

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

ANDRÉ CORDEIRO LEAL

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-133-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O XXIV Congresso do CONPEDI, realizado em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara, ocorreu em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, sob a temática Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II desenvolveu suas atividades no dia 13 de novembro, na sede da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, e contou com a apresentação de vinte e nove textos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção *intuitu personae* e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos

problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - FUMEC

Coordenadores do Grupo de Trabalho

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E PRECLUSÃO LÓGICA: LIMITAÇÕES AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

PROCEDURAL LEGAL DEAL AND LOGIC ESTOPPEL: INSTRUCTIVE POWERS OF THE JUDGE LIMITATIONS

Carlos Medeiros da Fonseca

Resumo

Este artigo pretende apresentar, brevemente, os modelos de organização do processo tradicionalmente defendidos pela doutrina, o adversarial e o inquisitorial, agregando a estes o chamado modelo cooperativo, em que se destaca o princípio constitucional do contraditório. Nessa quadra, percebe-se que o novo Código de Processo Civil brasileiro eleva o prestígio da autonomia da vontade das partes, com a valorização da figura do negócio jurídico processual. O presente trabalho defende que a inclusão das cláusulas negociadas pelas partes no processo passa pelo necessário controle de validade do juiz (o que se deduz do parágrafo único do artigo 190 do CPC/2015), que se entende como uma homologação tácita. Assim, conclui-se pela incidência da preclusão lógica sobre a atividade probatória oficial, que impede a determinação, pelo julgador, da realização de outras provas não discriminadas no negócio jurídico processual tacitamente homologado.

Palavras-chave: Poderes instrutórios do juiz, Negócio jurídico processual, Homologação tácita, Preclusão lógica

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to present briefly the process of organizational models traditionally defended by doctrine, the adversarial and the inquisitorial, adding to these so-called "cooperative model", which highlights the constitutional principle of contradictory. In this court, we can see that the new Brazilian Civil Procedure Code raises the prestige of the autonomy of the will of the parties, with the appreciation of the procedural legal deal figure. This paper argues that the inclusion of clauses negotiated by the parties in the process through the necessary judge the validity control (which is deducible from the single paragraph of article 190 of the CPC/2015), which is understood as a tacit approval. Thus, it concludes the incidence of logic estoppel on the official evidential activity, which prevents the determination by the judge, conducting other evidence not disclosed in the procedural legal deal tacitly approved.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Instructive powers of the judge, Procedural legal deal, Tacit approval, Logic estoppel

1) Poderes instrutórios do juiz – Modelo adversarial versus Modelo inquisitorial – Sobre o Processo Civil no Brasil

Tradicionalmente, a doutrina processualista civil identifica dois modelos de organização do processo, no que concerne à iniciativa e à produção de provas: o modelo *adversarial* e o *inquisitorial*.

O sistema adversarial imperou durante muito tempo, baseado na absoluta iniciativa probatória pelas partes, relegando ao juiz o papel de mero observador da instrução probatória, em uma postura de completo desinteresse em relação ao resultado efetivo da prestação jurisdicional. Argumentava-se que o processo era “coisa das partes” (NEVES, 2015, p. 500) e, em respeito ao princípio dispositivo, o julgador não poderia se imiscuir na atividade probatória (BEDAQUE, 2010, p. 93), demonstrando-se a prevalência de uma visão privatística do processo. Uma postura diversa do julgador, segundo os defensores deste modelo, poderia implicar quebra da imparcialidade e do tratamento isonômico entre as partes (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 43).

Por outro lado, o modelo inquisitorial se baseia em um sistema processual em que o órgão julgador é o grande protagonista do processo (DIDIER JR., 2015, Vol. 2, p. 82), realizando intensa atividade probatória em busca da mais efetiva satisfação do direito material subjacente à relação jurídica processual. O campo de incidência do princípio dispositivo fica restringido, no modelo inquisitorial, passando a abranger tão somente o momento de fixação dos limites do litígio pelas partes, por meio da ação e da exceção (defesa) (FERREIRA, 2014, p. 224). Por conseguinte, neste modelo de organização do processo, prevalece o chamado princípio inquisitivo (TARUFFO, 2007, p. 306), que norteia a atuação positiva do juiz em busca da máxima efetividade da instrução. Boa parte da doutrina é partidária deste sistema, pois ele valoriza a atuação do julgador, que deve ser dirigida à profícua resolução da lide, com a entrega de uma prestação jurisdicional qualitativamente justa (NEVES, 2015, p. 500). A busca pelas provas necessárias ao adequado julgamento das questões que lhe forem apresentadas demonstra que o juiz está “velando pela justiça das decisões e por uma correta aplicação do direito, atendendo aos escopos do processo, que tem a efetividade como um de seus princípios” (PINHO, 2013, p. 266). Além disso, é perfeitamente rechaçável a alegação de que a atividade probatória do juiz enseja violações à sua imparcialidade e à isonomia entre as partes, uma vez que o juiz, ao determinar a realização de uma prova, não consegue antever o seu resultado, que pode favorecer as alegações do autor ou do réu, a depender do que restar

provado (ou do que não for provado). Sob este prisma, acentua-se a evidente feição publicística do processo civil (ALBUQUERQUE, 2014, p. 113).

Parte da doutrina entende que o modelo adversarial de processo identifica-se com o perfil liberal de Estado, em que a vida privada dos cidadãos permanece como esfera quase intocável pela influência estatal, enquadrando-se o processo civil – tradicionalmente patrimonialista e de caráter dispositivo – como âmbito da vida privada do indivíduo, cabendo ao Estado-Juiz tão somente assistir à produção probatória exclusivamente realizada pelas partes e, ao final, exarar o julgamento. De outra banda, o modelo inquisitorial seria identificado com o Estado Social, que se faz especialmente presente na esfera privada da vida dos cidadãos, coordenando e, muitas vezes, dirigindo as atividades dos particulares, dentre elas, a atuação probatória no processo civil. Nesse passo, é relevante esclarecer que, a experiência histórica não é consentânea com tal divisão entre, de um lado, modelo adversarial e Estado Liberal e, de outro, modelo inquisitorial e Estado Social. Até porque se, no processo civil, são discutidos, majoritariamente, direitos disponíveis e questões patrimoniais, é preciso reconhecer que, igualmente, incluem-se na esfera de competência cível a discussão de questões de elevado interesse público, como, por exemplo, nos processos de família em que se disputa a guarda de menores. Na contramão disso, em processos de feição publicística, como nos feitos de natureza criminal, as penas passíveis de aplicação podem ter caráter eminentemente patrimonial (multa). O que se quer indicar com essa explanação é a ruptura com a visão que atrela a intervenção do juiz na instrução probatória com o perfil social-interventor de Estado ou mesmo com a natureza do processo em discussão.

Outra forma de classificação dos modelos processuais é a que identifica o modelo adversarial com o sistema jurídico predominante nos países anglo-saxões, denominado “common law”. De outra banda, o sistema jurídico prevalecente nos países europeus continentais e latino-americanos, o chamado “civil law”, adota majoritariamente o modelo inquisitorial (FERREIRA, 2014, p. 228; BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 43). Todavia, importa destacar que nenhum sistema atual é pura e simplesmente adversarial ou inquisitorial. Na verdade, os modelos encontrados, tanto em países de tradição do “common law”, quanto em países tipicamente de “civil law”, apresentam uma mescla de elementos dos dois modelos ora analisados, com protagonismo menor ou maior da atividade instrutória desempenhada pelo juiz .

No Brasil, a legislação processual, tradicionalmente, encampa a tendência inquisitorial na condução pelo juiz da instrução do processo. O Código de Processo Civil de

1973 (CPC/1973), em seu artigo 130, confere ampla liberdade ao julgador para determinar, mesmo sem a iniciativa das partes, a produção das provas que entender necessárias à correta instrução do feito¹. E o advento do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) não alterou esse panorama, haja vista que seu artigo 370 afirma caber ao juiz a determinação da instrução probatória necessária ao julgamento do mérito, inclusive de ofício². Esta é a posição doutrinária que tem predominado (BEDAQUE, 2013, p. 111-146; CÂMARA, 2013, p. 65-78; FERREIRA, 2014).

1.1) Código de Processo Civil de 2015 – Modelo cooperativo?

Uma respeitável parcela da doutrina processualista entende que há, além dos modelos supramencionados (adversarial e inquisitorial), um terceiro modelo de organização do processo, que vem sendo denominado de *cooperativo*. Ele recebe esse nome por exaltar a valorização da cooperação no processo, promovida por uma releitura do princípio constitucional do contraditório. É claro que a cooperação processual não trata de qualquer espécie de “ajuda” nem de “auxílio” entre as partes, mas de colaboração efetiva com o juízo na produção de provas e na construção de uma decisão razoável e justa. Sob a ótica do processo cooperativo, o julgador é inserido na relação dialógica processual, participando efetivamente da relação procedimental em contraditório, e não figurando apenas como um observador supostamente neutro (MITIDIERO, 2009, p. 89-90; DIDIER JR., 2013).

Nesse sentido, o CPC/2015, em seu artigo 6º, inseriu no direito positivo nacional o dever de cooperação no processo³, o que abrange, também, a figura do julgador, por ser reconhecido como um dos sujeitos processuais.

Assim, boa parte da doutrina entende que o modelo processual, a partir da entrada em vigor do CPC/2015, não será compatível com os parâmetros de classificação no sistema adversarial, uma vez que as partes não gozam de exclusiva iniciativa probatória (vide o artigo 370 do CPC/2015), nem no sistema inquisitorial, pois a ampla liberdade do juiz para determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito fica condicionada ao efetivo

¹ CPC/1973: Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

² CPC/2015: Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

³ CPC/2015: Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

respeito ao diálogo processual inerente ao contraditório, que passou a ser redimensionado pelo novo esquema processual desenhado pelo CPC/2015.

Nessa linha, cabe ressaltar que o julgador deve ter em mente sua presença no debate processual e a necessidade intransponível de oportunizar às partes litigantes a manifestação sobre toda e qualquer prova a ser realizada. Da mesma forma, a propalada cooperação incide sobre as partes, que precisam compreender que o esforço para se chegar à melhor solução do litígio é um dever de todos os sujeitos do processo – e não apenas do juiz –, sendo que a instrução “deve ser vista como uma busca *coletiva* pelo esclarecimento dos fatos” (FERREIRA, 2014, p. 245, grifo do autor).

A respeito da cooperação no processo, MITIDIERO (2007, p. 53), de maneira acertada, expõe que o:

[...] juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se a alcançar, com isso, um ‘ponto de equilíbrio’ na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira ‘comunidade de trabalho’ entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo.

De toda forma, a nomenclatura do modelo processual (se adversarial, inquisitorial ou até cooperativo) não é questão de fundamental relevância, sendo muito mais importante a clara compreensão de que o julgador continua com ampla liberdade de instrução probatória (consoante o artigo 370 do CPC/2015), não obstante deva se esmerar na concretização do revigorado princípio constitucional do contraditório, uma vez que se encontra inserido em uma relação de diálogo constante com as partes até o momento da prolação da sentença (CAMBI, 2001, p. 143-148).

2) Negócio jurídico processual versus Poderes instrutórios do juiz – Artigo 190 do CPC/2015 versus Artigo 370 do CPC/2015

A figura do negócio jurídico processual não se trata propriamente de uma inovação no direito positivo brasileiro. O CPC/1973 já prevê algumas hipóteses de negócio jurídico processual, como, por exemplo, a cláusula de eleição de foro⁴, a suspensão convencional do

⁴ Art. 95. Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

processo⁵ e o adiamento convencional da audiência⁶. Da mesma maneira, considerando-se que os negócios jurídicos podem ser originados da manifestação de vontade de apenas uma pessoa (denominados, por conta disso, de negócios jurídicos unilaterais), é possível apontar a desistência do recurso⁷ e a renúncia ao direito de recorrer⁸ como exemplos tradicionais de negócios jurídicos processuais unilaterais com expressa previsão no diploma processual de 1973.

Ainda que não se trate, como visto acima, de uma figura inaugural no direito positivo pátrio, o negócio jurídico processual recebeu novos contornos com o novo Código de Processo Civil, especialmente por conta de seu artigo 190⁹, que estabelece a possibilidade de celebração de negócios jurídicos atípicos, ou seja, com conteúdo livremente determinado pelas partes negociantes (quando o direito material em questão for disponível e as partes convenientes forem capazes e estiverem em condições isonômicas). Merece atenção tal dispositivo, pois ele afirma que as partes poderão convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, anteriormente ao ajuizamento da ação ou mesmo durante o transcurso do feito. Isso significa que as partes estão autorizadas, por exemplo, a negociar que cada qual poderá indicar apenas uma testemunha para ser ouvida em audiência (ou, até mesmo, nenhuma!), já que a apresentação de rol de testemunhas é uma faculdade processual e, portanto, passível de negociação. Mais que isso, as partes podem convencionar que o ônus de prova recairá apenas sobre uma delas, conforme previsão expressa no artigo 373, parágrafo 3º do CPC/2015, com as prudentes ressalvas estabelecidas em seus incisos¹⁰.

Entende-se que os negócios jurídicos processuais celebrados pelas partes não exigem a homologação expressa do órgão julgador para que surtam os efeitos que lhe são inerentes, sempre que inexistir previsão legal contendo a exigência homologatória (DIDIER JR., 2015, Vol. 1, p. 379). Dessa forma, uma vez celebrado o negócio, seus efeitos começam a emanar

⁵ Art. 265. Suspende-se o processo: [...]

II – pela convenção das partes;

⁶ Art. 453. A audiência poderá ser adiada:

I - por convenção das partes, caso em que só será admissível uma vez; [...]

⁷ Art. 501. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

⁸ Art. 502. A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte.

⁹ CPC/2015: Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

¹⁰ CPC/2015: Art. 373. [...] §3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

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

imediatamente sobre a relação processual respectiva, sendo desnecessária a prévia chancela do juiz.

Tendo em vista os amplos poderes instrutórios do julgador, consoante os termos do supramencionado artigo 370 do CPC/2015, bem como a liberdade de estipulação, pelas partes, de negócios jurídicos sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, como previsto no artigo 190 do mesmo diploma, surge o problema de se saber se o órgão do Judiciário ficará vinculado ou não ao conteúdo do negócio realizado pelas partes.

A resposta que vem à mente, em um primeiro momento, é a negativa. Não se pode pretender vincular a atuação do juiz aos termos de um negócio jurídico processual celebrado pelas partes, diante do grave risco de se violar o “livre convencimento motivado” do julgador. Por outro lado, se a conduta do juiz não puder ser atrelada ao disposto no negócio jurídico processual validamente realizado, pode-se afirmar que esse negócio possui baixa carga de efetividade. Em outras palavras: se o juiz não se obrigar ao estabelecido no negócio processual, este tenderá a não produzir plenamente seus efeitos.

Um exemplo prático pode auxiliar no esclarecimento da discussão ora levantada. Imagine-se que as partes convençionem sobre a utilização unicamente de prova documental durante a instrução probatória de uma eventual demanda judicial. O julgador, diante do conjunto probatório produzido, entende que as questões fáticas não restaram completamente solucionadas e que ainda não encontra elementos suficientes para fundamentar sua decisão nas provas existentes nos autos. Diante desse cenário hipotético, poderia o juiz determinar a realização de outras provas que entender necessárias para a resolução do mérito, como apregoa o artigo 370 do CPC/2015? Ou, vinculado ao negócio jurídico processual celebrado pelas partes, o juiz deve resolver o litígio com base na prova já produzida – e exclusivamente documental?

A questão não é simples e coloca em conflito valores muito caros ao Direito brasileiro. De um lado, o relevante e tradicional “livre convencimento motivado”, cânone processual de independência da magistratura. De outro, a efetividade do negócio jurídico processual, que valoriza a manifestação hígida de vontade de partes capazes (prestigiando o princípio da liberdade), que vai ao encontro dos reclamos sociais por celeridade processual e que, além disso, confere maior densidade normativa ao princípio constitucional da razoável duração do processo, nos termos do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal¹¹. Se se

¹¹ CF/1988: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

adotar a opção teórica de privilegiar o “livre convencimento motivado” e os amplos poderes instrutórios do juiz, o que é condizente com o modelo inquisitorial, a figura do negócio jurídico processual, tão encarecida com o advento do CPC/2015, perderá muito de sua efetividade. Todavia, se se optar pela tese de vinculação do magistrado ao disposto no negócio realizado pelas partes, em matéria probatória, o julgamento livre e racional pelo magistrado poderá restar comprometido, aproximando-se, então, do modelo adversarial de organização do processo.

2.1) Conciliando os poderes instrutórios do juiz com a plena eficácia do negócio jurídico processual: uma questão de preclusão

2.1.1) Breves considerações sobre a preclusão e sua incidência sobre a conduta do juiz

Inicialmente, esclarece-se que a preclusão, instituto de direito processual intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica, tem por fim impulsionar o processo adiante, estabilizando as fases processuais já transpostas e impedindo contramarchas no procedimento (ALBUQUERQUE, 2014, p. 119). Assim, a preclusão é uma das técnicas existentes que apresentam a função de evitar a excessiva demora na conclusão do processo, o que, por evidente, está relacionado ao interesse público em garantir rapidez e eficiência ao instrumento processual (BEDAQUE, 2010, p. 128).

O CPC/1973 e o CPC/2015 preveem expressamente três espécies de preclusão, conforme classificação realizada pela doutrina – com fundamento na famosa divisão proposta por Giuseppe Chiovenda (CHIOVENDA, 1949, p. 226): (i) a preclusão temporal¹², que impede a realização do ato processual em decorrência do decurso do prazo, ou seja, do transcurso do tempo; (ii) a preclusão consumativa¹³, que impede a renovação ou correção do ato já realizado, consumado; e (iii) a preclusão lógica, que atua para impedir a realização de

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹² CPC/1973: Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.

CPC/2015: Art. 223. Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa.

¹³ CPC/1973: Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

CPC/2015: Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

um ato processual logicamente incompatível com outro ato anteriormente praticado (que pode ser extraída, por exemplo, dos artigos 117 e 503 do CPC/1973 e do artigo 1.000 do CPC/2015¹⁴).

É bastante discutido, em sede doutrinária, se o instituto processual da preclusão também incide sobre a conduta do juiz, especificamente em matéria de instrução probatória, ou se, por outro lado, a preclusão para produção de provas só se aplica aos sujeitos litigantes. Considerando-se que o instituto da preclusão é corolário direto da segurança (princípio que prestigia a estabilidade das relações jurídicas), não se pode concluir de outra maneira que não seja pela incidência da preclusão, também, sobre a atuação do órgão julgador (NEVES, 2004, p. 266-268), sob pena de se abrir oportunidade ao arbítrio e à insegurança jurídica, isso sem falar no possível prejuízo à razoável duração do processo e à celeridade processual (BEDAQUE, 2010, p. 129), hoje, direitos fundamentais (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

Levando-se em conta as lindes propostas para este trabalho, cabe adiantar-se o entendimento de que a terceira modalidade de preclusão referida – preclusão lógica – deve ser admitida em relação à conduta do juiz no que toca à instrução probatória (NEVES, 2004, p. 42-46). Explica-se: a preclusão lógica mantém estreita ligação com a cláusula geral de boa-fé, em sua derivação que proscreve o comportamento contraditório (proibição do *venire contra factum proprium*), o que se aplica, sem sombra de dúvida, não apenas à atividade processual-probatória das partes em litígio, mas, igualmente, à atuação do órgão julgante.

2.1.2) A homologação tácita do negócio jurídico processual pelo juiz e a preclusão lógica em matéria probatória

Como já visto linhas acima, as partes têm a faculdade de celebrar negócios jurídicos processuais, antes ou durante o curso do processo, estabelecendo limites à atividade probatória – por exemplo, excluindo o testemunho de determinada pessoa, dispensando a prova pericial ou distribuindo o ônus de prova de maneira específica. A ampla liberdade de estipulação do conteúdo do negócio jurídico processual ou, dito de outra forma, a sua atipicidade encontra guarida no artigo 190, *caput*, do CPC/2015. Uma vez respeitados os requisitos para a celebração da avença processual (partes capazes, ausência de manifesta

¹⁴ CPC/1973: Art. 117. Não pode suscitar conflito a parte que, no processo, ofereceu exceção de incompetência. Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. CPC/2015: Art. 1.000. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer.

vulnerabilidade de qualquer das partes e direito material em questão passível de autocomposição – nos termos do artigo 190, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015), não há dúvida de que as partes fiquem obrigadas ao disposto no negócio, como, de resto, ocorre em todo e qualquer negócio jurídico validamente realizado. Nesse passo, a partir do momento em que as partes introduzem na relação processual, seja ainda no ajuizamento da ação, seja durante o andamento do feito, um negócio jurídico processual válido, a iniciativa probatória das partes fica balizada pelo conteúdo desse negócio.

É bem verdade que há entendimento doutrinário que aponta a desnecessidade de homologação judicial expressa do negócio jurídico processual para que seus efeitos comecem a irradiar sobre o processo, atribuindo-se, assim, à eficácia imediata do negócio uma relação de completa independência quanto à concordância (ou discordância) do órgão julgador (DIDIER JR., 2015, Vol. 1, p. 379). Essa tese encontra apoio no disposto no artigo 200, *caput*, do CPC/2015¹⁵.

Todavia, com o devido respeito ao posicionamento doutrinário em direção contrária, é completamente defensável o entendimento de que o juiz, ao receber e analisar a avença processual validamente celebrada pelas partes, promove a sua homologação tácita. Depois de verificar o cumprimento dos requisitos mínimos para a realização do negócio processual atípico válido e aceitar a inserção de suas cláusulas no procedimento, o julgador atesta, ainda que tacitamente, a validade e a aptidão para gerar efeitos do negócio jurídico processual. Nesse sentido, é de suma relevância ressaltar que o parágrafo único do artigo 190 do CPC/2015 afirma, categoricamente, que o juiz, de ofício, controlará a validade das convenções contidas na avença¹⁶. Desse texto legal, depreende-se que se trata de um dever do magistrado o controle (de ofício ou a requerimento) das cláusulas avençadas, bem como a rejeição de sua aplicação quando estiverem em desrespeito aos requisitos mínimos legalmente fixados. Por conseguinte, com fundamento no artigo 190, parágrafo único, do CPC/2015, que trata especificamente da figura do negócio jurídico processual atípico, o ingresso da convenção processual em determinado feito exige o prévio controle da validade de suas cláusulas pelo órgão julgador e, como consequência dessa fiscalização, resulta a sua homologação tácita.

¹⁵ Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

¹⁶ Art. 190. [...] Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

A partir desse momento, portanto, em que o negócio processual passa pelo crivo do juiz, entendido este crivo como homologação tácita, integrando-se as cláusulas do negócio ao procedimento a ser seguido naquele específico processo, firma-se a vinculação da atividade probatória, não somente das partes (que, decerto, já estavam obrigadas desde a celebração da avença), mas, também, do próprio órgão julgador aos limites estabelecidos pelas cláusulas convencionadas.

Na medida em que o negócio jurídico processual tiver sido validamente realizado pelas partes e regularmente inserido no processo, mediante procedimento homologatório tácito pelo magistrado, o que, reitera-se, é medida obrigatória, nos termos do parágrafo único do artigo 190 do CPC/2015, a instrução probatória estará atrelada ao definido na avença. Isso porque o juiz, ao proceder ao controle do ingresso do negócio jurídico no feito, atestando a validade de suas cláusulas, vincula-se ao seu conteúdo, especialmente no que diz respeito às possibilidades probatórias. Dessa forma, não se pode considerar admissível que o julgador determine a realização de provas em desacordo com o disposto no negócio jurídico. Nesse caso, incidirá a preclusão lógica sobre a atividade do juiz, a impedir a adoção de conduta logicamente incompatível com outros atos anteriormente realizados, a saber: o controle e a homologação tácita da avença. Em resumo: a aceitação do negócio jurídico processual pelo julgador (homologação tácita) implica sua vinculação ao convencionado, obstando sua futura atividade probatória para além dos parâmetros validamente fixados no negócio (pela incidência de preclusão lógica).

Retomando o exemplo prático sugerido alguns parágrafos acima, imagine-se a situação em que as partes convencionem a utilização de prova exclusivamente documental durante a instrução de determinado processo. O julgador, realizando o controle exigido pelo artigo 190, parágrafo único, do CPC/2015, reconhece a validade do negócio jurídico processual celebrado e admite a inclusão de suas cláusulas no procedimento a ser seguido, procedendo, assim, à homologação tácita da avença. Depois de juntadas as provas pelas partes e colhidas outras eventualmente determinadas pelo juiz – frise-se, tão somente de natureza documental –, a instrução probatória não poderá ser estendida pela determinação de novas provas de natureza diversa, como, por exemplo, a oitiva de testemunhas, o exame pericial ou a inspeção judicial.

Percebe-se que o órgão julgador homologa (tacitamente) um negócio jurídico processual validamente convencionado, passando, com isso, a vincular toda a instrução probatória a ser realizada, inclusive, a sua própria iniciativa de determinar provas. Porém – e

aqui está o ponto decisivo para solucionar o problema apresentado –, o que delimita os poderes instrutórios do magistrado, nessa hipótese, não é o negócio jurídico processual, mas a preclusão lógica que decorre da homologação tácita promovida pelo próprio juiz. A conduta deste, ao controlar e homologar a avença processual, torna-se logicamente incompatível com qualquer decisão futura que conflite com o disposto no negócio. É a preclusão lógica que impede o desrespeito ao conteúdo do negócio processual anteriormente homologado, restringindo, assim, os poderes instrutórios do magistrado.

2.1.3) Sentença com base em conjunto probatório considerado insuficiente – Ônus de prova como regra de julgamento

Levando-se em conta a tese ora levantada, de limitação dos poderes instrutórios do magistrado, em face da preclusão lógica que decorre da homologação tácita de negócio jurídico processual, existe a possibilidade de se chegar ao final da instrução e, portanto, ao momento de prolação da sentença, com um conjunto probatório considerado insuficiente pelo juiz. É possível que o juiz entenda, encerrada a instrução, que os fatos relevantes e indispensáveis à apreciação do mérito não restaram provados ou, ao menos, não suficientemente provados. Mesmo diante desse quadro e da impossibilidade jurídica de se determinar a realização de novas provas além daquelas discriminadas na avença, o juiz não pode declarar o *non liquet*, é dizer, não pode se abster de proferir a sentença por carência de provas.

Nessa situação, o julgador deverá utilizar-se da regra do ônus de prova em sua feição objetiva (NEVES, 2015, p. 492; DIDIER JR., 2015, Vol. 2, p. 107-110) ou material (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 74-75), ou seja, como técnica de julgamento. O ônus de prova como regra de julgamento é a dimensão do ônus probatório voltada para a atuação do juiz, orientando-o sobre qual das partes suportará consequências negativas decorrentes da insuficiência de provas. De maneira precisa, MARINONI (2011, p. 188) assevera que:

[...] como o juiz não pode deixar de decidir ou aplicar um *non liquet*, são definidos critérios que permitem a solução do litígio quando os fatos principais não restam esclarecidos, que não são constituídos pelas regras que disciplinam o ônus da prova. Tais regras importam quando um fato principal resulta destituído de prova, pois a sua função é estabelecer a parte que deveria provar o fato e determinar as consequências que sobre essa recaem diante da ausência de tal prova.

Em poucas palavras, esclarece-se que “a regra do ônus da prova se apresenta como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir” (MARINONI, 2011, p. 189).

Nessa linha, ao magistrado que se deparar com um conjunto probatório considerado insuficiente para o julgamento, em razão das limitações impostas pelas cláusulas de negócio jurídico processual, acobertado pela preclusão lógica, caberá a prolação da sentença com fundamento no ônus de prova. Assim, analisando a dimensão subjetiva ou formal do ônus probatório, que é dirigida às partes (quem deveria provar o quê), o julgador procederá à fundamentação racional de sua decisão, apoiando-se no ônus de prova como regra de julgamento.

É natural que se compreenda o julgamento com base na regra do ônus de prova como uma técnica subsidiária de decisão. A sentença deve ser, sempre que possível, racionalmente fundamentada nas provas constantes dos autos. No entanto, na hipótese trazida ao debate, o julgamento pelo ônus de prova é medida indispensável à valorização da figura do negócio jurídico processual. Como elemento de prestígio à autonomia da vontade das partes, tendo como substrato um instrumento validamente celebrado (partes capazes e isonômicas, ausência de nulidade e direito material em questão passível de autocomposição), o negócio jurídico processual é um dos institutos que maior estatura recebeu com o advento do novo Código de Processo Civil. Ademais, é importante destacar que a valorização da autonomia da vontade, em matérias que comportem a transação, não implica direta violação ao interesse público nem afronta o caráter publicístico do processo civil, uma vez que a incidência de restrição sobre os poderes instrutórios do juiz só será admitida depois do necessário controle e, se for o caso, da homologação tácita da avença pelo órgão julgador, circunstâncias essas em que o interesse público (sobretudo, na ausência de nulidades) restará plenamente observado.

3) Notas conclusivas

O novo Código de Processo Civil brasileiro promoveu importantes alterações no direito positivo pátrio, dentre as quais merece destaque a valorização do instituto do negócio jurídico processual, cujo principal exemplo é a inserção de um dispositivo específico para autorizar a celebração de negócios processuais atípicos (artigo 190 do CPC/2015), versando sobre alterações em ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes.

No entanto, mesmo diante dessa liberdade de estipulação do conteúdo do negócio jurídico processual, cabe ressaltar que a realização de avenças processuais, antes do ajuizamento da ação ou durante o curso do processo, teria pouca – ou nenhuma – efetividade se o órgão julgador tivesse o poder de determinar outras provas além daquelas estipuladas no negócio jurídico processual. Nesse caso, a ampla iniciativa probatória do juiz, prevista no artigo 370 do CPC/2015, entraria em conflito com a autonomia da vontade das partes convenientes.

A solução adequada para sanar tal conflito encontra-se na interpretação sistemática do parágrafo único do artigo 190 do CPC/2015, que estabelece a necessidade de o juiz controlar, inclusive, de ofício, a validade das cláusulas constantes do negócio jurídico processual. Com base no mencionado dispositivo legal, a inclusão das convenções no procedimento a ser seguido somente ocorre depois do obrigatório controle de sua validade pelo julgador, controle esse que pode ser considerado uma homologação tácita do negócio, tendo em vista que o juiz confere e certifica a regularidade (ausência de nulidade) da avença, acatando sua inserção no processo.

Com essa homologação tácita, compreende-se que o julgador não poderá determinar a realização de novas provas fora dos limites da avença, por incidir a preclusão lógica na hipótese. O procedimento homologatório impede qualquer conduta futura logicamente incompatível com o conteúdo do negócio jurídico, inclusive, pelo próprio juiz, concluindo-se que os poderes instrutórios do julgador restam limitados pela preclusão lógica advinda da homologação do negócio jurídico processual.

Em face dessa situação, o conjunto probatório final pode vir a ser considerado insuficiente pelo magistrado, hipótese em que o juiz deve proferir sua sentença com fundamento na regra do ônus de prova. Dessa forma, restará resguardado o interesse público primário de um processo efetivo, sem que se promova o menoscabo da autonomia da vontade das partes, privilegiando-se, por conseguinte, uma interpretação harmoniosa e sistemática do novo Código de Processo Civil brasileiro.

4) Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. *O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz*. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2014. 152 f.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual civil – Segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de direito processual – Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. Juiz, processo e justiça. Fredie Didier Jr.; José Renato Nalini; Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodium, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. Fredie Didier Jr.; José Renato Nalini; Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodium, 2013.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa juzgada y preclusión. *Ensayos de Derecho Procesal Civil, vol. 3*. Buenos Aires: EJE, 1949.
- DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Fredie Didier Jr.; José Renato Nalini; Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodium, 2013.
- _____. *Curso de direito processual civil, vol. 1*. Salvador: Juspodium, 2015.
- _____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil, vol. 2*. Salvador: Juspodium, 2015.
- FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Bases para construção de um processo civil cooperativo. O direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: UFRGS/Faculdade de Direito, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2015.
- _____. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARUFFO, Michele. Poderes probatórios de las partes y del juez em Europa. *Revista Iberoamericana de direito processual*. Buenos Aires: ano IV, n. 10, 2007.