

Fernando Antonio Maia da Cunha
Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto
(Coords.)

DIREITO

EMPRESARIAL

APLICADO **VOL. 4**

PREFÁCIO **Marco Aurélio Bellizze**
MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Andréa Galhardo Palma
Ana Beatriz Bulhões Tosta
Alexandre Domingues Serafim
Arthur Ferrari Arsuffi
Beatriz Valente Felitte
Cesar Ciampolini Neto
Clarissa Somesom Tauk
Daniel Carnio Costa
Daniella Gheler Zampietro
Denise Vital e Silva
Eduardo Azuma Nishi
Fernando Antonio Maia da Cunha
Frederico dos Santos Messias
Gabriel de Orleans e Bragança
Georges Abboud
Guilherme de Paula Nascente Nunes
Homero Batista Mateus da Silva
João de Oliveira Rodrigues Filho
Joice Ruiz Bernier
José Guilherme Di Rienzo Marrey

Jorge Tosta
Leonardo Fernandes dos Santos
Maíra de Melo Vieira Temple
Marcelo Barbosa Sacramone
Maria Fabiana Seoane Dominguez Sant'ana
Maria Rita Rebello Pinho Dias
Mariana Hofmann Fuckner
Octaviano Bazilio Duarte Filho
Octavio Weicker Valverde Gutierrez
Oreste Nestor de Souza Laspro
Paulo Dias de Moura Ribeiro
Paulo Roberto Grava Brazil
Pedro Rebello Bortolini
Ralpho Waldo de Barros Monteiro Filho
Ronaldo Vasconcelos
Sidney Pereira de Souza Junior
Tatiana Flores Gaspar Serafim
Thais D'angelo da Silva Hanesaka
Thiago Lourenço
Thomaz Luiz Sant'ana



CAPÍTULO XXI

PRODUÇÃO DE PROVAS EM CONFLITOS EMPRESARIAIS: A ANÁLISE ECONÔMICA COMO PARÂMETRO ESSENCIAL DO PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR

ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO

BEATRIZ VALENTE FELITTE

1 O objeto do artigo e sua pertinência

Muito nos honra o convite para discutir temas do Direito Empresarial, especial seara do cotidiano forense, rica em peculiaridades próprias de sua natureza e de inegável impacto social, econômico e até mesmo regulador do mercado.

Para o limitado escopo do presente artigo, optou-se por um recorte específico sobre aspecto processual de extrema relevância

que, em conflitos empresariais, ganha contornos próprios: as especificidades da produção de provas nesse tipo de controvérsia.

O tema é instigante e merece atenção por se mostrar um ambiente de necessária compatibilização de dois aspectos, a princípio, destoantes: de um lado, o alto grau de “disponibilidade” dos direitos debatidos em litígios empresariais, em que partes *geralmente* hipersuficientes e em paridade de condições, bem assessoradas tecnicamente, adotam posturas processuais com base em estratégica análise econômica de riscos; de outro lado, a regra geral dos poderes instrutórios do julgador e do árbitro, positivada no art. 370 do Código de Processo Civil (“CPC”) e também no art. 22 da Lei de Arbitragem (Lei Federal n. 9.307/1996), permitindo ao órgão julgador – independentemente da natureza da controvérsia – a determinação, até mesmo de ofício, das provas necessárias ao julgamento do mérito da demanda e o indeferimento de provas que fundamentadamente lhe parecerem inúteis ou meramente protelatórias.

Essa compatibilização não é simples. No cotidiano contencioso, aliás, não é incomum nos depararmos com situações em que há ingerência dos órgãos julgadores sobre os meios de provas pretendidos pelas partes neste tipo de conflito – promovida, muitas vezes, com base em fundamentos distintos daqueles que, a rigor, justificaram o interesse da parte na produção da prova.

Entendemos que esse *descasamento* quanto à análise da pertinência, necessidade e utilidade da produção de determinada prova, em grande parte dos casos, pode ser resolvido ou ao menos mitigado mediante a obrigatória análise, pelos órgãos julgadores, do racional econômico envolvido na pretensão da parte. A despeito de não haver previsão legal específica contemplando tal necessidade, entendemos que há fundamentos processuais já existentes a justificar essa orientação.

É sobre tal tema que nos ocuparemos nos itens a seguir, com os limites que o reduzido artigo nos impõe.

2ª premissa: os poderes instrutórios do julgador como realidade de nosso sistema processual

O poder(-dever) do julgador de determinar, inclusive de ofício (sem o requerimento expresso de qualquer das partes), a produção de provas a permitir o melhor julgamento da controvérsia é uma realidade do sistema processual brasileiro.

No âmbito judicial, o art. 370 do CPC é expresso ao estabelecer que “*caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito*” e seu parágrafo único, na mesma linha, atribui ao magistrado, de forma imperativa, o poder-dever de, fundamentadamente, indeferir “*as diligências inúteis ou meramente protelatórias*”.

No âmbito da arbitragem, o art. 22 da Lei n. 9.307/1996, desde sua promulgação original, também autoriza o árbitro e o tribunal arbitral a “*tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício*”.

A maior ou menor limitação de tal poder é objeto de discussão doutrinária já antiga – e, ainda assim, não uniforme entre os diversos sistemas processuais. E sequer é possível falar em “tendências” mais ou menos uníssonas com base na divisão entre os sistemas jurídicos conforme sua raiz de *Civil Law* ou *Common Law*.

Já no início dos anos 1900, a ZPO austríaca previa o aumento dos poderes do juiz como forma de permitir uma melhor gestão do processo pelo juiz e evitar que as partes, sem maior controle, alongassem demasiadamente o tempo processual. Em 1919, sob proposta legislativa de Chiovenda, incorporou-se essa ideia de ampliação dos poderes do juiz na Itália, ocasião em que grandes críticas foram feitas pelo caráter dito *autoritário* de tal inovação, em meio a um regime fascista. Mesmo com tal ampliação dentro desse contexto histórico, diz-se que na Itália vigeria um “*princípio dispositivo atenuado*, em

que prevalece a iniciativa da parte quanto à produção da prova, exercendo o juiz papel meramente subsidiário”.¹

O movimento em favor dessa ampliação irradiou para diversos países e, em especial, ao Brasil. Segundo Barbosa Moreira,² com o realce do “elemento publicístico do processo”, passou-se a admitir poderes de iniciativa ao órgão judicial sem que tais poderes representassem uma “ingerência descabida na vida dos litigantes”, como se entendia até então.

Mas, como dito, nem mesmo todos os sistemas de raiz de *Civil Law* compactuam com esse racional. O sistema espanhol é amplamente conhecido por garantir amplo direito à produção de provas pelas partes e, ainda que se admita a iniciativa do órgão jurisdicional a determinar a produção de determinadas provas, se repele de modo geral essa tendência a uma ampliação dos poderes, em especial instrutórios, do julgador. Nesse sentido, Joan Picó i Junoy,³ por exemplo, destaca que na análise da utilidade de uma prova, jamais poderia um julgador denegar sua produção por entender que esta não chegaria ao resultado pretendido para a demanda pois essa valoração pode ser feita apenas com a prova já produzida e sua pré-valorização poderia prejudicar não apenas o direito da parte à produção da prova, como o próprio julgamento do caso. Ainda, o mesmo se aplicaria para eventual denegação com base no argumento de que o material probatório produzido já seria suficiente pois, segundo o autor, a

¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, item 3.3.1 (versão eletrônica).

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O processo, as partes e a sociedade”. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, 2004, p. 195.

³ JUNOY, Joan Picó I. “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal em el nuevo proceso civil español”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, pp. 545/546. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2554/31.pdf>. Acessado em: 05.04.2024.

quantidade não supera a qualidade das provas, ferindo igualmente o direito do litigante e implicando pré-julgamento.

E mesmo quando analisamos sistemas típicos de *Common Law*, a ampliação dos poderes do órgão julgador em relação à instrução da demanda é um traço perceptível – e, igualmente, não uniforme. Não se questiona que a origem em um modelo adversarial de *Common Law* é, por si só, elemento de divergência com o modelo inquisitorial típico de *Civil Law* apto a refletir no protagonismo das partes ou do julgador na produção da prova. No entanto, ainda assim a origem do modelo não define exatamente tal preponderância. Michele Taruffo,⁴ há tempos, esclarece ter havido uma aproximação entre os sistemas de *Civil Law* e *Common Law* e, ao mesmo tempo, um distanciamento entre as práticas processuais do sistema norte-americano e aquelas do sistema inglês, especialmente no que se refere à ampliação dos poderes do julgador. Segundo o autor, tal diferenciação decorreria do fato de que a realidade dos EUA é de uma clássica vivência ideológica liberal (em que a liberdade das partes e de seus advogados no âmbito processual reflete uma característica do modo de vida liberal da sociedade) e que a Inglaterra, por já ter vivenciado uma experiência europeia de pós-guerra, passou por uma crise do liberalismo, não se cogitando mais da noção de “Estado mínimo” diante de tudo o que já se viveu – o que, por consequência, implica um natural afastamento do modelo neoliberal de processo civil e, em contrapartida, uma aproximação maior à noção de participação mais ativa do órgão jurisdicional na condução a controvérsia. Assim, no sistema inglês, se antes “os litigantes resolviam livremente que provas produzir e, em grande parte, quando e como produzi-las”,⁵ com as *Civil Procedure Rules* de 1999, mesmo que o juiz não seja ainda autorizado a determinar provas de ofício, ganhou poderes

⁴ TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madri: Marcial Pons, 2012, pp. 131-133.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A revolução processual inglesa: temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 77.

como “indicar às partes as questões a cujo respeito entende necessitar de prova”, “especificar a natureza da prova de que carece para resolver essas questões”, “excluir prova” e “nomear assessores para assistir o juiz em assuntos de sua especialidade, inclusive preparando relatórios sobre questões discutidas e aconselhando o tribunal a respeito no *trial*”.

De fato, ressalvadas as diferentes escolhas ideológicas entre os sistemas jurídicos e superada essa discussão sobre a noção de privatismo x publicismo do processo civil, com a inquestionável prevalência do segundo, hoje se mantém firme e clara no Brasil – e em diversos outros países, como mencionado acima – a ideia de que o órgão julgador é um agente de contribuição ativa, em maior ou menor escala, para o processo civil e detém, realmente poderes-deveres de instrução da demanda em que atua.

É dessa premissa que se parte para as demais conclusões.

3 As controvérsias empresariais e a prevalência do interesse particular

Nos ensinou Barbosa Moreira que “não há processo que interesse exclusivamente às partes e não ecoe na paisagem da sociedade”, de modo que “em todo o qualquer feito existe uma dimensão de interesse público”.⁶ Exatamente no mesmo sentido, Remo Caponi⁷ também defendeu que a dicotomia entre direito público e direito privado é uma polaridade “como a luz de uma estrela que ainda se irradia, muito tempo depois que sua fonte é já exaurida” e que hoje seria melhor falarmos em um direito intermediário.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O processo, as partes e a sociedade”. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, 2004, p. 193.

⁷ CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civile: gli accordi processual*. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais). 2ª ed. Salvador: JudPodivm, 2016, p. 217.

O ensinamento é irretocável e contra ele não há impugnação a ser feita.

De fato, independentemente da natureza do direito material debatido em juízo, não se questiona que o processo civil ostenta um importante papel de instrumento de direito público do exercício da jurisdição e, como ambiente de exercício desse poder, é pautado sempre e incondicionalmente pelo atingimento de seus escopos social (pacificação com justiça, promovendo educação e segurança jurídica), político (afirmação do poder de um Estado pacificador e garantidor da liberdade e da participação do cidadão) e jurídico (atuação da vontade concreta da lei).⁸

Considerar que há conflitos que, em maior ou menor escala, têm uma prevalência ora mais voltada à tutela de interesses puramente particulares, ora mais voltada a interesses públicos não infirma essa assertiva. A régua dos interesses tuteláveis pela jurisdição permite, aliás, a conclusão de que mesmo conflitos envolvendo bem da vida particular entre dois particulares pode representar discussão que afeta a toda uma coletividade.

O cotidiano forense nos brinda com diversos exemplos nesse sentido. Ação movida por consumidor contra instituição bancária em que se discuta abusividade de cláusula firmada em contrato de adesão é um exemplo clássico do quanto um conflito aparentemente particular pode ter efeitos a toda uma coletividade, seja por sua repetição em todo o território nacional e seu consequente impacto a toda essa coletividade, seja pela necessidade de padronização e uniformização do entendimento de nossos Tribunais para a garantia de segurança jurídica e até regulação de um setor do mercado.

Outro exemplo clássico – e já não tão recente – foi a judicialização, via ações individuais e envolvendo pretensões tipicamente

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 180-182.

particulares, da discussão sobre a abusividade da cobrança de corretagem em relações de compra e venda de imóveis adquiridos “na planta” e do prazo de tolerância de 180 dias para conclusão das obras e entrega das chaves aos adquirentes. A repetição da matéria, pulverizada em ações individuais, mas com evidente interesse público, envolvido em função da importância do setor imobiliário e seu impacto social, ensejou tratamento excepcional, firmando-se, em 2016 e 2017, a uniformização dos temas no Recurso Especial 1.599.511-SP (Tema 938) Recurso Especial 1.582.318-RJ, respectivamente.

É possível apontar diversas outras situações em que isso ocorre, como, por exemplo, demandas individuais relacionadas a direitos envolvendo saúde, educação, consumo, meio ambiente, entre outros. Sobre o tema, com acerto, Carlos Alberto de Salles aponta justamente que é possível a “apresentação individual de muitos dos chamados direitos sociais” e até mesmo que a “veiculação de um direito social, mesmo apresentado de forma individual, resultar em um benefício coletivo”, de modo que pode haver uma “sobreposição das facetas individual e coletiva de um mesmo direito”.⁹

Essa situação fica ainda mais nebulosa quando se está diante de direitos individuais homogêneos, ou seja, aqueles que, mesmo individuais, ensejam uma apreciação diferenciada por admitirem uma “defesa coletiva”, não obstante não se trate de direito coletivo. Sem prejuízo dos importantes instrumentos processuais hoje previstos para uma abordagem mais uniforme de tais direitos, como o Incidente de Assunção de Competência (para situações em que a questão de direito envolva grande repercussão social sem repetição em múltiplos processos, cf. art. 947 do CPC), o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (para situações em que há repetição de questão de direito e risco de ofensa à isonomia e segurança

⁹ SALLES, Carlos Alberto de. “Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil”. In: _____ (Coord.). *As grandes transformações do Processo Civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, pp. 800-803.

jurídica, cf. art. 976 do CPC), fato é que, em tais casos de maior latência do interesse público do direito individual, é admissível se cogitar de uma atuação mais proativa e participativa do julgador, especialmente em termos de instrução probatória e formação de elementos de convicção que têm o condão de impactar não apenas o julgamento em primeiro grau, mas também a apreciação do caso e seus efeitos nas instâncias superiores, diante do cabimento dos instrumentos processuais acima.

Não é essa, contudo, a realidade de grande parte dos litígios estritamente empresariais – aqueles que envolvem cumprimento de obrigações contratuais pontuais e específicas entre particulares, pagamento de quantias devidas, revisão de preço e demais condições contratuais, reconhecimento de culpa por inadimplementos e respectivas atribuições de suas consequências, etc.

Apesar de nem sempre ser possível afastar totalmente o interesse “público” de tais demandas (pois, por exemplo, o inadimplemento de uma obrigação por um cliente pode levar em fornecedor a não ter recursos para pagar seus funcionários, impactando na oferta de emprego de um local; ou ainda, a revisão de preço de um insumo pode afetar a produção de produtos, tornando inviável economicamente a fabricação de determinados itens ao mercado consumidor), nos parece muito evidente que tais controvérsias têm uma prevalência muito maior do interesse meramente particular do que interesse público.

Nesse contexto, o exercício dos poderes instrutórios do juiz e do árbitro deve de amoldar às peculiaridades relacionadas ao aspecto de direito material da controvérsia que é colocada à apreciação e julgamento pelos órgãos jurisdicionais e não é diferente com os conflitos empresariais, especialmente esses em que o interesse particular é prevalente ao interesse público eventualmente envolvido na controvérsia.

Como já se adiantou, geralmente, as controvérsias empresariais são qualificadas pelas seguintes características: (i) “disponibilidade” dos direitos debatidos, (ii) partes hipersuficientes e assessoradas por

profissionais com expertise (jurídica, econômica, administrativa etc.), (iii) partes em presumida paridade e simetria de condições, especialmente considerando a disposição do art. 421-A do Código Civil brasileiro de que “os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção”, (iv) partes cuja atuação e tomada de decisão – seja ela empresarial ou processual, já na própria condução do litígio – se pautam por avaliação de riscos, inclusive (e especialmente) sob o viés econômico (avaliação esta que, na seara contratual, também é protegida pelo legislador civilista, nos termos do art. 421-A, II, incluído pela Lei n. 13.874/2019),¹⁰ entre outras características.

Tais peculiaridades dos litígios puramente empresariais demandam atuação jurisdicional diferenciada, justamente de modo a ajustar a consecução dos escopos da jurisdição a esse tipo de conflito. Nas palavras do sempre presente Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,¹¹ “não basta tão somente o estudo da técnica”, o processo deve ser visto como “fenômeno cultural [que] se conforma em razão dos valores imperantes em determinada sociedade, das suas ideias, utopias, estratégias de poder, fatores sociais, econômicos e políticos”, padecendo de “grave miopia” o processualista que ignore a realidade social.

Justamente diante dessa necessidade de que o poder-dever dos órgãos julgadores se exerça de modo sempre fiel e limitado à consecução dos escopos do processo é que já afirmamos, em outra

¹⁰ “Art. 421-A – Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (...) II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”.

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Cappelletti e o Direito Processual brasileiro*. vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 16.

oportunidade (especificamente voltada à revisão judicial de disposições contratuais),¹² que a interferência jurisdicional deve ter maior ou menor intensidade “a depender do interesse do Estado em regular determinadas relações e mercados”, sendo defendida, naquela sede, a necessidade avaliação de 4 (quatro) critérios: a natureza e/ou tipo de contratação e as disposições legais a ela pertinentes, a vulnerabilidade das partes impactadas pelos efeitos do contrato, a lógica da contratação dentro do mercado em que se insere e o seu impacto no interesse público.

Entendemos que a mesma preocupação se faz presente em termos de instrução probatória dentro do ambiente processual, seja ele judicial ou arbitral, mesmo que a lei não faça expressamente essa diferenciação.

Tal entendimento, é bom que se diga, não é um consenso na doutrina.

Há quem defenda, de um lado, que a disponibilidade do direito material não interfere na aplicação do direito processual. Nesse sentido, Bedaque¹³ afirma que o princípio dispositivo é um “princípio relativo à relação material, não à processual” e que, embora a relação processual “nasça e se desenvolva em função da segunda, isso não quer dizer que os princípios relativos a uma relação privada possam influenciar a relação processual”, concluindo que “o processo, como instrumento da atividade jurisdicional do Estado, é um só, sendo irrelevante se a matéria discutida é civil, penal, disponível ou indisponível”.

Entretanto, a orientação ora adotada não é voz única. Em favor dessa necessária consideração da natureza do direito material para

¹² FELITTE, Beatriz Valente. *Os limites dos poderes do juiz na revisão de contratos*. São Paulo: USP, 2018, pp. 50/51. (Tese de Doutorado).

¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 (versão eletrônica), item 3.3.1 e item 3.5.

fins de dosagem de poderes-deveres processuais, Flávio Yarshell¹⁴ também entende que “ainda que a verdade processual seja conceitualmente única, podem e devem ser diferenciadas as atividades de instrução por iniciativa do juiz conforme dados contidos na relação de direito material” e que “nada impede – e, pelo contrário, tudo aconselha – que, no exercício do poder de instrução, o magistrado considere a natureza da relação de direito material e que, vigorando, ali, disponibilidade resultante das regras jurídicas correspondentes, deixe a cargo das partes a produção da prova. Vale dizer: a disponibilidade do direito material autoriza que o juiz minimize sua iniciativa em troca da maior atuação dos interessados”. Nos filiamos exatamente a essa linha de orientação.

4 A importância da análise econômica em litígios empresariais como parâmetro para o exercício dos poderes instrutórios do julgador

Demonstrado o ponto de partida de que, a despeito de os poderes instrutórios do julgador serem uma realidade em nosso ordenamento, se faz necessária sua ‘calibração’ em conflitos em que há uma prevalência de interesses particulares, como ocorre nos litígios tipicamente empresariais, o passo seguinte é reconhecer que, nessas demandas, a análise sob a perspectiva econômica é um parâmetro essencial para o exercício mais limitado de tais poderes instrutórios.

E não poderia ser diferente pois, como já afirmou Luiz Fux,¹⁵ “a justiça consiste em um mercado, cujo bem de consumo corresponde

¹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 119/120. E complementa defendendo que “É natural, nessa medida, que a disponibilidade vigente na relação de direito material, em alguma medida, penetre no processo, dando maior ênfase para os encargos das partes e, portanto, menor intensidade para a iniciativa oficial”.

¹⁵ FUX, Luiz. “Uma visão otimista da justiça brasileira, sob a perspectiva da análise econômica do processo civil”. *Revista de Análise Econômica*

à prestação jurisdicional, em torno do qual gravitam as interações mercadológicas, permitindo, assim, classificá-las como um bem comum”.

Nesse contexto, mesmo que não haja uma previsão legal específica nesse sentido, entendemos que já existem fundamentos processuais previstos em nosso ordenamento a justificar essa necessária compatibilização dos poderes instrutórios do julgador à natureza tipicamente empresarial de um litígio. São eles:

a) A superação da ideia de que o julgador é o “único” destinatário da prova

O primeiro fundamento a justificar a necessária compatibilização dos poderes instrutórios à natureza empresarial do conflito é a atual superação da ideia de que o julgador seria o único destinatário da prova. De fato, o é na medida em que emprega os elementos de prova na formação de sua convicção para o julgamento da causa, em livre, racional e motivado convencimento. Mas certamente não é o único.

A ideia não é nova e já havia sido defendida por Flávio Luiz Yarshell,¹⁶ para quem “a prova é também dirigida às partes, como elemento determinando de suas condutas, em juízo e fora dele”.

Com acerto, a ideia de “direito (autônomo) à prova” ganhou novos contornos com a introdução, no art. 381 do CPC, com a reforma de 2015, a figura da produção antecipada da prova independentemente da urgência de sua produção, inclusive nas hipóteses em que a prova “seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” ou ainda quando o

do Direito. vol. 1. São Paulo: RT, jan.-jun. 2021, item 3.
¹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 111.

“prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

Independentemente do formato de sua produção – se de modo antecipado, ou no curso da própria demanda – a discussão trouxe um novo paradigma à instrução processual: as provas têm como reais destinatários não apenas o julgador, mas também os sujeitos processuais interessados em seus resultados.

Essa ainda não é uma realidade nos julgamentos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sendo comuns acórdãos da Corte Federal que confirmem, independentemente da natureza do litígio em questão, que *“o destinatário final da prova é o juiz, a quem cabe avaliar quanto a sua efetiva conveniência e necessidade”*¹⁷ e que *“cabe ao magistrado, como destinatário final, (...) a interpretação da prova necessária à formação do seu convencimento”*.¹⁸ E no âmbito dos Tribunais locais ainda é bastante comum a reprodução desse entendimento tanto para o exercício do poder-dever instrutório *negativo* (indeferimento de provas) quando *positivo* (solicitação de provas não requeridas pelas partes).

Nos parece, contudo, que especialmente em controvérsias empresariais, a constatação de o julgador não ser o *único* destinatário da prova deve necessariamente ser ponderada quando do exercício do poder instrutório (tanto positivo, quanto negativo) do julgador e, nessa ponderação, é essencial o impacto da análise econômica aplicada ao processo civil. Destacamos algumas razões para isso:

- a) nas controvérsias empresariais as partes envolvidas são as que detêm o maior e melhor detalhamento *técnico* sobre a atividade desenvolvida, as obrigações avençadas e, conseqüentemente,

¹⁷ STJ, AgInt no AResp 2126957-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 06.03.2023.

¹⁸ STJ, AgInt no AResp 1525948-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 22.03.2021.

sobre quais as provas necessárias para confirmar os direitos que envolvem a disputa.

Como se sabe, o julgador não possui conhecimento técnico e, ainda que o possua, deve ser necessariamente assistido por perito nas situações em que a prova do fato controvertido depende de conhecimento técnico ou científico (arts. 156, 375 e art. 464, §1º, I, CPC).¹⁹ Aliado a isso está o fato de que o sujeito processual no litígio empresarial é, do ponto de vista informacional, hipersuficiente – vale dizer, é sujeito que conhece com expertise o seu setor, sua atividade produtiva, seu mercado e os racionais de assunção e distribuição de ônus e riscos que regem as relações comerciais (e jurídicas) mantidas pela sociedade no exercício de sua atividade social.

Por tais razões, parece ferir essa própria realidade a situação em que uma prova requerida pela parte (ou até mesmo conjuntamente pelas partes) seja indeferida pelo julgador sob o entendimento de ser *desnecessária* ou, ainda, seja substituída por prova de outra natureza, diversa daquela pretendida pelas partes.

Assim, por exemplo, em uma ação tipicamente empresarial em que se discuta se houve superfaturamento de preço em uma operação de compra e venda de terreno para construção e implementação de uma planta industrial, se uma das partes (seja a vendedora proponente do preço, seja a adquirente que aceitou o preço) entende que

¹⁹ Esse entendimento já foi manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça há mais de uma década, ao se afirmar que “a realização da prova pericial, quando o fato a ser demonstrado exigir conhecimento técnico ou científico, é um direito da parte, não podendo o magistrado indeferi-la, ainda que possua capacitação técnica” e que “em se tratando de matéria complexa, em que se exige o conhecimento técnico ou científico, a perícia deve ser realizada. O juiz, ainda que não esteja vinculado às conclusões do laudo pericial, não pode realizar os cálculos ‘de próprio punho’. Isso porque, com a determinação da perícia, as partes terão a oportunidade de participar da produção probatória, com a nomeação de assistentes técnicos e a formulação de quesitos” (STJ, AgRg no AREsp 184563/RN, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 16/08/2012).

a melhor prova para a demonstração do critério de precificação do negócio é uma perícia econômico-financeira, nos parece ser totalmente desacertado que o julgador indefira a produção de tal prova, ou pior, que substitua tal prova por uma mera avaliação de engenharia. Trata-se de hipótese que, a rigor, implicaria indevido cerceamento do direito de defesa, ignorando totalmente o direito da parte de demonstrar o racional econômico de sua precificação. Nesta situação, se o preço foi ofertado com base em critérios especiais e peculiares de uma dada situação (por exemplo, uma janela específica de oportunidade no tempo, momento financeiro da empresa, situação da economia local, perfil do comprador, aspectos concorrenciais de players específicos do setor, risco do negócio em um momento determinado, etc.) uma perícia de engenharia meramente comparativa com operações “similares” não refletirá o critério de precificação efetivamente empregado naquele caso.

Assim, se o julgador decidir pela produção de prova de natureza diversa da requerida, há risco de que seu resultado conduza a uma convicção sem qualquer subsunção às reais necessidades do caso concreto. O indeferimento da prova nesse exemplo, de igual forma, também se mostra prejudicial. Primeiro porque elimina o direito da parte à produção da melhor prova (ou talvez da única prova) capaz de demonstrar seu próprio direito e impede que o racional econômico que levou à precificação objeto da própria lide seja comprovado e, conseqüentemente, valorado na demanda. Com isso, ignorar o componente econômico significaria ignorar a própria tutela jurisdicional pretendida pelo jurisdicional. Segundo porque impede o julgador mesmo de se permitir ser influenciado por conclusões técnicas para a formação de sua convicção, como *um dos* destinatários da prova – a bem da verdade, implica formar uma convicção antes mesmo de conhecer o teor da prova, o que não parece se coadunar com a ideia de *livre convencimento racional e motivado* (e, logo, minimamente *informado*) – art. 371, CPC. Terceiro porque, caso se entenda pelo indeferimento ou substituição por outra prova de natureza diversa, no mínimo, a fundamentação da decisão deveria

enfrentar expressamente as razões de fundo econômico que justificam tal impertinência por ser esse, a rigor, o verdadeiro elemento a justificar, sob a ótica da parte, a escolha pela produção ou não de uma determinada prova; caso o risco da produção da prova não fosse proveitoso à demonstração do direito alegado, a própria parte sequer protestaria pela produção da prova.

Infelizmente, ainda se encontra bastante resistência a essa conclusão em nossa jurisprudência, sendo recorrentes os julgados reconhecendo a posição do julgador como destinatário soberano das provas. Não obstante, julgados pontuais mais recentes do Tribunal de Justiça de São Paulo são animadores ao indicar uma tendência justamente no sentido ora proposto – de que, especialmente em controvérsias empresariais em que as Partes detêm conhecimento qualificado sobre a pertinência e objetivos da prova –,

o destinatário imediato das provas é o processo, do qual participam não apenas o juiz de primeiro grau, mas também os juízes dos tribunais incumbidos da reapreciação das provas, em caso de eventual recurso, bem assim as partes e todos aqueles que, direta ou indiretamente, atuam no processo e que possam vir a fazer uso das provas.²⁰

É uma fonte de esperança, enfim.

- b) o resultado da produção de determinada prova pode ser condição essencial para a avaliação de risco do processo e da própria atividade empresarial e, com isso, permitir a composição amigável entre as partes antes do julgamento do caso, justamente pela perspectiva de ganhos-perdas econômicos decorrentes dos efeitos de potencial condenação.

²⁰ TJSP, AI n. 2082244-83.2022.8.26.0000, Rel. Des. Jorge Tosta, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 24.09.2022.

O último relatório Justiça em Números 2023 disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) nos dá conta de que, no exercício 2022, o índice de conciliação geral do Poder Judiciário foi de 18% na fase de conhecimento, 0,9% na fase recursal e 9% na fase executiva,²¹ indicando clara predominância da autocomposição justamente na fase processual em que se dá a produção de provas. Quando limitamos a análise de dados à Justiça Estadual (que concentra os casos de natureza puramente empresarial se comparada à Justiça do Trabalho ou à Justiça Federal), o índice de acordos em primeiro grau é de 12,5% em comparação aos 0,7% de acordos em segundo grau, sendo que, nas composições em primeiro grau, a maioria é firmada em fase de conhecimento e não em execução,²² confirmando-se essa leitura da importância da instrução probatória para fins de facilitação da composição.

De fato, com o resultado efetivo das provas conhecido pelas Partes – independentemente da valoração de seu conteúdo pelo julgador, que é apenas um de seus possíveis destinatários – elas podem, elas próprias, avaliar o risco de prosseguimento da demanda com mais clareza e transparência em relação ao prognóstico de perda e, com base em tal avaliação, buscar ou não o encerramento da controvérsia por meio de uma composição com a parte contrária, reduzindo financeiramente sua exposição, seja em termos de desembolso com uma obrigação de pagar, inclusive sucumbência, seja em função de possíveis impactos econômicos no mercado (p.ex., efeito “dominó” em relações com clientes ou fornecedores similares) ou mesmo reputacionais (p. ex., repercussão negativa à imagem perante

²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2023*. Brasília: 2023, p. 193. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acessado em: 07.03.2024.

²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2023*. Brasília: 2023, pp. 196/197. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acessado em: 07.03.2024.

o mercado ou público consumidor). Isto é, a produção da prova requerida (e valorada) pela própria parte teria o condão de pacificar o litígio, evitar uma apreciação eventualmente equivocada ou insuficiente pelo julgador e, ao mesmo tempo, pautar uma mudança da própria conduta da empresa em sua atividade mercadológica por livre apreciação de seus riscos à luz de uma prova.

c) o indeferimento de determinada prova apontada como necessária e pertinente pela parte sob o entendimento de que prejudicaria a celeridade do processo desconsidera que a garantia da razoável duração do processo deve se pautar pelas características peculiares de cada demanda e não por um *standard* padronizado de tempo processual.

Sobre este ponto, não são raras as decisões de indeferimento de produção de provas sob a justificativa de que, inúteis ou desnecessárias à luz dos demais elementos já produzidos, apenas ocupariam a marcha processual implicando delonga excessiva à tramitação do processo. A justificativa genérica, contudo, não parece acertada à luz da análise do processo sob a perspectiva econômica. Especialmente em litígios empresariais, o ajuizamento de uma demanda reflete quase sempre a tomada de uma decisão informada, previamente discutida e aprovada pelos escalões diretivos das empresas com base em análises de risco, prognóstico de perda e estimativa de custo (emprego de recursos financeiros, humanos e de tempo, principalmente).

Em outras palavras, a depender da complexidade e da importância estratégica da demanda, é ponderado pela própria parte que determinada prova, mesmo custosa e demorada, pode lhe ser essencial à prova de determinado fato relevante ao conflito e, por vezes, à própria razão de ser de sua atividade. É desejável, portanto, que se empregue esse tempo e esse custo para um resultado jurisdicional mais *justo e efetivo*. A *razoável* duração deste processo, portanto, pode significar um *tempo* maior de tramitação do processo e um desembolso maior de *custo* (p. ex., honorários periciais, honorários de assistente técnico, tempo dos sujeitos processuais para oitiva de

testemunhas ou colheita de depoimentos etc.) e essa majoração de custos do ponto de vista econômico do processo é salutar à entrega de uma tutela jurisdicional adequada ao caso. Imprimir uma maior celeridade nessas hipóteses com base apenas no poder instrutório do julgador sem o enfrentamento dessas particularidades econômicas implicaria oferecer um serviço jurisdicional inadequado, injusto e destoante de seus escopos.

b) As Convenções Processuais e a opção ideológica do legislador processual pelo enaltecimento ao autorregramento das Partes

O segundo fundamento que pode ser apontado para endossar a conformidade de uma menor interferência probatória do julgador em controvérsias tipicamente empresariais reside na opção ideológica feita pelo legislador processual de 2015 em referendar o enaltecimento do autorregramento das partes, especialmente ao permitir aos litigantes em processos que versem sobre direitos que admitam autocomposição “*convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*” (art. 190, CPC).

Como ensina Fredie Didier Jr., “*processo e liberdade convivem*” e o “*discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário*”.²³

O tema ainda é regado a diversas polêmicas, principalmente em relação aos limites de tal autorregramento e da vinculação do julgador ao seu conteúdo. Uma delas reside justamente na discussão

²³ Em complemento, o autor afirma que o poder de autorregramento da vontade das partes, como expressão da liberdade constitucionalmente garantida em nosso sistema, é um elemento essencial ao processo civil democrático e ao próprio devido processo legal (DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 19).

sobre a coexistência entre a predefinição pelas Partes em matéria probatória e os poderes instrutórios do julgador.

De um lado, entre os defensores da nova tônica de divisão de atribuições entre os sujeitos processuais, advoga-se a ideia de que, nas demandas que autorizem o uso da convenção processual, as disposições sobre prova pactuadas entre as Partes devem ser observadas pelo julgador.²⁴

O fundamento aqui, inclusive, está em linha com o item anterior, no qual se demonstrou estar superada a concepção de juiz como único destinatário da prova. Como se vê, a disposição positivada em nosso sistema processual no art. 190 do CPC reforça esse entendimento e valida as opções previamente escolhidas pelos litigantes (em especial os empresariais, envolvendo direitos disponíveis, em paridade de condições) quanto a, por exemplo, excluir determinados meios de prova, escolher e delimitar a natureza de perícias (indicando previamente os próprios profissionais que serão convocados ao encargo), hierarquizar o valor probante de diferentes meios de prova, entre outros.

Não se trata aqui de permitir uma “Verdade Negociada” – para se empregar o conceito de Michele Taruffo – mas sim de se garantir que, em controvérsias que admitam tal autorregramento pelas partes, o racional econômico da atividade empresarial e as peculiaridades da controvérsia (à luz do setor mercadológico em que se insere) sejam necessariamente observados como parâmetros da

²⁴ Fredie Didier Jr., aliás, chega a defender que a atividade executiva seria o exemplo processual de maior autonomia das partes, com uma prevalência do interesse privado sobre o interesse público (a despeito do interesse público estar presente por se tratar de exercício de poder de império do Estado hábil a interferir no patrimônio do jurisdicionado) e que essa prevalência “*conspira a favor da permissibilidade à vontade das partes para confirmar, em alguma medida, as formas e atos da execução*” (DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 66/67).

produção de provas e, por consequência, dos elementos que serão valorados no julgamento do caso.

Sobre o tema, o professor italiano nos ensina,²⁵ pautado pela garantia de *giusto processo* prevista no art. 111 da Constituição Italiana, que “a justiça da decisão é um fator relevante da justiça do processo” e que a justiça da decisão se dá por meio de 3 (três) condições: a observância de correto procedimento, a justa interpretação e aplicação da lei substancial e a veracidade da verificação dos fatos, de modo que “uma decisão é justa se funda sobre uma averiguação veraz dos fatos relevantes” e “injusta na medida em que obstaculiza ou limita essa averiguação”. Para Taruffo, portanto, a verdade sobre os fatos deduzidos em uma demanda é aferida por “acontecimentos no mundo real” e não por uma “negociação ou acordo entre as partes”, ou seja, ainda que um fato possa dispensar a produção de prova por ter se tornado incontroverso (por não impugnação) ou ainda que as partes sejam autorizadas a modificar as regras processuais de ônus probatório, isso não torna uma verdade falsa ou uma falsidade verdadeira.

E, de fato, não é disso que se trata ao se permitir a prévia definição de partes paritárias de quais as *melhores* provas a produzir em determinados conflitos. Ao contrário, os ensinamentos de Taruffo apenas confirmam a plena coexistência entre poderes instrutórios do julgador e autorregramento da vontade das partes em questões probatórias ao reforçar a ideia de que uma decisão justa (e um processo, ao final, justo) dependem necessariamente da “averiguação veraz dos fatos relevantes”. Isso porque, quando as partes, em convenção processual (prévia ou mesmo durante a controvérsia), definem conjuntamente quais os meios de prova hábeis a demonstrar com maior adequação, acurácia e pertinência os fatos relevantes ao caso,

²⁵ TARUFFO, Michele. “Verdade Negociada?” *Revista eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, vol. 13, 2014, pp. 641-653. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/11928/9340>. Acessado em: 07.03.2024.

estas o fazem de acordo com o que julgarem ser o mais condizente com a realidade de seu mercado e com as características do direito envolvido na disputa. E nesse tipo de litígio, ninguém melhor do que as próprias partes para definir o meio de prova mais adequado à confirmação dos fatos relevantes à controvérsia.

Novamente se retorna aqui à conclusão – perfeitamente alinhada com a preocupação de Taruffo – de que não se trata de infirmar o poder do juiz de formar sua convicção livremente, mas sim de direcionar ao julgador os elementos de prova mais fiéis à realidade mercadológica que é, no mais das vezes, desconhecida pelo julgador.

Além disso, a convenção processual se mostra um meio hábil não apenas para a eleição da *melhor prova possível*, mas também para o encaminhamento da solução economicamente mais viável a um conflito e, por consequência, a eliminação de um determinado meio de prova que poderia ser cogitado, de ofício, pelo julgador.

Um exemplo desenvolvido por Flávio Yarshell pode ser invocado aqui como representativo dessa possibilidade. Segundo Yarshell,²⁶ em ação de dissolução parcial de sociedade cujo patrimônio é essencialmente composto por imóveis, é perfeitamente possível a divisão do acervo ao invés de sua avaliação para pagamento em pecúnia ao sócio retirante. A fundamentação apresentada é de que, do ponto de vista econômico, (i) o valor do imóvel seria um valor baseado em “*concretos rumos do mercado*” e não em “*pesquisas de preços, de cálculos ou de projeções aritméticas*”, (ii) a divisão dos imóveis se ajustaria mais à preservação da empresa do que o encargo de liquidar seu patrimônio para promover pagamento em dinheiro, com ônus “*operacionais e financeiros muito relevantes*” e (iii) o pagamento em dinheiro ao invés da divisão dos imóveis seria

²⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Dissolução de sociedade cujo patrimônio é essencialmente imobiliário: exame e solução do conflito sob as perspectivas jurídica e econômica*. Londrina: Thoth, 2023, pp. 165-175.

desfavorável à “*maximização do bem-estar conjunto das partes, contrariando a eficiência econômica*”.

Esse exemplo comportaria, sem dúvida, encaminhamento conjunto pelos interessados em convenção processual – seja previamente, seja durante eventual controvérsia –, e, justamente por conta de sua justificada pertinência econômica, seria no mínimo imprudente por parte do julgador refutá-la em eventual ação de dissolução parcial ou, ainda, insistir que a dissolução deveria se dar obrigatoriamente mediante pagamento em dinheiro, determinando, de ofício, a produção de prova pericial de avaliação para essa finalidade, por exemplo. Quando muito, qualquer exercício de poder do julgador em sentido contrário ao do avençado pelas partes capazes, paritárias e conscientes de seus riscos, jamais poderia se furtar de analisar o propósito econômico que pautou a definição conjunta das partes, sob pena de se ignorar a própria adequação da tutela jurisdicional, que deve necessariamente estar atenta à eficiência econômica que pautou a decisão informada dos litigantes empresariais.

c) O dever de cooperação atribuído a todos os sujeitos processuais.

O terceiro fundamento processual que permite avaliação sob a perspectiva econômica e justificaria a necessária compatibilização do exercício dos poderes instrutórios a demandas empresariais reside na positivação do dever de cooperação e sua atribuição a “*todos os sujeitos do processo*” (art. 6º, CPC), inclusive o julgador, cabendo a todos agir de modo que se “*obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”.

Sem a pretensão de esmiuçar o complexo tema da cooperação, nos basta nesta sede o esclarecimento de Fredie Didier Jr.²⁷ no sentido

²⁷ DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 20.

de que “o processo cooperativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é um mero expectador de pedra”. Esse primeiro viés de necessária consideração, apreciação e valoração da vontade das partes pelo julgador está totalmente em linha com as ponderações que já foram feitas no capítulo acima sobre a superação da ideia de que o juiz seria o único destinatário da prova. Não o é. E não o é principalmente nas demandas em que as partes, providas de expertise, assessoramento, paridade, informação qualificada e expertise, têm maiores e melhores condições de endereçar os melhores meios de prova para a demonstração dos fatos relevantes ao correto e justo deslinde da controvérsia.

Um segundo viés a respeito do dever de cooperação é o dever de diálogo, essencial nesse tipo de demanda em que, dada a complexidade e as peculiaridades de determinadas atividades, fogem ao corriqueiro conhecimento mercadológico dos julgadores. Nesse ponto, são válidas as palavras de Daniel Mitidiero²⁸ ao defender que

dentro de um processo organizado a partir da necessidade de colaboração, é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de se pronunciar sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício.

Do ponto de vista da instrução probatória, esse necessário diálogo ganha contornos especiais em litígios empresariais, especialmente pelas razões de “superioridade informacional” dos litigantes envolvidos. Assim, é absolutamente salutar que, antes do indeferimento de determinado meio de prova ou determinação de meio de prova não requerido pelas partes, de ofício, procure o julgador, pela especificidade da demanda, o prévio diálogo com as partes de modo a compreender as razões pelas quais o interesse probatório das partes diverge de seu entendimento.

²⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 151.

O mais curioso é que o legislador oferta tal ferramenta de modo expresso no CPC e, na prática, o que podemos observar em mais de 7 anos de publicação da lei processual, é que tal técnica simplesmente não tem sido empregada no cotidiano forense – talvez mais em função de um excessivo volume de trabalho forense,²⁹ inapto a permitir uma personalização de demandas, do que de descaso quanto à sua relevância. Trata-se da disposição do art. 357, §3º do CPC, que estabelece que

se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

A oportunidade seria totalmente adequada justamente para o propósito ora defendido de que, partes e julgadores, em diálogo cooperativo, compartilhem as suas justificativas sobre a pertinência e utilidade das provas de seu interesse. Sem dúvida, se trata de ferramenta essencial para operacionalizar a necessária adequação do exercício de poderes instrutórios ora propostos e que poderia ser empregada com maior frequência no cotidiano forense, tratando-se de excelente oportunidade para que o julgador se convença das razões econômicas que embasam o interesse das partes envolvidas.

²⁹ Há mais de 20 anos, Barbora Moreira já havia destacado que “na prática, os juízes brasileiros, e não só os brasileiros (...) se contentam, as mais das vezes, com a contribuição trazida voluntariamente pelas partes. O fenômeno tem causas diversas, algumas justificáveis, como a sobrecarga de trabalho, outras menos” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reformas Processuais e Poderes do Juiz”. *Revista da EMERJ*, vol. 6, nº 22, 2003, p. 63).

d) A instrução pode ser valorada de modo diverso pelas instâncias superiores

Por fim, o quarto e último fundamento ora apresentado se refere à importância de se constatar que o resultado da prova servirá à valoração não apenas do juízo de primeiro grau, como aos demais sujeitos processuais e, inclusive, aos julgadores das instâncias superiores, em caso de recurso. Ou seja, ainda que por absurdo se considere o julgador como "único" destinatário da prova - o que já se mostrou não ser verdadeiro - no mínimo, o julgador de primeira instância realmente não seria o único destinatário, haja vista a possibilidade de reapreciação da prova pelas instâncias superiores.

A perspectiva econômica, neste ponto, deve ser considerada sob o custo do próprio processo. A se entender, em sede recursal, que houve cerceamento do direito de defesa em função do indeferimento de determinada prova requerida pela parte que se mostrava essencial ao correto julgamento, é inegável o prejuízo à razoável duração do processo, que deverá aguardar o trânsito em julgado da decisão de nulidade e retornar à origem para a produção da prova que, fosse produzida no momento correto, admitiria rápida e simples valoração diretamente pelo Tribunal. E a exigência de provas não requeridas pelas partes também afrontaria o melhor aproveitamento econômico do processo. A depender da valoração feita em sede recursal, pode-se entender que a prova produzida de ofício pelo juízo de primeiro grau é absolutamente inútil ou desnecessária à prova dos fatos realmente relevantes e, feita essa (re)valoração diretamente pelo Tribunal, a produção da prova não significou nada mais do que dispêndio de tempo e custo desnecessários à tutela jurisdicional justa ao caso.

Esse viés econômico do custo do processo e de sua maior eficiência não tem passado despercebido pelo Tribunal bandeirante. Em recente julgado da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, já se entendeu, por exemplo, que *"o destinatário imediato das provas é o processo, do qual participam não apenas o juiz de primeiro grau, mas também os juízes dos tribunais incumbidos da*

reapreciação das provas, em caso de eventual recurso”,³⁰ indicando que a jurisprudência, mesmo que ainda relutante em reconhecer a limitação do amplo poder instrutório do julgador em determinados litígios, avança alguns passos em busca de uma preocupação com um processo mais aderente à eficiência econômica não apenas ao jurisdicionado, mas ao próprio Poder Judiciário.

Conclusões

No reduzido âmbito do presente artigo, se pretendeu demonstrar que mesmo com o reconhecimento de que os poderes instrutórios do julgador são, de fato, uma realidade consolidada em nosso ordenamento, se faz necessária sua “calibração” em conflitos em que há uma prevalência de interesses particulares, como ocorre nos litígios tipicamente empresariais, mesmo não sendo possível afastar por completo o interesse público de tais demandas.

Justamente à luz desse propósito, o que se defende é que a análise sob a perspectiva econômica é um parâmetro essencial para o exercício mais limitado de tais poderes instrutórios em conflitos empresariais, geralmente caracterizados (i) pela disponibilidade dos direitos envolvidos, (ii) pela hipersuficiência e plena assessoria das partes, (iii) pela presumida paridade e simetria de condições entre as partes e (iv) pela atuação e tomada de decisão dos envolvidos pautadas por avaliação de riscos, inclusive (e especialmente) sob o viés econômico.

Do ponto de vista processual, entende-se que, mesmo não existindo uma disposição legal expressa quanto à diferenciação dessas situações, há, no mínimo, 4 (quatro) fundamentos processuais já previstos em nosso ordenamento que comportam uma leitura sob a perspectiva econômica hábeis a justificar essa menor *interferência* do julgador em opções probatórias eleitas pelas próprias partes: a

³⁰ TJSP, AI n. 2082244-83.2022.8.26.0000, Rel. Des. Jorge Tosta, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 24.09.2022.

superação da ideia de que o julgador seria o único destinatário da prova, a opção ideológica feita pelo legislador processual de 2015 em referendar o enaltecimento do autorregramento das partes mediante convenções processuais, a positivação expressa do dever de cooperação entre os sujeitos processuais e a chance de valoração diversa da prova pelas instâncias superiores.

Referências bibliográficas

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civile: gli accordi processual*. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais). 2ª ed. Salvador: JudPodivm, 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2023*. Brasília: 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acessado em: 07.03.2024.
- DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FELITTE, Beatriz Valente. *Os limites dos poderes do juiz na revisão de contratos*. São Paulo: USP, 2018. (Tese de Doutorado).
- FUX, Luiz. “Uma visão otimista da justiça brasileira, sob a perspectiva da análise econômica do processo civil”. *Revista de Análise Econômica do Direito*. vol. 1. São Paulo: RT, jan.-jun. 2021.
- JUNOY, Joan Picó I. “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal em el nuevo proceso civil español”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2554/31.pdf>. Acessado em: 05.04.2024.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O processo, as partes e a sociedade”. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, 2004.

- _____. "Reformas Processuais e Poderes do Juiz". *Revista da EMERJ*, vol. 6, nº 22, 2003.
- _____. *A revolução processual inglesa: temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Cappelletti e o Direito Processual brasileiro*. vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.
- SALLES, Carlos Alberto de. "Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil". In: _____ (Coord.). *As grandes transformações do Processo Civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.
- TARUFFO, Michele. "Verdade Negociada?" *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, vol. 13, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/11928/9340>. Acessado em: 07.03.2024.
- _____. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madri: Marcial Pons Brasil, 2012.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Dissolução de sociedade cujo patrimônio é essencialmente imobiliário: exame e solução do conflito sob as perspectivas jurídica e econômica*. Londrina: Thoth, 2023.