussões da vigência deste dispositivo diante de negócios probatórios) é oportuno ventilar a questão, que tem dividido opiniões. Sérgio de Almeida Ribeiro, adota o entendimento de inconstitucionalidade do art. 370, pois ao seu ver, permitir a atuação probatória de ofício pelo magistrado para determinar ou produzir provas compromete a imparcialidade do órgão julgador<sup>200</sup>.

Até mesmo quem defende a atuação de ofício do magistrado na produção probatória, como Cândido Rangel Dinamarco, reconhece o risco ao qual a imparcialidade é exposta quando tal poder de ofício é extremado<sup>201</sup>.

---

<sup>198</sup>STRECK, Lênio. 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: 06 de nov. 2017, p. 01.

<sup>199</sup>ARAÚJO, Justino Magno de. Os poderes instrutórios do juiz no processo civil moderno, *in*: **Revista de Processo (RePro)**, p. 37.

<sup>200</sup>RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. *In* DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 640

<sup>201</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. Ed, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 164.

Das lições acima expostas percebe-se que os entusiastas da concessão de poderes instrutórios de ofício aos magistrados, o fazem basicamente com dois fundamentos, o primeiro é o de que o caráter publicístico do processo impõe neste sentido, pois o processo não deve ser enxergado como mero meio de solução de conflito privado, mas também como meio de alcançar-se uma finalidade social; e o segundo fundamento é o de que esse poder instrutório de ofício permite um controle efetivo sobre eventual disparidade de armas das partes para produção probatória.

Assentadas estas noções basilares sobre os poderes instrutórios do juiz, analisa-se, agora, quais os limites que devem ser impostos ao exercício deste poder-dever de ofício.

#### **4.1.2 limites dos poderes instrutórios de ofício**

Cândido Rangel Dinamarco<sup>202</sup> aponta que qualquer poder-dever exercido pelo magistrado no processo civil brasileiro se sujeita aos limites da legalidade, entre estes limites se verificam o princípio do contraditório, da isonomia e outras garantias fundamentais do processo.

José dos Santos Bedaque<sup>203</sup>, ao tratar dos limites impostos ao poder probatório dos magistrados, lista como os principais deles: os elementos objetivos da demanda, a providência do contraditório e fundamentação da decisão.

Assim, segundo o referido autor, os elementos objetivos da demanda figuram como limites à atividade instrutória do magistrado, pois este não pode pretender a produção de prova sobre fato totalmente alheio àqueles que foram deduzidos pelas partes através dos seus pedidos e suas respectivas causas de pedir; a providência do contraditório também é vista como um limite ao poder instrutório, pois o magistrado deve oportunizar o exercício do contraditório pelas partes acerca das provas a serem produzidas; e por fim, a fundamentação é indicada como limite ao poder instrutório pois para sua atuação, de ofício, na produção probatória o magistrado deve indicar, através de satisfatória fundamentação, as razões que justificam sua atuação dissociada do requerimentos das partes.

---

<sup>202</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed., rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 235

<sup>203</sup> BEDAQUE, José Dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p. 154

No mesmo sentido são as lições de Daniel Pentead de Castro<sup>204</sup>, para quem os poderes instrutórios exercidos de ofício devem se limitar à análise da prova necessária para a resolução do conflito, sempre observando os limites das alegações das partes.

Também se verifica uma limitação à atuação probatória de ofício no que diz respeito às suas hipóteses de cabimento. Há quem entenda que essa atuação instrutória do magistrado, de ofício, deve se dar de forma complementar<sup>205</sup>, isto é, nas hipóteses em que é realizada a produção probatória pelas partes, caso subsista dúvida no que tange à alguma questão de fato indispensável à solução do conflito, estará autorizado o magistrado a produzir a prova de ofício, sanando tal dúvida.

Em sentido diverso, há quem entenda que a atuação probatória de ofício pelo magistrado pode até mesmo substituir a produção probatória das partes, entendendo que o magistrado não deve atuar de ofício apenas nos casos em que a prova produzida não é satisfatória, mas podendo atuar independente da limitante acima ilustrada, seja sob o fundamento de que o art. 370 não traz restrições e está de acordo nos arts. 1 e 3º da CF/88<sup>206</sup>, seja sob o fundamento de que o poder instrutório de ofício é antes de um poder do magistrado, um verdadeiro dever instrutório<sup>207</sup>.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria<sup>208</sup> pontuam que apesar de entenderem pela natureza complementar dessa atuação probatória de ofício para a generalidade dos casos, nos casos em que é verificada a vulnerabilidade técnica ou econômica de alguma das partes, admite-se a atuação de ofício por parte do magistrado, prescindindo do elemento de dúvida ou insuficiência para sua atuação.

Desta forma, passa-se a questionar se é razoável considerar como um dos limites aos poderes instrutórios do juiz o negócio jurídico processual sobre prova firmados entre as partes de um processo, o que enseja a análise dos negócios probatórios.

---

<sup>204</sup> CASTRO, Daniel Pentead de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192

<sup>205</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 94.

<sup>206</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p.67.

<sup>207</sup> FERREIRA, Willian Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 243.

<sup>208</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. *Op. cit, loc. cit.*

## 4.2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE PROVA

Como examinado em capítulo anterior os negócios processuais podem ser típicos, com previsão especificada no CPC/2015, ou atípicos, quando não têm previsão específica na legislação, mas são admitidos no nosso ordenamento jurídico por força da cláusula geral de negociação processual (art. 190, do CPC).

Com efeito, os negócios jurídicos processuais sobre prova também podem ser verificados nas suas duas classificações, enquanto típicos e atípicos. Exemplo de negócio sobre prova típico é aquele previsto no art. 471, do CPC, que permite às partes, a escolha consensual do perito que auxiliará na instrução probatória<sup>209</sup>.

Outro exemplo de negócio processual sobre prova típico é a previsão do art. 373, §3º, do CPC, que oportuniza às partes convencionarem acerca da distribuição do ônus probatório durante a instrução, assim como, o art. 357, §2º, do CPC, que permite às partes de um processo a delimitação consensual das questões de fato e de direito, sobre a quais recairá a produção probatória e que serão consideradas como relevantes para a sentença, respectivamente.

Contudo, para além dos negócios sobre prova típicos, o CPC/2015 permite a existência de negócios sobre prova atípicos, e a partir desta possibilidade ampla de auto regulação sobre direito probatório surgem as maiores discussões acerca da interferência destes negócios nos poderes instrutórios do juiz. Portanto, é preciso tecer considerações sobre o que se entende por prova neste trabalho.

### 4.2.1 Prova e contraditório

Francesco Carnelutti, quanto à prova, ensina que provar um fato significa “determinar ou fixar formalmente os mesmos fatos mediante procedimentos determinados”, o que evidencia sua concepção constitutiva da prova, uma vez que da sua perspectiva a prova não tem o condão de demonstrar a verdade dos fatos, mas sim de determinar o fato como foi declarado<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 67

<sup>210</sup> CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa, 2. ed., Campinas: Bookseller, 2002, p. 61.

Giuseppe Chiovenda<sup>211</sup>, ensina que “provar” quer dizer desenvolver a convicção do juiz acerca da existência ou inexistência de fatos abordados numa lide. Numa visão tradicional, Tércio Sampaio Ferraz Jr. ensina que prova significa uma averiguação certificada da ocorrência/existência de determinado fato deduzido em juízo, ou seja, consiste na demonstração da constatação de determinado fato, jurídico ou não<sup>212</sup>.

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria, a prova pode ser identificada com algumas acepções distintas no processo civil brasileiro: às vezes, significando o próprio ato de provar (atividade probatória), por vezes sendo empregada para designar o próprio meio de prova, isto é, “as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra”, e por último, o vocábulo prova pode ser empregado para se referir ao resultado da atividade probatória e do meio de prova<sup>213</sup>.

Eduardo Cambi, entende no mesmo sentido quanto ao conceito de prova, ensinando que este é um vocábulo que admite inúmeros significados, por vezes assumindo o sentido de fato representado, de atividade probatória, de meio ou fonte de prova, ou de procedimento através do qual os sujeitos processuais obtêm a prova, bem como, assumindo eventualmente o sentido de resultado do procedimento probatório<sup>214</sup>.

Com base nisso, para a finalidade deste trabalho, o termo prova deve ser entendido como a atividade probatória das partes e do magistrado, o procedimento de produção da prova, assim, os negócios jurídicos processuais sobre prova analisados nesta pesquisa serão aqueles que de alguma forma regulam a atividade/produção probatória dos sujeitos processuais<sup>215</sup>.

Michele Taruffo<sup>216</sup> discorda da possibilidade de acordos processuais sobre prova, fundamentando que com o emprego adequado dos instrumentos probatórios é possível a descoberta da verdade, não a verdade absoluta, a qual este autor refuta,

---

<sup>211</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. III. Tradução Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 108-110

<sup>212</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 315-316

<sup>213</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 44.

<sup>214</sup> CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no Processo Civil**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

<sup>215</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. *Op. cit, loc. cit.*

<sup>216</sup> TARUFFO, Michele. Verdade negociada? Tradução Pedro Gomes de Queiroz. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, vol. 13, Rio de Janeiro: jan/jun/2014, p. 639. Disponível: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>>. Acesso 13. nov. 2017.

mas aquela “descoberta no mundo incerto e frágil das coisas humanas”, assim conclui que a prova enquanto mecanismo para se alcançar a verdade não pode ser negociada, pois a verdade, na sua concepção, não seria passível de negociação.

Beclaute Oliveira Silva, após analisar as acepções de prova trazidas por Michele Taruffo e Francesco Carnelutti, tecendo críticas às premissas de suas conclusões, entende que prova é um dos meios de se demonstrar que determinado fato é existente ou para demonstrar que determinados enunciados servem para funcionar como antecedentes da decisão normativa. Desta forma, o referido autor pontua que nos negócios processuais sobre prova não é a verdade o objeto de negociação, mas sim os seus meios de descoberta e/ou construção daquela.<sup>217</sup>

Paulo Osternack Amaral<sup>218</sup> ensina que o direito à produção probatória é extraído tanto da CF/88 quanto da legislação infraconstitucional, e indica também que sob a ótica da Constituição Federal não existe margem para questionamentos sobre se o direito à produção probatória integra o rol de garantias do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88)

Eduardo Cambi<sup>219</sup> entende que o direito probatório aumenta a possibilidade dos jurisdicionados influenciarem na formação do convencimento do magistrado, tendo assim uma conotação democrática e duas dimensões específicas, a de satisfazer o interesse privado das partes influenciando na formação do convencimento e a dimensão de atender ao interesse público, permitindo uma aplicação acertada do direito material.

Para Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria e Paula Sarno<sup>220</sup> a produção probatória não se destina tão somente ao órgão jurisdicional, se destinando também às partes na medida em que, formando seus respectivos convencimentos, o que permite que estas decidam acerca da postura a ser adotada no processo, e até mesmo fora do processo.

---

<sup>217</sup> OLIVEIRA SILVA, Beclaute. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 542

<sup>218</sup> AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 35

<sup>219</sup> CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 34, Curitiba: 2000, p. 148.

<sup>220</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p 57.

Com base nas lições acima expostas este trabalho adota o posicionamento de que a atividade probatória não se destina apenas ao órgão jurisdicional, mas também às partes envolvidas no caso concreto, sobretudo pela vigência do modelo cooperativo de processo, analisado nos tópicos anteriores.

O direito à produção de prova não tem base apenas no CPC/2015, mas também na própria Constituição Federal<sup>221</sup>, uma vez que já assente na doutrina a existência de um direito fundamental à produção probatória<sup>222</sup>. Com efeito, a conclusão acima se baseia na concepção de prova enquanto peça argumentativa inteiramente ligada ao princípio do contraditório e ampla defesa, do art. 5º, LV, da CF/88<sup>223</sup>.

Neste cenário de que a produção da prova se destina não só ao magistrado, mas também às partes, que a figura dos negócios processuais probatórios ganha espaço no Direito Processual Civil brasileiro. No entanto, esse fenômeno não surge sem ser alvo de inúmeras críticas, uma vez que os acordos probatórios dispõem sobre normas que historicamente foram consideradas como normas de natureza cogente<sup>224</sup>. Sobre isso, Antônio do Passo Cabral esclarece que atribuir caráter cogente à toda e qualquer norma processual parte de uma falsa premissa, mencionando que se trata de um “hiperpublicismo”. Percebe-se que nem todas as regras processuais são imperativas ou cogentes, sendo muitas pautadas no interesse dos litigantes e dentro da esfera da disponibilidade dos mesmos, sendo “absurdo” pensar que inexistem margem para negociação no Direito Público, de forma que é possível existir norma de Direito Privado cogente e norma de Direito Público dispositiva.<sup>225</sup>

#### **4.2.2 negócios probatórios atípicos como expressão de procedimento flexível e adequado**

---

<sup>221</sup>CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.41.

<sup>222</sup>DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 87.

<sup>223</sup>BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 27.mar.2017

<sup>224</sup>GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p.548.

<sup>225</sup>CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais – entre publicismo e Privatismo**. Tese de livre docência. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: 2015, p. 165.

Quanto ao tema, não se pode perder de vista que os acordos sobre prova, como mencionado por Robson Renault Godinho<sup>226</sup>, são as convenções processuais através das quais as partes passam a dispor sobre a forma de produção probatória, alcançando as situações relativas ao ônus e aos meios de prova.

Observa o referido autor, que isso se conecta diretamente com o modelo cooperativo de processo, na medida em que as partes passam a atuar de forma ativa na instrução processual.

Como observa Rafael Sirangelo de Abreu<sup>227</sup>, a estrutura do formalismo processual no CPC/15 evidencia uma preocupação do legislador em conferir equilíbrio na distribuição de funções e atribuições processuais a todos os sujeitos do processo, especialmente ao magistrado e às partes.

Assim, a partir do momento em que as partes passam a poder exercer o autorregramento da vontade quanto à produção probatória, verifica-se que a função probatória não deve restringir-se ao órgão jurisdicional, o que permite o equilíbrio de função entre os sujeitos processuais, concretizado através dos negócios probatórios atípicos.

Desta forma, os negócios probatórios atípicos, também representam uma medida de flexibilização dos procedimentos para adequá-los e adaptá-los às peculiaridades de cada caso<sup>228</sup>, reforçando a ideia de devido processo legal e prestação da tutela jurisdicional através de um processo justo e adequado.

Notadamente os negócios processuais sobre matéria probatória, são reflexos da democracia participativa e valorização da vontade das partes no processo civil, ambas decorrentes da adoção do modelo cooperativo de processo.<sup>229</sup>

Rui Manuel de Freitas Rangel<sup>230</sup> pontua que os negócios processuais sobre prova não necessariamente objetivam “entorpecer” a atuação do órgão jurisdicional,

---

<sup>226</sup> GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p.549

<sup>227</sup>ABREU, Rafael Sirangelo de. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade do Novo Cpc. **Revista de Processo (RePro)**, n. 257. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 6.

<sup>228</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 235. Disponível em:<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/>>. Acesso em: 01.nov.2017

<sup>229</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p.70.

tampouco para “premiar a chicana e mentira processual”, hipóteses essas em que os negócios processuais poderão ser afastados através do controle de legalidade dos mesmos.

Diante destes apontamentos sobre negócios jurídicos sobre prova, analisam-se seus limites para posterior análise da problemática decorrente da repercussão que estes últimos têm diante dos poderes instrutórios do magistrado.

#### **4.2.3 limites dos negócios processuais**

Pontue-se, mais uma vez, que o autorregramento da vontade não é absoluto, sobretudo quando observado no âmbito do processo civil, dado caráter publicístico deste ramo,<sup>231</sup> que integra o modelo cooperativo de organização do processo.

Atrelado a esta premissa, Leonardo Carneiro da Cunha entende que os negócios processuais devem ser realizados observando os limites de disponibilidade outorgados pela legislação pátria. Assim, exemplificando seu posicionamento, o referido autor entende como indevido o negócio processual que pretende dispensar o reexame necessário ou a participação do Ministério Público nos processos em que sua atuação é obrigatória. Pontua, ainda o referido autor, que a licitude dos negócios processuais perpassa pela observância das garantias fundamentais do processo<sup>232</sup>. O mencionado autor traz, de forma conclusiva, que não são permitidos negócios jurídicos processuais com a pretensão de afastar regra que se destina a proteger um direito indisponível.

Quanto à disponibilidade do direito, Antônio do Passo Cabral traz que a indisponibilidade do direito material discutido não acarreta necessariamente a qualidade de indisponível para a situação jurídica processual que lhe é correspondente. E tal posicionamento é acompanhado pelo enunciado nº. 135, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, ao afirmar que a indisponibilidade do

---

<sup>230</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 181.

<sup>231</sup> DIDIER JR, Fredie. Princípio do Respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016.

<sup>232</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 71.

direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual<sup>233</sup>.

Para Ricardo Villas Bôas Cueva<sup>234</sup>, os negócios processuais atípicos submetem-se a, além dos limites gerais dos negócios jurídicos, três condições de validade específicas, quais sejam, a disponibilidade do direito objeto de transação, a capacidade plena das partes e o objeto do negócio ser ônus, poderes, deveres ou faculdades das partes.

Leonardo Greco<sup>235</sup>, antes mesmo da vigência do CPC/2015 ensinava que, os limites a serem observados pelos negócios processuais são os da disponibilidade do direito; respeito ao equilíbrio das partes e paridade de armas; e a observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, analisa a ideia acima, trazida por Leonardo Greco, para afirmar que o espaço disponível para os negócios processuais é aquele deixado pelas normas cogentes, e propor uma definição mais simples acerca dos limites dos negócios processuais. Nesse contexto, entende como mais acertada a definição de que os limites impostos aos negócios processuais, se resumem, em verdade, ao respeito ao formalismo processual. No entendimento do autor acima mencionado, a vantagem de sintetizar os limites do autorregramento da vontade numa categoria de formalismo processual é que esta categoria engloba além dos princípios processuais, as regras que objetivam ordenar o desenvolvimento do processo<sup>236</sup>.

Isso por que, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira<sup>237</sup> e Daniel Mitidiero<sup>238</sup> ensinam que o formalismo processual ordena o processo observando valores e princípios

---

<sup>233</sup>CABRAL, Antônio do Passo. A resolução nº 118 do conselho nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p.687

<sup>234</sup> CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo cpc *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 503.

<sup>235</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro: out./dez. 2007, p. 08. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 23. fev. 2016, p. 11.

<sup>236</sup>NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Salvador: UFBA, 2011. 243 f.Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p.144

<sup>237</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *in*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 26, Porto Alegre: 2006, p. 60

fundamentais do processo, funcionando como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado e mecanismo para promover o justo equilíbrio, atribuindo às partes, na mesma medida, poderes, faculdades e deveres, isto é, o formalismo vigente atualmente é aquele entendido como formalismo-valorativo.

Assim, das lições analisadas, percebe-se que os negócios processuais de uma forma geral devem respeitar as regras e princípios que primam pela regularidade do procedimento, elidindo a possibilidade de negócios processuais que promovam um desequilíbrio entre as partes contraentes, ou que prejudiquem de alguma forma a prestação da tutela jurisdicional através de um processo justo (art. 5º, XXXV, da CF/88).

#### 4.3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE PROVA E OS PODERES INSTRUTÓRIOS

Aqueles que partem da premissa de que o processo civil é um ramo marcado predominantemente pela Publicismo, se opõe à hipótese de negócios processuais sobre prova que surtam algum efeito sobre os poderes instrutórios do magistrado. É o posicionamento de Tereza Wambier, por exemplo, para quem as convenções processuais não podem limitar poderes instrutórios do juiz, pois as partes não teriam capacidade negocial acerca de poderes e deveres que não são diretamente seus<sup>239</sup>. O posicionamento da referida autora indica um fundamento de impossibilidade de negócios processuais sobre prova por ausência de capacidade das partes para convencionar sobre a situação jurídica do magistrado e o seu poder-dever instrutório, trazido pelo art. 370, do CPC.

Quanto a este aspecto da discussão, Robson Renault Godinho explica que não é o fundamento adequado para impedir a realização de negócios jurídicos sobre prova, trazendo a reflexão de que o fundamento utilizado leva à conclusão de impossibilidade de qualquer negócio jurídico processual, pois estes de uma forma geral, e cada um a seu modo, interferem nos poderes-deveres do magistrado. Desta

---

<sup>238</sup> MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18

<sup>239</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 715.

forma, entende que este não é um argumento válido para inadmissibilidade negócios probatórios, pois é inevitável que um negócio processual afete a atividade do juiz, não devendo aplica raciocínio distinto para os negócios probatórios<sup>240</sup>.

Daniel Amorim Assunção Neves<sup>241</sup> entende pela inviabilidade de negócios processuais que tenham reflexos nos poderes instrutórios do julgador pois, ao seu ver, geraria uma insegurança jurídica quanto à aplicação do processo civil, bem como, por que as partes estariam regulando a posição jurídica do julgador em afronta ao art. 190, do CPC, que concede às partes o poder de regular suas respectivas esferas jurídicas e não a de outrem.

Neste particular importa reafirmar que o questionamento analisado neste trabalho não é sobre a possibilidade ou não das partes realizarem negócio jurídico processual tendo como objeto os poderes instrutórios do magistrado, o que se busca analisar na presente pesquisa é de que forma deve se comportar o órgão julgador nos casos em que as partes firmam negócio processual atinente à produção probatória, não se nega a interferência deste último nos poderes instrutórios do juiz, no entanto, não se trata de um negócio que tem como objeto tais poderes, mas que regula a produção probatória das partes, afetando de alguma forma aqueles.

Outro fundamento utilizado para defender que os negócios sobre prova não podem representar qualquer limitação aos poderes instrutórios do juiz é o de que o poder instrutório também é um dever, e que deveres não devem ser diminuídos, mas sim melhorados e majorados para efetiva prestação da tutela jurisdicional<sup>242</sup>.

Este argumento também nos parece refutável sob o fundamento de que a atividade probatória não é algo ilimitado pelo nosso ordenamento jurídico, essa atividade probatória (que pode ser entendida como um dever) é essencialmente limitada por diversas passagens da nossa legislação<sup>243</sup>, de forma que eventual limitação de origem consensual não deve ser afastada, sobretudo diante do modelo cooperativo

---

<sup>240</sup>GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p.550

<sup>241</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 322.

<sup>242</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et. al.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 402.

<sup>243</sup>GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal**. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), 2013, p. 54.

de processo, que ordena o respeito ao autorregramento da vontade e atuação das partes na instrução probatória.

Vitor de Paula Ramos<sup>244</sup> entende que as partes não têm permissão para, através de um acordo de vontades, limitar a cognição do juiz para obrigá-lo a não conhecer sobre uma prova, por exemplo, e baseia seu posicionamento no fato do processo civil não se destinar apenas à solução do conflito privado, mas também à aplicação do direito objetivo, com a finalidade social.

Sobre este argumento, chama-se a atenção para o fato de que prezar extremamente pela atuação instrutória de ofício do magistrado atrai um déficit democrático indesejado para o processo civil, déficit este que é típico do Publicismo, modelo de organização do processo que já foi superado no nosso ordenamento.<sup>245</sup>

Fredie Didier Jr, Paula Sarno e Rafael Alexandria, entendem que os negócios processuais atípicos, que versam sobre prova, devem ser observados não só pelas partes, mas também pelo magistrado que estará vinculado ao negócio, e na hipótese de negar-lhe eficácia ou vinculação, estará tomando exclusivamente para si o protagonismo na produção probatória, conduta que não coaduna com o modelo cooperativo de organização do processo, pautado na atuação integrada de todos os sujeitos processuais para chegar o resultado final<sup>246</sup>.

Antônio do Passo Cabral entende em sentido parecido ao afirmar que os acordos processuais probatórios vinculam o magistrado, desde que válidos, ou seja, desde que dentro dos limites impostos aos negócios jurídicos processuais e gerais<sup>247</sup>.

Paula Saleh Arbs posiciona-se no sentido de que “nenhum acordo pode ser considerado válido se tiver por escopo afastar o juiz da busca da verdade, ou, ainda, se comprometer a eficiência da prestação jurisdicional, do ponto de vista da economia”<sup>248</sup>, no mesmo sentido são as afirmações de Gabriel Pintaúde <sup>249</sup>.

---

<sup>244</sup>RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 73.

<sup>245</sup>GODINHO, Robson Renalt. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p.548

<sup>246</sup>DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 95.

<sup>247</sup>CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 229

<sup>248</sup>ARBS, Paula Saleh. Negócios jurídicos processuais: é necessária a homologação judicial? *In* PEIXOTO, Renata Cortez Vieira; SOUSA, Rosalina Freitas Martins de; ANDRADE, Sabrina Dourado França. (Coord.). **Temas relevantes de direito processual civil: elas escrevem**. Recife: Armador, 2016, p. 122.

Este posicionamento revela uma premissa de que o magistrado precisa contar com amplos poderes para atuar na instrução do processo civil, no entanto, cumpre observar que tal premissa não é compatível com o atual modelo de organização do processo, que exige uma divisão das funções probatórias entre partes e magistrado. Há, também, aqueles que se revelam contrários à possibilidade de negócios probatórios pautados na premissa de que a prova é atividade de exclusividade do órgão jurisdicional e a ele direcionada. No entanto, merece atenção a ideia de que se o processo não pode ser considerado como “coisa das partes”, igualmente o processo e a prova não devem ser vistos como “coisas do juiz”, sobretudo num modelo colaborativo de processo, que revela os anseios democráticos da comunidade brasileira<sup>250</sup>.

Reforça-se assim, que a interferência de negócios processuais sobre prova nos poderes instrutórios do juiz é algo inevitável e que requer a atenção dos operadores do Direito, para equalizar a atuação do Estado-juiz, enquanto executor do poder estatal, e a atuação das partes, que é baseada, em última análise, na liberdade enquanto direito fundamental<sup>251</sup>.

#### **4.3.1 exemplos de negócios probatórios admitidos pela doutrina**

O CPC/2015 entrou em vigor há pouco mais de um ano, e neste cenário de alteração do paradigma de organização do processo e diversas alterações substanciais na forma de condução do processo, a doutrina se dedica a exemplificar hipóteses de negócios probatórios atípicos que entendem como admissíveis, sem pretender, no entanto, o esgotamento das hipóteses, sobretudo por que são negócios caracterizados pela atipicidade.

---

<sup>249</sup>PINTAÚDE, Gabriel. Acerca da verifobia processual. *in* MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Coords.) **Processo civil: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 36.

<sup>250</sup>GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) **Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p.550

<sup>251</sup>GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “leito do procusto”. *In*: **Revista de Processo (RePro)**, n. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 110.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria<sup>252</sup> trazem algumas hipóteses de negócios probatórios atípicos aos quais os magistrados devem estar vinculados. Mencionam os referidos autores que nos casos em que exista negócio probatório através do qual as partes optem pela proibição da realização de perícia, não poderá o magistrado determinar de ofício a referida produção probatória, entendendo que as partes têm competência negocial para tanto. Na mesma linha intelectual, entendem pela possibilidade da parte, unilateralmente, abrir mão da produção de prova pericial. Note-se que tais exemplos não dizem respeito à ato de vontade que regula o poder instrutório, propriamente dito, do juiz, mas regula a atividade probatórias das partes e interfere indiretamente na cognição a ser exercida, o que não impede a admissibilidade do negócio desta natureza que atenda aos requisitos de validade. Outra hipótese trazida pelos autores acima mencionados é o negócio probatório atípico de renúncia a determinado testemunho, entendendo que nestes casos o magistrado não pode atuar de ofício e determinar a produção contra a vontade da parte renunciante.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria<sup>253</sup>, mencionam ainda que nos casos de negócios jurídicos processuais que regulam a ônus da prova das partes, não poderá o juiz decidir com base em regra de ônus diversa daquele que foi pactuada pelas partes.

Robson Godinho<sup>254</sup>, também ilustra hipóteses de negócios probatórios aptos a vincular o órgão julgador, e indica que as partes podem firmar negócio para admitir ou excluir meios de prova, sobre os quais o magistrado não poderá determinar a realização de ofício.

#### **4.3.2 negócio probatório e limitação dos poderes instrutórios de ofício como reflexo ideológico e cultural do CPC/15**

Das razões que vêm sendo postas na pesquisa, percebe-se que toda a discussão, acerca da possibilidade de negócios probatórios que afetem os poderes instrutórios

---

<sup>252</sup>DIDIER JR. Fredie; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016, p. 91.

<sup>253</sup>*Ibidem, loc. cit.*

<sup>254</sup>GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p.553.

do magistrado, desagua no debate acerca da base organizadora do processo civil contemporâneo, qual seja, o modelo cooperativo de processo. Há de se observar que neste modelo de organização, o juiz assume posição de paridade com as partes durante todo o diálogo para construção do contraditório, assumindo posição de assimetria em relação àquelas apenas no momento de proferir decisão, o que implica dizer que o juiz deixa de ser o único protagonista do processo, alcançando lugar de destaque também as partes, sobretudo no que tange à instrução processual, onde o contraditório é materializado<sup>255</sup>.

Tratando especificamente sobre o tema, Marco Félix Jobim e Bruna Bessa de Medeiros entendem que por força do direito à liberdade, bem como em razão do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, da ampla defesa, do contraditório e, especialmente, do devido processo legal, o negócio jurídico processual sobre matéria probatória, uma vez válido, vincula tanto as partes quanto o órgão jurisdicional, acarretando justas limitações ao juízo de cognição deste.<sup>256</sup>

Historicamente já restou verificado que a melhor forma de atingir a finalidade da produção probatória não é concedendo apenas às partes a função de produzir provas, no entanto, também já se percebeu que o descontrole dos poderes instrutórios do juiz representa uma ofensa ao devido processo legal<sup>257</sup>.

Desta forma, os poderes instrutórios do juiz não devem ser analisados sob a premissa exclusivamente publicística de que este é o protagonista do processo, pois o fenômeno da constitucionalização do direito, abordado no Capítulo 2, realizou uma quebra da divisão rígida que havia entre direito privado e direito público, acarretando a aplicação de direitos fundamentais, inclusive o da liberdade e autorregramento da vontade, a todos os ramos jurídicos, indistintamente. Desta forma, para responder ao questionamento sobre ser possível negócios probatórios atípicos, é preciso ter em mente que toda a extensão da liberdade e do autorregramento da vontade,

---

<sup>255</sup> AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *in* DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 368

<sup>256</sup> JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação dos meios de prova. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**. vol. 18. n.01, Rio de Janeiro: jan/abr, 2017, p. 342.

<sup>257</sup> GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no "leito do procusto". *In*: **Revista de Processo (RePro)**, n. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 110.

estudados no Capítulo 2, são aplicáveis também às relações processuais negociáveis, como o direito probatório<sup>258</sup>

Soma-se a isto, o modelo cooperativo de processo adotado pelo CPC/2015, que é regido pela ideia do formalismo-valorativo, exigindo a coerência do processo civil com suas finalidades e com o ideal democrático trazido pela CF/88<sup>259</sup>.

Desta forma, o negócio probatório atípico não deve ser visto como abstratamente inadmissível diante dos poderes instrutórios de ofício do magistrado, mas deve-se pretender, ao máximo, admitir estas espécies de negócios processuais enquanto expressão da liberdade no processo civil<sup>260</sup>, sobretudo no contexto atual onde o modelo cooperativo proíbe qualquer estrutura de hierarquia entre as partes e o magistrado durante o diálogo processual, promovendo o desenvolvimento de um processo democrático, ético e participativo<sup>261</sup>.

É preciso observar que os negócios processuais, e especialmente aqueles que versam sobre matéria probatória, permitem um maior diálogo das partes com o juiz, permitindo, na mesma medida, a adequação do procedimento às especificidades de cada caso, e por isso é entendido como um mecanismo crucial para a efetivação de um processo civil democrático<sup>262</sup>.

A nova moldura que o CPC/2015 traz para a gestão compartilhada do processo, demonstra que o negócio probatório atípico (art. 190, do CPC/15), que eventualmente pode representar uma limitação dos poderes instrutórios, de ofício, é um reflexo ideológico e cultural da sociedade contemporânea, que não acredita mais na estrutura de hierarquia que o Publicismo estabelecia entre as partes e o juiz. Então, percebe-se no CPC/15 uma nova estrutura de gestão do processo, de tendência emancipatória<sup>263</sup> a ser explorada e valorizada pelos operadores do direito.

---

<sup>258</sup>AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *in* DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 367.

<sup>259</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

<sup>260</sup>DIDIER JR, Fredie. Princípio do Respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016, p. 32

<sup>261</sup>DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos del Principio de Cooperación en el Derecho Procesal Civil Portugués**. Lima: Communitas, 2010, p. 45.

<sup>262</sup>NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.227.

<sup>263</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa. **Subjectividade, cidadania e emancipação. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 13. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2010, p. 277-279.

## 5. CONCLUSÃO

Destacou-se nesta pesquisa que o autorregramento da vontade consiste no complexo de poderes conferidos aos cidadãos para autorregular seus respectivos patrimônios jurídicos (e aqui cabem mais direitos do que aqueles que envolvem o aspecto econômico). Viu-se que o autorregramento da vontade tem base constitucional para existir, qual seja, o direito fundamental à liberdade.

Evidenciou-se, também, que a liberdade que fundamenta o autorregramento da vontade, por ter caráter fundamental e estar plasmado na CF/88, é aplicável a todos os ramos jurídicos, e não somente ao Direito Privado, sobretudo após o fenômeno da constitucionalização do direito brasileiro, que faz entrar em crise aquela dicotomia que tradicionalmente foi proposta de forma rígida, Direito Público e Direito Privado.

Assim, necessariamente, a ideia de autorregramento da vontade e liberdade negocial não deve ser aplicada apenas no âmbito do Direito Privado, mas a todos os ramos cabíveis, desde que observados os seus limites. Quanto aos limites aos autorregramento, percebe-se como um tema extremamente delicado, especialmente por que pretendem conservar a coexistência das diversas esferas existentes de liberdade, bem como pretendem o alcance das finalidades do Estado.

Também se pode concluir que os negócios jurídicos processuais, como um todo, denotam uma tendência de participação democrática dos jurisdicionados no processo para produção da decisão final. Não é à toa que um número considerável de doutrinadores traz essa noção como basilar para a compreensão do tema negócio jurídico processual.

Para fins de conclusão se considera, ainda, que Código de Processo Civil de 2015, é o primeiro Código de Processo Civil produzido exclusivamente num regime político democrático, com isso não se pretende afirmar que apenas por esse motivo é verificado um novo modelo de gestão processual, mas entende-se, que este fator político reforça a importância do princípio democrático no âmbito do processo civil brasileiro.

Como se verificou da análise trazida nos capítulos anteriores, o modelo cooperativo de processo, que é adotado pelo CPC/15, através do art. 6º, pretende um aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional através de uma efetivação da democracia no processo, promovendo a atuação conjunta de todos os sujeitos

processuais para formação do resultado final do processo, qual seja, a prestação da tutela jurisdicional.

E nesta ideia de atuação conjunta, reside necessariamente uma tendência de emancipação dos jurisdicionados em relação ao Estado-juiz, durante a gestão processual, isto por que as experiências históricas contemplaram uma postura demasiadamente protagonista por parte dos órgãos jurisdicionais, pautada na ideia de publicismo e instrumentalismo das formas processuais. No entanto, essa estrutura de distribuição assimétrica de funções entres as posições jurídicas de juiz e parte perde espaço para oportunizar a concretização da ideia do formalismo-valorativo através do modelo cooperativo de processo, onde as partes não mais são vistas como coadjuvantes na realização da instrução processual.

Para concretização desta finalidade cooperativa e democrática não se impõe que as partes cooperem diretamente entre si, num processo, o que é pouco provável no cenário de disputa já instaurado. A ideia de cooperação processual reside no encargo de todos os sujeitos processuais cooperarem para a resolução do conflito, em tempo razoável e com a maior qualidade possível.

Então, um fator que muito pesa para a conclusão acerca do tema, é a estrutura trazida pelo CPC/15, de divisão policêntrica das funções instrutórias no processo civil brasileiro. Isso evidencia uma tendência de enxergar o jurisdicionado como apto a contribuir para a solução dos litígios nos quais está envolvido, trazendo uma noção de que, ressalvados os casos excepcionais de vulnerabilidade técnica ou econômica, as partes devem funcionar como sujeitos ativos na produção probatória.

E trazendo a atenção para os negócios jurídicos processuais que versam especificamente sobre prova, essa atuação das partes ganha uma importância do mais alto relevo, pois como verificado ao longo da pesquisa, a produção probatória se relaciona íntima e diretamente com o princípio do contraditório e ampla defesa, ou seja, a prova e a sua produção enquanto peças argumentativas deve ser objeto de atenção dos sujeitos processuais para não permitir ofensas a uma garantia fundamental tão cara quanto a do contraditório.

Isto por que, a produção probatória permite que os jurisdicionados influenciem na formação do convencimento do órgão jurisdicional, o que reforça a estrutura democrática de processo.

E mais, tem-se que os negócios probatórios atípicos, enquanto relacionados ao contraditório, representam uma flexibilização dos procedimentos, adequando-os às peculiaridades de cada conflito. Dessa forma, há que se falar num devido processo legal que se alcança através de um processo adaptado e adequado às necessidades de cada caso.

Concomitantemente, as informações trazidas ao longo do trabalho permitem concluir que o contraditório, e a providência deste, é um dos limites impostos ao poder instrutório do juiz, de ofício. Nesta esteira, nos parece acertada a conclusão de que o negócio sobre prova, enquanto expressão do contraditório adequado e adaptado, deve ser observado pelo magistrado, para fins de cumprimento do devido processo legal.

Em outras palavras, também através da produção probatória as partes concretizam o contraditório durante a instrução, e nos casos em que existe negócio jurídico sobre a produção probatória, se está diante de um conflito no qual o contraditório deve ser garantido de acordo com a situação concreta, observando-se o que foi pactuado em termos de prova.

Notadamente, os negócios probatórios não devem exorbitar os limites que lhes são impostos pela legislação pátria, mas uma vez válidos e atentos aos limites que lhes cabem, os negócios jurídicos processuais sobre prova não devem ter sua eficácia negada pelos magistrados.

Como dito acima, os limites do autorregramento da vontade são aplicados, entre outros motivos, para alcance das finalidades do Estado, e não nos parece correta outra conclusão que não a de que a finalidade do CPC/2015 foi conferir essa postura emancipatória aos jurisdicionados, isto é, permitir que exercitem a auto regulação para alcançarem uma tutela jurisdicional que lhes for adequada, adaptada às demandas concretas.

Então é sobre esta base que deve se pensar o tema. Não parece acertada e razoável a pretensão de não aceitar os negócios probatórios atípicos, de forma abstrata e apriorística, sob fundamento de que os poderes instrutórios do juiz, de ofício, servem para atingir as “finalidades sociais do processo”. Ora, o próprio CPC/15 se apresenta como concessor desse autorregramento atípico e flexível, de forma que se entende como um contrassenso dizer que os negócios probatórios atípicos são contrários à finalidade do processo civil contemporâneo.

Ao nosso ver, não se pode fazer letra morta do art. 190, do CPC, pela existência do art. 370, do mesmo diploma normativo. A melhor medida para caso é empreender uma interpretação sistemática dos dispositivos, e por que não dizer de todos os diplomas aplicáveis ao tema (incluindo a Constituição Federal/1988), para entender qual foi a “intenção maior” do legislador ao promulgar o CPC/2015, com tendência manifestamente participativa e de emancipação das partes enquanto sujeitos processuais aptos a buscarem um processo justo e adequado às suas necessidades.

Então, o entendimento é o de que a disposição do art. 370, do CPC, apesar de constitucional e aplicável, não é absoluta e deve suportar eventuais limitações razoáveis e lícitas que lhe forem impostas na prática forense pela existência de negócios processuais sobre prova, seja por que as partes têm esta autorização prévia através da cláusula geral de negociação processual (art. 190, do CPC), seja por que o processo civil após o implemento do CPC/2015 comporta “braços democráticos” através destes negócios atípicos que decorrem do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.

Assim, conclui-se que os poderes instrutórios do juiz, de ofício, diante de um negócio jurídico processual sobre prova podem ser mitigados, relativizados ou limitados, pois a nova estrutura de gestão processual, trazida pelo CPC/15 e pela ordem constitucional permite.

Desta forma entende-se que, a título exemplificativo, caso as partes negociem que em determinado processo civil só será admitida prova documental, tal limite deve ser observado como um limite aos poderes instrutórios do magistrado, não podendo este determinar, de ofício, e contra a vontade das partes a realização de outro tipo de prova, por exemplo.

Os negócios jurídicos processuais sobre prova devem ser admitidos como possíveis limites aos poderes instrutórios do magistrado, de ofício, uma vez que o CPC/15 rompe com o paradigma do publicismo puro e se embasa na cooperação, no respeito ao autorregramento da vontade, no formalismo-valorativo, na emancipação dos jurisdicionados em face do Estado-juiz e na construção democrática do resultado final do processo.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade do Novo Cpc. **Revista de Processo (RePro)**, n. 257. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AGOSTINI, Leonardo. Autonomia: **Fundamento da dignidade humana em Kant**. 2009. 101f. Dissertação (Mestre em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de direito civil, I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília, Conselho da Justiça Federal, 2012.

ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. **O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz**. São Paulo - USP, 2014, 152 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. **Função social da funcionalização da autonomia privada**. In: Requião, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Editora Juspodivm: Salvador: 2014.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos do. **Autonomia privada**. Revista do CJF, v. 03, n. 09. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/235/397>. Acesso em: 12/01/2017

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARAÚJO, Justino Magno de. Os poderes instrutórios do juiz no processo civil moderno, *in*: **Revista de Processo (RePro)**, 2007.

ARBS, Paula Saleh. Negócios jurídicos processuais: é necessária a homologação judicial? *In*: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira; SOUSA, Rosalina Freitas Martins de; ANDRADE, Sabrina Dourado França. (Coord.). **Temas relevantes de direito processual civil: elas escrevem**. Recife: Armador, 2016.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. *in* DIDIER JR. Fredie. (Coord.) *Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Negócios Processuais*. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Interesse Público**. Porto Alegre: Nota dez, n. 33 (7), set/out 2005.

BASTOS, Antônio Adonias. A abrangência da autonomia da vontade nas locações de construção ajustada. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Poderes instrutórios do juiz**. 3 ed. São Paulo: RT, 2001.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: 1969.

BOCALON, João Paulo. **Os negócios jurídicos processuais no novo código de processo civil brasileiro**. 2016. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 27.mar.2017

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 1.608**, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 14.nov.2017

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 26. Mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)> Acesso em 10.nov.2017

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BYINGTON, Carlos. **A Moral, a lei, a ética e a religiosidade na filosofia, no direito e na psicologia: um estudo da psicologia simbólica junguiana**. Disponível em:< <http://www.carlosbyington.com.br/>>. Acesso em 22 out 2017.

CABRAL, Antônio do Passo. A resolução nº 118 do conselho nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais – entre publicismo e Privatismo**. Tese de livre docência. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: 2015.

\_\_\_\_\_. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Érico de Pina. A autonomia no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**, a.5, n. 19, jul/set, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v 01. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *In*: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008. *In* **Revista de Processo (RePro)**, n. 167, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional à prova no Processo Civil**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. O direito à prova no processo civil. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 34, Curitiba: 2000.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos de personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Tradução de Pedro Gomes de Queiroz. **Revista de Processo (RePro)**, n. 228. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa, 2. ed., Campinas: Bookseller, 2002.

CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. III. Tradução Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER. Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral**, Tomo 1, 2 ed. Coimbra: Almeida, 2007.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo cpc *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, v.1. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

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

\_\_\_\_\_. **Princípio do Respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Negócios Processuais. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016.

\_\_\_\_\_; BRAGA. Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. Ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed., rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao Código Civil: parte especial. Livro Complementar: das disposições finais e transitórias**. São Paulo, Saraiva, vol. 22, 2003.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones de derecho público y privado**. Granada, Comares, 2007.

FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria geral do garantismo penal**. Fauzi Choukr (trad.). São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Willian Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, Disponível em: <<http://www.teses.usp/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/>>. Acesso em: 01.nov.2017

GHÉSTIN, Jacques. **Traité de droit civil, t. II, Les obligations, le contrat**. In: Revue internationale de droit comparé. vol. 32 n. 3, Jui-sep, 1980.

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “leito do procusto”. In: **Revista de Processo (RePro)**, n. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro**. Tese (Doutorado Direito Processual Civil) PUCSP, São Paulo: 2013.

\_\_\_\_\_. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

\_\_\_\_\_. **Contratos**. 23 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In **Revista de Processo**, n. 164, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro: out./dez. 2007, Disponível em: <[www.redp.com.br](http://www.redp.com.br)>. Acesso em: 23. fev. 2016.

GREGER, Reinhard. **Cooperação como princípio processual**. Tradução Ronaldo Kochem. In: **Revista de processo (RePro)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 206, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal**. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), 2013.

HORVATH, Miguel. A autonomia privada e a constituição. *In: Revista da Procuradoria Geral do INSS*. 1993, trimestral, Brasília: MPAS/INSS, 1999.

JOBIM, Marco Félix; MEDEIROS, Bruna Bessa de. O impacto das convenções processuais sobre a limitação dos meios de prova. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**. vol. 18. n.01, Rio de Janeiro: jan/abr, 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: 70, 1986.  
LEONARDI, Raminelli Felipe. É possível ir além da relatividade contratual? Função social do contrato e contornos da autonomia privada. **Revista de Direito Privado, RDPriv**, a.13, n. 49, jan/mar, 2012.

LIMA, Bernardo Silva de. **Sobre o negócio jurídico processual** in DIDIER JR. Fredie; EHRHARDT JR. Marcos. (Coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LINS, Emanuel; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Igualdade Substancial e Autonomia Privada no Código Civil Brasileiro de 2002. *In: SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUEZ, Cristina. (Org.). III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid - Direito Mercantil, Direito Civil, Direito do Consumidor, Novas Tecnologias Aplicadas ao Direito* (v. 8). 1. ed. Madrid: Laborum, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: 1986.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil** .3. ed. São Paulo RT, 2007.

LOURENÇO, José. **Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre a função social dos contratos. **Revista DIREITOGV**, São Paulo, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELO ANDRADE, Diogo de Calasans. **Autonomia Privada e sua relativização em razão da função social da propriedade**. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Editora Juspodivm: Salvador: 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Vol. III, Rio de Janeiro: Borsóí, 1954.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado. Tomo I**. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Lorena. **Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro**. Salvador – UFBA, 2011, 273 f., Dissertação – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêta-a-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. **Revista de Processo**. n. 194. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201.

\_\_\_\_\_. **Colaboração no processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas Limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003.

MOREIRA, Barbosa. O neoprivatismo no Processo Civil. *in: Revista de Processo, RePro*, v. 30, n. 122, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. **O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos**. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito processual: nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR. Nelson; NERY. Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil. Novo cpc – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil: contratos, vol. 3**. São Paulo: RT, 2016.

NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva?. **Revista de Direito Privado**. vol. 73, ano 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral de acordo de procedimento no projeto do novo CPC. *In*: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie, GARCIA MEDINA, José Miguel; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.) **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil**. Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Salvador: UFBA, 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

\_\_\_\_\_. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016.

NUNES. Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA SILVA, Beclaute. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In*: DIDIER JR. Fredie. (Coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC. **Negócios Processuais**. 2. Ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Do formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *in*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 26, Porto Alegre: 2006.

PARCHEN, Laura Fernandes. **Impacto do princípio da cooperação no juiz**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos>>. Acesso 26, fev., 2017.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Limites à autonomia privada**. 2008. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Tutela coletiva de direitos individuais pelo Ministério Público: breve estudo de sua legitimidade à luz de conceitos de teoria geral do direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, ano 8, n. 10, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTAÚDE, Gabriel. Acerca da verifobia processual. *in* MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Coords.) **Processo civil: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012.

PONTE, Marcelo Dias. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol.16. jul/dez, 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em 27.mar.2017

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina: 2016.

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Vida e morte dos modelos jurídicos**. In: Direito. n. 2. São Paulo: Max Limonad, 1995.

REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. **Revista de Direito Privado, RDPriv**, a.15, n.60, out/dez, 2014.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador, Juspodivm: 2016.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. *In* DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa. Justiça - o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Subjectividade, cidadania e emancipação. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 13. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**, vol. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SEJNI, Mario. **Autonomia Privata e Valutazione Legale Tipica.** Padova: CEDAM, 1972.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil.** São Paulo: Atlas, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou \*colaboração no processo civil é um princípio? **Revista de Processo.** n. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. 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: 06 de nov. 2017.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios.** Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. Verdade negociada? Tradução Pedro Gomes de Queiroz. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, vol. 13, Rio de Janeiro: jan/jun/2014. Disponível:<<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>>. Acesso 13. nov. 2017.

TELLES, Galvão. **Manual dos Contratos em geral.** 4 ed., Coimbra: 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. *In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Direito Civil: atualidades.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, v5, n.5, 2003-2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25727>> Acesso em 15.mai.2017.

\_\_\_\_\_. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de Direito Civil-Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Diretrizes fundamentais do novo CPC. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (Coords.) **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (et. al.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002 – a função social do contrato. n. 59. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.

\_\_\_\_\_. **Reforma do judiciário – primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In* CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.