

Coleção
Eduardo Espínola

Behlua Maffessoni

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS
PROBATÓRIAS E PODERES
INSTRUTÓRIOS DO JUIZ**

Prefácio: Érico Andrade

2021

CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS E PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Conforme abordado no primeiro capítulo, o modelo eminentemente publicista de processo confere ao juiz o papel central da relação processual, enquanto as partes figuram, contraditoriamente, como meras espectadoras da solução do litígio de direito material por elas protagonizado¹.

No plano probatório, o hiperpublicismo culminou na atribuição de ampla iniciativa ao juiz, sendo-lhe conferidos poderes autônomos na produção da prova², com vistas a garantir a busca pela “verdade real” e a concretização da justiça material. Esta era a interpretação tradicionalmente feita a partir do art. 130 do CPC/73³, cuja redação foi essencialmente mantida pelo art. 370 do CPC/15. O referido dispositivo legal dispõe que a produção de provas também é prerrogativa do juiz e, *a priori*, pode ser determinada de ofício, diante da perplexidade do julgador ou de dúvida acerca do cenário probante do caso concreto⁴.

Além da previsão genérica atualmente contida no art. 370 do CPC/15, a iniciativa probatória do juiz também está prevista no CPC/15 no art. 139, VIII, relativo à possibilidade de interrogatório das partes; no art. 139, VI, que permite ao juiz a alteração da ordem

-
- 1 Sobre a adoção do modelo publicista de processo e o protagonismo do juiz, cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios processuais*. 2. ed. rev. Atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2016, p. 48-49.
 - 2 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 115-126 e 152.
 - 3 Art. 130, CPC/73: 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.
 - 4 Sobre a interpretação tradicionalmente dada ao tema cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1994, em especial o capítulo 3.

e produção dos meios de prova; nos arts. 396 e 438, relacionados à produção de prova documental; no art. 480, que dispõe sobre a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a realização de nova prova pericial quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida, dentre outros.

A partir da inauguração da cláusula geral de negociação processual e da ampliação das hipóteses de convenções processuais típicas em matéria probatória pelo CPC/15, fomentou-se o debate acerca dos limites da autonomia privada diante dos poderes instrutórios do juiz, despontando o seguinte questionamento: o juiz está vinculado à convenção processual probatória que limita a produção de provas, ou pode, ainda assim, determiná-las de ofício, em atenção aos poderes instrutórios que a legislação lhe confere⁵?

Parte da doutrina nega a possibilidade de interferência das partes nos poderes instrutórios do juiz, baseando-se, notadamente, em argumentos que envolvem a busca pela “verdade real”⁶⁻⁷, o direito do juiz de chegar à cognição exauriente acerca dos fatos a fim de proferir

-
- 5 Perguntas semelhantes são realizadas por Müller: “Alguns questionamentos se fazem pertinentes: (i) deve o juiz, nesse caso, intervir para determinar a produção de provas em processo no qual as partes ditam de comum acordo os rumos de desenvolvimento do procedimento? (ii) em um modelo cooperativo de processo deve o juiz, entendendo que as provas são insuficientes ou que não lhe eliminam as dúvidas para o acerto dos fatos, determinar que outras sejam realizadas ou repetidas contrariando os interesses manifestados pelas partes? (iii) existindo convenção válida das partes em matéria probatória, deve o juiz respeitar os desígnios negociados pelas partes e sua liberdade processual ou intervir mesmo assim para determinar produção de prova que lhe parecer relevante?; e (iv) quando as provas são produzidas diretamente pelas partes extrajudicialmente por intermédio de negócio pessoal, deve o juiz admiti-las, desconsiderá-las ou renová-las?” (MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*: análise econômica e jurídica. São Paulo: RT, 2017, p. 268).
 - 6 Nesse sentido, Leonardo Greco pontua: “Inócuas, e até mesmo nulas, seriam outras espécies de convenções probatórias, como, por exemplo, a designação de comum acordo do perito único ou a limitação da investigação probatória à produção de provas orais. No sistema brasileiro, não podem as partes limitar os poderes do juiz na investigação da verdade” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 741).
 - 7 Também pautados na busca pela verdade como limitação à autonomia privada: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções Processuais no Processo Civil*. Tese de Doutorado em Direito. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, p. 172; THEODORO JR., Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*/ Humberto Theodoro Júnior: colaboradores, Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitória Mandim Theodoro. 20. ed. Revista e atualizada Rio de Janeiro: Forense, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. *El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2018, p. 79-104 e FARIA, Marcela Kohlbach de. *Vinculación del juez a las convenciones en materia de prueba*. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI, Renzo (Coord.). *Convenciones procesales: estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguel, 2015, p. 393.

decisão justa e satisfatória⁸, o dever de propiciar às partes tutela jurisdicional baseada em sua convicção⁹, bem como a impossibilidade de negociar a respeito da esfera jurídica de terceiros¹⁰. Para alguns, a convenção processual serviria, tão somente, como uma sugestão das partes, não vinculando o magistrado¹¹, que pode, ou não, concordar com os termos da negociação¹².

Por outro lado, corrente diversa entende que deve prevalecer a autonomia privada exarada na convenção processual¹³, especialmente nos casos de convenções que tratam de direitos disponíveis, cabendo ao magistrado a análise de validade do ato negocial e o julgamento do caso à luz das provas produzidas pelas partes, atendo-se ao ônus da prova como regra de julgamento¹⁴. Esse parece ser o entendimento mais adequado, conforme será verificado a seguir.

-
- 8 Marcelo Bonizzi defende que, pesar da busca pela verdade não ser o objetivo do processo, a decisão será mais justa se estiver mais próxima à realidade dos fatos, razão pela qual defende que as partes não podem celebrar convenções processuais probatórias que restrinjam o poder instrutório do juiz (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da Prova Civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: RT, 2017, p. 24-25).
- 9 MARINONI, Luiz Guilherme. *El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2018, p. 79-104; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 143-144 e DOTTI, Rogéria; LUNARDI, Thais A. Paschoal. Evidência negociada e poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito Probatório*. 3. ed. rev., e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 829.
- 10 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Capítulo XII. Das Provas. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 575.
- 11 GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel García et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 742.
- 12 Nesse sentido, FARIA, Marcela Kohlbach de. Vinculación del juez a las convenciones en materia de prueba. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI, Renzo (Coord.). *Convenciones procesales: estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguél, 2015, p. 393.
- 13 Para Remo Caponi, seria possível abrir o processo a uma fonte de regulamentação negocial, defendendo que os atos de disposição realizados pelas partes prevaleceriam sobre a norma que confere poderes de ofício ao magistrado, limitando, assim, a atividade do juiz em matéria probatória (CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuale*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 211-212).
- 14 Nesse sentido, PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. 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. 2015. p. 305; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 127-128; GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 545-554; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 2, p. 108-109; FERREIRA, Mariana. A prova emprestada como objeto de negócio jurídico processual. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÖES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo;

6.1 ARGUMENTOS QUE SINALIZAM A PREPONDERÂNCIA DA CONVENÇÃO PROBATÓRIA EM FACE DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Passa-se à análise de alguns dos argumentos que, em princípio, apontam para a prevalência das convenções processuais diante dos poderes conferidos ao magistrado no sentido de determinar a produção de provas de ofício.

Importa ressaltar que as convenções processuais das quais este capítulo trata são aquelas que respeitam os limites gerais e específicos apontados nos capítulos 3 e 4. Ou seja: analisa-se a questão partindo do pressuposto de que a convenção processual probatória é existente, válida e eficaz.

6.1.1 Primeiras balizas interpretativas em favor das convenções em matéria probatória que limitam os poderes instrutórios do juiz

Passa-se à análise de algumas balizas interpretativas que sinalizam para o respeito às convenções processuais probatórias diante dos poderes instrutórios do juiz – quais sejam: (i) o necessário respeito e fomento ao consenso, (ii) o respeito à máxima *in dubio pro libertate*, (iii) o abandono da ideia de jurisdição apenas como manifestação de poder, (iv) a participação das partes como co-gestoras do processo, (v) o necessário gerenciamento de recursos públicos a fim de prestar um serviço público efetivo, (vi) a interpretação das convenções conforme a vontade das partes, (vii) a subsidiariedade da intervenção judicial e (viii) a excepcionalidade da revisão contratual.

Para compreendermos a nova lógica processual, uma das primeiras premissas que se deve ter em mente é a necessária ruptura com o sistema anteriormente vigente¹⁵. Deve-se olhar para o CPC/15 com

NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 387-408; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *A Disponibilidade Processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 70-71 e SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 540-541.

15 Sobre a necessidade de rompimento com o sistema anterior e assimilação do novo paradigma, cf. REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/15. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 357-366.

lentes diversas daquelas com que se olhava para a legislação anterior, sob pena de criar resistência automática e infundada em torno dos novos institutos – restringindo-os a ponto de negar-lhes vigência – e de não perceber as sensíveis alterações naqueles já existentes.

Assim ocorre com os poderes instrutórios do juiz previstos na redação do art. 130 do CPC/73, que, apesar de terem sido reafirmados pelo art. 370 do CPC/15, devem ser vistos à luz de um novo paradigma de compreensão¹⁶, por meio da interpretação sistemática de todo o ordenamento processual e do próprio contexto evolutivo do direito público – cada vez mais poroso à influência da autonomia privada.

Tal interpretação perpassa, inicialmente, pela assimilação da norma fundamental contida no art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC/15, que determina o respeito e o estímulo estatal à solução consensual de conflitos. Tal dispositivo deve ser tido como baliza geral à compreensão do modelo cooperativo de processo, pautado no crescente empoderamento das partes e na valorização do consenso como ferramenta primordial de solução das crises de direito material.

E não se perca de vista que, à luz do art. 190 do CPC/15, a solução consensual à qual o Estado deve dar respaldo não se limita àquela que põe fim à demanda; o texto normativo também trata daquela que busca propiciar a prestação de tutela jurisdicional efetiva, mais condizente com as peculiaridades do caso concreto, por meio, por exemplo, do rearranjo do procedimento.

Assim, em um contexto cooperativo, além de estimular as partes a convencionarem sobre o objeto litigioso, o Estado também detém o papel de incentivar a composição relativa a questões processuais. Deve-se assimilar, portanto, que uma das funções atuais do Judiciário é fomentar e, sobretudo, respeitar a autonomia das partes.

Ainda sobre a autonomia privada, outro vetor interpretativo que deve ser levado em consideração é a máxima do *in dubio pro libertate*¹⁷, premissa que estabelece a preferência normativa em prol da liberdade de adaptação do processo pela vontade das partes¹⁸. Para inverter essa

16 STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 550.

17 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 127.

18 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 127. Aderindo a tal premissa: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17 ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2015, p. 387.

prioridade sistêmica e negar aplicação ao acordo processual, impõe-se ao juiz uma fundamentação mais intensa e específica¹⁹. A nova legislação precisa ser analisada, portanto, sob a ótica da valorização da autonomia privada e do consenso no processo.

A essas premissas se integra a concepção de jurisdição não apenas como manifestação de poder estatal mas também como serviço público²⁰. Conforme salientam Humberto Theodoro Jr. e Érico Andrade, tanto a doutrina francesa quanto a italiana têm conferido uma nova perspectiva à justiça, de forma que essa não seja concebida apenas como função/poder estatal, mas também como um serviço público voltado à resolução de conflitos²¹.

Desta concepção, extraem-se dois importantes aspectos a serem observados com relação às convenções probatórias.

19 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 127 e 288.

20 Sobre a concepção de justiça como serviço público e não apenas como manifestação de poder: ANDRADE, Érico. A “Contratualização” do Processo. In: THEODORO JUNIOR, Humberto (Coord.). JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). *Processo Civil Brasileiro: Novos Rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 50; CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas*. Revista de processo, v. 36, n. 192, fev. 2011, p. 397-415; PUNZI, Carmine. *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell’alternativa contrattualità – giurisdizionalità della arbitrato*. Rivista di Diritto Processuale, n. 1, jan-fev, 2014, p. 21: “Del tutto indivisibile mi sembra, infatti, l’opinione secondo la quale ‘in una visione liberale dei rapporti tra Stato e cittadino, la tutela giurisdizionale non deve essere vista come l’oggetto di un monopolio da parte dell’organizzazione dello Stato, ma come un servizio per chi ne ha bisogno”’. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 20. Fundamental, ainda, a lição de Robson Godinho: “[...] trabalhamos com uma ciência feita para ser inclusiva e democrática e não um modelo doutrinário encastelado, que apenas infla o poder estatal, que, saturado, não presta um serviço público compatível com as exigências sociais. Neste sentido, o processo pode se tornar apenas um campo de exercício e de demonstração de poder, valendo-se da democracia apenas como artifício retórico para coonestar solilóquios autoritários” (GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 25-26).

21 “Assim, considerando que a jurisdição, uma das funções estatais ao lado das tradicionais funções executiva e legislativa, não pode ser excluída do contexto geral do direito público, tem-se, como anota a doutrina francesa (em concepção pouco explorada no direito brasileiro), a jurisdição deve ser encarada como serviço público, sob os aspectos formal e material, e como tal sujeita aos princípios gerais do serviço público como continuidade, igualdade e eficiência. Na mesma linha tem se encaminhado a doutrina italiana mais atual, em que se aponta que o destaque da jurisdição como função essencial do Estado para atuar a vontade da lei tem sido deixada de lado para dar maior destaque à justiça como serviço público, ou seja, o serviço-justiça, voltado a efetivação dos direitos subjetivos dos usuários, ganhando assim o colorido de serviço público, focado também na utilidade que rende ao usuário, sem deixar, claro, de ser poder. Trata-se de agregar nova perspectiva para a justiça, de modo que esta não pode ser concebida só como função /poder estatal, mas como serviço público voltado para a composição de conflitos” (THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. *Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In: 30 anos da Constituição Federal e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense-Gen, 2018, p. 335-336).

O primeiro deles, diretamente relacionado à noção de modelo cooperativo de processo, relaciona-se ao abandono da ideia de jurisdição unicamente como manifestação de autoridade e poder. Passa-se a respaldar a participação das partes na construção da decisão de mérito e tal participação não pode ser ignorada ao argumento de que os poderes do magistrado devem preponderar. Frisa-se: no modelo cooperativo não deve haver ascendência injustificada de poderes, especialmente se tal predomínio advém, tão somente, da concepção arraigada no modelo processual antecedente de que o juiz é o “senhor das provas”²².

É necessário perceber que, em um modelo cooperativo de processo, as partes são alçadas ao *status* de co-gestoras, não sendo possível negar sua participação no recorte da fase probatória. Assim, se o juiz, como gestor do processo, tem o poder de indeferir provas que entender desnecessárias²³, não se pode negar às partes o poder de afastar ou limitar a produção dos meios de prova que entenderem despidiendos ou demasiadamente onerosos.

Essa nova perspectiva retira do magistrado a capa da infalibilidade²⁴, reforçando a ideia de que, além de também serem destinatárias da prova²⁵, as partes são as profundas conhecedoras do caso concreto e, conseqüentemente, as mais aptas a planejar o cenário probante dos autos.

O segundo aspecto se refere à natureza de serviço público dada à jurisdição, que, como tal, deve ser gerida a fim de possibilitar a

-
- 22 “Lembre-se da nociva ideia, dita com ares de verdade absoluta por quase toda a jurisprudência e grande parte da doutrina de que “o juiz é o destinatário da prova”, o que leva às conhecidas e autoritárias fórmulas pronunciadas em audiências como “não preciso de mais provas” ou “dispensar as testemunhas porque já estou satisfeito”, como se produção de prova fosse uma espécie de refeição processual para alimentar o intelecto pessoal do juiz” (GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 95).
- 23 A exemplo do art. 464, II do CPC, que prevê que o juiz poderá indeferir a prova pericial quando entendê-la desnecessária em vista de outras provas, bem como o parágrafo único do art. 370, que autoriza o indeferimento de provas pelo juiz quando as tiver por inúteis ou protelatórias.
- 24 Sobre o dogma do protagonismo judicial cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p.177-200.
- 25 Sobre o tema cf. DIDIER JR. Fredie. Produção antecipada da prova. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Processo de Conhecimento – Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 532, e, ainda, GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 95: “Lembre-se da nociva ideia, dita com ares de verdade absoluta por quase toda a jurisprudência e grande parte da doutrina de que “o juiz é o destinatário da prova”, o que leva às conhecidas e autoritárias fórmulas pronunciadas em audiências como “não preciso de mais provas” ou “dispensar as testemunhas porque já estou satisfeito”, como se produção de prova fosse uma espécie de refeição processual para alimentar o intelecto pessoal do juiz”.

prestação de tutela jurisdicional efetiva, por meio do correto gerenciamento dos recursos, alocando maior tempo e energia em demandas que realmente deles necessitem²⁶.

Nesse contexto, cabe ao juiz gerenciar não apenas o processo individual, mas também analisar a relação entre a complexidade do caso e o tempo que deve empregar nos demais processos²⁷. Assim, se as partes pretendem a simplificação do procedimento de maneira consensual, cumpre ao juiz, diante de seu papel de gestor de um serviço público, zelar pelo correto emprego de energia e recursos estatais, dando respaldo à convenção processual válida.

Outras importantes balizas que podem ser utilizadas na interpretação das convenções processuais podem ser extraídas da Lei de Liberdade Econômica (Lei n.º 13.874/2019). Em que pese as críticas à referida Lei, que se afastam do escopo da presente pesquisa, é inegável que ela traz inovações quando à interpretação dos negócios jurídicos no âmbito do direito civil que devem ser observadas também no âmbito das convenções processuais, especialmente aquelas contidas na atual redação dos arts. 113, 421 e 421-A do CC/02.

A nova redação do art. 113, §1º, V, do CC/02 dispõe que, além da boa-fé e dos usos do lugar de sua celebração, a interpretação dos negócios jurídicos deve corresponder ao que as partes razoavelmente negociariam no momento da celebração, considerando, para isso, as demais disposições do contrato e a racionalidade econômica das partes.

O contrato deve, portanto, ser interpretado em sua integralidade, cabendo ao intérprete, na medida do possível, aferir qual era a vontade das partes ao negociarem os termos da convenção processual. Além disso, diante de convenção processual válida, presume-se que as partes estavam cientes das consequências de suas manifestações de vontade e, naquele momento, elas lhes pareceram convenientes.

Além disso, é importante verificar se eventuais renúncias ou limitações probatórias culminaram em vantagens à parte, a fim de

26 Sobre a necessária racionalização dos recursos disponíveis, com o objetivo de otimizar o sistema judicial, cf. GONÇALVES, Gláucio Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, n. 66, jan/jun, 2015, p. 291-326.

27 BIAVATI, Paolo. Flexibilidade, simplificação e gestão do processo civil: A perspectiva Italiana. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (Org.). *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 229.

evitar que o desrespeito a tais convenções acarrete desequilíbrio da relação contratual substancial. As relações processual e material não podem ser dissociadas na interpretação do contrato.

A Lei n.º 13.874/2019 também introduziu ao Código Civil o parágrafo único do art. 421, que dispõe que, nas relações contratuais privadas, prevalecerão os princípios da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual. O referido dispositivo legal é reflexo do princípio da “intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”, adotado pela referida Lei em seu art. 2º, III.

Logicamente, nem todas as convenções processuais probatórias derivarão de negociação com fins econômicos, contudo tal caráter não pode ser desconsiderado, até mesmo pela possibilidade de uma convenção estar atrelada diretamente a uma vantagem econômica, como é o caso da concessão de desconto negocial em troca de renúncia a determinadas provas que podem, estrategicamente, afetar o resultado de demanda futura ou, ainda, prolongar o tempo de solução do litígio.

O referido dispositivo enaltece o respeito à autonomia privada em detrimento das revisões judiciais do que foi pactuado. Assim, diante de uma convenção processual probatória válida firmada em contrato que verse sobre relações privadas, a intervenção judicial deve ser mínima e subsidiária, enquanto a revisão contratual deve ser excepcional.

Em síntese, as balizas interpretativas ora delineadas parecem sinalizar para o imprescindível respeito às convenções processuais probatórias que visem restringir os meios de provas a serem produzidas, devendo o juiz se abster de determinar, de ofício, a produção de provas não desejadas pelas partes.

6.1.2 Possibilidade de desistência da ação e de renúncia ao bem litigioso como argumento favorável à prevalência da convenção processual probatória

Para além dos primeiros apontamentos anteriormente realizados, é importante reafirmar que, conforme redação do art. 190 do CPC/15, as convenções processuais só são admitidas em litígios que versam sobre direitos que admitam autocomposição.

Registre-se que são as partes que definem os contornos da demanda, elegem os fatos que compõem sua causa de pedir, alegam fatos constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos do direito, assim como determinam os fatos controversos que serão objeto de prova, vinculando o juiz²⁸.

Além disso, depois de proposta a ação, as partes podem transigir, o autor pode desistir da demanda ou renunciar ao seu direito, enquanto o réu pode reconhecer a procedência do pedido²⁹. Em nenhuma dessas situações caberá ao juiz analisar a conveniência dos atos de disposição, razão pela qual, sendo válidos, resta ao juiz – quando a lei ou a convenção assim dispuser – homologá-los.

Assim, não admitir rearranjos processuais relativos à produção probatória, quando as partes podem, inclusive, renunciar ao bem jurídico litigioso, parece ilógico. É a aplicação da máxima “quem pode mais pode menos”: se a parte pode desistir da própria demanda ou renunciar ao direito que afirma ter, é razoável que possa renunciar a meio de prova que entender desnecessário ou demasiadamente oneroso.

6.1.3 Poderes instrutórios do juiz: poderes subsidiários ou autônomos?

Inicialmente, frisa-se que os poderes instrutórios do juiz ganham contornos distintos a depender do modelo de processo em que estão inseridos. Enquanto no modelo adversarial de processo – informado pelo princípio dispositivo – cabe às partes a iniciativa probatória e não compete ao juiz perseguir a verdade dos fatos, no modelo publicista – informado pelo princípio inquisitivo – o poder instrutório tem o propósito de permitir a completa investigação sobre os fatos, razão pela qual são atribuídos maiores poderes ao juiz, cabendo-lhe uma postura mais ativa na fase instrutória³⁰. O modelo cooperativo de processo busca, por sua vez, o equilíbrio participativo entre as partes

28 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *A Disponibilidade Processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 52.

29 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *A Disponibilidade Processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 52.

30 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 2, p.100-102.