

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO - UFES
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGDIR/UFES
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**O PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR NA FASE RECURSAL DO
PROCESSO CIVIL EM BUSCA DA VERDADE PROVÁVEL**

Mestrando: Luciano Souto Dias
Orientador: Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima

Vitória/ES
2017

LUCIANO SOUTO DIAS

**O PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR NA FASE RECURSAL DO
PROCESSO CIVIL EM BUSCA DA VERDADE PROVÁVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima.

Vitória/ES

2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

D541p Dias, Luciano Souto, 1978-
O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil em busca da verdade provável / Luciano Souto Dias. – 2017. 261 f.

Orientador: Marcellus Polastri Lima.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Juízes – Decisões. 2. Poderes (Direito). 3. Recursos (Direito). 4. Verdade. 5. Devido processo legal. 6. Justiça. I. Lima, Marcellus Polastri. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

LUCIANO SOUTO DIAS

**O PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR NA FASE RECURSAL DO
PROCESSO CIVIL EM BUSCA DA VERDADE PROVÁVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em 16 de março de 2017

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor Marcellus Polastri Lima
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Orientador

Professor Doutor Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Professora Doutora Juliana Cordeiro de Faria
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

Seja como os pássaros que, ao pousarem um instante sobre ramos muito leves, sentem-nos ceder, mas cantam! Eles sabem que possuem asas.

Victor Hugo

RESUMO:

Amparado nas premissas da verdade, processo e justiça, como linha de pesquisa, o presente trabalho dissertativo compreende uma análise crítica e reflexiva pioneira quanto ao poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil, em busca da verdade provável. A construção dissertativa aborda a temática a partir da evolução da dinâmica processual em seus aspectos dogmáticos e pragmáticos, vislumbrando a imprescindibilidade da iniciativa probatória do julgador como fator preponderante para que a prestação jurisdicional seja eficiente e justa. Do sincretismo ao formalismo valorativo, dos sistemas inquisitorial e adversarial ao modelo cooperativo na moderna sistemática processual, a pesquisa destaca a evolução do pensamento jurídico no cenário contemporâneo, notadamente pela prevalência da visão publicista e das diretrizes oriundas da constitucionalização do processo. Pautado nas facilidades tecnológicas procedimentais, critica-se o mecanicismo no trato dos processos em sua fase recursal, defendendo-se maior valorização da prova na fase recursal a partir da necessária primazia do mérito, com a priorização da realização das provas no próprio tribunal, o que encontra significativo respaldo normativo no Código de Processo Civil de 2015, que contempla inovadores paradigmas procedimentais, tornando perceptível a adoção de práticas pautadas na valorização da cooperação e da dialética processual, de forma a resguardar o enfrentamento da relação jurídica material e a efetivação da tutela jurisdicional com adequação às peculiaridades e complexidades de cada demanda, através de um processo justo e eficiente. A partir dos parâmetros normativos e do diálogo com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, e, sem o intuito de esgotar o assunto, a pesquisa objetiva contribuir para o fomento de novos debates e reflexões quanto ao tema em apreço. O trabalho contempla a defesa de uma nova visão sobre a prova na fase recursal a partir do novo regramento processual brasileiro, vislumbrando a atividade probatória do julgador como um poder e uma técnica capaz de contribuir para o alcance da verdade provável dos fatos que se referem à demanda, o que viabilizará, no processo, a efetiva atuação jurisdicional em busca da concretização dos direitos, das garantias fundamentais e da própria justiça material.

Palavras-chave: poderes do juiz. Fase recursal. Verdade provável. Processo justo e eficiente. Justiça.

ABSTRACT

Based on truth premises, process and justice, as a search line, the present dissertative work includes a critical and reflexive pioneer analysis regarding judge's instructive power in civil process recursal phase, in search of probable truth. The dissertative construction approaches the theme from procedural dynamics evolution in its dogmatic and pragmatic aspects, glimpsing the judge's probative initiative indispensability as a preponderant factor so that the judicial performance is efficient and fair. From the syncretism to the valorative formalism, from inquisitorial and adversarial systems to the cooperative model in modern procedural systematics, the research highlights legal thought evolution in the contemporary scenario, notably by publicist vision prevalence and the directives stemming from process constitutionalisation. Based on procedural technological facilities, the mechanicism in proceedings treatment in the recursal phase is criticized, defending a greater proof valorization in the recursal phase from the necessary merit primacy, with tests realization prioritized in the own court, which finds significant normative support in the Code of Civil Procedure of 2015, which contemplates innovative procedural paradigms, making perceptible the adoption of practices based on cooperation and procedural dialectics valorization, in order to protect material legal relationship confrontation and jurisdictional guardianship effectiveness with peculiarities and complexities adequacy to each demand, through a fair and efficient process. From normative parameters and the dialogue with the doctrinal and jurisprudential positioning, and without aiming to exhaust the subject, the research aims to contribute to the foment of new debates and reflections on the subject under consideration. The work contemplates a defense of a new view on evidence in recursal phase from the new brazilian procedural regulation, seeing judge's probative activity as a power and a technique capable of contributing to reach the probable truth of the facts that refer to the demand, which will make possible, in the process, the effective judicial action in search of rights realization, fundamental guarantees and material justice itself.

Keywords: powers of the judge. Recursional phase. Probable truth. Fair and efficient process. Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A PROVA COMO ELEMENTO PREPONDERANTE PARA O ESCLARECIMENTO DOS FATOS, A APROXIMAÇÃO DA VERDADE E A OBTENÇÃO DE UMA DECISÃO JUSTA	16
2 O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NA PERSPECTIVA DE ALCANCE DA VERDADE PROVÁVEL ATRAVÉS DA MÁXIMA INSTRUÇÃO EXIGÍVEL	29
2.1 CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE A ATUAÇÃO PROBATÓRIA DO JUIZ.....	41
2.2 A BUSCA DA VERDADE PROVÁVEL.....	57
2.3 BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA SOBRE O DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ.....	66
2.3.1 Previsão no Código de Processo Civil de 1939	68
2.3.2 Previsão no CPC/73	74
2.4 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO DIREITO ESTRANGEIRO	77
3 CRÍTICAS AO MECANICISMO DOS JULGAMENTOS E APONTAMENTOS SOBRE A NECESSÁRIA VALORIZAÇÃO DAS PROVAS COMO PREMISA PARA A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES EM SEDE RECURSAL	81
4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO, O FORMALISMO VALORATIVO E A PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO COMO JUSTIFICADORES DA NECESSÁRIA VALORIZAÇÃO PROBATÓRIA NA FASE RECURSAL EM BUSCA DE UM PROCESSO EFICIENTE E JUSTO	93
4.1 O FORMALISMO VALORATIVO E SEUS REFLEXOS NO CPC/15	97
4.2 A PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO A PARTIR DO CPC/15	112
4.3 PROCESSO JUSTO E EFICIENTE: REFLEXOS METODOLÓGICOS NO CPC/15 E A ANÁLISE PROBATÓRIA RECURSAL	115

5 MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO E A ATUAÇÃO JUDICIAL INSTRUTÓRIA NA FASE RECURSAL: COOPERAÇÃO INSTRUTÓRIA EM BUSCA DA DECISÃO JUSTA E EFETIVA	121
5.1 SISTEMA COOPERATIVO E NEGÓCIOS PROCESSUAIS NA FASE RECURSAL	137
6 O PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR NA FASE RECURSAL A PARTIR DO CPC/15 E A POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS NO TRIBUNAL	144
6.1 A ATUAÇÃO PROBATÓRIA DO JULGADOR NA FASE RECURSAL	151
6.2 O PODER DO RELATOR DE CONDUZIR A PRODUÇÃO DE PROVAS NO TRIBUNAL A PARTIR DO CPC/15	163
6.3 A DEVOLUTIVIDADE COMO PREMISSA NORTEADORA DA ANÁLISE E POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS NA FASE RECURSAL	166
6.4 PRODUÇÃO DE PROVAS NO TRIBUNAL DURANTE A FASE RECURSAL	174
6.5 BREVES APONTAMENTOS SOBRE AS PRINCIPAIS PROVAS QUE PODEM SER PRODUZIDAS NA FASE RECURSAL	194
6.6 A VIABILIDADE DE PROCEDIMENTO PROBATÓRIO NO PRÓPRIO TRIBUNAL	199
6.7 A PRODUÇÃO DE PROVAS NA FASE RECURSAL E O NECESSÁRIO CONTRADITÓRIO NO CONTEXTO DO CPC/15	202
6.8 RECURSOS QUE ADMITEM O PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR ...	203
6.9 A PRODUÇÃO DE PROVAS NO TRIBUNAL EM CAUSAS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA	206
6.10 CASUÍSTICA NA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL QUANTO À ADMISSIBILIDADE DA ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JULGADOR NA FASE RECURSAL	209
7 LIMITES AO PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR E CRÍTICAS À ARGUMENTAÇÃO RESTRITIVA TRADICIONAL	216
7.1 PARÂMETROS JURÍDICOS ADMISSÍVEIS DE CARÁTER RESTRITIVO AO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ	216

7.2 CRÍTICAS À ARGUMENTAÇÃO RESTRITIVA DO PODER DE INSTRUÇÃO DO JUIZ	220
8 NOTAS CONCLUSIVAS	242
9 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	251

1 INTRODUÇÃO

Fiel à linha de pesquisa “Direito Processual: Justiça, meios de defesa e de impugnação de decisões”, a presente dissertação aborda o poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil em busca da verdade provável, tema que conduz a abordagens pautadas nas premissas da verdade, processo e justiça, pretendendo, a partir de uma análise crítica e reflexiva acerca da efetiva atuação jurisdicional em busca da verdade provável, discorrer sobre a postura probatória do julgador na fase recursal, à luz do ordenamento processual normativo brasileiro, o que poderá contribuir para que a decisão judicial seja capaz de permitir a realização da justiça em cada caso concreto.

Os problemas que orientam a pesquisa compreendem as seguintes indagações: o ordenamento jurídico brasileiro admite o poder instrutório do julgador na fase recursal? Há possibilidade de se produzir a prova no próprio Tribunal? A possível atividade instrutória do julgador na fase recursal, sobretudo nas hipóteses em que for constatada a insuficiência da prova já produzida, é capaz de interferir no resultado do recurso, de forma a contribuir para o alcance da verdade provável no processo e para a efetivação de uma tutela jurisdicional significativamente justa?

Portanto, os problemas expostos permeiam e justificam a necessária reflexão sobre o poder instrutório do julgador na fase recursal ordinária, o que constitui objeto da presente dissertação, e que representa fator capaz de contribuir para o alcance da verdade provável no processo e para a justa solução do processo.

O direito processual moderno vem evoluindo para conferir ao processo a tarefa não apenas de realização do direito material, mas também de aplicação da carga axiológica constitucional. Nessa perspectiva, a atuação participativa do julgador passou a ter grande relevância, tendo-lhe sido conferidos significativos poderes na condução das lides forenses.

A visão publicista superou o modelo privatista de processo, e o forte impacto dessa mudança de paradigma refletiu no campo probatório, de maneira que o julgador passou a ter conduta mais ativa no curso da demanda, podendo adotar iniciativas frente aos eventuais obstáculos ao alcance da verdade provável, em evidente comprometimento com a correta distribuição da justiça.

Essa iniciativa probatória, com ênfase na fase recursal, constitui objeto desse estudo dissertativo, de forma a instigar a reflexão e fomentar o debate sobre o tema na comunidade jurídica e na sociedade.

A princípio, a produção da prova incumbe às partes que formulam suas pretensões em juízo, entretanto, respeitados os princípios da imparcialidade, do contraditório e da isonomia entre as partes, o julgador não deve ficar adstrito ao acervo probatório apresentado, podendo, de ofício, ordenar a produção das provas que se fizerem necessárias para garantir a instrução processual adequada e exigível na demanda, em busca do esgotamento dos meios que permitam o esclarecimento dos fatos e o alcance da verdade provável.

Quanto à possibilidade de produção de provas na fase recursal, mesmo quando omissa o recurso quanto a requerimento nesse sentido, nada obsta a que seja a produção da prova determinada de ofício pelos julgadores, pois a matéria estará abrangida pela profundidade decorrente do efeito devolutivo recursal.

Significativo avanço quanto à questão advém dos comandos normativos do Código de Processo Civil de 2015, que inovou ao prever expressamente a incumbência do relator de dirigir e ordenar o processo no Tribunal, inclusive em relação à produção de prova, conforme previsto no art. 932, I, CPC/15, assim como também prevê a possibilidade de atuação instrutória do julgador na fase recursal, com a ordem de produção de provas, o que poderá ocorrer no próprio Tribunal, conforme dispõe o § 3º artigo 938 do CPC/15.

Situação que também demonstra a relevância do tema em evidência advém da supressão do agravo retido do ordenamento processual brasileiro, o que se deu com o advento do CPC/15. Por conseguinte, as decisões interlocutórias, inclusive as que versam sobre matérias probatórias, caso não permitam imediato agravo de instrumento, não são passíveis de preclusão imediata em primeira instância, de forma que podem ser questionadas em eventual recurso de apelação. Por conseguinte, a devolutividade inerente ao inconformismo diante do indeferimento incidental de provas será apreciada pelo Tribunal e, na hipótese de acatamento da pretensão probatória em grau de apelação, os julgadores, na fase recursal, ordenarão que a prova seja produzida.

A jurisdição é uma atividade pública, e a justa solução dos conflitos é um objetivo a ser perseguido incessantemente. Diante de dúvida e inconsistência quanto aos fatos, havendo meios probatórios para a demonstração da verdade

provável, se o julgador se mantiver omissivo, restará patente a ameaça de injustiça na prestação da tutela jurisdicional. Outrossim, o poder probatório do julgador permite, inclusive durante a fase recursal, que seja ordenada, mesmo de ofício, a produção das provas que se fizerem necessárias.

Quanto à justificativa da pesquisa, cumpre esclarecer que a escolha da temática deve-se à sua relevância no contexto social e na seara jurídica contemporânea, que preza pela valorização do direito material em detrimento do formalismo exacerbado, pela instrumentalidade em benefício da efetividade e que atua na perspectiva de garantir, através do processo justo, a efetivação da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

A atividade probatória do julgador na fase recursal é um tema que ganhou notória relevância com a partir do CPC/15, o que demonstra a importância da pesquisa tanto no contexto social quanto jurídico, devido à feição temática oriunda do novo regramento processual adotado no Brasil. O trabalho almeja fomentar debates e reflexões no panorama dogmático e ampliar a aplicação dos procedimentos ora defendidos no contexto pragmático da justiça brasileira.

O processo é uma ferramenta de natureza pública indispensável para a pacificação social e a realização da justiça. Por certo, a conduta probatória do julgador recursal em benefício da melhor instrução da causa contribui para o alcance desses objetivos e para a segurança jurídica sob a perspectiva dos jurisdicionados.

Constata-se que, não obstante a relevância do tema, a possibilidade de produção de provas na fase recursal, inclusive no próprio Tribunal, e a atividade probatória do julgador na referida fase são matérias pouco exploradas e de escassa bibliografia específica, apesar de contar com expressa previsão no CPC/15. O trabalho analisa a legislação aplicável, posicionamentos doutrinários e tece considerações sobre as manifestações jurisprudenciais alusivas ao tema em comento.

Incumbe às partes e, também ao julgador, inclusive na fase recursal, mesmo de ofício, perseguir a verdade provável através dos meios probatórios existentes. O ideário de um processo justo, exigido pelo Estado Democrático de Direito, deve estar atento às exigências da instrumentalidade, da efetividade e da presteza na promoção da tutela dos direitos subjetivos, exigindo a exploração do direito processual constitucional, em sua capacidade de realização da justiça.

O maior objetivo da jurisdição é aplicar o Direito aos casos concretos de forma a estabelecer ou restabelecer a justiça, o que depende do alcance da verdade dos fatos. A verdade real, porém, é um ideal inatingível no processo, restando a busca pela verdade provável, demonstrada através das provas.

É plenamente viável e recomendável a determinação de provas pelo Tribunal ao reexaminar o feito em decorrência da interposição de recurso, quando não houver elementos suficientes nos autos a permitir a adequada fundamentação fática da decisão de segunda instância.

No tocante à necessidade de diligências para a produção de prova por ordem do Tribunal, observa-se que integra o âmbito de devolutividade do recurso a necessidade de reapreciação das provas, sendo que, ainda que elas estejam “preclusas” para o Juízo originário, ganham nova vida em segunda instância, já que são destinadas a cumprir uma nova finalidade, que é convencer os membros do colegiado. De tal modo, a iniciativa instrutória do julgador na fase recursal é um forte mecanismo de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

A doutrina e a jurisprudência admitem a possibilidade do ativismo instrutório do julgador na fase recursal, a fim de permitir que a prestação jurisdicional recaia sobre a verdade provável demonstrada nos autos, e seja adequada no sentido de atender aos reclames por justiça.

A presente dissertação atenta para a necessidade de se permitir a máxima instrução exigível no processo, e compreende três objetivos gerais conexos sobre o tema em apreço, que abrangem a intenção de expor, criticar e propor.

O aspecto **expositivo** decorre da análise do poder instrutório do julgador na fase recursal, na perspectiva de que sejam adotados os procedimentos adequados para garantir a instrução processual exigível, a fim de que possa ser alcançada a verdade provável no processo. O texto enfatiza as inovações advindas do Código de Processo Civil de 2015, que cria dispositivos permissivos expressos quanto à atuação probatória do julgador na fase recursal.

A **crítica** principal tem como objeto e escopo a postura mecanicista dos tribunais na forma como comumente conduzem o julgamento dos recursos, em que prezam demasiadamente pela quantidade de decisões em detrimento da qualidade e, com isso, acabam por desprezar a perspectiva revisional advinda do efeito devolutivo, prejudicando, sobremaneira, a reapreciação da prova. Ademais, o julgador recursal raramente adota uma postura ativa quanto ao aspecto probatório,

contentando-se com as provas produzidas em primeira instância, mesmo que insuficientes ou inconclusivas.

Por fim, a **proposta** defendida é no sentido de que o julgador recursal, amparado nas perspectivas contemporâneas do processo, em consonância com os preceitos constitucionais, pode adotar postura verdadeiramente ativa no que tange à reapreciação e produção das provas em grau de recurso, ordenando a produção daquelas provas que entender necessárias para permitir a máxima instrução exigível à luz dos meios de prova legais e moralmente legítimos possíveis, com a finalidade de alcançar a verdade provável e com o intuito de garantir a melhor aplicação do Direito, em nome da justiça.

Além de criticar o mecanicismo no trato das questões de mérito na fase recursal, a pesquisa defende: a) a iniciativa probatória do julgador na fase recursal; b) a possibilidade de produção de algumas provas no próprio Tribunal.

Convém asseverar que o reconhecimento de um maior poder de atuação probatória do julgador na fase recursal não prejudicará a atuação do magistrado em primeira instância, a quem também incumbe o exercício dos poderes instrutórios.

Enunciadas tais premissas, convém mencionar resumidamente o programa da presente investigação.

O primeiro capítulo apresenta uma abordagem sobre a prova como elemento preponderante para o esclarecimento dos fatos, a aproximação da verdade e a obtenção de uma decisão justa. No segundo capítulo, as elucidações expositivas estão permeadas nos apontamentos quanto ao poder instrutório do juiz na perspectiva de alcance da verdade provável através da máxima instrução exigível, a partir de premissas teóricas com alusão às correntes doutrinárias sobre a atuação probatória do juiz, uma breve notícia histórica sobre o direito processual civil brasileiro e o poder instrutório do juiz e apontamentos no direito estrangeiro.

O terceiro capítulo é voltado precipuamente para uma abordagem crítica quanto ao mecanicismo dos julgamentos e alguns apontamentos sobre a necessária valorização das provas como premissa para a fundamentação das decisões em sede recursal. No capítulo sequencial, ganha destaque a constitucionalização dos processos, o formalismo valorativo e a primazia da decisão de mérito como justificadores da necessária valorização probatória na fase recursal em busca de um processo eficiente e justo.

Em seguida, o quinto capítulo discorre sobre o modelo cooperativo de processo e a atuação judicial instrutória na fase recursal, destacando a cooperação instrutória em busca da decisão justa e efetiva, abordando o sistema cooperativo e os negócios processuais na fase recursal.

O sexto capítulo apresenta o ensaio investigativo central do trabalho dissertativo, abordando o poder instrutório do juiz a partir do CPC/15 e a possibilidade de produção de provas no tribunal durante a fase recursal. Nesse tópico, tem destaque a atuação probatória do julgador na fase recursal, os poderes do relator, a devolutividade como premissa norteadora da análise e possibilidade de produção de provas na fase recursal, a produção de provas no tribunal durante a fase recursal. Aborda-se, ainda, a viabilidade de procedimento probatório no próprio tribunal, a produção de provas na fase recursal e o necessário contraditório no contexto do CPC/15, os recursos que admitem o poder instrutório do julgador, a produção de provas no tribunal em causas de competência originária e a análise jurisprudencial quanto à admissibilidade da atividade probatória do julgador na fase recursal.

Complementando essa etapa, considerou-se conveniente elucidar, no sétimo capítulo, acerca dos limites ao poder instrutório do julgador e críticas à argumentação restritiva tradicional, com ênfase nos parâmetros jurídicos admissíveis de caráter restritivo ao poder instrutório do juiz e os apontamentos críticos à argumentação restritiva do poder de instrução do juiz.

Finalmente, não obstante as ilações expendidas no texto, de forma articulada, são apresentadas as notas conclusivas no oitavo capítulo.

1 A PROVA COMO ELEMENTO PREPONDERANTE PARA O ESCLARECIMENTO DOS FATOS, A APROXIMAÇÃO DA VERDADE E A OBTENÇÃO DE UMA DECISÃO JUSTA

*“Cuando la ley otorga a los jueces poderes instrutórios oficiales, espera obviamente que aquéllos los utilicen siempre que necesario para fallar con justicia.”
(José Carlos Barbosa Moreira)¹*

O processo representa o instrumento de que se vale a jurisdição para a análise e aplicação do direito aos casos concretos levados a juízo, de forma a permitir a prestação jurisdicional em conformidade com os ditames da justiça.

Fatos e normas jurídicas representam o objeto do processo. As partes narram os fatos que fundamentam as suas pretensões, acreditado que deles decorrem consequências jurídicas para o reconhecimento de direitos, e invocam normas jurídicas capazes de ampara-los. A argumentação normativa independe de prova, porém, para a demonstração de veracidade dos fatos alegados, a prova se faz necessária.

A prova constitui elemento de notável imprescindibilidade no processo, pois, em suma, a partir dela é possível a obtenção de sustentação fática que conduzirá a uma solução mais compatível e coerente com a verdade e, por conseguinte, com a realização da justiça.² Quanto mais abundantes os meios e quanto maior o poder de convencimento das provas, menor será a possibilidade de prolação de uma decisão injusta, quando no processo forem enfrentadas matérias de fato.

Mudanças paradigmáticas têm sido observadas no cenário contemporâneo no que concerne ao tratamento dispensado às questões materiais e processuais, em busca de um processo eficiente e justo. Nesse cenário, a prova se apresenta como fator preponderante, na condição de elemento legitimador da atuação jurisdicional.

Na visão de João Batista Lopes, no aspecto objetivo, a prova pode ser conceituada como “o conjunto de meios destinados a demonstrar a existência ou

¹ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba. In: Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.85.

² RODRIGUES. Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 5 ed. Sao Paulo: RT, 2010, p. 222

inexistência dos fatos que interessam à solução da causa”, enquanto que no aspecto subjetivo, “é a própria convicção que o juiz forma sobre a existência ou inexistência de tais fatos.”³ As definições, porém, evidenciam a restrição da incidência conceitual da prova às alegações quanto aos fatos constantes dos autos, omitindo a preocupação com a veracidade dos fatos da maneira como verdadeiramente ocorreram.

No processo cognitivo, conforme afirma Margareth Vetis Zaganelli e Maria Francisca dos Santos Lacerda, provar significa “produzir um estado de certeza, não tão somente à consciência do juiz, mas para a convicção da sociedade, de um máximo de segurança jurídica e um mínimo de injustiça.”⁴

A definição de prova também é vislumbrada na perspectiva subjetiva por Moacyr Amaral Santos, ao asseverar que “provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa.”⁵

Os pretensos direitos subjetivos que eventualmente figuram nos litígios sobre os quais deva recair a prestação jurisdicional se originam de fatos, daí porque o autor, ao propor a ação, e o réu, ao se defender, ou ao apresentar reconvenção, invocam fatos na tentativa de justificar as suas pretensões. Através do exame dos fatos à luz do direito objetivo, o julgador encontrará subsidio para a solução do litígio e para a fundamentação da decisão.

O fato demanda investigação, descoberta e demonstração, o que se dá através das provas. Como ponderou filosoficamente Francesco Carnelutti, “o fato, em si mesmo, é uma espécie de ilha misteriosa no reino do direito. Somente nos últimos anos, algum entre outros ousou violar seu segredo.”⁶

A prova pode ser compreendida como o instrumento que permite a demonstração de veracidade das circunstâncias relacionadas às alegações, tendo como objetivo retrata-las faticamente e, com isso, permitir o esclarecimento das questões controvertidas e o convencimento de quem as analisa, a partir da expressão da verdade provável dos fatos.

³ LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: Grandes temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49

⁴ ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial: considerações sobre a cientificização da prova no processo. In: Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 142

⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 2, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 341

⁶ CARNELUTTI, Francesco. Arte do direito. Campinas: Bookseller, 2001, p. 36

A prova permite a demonstração dos fatos⁷ controvertidos no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, ou seja, com a verdade dos fatos, da forma como efetivamente ocorreram.

Nesse sentido, Pacelli⁸ assim se expressa:

a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Na tradição jurídica ocidental, incumbe ao interessado a iniciativa de instauração do processo e a indicação da causa de pedir, que compreende o encargo de narrar os fatos e apontar a sua repercussão e consequências no cenário jurídico. A maior parte dos litígios envolve a solução de questões de fato⁹. Assim sendo, com supedâneo nos fatos devidamente comprovados, o julgador terá condições de analisar os pedidos, aplicar o direito e decidir a lide. A comprovação dos fatos contribuirá para o alcance da verdade provável e esta, por seu turno, será o suporte fático capaz de conduzir a uma decisão judicial adequada e justa.

Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam que existem três teorias que procuram demonstrar a finalidade da prova, e que se apresentam com as seguintes pretensões: a) estabelecer a verdade; b) fixar os fatos postos no processo; c) produzir o convencimento do juiz, levando-o à certeza necessária à sua decisão.¹⁰

De outra banda, é de se considerar oportuno defender teorias distintas das mencionadas pelos juristas. A verdadeira finalidade da prova é demonstrar a verdade provável dos fatos que motivaram as alegações em juízo, a fim de permitir a

⁷ Para Edgar Carlos de Amorim: “O direito não está só na norma. É preciso ir buscá-lo na norma, mas nunca sem esquecer o fato e o valor de justiça. O fato, antes de ser jurídico, foi social. E, assim, deverá sempre descer às origens, ou seja, aos elementos básicos que o geraram e contribuíram para o seu evento.” (AMORIM. Edgar Carlos de. O juiz e a aplicação das leis. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 13).

⁸ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal, 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 325.

⁹ “Entende-se como questão de fato aquela que diz respeito à constatação material do que se afirma ou se nega. Necessariamente se assenta na prova.” (FAGUNDES, 1946, p. 293)

¹⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 49

formação do convencimento dos sujeitos do processo e de quem mais as apreciar e de orientar e sustentar a prolação de uma decisão justa da causa.

Ao demandar em juízo, as partes constroem e apresentam a sua narração subjetiva dos fatos, o que se dá em conformidade com as versões e interesses daquele que as apresentam, sendo caracterizadas, portanto, por certo grau de parcialidade. As narrativas referem-se a situações fáticas que sofreram consequências jurídicas capazes de justificar o interesse processual, que conduziram à manifestação da pretensão em juízo e à apresentação dos pedidos, em busca do reconhecimento dos direitos.

Respeitados os limites da causa de pedir e dos pedidos, é preciso defender que a atuação jurisdicional não deve se limitar à tentativa de esclarecimento quanto à veracidade das narrativas, mas, devem ir além, em busca do esclarecimento dos fatos verdadeiramente ocorridos e que conduziram à narrativa.

Esse posicionamento justifica a defesa, nesse trabalho dissertativo, de uma atuação mais efetiva do julgador no aspecto probatório no curso da lide, pois, se a atividade probatória das partes abrange apenas o interesse quanto à demonstração de veracidade das suas narrativas, a do juiz deve ir além, em busca da verdade possível de ser alcançada em relação aos fatos, na sua genuína ocorrência.

José Roberto dos Santos Bedaque retrata o escopo do processo a partir das atividades da jurisdição, da ação e do processo, reconhecendo-o como o instrumento que tem como objetivo um provimento jurisdicional justo:

Se a jurisdição é a atividade estatal destinada á atuação da lei; se a ação é o poder de estimular essa atividade e fazer com que ela atinja seu objetivo; se a defesa é pressuposto da legitimidade do provimento e imprescindível á correta imposição da norma ao caso concreto, o processo, palco em que essas três atividades se desenvolvem, deve ser considerado o meio através do qual se visa a um provimento justo.¹¹

Vitor de Paula Ramos¹² aponta dois modelos para se considerar a suficiência da prova, um subjetivo, no qual a finalidade da prova é o convencimento do juiz e o

¹¹ BEDAQUE. José Roberto dos Santos (Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

¹² RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: Grandes temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 116-121

outro, objetivo, em que se tem como finalidade a busca da verdade. O modelo subjetivo pressupõe que “estar provado” significa que o juiz está convencido. No modelo objetivo, há preocupação com a suficiência dos elementos de convicção, que não serão determinados pelo juiz, mas sim, pelo próprio Direito, de forma que o “estar provado” significa que há elementos de corroboração suficientes. Partindo dessa premissa, o juiz atuará como “o sujeito a quem compete a função epistêmica fundamental, ou seja, a apuração da verdade dos fatos, devendo determinar a produção de provas, inclusive de ofício.”¹³

Nesse cenário, não há como olvidar que o modelo objetivo encontra compatibilidade com as disposições normativas do CPC/15, que preza por uma decisão justa, o que implica na apuração adequada dos fatos em busca da aproximação com a verdade.

A visão processual contemporânea permite constatar que a objetivação probatória não se vincula unicamente à perspectiva de obtenção do convencimento do julgador. Doravante, sua destinação pressupõe abrangência a todos aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados. Esse é o entendimento pacificado pelos processualistas brasileiros, firmado através do Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas - FPPC : “(art. 369; art. 370, caput) Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz. (Grupo: Direito Probatório)”¹⁴

Eduardo Cambi considera que “a prova está voltada à reconstrução dos fatos investigados, buscando-se a maior coincidência possível com a realidade fática, tal como efetivamente ocorrida no tempo e no espaço”.¹⁵ Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 469) é categórico ao afirmar que “a produção de provas deverá resultar de atuação conjunta das partes e do juiz”, o que decorre, inclusive, do fato de que nem sempre o magistrado é conhecedor da existência de algumas provas específicas, como a existência de testemunhas dos fatos ou de documentos que possam esclarecê-los.

¹³ RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: Grandes temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 121

¹⁴ Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>

¹⁵ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. In: Grandes temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 188

Em consequência do atual fenômeno da constitucionalização do processo, amplia-se a preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional, o que reflete na necessidade de se valorizar cada vez mais o aspecto probatório no curso do processo.

Ao discorrer sobre o escopo social da jurisdição, de pacificar com justiça, Cândido Rangel Dinamarco aponta a relevância do valor justiça, destacando que “eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.”¹⁶ Diante dessa premissa, é imperioso destacar que o processo representa um mecanismo efetivo de acesso à justiça, a partir do processo justo, em busca de um resultado justo.

Quanto à inegável natureza constitucional do direito à prova, pode-se afirmar que “o acesso efetivo à prova é direito fundamental, compreendido nas ideias de acesso á justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, XXXV, LIV e LV da CF/1988)”¹⁷

Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira compreendem que o direito fundamental à prova compõe-se das seguintes situações jurídicas:

a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.¹⁸

O direito à prova advém do próprio direito à tutela jurisdicional e constitui desdobramento do devido processo legal. Como assinala João Batista Lopes, “aceitando-se a tese de que direito e garantia se distinguem, porque aquele tem caráter declaratório e esta, assecuratório, pode afirmar-se que a prova é uma garantia constitucional.”¹⁹

O ato de instruir o processo, na visão de Flávio Luiz Yarshell, não se restringe a um meio de preparar o julgamento estatal, mas se presta também como “meio de

¹⁶ DINAMARCO. Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7 ed. São Paulo: 1999, p. 161.

¹⁷ BEDAQUE. José Roberto dos Santos (Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.

¹⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 41

¹⁹ LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: Grandes temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 51

esclarecimento e de convencimento das partes para, eventualmente, se evitar o processo declaratório e a decisão estatal imperativa.²⁰

É preciso defender a atuação investigativa oficiosa do julgador que, aliada à iniciativa probatória das partes, permitirá uma reconstrução fática adequada, mais confiável e com a máxima efetividade no processo.

De igual sorte, Michele Taruffo defende a possibilidade de as partes desenvolverem suas defesas quanto aos fatos, inclusive combinada com a investigação dinâmica do julgador:

No hay duda de que las partes tienen un fuerte interes en presentar toda La prueba que esté a su alcance, a lós efectos de cumplir con la carga de la prueba que tienen em relación com lós hechos que han sentado como bases de sus pretensiones y defensas. Sin perjuicio de ello, La iniciativa de lãs partes puede no ser suficiente para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes. Por una parte, no se puede esperar que las partes jueguen un papel cooperativo dirigido al descubrimiento desinteresado y objetivo de la verdad.²¹

A prova representa um corolário do próprio direito de ação e da garantia constitucional de acesso à justiça, representando fator imprescindível para a prolação de uma decisão judicial compatível com o objetivo jurisdicional e os anseios sociais por um resultado compatível com a justiça.

A atividade do Poder Judiciário concorre para a realização dos fins do Estado; o processo é o seu instrumento característico. Na medida em que avulta a importância do instrumento, cresce a necessidade de modelá-lo de acordo com os critérios que se repute mais idôneos a facilitar-lhe o desempenho eficaz das tarefas a ele confiadas. (MOREIRA, 1977, p. 13)²²

É digna de nota a manifestação de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, que destaca a necessidade de o julgador chegar a uma conclusão, ao resultado suficiente para a demanda e ter condições de entregar, com a máxima exatidão, a prestação da tutela jurisdicional prometida pelo Estado, no que se valerá da prova, sendo que, “no plano do direito processual, importa-se o que está provado no direito

²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147

²¹ TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Revista de Derecho, v. 15, nº 2, Valdivia Editora, 2003, p. 209.

²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O papel do juiz no processo civil. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 13.

material. Se divergência ou vacilação surge, o juiz tem de buscar o que seja verdade.”²³

Apontando verdadeiro paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário, Lopes Junior afirma que o juiz julga no presente (hoje), um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem) com base na prova colhida num passado próximo (ontem), projetando efeitos para o futuro (amanhã).²⁴

Ao discorrer sobre prova e verdade, Antônio Carlos de Araújo Cintra afirma que “o sistema de provas no processo supõe a possibilidade de se alcançar judicialmente a verdade a respeito dos fatos litigiosos.”²⁵ O mencionado autor considera a prova o instrumento de apuração processual dos fatos da causa, e conclui que: “o caráter ético e racional do processo, conjugado com o interesse público na atuação do direito objetivo e na tutela dos direitos subjetivos, explica a tendência do processo à verdade.”²⁶

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda esclarece que “no campo do direito há o dever de verdade, que supõe esteja na mente do legislador, para que a lei faça o bem social, o dever de verdade de quem interpreta as leis e o dever de verdade de quem as tem de aplicar”.²⁷

As partes também tem o dever de expor os atos em conformidade com a verdade (art. 77, CPC/15)²⁸, porém, a veracidade que se exige das partes é subjetiva, no sentido de que incumbe à parte enunciar os fatos em conformidade e fidelidade com o que sabe, o que implica também no dever de “ não omitir o que sabe, quer favorável quer desfavorável à outra parte, ou ao próprio depoente.”²⁹

Como acertadamente ressalta Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, 3 ed. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 247.

²⁴ LOPES JUNIOR. Aury. Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁵ Antônio Carlos de Araújo Cintra esclarece sobre o sentido da expressão verdade a que se refere: “referimo-nos, aqui, à verdade como *adequatio rei et intellectus iudicis*.” Portanto, considera que a verdade consiste na correspondência entre o que é conhecido e o conceito sobre ela produzido pelo intelecto. (CINTRA. Antônio Carlos Araújo, Comentários ao Código de Processo Civil. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 02)

²⁶ CINTRA. Antônio Carlos Araújo, Comentários ao Código de Processo Civil. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 02

²⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, 3 ed. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 296.

²⁸ Art. 77, CPC/15. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

²⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, 3 ed. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 298.

Mesmo que se aceite a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade. Tal renúncia significaria abdicar de uma decisão justa, reduzindo o processo a um mero método e resolução de conflitos de partes, no qual o fim de pacificação social pode ser atingido independentemente do modo de atuação e da exigência de uma reconstrução verdadeira dos fatos.³⁰

No procedimento comum, incumbe ao autor, na petição inicial, indicar as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (art. 319, VI, CPC/15), podendo especificá-las na impugnação à contestação (art. 350-351, CPC/15). Outrossim, quanto ao réu, será permitido, na contestação, indicar e especificar as provas que pretende produzir (art. 336, CPC/15). Ambos deverão proceder à juntada de documentos probatórios na inicial ou na defesa (art. 434, CPC/15). As partes também poderão pactuar sobre os meios de prova a serem produzidos no curso da demanda através de negócio processual típico (art. 357, § 2º, CPC/15) ou ainda através de negócios processuais atípicos (art. 190, CPC/15).

A propósito dos negócios jurídicos processuais, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, preocupada com a possibilidade de pactuação das partes quanto aos poderes do magistrado, aprovou o Enunciado nº 36³¹, que interpreta o art. 190, CPC/15, firmando entendimento no sentido de que o regramento processual não autoriza as partes a celebrarem negócios jurídicos processuais que limitem os poderes de instrução do juiz.

É recorrente a subdivisão do procedimento comum em fases, o que se dá no contexto doutrinário com o intuito de simplificar a visualização dos fenômenos procedimentais e atributos configuradores de cada uma das etapas. Nesse diapasão, vislumbram-se como etapas basilares da estrutura procedimental as fases postulatória, saneadora, instrutória e decisória. Eventualmente poderá ser promovida

³⁰ BADARÓ. Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2003, p. 24-25.

³¹ Enunciado nº 36, ENFAM: A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraíam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.

(Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>)

a fase recursal ou ainda a de cumprimento de sentença, sincreticamente, nos próprios autos.

O procedimento probatório, por sua vez, costuma ser dividido em quatro fases: proposição, admissão, produção e valoração. Na hipótese de determinação de produção de provas de ofício, pelo juiz, não haverá a proposição e a admissão, que serão substituídas por um momento de ordenação oficial de provas, conforme denominam Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga:

É possível que, independentemente de proposição das partes, o juiz, de ofício, determine a produção de determinada prova, por considerá-la necessária, útil e cabível (admissível). [...] Nesse caso, as fases de proposição e admissão são substituídas – ou complementadas – por um momento de ordenação oficial das provas.³²

O que configura um ato como postulatório, saneador, instrutório ou decisório não será necessariamente o momento de sua ocorrência nos autos, mas sim a sua natureza, o seu conteúdo e o seu objetivo. Na panorâmica pragmática é preciso compreender que a adoção de técnicas e diligências não se vincula a uma ou outra etapa propriamente ditas, mas sim às exigências circunstanciais que brotam das peculiaridades casuísticas da demanda.

A fase probatória de um procedimento judicial deve ser conduzida com zelo e perspicácia, de forma a permitir a utilização de todos os meios lícitos, em busca do esclarecimento dos fatos e da comprovação das teses alegadas. Para proceder a um julgamento justo, o juiz considera como parâmetro as questões de fato e de direito relevantes, não podendo desviar-se do que consta nos autos do processo.

Durante o trâmite da ação em juízo, poderão ser produzidos todos os meios legais e moralmente legítimos necessários e adequados para provar as alegações, de forma a permitir a prolação de uma decisão capaz de estabelecer a justiça, para cuja realização se idealizou a tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

A instrução probatória “visa reconstruir um acontecimento passado ou pretérito, através da prova,”³³ podendo ocorrer em distintos momentos e fases da

³² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 78

³³ POLASTRI LIMA, Marcellus. Curso de Processo Penal. 8 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 410

demanda, iniciando-se pela petição inicial e contestação, quando as partes produzem a prova documental, ainda na fase postulatória. Sucessivamente, a fase instrutória propriamente dita permitirá a complementação das provas na instância originária. Ocorre, porém, que em algumas circunstâncias, nas quais se inclui a possibilidade de atuação instrutória oficiosa do julgador a qualquer tempo no curso da lide, será admitida a produção de provas em momentos subsequentes.

Em sentido diverso, merece ser apontado o pensamento de Lênio Luiz Streck, que assim afirma:

[...] a instrução probatória não se presta à reconstrução de fatos pretéritos (digamos assim, em sua pureza ontológica). Estes já se foram, restando ao magistrado o dever de avaliar as interpretações individuais deduzidas em juízo e submetê-las ao exercício hermenêutico (reconstrução da história institucional dos fenômenos), a fim de legitimar a atuação judicial e, com isso, conferir validade a uma versão, mesmo que o resultado final não encontre o consenso dos interlocutores. É dizer: são narrativas sobre os fatos que devem ser devidamente reconstruídas.³⁴

A prova representa um forte argumento persuasivo a iluminar o julgador quanto aos fatos e quanto à oportunidade de assumir como correta a versão dos fatos relevantes para a decisão.³⁵ Trata-se de verdadeira garantia constitucional relativa ao devido processo legal e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como define Cândido Rangel Dinamarco:

Na Constituição o direito à prova é inerência do conjunto de garantias do justo processo, que ela oferece ao enunciar os princípios do contraditório e ampla defesa, culminando por assegurar a própria observância destes quando garante a todos o due process of law (art. 5º, inc. LIV e LV)³⁶

A princípio, a prova cabe às partes que formulam suas pretensões em juízo, notadamente por terem se envolvido pessoalmente nos fatos e por conhecerem os meios existentes capazes de demonstra-los judicialmente, porém, respeitados alguns limites como a imparcialidade e a isonomia entre as partes, o julgador não

³⁴ STRECK, Lênio Luiz. Art. 369. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 549

³⁵ ZANETTI JÚNIOR. Hermes. A Constitucionalização do Processo. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 85.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 4. ed. v. 3, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 48

deve ficar adstrito ao acervo probatório apresentado, podendo, de ofício, determinar a produção das provas que se fizerem necessárias em busca do esclarecimento dos fatos.

Conforme ressalta Teresa Arruda Alvim:

Hoje se vem paulatinamente difundindo a ideia de que o juiz deve desempenhar papel muito mais ativo na fase probatória do processo... Segundo essa nova visão, deve o juiz agir concomitantemente e em condições de igualdade em relação às partes: ordenar que se faça uma perícia, ouvir as partes, ouvir e reouvir testemunhas. Na atividade do juiz, tem-se a garantia de que estar-se-á buscando a verdade. O mesmo não se pode dizer quanto à das partes, que estarão sempre querendo mostrar o lado da realidade que lhes interessa.³⁷

Na fase recursal também deve ser admitida a produção de provas quando necessárias para demonstrar a verdade provável dos fatos debatidos na demanda. Ademais, é permitido tanto ao julgador de primeira instância quanto àquele da instância recursal, ordenar, mesmo de ofício, a produção das provas que entender necessárias para garantir a instrução exigível na demanda. A manifestação das partes quanto à pretensão probatória, por sinal, não impede o juiz de, a qualquer tempo, no curso da demanda, ordenar, mesmo de ofício, a produção de provas.

As provas desempenham um papel de vital relevância para a resolução de conflitos conduzidos ao poder judiciário, de forma que “quanto mais completo for o material probatório, mais corroboradas estarão tendencialmente as hipóteses fáticas; mais a prova terá, possivelmente, condições de se aproximar da verdade; mais justo será o processo.”³⁸ As provas contribuem para a demonstração dos fatos pretéritos apontados no processo, para o esclarecimento dos fatos controvertidos e permitem a aplicação mais acertada do direito, na perspectiva de efetivação da justiça.

Ao discorrer sobre a dúvida e a verdade, Michele Taruffo afirma que o processo não se destina a produzir uma decisão qualquer, mas sim produzir boas decisões. No entanto, nenhuma decisão é certa se baseada em fatos errados:

Nei sistemi in cui vige il principio di legalità, il giudice applica correttamente la norma sostanziale che governa il caso se - e solo se- ha accertato la

³⁷ ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões sobre o ônus da prova. Revista de Processo. v. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 143.

³⁸ RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: Grandes temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 127

verità del fatto di cui la norma presuppone l'esistenza. Il processo non è finalizzato a produrre decisioni qualsiasi (per il che basterebbe il duello o il lancio dei dadi à la Bridoye), ma a produrre decisioni giuste. Tuttavia, come pare ovvio, nessuna decisione è giusta se si fonda sui fatti sbagliati.³⁹

No cenário contemporâneo, a prova não se destina exclusivamente ao julgador. Ao discorrer sobre os poderes instrutórios do juiz e a nova dinâmica do trato prestativo da jurisdição, Francisco de Assis Filgueira Mendes assim conclui:

Por tudo, conclui-se que a prova pertence a todos os que participam da relação processual: às partes, porque procuram demonstrar os fatos favoráveis aos seus interesses. Ao juiz, pois através da prova se alcança o escopo do processo. E sua atividade não implica apenas a determinar toda prova que entenda necessária à formação do seu convencimento, mas inclui também o poder de interferir na produção da prova requerida pelas partes, tudo para alcançar os objetivos do processo.⁴⁰

Na lição de Maurício Luís Pereira Pinto, “a prova é a alma do processo de que resultará a convicção do magistrado para sentenciar; sem a prova dos fatos alegados não há como decidir; nesse contexto, surge o pedregoso caminho da verdade e a prova no processo civil.”⁴¹

Portanto, a prova é um elemento preponderante para o esclarecimento dos fatos, a demonstração da verdade e para permitir a prolação de uma justa decisão no processo.

³⁹ TARUFFO, Michele. Considerazioni su dubbi e verità. In: *Grandes Temas do Novo CPC*, v. 5 *Direito probatório*. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 802

⁴⁰ FILGUEIRA MENDES, Francisco de Assis. Interrogatório informal das partes. In: *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. José Miguel Garcia Medina, ET AL (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 127.

⁴¹ PINTO, Maurício Luís Pereira. Poderes probatórios do juiz no civil law e no common Law. In: *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 206

2 O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NA PERSPECTIVA DE ALCANCE DA VERDADE PROVÁVEL ATRAVÉS DA MÁXIMA INSTRUÇÃO EXIGÍVEL

Verdade

*A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.*

*Arrebantaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.*

(Carlos Drummond de Andrade)⁴²

As normas processuais representam a expectativa de efetivação da garantia constitucional de justiça contida na Constituição. Sob tal prisma, o poder Judiciário é o órgão que deve agir ativamente não apenas na perspectiva de resolução dos processos, em seu caráter formal, mas também, no sentido de conduzir os procedimentos em busca da aplicação do Direito da forma mais justa⁴³ possível. A missão do julgador compreende a análise e aplicação do direito diante dos fatos, que serão compreendidos e considerados através das provas. Propugna-se por um juiz participativo, defensor dos direitos fundamentais; isento, diante dos interesses particulares, porém, próximo da correta solução, com a pacificação dos conflitos.⁴⁴

⁴² Disponível em: <https://pensador.uol.com.br/frase/MzQ0Nzg4/>

⁴³ Para Hoffman (2011, p. 73), “o juiz que participa ativamente do processo, debate com as partes e as informa abertamente sobre em que ponto do convencimento está, ampliando o contraditório dinâmico, deve ser considerado democrático e justo. Já o juiz que somente toma conhecimento do processo ao proferir a sentença deve ser tido como extremamente parcial, por não ter permitido que a parte que perdeu a demanda o tivesse convencido durante a instrução.”

⁴⁴ Hoffman. Paulo. Saneamento compartilhado. São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 24.

Os sistemas probatórios modernos estão centrados nas partes, que têm a liberdade para pugnar e produzir os meios de prova que entenderem como necessários para a demonstração dos fatos em juízo. É crescente, todavia, as correntes doutrinárias que conferem poderes instrutórios mais extensos ao juiz.

Na concepção de Marcellus Polastri Lima, “a finalidade do processo é própria: a distribuição da justiça, e só o fim individual de cada processo pode distingui-lo do outro, devendo ser observados o objeto concreto do processo e os fins processuais visados no caso em exame que tenham relação com aquele objeto.”⁴⁵

Conforme leciona Ada Pellegrini Grinover, “pacificar com justiça é a finalidade social da jurisdição e quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da paz social.”⁴⁶

A busca pela viabilização da decisão de mérito no processo norteia a condução do procedimento judicial, exigindo a atuação efetiva do magistrado, notadamente no sentido de resguardar que seja assegurada a instrução probatória exigível em busca da verdade provável dos fatos.

A máxima instrução exigível, que aqui se defende, consiste na produção de todos os meios de prova existentes que sejam relevantes e necessárias para o esclarecimento dos fatos controvertidos tanto em primeira instância quanto durante o curso do processo no tribunal.

A doutrina costuma fazer referência à expressão “máxima eficiência dos meios probatórios”, que estaria voltada para a “existência de meios tecnicamente aptos à demonstração da ocorrência ou inoocorrência de fatos, e que para tal objetivo, as técnicas dispostas sejam calibradas conforme as necessidades que se apresentam.”⁴⁷

Para William Santos Ferreira, “a máxima eficiência dos meios probatórios também deriva de expressa disposição do CPC/2015 que determina que durante o processo deve-se observar a eficiência (art. 8º).”⁴⁸ O mencionado autor defende que

⁴⁵ Polastri Lima. Marcellus. Curso de Processo Penal. 8 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 19

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 11

⁴⁷ FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 375

⁴⁸ Idem, p. 386.

a instrução processual é orientada pela máxima eficiência dos meios probatórios, e assim se expressa:

[...] a instrução é orientada pelo princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, e fundamental a constatação de que o direito à prova não se esgota no deferimento, mas se espraia especialmente para a produção, que é o verdadeiro momento da adoção de técnicas voltadas ao esclarecimento do fato probando.⁴⁹

Ainda referenciando a questão da máxima eficiência, Ana Candida Menezes Marcato assinala que:

A máxima eficiência traz em si a constatação de que o objetivo almejado é não apenas a produção de prova com assegurada qualidade para as partes, como, e principalmente, o esclarecimento efetivo das questões de fato – não apenas formal -, visando à melhor instrução.⁵⁰

O julgador fica vinculado aos fatos jurídicos suscitados na causa de pedir, que é relatada pela parte, porém, as provas a respeito dos fatos podem ser determinadas mesmo de ofício pelo juiz, a teor do art. 370, CPC/15, que assim dispõe: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.” Em complemento, o art. 371, CPC/15 prevê que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Essa ampla liberdade de atuação tem como escopo assegurar a postura ativa do julgador em busca da descoberta da verdade dos fatos.

Apesar de o texto do art. 370, CPC/15 ter mantido praticamente a mesma redação do dispositivo correspondente no CPC/73, a sua interpretação deve ser distinta, considerando a nova sistemática processual, conforme explica Lenio Luiz Streck:

⁴⁹ FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 386

⁵⁰ MARCATO, Ana Cândida Menezes. A influência do sistema probatório da arbitragem no regime da prova pericial do novo CPC. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 919

Esse dispositivo se constituía no art. 130 do CPC/73. Agora desdobrado em caput e parágrafo, não introduziu alterações sintáticas. Evidentemente, se seu texto é o mesmo, a sua norma deverá ser diferente, na medida em que o CPC se inscreve em um novo paradigma de compreensão, isto é, do superado paradigma da subjetividade parte-se para a intersubjetividade.⁵¹

Com referência à interpretação do art. 370, CPC/015, Vitor de Paula Ramos, de maneira elucidativa, destaca que:

A nova redação não deixa dúvidas sobre a manutenção da desejável ideia de que o juiz, de ofício, deve determinar a produção de todas as provas “necessárias” ao julgamento da causa. Afastada há muito a ideia de que o juiz não pudesse determinar a produção de provas de ofício, o CPC/2015 preocupa-se com a necessária completude do material probatório, uma vez que o ideal é que todas as provas relevantes sejam obtidas. Um objetivo de toda e qualquer apuração de fatos deve ser a busca pela *comprehensiveness*. Afinal, quanto mais completo for o material probatório, mais confirmadas estarão tendencialmente as hipóteses fáticas; mais a prova terá, possivelmente, condições de se aproximar da verdade; mais justo será o processo⁵²

Conforme assevera Marcus Vinicius Rios Gonçalves, “É dever do juiz proferir a melhor sentença possível, e, para isso, é indispensável que os fatos sejam aclarados”.⁵³ O jurista Rodolfo Kronenberg Hartmann reconhece o processo como o instrumento que permite ao julgador conhecer a verdade dos fatos, que será demonstrada pelas provas produzidas, porém, atenta para o poder retórico da prova produzida, que poderá conduzir a uma decisão em conformidade com aquelas provas, mesmo que elas não tenham sido capazes de representar a verdade de forma fidedigna:

Por vezes, quem triunfa não é a parte que tem razão, mas sim aquela que consegue convencer o magistrado que razão lhe assiste, ou seja, que aparentemente os fatos ocorreram como o mesmo narrou em suas peças e provou. A retórica, portanto, pode persuadir o juiz a erro, pois a prova pode ser utilizada, pelos profissionais que atuam no processo, não para a

⁵¹ STRECK, Lênio Luiz. Art. 370. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 550

⁵² RAMOS, Vitor de Paula. Art. 370. In: TUCCI, José Rogério Cruz e, et al (coord). Código de Processo Civil Anotado. Atualizado em 31.01.2017. Associação dos Advogados de São Paulo: 2015, p. 617. Disponível em: http://aplicacao.aasp.org.br/novo_cpc/ncpc_annotado.pdf. Acesso em: 03. fev. 2017

⁵³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 470.

descoberta da verdade (escopo impossível) e sim para sustentar a história que propõem ao julgador.⁵⁴

Às partes incumbe precipuamente a produção das provas dos fatos alegados, porém o ativismo instrutório do julgador será preponderante na perspectiva de se alcançar a verdade provável. Como adverte Marcelo Abelha Rodrigues,

Como é sabido, não basta que as partes “ludem com as armas” de que disponham, sob a fiscalização de um juiz preocupado exclusivamente em prevenir ou reprimir as eventuais infrações das regras da “disputa”. Decididamente, o juiz deve assumir um papel ativo no processo. Ao juiz cabe fomentar a participação efetiva dos interessados no curso inteiro do procedimento.⁵⁵

No cenário contemporâneo, a visão publicista superou a visão privatista do processo, de maneira que o julgador, especialmente no que se refere à condução do procedimento e ao conjunto probatório, passou a ter uma postura mais ativa, comprometido com a correta distribuição da justiça⁵⁶. O interesse público na correta e na justa aplicação do direito deve prevalecer sobre o interesse particular de cada parte de ver reconhecido simplesmente o seu eventual direito.

Por via de regra, as partes não atuam necessariamente no processo com a intenção de que no final seja proferida uma decisão justa. Habitualmente, busca-se a vitória, mesmo que isso signifique sacrificar a justiça. Nessa toada, cabe ao juiz atuar imparcialmente no sentido de que o processo tenha marcha regular e de que venham aos autos as provas e os esclarecimentos necessários para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade.

Nesse contexto, leciona José Roberto dos Santos Bedaque:

Em suma: se todos os integrantes da relação processual tem interesse no resultado do processo, não se deve deixar nas mãos das partes, apenas, a iniciativa probatória. Ao contrário, tudo aconselha que também o juiz desenvolva atividades no sentido de esclarecer os fatos. Enquanto as

⁵⁴ HARTMANN. Rodolfo Kronenberg. Curso Completo do Novo Processo Civil. 3 ed. Niterói/RJ: Impetus, 2016, p. 327

⁵⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 212

⁵⁶ WAMBIER. Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. v. 1 . 7 ed. São Paulo. RT, 2005.

partes procuram fazer com que o procedimento se desenvolva segundo seus interesses, o juiz tem em vista o interesse geral.⁵⁷

O juiz deve tentar se aproximar da verdade no processo, e, por isso, a atuação ou omissão dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial.⁵⁸

Em busca da aproximação com a verdade, parte-se da ignorância, passando-se pela dúvida até se chegar à certeza.⁵⁹ A certeza, porém, não foge ao aspecto da subjetividade, conforme assevera Flávio Luiz Yarshell:

É certo que o tema da certeza, no terreno da prova, não escapa ao subjetivismo. A clássica ideia de que a certeza está no espírito, enquanto a verdade está nas coisas, bem retrata essa constatação. Se a certeza representa a superação dos motivos divergentes de certa proposição, ainda assim a desconsideração desses mesmos motivos está no espírito de quem avalia.⁶⁰

Para Luciana Amicucci Campanelli, “na busca pela verdade fática, o julgador obtém a certeza da verdade ou a verdade provável, o que é possível em virtude do conjunto probatório produzido no processo, tanto pelos litigantes, de forma espontânea, como por determinação judicial.”⁶¹

Para Michele Taruffo, a verdade dos fatos não é o propósito final de um processo, mas sim, uma condição necessária para que uma decisão seja justa e legítima. O jurista assim se manifesta:

[...] a verdade dos fatos em litígio não é um objetivo em si mesmo, nem o propósito final de um processo civil. É mais uma condição necessária (ou um objetivo instrumental) de toda decisão justa e legítima e, em consequência, de qualquer resolução apropriada e correta da controvérsia entre as partes. Por conseguinte, a verdade não é um objetivo final autossuficiente, tampouco uma mera consequência colateral ou efeito secundário do processo civil: é apenas uma condição necessária para uma decisão precisa, legítima e justa. Uma vez que o processo judicial tem por objeto render justiça, e não simplesmente resolver conflitos, ou – *rectius*–

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 05

⁵⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 246

⁶⁰ Idem, 247.

⁶¹ CAMPANELLI, Luciana Amicucci. Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006

está orientado a resolver conflitos por meio de uma solução justa, não se pode deixar de lado a verdade, como condição de justiça, na decisão dos casos.⁶²

O professor Humberto Theodoro Júnior, ao discorrer sobre a imprescindibilidade da atuação judicial no processo em busca da justiça, afirma que, “nesse passo, seu compromisso não é com a posição de nenhuma das partes, mas com a verdade, sem a qual não se consegue fazer a justiça, para cuja realização se idealizou a tutela jurisdicional do Estado Democrático de Direito.”⁶³

Conforme destaca José Carlos Barbosa Moreira:

Al juez le corresponde esencialmente juzgar, y toda la actividad procesal está ordenada a proporcionarle los medios necesarios para juzgar bien. Pero juzgar quiere decir aplicar las normas jurídicas pertinentes a los hechos que han originado el litigio. De ahí que al órgano judicial le es tan indispensable el conocimiento de los hechos cuanto el conocimiento de las normas: y constituyendo las pruebas, como nadie ignora, la vía normal de acceso al conocimiento de los hechos, resulta lógico estimar inherente a la tarea del juez la iniciativa probatoria.⁶⁴

A iniciativa probatória do juiz é elemento inerente à própria efetividade do processo, como afirma José Roberto dos Santos Bedaque:

Para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, necessária a garantia da produção da prova, cujo titular é, em princípio, a parte, mas não exclusivamente ela, pois ao juiz, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado e na justiça das decisões, também assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento. A iniciativa probatória do juiz é elemento indissociável da efetividade do processo. Isso porque entre os requisitos de um processo efetivo, *équo e giusto*, aponta-se a justiça da decisão, o que pressupõe a exata reconstrução da matéria fática. Se não é possível a certeza quanto à verdade dos fatos retratados no processo, ao menos deve-se esgotar os mecanismos aptos a proporcioná-la. Com isso, aumenta a probabilidade de o resultado ser justo. Na medida em que a concessão de poderes instrutórios ao juiz amplia as chances de obter-se a reprodução fiel dos fatos

⁶² TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de “La prueba” São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22-23

⁶³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. v 1, 54 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 460

⁶⁴ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em materia de prueba. In: Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.80.

ocorridos no plano material, regra nesse sentido contribui decisivamente para a efetividade do processo.⁶⁵

A fim de se evitar que a própria prova (sua ausência ou insuficiência) seja fator a contribuir para uma decisão injusta, é necessário garantir, através do processo, a máxima instrução exigível, que ora se defende.

Nelson Juliano Schaefer Martins destaca que a função e o papel do juiz no Estado Social contemporâneo reclamam o exercício de poderes e atividades que conduzam ao bem comum e à justiça. E assim conclui:

Sabe-se que não é mais possível imaginar que o escopo do processo seja tão somente a tutela dos direitos subjetivos em uma visão privatista. Impõe-se a concepção de que, na condição de instrumento da jurisdição, o processo está a serviço do interesse social, da coletividade e também da realização do direito e da paz social.⁶⁶

O processo é uma ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social. Por certo, a instrução adequada da causa contribuirá para a prolação de uma decisão justa e para a efetivação dos direitos do jurisdicionados. Assim, no processo moderno, o juiz não pode permanecer ausente da pesquisa da verdade material.⁶⁷

Ao discorrer sobre a teoria geral da prova, Marcelo Abelha Rodrigues destaca a importância de o juiz ter uma “visão perspectiva” sobre a prova, e assim se pronuncia:

Ora, se o litigantes veem a prova como algo que possa atestar o suposto direito que alegam possuir (sob uma visão retrospectiva, portanto), para o juiz a regra é diferente, posto que a visão é diversa, já que enxerga (ou deveria enxergar) a prova como peça chave para legitimar a coisa julgada e, assim, alcançar a paz social. Trata-se de uma visão perspectiva: lá há nítida influência privatista; aqui há visão publicista. Aquela cede terreno a esta na medida em que também para os litigantes opositores há o senso comum de busca da paz social. É essa visão publicista da prova que nos permite dizer que a prova serve ao processo, à verdade, para o convencimento do juiz e com vistas à entrega de uma ordem jurídica justa.⁶⁸

⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27-28

⁶⁶ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. Poderes do juiz no processo civil. São Paulo: Dialética, 2004, p. 58

⁶⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, v. 1, 54 ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2013, p. 459

⁶⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 214

Merece registro a manifestação de Sidney da Silva Braga:

E, para que se atinja a justiça possível como resultado concreto do processo, o juiz deve encará-lo pela perspectiva publicista, como mais um instrumento de persecução da finalidade primordial do Estado, e não apenas como instrumento de defesa dos interesses privados das partes, pelo que deve sair da postura passiva, de mero espectador, simples destinatário da atividade probatória das partes, assumindo posição ativa, tomando a iniciativa de produção de provas que repute indispensáveis ou úteis ao descobrimento da verdade processual, requisito para que se alcance a justiça possível naquele caso.⁶⁹

Conforme destaca Galeno Lacerda, os valores e os interesses no âmbito do direito não pairam isolados no universo das abstrações; ao contrário, exigem dinamismo e atenção às aspirações da coletividade.⁷⁰

O poder do juiz de processar e julgar tem natureza constitucional e pode ser compreendido como “a possibilidade de querer coercitivamente e de agir coercitivamente de que é titular o Estado.”⁷¹

Nessa senda, Vicente Miranda define os poderes do juiz como “as possibilidades de agir, a possibilidade de querer e de agir, a possibilidade de ordenar, de mandar, de comandar, a possibilidade de império.”⁷²

A expressão “poderes do juiz”, porém, não compreende poderes necessariamente do juiz, mas sim, do Estado-juiz e representam, portanto, verdadeiramente, “manifestações do poder que o Estado confere ao juiz para dirigir e instruir o processo.”⁷³ Nesse sentido, Trícia Navarro Xavier Cabral acertadamente opina: “Quando se comenta a iniciativa probatória do magistrado no processo, consideram-se os ideais perseguidos não pela pessoa do juiz, mas pelo próprio ordenamento jurídico contemporâneo.”⁷⁴

Os poderes do juiz contam com distintas classificações doutrinárias. Para Chiovenda, seriam eles de decisão, de coerção e de documentação. Já Carnelutti os

⁶⁹ BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa probatória d juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 70

⁷⁰ LACERDA, Galeno. O juiz e a justiça no Brasil. Revista Ajuris nº 53. Porto Alegre, 1991, p. 68

⁷¹ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 100

⁷² Idem, p. 95

⁷³ GOMES, Sérgio Alves. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 42.

⁷⁴ CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 99

distingue entre poderes finais e instrumentais.⁷⁵ Moacyr Amaral Santos classifica os poderes jurisdicionais em sentido estrito, segundo sua finalidade, em poderes ordinatórios, instrutórios e finais, sendo que esses compreendem os de cunho decisório e executório.⁷⁶

Após proceder à análise crítica acerca de diferentes classificações doutrinárias quanto aos poderes do juiz no processo, Vicente Miranda apresenta o que denomina classificação essencial, considerando a finalidade a que se destina o poder. Assim, para ele, o poder seria: ordinatório, de direção, instrutório, decisório e executório.⁷⁷ Para o referido jurista, a expressão “poder instrutório” “não é apenas o de determinar de ofício esta ou aquela prova. É, genericamente, o de exigir a colaboração de todos para a prova, o de dirigir a instrução, o de valorar as provas, com a finalidade última de instruir”⁷⁸

Os poderes instrutórios são espécie do gênero poderes do juiz, que não deixam de ser poderes-deveres.⁷⁹ A iniciativa instrutória do juiz representa verdadeiramente um poder, e não apenas uma faculdade ou ato discricionário. É o que perfilha Anissara Toscan: “o juiz tem o poder-dever de ordenar os atos necessários à instrução processual, sendo-lhe dado dispor de ofício dos meios probatórios que reputar necessários.”⁸⁰

Contrariamente, o jurista Flávio Luiz Yarshell entende que a busca da verdade não é propriamente o escopo da jurisdição e que a intervenção probatória do juiz não pode ser vista como um poder-dever, mas sim como um poder exercido de forma discricionária, segundo a conveniência e a oportunidade ditada em cada caso concreto. A atuação probatória do juiz, na visão do referido jurista, representa “um poder cujo exercício fica submetido ao crivo do órgão judicial, mais assemelhado – ainda que reconhecidamente de modo imperfeito – a uma faculdade, como se tem entendido ser.”⁸¹

⁷⁵ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 106-107

⁷⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 1, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 340

⁷⁷ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 119.

⁷⁸ Idem, p. 208

⁷⁹ CASTRO, Daniel Penteadado de. Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 171

⁸⁰ TOSCAN. Anissara. Preclusão processual civil estática e dinâmica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 177

⁸¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119-120

No tocante à possibilidade de atuação probatória oficiosa do magistrado, tanto na instância originária quanto na instância recursal, cumpre asseverar que se trata verdadeiramente de um poder para o julgador. Em sentido diverso, o professor Daniel Amorim Assumpção Neves entende que não se trata de dever e nem tampouco de poder, mas apenas de uma faculdade instrutória para o juiz. O aludido jurista tece críticas à redação do art. 370, CPC/15, pois, em sua opinião, o legislador “perdeu uma excelente oportunidade de desmistificar a ideia corrente de que a atividade oficiosa na instrução probatória é um poder do juiz.” E complementa, afirmando que, na realidade, os intitulados poderes instrutórios do juiz representam apenas faculdades instrutórias: “o juiz não tem dever de produzir prova de ofício, mas somente a faculdade de assim proceder.”⁸²

O posicionamento consolidado na doutrina, porém, parece ser distinto, no sentido de reconhecer na iniciativa probatória do juiz um exímio poder.

Ao sustentar que a iniciativa probatória não representa tecnicamente um dever para o juiz, Flávio Luiz Yarshell explica que essa concepção se justifica “[...] na medida em que a parte inerte não pode invocar sua própria omissão para acoimar de inválida ou injusta uma decisão judicial porque também inerte teria sido o juiz.”⁸³

Adequada conclusão sobre a temática pode ser obtida a partir do posicionamento de João Batista Lopes, que esclarece quanto à natureza da atuação probatória do juiz, concluindo se tratar verdadeiramente de um poder:

A tutela jurisdicional repousa no elemento necessidade (ou utilidade), e não na conveniência ou oportunidade. Também a produção de prova é condicionada à necessidade de esclarecimento dos fatos controversos, não se podendo cogitar, na espécie, de discricionariedade. Com efeito, a lei processual é clara no sentido de que cabe ao juiz determinar as provas necessárias, e não simplesmente as convenientes ou oportunas.⁸⁴

Quanto à natureza da iniciativa instrutória do juiz, Bedaque⁸⁵ entende não se tratar de poder discricionário, pois, eventual decisão nesse sentido não seria por

⁸² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 665.

⁸³ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 120

⁸⁴ LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: Grandes temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 55

⁸⁵ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, op. cit. p. 158-163

conveniência e oportunidade, que representam juízos de valor próprios da discricionariedade, e permitem ao juiz adotar a solução legítima que considerar mais adequada. Na opinião do ilustre professor, o poder instrutório conferido ao juiz pressupõe *liberdade de investigação crítica*, que compreende a atuação adequada na exegese da lei, em busca da decisão mais acertada, tratando-se de ato de interpretação, de exegese normativa.

Especificamente quanto aos poderes instrutórios, sempre mencionados nas diferentes classificações doutrinárias, e que constituem objeto da presente pesquisa, em conformidade com o que preconiza Moacyr Amaral Santos⁸⁶, compreendem: I) poderes de inspeção; II) poderes de concessão ou recusa; III) poderes de repressão; IV) poderes de apreciação da prova e; V) poderes de iniciativa.

A classificação Amaralista pode ser contextualizada de forma exemplificativa a partir de alguns dispositivos do Código de Processo Civil de 2015. Quanto aos *poderes de inspeção* podem ser evidenciados através da possibilidade de o juiz inspecionar pessoas ou coisas (art. 481, CPC/15) e o de inquirir as partes e testemunhas (Arts. 139, VIII, 385 e 456, CPC/15). Casuisticamente, os intitulados *poderes de concessão ou recusa* podem ser evidenciados pela possibilidade de o juiz indeferir postulações meramente protelatórias (art. 139, III, CPC/15), indeferir pedido de perícia ou quesitos impertinentes (arts. 464, § 1º e art. 470, I, CPC/15), indeferir questionamentos impertinentes, capciosos ou vexatórios às testemunhas (art. 459, § 2º e 3º, CPC/15) e ainda de conceder nova perícia (art. 480, CPC/15).

Quanto aos *poderes de repressão*, podem ser destacados o de punir o perito desidioso ou que, por dolo ou culpa grave, prestar informações inverídicas ou não apresentar o laudo no prazo devido (arts. 158, 468, II, CPC/15) e ainda o de punir a testemunha que deixar de comparecer sem motivo justificado (art. 455, § 5º, CPC/15). Já o *poder de apreciação da prova* restaria evidenciado expressamente no art. 371, CPC/15, que confia ao juiz o poder de apreciar a prova constante dos autos, independentemente de quem a tenha promovido.

Por derradeiro, o *poder de iniciativa* restaria demonstrado, de forma exemplificativa, através dos poderes do juiz de: a) determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (art. 370, CPC/15); b) ouvir terceiras pessoas referidas no processo ou ordenar a exibição de documento (arts. 461, I e 421, CPC/15); c)

⁸⁶ SANTOS. Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 1, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 344-345

requisitar certidões ou procedimentos administrativos (art. 438, CPC/15); d) acarear testemunhas (art. 461, II, CPC/15); ordenar nova perícia (art. 480, CPC/15) e ainda o de alterar a ordem de produção dos meios de prova (art. 139, VI, CPC/15).

Para Brunela Vieira de Vincenzi, cada dia mais se torna necessário que a tutela jurisdicional prestada pelo Estado se adapte ao direito material, sendo permitido ao juiz, na sua concepção:

[...] dialogar com as partes, flexibilizar em algumas hipóteses o procedimento, adiantando provimentos, deliberando sobre provas e, principalmente, impondo sua decisão com tamanha força que as soluções propostas tenham eficácia e verdadeira efetividade no mundo real (dos fatos), e não só no mundo do processo.⁸⁷

É preciso valorizar e defender o diálogo entre as partes e o juiz. Conforme destaca Cássio Ariel Moro, não se pretende a busca da verdade a todo custo, mas também não se pode distanciar da verdade provável, com regras estanques do ônus da prova e passividade do juiz, pois “o que se pretende é abrir um diálogo sobre as consequências jurídicas da lide e dos fatos apurados, a partir da efetiva atuação do magistrado na busca pela verdade, e das partes pela argumentação.”⁸⁸

Questão relevante e divergente compreende a tentativa de delimitação dos limites da atuação probatória do julgador no curso do processo. Existem doutrinadores que defendem uma atuação ampla, outros que a admitem com restrições e aqueles que mantêm praticamente contrária à atuação proativa do juiz em relação a produção de provas.

2.1 CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE A ATUAÇÃO PROBATÓRIA DO JUIZ

São variados os posicionamentos doutrinários quanto à intensidade do papel ativo do juiz no aspecto probatório. Aparenta ser dominante na doutrina a corrente

⁸⁷ VINCENZI, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003, p. 58

⁸⁸ MORO, Cássio Ariel. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 62

conservadora, no sentido de que o juiz possui poderes instrutórios limitados e complementares à atividade das partes. Existem aqueles que defendem uma extensão maior desses poderes, no sentido de que o juiz poderia determinar de ofício a produção de todos os meios de prova legalmente admissíveis e que se apresentassem como adequados e necessários para a demonstração de veracidade dos fatos. Outros defendem a atuação probatória restritiva do juiz.

No contexto contemporâneo, ganha força a corrente que defende que o mais adequado é a atuação cooperativa do juiz, com deliberações probatórias em conjunto com as partes

A atribuição de poderes instrutórios ao juiz em pequena ou grande escala, segundo Michele Taruffo, decorre de implicações ideológicas que envolvem as finalidades do processo, no que podem ser observadas três opções: a primeira compreende que a função do processo civil é a de resolver controvérsias e de por fim aos conflitos entre as pessoas. Para os defensores dessa visão ideológica, parece não ser motivo de preocupação a qualidade da decisão em seu aspecto de acerto e de justiça, bem como aparenta que a verdade dos fatos tende a ser considerada como questão prescindível. Para eles, é coerente admitir que a tarefa de gerir a produção de provas é das partes, permanecendo, o juiz, em posição passiva quanto às provas. A segunda compreende a constatação de que não se deve atribuir ao juiz poderes de iniciativa probatória e, assim sendo, é admissível entender que os defensores dessa ideia desprezam a busca da verdade no processo. A terceira, que aparenta ser a mais adequada, definida como “ideologia legal-racional” da decisão judicial, coloca a qualidade da decisão no centro do problema da administração da justiça, sendo que ela “deve fundar-se na aplicação correta e racionalmente justificada do direito.”⁸⁹

a) Corrente que defende a atividade probatória do juiz de forma subsidiária e complementar

Os defensores dessa corrente admitem a atuação probatória do juiz para a elucidação dos fatos, porém, somente quando as partes não produzirem as provas suficientes.

⁸⁹ TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de “La prueba” São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 203

O jurista Moacyr Amaral Santos não vislumbra a visão finalística do processo como instrumento capaz de garantir uma decisão justa a partir da aplicação do direito a uma situação fática verídica. Para ele, a finalidade do processo se limita a “compor a lide, assegurando a paz social”⁹⁰, o que o remete à defesa de uma atuação instrutória do juiz mais restrita no curso do processo, ressaltando que apenas em casos excepcionais a prova deverá ser ordenada de ofício, notadamente quando se encontrar perplexo diante da prova produzida e dos autos resultar a possibilidade de sair dessa perplexidade com a realização de outras provas.⁹¹

O retromencionado autor, doravante, assinala as hipóteses em que, na sua visão, o juiz estaria autorizado a ordenar de ofício a complementação da prova, porém, ressalta que essa iniciativa deverá ser ordenada antes ou durante a audiência de instrução, considerando que após o encerramento dos debates e a apresentação das razões finais, somente caberá ao magistrado proferir a decisão. Nessa seara, são apontadas as seguintes hipóteses: a) interrogatório ou depoimento pessoal das partes (art. 139, VIII e 385, CPC/15); b) inquirição de terceiros ou de testemunhas referidas (art. 461, I e 380, I, CPC/15); c) acareação de testemunhas umas com as outras ou com as partes (art. 461, II, CPC/15); requisição de certidões e processos administrativos a repartições públicas (art. 438, I e II, CPC/15); esclarecimento do perito ou do assistente técnico (art. 477, § 3º, CPC/15); produção de nova perícia (art. 480, CPC/15); realização de inspeção judicial (art. 481, CPC/15); determinar as provas que julgar necessárias (art. 370, CPC/15).⁹²

Adepto da corrente que defende a atuação acessória do juiz quanto ao aspecto probatório, Michele Taruffo assim se manifesta:

É somente o caso de frisar, na realidade, que os poderes conferidos ao juiz configuram-se como acessórios e integrativos em relação às iniciativas instrutórias das partes. Se, como ocorre frequentemente as partes exercitam de maneira completa seu direito à prova, requerendo todas as provas disponíveis em relação aos fatos da causa, o juiz não terá qualquer oportunidade para exercitar seus poderes, restando, portanto, legitimamente inerte.⁹³

⁹⁰ SANTOS. Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 2, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 387

⁹¹ Para Moacyr Amaral Santos, “excepcionalmente, a prova poderá ser trazida ao processo por determinação *ex officio* do juiz” (SANTOS. Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 2, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 366)

⁹² SANTOS. Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 2, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 386-387)

⁹³ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos. Tradução de: La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 203

Por sua vez, Humberto Theodoro Junior reconhece que os poderes conferidos ao juiz em matéria de investigação probatória engendram a figura de um juiz ativo, mas não autoritário, sendo que sua participação na busca da verdade não tem o fito de anular ou impedir a iniciativa própria das partes, pois, na sua concepção, “trata-se de atividade integrativa e supletória”, de forma que quando estas exercitam seus poderes para produzir todas as provas disponíveis e o munem dos elementos suficientes para a comprovação dos fatos relevantes, não há necessidade de o magistrado utilizar seus poderes instrutórios. O jurista reconhece, porém, que se algum meio de prova ao alcance do juiz puder ser empregado para o melhor conhecimento dos fatos fundamentais do conflito mesmo que os litigantes não tenham requerido, caberá ao juiz usar dos poderes de iniciativa, pois “[...] seu compromisso não é com a posição de nenhuma das partes, mas com a verdade, sem a qual não se consegue fazer a justiça, para cuja realização se idealizou a tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito.”⁹⁴

Anissara Toscan também é adepta da corrente defensiva da iniciativa probatória do juiz de maneira complementar. Ao apontar o sistema estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015, que sujeita o direito das partes de produzir provas a preclusões, ressalta que:

[...] a iniciativa probatória judicial deve ser, de regra, complementar, circunscrevendo-se ao esclarecimento de fatos até certo ponto já evidenciados pelas provas carreadas aos autos pelas partes, sendo, desse modo, invocada apenas quando já existente um certo suporte probatório acerca dos fatos alegados, porém sejam necessárias elucidações pontuais em torno deles.⁹⁵

Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga integram a corrente que defende a iniciativa probatória do juiz de forma complementar:

A melhor interpretação que se pode dar ao art. 370 do CPC, segundo nos parece, é aquela que privilegia o meio termo: a atividade probatória é atribuída, em linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma *atividade complementar*, - uma vez produzidas as provas

⁹⁴ THEODORO JUNIOR. Humberto. Curso de direito processual civil, v. 1, 54 ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2013, p. 460

⁹⁵ TOSCAN. Anissara. Preclusão processual civil estática e dinâmica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 178

requeridas pelas partes, se ainda subsistir dúvida quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la.⁹⁶

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem a iniciativa probatória supletiva do juiz⁹⁷, posicionamento com o qual compactuam Manoel Alves Rabelo e Katharine Maia dos Santos, que assim se manifestam: “[...] ainda que haja produção de prova de ofício, deve-se salientar que ela será subsidiária à atuação das partes, que, conhecendo mais de perto os fatos, saberão manusear melhor os meios de prova e determinar aqueles imprescindíveis para fundar sua alegações.”⁹⁸

Na mesma linha de raciocínio, Daniel Amorim Assumpção Neves aduz que é permitido ao magistrado ordenar a produção de provas de ofício, porém, deverá fazê-lo somente após o esgotamento da iniciativa probatória das partes:

Abre-se ao juiz a possibilidade de, mesmo diante da inércia das partes no tocante à produção probatória, a determinação de tal produção de ofício. Tal postura, permitida pela lei, deve, até mesmo pela própria lógica do sistema, somente ser adotada após as partes terem esgotado as provas que pretendiam produzir. Após a realização da prova pelas partes, e ainda havendo questão não clara ao juiz, nenhum problema haverá se o juiz determinar a sua produção de ofício.⁹⁹

Em trabalho discorrendo sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar, Luiz Rodrigues Wambier e Evaristo Aragão Santos apontam como primeiro traço no sentido do equilíbrio o fato de que o exercício dos poderes instrutórios deve ser complementar à atividade das partes. E afirmam:

O juiz não assiste indiferentemente a esse embate. Mas nem por isso se coloca à frente de autor e réu. Sua atividade, dessa perspectiva, continua sendo, sim, complementar. Ou seja, tem plenos poderes para atuar de ofício, mas sempre depois da iniciativa das partes (ou, pelo menos, do autor, no caso de revelia). O órgão judicial depende dessa iniciativa e, por isso, atuará sempre suplementando tal atividade, naquilo que lhe parecer

⁹⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 90

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 87

⁹⁸ RABELO, Manoel Alves; SANTOS, Katharine Maia dos Santos. Teoria geral da prova na jurisdição cível: breves considerações. In: ZAGANELLI, Margareth Vetus Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.111.

⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 664.

necessário para, por meio dessa suplementação, obter o retrato consistente e verossímil dos fatos indispensáveis ao julgamento.¹⁰⁰

João Batista Lopes, em relevante estudo sobre o tema, manifesta-se de forma contrária à atuação proativa do julgador em matéria de prova, e também defende uma atuação supletiva. Ele afirma que o magistrado não pode ser convertido em “investigar de fatos ou juiz de instrução”, porém, tolera a possibilidade de determinação da produção de provas de ofício pelo juiz, desde que seja para complementar os elementos trazidos aos autos pelas partes. Ele assim se expressa:

Não se afigura adequado, pois, permitir que o juiz substitua as partes na tarefa que lhes é atribuída, premiando sua omissão e descaso. Mas também não se deve subestimar a força do preceito, que se insere nas modernas tendências do processo civil, presentes a função social do processo e os ideais de justiça. Em suma, o princípio dispositivo não foi abandonado, mas possui, agora, nova configuração.¹⁰¹

Sob a égide do CPC de 1939, posicionamento conservador também foi manifestado por M. Seabra Fagundes, que defendia uma atuação complementar do juiz em matéria de prova:

Afigura-se-nos, ainda, que a orientação publicística do processo, com o poder diretivo do juiz, não deve ir ao ponto de fazê-lo suprir a incúria dos interessados na formulação da prova. O juiz poderá completar a lacuna que as partes tenham deixado de corrigi-las, para, com prova adicional, remover dúvida que no seu espírito perdure, não obstante os elementos já oferecidos ; mas nunca substituir a parte no oferecimento da prova fundamental. A iniciativa das partes na produção da prova é indispensável, ainda hoje, para o desenvolvimento da relação processual; a atividade do juiz a esse respeito há de ser apenas suplementar.¹⁰²

¹⁰⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. José Miguel Garcia Medina, et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 161

¹⁰¹ LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 76

¹⁰² FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, p 346.

b) Corrente que defende a iniciativa mais ampla do juiz em matéria probatória

A segunda corrente doutrinária, de caráter nitidamente progressista, admite uma atuação mais ampla, dinâmica e autônoma do julgador em matéria de prova. Esse segmento da doutrina ganhou impulso no direito contemporâneo em virtude de estudos sobre a efetividade e as concepções publicistas do processo, que representam a diretriz com a qual o CPC/15 mais se identifica quanto ao tema.

Em trabalho clássico sobre os poderes instrutórios do juiz, José Roberto dos Santos Bedaque¹⁰³ sustenta que os magistrados devem atuar de forma mais ativa em busca da verdade. Também confirma que a concessão de poderes instrutórios mais amplos aos julgadores é uma tendência moderna, inclusive de cunho internacional. Em sua obra, o jurista manifesta “a opção pela corrente doutrinária que defende uma posição mais ativa do juiz na instrução do processo.”¹⁰⁴

Reconhecendo que o juiz deve atuar de forma participativa e efetiva quanto aos procedimentos probatórios, o professor Flávio Cheim Jorge assim explanou:

A compreensão de um processo voltado para uma ótica publicista tem levado á necessidade de se conceber uma maior liberdade para o juiz na determinação da realização das provas. Já não é possível mais aceitar a participação do juiz no processo como um mero expectador, o qual durante todo o trâmite processual, limita-se a aguardar a participação das partes para, ao final, externar a vontade concreta da lei.¹⁰⁵

Para Trícia Navarro Xavier Cabral, a defesa do amplo poder de atuação instrutória do juiz “parte do pressuposto de que os poderes instrutórios do juiz não possuem relação alguma com os atos de disposição das partes quanto ao direito material, nem tampouco com o ônus subjetivo da prova.”¹⁰⁶

No certame processual, as partes defendem as suas pretensões mediante ação e defesa, competindo ao juiz, agir de forma imparcial com o intuito de

¹⁰³ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

¹⁰⁴ Idem, p. 173

¹⁰⁵ JORGE. Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 385

¹⁰⁶ CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 64

resguardar a regularidade procedimental e de tornar possível a demonstração, nos autos, da realidade fática ocorrida no plano material.

Destarte, respeitados juristas compactuam da ideia de que o magistrado deverá ter uma atuação mais dinâmica na fase instrutória. Conforme observa José Roberto dos Santos Bedaque:

Se ele (o juiz) verifica que, por qualquer motivo, provas importantes, necessárias ao esclarecimento dos fatos, não foram apresentadas, deve, *ex officio*, determinar sua produção. Com isso não estará beneficiando qualquer das partes, mas proporcionando um real equilíbrio entre elas, além de impedir que prevaleça no processo apenas o raciocínio dialético, segundo o qual não importam a verdade e a justiça, mas a vitória.¹⁰⁷

José Carlos Barbosa Moreira reconhece e considera natural a tendência de um papel mais ativo ao juiz em matéria de prova:

Em matéria de instrução, prevalece igualmente nas leis contemporâneas a tendência a confiar papel ativo ao juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido a sua cognição, isto é, nos limites do pedido e da causa de pedir. Nada mais natural: é intuitivo, em linha de princípio, que um bom julgamento descansa na correta aplicação da norma a fatos reconstituídos com a maior exatidão possível; e julgar bem é preocupação que não pode ser estranha ao órgão judicial.¹⁰⁸

Acentuada é a tendência atual no sentido de se admitir a ampliação das iniciativas probatórias do juiz no curso do processo, até porque, “ao exercer o poder jurisdicional, o juiz deve pautar pela realização da justiça, valor máximo objetivado pelo direito. Para concretizá-lo precisa se aproximar ao máximo da verdade real, e para tanto, não pode depender exclusivamente das provas requeridas pelas partes.”¹⁰⁹ Marcelo Abelha Rodrigues defende a ampla iniciativa instrutória do julgador:

Exige-se do juiz uma atuação voltada à busca da justiça, dotando-o de ilimitados poderes instrutórios, pautados na ética, que lhe permitam ser um

¹⁰⁷ BEDAQUE. José Roberto dos Santos (Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

¹⁰⁸ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47

¹⁰⁹ GOMES, Sérgio Alves. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 256.

caçador da verdade. Deve o juiz entender que a sua atuação no mundo das provas não é ofensiva à imparcialidade. Dar razão a quem tem razão é seu dever, e é com esse pensamento que deve nortear a sua atuação.¹¹⁰

O jurista Sidnei Amendoeira Jr é adepto da corrente que defende a ampla atuação do juiz. Ao abordar o tema, destaca que “[...] outra parte da doutrina e até da jurisprudência defende, porém, que o juiz tem amplos poderes instrutórios. É a esta última corrente que nos filiamos.”¹¹¹. O jurista cuida, inclusive, de exemplificar algumas das provas que podem ser deferidas pelo juiz, valendo-se do seu poder instrutório:

O juiz não pode se lançar em uma cruzada em busca da verdade, já que os meios de que dispõem para agir são limitados. Agora, existem certos meios que estão à sua disposição, como ouvir testemunhas, ainda que arroladas intempestivamente, determinar a juntada de documentos, a realização de uma perícia e assim por diante. Esses meios, que estão ao seu alcance, podem não levar o juiz necessariamente à verdade, mas irão aproximá-lo ainda mais dela.¹¹²

Destacando a relevância do trabalho investigativo do juiz, Marcelo Abelha Rodrigues ressalta:

O trabalho investigativo, repita-se, não é a favor de A ou B, mas em prol da justiça, e é assim que deve ser visto. É inconcebível que nos dias de hoje o juiz deva se esquecer de conhecer uma situação, para ele duvidosa e com chances de ser elucidada, se tal ou qual fato não foi trazido pela parte. Não se trata de ser testemunha (seria impedido o juiz nesse caso), mas de buscar o conhecimento de algo sobre que julga ser possível convencer-se. Sair da inércia não representa perder o juízo, ou melhor, a imparcialidade, senão, pelo contrário, evitar que a sua omissão seja, esta sim, parcial.¹¹³

O retromencionado jurista conclui que a prova não deve ser vista como algo privado, realizada sob a perspectiva do interesse particular das partes, devendo, o juiz, atuar como condutor do processo em busca da aproximação com a verdade:

¹¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 213

¹¹¹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006, p. 106.

¹¹² Idem, p. 113

¹¹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 222

A posição a que chegamos é a de que a prova deve ser sempre regida pelo princípio inquisitivo, limitado apenas pelo dever de motivação. Trata-se de política máxima a ser implementada num Estado social de direito, que deve reconhecer a fragilidade dos litigantes e dos seus representantes e tratar a prova como algo que a todos beneficia, porque em última análise todos querem e clama por uma solução justa. Deve-se deixar de ver a prova como algo privado, fruto de atividade particular, senão porque é a própria prova justa que legitima a imutabilidade das decisões.

Nessa concepção, o juiz, representante do Estado social de direito, deve tomar as rédeas do processo no tocante à busca da verdade, instruindo, sempre que para ele se fizer necessária à comprovação dos fatos (estes trazidos pelas partes) controvertidos ou duvidosos.¹¹⁴

Gustavo Gonçalves Gomes, por sua vez, em sintonia com os defensores da atuação mais dinâmica do juiz no aspecto probatório, assegura que a atuação proativa do juiz é coerente com o processo participativo e democrático, não violando outras garantias processuais:

Mais adequado seria considerarmos uma atuação mais proativa e até mesmo investigatória dos magistrados no âmbito do processo cognitivo, pois este tipo de iniciativa é coerente com o ideal de processo participativo e democrático, não se mostrando, de forma alguma, como afronta a outras garantias fundamentais do processo.¹¹⁵

Ada Pellegrini Grinover defende a atuação ativa do juiz no aspecto probatório: “Deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário.”¹¹⁶

Alexandre Freitas Câmara posiciona-se nos seguintes termos:

[...] o processo tem por fim produzir decisões verdadeiras, isto é, decisões que estejam de acordo com a verdade dos fatos. E para isso, é preciso que a instrução probatória busque determinar a verdade. Deste modo, é preciso reconhecer que quando o juiz determinar, de ofício, a produção de alguma prova, o faz no exercício de sua função de julgador, já que busca, com tal determinação, preparar-se para proferir decisão que esteja de acordo com a verdade e, pois, seja capaz de atender às finalidades do processo.¹¹⁷

¹¹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 222-223

¹¹⁵ GOMES, Gustavo Gonçalves. Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 330

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 05

¹¹⁷ CÂMARA. Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e do processo civil democrático. Revista de Processo. São Paulo: revista dos tribunais, v. 153, p. 215-2016, nov. 2007, p. 33

Gustavo Gonçalves Gomes ressalta a relevância dos poderes instrutórios oficiosos do juiz, como fator colaborador para que o poder judiciário cumpra sua missão jurisdicional:

Vivemos em um estado ativo, no qual, os entes envolvidos, também devem ter comportamento ativo. Dessa forma, resta evidente que os magistrados, em vista do nosso modelo constitucional de processo civil, não poderão deixar de realizar a atividade probatória, ainda que de ofício, caso esta seja de relevância para a obtenção de um julgamento justo e qualitativo. Por tal razão, exige-se o amplo reconhecimento dos poderes (deveres) instrutórios dos magistrados e, até meso, investigatórios, para que haja o atingimento da missão estatal e constitucional delegada ao Poder Judiciário.¹¹⁸

Nos dizeres de José Roberto dos Santos Bedaque “a tendência moderna de assegurar a todos a solução jurisdicional, mediante o devido processo constitucional, compreende a garantia da solução adequada, cuja obtenção pressupõe a ampla participação do juiz na construção do conjunto probatório.”¹¹⁹

Em defesa da ampla iniciativa probatória do juiz, assim se pronunciou Sidney da Silva Braga:

Enfim, entendemos que a iniciativa probatória do juiz deve ser a regra de seu comportamento na condução do processo, e deve ser ampla, respeitados apenas alguns limites imprescindíveis à consecução mesma do objetivo do processo.¹²⁰

c) **Iniciativa restrita**

Parte da doutrina defende a restrita iniciativa do juiz no aspecto probatório. Ao discorrer sobre os limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC, Lenio Luiz Streck, assim se manifesta:

¹¹⁸ GOMES, Gustavo Gonçalves. Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil. In: *Grandes Temas do Novo CPC*, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 340

¹¹⁹ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 176.

¹²⁰ BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória d juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 62

Em suma: pela melhor leitura do artigo 370 à luz do paradigma da intersubjetividade, o juiz só poderá determinar de ofício as provas necessárias ao julgamento de mérito quando se tratar de questão que verse sobre direitos indisponíveis a respeito dos quais as partes não possam transigir.¹²¹

O jurista Lenio Luiz Streck ainda adverte:

O Poder Judiciário deve se dar conta de que, mesmo que o texto de um dispositivo do CPC/2015 seja igual ao anterior — o que é o caso — a norma a ser, todavia, produzida, necessariamente não é a mesma. Isto é, mesmo textos podem produzir novas normas, se produzidas sob novos tempos e novos paradigmas. Direitos disponíveis não devem ter um juiz a protegê-los “de ofício”.

Se vingar a tese de que “de ofício” quer dizer “aquilo que o juiz entender ao seu talante na busca de uma ‘verdade real’(sic), a questão a saber é: *qual das duas partes terá a sorte de ter ao seu lado o olhar de ofício do magistrado?* O autor ou o réu? Serão, então, dois contra um?”¹²²

O jurista Flávio Luiz Yarshell defende uma atuação oficiosa limitada do juiz no aspecto probatório processual, ao ponderar que “o exercício do poder de instrução do juiz deve ser mais pronunciado tratando-se de direitos indisponíveis ou onde vigore desigualdade substancial entre as partes.”¹²³

Nessa mesma visão, Vicente Miranda discorre sobre a excepcionalidade, complementariedade e impossibilidade de substituição das partes, no que concerne à atuação probatória oficial do juiz e expõe posicionamento no sentido de que “decorrem duas hipóteses nas quais o julgador poderá fazer uso dessa sua atividade probatória oficial: o estado de perplexidade e a matéria de ordem pública.”¹²⁴

Vicente Miranda ressalta que o juiz não pode substituir as partes na atividade probatória, conquanto lhe seja facultado determinar provas de ofício, em matéria de ordem pública ou em caso de perplexidade:

¹²¹ STRECK, Lênio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>. Acesso em 14 jan. 2017, p. 01

¹²² STRECK, Lênio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>. Acesso em 14 jan. 2017, p. 02

¹²³ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p.146

¹²⁴ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 217

Também o julgador não pode substituir a atividade das partes no campo probatório. A estas é que incumbe a demonstração probatória. Se, após tal demonstração, sentir-se o juiz inabilitado para decidir, verificando que há necessidade de produzir outras provas além daquelas trazidas pelas partes para a formação de seu convencimento, poderá agir de ofício. Daí se segue que não pode ele, no campo probatório, entregar-se totalmente à pesquisa da verdade dos fatos, alegados como se fosse parte suplicante ou parte suplicada... Dessa excepcionalidade, dessa complementariedade e dessa impossibilidade de substituição das partes decorrem as duas hipóteses nas quais o julgador poderá fazer uso dessa sua atividade probatória oficial: estado de perplexidade e a matéria de ordem pública.¹²⁵

Manifestando posicionamento radicalmente contrário à iniciativa probatória do julgador, Eduardo José da Fonseca Costa assim pondera:

Em verdade, só há quatro possibilidades: 1) juiz que age, uma vez que deferiu pedido [= imparcialidade por atuação positiva] [I (+)]; 2) juiz que age, posto que não haja pedido [= parcialidade por atuação positiva] [P (+)]; 3) juiz que não age porque indeferiu pedido [= imparcialidade por atuação negativa] [I (-)]; 4) juiz que não age por não haver pedido [= imparcialidade por omissão ou não atuação] [I (0)]. Nec plus ultra. Com isso se vê que os fundamentos do ativismo judicial probatório ferem a estrutura da realidade. Afinal, ser juiz é ser equidistante, sereno, sábio e ponderado. Juiz que escapa a essas características deixa de ser juiz para tornar-se justiceiro. Ativismo probatório é não jurisdição, pois. Trata-se, em verdade, de irracionalismo.¹²⁶

Conquanto mantenha posicionamento restritivo, Vicente Miranda também admite a possibilidade de o juiz se valer do poder de iniciativa probatória de forma precedente ao julgamento quando se deparar com a “impossibilidade de formar-se um convencimento sobre os fatos da causa” que, segundo ele, seria a situação objetiva e concreta que conduz ao estado de complexidade, que seria um estado subjetivo e interior.¹²⁷

d) Atuação conjunta com as partes: modelo compatível com o processo civil moderno

¹²⁵ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 217

¹²⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. RBDPro – Revista Brasileira de Direito Processual. nº 90. Belo Horizonte, 2015, p. 167.

¹²⁷ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 217

Parte da doutrina, inspirada na crescente valorização da cooperação processual, defende a atuação instrutória do juiz em conjunto com as partes, o que representa medida coerente e compatível com o processo civil moderno.

Apontamento curioso é mencionado por Fernando Rubin, ao afirmar que prevalece no processo o princípio dispositivo atenuado, “em que a atividade probatória deve sim ser exercida pelo juiz, no entanto, não em substituição das partes, mas juntamente com elas”¹²⁸

Posicionando-se sobre os contornos da atividade probatória do juiz, Júlio Cesar Goulart Lanes defende o que denomina “**ativismo probatório equilibrado**”, que pode ser compreendido pelos poderes instrutórios do julgador de modo calibrado, sendo proativo na busca da verdade, sem porém, invadir o papel das partes e sem prejudicar a cooperação no processo. O aludido jurista define o ativismo probatório equilibrado nos seguintes termos:

expressão adotada para disciplinar os poderes instrutórios do julgador, no sentido de que seja proativo na busca da verdade, sem porém, invadir o papel das partes, ou seja, deve cooperar com as partes e delas receber cooperação, permitindo, passo a passo, a futura decisão justa da causa.¹²⁹

A princípio, Paulo Osternack Amaral posiciona-se em defesa de um poder instrutório autônomo do juiz, que, na sua visão, não seria complementar, supletivo ou subsidiário e nem tampouco assistencialista a uma das partes. Considerando que a iniciativa probatória do juiz conta com amparo legal, ela poderá ocorrer autonomamente, submetendo-se apenas à diretriz da motivação dos atos. Para o jurista, até mesmo a determinação de produção de prova já indeferida,

[...] não equivale a atribuir ao juiz uma função supletiva (complementar), quanto à produção de provas, em que ele só atuaria de forma subsidiária, diante da inércia de uma das partes em relação à atividade probatória. Tampouco seria admissível que o julgador adotasse conduta assistencialista a uma das partes, determinando a produção de provas com o objetivo de equilibrar eventuais disparidades entre as partes. A atuação de ofício em relação à produção de provas contém amparo legal e sua legitimidade submete-se apenas à diretriz geral de motivação dos atos jurisdicionais.¹³⁰

¹²⁸ RUBIN. Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 204

¹²⁹ LANES. Julio Cesar Goulart. Fato e direito no processo civil cooperativo. Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 164

¹³⁰ AMARAL. Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 42

Em outra passagem, porém, Paulo Osternack Amaral reconhece que os poderes instrutórios conferem ao juiz a atribuição de atuar de forma ativa e compartilhada com as partes: “[...] os poderes probatórios conferem ao juiz a atribuição de atuar de forma ativa, compartilhando com as partes o encargo de produzir todas as provas que repute adequadas.”¹³¹

Michele Taruffo, apesar de ser defensor da iniciativa probatória do juiz de forma complementar, reconhece que a iniciativa probatória das partes e a do juiz não são incompatíveis, de forma que as duas estratégias podem combinar no sentido de garantir a mais completa e racional obtenção de dados para a apuração da verdade. O mencionado jurista assim se manifesta:

Os poderes instrutórios das partes e os do juiz não fazem parte de um *unicum* em que, se os primeiros são aumentados, os últimos são limitados, ou vice versa, como se o aumento dos poderes instrutórios do juiz implicasse uma limitação dos direitos das partes. Pelo contrário: trata-se de instrumentos diferentes que podem ser ativados por sujeitos diferentes, que podem muito bem ser utilizados contemporaneamente com o fim de maximizar a obtenção dos dados probatórios necessários para a decisão.
132

Cumprido ressaltar que a atuação oficiosa do juiz não mitiga ou reduz a importância da iniciativa instrutória das partes. Conforme ressalta Moreira (1984, p. 55) “Em matéria de prova, enfim, deveria ser claro que nenhuma intensificação da atividade oficial, por mais “ousada” que se mostre, tornará dispensável, ou mesmo secundária, a iniciativa dos litigantes.” E complementa: “O papel do juiz e o das partes é aqui complementar; absurdo concebê-los como reciprocamente excludentes.”¹³³

Diferentemente da legislação processual revogada, o Código de Processo Civil de 2015 suprimiu referências expressas ao livre convencimento do julgador na apreciação da prova. Essa postura demonstra a nova roupagem do processo civil brasileiro e uma evidente mudança paradigmática que norteia e orienta os comandos normativos. Não há mais um protagonismo do julgador no processo, não mais se espera uma decisão pessoal do juiz, com base nas suas convicções morais,

¹³¹ AMARAL. Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 45

¹³² TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos. Tradução de: La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 206

¹³³ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 47.

opiniões pessoais ou percepções subjetivas, mas sim uma decisão que represente a justa aplicação do direito aos casos concretos, de forma fundamentada e coerente com a verdade.

Em conformidade com as diretrizes do CPC/15, não devem existir sujeitos protagonistas no processo. O protagonismo deve ser da garantia de um processo justo e eficiente, de uma decisão justa e de um resultado efetivo, o que implica na compreensão de que os mesmos parâmetros que orientam a redução do protagonismo geral do julgador, sustentam a ampliação do seu protagonismo probatório, pois este permitirá o cumprimento das reais finalidades do processo, nos moldes adequados ao Estado Democrático de Direito e à perspectiva de efetivação dos direitos e garantias fundamentais através do processo, de forma justa e em conformidade com a verdade alcançável no processo.

Quanto à valoração da prova, dispõe o art. 371 do CPC/15 que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” O legislador preferiu a expressão “do sujeito” ao invés de “da parte”, o que demonstra que a produção de provas não pode ser atividade exclusiva das partes.

No Juizado Especial, o juiz tem significativa liberdade para a determinação das provas, conforme se depreende do comando normativo do art. 5º da Lei nº 9.099/95: “O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

Com o advento do CPC/15, o regramento processual precisa ser interpretado e aplicado em conformidade com as premissas basilares que o sustentam, no que se destaca a efetividade processual. Nessa seara, conforme afirma Hermes Zaneti Júnior,

se o processo não é mera técnica, simples forma, mas é, ao contrário, “formalismo valorativo”, deve então ser conformado dentro da ideologia propugnada pelo sistema, não podendo ocorrer interpretação restritiva de dispositivos jurídicos para limitar a sua aplicação prática.¹³⁴

¹³⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47.

Em conformidade com as ponderações explanadas consubstancia-se a necessidade de intervenção judicial no cenário probatório, que surge precipuamente a partir da constatação de que a atuação probatória das partes, eminentemente parcial, pode não ser suficientemente capaz de garantir a instrução adequada e necessária para o adequado desenvolvimento e a solução do processo.

2.2 A BUSCA DA VERDADE PROVÁVEL

Não há justiça sem verdade. Ocorre, porém, que o alcance da verdade real, absoluta, é um objetivo ideal utópico, inatingível no processo, seja pela impossibilidade de se traduzir com fidelidade plena nos autos a realidade fática pretérita, seja pelo caráter de parcialidade que norteia a construção argumentativa das alegações deduzidas pelas partes.

Devido às intervenções parciais e tendenciosas das partes e dos seus advogados ¹³⁵, é presumível que suas atuações estejam pautadas na perspectiva de que a instrução probatória tenha a aptidão de confirmar suas próprias alegações, intuito que sobrepõe à pretensão de permitir a produção de todos os meios de prova possíveis e necessários para que seja demonstrada a verdade.

Constata-se que a preocupação com a busca da verdade constitui um dos pilares de um processo democrático, que preza pela solução justa do caso concreto. ¹³⁶ É preciso caminhar em busca da aproximação da verdade, a fim de se conhecer aquilo que, de fato, ocorreu. E a prova se apresenta como fator preponderante nessa perspectiva.

É imperioso anotar que existem regramentos normativos que estabelecem diversos limites quanto ao tempo, aos meios e aos procedimentos probatórios. As

¹³⁵ Nesse sentido, Michele Taruffo conclui que “Em verdade, o advogado não é alguém que busca a verdade de maneira neutra e desinteressada: seu objetivo é buscar a vitória, pouco importando se a verdade é descoberta. (TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de “La prueba” São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26)

¹³⁶ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil” In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015, op. cit. p. 153

regras devem ser observadas, porém, devem ser interpretadas e aplicadas à luz dos preceitos constitucionais, sempre pautados na busca da verdade e da justiça.

Sustenta Michele Taruffo que o processo deve buscar a simples verdade (la semplice verità)¹³⁷, e que “a melhor solução possível para uma controvérsia entre as partes é uma decisão adequada e correta; essa decisão não pode ser adequada e correta a menos que se baseie em um juízo verdadeiro acerca dos fatos do caso.”

138

Ao abordar a relação entre prova e verdade, Jordi Ferrer Beltrán destacou:

[...] una buena forma de presentar el problema de la relación entre prueba y verdad puede ser ésta: la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso.¹³⁹

Na clássica obra “La Prueba”, Michele Taruffo aponta as teorias da verdade como coerência e da verdade por correspondência como as principais utilizadas nas últimas décadas no âmbito da cultura jurídica com o objetivo de enfrentar os problemas da prova e da verdade. O jurista assim define as mencionadas teorias:

Segundo a “teoria da coerência”, a verdade de um enunciado de fato é somente a função da coerência de um enunciado específico em um contexto de vários enunciados. Uma vez que a veracidade ou a falsidade somente pode ser prevista a partir dos enunciados, o único nível possível para a verdade é o dos enunciados, ou seja, da linguagem e dos “relatos”. De acordo com a “teoria da correspondência”, a verdade resulta da correspondência do enunciado com um estado empírico dos fatos. Desse modo, uma descrição é verdadeira quando descreve um fato real, isto é, quando fornece uma imagem fiel de um elemento do mundo empírico.¹⁴⁰

A verdade por correspondência destacada por Michele Taruffo representa uma premissa para se afirmar que, para serem justas e corretas, as decisões judiciais devem adequar-se à verdade. Assim, “uma decisão é verdadeira quando corresponde aos eventos que realmente ocorreram na situação empírica que está na

¹³⁷ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de “La semplice verità. Il giudice e La costruzione dei fatti” São Paulo: Marcial Pons, 2016.

¹³⁸ TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de “La prueba” São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22

¹³⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prueba y verdad en el derecho. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 74

¹⁴⁰ TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de “La prueba” São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26

base da controvérsia judicial.”¹⁴¹ Por conseguinte, a prova se apresenta como fator preponderante para a demonstração da verdade e para a adequada prestação jurisdicional.

A atuação consciente e proativa do julgador na condução procedimental será preponderante para que a instrução se dê de forma adequada, com o intuito de possibilitar a obtenção da verdade possível através de uma instrução probatória adequada e coerente com as exigências casuísticas.

A propósito, mostra-se irrelevante a distinção entre a verdade formal, que equivale à verdade processual demonstrada no processo e a denominada verdade real, material, ou seja, a verdade efetiva, porquanto a verdade alcançável é única. Amparado nessa premissa, Neves (2016, p. 649) ¹⁴² afirma que: “a verdade alcançável no processo será sempre uma só, nem material, nem formal, mas processual, ou seja, aquela que decorrer da mais ampla instrução probatória possível.”

Ao defender a simples verdade, Michele Taruffo considera sem fundamento a distinção entre verdade processual e real:

Em linhas gerais, não existem diferentes espécies de verdade, que dependeriam de se estar no interior ou no exterior do processo: como foi dito, várias vezes, a verdade dos enunciados sobre fatos da causa é determinada pela realidade desses fatos, e isso acontece seja no processo, seja fora dele. Portanto, a distinção entre verdade “processual” e verdade “real” carece de fundamento.¹⁴³

O jurista José Roberto dos Santos Bedaque considera inadmissível a suposta vinculação do juiz civil à denominada verdade formal, enquanto que no âmbito penal se perseguiria a verdade real. E conclui: “Tais expressões incluem-se entre aquelas que devem ser banidas da ciência processual. *Verdade formal* é sinônimo de *mentira formal*, pois ambas constituem as duas faces do mesmo fenômeno: o julgamento feito à luz de elementos insuficientes para verificação da realidade jurídico-material”.¹⁴⁴

¹⁴¹ Idem, p. 28

¹⁴² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 649.

¹⁴³ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de “La emplice verità. Il giudice e La costruzione dei fatti” São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 107.

¹⁴⁴ BEDAQUE. José Roberto dos Santos (Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 19-20.

Ao discorrer sobre verdade material e verdade formal, Jordi Ferrer Beltrán destacou o avanço doutrinário no sentido de afastar a distinção entre os diversos tipos de verdade no contexto jurídico:

Ya en la primera mitad del siglo XX se alzaron importantes voces doctrinales paa rechazar explícita y claramente la distinción entre diversos tipos de verdad. Desde entonces, ese rechazo se ha convertido en ampliamente mayoritario, aunque pueden encontrarse sin excesivo esfuerzo aún actualmente referencias a la misma tanto en la doctrina como en la jurisprudencia¹⁴⁵

Marcellus Polastri Lima reconhece a dificuldade de se alcançar a certeza absoluta em relação à veracidade dos fatos a partir da instrução probatória, porém, assevera que o juízo de probabilidade¹⁴⁶ permitirá o alcance da denominada certeza possível:

Ocorre que, no processo dificilmente, ou nunca, se atingirá a certeza absoluta, pois como a instrução probatória equivale à busca do fato histórico deverá haver uma reconstrução dos fatos com dados do passado, através da prova, para se buscar a verdade e, conseqüentemente, a certeza, e esta forma de reconstrução não permite, em regra, uma certeza absoluta, mas meramente relativa, tendo em vista as próprias deficiências humanas. O que terá o juiz é uma aproximação, ou seja, uma probabilidade, significando que deve buscar algo mais que a simples possibilidade, algo mais próximo da certeza, e isto é que é, em maior ou menor grau, a probabilidade. É o que se chama de **certeza possível**.¹⁴⁷

E ainda ressalta, Marcellus Polastri Lima:

O que é certo é que, para que tenhamos uma decisão justa, deve ser buscada a “verdade” que, para o processo, significa a busca do verdadeiro

¹⁴⁵ BELTRÁN. Jordi Ferrer. Prueba y verdad en el derecho. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 63

¹⁴⁶ Michele Taruffo apresenta distinções entre verossimilhança e probabilidade; “o juízo de verossimilhança não fornece qualquer elemento de cognição sobre a veracidade ou falsidade de um enunciado, enquanto a probabilidade diz respeito à existência de razões válidas para sustentar-se que um enunciado é verdadeiro ou falso. Por assim dizer, a probabilidade fornece informações sobre a veracidade ou falsidade de um enunciado, ao passo que a verossimilhança diz respeito somente à eventual “normalidade” daquilo que o enunciado descreve. (TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de “La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti” São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 113).

¹⁴⁷ POLASTRI LIMA. Marcellus. Curso de Processo Penal. 8 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 412

conhecimento dos fatos, se chegando o mais próximo possível da certeza, através da prova, para fins de realizar uma decisão justa.¹⁴⁸

A certeza está diretamente vinculada à convicção, que será alcançada a partir da cognição exauriente, seja em primeira instância, seja no tribunal, tanto por iniciativa da partes quanto por iniciativa do julgador. A cognição exauriente contribui para se alcançar a certeza.

Para Ada Pellegrini Grinover, a verdade e a certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele, porém, afirma que “é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.”^{149_150}

Configura-se significativamente relevante a distinção entre verdade e certeza, até porque, a persuasão e a intensidade do convencimento não garantem a veracidade daquilo que está sendo objeto de análise.

Sobre a distinção entre verdade e certeza, merecem destaque os ensinamentos de Michele Taruffo:

A verdade, conforme já repisado diversas vezes, é objetiva e determinada pela realidade dos fatos de que se fala. A certeza, de seu turno, é um status subjetivo, dizendo respeito à psicologia daquele que fala e correspondendo a um grau elevado (muito elevado, quando se fala em “certezas absolutas”) de intensidade do convencimento do sujeito em questão.¹⁵¹

O juiz dificilmente terá certeza com relação a todos os fatos da causa, porém, ele tem condições de se aproximar dela, chegando a um grau tão extremado de probabilidade que isso se aproxime, e muito, da certeza.¹⁵²

¹⁴⁸ POLASTRI LIMA, Marcellus. A chamada “verdade real” sua evolução e o convencimento judicial. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 232

¹⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 05

¹⁵⁰ Para Michele Taruffo, “a certeza corresponde ao grau de persuasão que um sujeito tem a respeito da veracidade de um enunciado.” (TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de “La emplice verità. Il giudice e La costruzione dei fatti” São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 109).

¹⁵¹ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de “La emplice verità. Il giudice e La costruzione dei fatti” São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 108.

¹⁵² AMENDOEIRA JR., Sidnei. Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006, p. 113.

Marcellus Polastri Lima discorre sobre a dificuldade de se atingir a certeza absoluta no processo, e defende que é possível alcançar algo mais próximo da certeza, que seria a probabilidade, podendo ser chamada de certeza possível, representando a moderna verdade provável:

Ocorre que no processo dificilmente ou nunca se atingirá a certeza absoluta, pois como a instrução probatória equivale a uma busca do fato histórico, deverá haver uma reconstrução dos fatos com dados do passado, através da prova, para se buscar a verdade e, consequentemente, se chegar à certeza, mas, essa forma de reconstrução não permite, em regra, uma certeza absoluta, mas meramente relativa, tendo em vista as próprias deficiências humanas. O que terá o juiz é uma aproximação, ou seja, uma probabilidade, significando que deve buscar algo mais que a simples possibilidade, ou seja, algo mais próximo da certeza, e isto é que é, em maior ou menor grau, a probabilidade. É o que se chama hoje de *certeza possível*, mas achamos melhor o termo *verdade provável*.¹⁵³

Conforme ensina o constitucionalista Hermes Zaneti Júnior,

A verdade absoluta no processo não pode ser jamais atingida. O que se obtém é, no máximo, um juízo de probabilidade, **uma verdade provável**. Esse juízo de verossimilhança, que aporta ao final do processo com alto grau de probabilidade de ser verdadeiro, é alçado à certeza com o trânsito em julgado da decisão, erigindo-se em um patamar de certeza jurídica (g.n.)¹⁵⁴

Diante do reconhecimento de inatingibilidade da certeza absoluta, Cândido Rangel Dinamarco utiliza a expressão “probabilidade suficiente”, como parâmetro a ser observado e considerado pelos construtores do direito¹⁵⁵: “[...] como a certeza absoluta é sempre inatingível, precisa o operador do sistema conformar-se com a probabilidade, cabendo-lhe a criteriosa avaliação da probabilidade suficiente.”¹⁵⁶

A escola processual capixaba tem desenvolvido notáveis pesquisas e trabalhos acadêmicos sobre a busca da verdade provável no processo. Nessa linha

¹⁵³ POLASTRI LIMA, Marcellus. A chamada “verdade real” sua evolução e o convencimento judicial. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 233-234

¹⁵⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 73.

¹⁵⁵ CLARO, Carlos Roberto. Operador do direito ou construtor do direito? Disponível em : <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34621,71043-Operador+do+Direito+ou+construtor+do+Direito+>.

Acesso em 13 fev. 2017

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 3. ed. v.1, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 143.

de raciocínio, afirma Marcellus Polastri Lima que “o processo, como visto, tem por fim a descoberta da **verdade provável** e é através da instrução probatória que o juiz poderá chegar a esta verdade”¹⁵⁷

Para Margareth Vetis Zaganelli e Ana Paula Avellar:

A verdade material ou substancial sobre o ilícito cível **é a verdade provável** de ser atingida, ou seja, aquela mais provável, já que inatingível a verdade absoluta. A verdade do fato danoso será, então, a descrita pela hipótese mais provável, sustentada pela maioria de elementos que a confirmem.¹⁵⁸

Perquirindo acerca da verdade provável, Gilberto Fachetti Silvestre reconheceu que “supera-se a dicotomia entre verdade real X verdade formal, falando-se hoje, em uma verdade provável no âmbito do processo civil, que toma por base um juízo de probabilidade ou verossimilhança”¹⁵⁹

O jurista Daniel Amorim Assumpção Neves define o conceito de verdade possível nos seguintes termos: “Por verdade possível entende-se a verdade alcançável no processo, que coloque o juiz o mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, o que se dará pela ampla produção de provas, com respeito às limitações legais.”¹⁶⁰

Na visão de Cândido Rangel Dinamarco, tanto a verdade quanto a certeza são inatingíveis no processo, devendo ser levado em consideração pelo julgador o juízo de probabilidade, conforme se manifesta:

A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo... o máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto á subsunção destes nas categorias adequadas.¹⁶¹

¹⁵⁷ POLASTRI LIMA, Marcellus. Curso de Processo Penal. 8 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 417.

¹⁵⁸ ZAGANELLI, Margareth Vetis; AVELLAR, Ana Paula. In: Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 07

¹⁵⁹ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Máximas de experiência e verdade processual: a construção da decisão justa para o caso concreto. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.87.

¹⁶⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 648

¹⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7 ed. São Paulo: 1999, p. 318

O legislador processual faz importantes referências à preocupação com a busca pela verdade no processo. O art. 319,VI, CPC/15 aponta como um dos requisitos da petição inicial a indicação, pelo autor, das “provas com que o autor pretende **demonstrar a verdade** dos fatos alegados. O art. 369, CPC/15, por sua vez, estabelece que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, **para provar a verdade dos fatos** em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

A alegada impossibilidade de alcance da verdade real não pode ser fator de desestímulo à instrução processual exigível em busca de uma verdade possível, até porque, “[...] essa intangibilidade da verdade absoluta é realidade comum a todas as áreas do conhecimento humano, e não privativa da área jurídica, tampouco da processual.”¹⁶² Ademais, o objetivo da jurisdição de aplicar o direito aos casos concretos em busca da justa composição dos litígios restará comprometido diante de eventual insuficiência probatória.

Conforme Daniel Amorim Assumpção Neves,

O que se deve buscar é a melhor verdade possível dentro do processo, levando-se em conta as limitações existentes e com a consciência de que a busca da verdade não é um fim em si mesmo, apenas funcionando como um dos fatores para a efetiva realização da justiça, por meio de uma prestação jurisdicional de boa qualidade. Ainda que se respeitem os limites impostos à busca da verdade, justificáveis à luz de valores e garantias previstos na Constituição Federal, **o que se procurará no processo é a obtenção da verdade possível.** (grifo nosso)¹⁶³

Michele Taruffo ressalta que um processo sem verdade não faz justiça, mas única injustiça. E ressalta que a verdade não é apenas importante, mas sim, inevitável:

Non solo, quindi, ha senso parlare di verità nel contesto del processo: ha senso parlarne in quanto un processo senza verità non farebbe giustizia, mas solo ingiustizie. Sotto questo profilo si può ben dire che la verità non è importante: è inevitabile¹⁶⁴

¹⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 647.

¹⁶³ Idem, p. 648.

¹⁶⁴ TARUFFO, Michele. La verità nel processo. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 250

Nesse contexto, incumbe às partes e, também ao julgador, inclusive na fase recursal, mesmo de ofício, perseguir a verdade provável através dos meios probatórios existentes. O ideário de um processo justo, exigido pelo Estado Democrático de Direito, deve estar atento às exigências da instrumentalidade, da efetividade e da presteza na promoção da tutela dos direitos subjetivos,¹⁶⁵ exigindo a exploração do direito processual constitucional, em sua capacidade de realização da justiça.

A propósito, John Rawls, ressalta a importância da justiça sob o contexto social e afirma que:

Among individuals with disparate aims and purposes a shared conception of justice establishes the bonds of civic friendship; the general desire for justice limits the pursuit of other ends. One may think of a public conception of justice as constituting the fundamental charter of a well-ordered human association.¹⁶⁶

Conforme ensina o processualista Marcelo Abelha Rodrigues:

é inconcebível que nos dias de hoje o juiz deva se esquecer de conhecer uma situação, para ele duvidosa e com chances de ser elucidada, se tal ou qual fato não foi trazido pela parte... Sair da inércia não representa perder o juízo, ou melhor, a imparcialidade, senão, pelo contrário, evitar que a sua omissão seja, esta sim, parcial.¹⁶⁷

Não é possível alcançar a verdade real, porém, é preciso insistir no alcance da verdade provável. Se o objetivo da instrução processual é o alcance da verdade provável, que é a verdade possível de ser alcançada, que então seja realizada, a requerimento das partes ou mesmo, de ofício, por ordem do julgador, a máxima instrução exigível, necessária para a demonstração da verdade provável.

¹⁶⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. v 1, 54 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

¹⁶⁶ RAWLS, John. A Theory of Justice. Sixth printing. Harvard University Press. United States of America, 2003, p. 05. Tradução livre do mestrando: “Entre os indivíduos com objetivos e propósitos díspares, uma concepção compartilhada de justiça estabelece os laços de convivência cívica; o desejo geral de justiça limita a busca de outros fins. Pode-se pensar em uma concepção de justiça como constituindo a carta fundamental de uma associação humana bem ordenada”

¹⁶⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 222

2.3 BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA SOBRE O DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

Precedendo à análise jurídica do tema central da dissertação, é oportuno rememorar sucintamente os contornos históricos do direito processual civil brasileiro, que permitem identificar como se deu o desenvolvimento do regramento normativo nacional¹⁶⁸.

Na época do descobrimento do Brasil, estavam em vigor em Portugal as Ordenações Afonsinas. No período colonial, o Brasil esteve sob a égide do regramento Afonsino e, posteriormente, das Ordenações Manuelinas e Filipinas. Na época da independência do Brasil (07/09/1822), o processo civil brasileiro era disciplinado pelas Ordenações Filipinas.

A primeira lei brasileira de caráter eminentemente processual foi o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, porém, disciplinava somente as causas de natureza comercial, pois aquelas de natureza civil continuaram a serem regidas pelas Ordenações Filipinas e leis complementares.

Posteriormente, a pedido do governo imperial, o conselheiro Antônio Joaquim Ribas elaborou a Consolidação das Leis do Processo Civil, que compilou as normas de processo civil até então presentes em diversos comandos normativos, como nas próprias Ordenações Filipinas e em outras leis complementares ou modificativas. A conhecida “Consolidação Ribas” se tornou obrigatória a partir da Resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876 e foi estendido também aos outros feitos civis, por força do regulamento nº 763, de 1890.

Após a proclamação da República (15/11/1889), a Constituição republicana de 1891 delegou aos Estados a competência para legislar sobre processo civil. Conforme esclarece Vicente Miranda¹⁶⁹, nem todos os Estados, porém, se utilizaram de tal permissivo constitucional, já que alguns continuaram a aplicar o Regulamento

¹⁶⁸ Os apontamentos históricos tem como fonte principal a lição de Vicente Miranda Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 26-37

¹⁶⁹ Miranda, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 27

nº 737. “Dos Estados-Membros que promulgaram seus Códigos de Processo destacaram-se os de São Paulo, Bahia e Minas Gerais e o Distrito Federal.”

A Constituição de 1934 suprimiu a competência dos estados para legislarem sobre processo civil, sendo tal regra mantida na Constituição de 1937.

Em 18 de setembro de 1939 foi promulgado o Código de Processo Civil, em vigor até 31 de dezembro de 1973. Somente em 1º de janeiro de 1973 o Brasil criou um novo Código, que esteve em vigor desde 1º de janeiro de 1974 até o dia 17 de março de 2016.

No dia 18 de março de 2016 entrou em vigor a lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu no Brasil o novo Código de Processo Civil.

Quanto ao aspecto probatório, na época do Regulamento nº 737, considerando que o sistema era fundado no princípio dispositivo, era atribuído às partes a iniciativa da escolha e produção de provas. Naquela época, “o juiz devia julgar conforme o que se achasse alegado e provado de uma e outra parte, ainda que a consciência lhe ditasse outra coisa e ainda que ele soubesse ser a verdade o contrário do que no feito estivesse provado.”¹⁷⁰

No período da “Consolidação Ribas” (Consolidação das Leis do processo Civil de 1876) vigorava o princípio segundo o qual a obrigação da prova incumbia àquele que em juízo afirmava o fato, seja o autor ou réu (art. 334)¹⁷¹. Ao juiz era atribuído um poder probatório extremamente limitando, podendo, por exemplo, reperguntar as testemunhas, mandar fazer exame de letras e exigir depoimento das partes, porém, a sentença deveria ser proferida “segundo o que achar alegado e provado de uma e da outra parte, ainda que a consciência lhe dite outra coisa, e ele saiba que a verdade é o contrário do que no feito foi provado.” (art. 479)¹⁷²

Quanto à produção de provas na fase recursal, a Consolidação Ribas permitia ao relator, na apelação, ordenar diligências como inquirições, exames ou vistorias (art. 1.566), que inclusive poderiam ser determinadas *ex officio* ou a requerimento das partes, sendo o feito remetido à instância inferior para o cumprimento da diligência, conforme previsto nos artigos 1.566 e 1.567 daquele regramento:

¹⁷⁰ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 28-29

¹⁷¹ Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220533>

¹⁷² Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220533>

Art. 1566. O relator, antes de tudo, examinará se o feito está nos termos de ser proposto; e por seu despacho ordenará as diligências, como pagamento de direitos, nomeação e audiência do curador, inquirições, exames ou vistorias.

Art. 1567. Estas diligências poderão ser ordenadas *ex officio*, ou a requerimento das partes, reenviando-se para este fim o feito ao juízo inferior, que o fará reverter à Relação depois de effectuada a diligência com citação das partes.¹⁷³

2.3.1 Previsão no Código de Processo Civil de 1939

O Código de Processo Civil brasileiro de 1939, instituído através do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, em vigor entre 1 de fevereiro de 1940 e 31 de dezembro de 1973, já previa, como regra, a produção de provas na fase cognitiva dos processos cíveis, em primeira instância, não havendo regramento específico quanto à possibilidade de produção de provas no tribunal¹⁷⁴, porém, o citado regramento processual permitia, mesmo que em caráter de exceção, a produção de algumas provas na fase recursal dos processos.

A Exposição de Motivos do CPC/39 demonstra a superação do modelo privatista com a adoção de técnicas publicistas a partir da atribuição de maior poder ao juiz na direção do processo, em busca da verdade:

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribue ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao

¹⁷³ Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220533>

¹⁷⁴ Para M. Seabra Fagundes (1946, p. 271) “Em regra, no juízo de apelação, como no juízo de recursos em geral, não se pode produzir prova. Os elementos probatórios se deduzem na primeira instância.

moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo.
175

Vicente Miranda reconhece que “O Código de Processo Civil de 1939, baseou-se na concepção publicística do processo.”¹⁷⁶ O CPC/39 representou uma quebra de paradigmas e significativo avanço em relação às normas processuais anteriores, que eram pautadas no princípio dispositivo das partes. O legislador atribuiu ao juiz o poder de direção do processo (art. 112, CPC/39) e o poder de iniciativa probatória, com a possibilidade de o juiz, de ofício ou a requerimento, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo (art. 117, CPC/39)¹⁷⁷.

Comentando sobre os avanços do CPC/39 em comparação com as legislações processuais brasileiras anteriores, Vicente Miranda ressalta que “os diplomas legais pretéritos somente permitiam ao juiz ordenar *ex officio* algumas diligências previamente determinadas na lei. Ao contrário, o diploma de 39 concedeu o poder judicial de ordenar toda e qualquer diligência necessária à instrução do processo”.¹⁷⁸

Em lição esclarecedora, retratando a sistemática alusiva ao momento adequado para a produção de provas sob a égide do CPC/39, com respaldo nos artigos 223¹⁷⁹, 239¹⁸⁰ e 268¹⁸¹, M. Seabra Fagundes asseverou:

¹⁷⁵ BRASIL. Decreto-Lei n° 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em: 12 out 2016.

¹⁷⁶ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 34

¹⁷⁷ Art. 117, CPC/39: “A requerimento ou ex-officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios”

¹⁷⁸ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 36

¹⁷⁹ Art. 223, CPC/39. Salvo motivo de força maior, ou caso de prova contrária, o documento somente poderá ser produzido:

I – pelo autor, com a petição inicial;

II – pelo réu, com a defesa.

Parágrafo único. O juiz não poderá sentenciar no feito sem ouvir a parte, dentro em quarenta e oito (48) horas, sobre documento produzido depois da petição inicial ou da defesa.

¹⁸⁰ Art. 239, CPC/39. Quando, na audiência, se houver de produzir prova testemunhal, as testemunhas do autor e do réu deverão apresentar-se em cartório com antecedência de vinte (20) minutos, pelo menos, afim de que o escrivão lavre para cada grupo uma só assentada.

§ 1º O escrivão não lavrará a assentada da testemunha cujo nome, profissão e domicílio não constem de rol depositado em cartório, com dois (2) dias, pelo menos, de antecedência.

§ 2º A autenticação do depoimento pela assinatura da testemunha produzirá os efeitos do compromisso.

¹⁸¹ Art. 268, CPC/39. Finda a exposição do perito, serão tomados, sucessivamente, os depoimentos do autor, do réu e das testemunhas, segundo o disposto no Título VIII, Capítulos IV e V deste Livro. (BRASIL, 1939, p. 34)

Via de regra não se pode produzir prova no juízo de recurso. Todos os elementos comprobatórios do direito alegado devem ser oferecidos na primeira fase da relação processual e nos momentos para isso determinados. O exame simultâneo das disposições, que regem a produção da prova em primeira instância, permite firmar essa norma.”¹⁸²

O CPC/39 priorizou o monopólio instrutório da instância originária, o que fica evidente, inclusive, pela leitura do art. 801 § 3º¹⁸³, CPC/39, que previa a delegação da competência para conduzir a produção das provas ao juiz de direito, na hipótese de necessidade de produção de provas na ação rescisória.

O artigo 223 do CPC/39 previa como momento oportuno para a tempestiva juntada de documentos a petição inicial e a defesa, porém, com a ressalva das hipóteses de configuração de motivo de força maior ou contraprova¹⁸⁴, situações em que o documento poderia ser juntado aos autos em momento posterior¹⁸⁵. O legislador, porém, não estabeleceu o termo final para a possibilidade de juntada de tais documentos no processo.

O § 1º do art. 824¹⁸⁶, CPC/39 admitia a produção de provas no recurso de apelação, sobre alegação nova de questões de fato¹⁸⁷ preexistentes, não propostas

¹⁸² FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, p. 216. O referido autor dedicou um capítulo exclusivo ao tema, intitulado “Da prova na instância de recurso”.

¹⁸³ Art. 801, CPC/39. A ação rescisória será julgada, em única instância, pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação, si houver mais de uma, e processada da forma seguinte:

§ 1º Si a petição se revestir dos requisitos constantes dos artigos 158 e 159, o juiz da Câmara Cível, a que for distribuída, ordenará a citação do réu para intermédio da Secretaria do Tribunal, para qualquer das formas previstas neste Código.

§ 2º Feita a citação, o réu, no prazo marcado pelo juiz relator, apresentará a contestação na Secretaria do Tribunal.

§ 3º Si os fatos em que se fundar a petição inicial, ou a contestação, dependerem de prova testemunhal ou de exames periciais, o relator delegará a competência para dirigir as provas ao juiz de direito do termo ou comarca onde residirem as testemunhas ou onde se encontrar a coisa, objeto do exame. devendo o processo ser devolvido no prazo marcado, salvo caso de força maior.

§ 4º Devolvidos, permanecerão os autos na Secretaria durante dez (10) dias para oferecimento de razões: findo o prazo, serão conclusos, respectivamente, ao relator e ao revisor, para estudo e designação de dia para julgamento, observado o disposto no art. 783, e seus parágrafos. (BRASIL, 1939, p. 102)

¹⁸⁴ “Oferecida prova documental de fato já alegado (e não provado imediatamente por motivo insuperável) ou prova de qualquer natureza sobre nova questão de fato (antes não arguida por motivo de força maior), nasce para a parte adversa, autor ou ré, apelante ou apelado, o direito a oferecer prova em contrário. É o que deixa expresso, quanto á prova documental, o art. 223 do C. P. civil, permitindo, em qualquer tempo, a apresentação de documentos, que se destinem a contrariar outros oferecidos após a inicial e a dedução da defesa.” (Fagundes, 1946, p. 274)

¹⁸⁵ Discorrendo sobre o referido artigo, M. Seabra Fagundes (1946, p. 272) afirmou que “ O art. 223 do C. P. Civil, ao fixar os momentos nos quais se deve oferecer a prova documental, abre exceções explícitas para os casos em que a inoportunidade resulte de motivo de força maior”

¹⁸⁶ Art. 824, CPC/39. A apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na ação, salvo a hipótese prevista no art. 811.

na instância inferior por motivo de força maior¹⁸⁸. Portanto, seria necessário provar, no curso da apelação, a existência do motivo de força maior e também a veracidade das novas alegações sobre as questões de fato suscitadas.

Para M. Seabra Fagundes:

Incluem-se também entre as questões de fato e para os efeitos do art. 824 § 1º, do C. P. Civil, as que revistam caráter misto, ou seja, as que abrangem aspectos de fato e de direito. Isto porque, vinculada a questão jurídica á existência de nova circunstância material (fato), só se pode suscitar aquela se, sob alegação de força maior, puder produzir-se prova desta outra no juízo ad quem. O aspecto de direito prende-se inapartavelmente ao de fato. **Uma vez admitida a nova questão de fato, reabre-se a instrução do feito, extraordinariamente, na instância de recurso. O relator, como juiz do preparo, resolve sobre a produção das provas e a preside.**¹⁸⁹

Também era admitida na legislação processual de 1939 a juntada, na fase recursal, de cartas precatórias e rogatórias encaminhadas, sem efeito suspensivo, que tinham como objeto a produção de qualquer prova solicitada a outro juízo, nacional, ou estrangeiro, respectivamente (arts. 214 e 215, CPC/39)¹⁹⁰. Os referidos casos não se tratam de situação em que a prova seria produzida na fase recursal,

§ 1º As questões de fato não propostas na instância inferior sómente poderão ser suscitadas no processo de apelação, se as partes provarem que deixaram de fazê-lo por motivo de força maior.

¹⁸⁷ Sobre o tema, esclarece M. Seabra Fagundes: “As questões de fato que se podem suscitar, em segunda instância, ainda quando omitidas no pedido inicial, ou na contrariedade, são as complementares ou esclarecedoras de pretensões antes formuladas. Nunca as inteiramente estranhas ao objeto da demanda, que importem uma transmutação visceral da lide. Admitidas estas, ter-se-ia suprimido a instância inferior.” (FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, p. 294)

¹⁸⁸ M. Seabra Fagundes afirma que “Qualquer que seja o recurso, admite-se também como exceção, o oferecimento de prova documental relativa a questão de direito, só ocorrente após a sentença. Tal o caso, por exemplo, de certidão que o apelado junte às contrarrazões para provar a perda superveniente da capacidade processual da mulher apelante, que casou no curso da demanda. A lei é lacunosa nesse ponto, ma a solução indicada decorre da finalidade substancial do processo, que é o esclarecimento da verdade com segura distribuição da justiça.

Por outro lado, o suscitamento de questão inédita, no juízo superior, impõe o reconhecimento, à parte adversa, da faculdade de oferecer prova destinada a ilidir o alegado. Ainda aqui a lei é omissa, mas essa conclusão assenta no princípio da igualdade processual das partes. Se por exemplo, ao réu se faculta, já em grau de recurso, invocar a prescrição contra o autor, a este se deve reconhecer o direito de aduzir prova de fato suspensivo ou interruptivo” (FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, p. 221-222).

¹⁸⁹ FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, p. 294

¹⁹⁰ Art. 214, CPC/39. A precatória ou a rogatória não terão efeito suspensivo, salvo si, requeridas antes do despacho saneador, a decisão depender principalmente da prova pretendida.

Art. 215, CPC/39. A precatória e a rogatória não devolvidas em tempo e as concedidas sem suspensão do feito **serão juntas aos autos até o julgamento final na superior instância.** (BRASIL, 1939, p. 28)

porém, apesar de a prova ter sido ordenada e produzida na instância originária, sua análise seria procedida, pioneiramente, pelo julgador recursal.

Na hipótese de alegação de incidente de falsidade na fase recursal, o que poderia ocorrer, por exemplo, no momento da abertura de vista, diante da juntada de documento novo, o artigo 719¹⁹¹ do CPC/39 previa o processamento do incidente perante o relator do feito, exigindo, por necessário, a produção de provas para o esclarecimento da questão suscitada.

O relator também poderia determinar a produção de provas quando ela fosse admitida pelo Tribunal, na pendência da apelação (art. 876 § 2º, CPC/39)¹⁹², a partir do acolhimento de agravo nos autos¹⁹³, interposto contra decisão interlocutória de indeferimento de produção de prova na primeira instância.

A produção de provas na fase recursal, com a juntada de documentos novos tinha previsão expressa para a hipótese de agravo de instrumento (art. 845, § 4º, CPC/39)¹⁹⁴ e no recurso de embargos de nulidade ou infringentes (art. 839, § 1º,

¹⁹¹ Art. 717, CPC/39. Se, encerrada a instrução da causa, uma das partes quiser arguir de falso documento contra ela oferecido, poderá fazê-lo em petição que será autuada em apenso, citada a parte adversa... Art. 719, CPC/39. Na instância superior, **o incidente de falsidade será processado perante o relator do feito e julgado pelos juízes competentes para conhecer da causa principal.** Em qualquer hipótese, o processo e o julgamento do incidente precederão aos da causa, que será suspensa.

¹⁹² Art. 876, CPC/39. Se houver agravo no auto do processo, os juizes o decidirão preliminarmente, mandando repará-lo como lhes parecer justo.

§ 1º Salvo quando deva influir na decisão do mérito, o provimento do agravo não impedirá o imediato julgamento da apelação.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, **o Tribunal ordenará a conversão do julgamento em diligência, determinando, por intermédio do relator, as medidas necessárias à reparação do agravo.** (BRASIL, 1939, p. 115)

¹⁹³ Art. 851, CPC/39. Caberá agravo no auto do processo das decisões:

I – que julgarem improcedentes as exeções de litispendência e coisa julgada;

II – **que não admitirem a prova requerida** ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado;

III – que concederem, na pendência da lide, medidas preventivas;

IV – que considerarem, ou não, saneado o processo, ressaltando-se, quanto à última hipótese o disposto no art. 846. (BRASIL, 1939, p. 110)

¹⁹⁴ Art. 844, CPC/39. O agravo de instrumento será interposto por petição, que conterà:

I – a exposição do fato e do direito;

II – as razões do pedido de reforma da decisão;

III – a indicação das peças do processo que devam ser trasladadas.

Art. 845. Serão trasladadas a decisão recorrida e a respectiva certidão de intimação, si houver.

§ 1º O traslado será extraído, conferido e concertado no prazo de cinco (5) dias.

§ 2º Formado o instrumento, dele se abrirá vista, por quarenta e oito (48) horas, para oferecimento de contraminuta, ao agravado, que poderá pedir, a expensas próprias, o traslado de outras peças dos autos.

§ 3º Essas novas peças serão extraídas e juntas aos autos no prazo de três (3) dias.

§ 4º **O agravante e o agravado poderão, com documentos novos,** instruir respectivamente a petição e a contraminuta, não se abrindo vista do processo ao agravante para dizer sobre os documentos oferecidas pelo agravado.

CPC/39)¹⁹⁵, todavia, nesse último caso, o recurso seria apreciado pelo próprio juiz singular.

Pretendendo identificar as provas permitidas na fase recursal de apelação, na vigência do CPC/739, M. Seabra Fagundes esclareceu:

No juízo de apelação se permitem, ainda como exceções à regra geral: a) a produção de prova de qualquer espécie (testemunhal, documental, etc) sobre questão de fato não suscitada, por motivo de força maior, perante o juiz de primeiro grau; b) a produção de prova documental (sobre questão já suscitada) não oferecida, por motivo de força maior, perante o juiz inferior; e c) a produção de prova documental, testemunhal, etc, destinada a contrariar, a que se tenha produzido em algum dos casos acima referidos.”¹⁹⁶

Também seria admitida, na visão de M. Seabra Fagundes, “prova documental correlacionada com questão de direito só ocorrente após a sentença recorrida.”¹⁹⁷

Ainda sob a égide do CPC/1939, M. Seabra Fagundes defendeu que a iniciativa probatória, em regra, era incumbência das partes que, por sinal, são os principais interessados na sua produção, cabendo ao julgador uma atuação suplementar, podendo ordenar, de ofício, uma prova adicional¹⁹⁸.

A respeito do poder instrutório do julgador, previa o art. 117 do CPC/39 que “A requerimento ou ex-officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a

¹⁹⁵ Art. 839, CPC/39. Das sentenças de primeira instância, proferidas em ações de valor igual ou inferior a dois contos de réis (2:000\$0), só se admitirão embargos de nulidade ou infringentes do julgado e embargos de declaração.

§ 1º Os embargos de nulidade ou infringentes do julgado, **instruídos, ou não, com documentos novos**, serão deduzidos, nos cinco (5) dias seguintes à data da sentença, perante o mesmo juízo, em petição fundamentada.

§ 2º Ouvido o embargado no prazo de cinco (5) dias, serão os autos conclusos ao juiz, que, dentro em dez (10) dias, os rejeitará ou reformará a sentença.

¹⁹⁶ FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, p. 222

¹⁹⁷ Idem, p. 271

¹⁹⁸ Nesse sentido, M. Seabra Fagundes (1946, p. 346): “Afigura-se-nos, ainda, que a orientação publicística do processo, com o poder diretivo do juiz, não deve ir ao ponto de fazê-lo suprir a incúria dos interessados na formulação da prova. O juiz poderá completar a lacuna que as partes tenham deixado de corrigi-las, para, **com prova adicional**, remover dúvida que no seu espírito perdure, não obstante os elementos já oferecidos ; mas nunca substituir a parte no oferecimento da prova fundamental. A iniciativa das partes na produção da prova é indispensável, ainda hoje, para o desenvolvimento da relação processual; **a atividade do juiz a esse respeito há de ser apenas suplementar.**”

seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios”¹⁹⁹. Inexistia previsão ou restrição normativa quanto ao momento do processo em que as mencionadas “diligências necessárias à instrução” poderiam ser ordenadas, inclusive, de ofício, não havendo, portanto, vedação expressa quanto à possibilidade de serem ordenadas pelos juízes desembargadores, na fase recursal.

2.3.2 Previsão no CPC/73

O Código de Processo Civil de 1973, em vigor no Brasil entre 1º de janeiro de 1974 e 17 de março de 2016, adotou também a concepção publicista e ampliou a atividade probatória do juiz, porém, não previu expressamente a atuação oficiosa probatória do julgador na fase recursal, como ocorre com o CPC/15.

No que concerne à participação ativa do juiz na instrução probatória, a regra genérica advém do art.130²⁰⁰ do Código de Processo Civil de 1973, que foi clara ao atribuir ao juiz o poder de determinar as provas necessárias, inclusive, de ofício, diante da constatação de insuficiência de elementos probatórios nos autos a elucidar os fatos. A melhor interpretação do retromencionado comando normativo dá conta de que esse poder instrutório devia ser conferido também aos juízes de segundo grau de jurisdição, pois compete aos Tribunais de Justiça exercer a função recursal ordinária. Ademais, não há preclusão para o julgador acerca da instrução probatória.

Além do poder instrutório do juiz consignado no art. 130 do CPC/73, outros importantes dispositivos daquele regramento processual previam a possibilidade de produção de provas em distintas fases do processo, inclusive na recursal.

Revisitando os comandos do art. 342, CPC/73,²⁰¹ percebe-se que ele autorizava o órgão judicial a ordenar, de ofício, em qualquer estado do processo, o comparecimento pessoal das partes, a fim de que pudesse ser interrogada sobre os fatos da causa. Tratava-se, portanto, do interrogatório livre, que poderia ocorrer, inclusive, no curso da fase recursal.

¹⁹⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm. Acesso em 10 jan. 2017

²⁰⁰ 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

²⁰¹ Art. 342, CPC/73. “O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.”

O art. 355, CPC/73 facultou ao juiz determinar a exibição de documento ou de coisa em poder da parte. Poderia, também, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas (art. 382, CPC/73).

Na hipótese de arguição de falsidade, o que poderia ocorrer em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 390, CPC/73)²⁰², após a intimação da parte que produziu o documento para responder ao incidente de falsidade, o juiz deveria ordenar a realização de exame pericial (art. 392, CPC/73). Quando instaurado o incidente após o encerramento da instrução do processo, o incidente de falsidade corria em apenso aos autos principais, sendo que, no tribunal, era processado perante o relator (art. 393, CPC/73).

Em conformidade com o comando do art. 399, CPC/73, o juiz poderia requisitar às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, as certidões necessárias à prova das alegações das partes ou ainda requisitar os autos de procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município ou as respectivas entidades da administração indireta.

Às partes era permitido, em qualquer tempo, no curso da demanda, proceder à juntada aos autos de documentos novos, destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. (art. 397, CPC/73). O juiz poderia, ainda, proceder à oitiva de testemunhas impedidas ou suspeitas, quando estritamente necessário (art. 405 § 4º, CPC/73).²⁰³

O juiz também poderia ordenar, de ofício ou a requerimento da parte, a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas ou ainda a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que pudesse influir na decisão da causa, divergissem as suas declarações (Art. 418, CPC/73).²⁰⁴

²⁰² Art. 390, CPC/73. “O incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem foi produzido o documento, suscitar-lo na contestação ou no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação da sua juntada aos autos.”

²⁰³ Art. 405 § 4º, CPC/73. “Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.”

²⁰⁴ Art. 418, CPC/73. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:

I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas;
II - a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.

Tratando-se de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderia nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico (art. 431-B, CPC/73).

O magistrado poderia, ainda, determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecesse suficientemente esclarecida. (art. 437, CPC/73)²⁰⁵. A segunda perícia teria por objeto os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e destinava-se a corrigir eventuais omissões ou inexatidões dos resultados a que a primeira tenha conduzido. Quanto aos quesitos periciais, o art. 426, II permitia ao juiz formular os que considerar necessários ao esclarecimento dos fatos.

Revisitando o comando normativo quanto à inspeção judicial, verifica-se que o CPC/73 previu expressamente a possibilidade de ser realizada em qualquer fase do processo (art. 440)²⁰⁶, inclusive, portanto, na fase recursal²⁰⁷.

Na legislação especial, merece referência o art. 5º da lei 9.099/95, que regula os Juizados Especiais no plano estadual e prevê, categoricamente, que o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas.

Sob os auspícios do sistema recursal do Código de 1973 também era permitida a produção de prova por força do acolhimento de agravo retido²⁰⁸ apreciado pelo tribunal de forma precedente à apelação, hipótese em que a incumbência de conduzir a produção da prova era delegada ao juiz de primeiro grau, por carta de ordem.

²⁰⁵ Art. 437, CPC/73. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

²⁰⁶ Art. 440, CPC/73. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

²⁰⁷ O jurista Antônio Carlos de Araújo Cintra também defende que a inspeção judicial pode ser realizada na fase recursal: “Momento da inspeção judicial – A lei declara que a inspeção judicial pode ser realizada em qualquer fase do processo. Conforme sejam as circunstâncias do caso concreto, a inspeção pode ser feita para que o juiz decida a respeito da necessidade da prova pericial, ou da nova perícia, e para que esclareça ainda algum ponto que restou obscuro, no momento de proferir sentença, convertendo o julgamento em diligência. **Mesmo no processamento de recurso, nos tribunais, é admissível a inspeção judicial.**” (CINTRA. Antônio Carlos Araújo, Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 235)

²⁰⁸ O agravo retido era o recurso previsto como regra no art. 522, CPC/73 para combater as decisões interlocutórias, porém, ele foi suprimido a partir do CPC/15, que também acabou com a preclusão imediata das decisões interlocutórias não suscetíveis de agravo de instrumento (art. 1.009, §º, CPC/15).

2.4 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO DIREITO ESTRANGEIRO

Reveste-se de notória relevância a abordagem panorâmica quanto a alguns sistemas jurídicos estrangeiros acerca da temática em apreço, no que se constata significativo avanço tendente a conceder ao julgador a possibilidade de adotar postura ativa e participativa na produção das provas.

Após proceder a breve análise quanto aos poderes instrutórios do juiz na legislação estrangeira apontadas por Bedaque,²⁰⁹ é possível constatar expressivo progresso no sentido de sua ampliação.

Dentre os ordenamentos que mais restringem os poderes instrutórios do juiz, merece destaque o da **Espanha**, fortemente influenciado por um princípio dispositivo mais rígido, no qual o juiz mantém postura passiva de mero espectador, enquanto que a direção do processo, em sua maior parte, é conferida aos litigantes. A *Ley de Enjuiciamiento Civil*, do ano 2.000, restringiu ainda mais a escassa possibilidade antes vigente de o juiz influir no conjunto probatório.

No cenário penal, porém, tem sido ampliada a possibilidade de produção de provas na fase recursal a partir de posicionamentos fundados na imediação, principalmente a partir da sentença 167/2002, pela qual o Tribunal Constitucional espanhol, conforme afirma Badaró:

[...] considerou que as garantias da valoração da prova, e em especial, da imediação, se aplicam à segunda instância. Isso não significa que a segunda instância está impedida, no recurso de apelação, de revalorar as provas produzidas em primeiro grau, mas para fazê-lo deve respeitar todas as garantias processuais, o que implica a necessidade de que o tribunal de apelação ouça pessoalmente as testemunhas em que se baseou o pronunciamento absolutório de primeiro grau. A regra básica constou do primeiro fundamento jurídico da referida sentença: “no caso de apelação de sentenças absolutórias, quando aquela se funda na apreciação de provas, se na apelação não foram produzidas novas provas, não pode o Tribunal ad quem revisar a valoração praticada em primeira instância, quando pela índole das mesmas é exigível imediação e contradição.”²¹⁰

²⁰⁹ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

²¹⁰ BADARÓ. Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2017, p. 64

Entre as legislações que admitem a iniciativa probatória do juiz com pequenas restrições, segundo Bedaque²¹¹, encontra-se a da **Alemanha**. A prova testemunhal é a única cuja produção depende exclusivamente da parte. O poder de iniciativa judicial, que já era significativamente grande, foi ampliado pela reforma da *Zivilprozessordnung*, ocorrida em 2001, com a introdução do poder de ordenar às partes e a terceiros, de ofício, a exibição de documentos referidos no processo, bem como o de inspecionar coisas.

Na **Suécia**, a legislação estabelece restrições quanto às provas testemunhal e documental. Na **Colômbia**, é conferido poder de iniciativa instrutória ao juiz, que tem o dever de utilizá-lo sempre que entender conveniente, porém, com relação à prova testemunhal, exige-se que o nome da testemunha conste de alguma outra prova ou de qualquer ato praticado pelas partes.

No **Uruguai**, o juiz pode determinar de ofício a realização da prova, porém, em caráter excepcional e complementar, através das denominadas “diligencias para mejor proveer”²¹². Segundo o jurista uruguaio Enrique Tarigo, as referidas diligências aliadas à iniciativa probatória do juiz “configuran algo así como la válvula de seguridad del sistema probatorio y a ellos cabe enfocarlos como atenuaciones o correctivos del principio dispositivo en materia de aportación de la prueba.”²¹³ A legislação uruguaia também admite “[...] que el tribunal de segunda instancia pueda disponer medidas complementarias de prueba para contrarrestar La desigualdad originada por las diligencias para mejor proveer.”²¹⁴

Na **Itália**, o ordenamento atribui poderes instrutórios ao juiz, porém, eles se apresentam em caráter excepcional e limitado. A legislação prevê que a decisão deve ser fundada nas provas propostas pelas partes, porém, como exceção, vigem escassos poderes oficiais do juiz de iniciativa probatória, como o de ordenar o comparecimento pessoal das partes para interrogatório sobre os fatos da causa.

²¹¹ Idem, p. 83-94.

²¹² O jurista uruguaio Enrique Tarigo assim define las diligencias para mejor proveer: “son diligencias probatorias, de carácter complementario con relación a las practicadas a pedido de las partes, dispuestas discrecionalmente por el Juez una vez concluida la causa para sentencia, en materia que no está reservada a la exclusiva iniciativa de las partes, y con la finalidad de mejorar, el Juez, las condiciones de información requeridas por la sentencia que se apresta a dictar. (TARIGO, Enrique E. Lecciones de derecho procesal civil. Montevideo: 1994, p. 163)

²¹³ TARIGO, Enrique E. Lecciones de derecho procesal civil. Montevideo: 1994, p. 163.

²¹⁴ TARIGO, Enrique E. Lecciones de derecho procesal civil. Montevideo: 1994, p. 169.

A **França** é um dos países que mais se destacam quanto à atribuição de iniciativa probatória ao juiz. Segundo Barbosa Moreira²¹⁵, por longo tempo prevaleceu sistema fortemente marcado pelo domínio das partes sobre mais de um aspecto do processo, até que, em 1975, o “Code de Procédure Civile”, demonstrando caráter inovador, autorizou o juiz a ordenar, ex officio, todas as medidas de instrução legalmente admissíveis, conforme se verifica em seu art. 10: “Le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles. Cf o art. 143: “Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d’office, être l’objet de toute mesure d’instruction légalement admissible”

Ainda em conformidade com os estudos de Bedaque²¹⁶, no **México**, o juiz é dotado de ampla iniciativa probatória. Nos **Estados Unidos**, a produção da prova incumbe quase que exclusivamente às partes que, através dos seus advogados, conduzem o trabalho investigatório no procedimento denominado *discovery*.

Na **Argentina**, a legislação possibilita aos juízes **e tribunais, mesmo sem requerimento das partes**, que o julgador possa ordenar as diligências necessárias para esclarecer a verdade dos fatos controvertidos, respeitando o direito de defesa das partes. Sobre a permissão normativa de iniciativa probatória do julgador na Argentina, considerando o tema central dessa dissertação, merece transcrição o art. 36 do Código Procesal Civil y Comercial de La Nación, texto atualizado da lei nº 17.454, de 1981, que assim prevê:”

Art. 36. - Aún sin requerimiento de parte, los jueces **y tribunales** deberán:

...

4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán:

a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;

b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario;

c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389.²¹⁷

²¹⁵ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. O processo civil contemporâneo no enfoque comparativo. In: Temas de Direito Processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

²¹⁶ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 83-94.

²¹⁷ Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>

Já o relativamente recente Código de Processo Civil de **Portugal**, aprovado em 2013 consolidou a previsão quanto à iniciativa probatória do juiz, já prevista na legislação revogada. Em seu art. 411, o regramento português assim prevê: “Incumbe ao juiz; realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.”²¹⁸

²¹⁸ Disponível em:
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_miolo= Acesso em:
10 dez 2016.

3 CRÍTICAS AO MECANICISMO DOS JULGAMENTOS E APONTAMENTOS SOBRE A NECESSÁRIA VALORIZAÇÃO DAS PROVAS COMO PREMISSA PARA A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES EM SEDE RECURSAL

“El proceso es esencialmente estudio del hombre; no hay que olvidar nunca que todas nuestras simetrías sistemáticas, todas nuestras elegantiae iuris se convierten en esquemas ilusorios, si no nos damos cuenta de que por debajo de ellas de verdadero y de vivo no hay más que los hombres, con sus luces, y con sus sombras, con sus virtudes y sus aberraciones; no la sentencia, sino aquel juez con su ciencia y con su conciencia, con sus atenciones y distracciones; esto es, criaturas vivas, formadas, no de pura lógica, sino también de sentimientos y de pasión y de misteriosos instintos.”
(Calamandrei)²¹⁹

É oportuno discorrer criticamente quanto à postura que pode ser denominada “mecanicista” percebida em relação à forma como costuma ser conduzida a análise e os julgamentos dos processos na fase recursal. Comumente, prioriza-se em demasia uma cognição sumária recursal, através da análise dos fatos e provas de maneira superficial e mecânica, que basicamente se restringe a ratificar a suficiência das provas produzidas em primeira instância.

A visão moderna dos estudiosos da ciência processual conduz ao reconhecimento de uma concepção norteadora da interpretação e aplicabilidade da norma pautada na evolução do pensamento meramente tecnicista e a perspectiva de valorização da carga meritória levada a apreciação do Estado.

A primazia da rigidez formalista precisa ser substituída pela criteriosa e rigorosa análise do processo em busca da justa decisão, tanto em primeira instância quanto no tribunal. É preciso compatibilizar a técnica procedimental com uma visão contemporânea tendente a priorizar o justo e efetivo resultado da contenda, a partir de um processo que esteja adequado e estruturado à luz das tutelas efetivas dos direitos fundamentais.

²¹⁹ Frase de Calamandrei, citada por SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 07.

José Carlos Barbosa Moreira discorre sobre o que denomina um dos “dramas de nossos dias” que é o contraste entre o que “deve ser” e o que “efetivamente é” o processo e a administração da justiça:

Um dos dramas de nossos dias é o sensível contraste entre, de um lado, o que *deve ser* – tema a cujo propósito existe certo consenso básico, ao menos no âmbito da cultura ocidental – e, de outro lado, o que *efetivamente é* o processo, e em termos mais gerais a administração da justiça. O importante será criar condições para que as novas idéias se realizem satisfatoriamente *in concreto*.²²⁰

Constata-se que não obstante a existência do poder instrutório, é perceptível que, no cenário pragmático, “[...] em muitos casos os juízes não fazem uso efetivo dos poderes de que são dotados, resultando em sistemas muito menos centrados no juiz do que aparentam ser se consideradas exclusivamente as regras dispostas em seus códigos”²²¹, o que evidencia uma visão do processo sob o contexto predominantemente formal.

Em um Estado democrático de direito, na perspectiva da sistemática processual contemporânea, o processo não pode mais ser visto como um simples emaranhado de papel ou mais um, entre milhares de documentos eletrônicos pendentes de apreciação. Pelo contrário, cada processo deve ser encarado como uma oportunidade singular de se fazer justiça, principalmente na fase recursal, que determina os rumos definitivos do processo e das questões de direito material enfrentadas.

Tecendo críticas à atuação do julgador no tocante à qualidade da fundamentação das decisões, diante da preocupação com a celeridade e a produtividade, Gustavo Gonçalves Gomes destaca que:

[...] hoje vivemos uma crise de qualidade das decisões judiciais. Logicamente, não podemos generalizar, mas há nítida constatação de que o Poder Judiciário, devido à falta de estrutura física e de profissionais, está com uma baixa capacidade de resposta a todas as demandas que surgem, o que faz com que os magistrados tenham que adotar medidas para o fim de acelerar a marcha processual. Nesse sentido, ao terem como foco a produtividade, é inevitável que tenhamos uma menor qualidade das decisões judiciais, o que significa a absoluta ineficácia das fundamentações. No exercício da advocacia, não raro, deparamo-nos com inúmeras decisões

²²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O papel do juiz no processo civil. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 14.

²²¹ TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de “La prueba” São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 109

judiciais que se limitam a transcrever e a citar dispositivos legais, como se isso fosse suficiente para fundamentá-las. Estamos vivendo, assim, uma crise de qualidade e de estrutura do poder judiciário, o que fragiliza de forma insuperável o nosso modelo de justiça.²²²

Michele Taruffo destaca a importância de o Tribunal se empenhar em busca da verdade dos fatos:

Não é por colocar fim ao conflito que qualquer solução dada a esse seja necessariamente uma boa solução. Dentro de qualquer sistema jurídico baseado no princípio fundamental do “Estado de Direito”, uma boa solução é obtida por uma decisão legítima (i. e., apropriada e justa). Uma decisão, todavia, não é legítima se as normas que regulam o caso não são aplicadas adequadamente a esse caso específico; ou seja, se a norma não é aplicada adequadamente aos fatos aos quais deveria. Para que isso seja feito, deve-se determinar verdadeiramente os fatos do caso. Dito de maneira sucinta: nenhuma decisão correta e justa pode basear-se em fatos determinados erroneamente. Em consequência, um procedimento no qual os tribunais nem sequer tentam chegar à verdade é, manifestamente, um procedimento injusto, uma vez que na base do procedimento jaz o objetivo de obter a verdade.²²³

Apesar de a legislação brasileira contar com dispositivos que expressamente preveem a possibilidade de o juiz agir ativamente no aspecto probatório, “bem se sabe que, na prática, os juízes brasileiros, e não só os brasileiros, fazem escassa aplicação de normas desse tipo e se contentam, as mais das vezes, com a contribuição trazida voluntariamente pelas partes.”²²⁴

Ainda conforme José Carlos Barbosa Moreira:

A nuestro juicio, pues, constituye un dato positivo la previsión expresa, en las leyes procesales, de poderes instrutórios ejercitables ex officio por el órgano de jurisdicción. Sin embargo, una cosa es la existencia de tales disposiciones en los textos legales, otra muy diferente es la utilización que de ellas se hace en la práctica judicial. La observación de lo que pasa en la realidad cotidiana de los juzgados justifica la impresión de que los jueces no suelen valerse con mucha frecuencia, en esta materia, de las posibilidades abiertas por las leyes, aún cuando manifiesta la insuficiencia de los elementos probatórios aportados por obra de las partes.²²⁵

²²² GOMES, Gustavo Gonçalves. Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 320-321.

²²³ TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de “La prueba” São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22

²²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: Temas de Direito Processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

²²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em materia de prueba. In: Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.81.

Conforme ressalta Haroldo Lourenço,

O poder ordenador não é oco, vazio ou cego; não há formalismo por formalismo, deve ser pensado para a organização de um processo justo, alcançando suas finalidades em tempo razoável e, principalmente, para colaborar para a justiça material da decisão.²²⁶

Em 1977, José Carlos Barbosa Moreira manifestou o anseio por providências capazes de transformar o processo em instrumento para garantir a verdadeira justiça: “É de se esperar que não tardem demasiado as providências indispensáveis à transformação do processo no instrumento de uma “Justiça de feição humana”²²⁷

Na década de 90, José Carlos Barbosa Moreira já criticava o sistema e destacava a necessidade de se fazer um exame minucioso das provas apresentadas pelas partes no processo:

A rigor, se estamos aceitando a versão do autor, e não estamos aceitando a versão do réu, não bastaria que disséssemos porque foi que achamos convincentes as provas oferecidas pelo autor. Precisaríamos dizer, também, porque não achamos convincentes as provas oferecidas pelo réu. **É claro que, com montanhas de autos à nossa frente e com as condições nem sempre favoráveis, de trabalho em que vivemos, não é possível exigir do juiz que proceda a esse exame minuciosíssimo; todavia, repito, é isso que devia acontecer.**²²⁸

Bruno Campos Silva aponta outro aspecto que costuma ser identificado em relação às decisões judiciais: “O que ocorre, hoje em dia, é a decisão relâmpago, ou seja, aquela onde o juiz decide para depois justificar ou fundamentar sucintamente.”²²⁹

Em capítulo específico abordando os deveres instrutórios do juiz no novo CPC e a necessidade de busca pela verdade real no processo civil, Gustavo Gonçalves Gomes destaca que

²²⁶ LOURENÇO. Haroldo. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 16

²²⁷ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. O papel do juiz no processo civil. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 15.

²²⁸ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Provas atípicas. Revista de Processo. v. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 126.

²²⁹ SILVA, Bruno campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 300

é flagrante que, culturalmente, ainda não estamos preparados para absorver o conceito participativo (partes e juiz), já na fase instrutória. De todo modo, não há dúvida de que uma atuação participativa dos magistrados, com foco na cultura da qualidade, é o caminho a seguir para uma melhor prestação jurisdicional.²³⁰

Ao tratar do formalismo e abstração, Dalmo de Abreu Dallari defende uma mudança de mentalidade no Judiciário:

A primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade. Embora se tenha tornado habitual, na linguagem comum do povo, a referência ao Judiciário como sendo “a Justiça”, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça.²³¹

O retromencionado jurista aponta, ainda, situações recorrentes na prática forense que evidenciam o desprestígio do trato com a justiça no curso das demandas, como as extensas e minuciosas discussões teóricas, farta citação de autores e de jurisprudência, acolhimento ou refutação dos argumentos dos promotores e advogados, o que gira em torno da escolha da lei aplicável e da melhor forma de interpretar um artigo, um parágrafo, ou mesmo uma palavra. A crítica de Dallari é direcionada não apenas aos juízos singulares, mas também aos tribunais, conforme se observa através dos seguintes apontamentos:

São frequentes as sentenças e os acórdãos dos tribunais recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão da justiça.²³²

Em algumas situações, verifica-se um apego exagerado dos julgadores às formalidades, sem preocupação com o direito material debatido na lide, com os interesses e direitos daqueles que foram ou estão sendo prejudicados. Não se pode,

²³⁰ GOMES, Gustavo Gonçalves. Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 336

²³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84

²³² Idem, p. 84

porém, permitir que o legalismo afaste o direito à justiça. Não se pode permitir que o cidadão, que se sentiu injustiçado numa relação material a ponto de ajuizar uma demanda judicial, seja também vítima de injustiça pela própria Justiça.

Na visão de Luciana Amicucci Campanelli,

Se as partes não produzirem nos autos as provas suficientes para o julgamento, deverá o magistrado, de ofício, determinar a realização daquelas que considerar necessárias, porque, em caso contrário, a busca da verdade cederia lugar ao mero tecnicismo, um verdadeiro contrassenso.²³³

Em posicionamento crítico quanto à forma de se conduzir o julgamento dos recursos nos tribunais, Trícia Navarro Xavier Cabral assim apontou: “O que em geral se observa é que o julgamento do recurso se baseia estritamente nas provas já colhidas e nos diversos argumentos despendidos pelas partes, voltados a enaltecer ou derrubar os elementos de convicção existentes nos autos.”²³⁴

Não obstante a existência de interesses individuais pautados no subjetivismo motivador do exercício do direito de ação, a norma processual evidencia um interesse público que a inspira e justifica, no sentido de que o processo seja o meio eficaz para a definição e a realização concreta do direito material. Essa concepção é perceptível na lição de Galeno Lacerda, ao destacar que o interesse público na determinação do rito está na garantia de outros valores, e não dele em si mesmo. Em acertada conclusão, o jurista destacou que é:

Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito, mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser... Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material.²³⁵

²³³ CAMPANELLI, Luciana Amicucci. Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 93

²³⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 167

²³⁵ LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. Ajuris, 28 ed. Porto Alegre: Ajuris, 1983, p. 9-10

Contemporaneamente, o direito tem passado por significativas transformações, demonstrando inequívoca evolução no aspecto normativo, a partir da adoção de novos paradigmas norteadores da sua própria existência. Nesse passo, o sistema jurídico brasileiro contou com um novo regramento processual, em vigor desde março de 2016. A nova roupagem da norma processual condiz com o pensamento de Amartya Sen, que aborda as bases para um Estado idealmente justo e ressalta a necessidade de uma teoria que possa fornecer a base para juízos que digam quando e por que razão caminha-se para uma aproximação ou distanciamento da concretização da justiça num mundo globalizado, e afirma que “a sense of injustice must be examined even if it turns out to be erroneously based, and it must, of course, be thoroughly pursued if it is well founded.”.²³⁶

Como destacou Cândido Rangel Dinamarco:

Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. Repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico. Ele é um instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso.²³⁷

É preciso traçar rotas que permitam ao Direito trilhar caminhos menos burocráticos e mais eficientes, perseguindo os ideais da verdadeira justiça, em defesa dos Direitos da pessoa humana, afinal, “não são apenas petições que vêm aos juízes: são lágrimas, são faces, é gente como a gente, mais sofrida quase sempre”.²³⁸

Os processos analisados em grau de recurso não podem ser vistos como objeto sobre o qual recai uma atividade laborativa de funcionários públicos estaduais. Os processos, os recursos, os argumentos, as provas, precisam ser vistos como instrumentos que permitem ao Estado agir em busca da justiça.

Certamente, a excessiva demanda, a escassez ou a desmotivação dos serventuários, dentre outras limitações do próprio sistema são fatores que

²³⁶ SEN. Amartya. The idea of justice. Library of Congress. United States of America, 2009, p. 388-389. Tradução livre do mestrando: “A sensação de injustiça deve ser examinada, mesmo quando resulta de bases errôneas, e deve, por conseguinte, ser cuidadosamente analisada, se é procedente.

²³⁷ DINAMARCO. Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7 ed. São Paulo: 1999, p. 294.

²³⁸ HERKENHOFF, João Baptista. Absolvição da universitária que desacatou o Guarda -Sorriso. Uma Porta para o Homem no Direito Criminal. Rio de Janeiro, Forense, 2001, 4 ed. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto413.html>. Acesso em: 30 out. 2016

restringem a atuação jurisdicional na fase recursal, contribuindo para que os julgamentos sejam mais mecânicos, automatistas, maquinais. A realidade apresenta situações que se distanciam do modelo ideal concebido pela norma, com julgamentos simultâneos de casos similares que permitem o aproveitamento da decisão como modelo; a padronização dos textos das decisões através da utilização de modelos de decisões previamente utilizados; a análise superficial das provas, não sendo feito o manuseio e análise pormenorizada dos autos; a sobrecarga de trabalho sob a responsabilidade de assessores e estagiários, dentre outras circunstâncias, são constatações que afastam a atuação jurisdicional do foco ideal que seria a ampla revisão e a análise jurídica e fática exigida a partir do efeito devolutivo recursal.

A reapreciação da prova costuma ser feita de forma pontual, com ênfase em elementos específicos que nortearam a decisão recorrida. Nem sempre se aprecia a prova em sua completa conjuntura a partir da reanálise dos fatos alegados. Ademais, o julgador, raramente adota postura ativa quanto ao aspecto probatório, contentando-se com aquelas provas produzidas em primeira instância, mesmo que insuficientes ou inconclusivas.

É necessário, tanto em primeira instância quanto no tribunal, valorizar a instrução processual como fator preponderante para o esclarecimento dos fatos, para a demonstração da verdade provável e para permitir a prolação da decisão mais justa possível, válida e de qualidade.

Quanto à atuação do juiz, pondera Sidney da Silva Braga:

O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica.²³⁹

Cumprido esclarecer que “não se quer aqui defender um desregrado ativismo na instância superior, mas deixar claro que, para se chegar à fundamentação

²³⁹ BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa probatória d juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87

adequada (densa e completa), os juízes – desembargadores (em especial, o relator) poderão lançar mão de seus deveres-poderes instrutórios.”²⁴⁰

A prova precisa ser valorizada também por representar elemento primordial para a fundamentação da decisão no que tange às razões fáticas que conduzem e permitem justificar determinado resultado.

O enunciado nº 516²⁴¹ do Fórum Permanente de Processualistas, por sinal, consolidou entendimento no sentido de que para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada.

Conforme esclarece Sandro Marcelo Kozikoski,

A (re)construção do sentido das normas jurídicas está intimamente atrelada aos dilemas que gravitam em torno de uma teoria contemporânea da decisão jurídica. Dito de outra forma, uma teorização envolvendo a decisão judicial deve garantir as condições discursivas adequadas e compatíveis com a obtenção de respostas alinhadas com a Constituição, que conjuguem a observância dos limites estruturais e semânticos do texto normativo, com substrato nos aportes fornecidos pela hermenêutica jurídica e ainda pela colaboração e influência dos sujeitos processuais.²⁴²

A fundamentação das decisões judiciais representa um componente basilar de um processo justo. A jurisdição deve atuar mediante o devido processo constitucional, o que implica na exigência de que seja proferida uma decisão que justifique, de forma clara e precisa as razões de fato e de direito que conduzem à conclusão adotada pelo julgador. Para tanto, é necessário que a fundamentação correlacione os fatos e as provas existentes. Somente a instrução adequada do processo permitirá uma fundamentação adequada quanto às razões de fato capazes de sustentar uma decisão verdadeiramente adequada e justa.

²⁴⁰ SILVA, Bruno campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 311

²⁴¹ Enunciado nº 516, FPPC: (art. 371; art. 369; art. 489, §1º) Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada. (Grupo: Direito probatório)

Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>

²⁴² KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Sistema recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 30

Existe uma estreita relação entre a motivação das decisões, as questões de fato e as provas, conforme assinala acertadamente Rodrigo Gomes de Mendonça Pinheiro:

A indispensabilidade da fundamentação também se justifica porque, embora deva sempre buscar a efetiva verdade, o processo judicial contentar-se-á se atingir a “verdade possível”. Se assim é, o magistrado deverá, então, declinar, detalhada e motivadamente, por quais caminhos formou a sua convicção acerca do que era a “verdade possível” para o caso concreto, sempre vinculado ao acervo de provas existente. Nessa perspectiva, portanto, a umbilical relação que há entre a motivação das decisões judiciais, as questões de fato e as provas fica ainda mais evidente.²⁴³

Quando provocado na seara recursal, incumbe ao tribunal avaliar detalhadamente a suficiência ou não das provas produzidas no processo e averiguar se foram satisfatórias para elucidar todas as questões relacionadas aos fatos da causa.

Rodrigo Gomes de Mendonça Pinheiro opina quanto à intervenção do tribunal na seara probatória:

Nos parece razoável, válida e necessária que a interferência do tribunal na seara probatória ocorra para maximizá-la, seja para o fim de otimização da atividade instrutória, seja para a finalidade de cumprimento do dever de fundamentação exaustiva e concreta insculpido no artigo 489, § 1º, do novo código.²⁴⁴

Além de constituir garantia constitucional prevista no art. 93, IX, CF/88, a fundamentação das decisões contou com referência expressa no Código de Processo Civil de 2015, que definiu as hipóteses específicas em que a decisão será considerada não fundamentada (art. 489, § 1º, CPC/15), na tentativa de contribuir para a ampliação da qualidade das decisões e para a efetivação dos direitos fundamentais, através do processo.

Para Nelson Nery Jr.,

²⁴³ PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça. Novas feições da atividade probatória a partir do dever de motivação exaustiva e concreta previsto no artigo 489, § 1º, do NCP. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 829

²⁴⁴ Idem, p. 838

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.²⁴⁵

O Código de Processo Civil de 2015 potencializou o princípio da fundamentação das decisões. Além de definir as hipóteses em que a decisão judicial não será considerada como fundamentada, ele dispõe sobre o dever do magistrado de mencionar, em sua decisão, as razões do seu convencimento, inclusive sobre as provas produzidas (art. 371, CPC/15)²⁴⁶.

Conforme afirma João Batista Lopes, “o dever de motivar traz, ínsito, o de valorar adequadamente a prova dos autos”²⁴⁷. Assim, a exigência de fundamentação das decisões é aplicada tanto em primeira instância quanto na fase recursal, o que implica na necessidade de adequada análise e valoração das provas.

É preciso compreender que os autos de um processo, físico ou eletrônico, não se limitam ao seu aspecto formal; cada processo traz consigo o direito de alguém e a esperança que ele deposita na justiça.

Como bem ressalta Sidney da Silva Braga,

A decisão proferida ao final de um processo deve ser a mais justa possível, dentro do atual grau de evolução de nossa sociedade, e sempre buscando superar esse aparente e relativo limite, para que, com isso, as partes, e a sociedade como um todo, no seio da qual se refletem as decisões judiciais, mais do que aprender a defender seus direitos e a respeitar os direitos alheios, aprendam e desenvolvam a virtude da justiça.²⁴⁸

Nesse cenário, merece transcrição a reflexão de João Baptista Herkenhoff, que discorre sobre a figura do julgador no processo:

Vejo o juiz como um poeta, alguém que morre de dores que não são suas, alguém que vive o drama dos processos, alguém capaz de descer às pessoas que julga, alguém que capta os sentimentos e aspirações da

²⁴⁵ NERY JR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 218

²⁴⁶ “Art. 371, CPC/15: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

²⁴⁷ LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 171

²⁴⁸ BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa probatória d juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41

comunidade, alguém que incorpora, na sua alma e na sua vida, a fome de Justiça do povo a que serve.

Diverso e oposto desse paradigma de juiz seria o juiz distante, distante e equidistante, alheio, burocrata no sentido pejorativo, cuja pena se torna para ele um peso, não por sentir as dores que não são suas, mas pelo enfado de julgar, pela carência do idealismo e da paixão que tornariam seu ofício uma aventura digna da dedicação de uma existência²⁴⁹.

É preciso superar e abandonar a visão e a atuação mecanicista dos julgamentos, inclusive na fase recursal. A exigência de fundamentação detalhada torna imprescindível a atuação do julgador na fase recursal pautada na valorização da prova e, conseqüentemente, da própria justiça.

²⁴⁹ HERKENHOFF. João Baptista. Justiça, direito do povo. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2000, p. 08.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO, O FORMALISMO VALORATIVO E A PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO COMO JUSTIFICADORES DA NECESSÁRIA VALORIZAÇÃO PROBATÓRIA NA FASE RECURSAL EM BUSCA DE UM PROCESSO EFICIENTE E JUSTO

*“No processo, o direito age vestido da prova; assim, à forma do seu valer acaba por aparecer a substância do seu ser.”
(Carnelutti)²⁵⁰*

O direito processual contemporâneo exige regramentos capazes de combater a morosidade e garantir a efetividade das decisões judiciais, priorizando a decisão de mérito, valorizando o direito material em detrimento do formalismo exacerbado, a instrumentalidade em benefício da efetividade, atuando na perspectiva de garantir, através do processo, a efetivação dos direitos fundamentais, respeitando o devido processo legal e a segurança jurídica.

No Brasil, a sociedade presencia significativa evolução na estrutura e no papel do Poder Judiciário. Em conformidade com tal prospecto, notadamente a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, observam-se significativas mudanças paradigmáticas na aplicação do Direito, de forma que a primazia do mérito se apresenta como uma premissa basilar do novo sistema dogmático.

A partir das suas diretrizes principiológicas, o art. 4º do CPC/15 dispõe que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Tal premissa deve permear a interpretação de todo o sistema processual, inclusive o recursal²⁵¹, devendo ser considerada não apenas na perspectiva de garantir a sanabilidade de vícios, mas também no sentido de exigir a

²⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. A prova civil: parte geral: o conceito jurídico da prova. 2 ed. São Paulo: Editora Pillares, 2016, p. 13-14.

²⁵¹ Nesse sentido, o Enunciado 372, do FPPC: “(art. 4º) O art. 4º tem aplicação em todas as fases e em todos os tipos de procedimento, inclusive em incidentes processuais e na instância recursal, impondo ao órgão jurisdicional viabilizar o saneamento de vícios para examinar o mérito, sempre que seja possível a sua correção. (Grupo: Normas fundamentais)” (SÃO PAULO. Carta de São Paulo. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. 2016. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em: 19 jul 2016.)

ampla apreciação das questões que devem nortear a decisão de mérito. Nessa perspectiva, a primazia do mérito pressupõe a prioridade para a análise fática que compreende a relação jurídica material controvertida levada a juízo e a preferência para o enfrentamento das teses defendidas, a partir da adoção de técnicas que permitam a máxima instrução probatória exigível, a fim de possibilitar o suficiente esclarecimento dos fatos.

A primazia da decisão de mérito, portanto, deve ser o farol a guiar o julgador, tanto na esfera judiciária singular quanto na instância recursal. É imperioso salientar que o sistema jurídico cada vez mais direciona sua atenção à adoção de mecanismos procedimentais que contribuam eficazmente para que o processo seja um caminho para a efetividade dos direitos e das garantias constitucionais.

A rigor, o direito processual vem evoluindo para conferir ao processo a tarefa não apenas de realização do direito material, mas também de aplicação da carga axiológica constitucional, de forma que o processo não pode ser visto apenas como um mecanismo para a realização do direito material, como ocorria na fase do instrumentalismo mas, principalmente, como uma forma de materialização da justiça em cada caso concreto.

O objetivo do Direito é servir à finalidade pragmática que lhe é própria e é através do processo que o Direito deixa o plano das ideias para ingressar no mundo real em busca da concretização da justiça. Nesse viés, o formalismo exacerbado pode representar fator protelatório ou até mesmo impeditivo do reconhecimento do direito material, burlando o direito do cidadão à própria justiça.

No contexto normativo processual, o fenômeno da constitucionalização do processo conduz a uma efetiva incidência das normas e princípios constitucionais na própria norma infraconstitucional e na sua forma de interpretação e aplicação, o que se denomina neoconstitucionalismo, uma proposta do pensamento jurídico contemporâneo que sustenta o próprio formalismo valorativo, como método capaz de permitir a observância dos preceitos constitucionais durante todas as fases processuais, de forma a resguardar o devido processo legal, a humanização dos processos e a realização da justiça.

Para Hermes Zaneti Junior, a constitucionalização do processo permite uma nova visão do direito processual constitucional, “considerado como toda interferência

da constituição nas noções de jurisdição, ação e processo, ou seja, uma introdução ao estudo do processo civil em vinculação com a unidade da Constituição.”²⁵²

João Batista Lopes assim se manifesta sobre a ampliação dos poderes instrutórios do juiz a partir da constitucionalização do processo civil:

Mais recentemente, o fenômeno da constitucionalização do processo civil – tal denominação indica a tendência de revisitação dos institutos fundamentais do processo à luz do Direito Constitucional – veio contribuir ainda mais para o fortalecimento dos poderes do juiz na direção e na instrução do processo.²⁵³

Percebe-se que, com a nova roupagem constitucionalista, o direito processual evoluiu significativamente, estreitando os laços com o direito material, a fim de se garantir a prestação jurisdicional justa e efetiva.

Na perspectiva da visão processual moderna, Hermes Zaneti Junior, por sua vez, afirma que:

à eleição do acesso material não basta a possibilidade de ingresso no judiciário, é preciso garantir a possibilidade concreta de “saída”, do exercício real dos direitos e de obtenção da prestação jurisdicional com justiça, garantindo o processo civil de resultados.²⁵⁴

A propósito, a norma constitucional, notadamente a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, com a garantia da razoável duração dos processos, influenciou significativamente a atuação do legislador infraconstitucional no âmbito processual, o que, inclusive, justificou dezenas de reformas pontuais na norma processual civil na última década, conduzindo, por derradeiro, à elaboração de um Novo Código de Processo Civil, o primeiro do sistema democrático brasileiro que, por sinal, também prevê a razoável duração dos processos como um direito dos jurisdicionados (art. 4º, CPC/15)²⁵⁵ e como um dever dos magistrados (art. 139, II, CPC/15)²⁵⁶.

²⁵² ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 08.

²⁵³ LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 177

²⁵⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 216

²⁵⁵ “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

²⁵⁶ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

Em verdade, o Código de Processo Civil de 2015 abraça a ideia de constitucionalização do processo, o que resta claramente consignado em seu artigo inaugural, que referencia os comandos constitucionais de forma propedêutica: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.²⁵⁷

Não há dúvida de que as diretrizes constitucionais foram preponderantes na criação do Código de Processo Civil de 2015. Situação similar ocorreu em 2002, com o Código Civil, conforme destacou Rodrigo Reis Mazzei: “[...] a Carta Política de 1988 influenciou a arquitetura da codificação, determinando a adoção de política constitucional, de modo que, na relação subjetiva que irá o código tratar, fique preservado o conteúdo social ditado constitucionalmente.”²⁵⁸

Dentre os valores ideológicos de origem constitucional, subjacentes ao direito processual, destacam-se a efetividade e a segurança jurídica, sendo que ambos não se contradizem, mas, sobretudo, se completam.²⁵⁹ Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, nesse contexto, “o formalismo constitui um elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo, de forma que a efetividade decorre do seu poder organizador e ordenador, evitando a desordem, enquanto que a segurança decorre do seu poder disciplinador”²⁶⁰.

Na opinião de Bedaque, “o formalismo é necessário, mas deve limitar-se a assegurar os objetivos do processo”.²⁶¹

A preocupação proeminente repousa sobre a necessidade de se garantir não apenas o reconhecimento, mas também a efetivação dos direitos fundamentais, através do processo. “A ideologia dominante nos ordenamentos constitucionais atuais é justamente essa, pois não basta indicar um rol de direitos fundamentais, é preciso efetivá-los.”²⁶²

II - velar pela duração razoável do processo.

²⁵⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

²⁵⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil e microssistemas. Pensamento Jurídico: Revista do curso de mestrado e doutorado em direito da Faculdade Autônoma de Direito. Nº 1, São Paulo, 2011, p. 263.

²⁵⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In Repro nº 137, São Paulo: RT, 2006, p. 10.

²⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 574.

²⁶² ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 169.

Considerando a incidência do formalismo valorativo como vetor essencial e a primazia da decisão de mérito como regra no sistema processual civil, é de se reconhecer a necessidade de ampla valorização dos meios instrutórios no curso dos processos, inclusive na fase recursal.

4.1 O FORMALISMO VALORATIVO E SEUS REFLEXOS NO CPC/15

A partir de uma análise evolutiva, observa-se que o processo civil passou por distintas fases metodológicas, que contribuíram para a organização, compreensão e desenvolvimento da dinâmica processual.

A primeira fase metodológica a história do direito processual civil foi a denominada sincretista, na qual não se constatava a autonomia do direito processual em relação ao direito material.

Na segunda fase, a processualista (ou, procedimentalista), o processo passou a ser estudado com significativa autonomia em cotejo com o direito material. Daí foram surgindo teorias clássicas sobre os pressupostos processuais, condições da ação e a natureza jurídica da ação e do processo.

Com o reconhecimento da autonomia da ciência processual, ocorreu uma redefinição quanto ao escopo do processo, que passou a ser relacionado com a atuação do direito na realização da própria justiça. A partir da atuação de Liebman, surgiu o estudo da instrumentalidade do processo, de forma que o direito processual civil passou a regular o modo de atuação, em concreto, do conteúdo das normas jurídicas.

A terceira fase, do instrumentalismo, contou com as construções teóricas da escola paulista liderada a partir dos estudos de Cândido Rangel Dinamarco. **O instrumentalismo elevou a jurisdição à posição central na teoria processual.** Pela visão instrumentalista, o processo deve ser estruturado, interpretado e aplicado tendo como perspectiva a efetividade das normas materiais, passando a ser encarado como instrumento para a atuação da jurisdição em busca da realização do direito material. A concepção instrumentalista pressupõe que o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio para se atingir um fim, dentro de uma ideologia de acesso à justiça. Assim, “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e

se legitima, em função dos fins a que se destina”²⁶³ Acerca do instrumentalismo, Cláudio Penedo Madureira enfatizou:

A premissa adotada pelo instrumentalismo é a de que, para compatibilizar os escopos jurídico, social e político do processo e, por conseguinte, para realizar a justiça, cumpre aos juízes conformar o processo às exigências do direito material encartado nos textos legais, com vistas à sua efetiva realização.²⁶⁴

O processo evoluiu em suas fases metodológicas a partir da constatação de evidentes características distintivas de cada etapa. A evolução partiu do secretismo entre direito material e processual, peregrinou pelo processualismo, que permitiu a autonomia entre direito material e processual e progrediu à fase do instrumentalismo, que passou a conceber o processo como instrumento para a efetivação do direito material.

Avançando muito além da perspectiva simplesmente instrumentalista, a escola gaúcha, a partir dos trabalhos liderados por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁶⁵ passou a defender o formalismo valorativo, como a diretriz metodológica configurada no cenário jurídico contemporâneo, **que valoriza o processo como o mecanismo para a concretização dos direitos e garantias fundamentais** previstos constitucionalmente através do processo, em busca da efetivação da justiça material.

Para Hermes Zaneti Junior, o paradigma do formalismo valorativo representa “o resgate da dimensão tópico-problemática para o direito e da compreensão do processo como direito fundamental, ou seja, ver na forma sua capacidade emancipatória e sua vinculação aos valores constitucionais como garantia da liberdade.”²⁶⁶

As concepções formalistas valorativas defendem o aprimoramento das relações entre o processo e a Constituição, de forma a resguardar a efetivação dos

²⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 206

²⁶⁴ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo valorativo. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS nº 3. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58879/36261>. Acesso em 18 fev. 2017. Porto Alegre, 2015, p. 258

²⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁶⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42-43.

direitos fundamentais através do processo. O formalismo passa a ser compreendido e aplicado não apenas como fator preponderante para a garantia do devido processo legal para a efetiva realização do direito material, através do processo, mas também como mecanismo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais através do processo.

O processo civil atravessa um momento extremamente significativo da sua história, a partir das premissas daquela que pode ser denominada a quarta fase metodológica do seu desenvolvimento, o formalismo valorativo, que tem como foco o processo, e não a jurisdição, como ocorria com o instrumentalismo. Mas é possível ir além!

Devido aos progressos da ciência processual, é adequado avançar também na interpretação e na aplicação das premissas formalistas valorativas, em defesa de um direito processual que preza não apenas pelo formalismo valorativo, mas que, acima de tudo, atue em busca de um processo justo e eficiente.

Nessa perspectiva, o processo não deve ser encarado “como ato formal e inflexível (*forma*), mas como *formalidade* indispensável a regular e orientar o procedimento. Até porque, o processo civil não é fim em si mesmo.”²⁶⁷

Com a evolução do pensamento jurídico e do próprio sistema processual, é oportuno defender uma concepção metodológica que preza pela interpretação e aplicação das normas processuais e materiais na perspectiva de se garantir um **processo eficiente**, que seja justo, equo, que tenha a instrumentalidade como respaldo, o formalismo valorativo como estratégia e, como alvo, a **efetiva justiça material**.

No Brasil, o processo civil teve sua história inaugurada no período colonial, quando vigoravam as Ordenações Filipinas. Em 1850 passou a vigorar o Regulamento nº 737, que a princípio era aplicado apenas às causas comerciais e, posteriormente, foi estendido às causas cíveis. A Constituição de 1891 atribuiu competência aos Estados para legislar sobre processo, que gerou a criação de códigos em alguns Estados. Posteriormente, a Constituição de 1934 estabeleceu a competência exclusiva da União para legislar sobre processo. Com isso, foi criado o

²⁶⁷ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo valorativo. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS nº 3. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58879/36261>. Acesso em 18 fev. 2017. Porto Alegre, 2015, p. 273

CPC de 1939, em vigor até 1973. Em janeiro de 1974 entrou em vigor o CPC/73, que permaneceu vigente até o dia 17 de março de 2016. No dia 18 de março de 2016 entrou em vigor o Código de Processo Civil de 2015, o primeiro da era democrática brasileira.

Independentemente das fases metodológicas da histórica do direito processual, o formalismo continuamente abalizou o processo, de forma amena ou incisiva, colaborando para a organização do processo e a previsibilidade dos atos. A forma dos atos processuais tem por escopo, inclusive, resguardar a segurança jurídica para os participantes da relação processual. As partes necessitam de um mínimo de previsibilidade do que irá acontecer no processo, para que possam, com segurança, exercer os seus direitos.²⁶⁸

Na visão de Calmon de Passos, “As formas processuais tutelam as partes, ora assegurando-as contra o arbítrio judicial, ora contra os abusos do adversário, bem como tutelam o exercício do poder-dever jurisdicional do Estado”²⁶⁹

A formalidade pode ser compreendida como “a exigência de que o ato coincida com a técnica processual, com observância dos requisitos intrínsecos (modo de realização) e extrínsecos (circunstâncias de tempo, lugar e sujeito pertinente)”²⁷⁰

O formalismo, quando adequado, representa um fator relevante sob o contexto da garantia da segurança jurídica, de forma a permitir um maior controle técnico-jurídico de cunho endoprocessual, relevante para o resguardo da regularidade do processo.

O formalismo processual compreende o conjunto de formas e ritos, caracterizando um requisito objetivo intrínseco para a própria validade do processo, porém o formalismo não pode ser adotado de forma exagerada, não pode merecer importância maior que as finalidades do processo. Conforme assevera Enrico Tullio Liebman, “as formas são necessárias, porém, o formalismo excessivo é uma deformação”.²⁷¹

²⁶⁸ BRASIL JUNIOR. Samuel Meira. Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13.

²⁶⁹ PASSOS. José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 132

²⁷⁰ BRASIL JUNIOR. Samuel Meira. Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 153.

²⁷¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil, 3 ed. v 1, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 328.

Tecendo considerações críticas sobre o formalismo excessivo, advertiu José Roberto dos Santos Bedaque:

O processualismo exagerado normalmente acaba por criar enormes dificuldades para o próprio escopo do processo. A grande atenção que se dá para os conceitos processuais configura inversão de valores, pois o que realmente importa são os resultados alcançados pelo processo, no plano do ordenamento material e da pacificação. A preocupação com a técnica é justificável enquanto meio para atingir fins. A precisão conceitual é necessária a qualquer ciência. Apenas não pode se transformar a técnica, os conceitos e as definições em objeto principal da ciência processual. Pretende-se demonstrar que todos os fenômenos inerentes ao processo devem ser concebidos em função do direito material. A técnica adequando-se ao objeto, com vistas ao resultado.²⁷²

Merece destaque o posicionamento do jurista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “o formalismo excessivo pode, inclusive, inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado.”²⁷³ O retrocitado autor complementa:

Pode acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial.²⁷⁴

Na mesma acepção, procedendo à acertada crítica ao formalismo excessivo, Pedro A. Bertolino considera que o formalismo excessivo configura um verdadeiro abuso de direito, pois, de acordo com o jurista, todo uso inadequado é, por si só, uma forma de abuso e pode gerar um dano à própria justiça:

En efecto, el exceso ritual implica un uso irregular de las formas, em el sentido de no adecuación a la finalidad para la que se han establecido. Esa irregularidad, lo ha destacado reiteradamente la jurisprudencia, importa un daño para la justicia. Ejercicio antifuncional u daño configuran pues, a la par, el fenómeno ritualista.²⁷⁵

²⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50.

²⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In Repro nº 137, São Paulo: RT, 2006, p. 15

²⁷⁴ Idem, p. 19

²⁷⁵ BERTOLINO, Pedro J. El Exceso Ritual Manifiesto, ed. Platense, La Plata, 1979. p. 42. Tradução livre do mestrando: "De fato, o formalismo excessivo implica em um uso inadequado das formas, no sentido de inadequação quanto à finalidade para a qual foi previsto. Esse desacerto, conforme tem enfatizado repetidamente a jurisprudência, gera um dano à própria justiça. Essa prática distorcida gera danos, conforme configurado, ao longo do fenômeno ritualístico".

O processo é o mecanismo de que se vale o Estado para garantir aos cidadãos a declaração e o reconhecimento de direitos, a solução dos litígios, a pacificação social e o estabelecimento ou restabelecimento da justiça nos casos concretos. Impende, nessa perspectiva, compatibilizar a valoração do formalismo, no sentido de salvaguardar as garantias formais e a adequada organização interna do processo, com a perspectiva de priorização da efetividade e da realização da justiça material.

A Constituição cidadã brasileira, de 1988, influenciada pelos ideais propostos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconheceu a dignidade humana como princípio fundamental, conduzindo à preocupação com a realização dos direitos fundamentais. A partir da Constituição Federal de 1988, ganharam força no Brasil as premissas do neoconstitucionalismo, primando pela efetividade dos direitos fundamentais através do processo. Tal premissa conduz à busca, não só pela declaração, mas também pela efetivação e efetividade de tais direitos, conforme ensina o jurista Hermes Zaneti Junior, “a ideologia dominante nos ordenamentos constitucionais atuais é justamente essa, pois não basta indicar um rol de direitos fundamentais, é preciso efetivá-los.”²⁷⁶

A metodologia para interpretação e aplicação do direito processual deve estar pautada nas premissas balizadoras do Estado Democrático de Direito, de forma que, através de um processo justo, seja possível alcançar a efetividade e a presteza na promoção da tutela dos direitos subjetivos. Assim, será possível alcançar o processo eficiente.

A ideia do formalismo valorativo foi desenvolvida pelo jurista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, com a proposta de combater o formalismo excessivo, comumente adotado na realidade forense e que conduz a uma rigidez formal incompatível com a atual concepção e finalidades do processo. Para o jurista,

o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem, e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, como mero meio para atingir o valor. O fim último do

²⁷⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 169.

processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso.²⁷⁷

O formalismo valorativo advém de uma visão neoconstitucionalista, e pode ser compreendido como a metodologia jurídica que conduz a uma nova percepção sobre o formalismo, que deve ser compreendido como fator colaborador para a condução judicial da relação jurídica material, de forma a permitir, através de um processo válido, a efetiva atuação da jurisdição para a concretização dos direitos fundamentais e para a realização da justiça material.

O formalismo valorativo, além de resguardar o equilíbrio da relação jurídica processual, permite a otimização do procedimento, que ganha uma nova roupagem a partir das premissas da constitucionalização do processo.

Merece transcrição o quadro geral elaborado por Hermes Zaneti Junior e Camilla de Magalhães Gomes²⁷⁸, contendo as principais diferenças entre as fases metodológicas do processo denominadas instrumentalismo e o formalismo valorativo:

Instrumentalismo	Formalismo Valorativo
Modelo adequado ao Estado de Direito tradicional	Modelo adequado ao Estado Democrático Constitucional (e ao novo conceito de legalidade, direito e jurisdição que lhe são correlatos)
No instrumentalismo, o processo civil está em pé de igualdade com a Constituição. Insiste-se nos valores da doutrina clássica e na preservação de uma esfera de autonomia teórica em relação ao direito constitucional. Busca-se realizar no processo escopos metajurídicos (social e político), considerados externos, mesmo que relevantes. Ocorre a relativização do binômio direito material e processo.	Prevalece a constitucionalização do processo (unidade narrativa da constituição em todo ordenamento jurídico). Não existe qualquer óbice formal ou teórico à releitura das normas processuais a partir do texto constitucional. Busca-se realizar no processo a Constituição, reconhecendo a juridicização da política e da democracia que ela representa (indissociabilidade)
As normas jurídicas do processo figuram como garantias liberais ou sociais, submetidas ao conteúdo jurídico do direito material	As normas jurídicas do processo apresentam características próprias da teoria dos direitos fundamentais. Constituem, elas mesmas, direitos fundamentais

²⁷⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 03.

²⁷⁸ ZANETI JUNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo valorativo como nova fase metodológica do processo civil. In: Revista de Direitos Difusos, v. 53. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2011, p. 20-22

O fim do processo é a vontade concreta do direito e a realização do direito material (univocidade e finalidade do direito)	O fim do processo é a justiça, compreendida como pretensão de correção em conformidade com a Constituição
O instrumentalismo é assimétrico. O papel mais relevante na relação processual é relegado ao estado-juiz (topo da pirâmide processual)	O formalismo valorativo é colaborativo, determinando também ao juiz deveres como o contraditório (direito de influência e dever de debates). O formalismo processual ideal encerra um justo equilíbrio entre as posições jurídicas do Autor, do juiz e do Réu.
Entende a jurisdição como centro do processo. Atividade de mera revelação do preexistente, sem nada acrescer ao mundo jurídico além da certeza. Função meramente declaratória da ordem jurídica preestabelecida pelo legislador.	Entende o processo como centro, ressaltando a função participativa do procedimento em contraditório e as consequências profundas da alteração do direito e da jurisdição no modelo do estado Democrático Constitucional, principalmente no que diz respeito à Revolução Hermenêutica do séc. XX.
O processo se apresenta como fenômeno marcadamente formal.	O processo, a partir de sua substancialização e a forma não é oca ou vazia, mas preenchida pela ideologia constitucional, afetada pelos valores constitucionais
Prepondera a visão do processo para a efetividade, reconhecendo a necessidade de outorgarmos espaço para o processo civil do autor	Reconhece a importância do equilíbrio entre as partes, mas avança no sentido de ponderar a adequação do procedimento sempre por meio de um juízo equilibrado, entre efetividade e segurança jurídica, como elementos não antagônicos e insuprimíveis do fenômeno processual

Destarte, o formalismo valorativo compreende “não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.”²⁷⁹

Também reconhecido como “formalismo constitucional democrático”²⁸⁰, apesar de pouco debatido na doutrina, o formalismo valorativo recebe sustentação e amparo por parte daqueles que se debruçam em sua análise.

O Código de Processo Civil de 2015 evidencia o formalismo valorativo como uma das suas diretrizes a conduzir a aplicação da técnica processual, visando à

²⁷⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo . 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6-7.

²⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense: 2015, p. 19.

efetividade do processo. Dispositivos do novo regramento processual corroboram a constatação de que a formalidade não pode ser um percalço impeditivo ao alcance das finalidades do processo e que as questões materiais analisadas merecem amplo destaque.

Cláudio Penedo Madureira destaca a incidência do formalismo valorativo no Código de Processo Civil de 2015:

O Código de Processo Civil de 2015 adota as premissas teóricas e as técnicas de atuação propostas pela doutrina jurídica do formalismo-valorativo (tal como concebida pela escola processual gaúcha sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira), instituindo, assim, uma nova fase metodológica ao processo civil; que, por sua vez, substituiu o instrumentalismo (doutrina jurídica concebida pela escola processual paulista a partir dos escritos de Cândido Rangel Dinamarco²⁸¹

A primeira evidência do formalismo valorativo no CPC/15 encontra-se na possibilidade de correção de vícios durante o trâmite da ação, como se verifica através dos artigos 76²⁸² e 282²⁸³ do CPC/15.

Os processualistas brasileiros, inclusive, aprovaram o Enunciado nº 278²⁸⁴, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, firmando entendimento no sentido de que o CPC/15 adota, como princípio, a sanabilidade dos atos processuais defeituosos. O CPC/15 adota como princípio a sanabilidade dos vícios, porém, tendo-se como limites a segurança jurídica e a boa-fé processual.

O julgador, a propósito, diante da possibilidade de proferir sentença terminativa, tem o dever de conceder à parte a oportunidade de corrigir o vício, conforme previsto no art. 317²⁸⁵ do CPC/15, até porque, o processo é o instrumento

²⁸¹ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo valorativo. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS nº 3. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58879/36261>. Acesso em 18 fev. 2017. Porto Alegre, 2015, p. 253

²⁸² Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. (BRASIL, 2015, p. 13)

²⁸³ Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. (BRASIL, 2015, p. 54)

²⁸⁴ “ENUNCIADO 278, FPPC: (art. 282, § 2º; art. 4º) O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos” (VITÒRIA, 2015, p. 43)

²⁸⁵ Art. 317 Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. (BRASIL, 2015, p. 61). Dispositivo sem previsão no código de 1973.

da jurisdição e, como tal, ele não é um bem a que se aspira por si mesmo, mas um meio de obter a solução dos conflitos de interesses e a pacificação social²⁸⁶

No que se refere aos requisitos da petição inicial, quanto às informações necessárias à qualificação das partes, o CPC/15, além de prever a possibilidade de diligências para a sua obtenção, impede o indeferimento, mesmo que as informações não sejam obtidas, se a situação onerar excessivamente ou impossibilitar o acesso à justiça, a teor do art. 319²⁸⁷, do CPC/15.

No tocante à possibilidade de aditamento da petição inicial, a respeitável inovação fica por conta da exigência de que o magistrado indique, com precisão, o que, na sua concepção, precisa ser corrigido ou completado, não bastando a intimação genérica do autor para promover o aditamento, conforme dispõe o art. 321, CPC/15:

O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.²⁸⁸

O aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir formulado na ação inicial ou na reconvenção é possível até o saneamento do processo, desde que respeitadas as condições previstas no artigo 329²⁸⁹, ou seja, dependerá da anuência da parte contrária, se apresentada a retificação após a citação do réu.

²⁸⁶ GONÇALVES. Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. v.1. 12 ed. de acordo com o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 26.

²⁸⁷ Art. 319. A petição inicial indicará:

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornarem impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

²⁸⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 18 jan. 2017

²⁸⁹ Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

Na hipótese de contestação do réu com a alegação de ilegitimidade passiva ou de ausência de responsabilidade pelo prejuízo invocado, será fraqueada ao requerente a oportunidade de alteração da petição inicial, para a substituição do réu, conforme dispõe o art. 338, CPC/15: “Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.”

O CPC/15 mantém incólume a previsão já existente no código anterior quanto à possibilidade de o autor corrigir outros vícios sanáveis alegados pelo réu, na contestação, conforme o comando dos artigos 351 e 352²⁹⁰, o mesmo ocorrendo quanto à necessidade de prévia intimação pessoal da parte para imprimir regular andamento ao feito, nos casos de negligência das partes ou abandono da causa, pelo autor (art. 485, §1º CPC/15).²⁹¹

A petição inicial da execução fundada em título extrajudicial também poderá ser corrigida para a devida regularização, conforme dispõe o art. 801,²⁹² CPC/15.

Na fase recursal, o excessivo formalismo é mitigado diante dos reflexos do formalismo valorativo a partir de dispositivos que também permitem que vícios sejam sanados, como ocorre nas hipóteses dos artigos 932²⁹³, 938²⁹⁴, 1007, § 2º, 4º e 7º²⁹⁵, e 1017, § 3º²⁹⁶, do CPC/15.

²⁹⁰ Art. 351 Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 337, o juiz determinará a oitiva do autor no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe a produção de prova.

Art. 352 Verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

²⁹¹ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

²⁹² Art. 801. Verificando que a petição inicial está incompleta ou que não está acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, o juiz determinará que o exequente a corrija, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento.

²⁹³ Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

²⁹⁴ Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

§ 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.

²⁹⁵ Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

[...]

O formalismo valorativo, de igual modo, deve também inspirar os procedimentos recursais, na perspectiva de que haja a necessária prioridade para as matérias fáticas, com a adoção das diligências capazes de garantir a instrução probatória exigível no processo pois, assim, haverá maior probabilidade da atuação jurisdicional se expressar da forma mais razoável e justa, primando pela efetivação das garantias constitucionais e pelo verdadeiro acesso a justiça.

A aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, adotado pela teoria das nulidades, representa um significativo avanço no cenário histórico do processo, de forma a priorizar o resultado do ato diante da existência de vícios formais. Adotado no Código de 1973, o princípio é mantido no CPC/15, pela redação do novo art. 188²⁹⁷, porém, com uma novidade extremamente significativa, pois o CPC/15, em seu art. 277²⁹⁸, diferentemente do previsto no artigo 244²⁹⁹ do CPC/73, excluiu a regra que excepciona a aplicação do princípio aos casos de nulidades cominadas, ou seja, mesmo diante de nulidades expressamente previstas na lei processual civil, haverá possibilidade de mitigação do vício diante do alcance da finalidade do ato.

A propósito, a sanabilidade de vícios, claramente prevista no CPC/15, também é defendida na doutrina estrangeira, conforme se observa através do pensamento de Poli³⁰⁰, que discorre sobre a possibilidade de se sanar um vício

§ 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

[...]

§ 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

[...]

§ 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

²⁹⁶ Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída:

[...]

§ 3º Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único.

²⁹⁷ Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

²⁹⁸ Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

²⁹⁹ Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.(g.n) (VADE MECUM, 2014, p. 409)

³⁰⁰ Posicionamento consignado no artigo intitulado "Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali" publicado na "Rivista di diritto processuale n. 2. Padova: Cedam, 1995, p. 472-505)

diante da inobservância da forma prescrita. O processualista Andrea Proto Pisani, inclusive, defende o que denomina “sanatoria per convalidazione oggettiva”,³⁰¹ que seria a convalidação objetiva, possível mesmo diante da ausência de manifestação do interessado, caso o vício não tenha impedido ou comprometido o exercício de poderes, deveres, ônus ou faculdades pelos sujeitos do processo.

O CPC/15 mantém a possibilidade de aproveitamento dos atos que independam daqueles eventualmente anulados, conforme previsto no art. 281, CPC/15: “Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes”. Quanto à temática, merecem destaque alguns enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis que orientam a forma de interpretação da questão a partir do entendimento consolidado dos processualistas brasileiros: “Enunciado 276, FPPC: (arts. 281 e 282) O atos anteriores ao ato defeituoso não são atingidos pela pronúncia da invalidade.” “Enunciado 277, FPPC: (arts. 281 e 282) Para fins de invalidação, o reconhecimento de que um ato subsequente é dependente de um ato defeituoso deve ser objeto de fundamentação específica à luz de circunstâncias concretas.”³⁰²

Conforme Fredie Didier Jr, “o magistrado deve tentar aproveitar o ato processual ou o procedimento defeituoso. Eis o princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos, que se aplica sempre, pouco imposta o grau do defeito do ato ou do procedimento”³⁰³

Não há novidade no novo regramento processual quanto à aplicação do princípio do aproveitamento (art. 283, CPC/15)³⁰⁴, assim como em relação ao suprimento do vício da falta ou nulidade da citação em decorrência do comparecimento espontâneo (art. 239, § 1º, CPC/15)³⁰⁵, todavia, quanto à intimação, verifica-se a simplificação e a otimização no que concerne à forma de arguição da

³⁰¹ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3 ed. Napoli: Jovene, 1999, p. 235-236.

³⁰² Disponíveis em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016

³⁰³ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v.1. 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 406.

³⁰⁴ Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

³⁰⁵ Art. 239, § 1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução.

nulidade, o que, nos moldes do art. 272³⁰⁶, poderá ser feito, quando possível, em capítulo precedendo o próprio ato que lhe caiba praticar.

O formalismo valorativo encontra-se presente também na opção legislativa de tornar admissível a prática de um ato processual antes do início do prazo, ou seja, considerando a tempestividade de um ato extemporâneo, conforme se verifica através do disposto na redação do art. 218, § 4º: “Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. § 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”. A regra concretizada no ordenamento processual condiz com o entendimento do jurista Flávio Cheim Jorge, que assevera:

Em nosso sentir, a interposição do recurso antes da intimação não pode levar ao seu não conhecimento em decorrência da intempestividade. Como se passa a demonstrar, existem fundamentos sólidos, extraídos não só da norma processual, mas também da jurisprudência dos tribunais superiores que embasam essa assertiva.³⁰⁷

Quanto à nulidade cominada decorrente da ausência de intimação do Ministério Público em processo que deva intervir, somente será decretada após a manifestação do representante do referido órgão, diante da existência de prejuízo. (art. 279, CPC/15)³⁰⁸.

À luz do formalismo valorativo, no que concerne à atuação recursal no âmbito dos Tribunais superiores, o CPC/15 inovou ao criar uma situação que o

³⁰⁶ Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

[...]

§ 2º Sob pena de nulidade, é indispensável que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, com o respectivo número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, ou, se assim requerido, da sociedade de advogados.

[...]

§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

[...]

§ 8º A parte arguirá a nulidade da intimação em capítulo preliminar do próprio ato que lhe caiba praticar, o qual será tido por tempestivo se o vício for reconhecido.

§ 9º Não sendo possível a prática imediata do ato diante da necessidade de acesso prévio aos autos, a parte limitar-se-á a arguir a nulidade da intimação, caso em que o prazo será contado da intimação da decisão que a reconheça.

³⁰⁷ JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 6 ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 168

³⁰⁸ Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

§ 1º Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado.

§ 2º A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.

mestrando dissertante aqui denomina “recurso excepcional com procedimento itinerante”, que pressupõe a possibilidade de o relator de um recurso excepcional que tramita perante um dos tribunais superiores, remeter o recurso ao outro tribunal superior quando identificar que a questão que fundamenta o recurso compreende matéria que seria de competência do outro tribunal, conforme previsto nos artigos 1032³⁰⁹ e 1033³¹⁰ do CPC/15.

Tanto o formalismo quanto o devido processo legal representam pilares estruturantes no processo. O formalismo, porém, apesar de necessário, deve limitar-se a assegurar os objetivos do processo, até porque, o processo é o instrumento da jurisdição e, como tal, ele não é um bem a que se aspira por si mesmo, mas um meio de obter a solução dos conflitos de interesses e a pacificação social.³¹¹

Verifica-se que na concepção contemporânea, o formalismo excessivo dá lugar ao formalismo valorativo, seguindo a perspectiva doutrinária.

O Código de Processo Civil de 2015 evidencia a adoção do formalismo-valorativo no seu texto e no seu contexto, e prevê, como regra, a primazia da decisão de mérito, visando à efetividade do processo. A primazia do mérito, porém, não implica na primazia do informalismo no novo regramento processual. O formalismo mantém a sua essência e aplicabilidade, porém, pautado nos ditames constitucionais, na condução de um processo válido, capaz de permitir a realização da justiça material.

O formalismo valorativo não implica no desprezo ou riscos ao devido processo legal. Ao adotar uma tendência evidenciada no pensamento contemporâneo, o legislador optou por criar, no novo regramento processual, mecanismos capazes de permitir a valorização da relação material, atitude em plena consonância com os preceitos basilares de cunho constitucional que devem ser aplicados no cenário processual.

³⁰⁹ “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.”

³¹⁰ “Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.”

³¹¹ GONÇALVES. Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. v.1. 12 ed. de acordo com o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p.26.

Considerando essa premissa, verifica-se que o formalismo valorativo é uma diretriz que precisa ser observada em todos os procedimentos no curso da demanda, e que sustenta a necessária valoração e iniciativa probatória na fase recursal, a fim de se garantir a instrução adequada e exigível para o esclarecimento dos fatos suscitados no processo, que nortearão o juízo de mérito e contribuirão para que a decisão seja proferida da forma mais justa possível.

4.2 A PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO A PARTIR DO CPC/15

O Código de Processo Civil de 2015 representa um novo paradigma para o estudo do direito processual civil e abraça a primazia do mérito como um fator preponderante na valorização do processo como método, como instrumento para a solução das relações controvertidas levadas a juízo.

O artigo 4º do CPC/15 prevê que “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. O comando normativo prioriza a decisão de mérito, evidenciando mudanças paradigmáticas na aplicação do Direito. Nessa senda, ensina Humberto Theodoro Junior, et al:

Daí se enxergar em boa perspectiva as premissas interpretativas da primazia do julgamento do mérito e do máximo aproveitamento processual, encampada desde o art. 4º do Novo CPC, que perpassam toda a redação da nova legislação no sentido de se fundar o aludido novo formalismo (democrático) que abandone a antiquíssima premissa ritual.³¹²

Na concepção de Fredie Didier Jr, “o CPC consagra o princípio da primazia da decisão de mérito. De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra”³¹³

Cumprir trazer à baila a redação do Enunciado nº 385 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que textualiza a necessidade de imediata apreciação de

³¹² THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense: 2015, p. 19.

³¹³ DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v.1. 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 136.

um pedido liminar de tutela de urgência, mesmo diante da necessidade de diligências para a comprovação do pedido de gratuidade.

Enunciado nº 385: (art. 99, § 2º) Havendo risco de perecimento do direito, o poder do juiz de exigir do autor a comprovação dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade não o desincumbe do dever de apreciar, desde logo, o pedido liminar de tutela de urgência. (Grupo: Poderes do juiz)
³¹⁴

A aprovação do enunciado, além de representar conduta condizente com a interpretação e obediência à regra da primazia do mérito, importa na constatação de que os processualistas também adotam o formalismo valorativo como método para a compreensão e aplicação da lei processual.

A primazia da decisão de mérito representa uma diretriz, uma regra, que preza pela efetividade do processo e pela solução concreta das contendas que tenham justificado a provocação do poder jurisdicional.

Ao evidenciar a primazia do mérito no ordenamento processual, o CPC/15 expõe a precípua preocupação do legislador, no sentido de que, diante de um vício, tudo seja feito para tentar salvar o processo, a fim de que ele alcance o seu objetivo, ou seja, de que seja possível a prolação de uma decisão de mérito. Para o CPC/15, o objetivo do procedimento não é permitir a decisão do processo, mas sim, permitir a decisão do mérito, no processo.

A primazia da decisão de mérito deve também ser considerada e aplicada no cenário recursal³¹⁵, notadamente em relação a dois aspectos:

a) diante do juízo de admissibilidade, através da permissão para que sejam sanados os vícios eventualmente identificados, resguardando-se a regularidade procedimental;

³¹⁴ Enunciado proposto pelo autor da presente dissertação de mestrado, Luciano Souto Dias, no grupo de debates “Poderes do juiz”, aprovado por unanimidade no encontro do Fórum Brasileiro de Processualistas Cíveis, realizado em Vitória/ES, em maio de 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2016

³¹⁵ Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: “[...] o art. 4º do Novo Código de Processo Civil consagra de forma expressa o princípio da primazia do julgamento do mérito, fenômeno também verificável no ambiente recursal.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.501)

b) diante do juízo de mérito, com a valorização da relação material que compreende o objeto da irresignação recursal, a fim de que seja prolatada a mais coerente, adequada e justa decisão.

Aqui se defende que a diretriz norteadora do procedimento recursal compreenda a “primazia da melhor decisão de mérito”, o que pressupõe a necessidade de que o procedimento recursal valorize suficientemente as provas existentes acerca dos fatos que constituem objeto da controvérsia. Por conseguinte, constatada a dúvida quanto à verdade provável dos fatos, e sendo inconsistentes ou insuficientes as provas produzidas, poderão os julgadores recursais adotar postura proativa tendente a viabilizar o carreamento aos autos de outros elementos probatórios que contribuam para o esclarecimento das controvérsias fáticas, permitindo, assim, a instrução suficiente quanto às questões que constituem objeto do recurso. “Não há dúvida de que o fim normal do julgamento recursal é o enfrentamento do mérito do recurso, objetivo que justificou a atividade do legislador em criar os recursos em nosso sistema processual.”³¹⁶

Com efeito, constata-se uma significativa mudança de paradigmas, com a modernização da lei³¹⁷, a simplificação dos procedimentos, ampliação da dialética, valorização da cooperação processual e da autonomia privada no processo. O Código de Processo Civil de 2015 prioriza e convida a sociedade a priorizar o diálogo, a conciliação e a mediação, como mecanismos capazes de contribuir para a solução rápida dos processos.

Conforme foi ressaltado em trabalho deste autor com Marcellus Polastri Lima, “a norma deve acompanhar os avanços da sociedade, todavia, não é a simples edição ou alteração das leis que vai solucionar os problemas inerentes à prestação jurisdicional no país”³¹⁸. As normas processuais são instituídas de forma a regulamentar a garantia de justiça contida na Constituição. Sob tal prisma, o poder Judiciário é o órgão que deve agir ativamente não apenas na perspectiva de

³¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.501

³¹⁷ M. Seabra Fagundes alerta sobre a importância de o conteúdo normativo estar respaldado nas questões de ordem prática: As leis processuais, destinadas que são a ajustar o direito subjetivo à realidade das coisas, a converter a norma em fato, a tornar concretamente ponderáveis as afirmações contidas nos princípios do direito substancial, não podem fugir a considerações de ordem prática, que emanam do seu sentido eminentemente objetivo. (FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, p. 303)

³¹⁸ POLASTRI LIMA, Marcellus; DIAS, Luciano Souto. Prisão Civil por débito alimentar no contexto da reforma processual civil. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. v.64 (jan/fev.2015). Porto Alegre: Magister Editora, 2015, p. 52

resolução dos processos, em seu caráter formal, mas também, no sentido de buscar a aplicação do Direito da forma mais justa possível, prezando sempre pela decisão quanto ao mérito da causa.

4.3 PROCESSO JUSTO E EFICIENTE: REFLEXOS METODOLÓGICOS NO CPC/15 E A ANÁLISE PROBATÓRIA RECURSAL

O Código de Processo Civil de 2015 foi elaborado com orientação em princípios que aspiram a dotar o Estado Democrático de Direito de um processo justo e que seja capaz de contribuir para que seja garantido a todos o acesso a uma efetiva tutela jurisdicional.

Quanto ao acesso à justiça e a busca por um processo civil de resultados, Hermes Zaneti Júnior assim se pronuncia:

Como princípio: à eleição da finalidade do acesso material não basta a possibilidade de ingresso no judiciário, é preciso garantir a possibilidade concreta de “saída”, do exercício real dos direitos e de obtenção da prestação jurisdicional com justiça, garantindo o “processo civil de resultados”.³¹⁹

Conforme observa Humberto Theodoro Junior:

A propósito do ideário do processo justo, prevalece na consciência da civilização de nosso tempo a concepção de que um Código moderno, republicano e democrático, há de observar um modelo social de processo, que esteja atento às exigências da instrumentalidade, da efetividade e da presteza na promoção da tutela aos direitos subjetivos em crise.³²⁰

³¹⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 216.

³²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, v. 1, 54 ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2013, p. 01

Sem sombra de dúvida, “hoje o que empolga o processualista comprometido com o seu tempo é o chamado “processo de resultados”³²¹ porém, não basta um resultado, é necessário que o resultado decorra de um processo justo e também seja justo. E não há processo nem resultado justo sem ao respeito ao direito fundamental à prova. Nesse sentido, Michele Taruffo assim assevera: “Por acreditar que os processos não se fazem com a mera finalidade de serem processos, mas com a finalidade de resolverem controvérsias com decisões justas, disso deriva que a justiça da decisão é um fator determinante da justiça do processo.”³²²

Discorrendo sobre o trinômio justiça, direito e processo e o princípio do resultado justo, Samuel Meira Brasil Junior ressalta que “o princípio do resultado justo deve ser considerado pelo intérprete em todo e qualquer provimento judicial. Sempre que for prestar a tutela jurisdicional, o juiz deverá indagar se o resultado produzido é justo e equo.”³²³ E, complementa: “Todos têm a garantia constitucional de acesso à justiça. Não ao Poder Judiciário, mas ao resultado justo que se espera do processo.”³²⁴

Ao explicar sobre verdade e justo processo, Michele Taruffo aponta que a expressão “justo processo” pode ser interpretada sob duas concepções, sendo que a primeira pressupõe a existência de um processo justo quando são postas em prática todas as garantias processuais fundamentais. De acordo com a segunda, “o processo é justo se arquitetado de modo que, além de assegurar que se ponham em prática as garantias, faça cm que nele se obtenham decisões justas.”³²⁵

Mas afinal, o que seria uma decisão justa? Michele Taruffo ressalta que a justiça da decisão não deriva exclusivamente da correção do procedimento e nela não se exaure, e que dependeria da subsistência de três condições:

- a) que a decisão seja, com efeito, o resultado de um processo justo, visto que dificilmente se poderia aceitar como justa uma decisão produzida em um processo em que tenham sido violadas garantias fundamentais; b) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, visto que não se pode considerar justa uma decisão que não tenha sido tomada em conformidade ao direito, em homenagem ao

³²¹ THEODORO JUNIOR. Humberto. Curso de direito processual civil, v. 1, 54 ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2013, p. 15

³²² TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de “La prueba” São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 257

³²³ BRASIL JUNIOR. Samuel Meira. Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 148

³²⁴ Idem, p. 149

³²⁵ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos. Tradução de: La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 141

princípio da legalidade; **c) que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, visto que nenhuma decisão é justa se se fundar em fatos equivocados.** (g.n)³²⁶

O processo deve ser justo; e não há justiça sem verdade. A apuração da verdade no processo é possível e necessária, pois dela depende a justiça do processo. O processo será justo, conforme ensina Michele Taruffo:

Se sistematicamente orientado a fazer com que se estabeleça a verdade dos fatos relevantes para a decisão; é, por outro lado, injusto na medida em que for estruturado de modo a obstaculizar ou limitar a descoberta da verdade, já que nesse caso o que se obstaculiza ou se limita é a justiça da decisão com que o processo se conclui.³²⁷

Conforme destaca Artur Cesar de Souza:

A justiça e o processo devem ser justos, não apenas no sentido de respeito às prescrições legais, formais e abstratas, (...) mas num sentido mais profundo, de um sistema que deve respeitar os grandes valores e os grandes princípios nos quais as normas devam inspirar-se.³²⁸

Ao discorrer sobre fundamentos dos recursos penais e o duplo grau de jurisdição, Gustavo Henrique Badaró afirma que “não se concebe um modelo justo de processo, em especial de natureza punitiva ou sancionatória, que não trabalhe com a verdade – ainda que inatingível – com o fator de legitimação de seu resultado e critério de justiça.”³²⁹

A possibilidade de reapreciação dos julgados é consectário da própria garantia de acesso a justiça, podendo ser viabilizada através de um recurso

Para o processualista José Carlos Barbosa Moreira, “pode-se conceituar recurso, no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a

³²⁶ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de “La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti” São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 142.

³²⁷ Idem, p. 143.

³²⁸ SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 223

³²⁹ BADARÓ. Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2017, p. 59

ensejar, dentro do mesmo processo³³⁰, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.”³³¹.

No mesmo sentido, Flávio Cheim Jorge: “recurso é um remédio dentro da mesma relação processual que dispõem as partes, o Ministério Público e os terceiros prejudicados, para obter a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial”³³²

Na visão de Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha, “numa acepção mais técnica e restrita, recurso é o meio ou instrumento destinado a provocar o reexame da decisão judicial, no mesmo processo em que foi proferida, com a finalidade de obter-lhe a invalidação, a reforma, o esclarecimento ou a integração.”³³³

Como legítimo direito dos cidadãos, os recursos permitem a averiguação de viabilidade, adequação, coerência, razoabilidade e justiça das decisões judiciais objurgadas a partir da reanálise das questões de fato e de direito que constituem objeto do recurso.

Para viabilizar o enfrentamento das questões de mérito na seara recursal, faz-se necessário proceder à reapreciação dos fatos a partir das teses defendidas e do conjunto probatório. Inobstante a fase instrutória ocorrer em primeira instância, a relevância da prova e da sua avaliação não é mitigada na fase recursal. Apesar de não existir fase específica para produção de provas no Tribunal, diligências e atos probatórios são admitidos, a fim de viabilizar a instrução exigível para a demonstração da verdade provável, através da complementação ou do esclarecimento em relação às provas já produzidas, ou mesmo a produção de outras que se apresentarem necessárias e adequadas.

A nova sistemática processual, que valoriza a justiça material e que adota as premissas do neoconstitucionalismo conduz à necessária priorização das questões

³³⁰ O jurista, porém, esclarece que “dentro do mesmo processo, não necessariamente dos mesmos autos. A interposição do agravo por instrumento dá lugar à formação de autos apartados; bifurca-se o procedimento, mas o processo permanece uno, com a peculiaridade de pender, simultaneamente, no primeiro e no segundo grau de jurisdição.” (MOREIRA. José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 233)

³³¹ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 233

³³² JORGE. Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

³³³ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 87

de mérito no cenário recursal, notadamente a partir da valorização das provas e da própria iniciativa probatória do julgador na fase recursal, o que encontra pleno fundamento e compatibilidade com as premissas do formalismo valorativo e a perspectiva de se obter um processo eficiente, premissas que norteiam a interpretação e aplicabilidade do regramento processual.

Uma reflexão pragmática sobre o Código de Processo Civil de 2015 conduz à percepção de que resta evidenciada uma evolução normativa que convida a uma nova maneira de se lidar com o formalismo, que precisa ser considerado também sob a perspectiva dos princípios e garantias constitucionais e que representam parâmetros norteadores da própria técnica processual.

Convida-se a uma mudança de mentalidade, com o abrandamento da primazia do formalismo exacerbado, em respeito a uma técnica cuja finalidade seja permitir a análise e resolução da questão material posta em juízo.

Não há justiça material sem que a decisão seja compatível com a verdade possível, que somente será demonstrada a partir das provas existentes no contexto material e que deverão ser produzidas, valorizadas e consideradas, tanto pelo juízo singular quanto recursal, inclusive através da iniciativa probatória do julgador na fase recursal.

A partir do momento histórico em que vivemos no qual se postula a existência de um processo justo e equo, legitima-se maior atuação do órgão jurisdicional³³⁴. Artur Cesar de Souza defende a “parcialidade positiva do juiz” que tem por finalidade a efetivação material dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal e que representa fator capaz de contribuir para um justo processo,³³⁵ que pode ser compreendido como o “conjunto de exigências que permitem ao juiz, como terceiro (im)parcial, ditar uma decisão conforme o direito, em um processo público que garanta um debate equilibrado entre as partes”³³⁶, conforme os princípios que se extraem do conjunto de direitos e garantias processuais constitucionalizadas.

³³⁴ SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 106.

³³⁵ SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 221. Para o jurista, o “justo processo não está definido em nossa legislação processual, o que não causa qualquer surpresa, posto que não se trata de um conceito legal senão de uma construção jurídica que a doutrina e a jurisprudência constitucional elaboraram mediante um trabalho de hermenêutica a partir dos direitos e garantias do processo constitucionalizado”

³³⁶ SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 222.

Para Trícia Navarro Xavier Cabral, a partir da publicização do processo, o juiz passou a assumir um outro papel na vida dos jurisdicionados, pois, na sua visão,

Agora, atua na direção do processo, utilizando-o não só como ferramenta para realização do direito material, servindo à Constituição, mas inserindo no procedimento toda carga dos valores previstos como garantias fundamentais. Sem essa dúplice perspectiva, o processo não se presta a socorrer o direito substancial.³³⁷

Enfim, busca-se um processo justo e com um resultado justo e efetivo.

Um processo justo pressupõe não apenas a sua adequação procedimental aos preceitos do devido processo legal, mas também compreende a necessidade de que o processo seja capaz de garantir uma decisão justa. E para que a decisão seja justa, ela deve ser pautada na verdade demonstrada no curso da demanda através da máxima instrução exigível.

Os poderes instrutórios do juiz representam atributos relevantes do justo processo, conforme afirma Michele Taruffo: “A atribuição ao juiz de poderes instrutórios adequados, bem como seu efetivo exercício, aparecem como atributos relevantes do justo processo, já que são instrumentos necessários – não obstante acessórios – para a busca da verdade.”³³⁸

³³⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 15

³³⁸ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de “La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti” São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 145.

5 MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO E A ATUAÇÃO JUDICIAL INSTRUTÓRIA NA FASE RECURSAL: COOPERAÇÃO INSTRUTÓRIA EM BUSCA DA DECISÃO JUSTA E EFETIVA

“Justiça é consciência, não uma consciência pessoal mas a consciência de toda a humanidade. Aqueles que reconhecem claramente a voz de suas próprias consciências, normalmente reconhecem também a voz da justiça.”
(Alexander Solzhenitsyn)³³⁹

O modelo cooperativo de processo é uma realidade no cenário jurídico brasileiro, notadamente com o advento do CPC/15. No processo cooperativo, a atuação do magistrado no tocante à instrução processual não pode se limitar à de mero fiscal, apenas acatando ou rejeitando as provas requeridas pelas partes. Ela deve ir além, de forma a verdadeiramente colaborar para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Com o CPC/15, a cooperação foi alçada a princípio basilar que deve nortear a interpretação das normas processuais e a atuação dos sujeitos do processo. Com significativo destaque topográfico no novo regramento processual, a cooperação está consignada nos comandos do art. 6º do CPC/15 que assim dispõe: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito **justa** e efetiva.”

Tem-se a valorização da cooperação no novo regramento processual brasileiro, inclusive, a partir da expressa previsão quanto à cooperação nacional. Prevê o art. 67 do CPC/15 que, aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores. Já o art. 68 do CPC/15 estabelece que os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual. A propósito, o pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário (art. 69, § 3º, CPC/15), ou

³³⁹ Disponível em: <https://pensador.uol.com.br/frase/NTE0NDcy/>

seja, poderá ser plenamente utilizado na fase recursal dos processos, a fim de viabilizar a produção de provas.

E aqui se defende que o sistema cooperativo que hoje prevalece convida a uma atuação mais participativa do julgador, inclusive quanto à matéria probatória, o que implica na possibilidade de um desempenho proativo do juiz, inclusive na fase recursal.

Revisitando os modelos apontados doutrinariamente no tocante à estruturação e organização do processo quanto ao protagonismo na sua condução, observa-se o destaque para dois modelos: adversarial e inquisitorial. No sistema *adversarial*, prepondera o princípio dispositivo, e no modelo *inquisitorial*, prevalece o princípio inquisitivo, tendo como característica o protagonismo do juiz.

O sistema adversarial é caracterizado pelo protagonismo das partes em disputa, enquanto que o órgão jurisdicional atua de forma passiva, incumbindo-lhe apenas decidir com base nos fatos e provas carreados aos autos pelas partes. No sistema adversarial prepondera o princípio dispositivo, que privilegia a atuação das partes, com a propositura da demanda e a definição quanto aos seus rumos. Nesse sistema, fica reservado ao juiz “o papel de observador distante e impassível da luta entre eles, simples fiscal, incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das regras do jogo e, no fim, proclamar o vencedor.”³⁴⁰

No modelo inquisitorial, no qual prepondera o princípio inquisitivo, o órgão judicial é o protagonista, dotado de amplos poderes, inclusive quanto à iniciativa de instauração e condução do processo.

Fredie Didier Junior³⁴¹, porém, discorre sobre três modelos de estruturação do processo, acrescentando aos modelos tradicionais, o modelo cooperativo, pautado no princípio da cooperação.

Atualmente, vem ganhando força na doutrina a defesa desse terceiro modelo de organização do processo, denominado modelo cooperativo, inspirado no princípio da cooperação³⁴², pelo qual, segundo Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria de Oliveira

³⁴⁰ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45.

³⁴¹ DIDIER JUNIOR. Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo, ano 36, v. 198, São Paulo, 2011, p. 213-225.

³⁴² Segundo Flávia Moreira Guimarães Pessoa e Dhébora Mendonça de Cerqueira, “o real significado do princípio da cooperação é a concretização do diálogo entre os sujeitos do processo, gerando um ambiente de respeito ao contraditório, na busca da resolução efetiva do conflito. Portanto, o julgamento vazio, sem a verdadeira extinção da desavença, não atinge o objetivo do processo garantidor, uma vez que a efetividade da prestação jurisdicional é necessariamente condicionada à

e Paula Sarno Braga³⁴³, a condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes, o que é uma marca do processo liberal dispositivo, mas também não é configurada pelo monopólio de uma condução inquisitorial. Pelo modelo cooperativo, o juiz e as partes atuam simultaneamente em busca da melhor instrução e do melhor julgamento da causa, sem protagonismos. Os mencionados autores assim destacam o modelo cooperativo:

Em paralelo, vem-se consolidando o entendimento de que, ao lado dos dois modelos já consagrados de estruturação do processo – o adversarial e o inquisitorial -, existe um terceiro modelo – o cooperativo -, baseado no princípio da cooperação, que caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes.

[...]

A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaque para qualquer dos sujeitos processuais – ou com destaque para todos eles.³⁴⁴

O processo é composto por um conjunto de atos destinados à obtenção de uma justa solução do mérito. Partindo dessa premissa, é preciso trazer à baila a necessária reflexão sobre a atuação dos sujeitos do processo no cenário instrutório, afinal, a prolação de decisão justa pressupõe a criteriosa análise do conjunto probatório.

A determinação da forma de atuação probatória entre as partes e o juiz costuma ser um reflexo dos modelos de organização do processo. Nos sistemas em que prevalece o princípio dispositivo, cabe às partes a iniciativa probatória, enquanto que naqueles onde prevalece o inquisitivo, o juiz tem atribuição protagonista na atividade probatória.

Na tentativa de demonstrar a sistemática adotada pelo CPC/15, Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga afirmam que “apesar da

construção participativa das decisões.” (PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CERQUEIRA, Dhébora Mendonça de. Direitos fundamentais processuais e o princípio da cooperação no novo código de Processo Civil. In: Revista Direitos Fundamentais e Justiça.nº34, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 298

³⁴³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 87

³⁴⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 87

constatação episódica de algumas resistências, pode-se dizer que o nosso ordenamento, por meio do art. 370 do CPC, conferiu ao estado-juiz amplos poderes instrutórios.³⁴⁵

Em verdade, “o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional e da soberania popular, o processo precisa refletir as bases do regime democrático nele proclamadas.”³⁴⁶. Assim, na condição de instrumento de realização do poder, o processo deve se desenvolver num estado democrático através da contribuição dialética dos sujeitos envolvidos.

Em suma, devido ao caráter público do processo, a colaboração de todos os sujeitos do processo é indispensável em busca da aproximação com a verdade.

A propósito do processo cooperativo e a busca da verdade, Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga assim se manifestam:

Vistas as coisas sob essa ótica – de que a verdade com que se deve preocupar a ciência e também o processo é sempre relativa e contextual -, parece-nos que a verdade há, sim, de ser buscada no processo. A par do seu escopo de pacificação social (resolução de conflitos), o processo constitui um método de investigação de problemas, mediante participação em contraditório das partes e cooperação de todos os sujeitos envolvidos. Essa cooperação deve ter por objetivo alcançar a verdade como premissa para uma resolução justa do conflito posto, observadas, sempre, as limitações do devido processo legal.³⁴⁷

O CPC/15 inaugurou um “sistema participativo/cooperativo, pautado nos direitos fundamentais dos cidadãos e no qual todos os sujeitos processuais assumem responsabilidades e possibilidade de interlocução ativa.”³⁴⁸ Nessa linha de raciocínio, “defende-se, pois, um processo participativo, distante do solipsismo jurisdicional que ainda se encontra, sobretudo no discurso em matéria probatória.”³⁴⁹

³⁴⁵ Idem, p. 85

³⁴⁶ SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.196

³⁴⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 48

³⁴⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense: 2015, p. 14.

³⁴⁹ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil” In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015, p. 41

Hermes Zaneti Jr aponta a existência do “modelo participativo ou simétrico, voltado para o processo cooperativo, no qual o juiz exerce o dever-poder ao lado das partes e em colaboração (juiz Hermes).”³⁵⁰

A comparticipação, segundo Paulo Hoffman, “[...] significa proximidade, debate, diálogo, cooperação e contraditório dinâmico. É caracterizada pelo policentrismo, pois todos os participantes têm importância vital no processo.”³⁵¹

Na concepção de Robson Renault Godinho, “deve ser buscado um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, sempre balizados pela conformação constitucional dos direitos fundamentais.”³⁵²

O sistema cooperativo pressupõe a comparticipação no aspecto probatório, com a necessidade de se integrar a iniciativa probatória das partes e do juiz.

Discorrendo sobre a compatibilidade entre o direito das partes à produção das provas e a possibilidade de iniciativa probatória do juiz, ressalta Joan Picó i Junoy:

El derecho a la prueba supone la libertad de los litigantes de utilizar los medios probatorios que estimen oportunos para lograr el convencimiento del juez acerca de lo discutido en el proceso, pero de ello no puede deducirse que éste no deba disponer ex officio actividad probatoria alguna. El reconocimiento del derecho a la prueba no significa atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica la eliminación de cierta iniciativa autónoma del juez. Ambas iniciativas son absolutamente compatibles, y sólo podría ponerse en tela de juicio esta compatibilidad si la actuación ex officio del juzgador se configurase no como una facultad sino como un monopolio exclusivo sobre las pruebas, es decir, como un deber que impidiese o limitase la eventual iniciativa probatoria de las partes.³⁵³

Constata-se evidente influência do princípio da cooperação na admissibilidade da prova, conforme ressalta Júlio Cesar Goulart Lanes e Fabrício Costa Pozatti:

³⁵⁰ ZANETI JR, Hermes. Democracia e judiciário na (re) politização do direito: notas para o papel dos juizes e do judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (parte I). In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. José Miguel Garcia Medina, et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

³⁵¹ HOFFMAN, Paulo. Saneamento compartilhado. São Paulo, Quartier Latin, p. 96-97

³⁵² GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015, p. 28

³⁵³ JUNOY, Joan Picó i. La iniciativa probatoria del juez civil. A proposito de un caso. In: Los poderes del juez civil en materia probatoria. Coord. Xavier Abel Lluch e Joan Picó i Junoy. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2003, p. 167-168.

O princípio da colaboração, que imputa ao juiz os deveres de diálogo, esclarecimento, prevenção e auxílio para com as partes, na busca por um processo justo, exerce, como já visto, forte influência na admissibilidade da prova. É que, sendo o princípio da colaboração uma norma fundamental, deve, necessariamente, ser observada em todas as etapas do processo, incluindo a da admissibilidade da prova, que deverá ser dar sempre com a indispensável observância do contraditório.³⁵⁴

A partir da evolução do pensamento jurídico e das reformas no regramento processual, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que “o sistema brasileiro é um sistema misto, com preponderância do princípio dispositivo.”³⁵⁵ Para o citado jurista, a convivência dos dois sistemas no direito brasileiro é claramente evidenciada a partir do disposto no art. 2º do CPC/15, “que prevê a necessidade de provocação do interessado para que exista processo (princípio dispositivo) a ser desenvolvido pelo impulso oficial (princípio inquisitivo).”³⁵⁶

Maurício Ferreira Cunha defende que o conceito de cognição passa pela necessidade de participação das partes na formação e na legitimidade do provimento final, e assim conclui:

A partir do momento em que o ideal democrático deve possibilitar a ampla participação do cidadão na formação do provimento, aceitar o pensamento de que o exercício da função jurisdicional pacifica as relações sociais, que o processo é meio de realização da justiça e que o juiz é o salvador exclusivo das relações conflituosa que lhe são submetidas, equivale a um retrocesso sem igual.³⁵⁷

No modelo cooperativo, com a valorização da autonomia privada, tanto a participação das partes como a atuação do juiz no processo vem merecendo novas reflexões. A autonomia da vontade não pode mais ser interpretada no sentido privatístico clássico e nem tampouco o publicismo pode ser encarado nos moldes da inquisitorialidade.

Conforme leciona Fredie Didier Jr:

³⁵⁴ LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como o único destinatário da prova (?). In: Grandes temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 99

³⁵⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 123

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ CUNHA, Maurício Ferreira. Ônus da prova, dinamicização o novo CPC. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 245-246

A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques par qualquer dos sujeitos processuais.³⁵⁸

O novo regramento processual brasileiro, a partir do advento do CPC/15, alçou ampliou a participação das partes na relação processual, porém, também acentuou o papel preponderante do juiz na direção do processo. Na concepção de Sandro Marcelo Kozikoski, “o novo Código de Processo Civil abre espaço inédito para um certo privatismo e para o protagonismo das partes, muito além da concepção publicista da codificação revogada.”³⁵⁹

Na perspectiva publicista³⁶⁰, diferentemente da visão privatística, o desenvolvimento e o resultado da prestação jurisdicional não são apenas do interesse das partes envolvidas, mas, principalmente, do Estado. O papel do juiz, nesse contexto, é necessariamente ativo. A visão publicista valoriza o objetivo do Estado de decidir com justiça.

Como pondera José Roberto dos Santos Bedaque, “a visão publicista do fenômeno processual é incompatível com a figura do juiz espectador, para quem o resultado do processo está relacionado ao desempenho da parte e de seu representante legal.”³⁶¹

Para Flávio Cheim Jorge:

A compreensão de um processo voltado para uma ótica publicista tem levado á necessidade de se conceber uma maior liberdade para o juiz na determinação da realização das provas. Já não é possível mais aceitar a participação do juiz no processo como um mero expectador, o qual durante

³⁵⁸ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 125

³⁵⁹ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Sistema recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 27

³⁶⁰ Para Daniel Penteado de Castro, “o fenômeno da publicização do processo reside, em síntese, na tendência ao despego do sincretismo do direito privado para assim tornar o processo civil um ramo do direito público, ou seja, o Estado-juiz passa, de mero espectador passivo do acompanhamento do exercício de faculdades, ônus e prerrogativas das partes dentro do processo, a assumir feição mais ativa, destinada a realizar um bem maior, calcado na aproximação de certeza dos fatos, necessária à aplicação concreta da lei, destinada a trazer a pacificação social.” (CASTRO, Daniel Penteado de. Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65)

³⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 11

todo o trâmite processual limita-se a aguardar a participação das partes para ao final externar a vontade concreta da lei.³⁶²

Quanto ao publicismo processual e poderes instrutórios, Daniel Penteado de Castro aponta que o fenômeno da publicização do processo civil reclama maior intervenção do juiz no processo. Essa intervenção estatal, materializada na atuação do magistrado de maneira mais ativa, despreza a visão liberal de conceber o processo como relação jurídica privada das partes. “Vale dizer, o Estado-juiz deixa de ser mero aplicador das normas de direito material na entrega da tutela jurisdicional, para atender ao interesse público na distribuição da justiça de forma justa e efetiva.”³⁶³

Em conformidade com a sistemática apontada, Leonardo Carneiro da Cunha assevera:

O modelo cooperativo afasta-se da ideia liberal do processo, que tem um juiz passivo, responsável por arbitrar uma “luta” ou “guerra” entre as partes. O modelo cooperativo também se afasta da ideia de um processo autoritário, em que o juiz tem uma postura solipsista, com amplos poderes. Não se está diante de um processo cuja condução é determinada pela vontade das partes (processo dispositivo ou liberal), nem se está diante de uma condução inquisitorial do processo. O que há é uma condução cooperativa, com uma comunidade de trabalho, sem destaques para qualquer um dos sujeitos processuais.³⁶⁴

O Código de Processo Civil de 2015 valoriza e incentiva significativamente o processo cooperativo, concebendo diversos permissivos legais que demonstram a ampliação dos poderes tanto do juiz quanto das partes em relação à gestão do processo. A cláusula geral de cooperação restou consignada no art. 6º, CPC/15, incidindo, todavia, em todas as fases do processo judicial.

Tendo como marco teórico o formalismo valorativo desenvolvido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁶⁵, o jurista Daniel Mitidiero apresenta suas concepções

³⁶² JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 385.

³⁶³ CASTRO, Daniel Penteado de. Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67

³⁶⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 6º. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

³⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo . 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

sobre colaboração no processo civil e defende a cooperação como um modelo do direito processual civil. Para o jurista, “o processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana.”³⁶⁶

Ao refletir sobre a visão do processo do ponto de vista do interesse público e não meramente privado, Sidney da Silva Braga destaca que somente com a visão publicista do processo é que se poderá entender a perfeita legitimação da mudança de atitude do juiz na condução do processo, “com a efetivação e ampliação de sua iniciativa probatória, sempre tendo em vista o resultado do processo também sob a ótica do Estado, e não apenas sob o prisma dos interesses privados das partes.”³⁶⁷

Consoante Luciana Amicucci Campanelli, “o princípio inquisitivo e o princípio dispositivo, considerados em sua pureza, não são consagrados pelos códigos, considerando que as legislações são mistas e trazem concomitantemente preceitos de ordem inquisitiva e dispositiva.”³⁶⁸

Constata-se, na realidade que, em consonância com o regramento normativo e com as premissas balizadoras do CPC/15, não há prevalência nem do sistema inquisitivo nem do dispositivo, verificando-se o incentivo normativo à concepção cooperativa. O **sistema brasileiro pode ser agora considerado como misto-cooperativo**, de forma que a atuação dos sujeitos do processo deve ser balizada por condutas colaborativas, fundadas na boa-fé e na lealdade processual, para que sejam observadas as garantias fundamentais no curso da lide, e para que seja possível alcançar uma decisão de mérito justa e efetiva.

A doutrina moderna abandonou definitivamente a concepção privatista de direito processual, que via no processo um instrumento para a proteção do direito subjetivo e, portanto, totalmente subordinado à vontade das partes litigantes. A orientação atual, de tendência nitidamente publicista, reconhece a existência de um interesse no resultado do processo que extravasa o

³⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.114.

³⁶⁷ BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa probatória d juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p.

33

³⁶⁸ CAMPANELLI. Luciana Amicucci. Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 63.

estreito limite das relações nele discutidas. A atuação do ordenamento jurídico interessa a toda a coletividade.³⁶⁹

Para Fernando Rubin, prevalece no processo o princípio “dispositivo atenuado,” em que a atividade probatória deve sim, ser exercida pelo juiz, no entanto, não em substituição das partes, mas em conjunto com elas³⁷⁰

Deixe-se assente que o Código de Processo Civil de 2015, em alguns dos seus comandos, evidencia traços do princípio dispositivo, porém, com destaque no que se refere à delimitação do objeto da ação pelas partes, seja através da petição inicial ou pela reconvenção (arts. 141, 490 e 492, CPC/15). No que concerne às provas, embora caiba aos litigantes indicar aquelas com as quais pretendem provar os fatos alegados, compete ao juiz deferi-las ou não, porém, o magistrado poderá determinar, mesmo de ofício, as provas que entender necessárias (art. 370, CPC/15).

Os tradicionais modelos adversarial e inquisitivo não prevalecem em suas concepções tradicionais no cenário jurídico processual contemporâneo brasileiro. É como preceitua Fredie Didier Jr: “O modelo cooperativo é, enfim, uma terceira espécie, que transcende os tradicionais modelos adversarial e inquisitivo. Eis o modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático.”³⁷¹

Arrazoando acerca dos poderes do juiz no modelo liberal (juiz Pilatos/juiz Júpiter), no modelo social (juiz Hércules) e no modelo participativo ou simétrico (juiz Hermes), Hermes Zaneti Jr assim discorre:

Devemos emancipar o juízo e o direito quebrando regras de fixidez (o advento das cláusulas gerais já denota essa tendência), mas garantindo normas para a previsibilidade da atuação do dever-poder de prestar a jurisdição (juiz) e de participação (parte) na formação da decisão (juiz Hermes). Essa é a legitimidade institucional que fica para além da mera validade formal as regras na democracia contemporânea.³⁷²

³⁶⁹ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 145.

³⁷⁰ RUBIN. Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 204

³⁷¹ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 126

³⁷² ZANETI JR, Hermes. Democracia e judiciário na (re) politização do direito: notas para o papel dos juizes e do judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (parte I). In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. José Miguel Garcia Medina, et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

Outrora, de forma visionária, Barbosa Moreira defendeu um modelo de processo cooperativo, ao afirmar que “o lema do processo “social” não é o da *contraposição* entre juiz e partes, e menos ainda o da *opressão* destas por aquele: apenas pode ser o da *colaboração* entre um e outras.”³⁷³

No panorama do processualismo brasileiro e os seus corolários fulcrados na perspectiva do neoconstitucionalismo, é possível compreender a autonomia da vontade na perspectiva da atuação cooperativa, sem que isso represente a adoção de um sistema privatista.

Nesse sentido, Robson Renault Godinho:

A autonomia das partes não possui mais o sentido privatístico clássico, mas, sim, submete-se a uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade. Por essa razão, deve-se superar, no debate ideológico do processo, a *summa divisio* entre o privatismo e publicismo, buscando-se um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes.³⁷⁴

Conforme afirmado por Barbosa Moreira, “vários autores modernos ponen de relieve que el proceso – y la observación parece particularmente adecuada a la investigación de la verdad – es una obra de colaboración.”³⁷⁵

O novo Código de Processo Civil trouxe normas expressas que demonstram a adoção do sistema da colaboração, pois, consoante Antonio do Passo Cabral:

[...] a sentença não é fruto de um esforço solitário do magistrado e nem tampouco de forças descoordenadas das partes, cada qual com buscando seu benefício exclusivo, trata-se, enfim, do resultado de uma integração dos

³⁷³ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 50.

³⁷⁴ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil” In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015, p. 290.

³⁷⁵ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em materia de prueba. In: Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.83-84.

sujeitos via processo, onde o próprio procedimento fomenta a argumentação.³⁷⁶

Conforme Antonio do Passo Cabral, o juiz não pode ser um onipotente, um solitário em busca intelectual de uma decisão ideal. O antigo processo privatista (*Sache der Parteien*) demonstrou a insuficiência das partes na condução do procedimento por elas mesmas e, sendo assim, nada mais ideal do que as partes se juntarem à solidão do juiz. A verdade do processo é o almejado por todos os interessados, havendo necessidade de combinação subjetiva na chamada “direção formal” do procedimento.³⁷⁷

De acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.³⁷⁸

Em defesa do processo cooperativo, assim discorre Eduardo Talamini:

A origem da formulação teórica do dever de cooperação remonta ao direito civil. Trata-se do reconhecimento da existência, nas relações obrigacionais, de deveres acessórios de conduta, impondo a cooperação entre as partes (deveres de informação, esclarecimento, prevenção, auxílio...). Como se vê a seguir, sua aplicação ao processo civil não deriva de um influxo do direito civil sobre o direito processual, mas, antes, da incidência dos mesmos valores fundamentais em ambas as searas. Mesmo no processo civil a ideia de cooperação não é nova. É afirmada há décadas – ainda que com terminologias variáveis – por doutrina, jurisprudência e legislação de países como Alemanha (berço da formulação), Itália, França... No Brasil, textos de Barbosa Moreira publicados há quase quarenta já tratavam do tema. Na primeira metade da década de 1990, o princípio já estava amplamente desenvolvido na doutrina brasileira.³⁷⁹

³⁷⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 208/209

³⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

³⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A garantia do contraditório. 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir1.htm>> Acesso em 20 mar. 2016.

³⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz, in <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046-incooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>>

Sobre a cooperação, questiona e esclarece o mencionado autor:

Mas em que consiste? Trata-se de reconhecer que – em que pese as posições antagônicas, contrapostas, das partes; em que pese a distinção entre a posição do juiz (autoridade estatal) e das partes (jurisdicionados, sujeitos àquela autoridade) – todos os sujeitos do processo estão inseridos dentro de uma mesma relação jurídica (ou de um complexo de relações) e devem colaborar entre si para que essa relação, que é dinâmica, desenvolva-se razoavelmente até a meta para a qual ela é preordenada (a resposta jurisdicional final).³⁸⁰

A cooperação processual tem seus pilares assentados em fundamentos constitucionais como o da boa-fé, contraditório e razoabilidade, inerentes ao devido processo legal.³⁸¹

Não obstante a existência de interesses antagônicos defendidos no processo pelos litigantes, a norma processual evidencia um interesse público que a inspira e justifica. Nesse sentido, Galeno Lacerda destaca que o mais importante é a utilidade do processo como instrumento para a realização da justiça. Em acertada conclusão, o jurista destacou que é:

Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito, mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser... Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material.³⁸²

Analisando o princípio da cooperação em cotejo com a instrução processual, Cássio Ariel Moro defende que ela implica em “transparência processual”, no que esclarece:

³⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz, in <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046-incooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>>

³⁸¹ TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz, in <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046-incooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>>

³⁸² LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. Ajuris, 28 ed. Porto Alegre: Ajuris, 1983, p. 09-10.

A finalidade desta transparência processual, conseguida apenas com a cooperação das partes e do magistrado, tem como norte a busca pela verdade (ainda que provável), que implica o estabelecimento de uma premissa o mais verdadeira possível, bem como a devida argumentação sobre os efeitos jurídicos a serem dados aos fatos, par que resulte em um julgamento justo e previsível.³⁸³

Quanto ao sentido dogmático do dever de cooperação entre os litigantes, ele não pressupõe na união de uma parte à outra, mas sim, na adoção de uma postura leal e ética, evitando abusos de direito durante o trâmite da ação. Nesse sentido, posiciona-se Leonardo Carneiro da Cunha:

Cooperar entre si não é unir-se à parte contrária, ajudar-lhe, mostrar-lhe simpatia, contribuir para sua atuação. Não se está diante de um compadrio ou de uma reunião de amigos. O termo cooperar pode causar essa falsa impressão. [...] os deveres de cooperação surgiram no direito obrigacional, não eliminando a existência de interesses contrapostos entre os contratantes. Tais deveres destinam-se a regular melhor o comportamento dos sujeitos envolvidos, evitando abusos de direito e tornando mais leal e mais ética a busca pelo resultado a ser obtido com o processo, seja ele obrigacional, seja ele jurisdicional³⁸⁴

Leonardo Carneiro da Cunha³⁸⁵ destaca que os deveres de cooperação podem ser divididos em dever de: a) esclarecimento; b) prevenção; c) consulta e, d) auxílio.

O dever de esclarecimento é recíproco entre as partes e o juiz, cabendo a este, diante de dúvidas, solicitar que as partes esclareçam sobre suas alegações e pedidos, com o intuito de evitar decisões balizadas em premissas equivocadas. Já as partes tem o dever de pautar sua atuação em alegações claras e coerentes. O dever de prevenção pressupõe a adoção de medidas capazes de evitar incorreções e vícios no processo e garantir a melhor aplicação do direito, com a ordem e o cumprimento, respectivamente, das diligências que se fizerem necessárias. O dever de consulta impõe ao julgador a necessidade de permitir às partes a oportunidade de manifestação sobre as questões suscitadas no processo ou aquelas que podem

³⁸³ MORO, Cássio Ariel. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 58

³⁸⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 6°. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

³⁸⁵ Idem, p. 41-42.

nortear as decisões. O dever de auxílio implica na colaboração do órgão jurisdicional para que sejam superados eventuais obstáculos surgidos na tentativa de exercício de faculdades processuais ou de direitos, ou ainda no cumprimento de diligências.

Revisitando o comando normativo do art. 6º, CPC/15, tem-se a previsão de que os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

A “decisão de mérito justa”, pressupõe decisão de mérito que recaia sobre fatos suficientemente esclarecidos, o que exige a instrução probatória necessária. Na perspectiva cooperativa, o dever de auxílio representa parâmetro de notória relevância e faz jus a proeminente destaque, pois legitima a atuação proativa do julgador em relação ao aspecto probatório no curso da demanda.

O modelo cooperativo de processo articula os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado.³⁸⁶

Defende-se nessa pesquisa que o dever de cooperação do juiz deve ser interpretado em conformidade com as finalidades do processo e da atuação jurisdicional na perspectiva de um constitucionalismo processual democrático, o que pressupõe a atuação cooperativa recaindo também sobre a instrução processual.

O julgador fica vinculado aos fatos jurídicos suscitados na causa de pedir, que é relatada pela parte, porém, no tocante às provas dos fatos controvertidos, deve agir o julgador de forma cooperativa, no sentido de verdadeiramente auxiliar, contribuir, colaborar para que a causa tenha efetivada a instrução exigível, o que permite, inclusive, que a produção de provas seja determinada de ofício, a teor do art. 370, CPC/15, em primeira instância ou na fase recursal.

O Código de Processo Civil de 2015 contribui para a derrocada do formalismo excessivo, a partir da prevalência da cooperação e da dialética no contexto normativo, como se verifica através dos negócios jurídicos processuais (art.190, CPC/15)³⁸⁷, do calendário processual (art. 191, CPC/15)³⁸⁸ ou mesmo do

³⁸⁶ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 133

³⁸⁷ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

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

saneamento compartilhado (art. 357, CPC/15)³⁸⁹, que permitem a construção de um procedimento mais democrático.

Evidenciando posicionamento visionário, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira defendeu a necessidade de maior diálogo e colaboração entre os sujeitos processuais, o que condiz fielmente com a nova ordem processual brasileira:

O ativismo judicial mostra-se hoje fundamental, mas é preciso temperá-lo com atribuição de poderes também às partes, na perspectiva de mais estreita colaboração e diálogo entre os sujeitos processuais. Nem o juiz ditador, nem o juiz escravo das partes, e sim o exercício da cidadania dentro do processo: colaboração das partes com o juiz, este igualmente ativo na investigação da verdade e da justiça. Em suma, o juiz, hoje, deve ser cooperativo.³⁹⁰

Sandro Marcelo Kozikoski, por sua vez, assim se manifesta:

O processo civil comprometido com o Estado Democrático de Direito deve ser pensado sob a égide de uma democracia participativa, constituindo o Poder Judiciário como instância privilegiada para o debate. Por isso, a

³⁸⁸ Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

³⁸⁹ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º 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.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

³⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo . 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

preocupação com o equilíbrio informacional e com a contributividade dos sujeitos processuais em prol da construção da decisão judicial.³⁹¹

A opção legislativa pelo exposto dever de cooperação, previsto no art. 6º do CPC/15 também visa à obtenção da decisão de mérito. Em sentido análogo, o artigo 282, § 2º³⁹², inclusive, privilegia a opção pela decisão de mérito quando esta for favorável àquele a quem aproveitaria a eventual decretação de nulidade.³⁹³

Flavia Moreira Guimarães Pessoa e Dhébora Mendonça de Cerqueira afirmam que:

O processo é policentrico. Não há protagonistas, não há coadjuvantes. Todos os sujeitos que compõem a relação jurídica processual devem colaborar de forma leal para que se atinja um resultado democrático e efetivo, já que a sentença, por si só, não garante a real solução do conflito. Quanto menos dúvidas, surpresas, nulidades e dificuldades, mais próximo está o acesso à justiça substancial.³⁹⁴

E aqui se defende que o modelo cooperativo em matéria probatória atua em duas vertentes:

- a) por um lado, atribui ao juiz maior ativismo probatório, a fim de que possa, assim, contribuir para o resultado justo do processo e,
- b) por outro lado, permite às partes pactuarem sobre questões processuais que podem versar sobre provas, inclusive na fase recursal.

5.1 SISTEMA COOPERATIVO E NEGÓCIOS PROCESSUAIS NA FASE RECURSAL

³⁹¹ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Sistema recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 34

³⁹² “Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

³⁹³ O § 2º do art. 282, CPC/15 repete o disposto no art. 249, § 2º do CPC/73

³⁹⁴ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CERQUEIRA, Dhébora Mendonça de. Direitos fundamentais processuais e o princípio da cooperação no novo código de Processo Civil. In: Revista Direitos Fundamentais e Justiça.nº34, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 309

Em vigor desde 18 de março de 2016, o Código de Processo Civil de 2015 implementou significativas mudanças paradigmáticas na aplicação do direito processual brasileiro, dentre as quais se destaca a ampliação da dialética e a valorização da autonomia da vontade das partes no processo, inclusive no que concerne à possibilidade de serem realizados os intitulados negócios jurídicos processuais (art. 190, CPC/15)³⁹⁵, que são convenções extraprocessuais entre interessados ou endoprocessuais entre as partes, tendo como objeto ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, nos processos que versarem sobre direitos que admitam a autocomposição.

Fredie Didier Jr e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira assim definem o conceito de negócio processual: “é o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.”³⁹⁶

Os negócios jurídicos processuais representam convenções sobre situações jurídicas processuais ou sobre procedimentos, que poderão ocorrer antes ou no curso do processo. Para Paulo Osternack Amaral, “Entende-se por negócio jurídico processual as declarações de vontade feitas pelas partes, cujo objetivo seja disciplinar algum aspecto da relação jurídica processual ou do procedimento judicial.”³⁹⁷

As pactuações processuais já eram permitidos mesmo na vigência de diplomas processuais brasileiros pretéritos, porém, sem a preocupação legislativa de criar dispositivos específicos regulando a matéria. O art. 190 do CPC/15 consagrou uma cláusula geral de negociação, o que representa significativa novidade, que confere expressamente aos interessados a possibilidade de convencionarem, de forma ampla, sobre questões relacionadas ao próprio processo.

Nesse sentido, conforme rememorado por Pedro Henrique Nogueira:

³⁹⁵ Art. 190, CPC/15. 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.

³⁹⁶ DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 59-60.

³⁹⁷ AMARAL. Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 134

Os negócios processuais já existiam sob a égide da legislação antecedente, mas nunca se teve tamanho espaço de participação dos litigantes no desenrolar da atividade jurisdicional, a ponto de possibilitar que as partes construam, negocialmente, o próprio procedimento.³⁹⁸

Os negócios jurídicos processuais representam tema de significativa relevância no contexto do CPC/15, podendo ser típicos, quando expressamente previstos no texto normativo, ou atípicos, quando pactuados livremente pelas partes ou interessados, valendo-se da cláusula geral de negociação, com amparo nos artigos 190 e 200, CPC/15³⁹⁹.

Podem ser citados como exemplos de negócios típicos: acordo para indicação de leiloeiro (art. 883, CPC/15); inversão da ordem de preferência dos bens penhoráveis (art. 835, § 1º, CPC/15); substituição da perícia por simples inquirição do juiz a um especialista (art. 464, §2º, CPC/15); acordo para acareação de testemunhas (art. 461, II, CPC/15); acordo para não realização de audiência de conciliação e mediação (art. 334, §4º, CPC/15); escolha consensual do perito (art. 471, CPC/15); acordo para eleição convencional de foro (art. 63, CPC/15); convenção do ônus da prova (373, §3º, CPC/15); acordo para fixação de calendário processual (art. 191, CPC/15); renúncia expressa da parte a prazo estabelecido em seu favor (225, CPC/15); suspensão convencional do processo (313, II, CPC/15); saneamento consensual (357, §2º, CPC/15); acordo para escolha do conciliador ou mediador (168, CPC/15); acordo para que a liquidação da sentença seja por arbitramento (373, §§ 3º e 4º, CPC/15); acordo para reduzir prazo peremptório (art. 122, §1º, CPC/15); desistência do documento cuja falsidade foi arguida (432, CPC/15); dentre outros.

Quanto ao direito probatório, merecem destaque a convenção para distribuição do ônus da prova (art. 373, § 3º, CPC/15), convenção sobre a divisão do tempo entre litisconsortes para o uso da palavra durante a audiência (art. 364, §1º, CPC/15) e acordo para escolha do perito (art. 471, CPC/15).

No tocante aos negócios processuais atípicos, merecem destaque alguns enunciados aprovados no Fórum Permanente de Processualistas Civis, consolidando o entendimento quanto a situações específicas que permitem a

³⁹⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 225.

³⁹⁹ Enunciado FPPC 261 - O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190.

pactuação processual:

Enunciado nº 19, FPPC: (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO e no V FPPC-Vitória)

Enunciado nº 21, FPPC: (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)(g.n.)

Enunciado nº 262, FPPC: (arts. 190, 520, IV, 521). É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença. (Grupo: Negócios Processuais)

Enunciado nº 490, FPPC: (art. 190; art. 81, §3º; art. 297, parágrafo único; art. 329, inc. II; art. 520, inc.I; art. 848, inc. II). São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II). (Grupo: Negócios processuais)⁴⁰⁰

Os negócios processuais independem de homologação judicial⁴⁰¹ e vinculam o juiz, porém submetem-se a controle de validade pelo judiciário se houver inobservância aos parâmetros normativos previstos no art. 190 *caput* e parágrafo único do CPC/15. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções processuais, 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. Deverá verificar, também, se as partes

⁴⁰⁰ Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em 07 jan. 2017

⁴⁰¹ Enunciado nº 133, do Fórum Permanente de Processualistas – FPPC, ao prever que “salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”

são capazes e se o processo em relação ao qual está sendo feito o negócio processual versa sobre direitos que admitam autocomposição.

A possibilidade de realização de negócios processuais representa, em verdade, a “manifestação de um processo jurisdicional democrático, sem que se vislumbre, com isso, a sacralização do privatismo ou do publicismo; almeja-se, na realidade, a efetiva realização de direitos.”⁴⁰²

O Código de Processo Civil de 2015 criou verdadeira cláusula geral de negociação que, segundo Paulo Osternack Amaral, “Aplicada ao direito probatório, permite-se que as partes celebrem negócio jurídico processual que tenha por objeto, por exemplo, a definição dos meios de prova que serão admissíveis no processo, a ordem de produção de provas”⁴⁰³

Os negócios processuais podem ser pactuados em qualquer fase do processo⁴⁰⁴ ou em qualquer instância.⁴⁰⁵ Conforme ratificado por Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha, “No âmbito dos tribunais, também é possível haver a celebração de negócios processuais atípicos”⁴⁰⁶.

Por conseguinte, as partes podem, de forma precedente à propositura de uma ação ou no curso dela, inclusive na pendência de um recurso, no Tribunal, firmar negócio jurídico versando sobre a produção ou a complementação de provas, para o esclarecimento de fatos que constituam objeto das teses recursais pendentes de apreciação pelo julgador recursal⁴⁰⁷. O pacto, inclusive, pode prever que a prova seja produzida no próprio tribunal.

De forma exemplificativa, suponha-se que em ação cominatória de obrigação de fazer versando sobre a pretensão de reparação de danos causados em imóvel na qual tenha sido realizada prova pericial, a parte vencida na demanda interponha o

⁴⁰² GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015, p. 41.

⁴⁰³ AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 218

⁴⁰⁴ Nesse sentido, afirma Paulo Henrique Nogueira (2016, p. 231, Negócios jurídicos Processuais, Salvador, Juspodivm) “Também existe amplo espaço para negociação processual em qualquer fase do procedimento, inclusive na execução.”

⁴⁰⁵ Afirma Paulo Paulo Osternack Amaral que “Depois de proposta a demanda, o negócio pode ser firmado a qualquer tempo ou fase processual. (AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 137)

⁴⁰⁶ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. . v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 69.

⁴⁰⁷ “A nova revisão do art. 190 do CPC, ao admitir a realização de negócios jurídicos processuais impõe uma nova racionalidade no dirigismo processual. Por certo, o universo das convenções processuais alcança o sistema recursal” (KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Sistema recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 59)

recurso de apelação questionando o resultado do exame pericial. Durante o trâmite recursal, poderão as partes firmar negócio processual pactuando sobre a realização de novo exame, inclusive pactuando sobre o pagamento dos honorários periciais.

É preciso, porém, alertar para a observância de limites dos negócios processuais entre as partes, inclusive quanto à matéria probatória, pois as pactuações se submetem às diretrizes exigidas para a admissibilidade dos negócios jurídicos, em geral. Questão relevante e que merece atenta reflexão consiste na possibilidade ou não de serem firmados negócios processuais envolvendo pretensões probatórias já preclusas no processo. Não se pode subverter a sistemática procedimental em juízo, porém, é preciso valorizar a autonomia da vontade, notadamente quando pautada em condutas capazes de contribuir para o alcance da verdade provável a permitir a prolação da mais justa decisão possível. Será preciso, portanto, analisar cada caso, porém, não havendo indício de colusão entre as partes, deve-se primar pela admissibilidade da prova pactuada.

O art. 190, CPC/15⁴⁰⁸ dispõe sobre a cláusula geral de negociação e estabelece que as partes têm a faculdade de estabelecer negócios jurídicos processuais, que podem ter como objeto, inclusive, os meios de prova. A convenção, a propósito, não necessita de homologação judicial, porém, não podem mitigar a atividade probatória do juiz em busca do esclarecimento dos fatos e o alcance da verdade provável no processo, em respeito ao disposto no art. 370, CPC/15, que assim dispõe: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

Sobre os negócios processuais, em cotejo com a atividade probatória do juiz, importante enunciado foi aprovado no dia 28/08/2015 pela ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados, firmando entendimento no sentido de que os negócios processuais não poderão limitar os poderes de instrução do juiz:

⁴⁰⁸ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

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

ENUNCIADO Nº 36: A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de amicus curiae; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.⁴⁰⁹

Em respeitosa e salutar divergência, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que “[...] diante de negócio processual probatório unilateral que, sendo válido, deve ser respeitado: a prova não será produzida.”⁴¹⁰ É preciso discordar. Os negócios processuais não podem limitar ou impedir a atividade probatória do julgador em busca da verdade possível de ser alcançada no processo. A possibilidade de convenções processuais em matéria probatória encontra respaldo no modelo cooperativo de processo.

Robson Renault Godinho afirma que “as convenções sobre ônus da prova não interferem nos poderes instrutórios do juiz e, se é verdade que condicionam a aplicação de regra de julgamento, há de se considerar também que precipuamente se dirigem ao aspecto subjetivo do ônus probatório.”⁴¹¹

Portanto, o sistema cooperativo permite também a pactuação negocial interpartes versando sobre matéria probatória, inclusive na fase recursal. Desse modo, mesmo na fase recursal as partes poderão, consensualmente, deliberar sobre alguma prova a ser produzida. Robson Renault Godinho, chega a afirmar que “os limites e possibilidades das convenções sobre ônus probatório concentram a essência do modelo cultural do processo contemporâneo.”⁴¹²

⁴⁰⁹ ENFAM. Enunciados sobre o Novo CPC aprovados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 23. Jan. 2016.

⁴¹⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 136

⁴¹¹ GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil” In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015, p. 229.

⁴¹² Idem, p. 41

6 O PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR NA FASE RECURSAL A PARTIR DO CPC/15 E A POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS NO TRIBUNAL

*“Ultima hominis felicitas est in contemplatione veritatis”
(Santo Tomás de Aquino)⁴¹³*

O Código de Processo Civil de 2015 realça a evolução do ordenamento processual brasileiro ao enfatizar os poderes instrutórios do julgador, inclusive na fase recursal, o que representa um significativo avanço em comparação com os comandos processuais brasileiros pretéritos.

Em conformidade com os ditames do CPC/15, em regra, as provas são produzidas em primeira instância, durante a fase cognitiva do procedimento comum, nas ações de conhecimento. Também podem ser produzidas antes da propositura da ação, através do procedimento de produção antecipada (art. 381, CPC/15). A prova documental deve instruir a petição inicial, a contestação ou a reconvenção (art. 434, CPC/15), sendo permitida, porém, em alguns casos, a juntada posterior de documentos⁴¹⁴. A prova pericial será produzida na fase instrutória, após a decisão de saneamento. A prova oral (oitiva do perito, testemunhas e depoimento pessoal das partes) será produzida, precipuamente, na audiência de instrução e julgamento. Já a inspeção judicial, a exibição de documento ou coisa, a ata notarial e a confissão poderão instruir a causa incidentalmente.

Verifica-se, porém, que o CPC/15 inovou significativamente quanto à admissibilidade das provas no processo, ao prever, de forma expressa, a

⁴¹³ “A suma felicidade do homem encontra-se na contemplação da verdade.” Disponível em: <http://www.artedavida.net/frases-de-santo-tomas-de-aquino/> Acesso em: 14. fev. 2017

⁴¹⁴ Art. 435, CPC/15. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.

possibilidade de se produzir provas no próprio tribunal, durante a fase recursal, o que conta também com significativo respaldo no cenário jurisprudencial nacional.

O art. 932, CPC/15 prevê, entre as incumbências unipessoais do relator, a de dirigir e ordenar o processo em relação à produção de prova: “Art. 932. **Incumbe ao relator: I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova**, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes”⁴¹⁵

O legislador também previu expressamente o poder do relator e do órgão colegiado competente para o julgamento do recurso, de converter o julgamento em diligência **e ordenar a produção de prova**, quando for reconhecida a necessidade, sendo que os atos instrutórios, por força de comando expresso do Art. 938, § 3º, poderão ser realizados no próprio Tribunal:

Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

§ 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.

§ 2º Cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

§ 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

§ 4º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1º e 3º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento **do recurso**.⁴¹⁶

Ao comentar sobre o art. 938, §§ 3º e 4º, Humberto Theodoro Júnior assim se manifesta:

Quando for reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator, ou o órgão colegiado competente, converterá o julgamento em diligência para a conclusão da instrução, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição. Finalizada a diligência, o recurso será decidido (art. 938, §§ 3º e 4º). Nesse caso, o que a lei quer é que não se alune sentença, nem se rejeite recurso, diante de instrução incompleta da causa. Integrada a

⁴¹⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14 jan. 2017

⁴¹⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14 jan. 2017

instrução, o recurso será decidido pelo mérito, evitando, dessa maneira, nova sentença e nova apelação.⁴¹⁷

Discorrendo sobre a possibilidade de conversão do julgamento em diligência para produção de prova, Tereza Arruda Alvim Wambier anota que:

Dentre os poderes do relator, agora bastante aumentados no NCPC, está o de determinar a conversão do julgamento em diligência: **ou seja, reabrir a fase instrutória, no próprio Tribunal ou no 1º grau de jurisdição**. Há provas cuja realização pode ocorrer em qualquer grau de jurisdição como, por exemplo, a pericial. Entretanto, a oitiva quer das partes (interrogatório) quer de testemunhas, ocorre mais frequentemente no 1º grau de jurisdição.⁴¹⁸

O poder instrutório do julgador também mereceu destaque no regramento processual de 2015, que dispõe em seu art. 370 que “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. **O artigo 370 representa uma verdadeira cláusula geral do poder instrutório do julgador**, cuja aplicação se estende aos membros do tribunal, por também serem juízes.

A atuação probatória permitida ao juiz de primeira instância, também é admitida, por conseguinte, aos juízes de segunda instância, aos quais incumbe, por força da sua competência recursal, analisar e julgar o mérito, nos limites das questões que constituem objeto do recurso, a fim de manter ou reformar a decisão objurgada.

Eduardo Luiz Brasileiro de Cerqueira reconhece o poder instrutório do julgador na fase recursal:

[...] tal faculdade de determinar a produção de provas de ofício diante da falta de elementos satisfatórios nos autos a elucidar os fatos é conferida, também, aos Tribunais de Justiça, ao exercerem a função recursal, tanto quando a questão envolver direitos indisponíveis quanto disponíveis, em razão de não haver preclusão para o juízo acerca da instrução probatória.⁴¹⁹

⁴¹⁷ THEODORO JUNIOR. Humberto. Novo Código de Processo Civil anotado. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.024.

⁴¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.479

⁴¹⁹ CERQUEIRA. Eduardo Luiz Brasileiro de. Poder de instrução: é possível a produção de provas em instância recursal. 2012, p. 01. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-04/eduardo-cerqueira-possivel-producao-provas-instancia-recursal>. Acesso em 22 dez. 2016

O Código de Processo Civil de 2015 suprimiu o agravo retido como recurso cabível para combater decisões interlocutórias não suscetíveis de agravo de instrumento. Por conseguinte, toda a devolutividade inerente ao inconformismo recursal diante do indeferimento incidental de provas pelo juiz singular que, pelo regramento processual revogado, poderia ser combatido através do recurso de agravo retido, permitindo a retratação do juiz, atualmente poderá ser apreciado somente pelo Tribunal, no ato do julgamento da apelação, nos moldes do art. 1.009, § 1º, CPC/15. Nesse contexto, verifica-se que o CPC/15 ampliou significativamente a possibilidade de o Tribunal, no julgamento da apelação, acatar a pretensão do recorrente e reconhecer a necessidade de produção de provas para a instrução adequada do processo.

Não obstante a fase instrutória ocorrer no curso da demanda perante o juízo de primeiro grau de jurisdição, em algumas hipóteses, a prova também pode ser produzida na fase recursal, inclusive no próprio Tribunal, de ofício ou mediante requerimento do interessado.

Em defesa da produção de provas em tribunal, na fase recursal, os juristas Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha apresentam três argumentos:

Em primeiro lugar, aplica-se ao tribunal o art. 370 do CPC, que confere poder instrutório ao juiz – e em tribunal também há juízes; com competência funcional diversa, é claro, mas juízes. Nada justifica restringir a incidência do artigo à atuação do juízo de primeira instância

[...]

Em segundo lugar, diversos dispositivos do CPC autorizam a alegação de fatos novos em grau recursal; é o caso dos arts. 342, 493 e 1.014. Se é possível alegar fato novo, é possível produzir prova dessa alegação fática

[...]

Em terceiro lugar, n art. 435 do CPC há previsão da possibilidade de produção de prova documental a qualquer tempo, desde que atendidas as exigências ali previstas.⁴²⁰

Corroborando com tal posicionamento, Sidney Amendoeira Jr defende a iniciativa probatória do julgador no tribunal:

⁴²⁰ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. . v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 46-48

[...] tudo o quanto defendemos aqui é extensivo ao segundo grau de jurisdição, de modo que pode ser convertido o julgamento do recurso de apelação em diligência, a fim de que seja produzida alguma prova porventura não realizada antes de ter sido proferida a sentença. E a razão é simples, o juiz de primeiro grau não é detentor exclusivo dos poderes instrutórios, cabendo também e às vezes até de forma mais premente, diante justamente da omissão do magistrado a quo, aos juízes e desembargadores, em segundo grau de jurisdição, atuar de forma marcante nesse sentido.⁴²¹

No tocante à atividade probatória do julgador no processo, o Código de Processo Civil de 2015, em vigor no Brasil desde o dia 18 de março de 2016, estabelece a cláusula geral da atividade probatória do juiz em seu art. 370; prevê a incumbência do relator de dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova (art. 932, I, CPC/15) e preceitua a possibilidade de produção de provas na fase recursal (art. 938, § 3º). Além disso, o novo regramento conta com outros relevantes comandos normativos alusivos ao tema, consignando o poder do juiz de atuar de forma instrutória em distintas fases do processo.

O magistrado poderá determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para serem inquiridas sobre os fatos da causa (art. 139, VIII, CPC/15). Poderá também ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder (art. 396, CPC/15), ou ainda, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos (art. 421, CPC/15).

Quando suscitada a falsidade de documento, o que pode ocorrer em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 430, CPC/15), após ouvir a outra parte, o juiz ordenará a realização de exame pericial (art. 432, CPC/15). Em conformidade com o comando do art. 438, CPC/15, o juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, as certidões necessárias à prova das alegações das partes ou ainda os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da administração indireta.

Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas (art. 447 § 4º, CPC/15). O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte, a inquirição de testemunhas referidas nas

⁴²¹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006, p. 115.

declarações da parte ou das testemunhas ou a acareação de 2 (duas) ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações (art. 461, CPC/15). Além disso, o CPC/15 prevê que o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida. (art. 480, CPC/15). Quanto aos quesitos periciais, o art. 470, II permite ao juiz formular os quesitos que entender necessários ao esclarecimento da causa.

Sobre a inspeção judicial, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer fase do processo, poderá inspecionar pessoas ou coisas, a fim de permitir o esclarecimento de fatos que interessem à decisão da causa (art. 481, CPC/15).

Na visão de Trícia Navarro Xavier Cabral, “a toda alegação fática deve ser assegurada a viabilidade de instrução, inclusive no procedimento recursal, sob pena de cerceamento de defesa.”⁴²²

Quando se vislumbra a admissibilidade de prova na fase recursal, por certo, imagina-se a prova documental, porém, as mesmas provas cuja produção poderia ser ordenada pelo juízo singular, também poderão ser ordenadas pelo julgador, na fase recursal. “Nada justifica que apenas a prova documental possa ser produzida em fase recursal, até porque o próprio CPC prevê a possibilidade de o juiz (qualquer juiz) determinar a produção de outros meios de prova.”⁴²³

Ao abordar os meios de prova e teorias do processo, Michele Taruffo destaca a importância da prova para a busca da verdade e a obtenção de uma decisão justa:

[...] uma decisão jurídica e justa somente pode fundar-se em uma valoração apropriada, exata e veraz dos fatos relevantes do caso. Uma decisão de acordo com a verdade é o resultado de um ato de conhecimento do tribunal, o qual deve fundar-se em premissas fáticas confiáveis: tais premissas são fornecidas pelos elementos de prova adequadamente apresentados perante o tribunal.⁴²⁴

Eventual atitude probatória do julgador na fase recursal, ademais, não implicaria em supressão de instância, “pois o juiz já examinou o mérito,

⁴²² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 168

⁴²³ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 47

⁴²⁴ TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de “La prueba” São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 20.

considerando suficiente para tanto, o conjunto probatório até então existente. Por considerar necessária a produção de outras provas para melhor compreensão da matéria fática, nada obsta ao tribunal determiná-la.”⁴²⁵

Reconhecendo expressamente a possibilidade de produção de provas no tribunal, Flávio Cheim Jorge⁴²⁶ consignou:

Não acreditamos que a determinação de provas por parte do juiz deva se circunscrever apenas ao primeiro grau de jurisdição. Seus poderes instrutórios não sofrem qualquer limitação na seara recursal. Nem mesmo a suposta alegação de inovação fática pode ser utilizada como argumento contrário. Não existe uma ampliação dos fatos conhecidos em primeiro grau. O tribunal julgará com base nos mesmos fatos, só que se utilizando de outras provas, não produzidas em primeiro grau. Os fatos são os mesmos e a modificação introduzida poderá refletir apenas em sua valoração.⁴²⁷

O ideal seria os tribunais regulamentarem procedimentos específicos para a produção de provas por ordem do tribunal, como propõe Trícia Navarro Xavier Cabral:

Dessa forma, os tribunais deveriam se valer de mecanismos mais eficazes e imediatos para essa situação. O ideal seria que existisse um procedimento específico para a produção de prova pelo tribunal, criado mediante lei estadual, conforme autoriza o art. 24, XI, da Constituição da República.⁴²⁸

Não há previsão normativa restritiva quanto aos meios de prova que comportariam produção na fase recursal, o que exigiria análise casuística, de forma a evidenciar a possibilidade de se admitir a prova ou o procedimento probatório. Em alguns casos, como ocorre com a prova documental, bastaria a juntada, porém, em outros, como no caso da oitiva de testemunha cujo depoimento foi recusado pelo juiz

⁴²⁵ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

⁴²⁶ Em sua obra referencial intitulada “Teoria geral dos recursos cíveis” (7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 385-387), Flávio Cheim Jorge dedicou capítulo específico ao tema, intitulado “A produção de provas perante o tribunal”

⁴²⁷ JORGE. Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 386.

⁴²⁸ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 171

singular, ou ainda a repetição de uma perícia ou do depoimento de uma testemunha, haveria necessidade de um procedimento probatório específico.

6.1 A ATUAÇÃO PROBATÓRIA DO JULGADOR NA FASE RECURSAL

A partir do ajuizamento da ação, além do interesse subjetivo das partes na solução da demanda, subsiste o interesse estatal no justo resultado do processo. Considerando tal premissa, verifica-se que a atuação do julgador na condução e no julgamento da demanda, em primeira instância ou no Tribunal, no curso da fase recursal, será fator preponderante para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma adequada, a fim de com a aptidão de estabelecer ou restabelecer a justiça nas causas levadas a juízo.

Defende-se aqui a atuação probatória do juiz, inclusive de forma oficiosa, não apenas no curso da demanda em sua etapa perante o juízo singular, mas também em segunda instância, na fase recursal.

Ao discorrer sobre os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação, Bruno Campos Silva reconhece que o juiz de primeira instância é o responsável (guardião) pela garantia da ampla e eficiente produção probatória, porém, “no sistema recursal (segundo grau) também essa garantia deverá ser exercitada, para a apreciação de fatos novos ou reexame de questões já decididas.”⁴²⁹

Antônio Carlos Marcato, inclusive, manifestou posicionamento favorável à iniciativa probatória do julgador a qualquer momento do processo:

A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. *Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento.* Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas também desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.⁴³⁰

⁴²⁹ SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 309

⁴³⁰ MARCATO, Antonio Carlos. Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 363.

Arrimado nessa perspectiva, os respeitados juristas Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha defendem a produção de provas na fase recursal:

É possível a produção de provas em tribunal, tanto em causas de competência originária como em recursos. O tribunal também tem poder instrutório. Mesmo em julgamento de recurso, é bom frisar, o tribunal tem poder instrutório. Veja, por exemplo, o caso da apelação: não lhe cabe apenas reexaminar as provas que já foram colhidas em primeira instância; é possível que o tribunal determine a produção de novas provas.⁴³¹

Quanto ao momento em que poderá ser exercida a atividade probatória do julgador na fase recursal, deve-se considerar aquele em que se observar a necessidade de produção, seja na fase de recebimento do recurso, ocasião em que o relator poderá ordenar as provas que entender necessárias (comprovação de hipossuficiência, por exemplo), ou nas demais etapas do trâmite recursal. O órgão colegiado, por sua vez, quando entender necessário, poderá converter o julgamento em diligência e ordenar a realização da prova, a ser produzida em primeira instância ou no próprio tribunal.

Posicionamento compatível com esse ponto de vista é manifestado por Bruno Campos Silva, que assim se manifesta: “O momento de exercício do dever-poder do juiz em sede recursal é aquele em que há necessidade de produzir determinado meio probatório que não tenha sido produzido ou que tenha sido desconsiderado pelo juiz de primeira instância.”⁴³²

O juiz representa a figura do Estado na administração da justiça. Cabe ao juiz não apenas conduzir o processo em conformidade com os preceitos procedimentais aplicáveis, primando pelo devido processo legal, mas também atuar de forma efetiva, especialmente no contexto probatório, a fim de permitir que sejam esclarecidas as questões controvertidas que norteiam a causa. A iniciativa probatória do juiz, doravante, representa um importante mecanismo para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

⁴³¹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. . v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 46. Na obra citada, os autores reservaram capítulo específico para o tema, intitulado “A produção de prova em tribunal”.

⁴³² SILVA, Bruno campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 310

Deve-ser reconhecer a nobreza da atuação do juiz no processo que, lidando com problemas e esperanças, detém o poder de dizer o direito e de fazer justiça. Nesse sentido, é imperioso destacar a lição trazida por Rui Barbosa:

Que extraordinário, que imensurável, que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições, o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque, se dignos são os juízes, como parte suprema, que constituem, no executar das leis em sendo justas, lhes manterão eles a sua justiça, e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até, no seu tanto, corrigir a injustiça.⁴³³

As iniciativas probatórias comumente advém das partes, contudo, poderá o juiz, inclusive de ofício, ordenar a produção das provas que se fizerem necessárias⁴³⁴, tanto na fase cognitiva em primeira instância quanto na fase recursal, o que se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito, conforme aponta Gustavo Gonçalves Gomes:

[...] o modelo processual brasileiro deve estar em sintonia com o nosso modelo constitucional, sendo este último legitimador de uma atuação participativa do estado na resolução dos conflitos. Assim, quando um magistrado julga uma causa qualquer, ele não está tutelando apenas o direito das partes envolvidas na demanda, mas especialmente tutela e defende o nosso Estado Democrático de Direito.⁴³⁵

Ultimamente, a jurisprudência tem avançado no sentido de reconhecer a postura ativa do julgador em caráter probatório, inclusive na fase recursal, conforme

⁴³³ BARBOSA, Rui. Oração aos moços. 5 ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 35.

⁴³⁴ Demonstrando visão conservadora quanto ao ativismo probatório do juiz, Cândido Rangel Dinamarco (2009) afirma que o juiz deve determinar de ofício a produção de provas em causas associadas ao estado ou à capacidade das pessoas, em ações coletivas, nas causas em que for verificada a hipossuficiência material, cultural ou técnica da parte, e ainda quando os elementos dos autos demonstrem a existência de outros meios de prova ainda não explorados e que sejam relevantes para o julgamento da causa. E afirma que: “Em síntese, impelem ao juiz o ativismo probatório: a) dever de promover a igualdade entre os litigantes; b) a dignidade da justiça; e, c) a indisponibilidade dos direitos e relações jurídico-substanciais em certos casos; por outro lado, recomendam uma postura passiva: a) a ordinária disponibilidade dos direitos; b) a predominância do princípio dispositivo em casos de disponibilidade; c) as regras de ônus processuais; d) preservação da parcialidade do juiz.” (DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. III, p. 52-56)

⁴³⁵ GOMES, Gustavo Gonçalves. Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 340

será tratado em tópico específico nesse trabalho. A norma processual brasileira, por sua vez, em sentido análogo, cuidou de seguir a mesma tendência, ao inovar e estabelecer expressamente a possibilidade de produção da prova no próprio Tribunal (art. 938, § 3º, CPC/15).

A propósito, dispõe o art. 370, CPC/15 que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. Trata-se de comando normativo aplicável tanto ao juiz de primeiro grau quanto aos juízes que atuam na fase recursal, aos quais incumbe analisar e julgar o mérito. Com a atuação efetiva do julgador no aspecto probatório, inclusive de ofício, será possível viabilizar a instrução adequada e necessária. O melhor resultado possível do processo somente será alcançado com a ampla produção de prova.⁴³⁶

Aplica-se ao julgador recursal o disposto no art. 370, CPC/15, que confere poder instrutório ao juiz. Esse é também o entendimento de Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha:

Aplica-se ao tribunal o art. 370 do CPC, que confere poder instrutório ao juiz – e em tribunal também há juízes; com competência funcional diversa, é claro, mas juízes. Nada justifica restringir a incidência do artigo à atuação do juízo de primeira instância. Não se pode restringir o exercício da função jurisdicional do tribunal, em competência recursal. Se a causa há de ser rejudgada no procedimento recursal, não se pode retirar do órgão ad quem a possibilidade de produzir provas que fundamentem o seu convencimento.⁴³⁷

A dificuldade ou a reconhecida impossibilidade de se alcançar a verdade real⁴³⁸ dos fatos não pode ser fator de desestímulo para que ela não seja devidamente investigada no processo. É imperioso que o juiz, na condição de sujeito imparcial, diligencie, pois “quanto maior sua participação na atividade instrutória,

⁴³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, op. cit. p. 649.

⁴³⁷ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p.46-47

⁴³⁸ Demonstrando percepção consciente quanto à impossibilidade de se alcançar a verdade real, José Roberto dos Santos Bedaque (Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 18) afirma que: “O juiz, seguindo o método de trabalho instituído pelo legislador, ao qual se denomina processo jurisdicional, busca a aplicação do direito ao caso concreto, com a consequente eliminação das controvérsias e a pacificação social. Esse resultado, evidentemente, será tão mais justo quanto maior correspondência houver entre a reconstrução da matéria fática realizada no processo e a realidade verificada no plano substancial. A instrução não tem por fim encontrar a verdade. Destina-se apenas a proporcionar ao juiz o retrato mais fiel possível dos fatos constitutivos, modificativos e extintivos do direito afirmado.”

mais perto da certeza ele chegará. Ou seja, deve o juiz ir à procura da verdade; tentar descobri-la.”⁴³⁹

O conhecimento dos fatos será proporcionado, a princípio, através dos elementos probatórios carreados aos autos pelos próprios litigantes, que têm interesse em provar os fatos que alegam, e são aqueles que conhecem com maior amplitude os meios de prova existentes, que sejam relevantes e estejam relacionados aos fatos controvertidos, porém, deve ser confiado ao juiz o papel ativo em matéria probatória, para que seja viabilizada a máxima instrução possível, capaz de nortear uma decisão judicial de qualidade.

Como acertadamente aponta José Roberto dos Santos Bedaque, a prova pertence a todos os que participam da relação processual, tanto as partes, porque lhes permite demonstrar os fatos favoráveis aos seus interesses, quanto também ao juiz, por constituir meio pelo qual se alcança o escopo do processo. E complementa o jurista, nos seguintes termos: “A atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo.”⁴⁴⁰

Ao discorrer sobre o papel do juiz no processo civil, José Carlos Barbosa Moreira defende a iniciativa probatória do juiz e considera indispensável que se conceda, com amplitude, os meios de formar convencimento que correspondam, com a possível exatidão, à realidade objetiva. “Daí a propensão, hoje universal, a eliminar grande parte das restrições tradicionais à iniciativa oficial na investigação e fixação dos fatos relevantes para a solução do litígio.”⁴⁴¹

O julgador deve ser imparcial, porém, não deve ser neutro ou omissivo no processo, contentando-se apenas com as provas produzidas a requerimento das partes. Notadamente a partir da visão publicista do processo, o juiz deve ser participativo, mantendo postura proativa, inclusive diante da constatação da insuficiência probatória.

O processualista Daniel Amorim Assumpção Neves chega a se manifestar, inclusive, sobre a eventual atuação desidiosa da parte e a necessidade de iniciativa probatória do magistrado para evitar a má qualidade da prestação jurisdicional e

⁴³⁹ BEDAQUE. José Roberto dos Santos (Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 19.

⁴⁴⁰ Idem, p. 175.

⁴⁴¹ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. O papel do juiz no processo civil. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 11.

afirma que “o juiz não é obrigado a compactuar com o desleixo probatório da parte, o que naturalmente prejudica a qualidade da tutela jurisdicional prestada.”⁴⁴²

A partir do posicionamento do autor retromencionado, é oportuno consignar que a viabilidade da atuação proativa do magistrado em questões probatórias não necessariamente advém do que o jurista intitula “desleixo da parte”, mas pode decorrer, sobretudo: a) da constatação, pelo julgador singular ou recursal, da insuficiência ou inconsistência das provas já produzidas; b) da atuação errônea do próprio julgador, ao indeferir prova relevante requerida pela parte no curso da ação, o que poderá ser corrigido pelo julgador recursal no julgamento da apelação, com o acatamento da pretensão probatória da parte recorrente.

Ademais, é preciso ter em mente que nem sempre o julgador se vale de todos os meios à disposição para a demonstração da verdade provável dos fatos, conforme aponta Gustavo Gonçalves Gomes:

Outro ponto importante a mencionar é o fato de que os magistrado não se utilizam de todas as ferramentas que o processo disponibiliza par auxiliá-los na obtenção dos elementos necessários à atividade instrutória. Há metodologias modernas e valiosas para a colheita exitosa da prova que, por dependerem de uma postura mais cuidadosa e proativa dos magistrados, muitas vezes caem no esquecimento.⁴⁴³

Não basta ao judiciário proclamar direitos, é necessário garantir a tutela efetiva do direito, com justiça. Conforme expressou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a distância entre a mera proclamação e a tutela efetiva do direito, com meios eficazes e expeditos, constitui um dos problemas cruciais do processo civil de nossa época.”⁴⁴⁴ “Se a lei quer que o juiz julgue, não pode deixar de querer que ele julgue, tanto quanto possível, bem informado; logo, não deve impedi-lo de informar-se, pelos meios que tenha à mão.”⁴⁴⁵

⁴⁴² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 663.

⁴⁴³ GOMES, Gustavo Gonçalves. Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 334

⁴⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo cautelar. Revista de Processo, v. 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 88

⁴⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96-97

No que tange à atuação do julgador em busca do conhecimento da realidade dos fatos e o esclarecimento acerca das controvérsias enfrentadas em um processo, José Carlos Barbosa Moreira, narrou uma experiência pessoal em processo no qual atuou como relator, em grau de recurso de embargos infringentes, ocasião em que convocou menores para serem ouvidos:

Lembro-me de um caso em que o fato de ter chamado os menores e de tê-los ouvido me proporcionou uma das maiores satisfações que tive durante todo o período do exercício da judicatura. Tratava-se de saber se esses menores, que estavam confiados á guarda de um parente, depois da separação dos pais, deviam passar as férias, ou a maior parte delas, com o pai ou com a avó materna. A causa chegou-me como relator, já em grau de embargos infringentes. E eu, sinceramente, não conseguia saber qual era a melhor solução; só com a leitura dos autos não era possível. E decidi-me – contrariando um pouco a praxe – a chamar os menores e ouvi-los. Achei que a melhor fonte eram os próprios menores. Eram dois adolescentes; afinal, tenho quatro filhos, e não é uma coisa inédita para mim conversar com adolescentes. Chamei-os aqui, levei-os primeiro ao bar, dei-lhes sorvete, mostrei-lhes a paisagem, a ponte, para, ganhar confiança. Depois, falei sobre futebol. Levei uma tarde, mas valeu a pena, porque, quando eles estavam já mais descontraídos, o que disseram me deu a convicção sólida de que a avó era uma autêntica “megera”. Eles preferiam tudo a passar as férias em casa dela. Os menores não eram parte no feito, nem foram ouvidos como testemunhas; mas foi uma oportunidade magnífica para mim de obter informações imprescindíveis para que se pudesse dar uma solução justa. No dia da sessão do Grupo, evidentemente, expus o que tinha ouvido dos menores, e a s solução foi reduzir ao mínimo possível a permanência deles em casa da “megera”.⁴⁴⁶

Prevalecem, na atualidade, concepções processuais significativamente distintas daquelas caracterizadoras da época em que se deu a conduta suprarreferida, o que exigiria a adoção de diligências consubstanciadas nas premissas dos artigos 9º e 10º do CPC/15, porém, é oportuna a transcrição da ilustrativa conduta.

É certo que o magistrado deve ser imparcial, porém, não poderá ser neutro na condução do processo, isso porque “não é próprio identificar-lhe a imagem na de um espectador frio, para quem “tanto faz” que se realize ou não se realize justiça, quando, bem ao contrário, esse é um cuidado que há de estar presente, do primeiro momento ao último, em seu espírito.”⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Provas atípicas. Revista de Processo. v. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 118-119.

⁴⁴⁷ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. In: Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 62-63.

Humberto Theodoro Júnior ensina que cabe ao juiz, usar dos poderes de iniciativa sempre que algum meio de prova ao seu alcance puder ser empregado para o melhor conhecimento dos fatos fundamentais do conflito, mesmo que os litigantes não tenham requerido. E complementa, afirmando que, “nesse passo, seu compromisso não é com a posição de nenhuma das partes, mas com a verdade, sem a qual não se consegue fazer a justiça, para cuja realização se idealizou a tutela jurisdicional do Estado Democrático de Direito.”⁴⁴⁸

José Carlos Barbosa Moreira defende, inclusive, que eventual posicionamento da parte que seja contrário à atividade probatória oficiosa do julgador representaria uma contradição em relação à sua pretensão de tutela jurisdicional:

Se a parte alega o fato, é porque quer que dele se extraia esta ou aquela consequência jurídica. Impedir o juiz de fazer o possível – observados sempre os limites do pedido e da causa de pedir – para certificar-se de que o fato alegado realmente ocorreu (ou não ocorreu) será atitude manifestamente contraditória. [...] de jeito algum se afigura razoável pretender a tutela jurisdicional e, ao mesmo tempo, objetar a que o juiz se muna dos elementos necessários para verificar se deve ou não prestá-la nos termos requeridos.⁴⁴⁹

Conforme se infere da lição de José Carlos Barbosa Moreira,⁴⁵⁰ não há mácula à imparcialidade do juiz quando ele ordena a produção de determinada prova, especialmente porque o julgador não sabe o resultado da referida prova, de forma a ser incerta a parte beneficiada por sua produção.

Ressalta José Carlos Barbosa Moreira que “O juiz deve, sem dúvida, preocupar-se em aprofundar, tanto quanto possível, os seus próprios conhecimentos sobre os fatos, a fim de que possa, afinal de contas, julgar com justiça.”⁴⁵¹ “Outrossim, forçoso reconhecer que o juiz deve esgotar os meios de prova, buscando a prova *ex officio*, o que é compatível com a busca da verdade provável”.⁴⁵²

⁴⁴⁸ THEODORO JUNIOR. Humberto. Curso de direito processual civil, v. 1, 54 ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2013, p. 460

⁴⁴⁹ MOREIRA. José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 98

⁴⁵⁰ MOREIRA. José Carlos. O juiz e a prova. Revista de Processo n. 178. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Jul-set. 1984.

⁴⁵¹ BARBOSA MOREIRA. José Carlos Barbosa. Provas atípicas. Revista de Processo, v. 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 116.

⁴⁵² POLASTRI LIMA. Marcellus. Curso de Processo Penal. 8 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 429

Cumpra asseverar que a atividade jurisdicional recursal é exercida por juízes, geralmente de forma colegiada que, por sua vez, desempenharão o ofício de reapreciação das decisões objurgadas.

Não é possível afirmar que o fato de o processo ser julgado por juízes distintos, de primeira instância e do órgão *ad quem*, garantirá um resultado impecável, em conformidade com o direito e com a justiça, porém, o duplo grau de jurisdição contribuirá significativamente para que o judiciário atue da melhor forma possível, inclusive com a possibilidade de garantir a instrução probatória necessária, tanto em primeira instância quanto no tribunal.

Para M. Seabra Fagundes,

Certamente o sistema de recurso não assegura, de modo absoluto, um melhor julgamento, pois a segunda sentença pode decidir mais desacertadamente que a primeira, sujeita que está a erro, como todo processo humano de indagação da verdade. Todavia, as circunstâncias especiais que cercam o segundo julgamento (juízo coletivo; maior tirocínio dos juízes; exame do processo já depurado pelo primeiro debate e pela sentença recorrida; oportunidade nova para esclarecimento de obscuridades, suprimento de omissões, retificação de enganos, e até, excepcionalmente, para a produção de provas, etc.), fazem-no, provavelmente, mais seguro que o primeiro⁴⁵³

Na fase recursal, a atividade de instrução costuma ser mais escassa, se comparada com a de primeira instância, sendo que o convencimento do tribunal se forma, basicamente, a partir dos mesmos elementos probatórios colocados à disposição do juízo de primeiro grau. Porém, conforme pontua José Carlos Barbosa Moreira,

É excepcional a alegabilidade de fatos novos, e restrita a própria possibilidade de produzir novas provas de fatos já alegados. Não quer isso dizer que se exclua a iniciativa oficial na apuração da verdade; ao tribunal julgador de apelação é lícito, v.g. determinar *motu próprio*, a realização de perícia, ainda que outra já se tenha realizado na primeira instância.⁴⁵⁴

O art. 938, § 3º, do CPC/15 prevê a possibilidade de postura ativa de cunho instrutório do julgador recursal ao estabelecer que: “Reconhecida a necessidade de

⁴⁵³ FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, p. 15-16

⁴⁵⁴ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 631

produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”.

A produção de prova por ordem do tribunal é permitida, por exemplo, nos casos em que, na apelação, for questionada decisão interlocutória de primeira instância que tenha indeferido a produção de uma prova (art. 1.009, §1º, CPC/15); nos casos em que o Tribunal reconhecer o *error in iudicando*, ordenando a repetição da instrução, assim como nos casos em que o julgador entender pela insuficiência ou inconsistência da prova, hipóteses em que poderá ordenar, inclusive de ofício, que ela seja produzida.

O poder Judiciário deve sempre agir ativamente, não apenas na perspectiva de garantir a condução e a resolução dos processos, em seu caráter formal mas, sobretudo, no sentido de buscar a aplicação do Direito da forma mais justa possível.

Mostra-se oportuno destacar a lição de Marcelo Abelha Rodrigues, que ratifica a necessária visão publicista da prova:

Se os litigantes veem a prova como algo que possa atestar o suposto direito que alegam possuir (sob uma visão retrospectiva, portanto), para o juiz a regra é diferente, posto que a visão é diversa, já que enxerga (ou deveria enxergar) a prova como peça chave para legitimar a coisa julgada e assim, alcançar a paz social. Trata-se de uma visão perspectiva: lá há nítida influência privatista; aqui há visão publicista. Aquela cede terreno a esta na medida em que também para os litigantes opositores há o senso comum de busca da paz social. É essa visão publicista da prova que nos permite dizer que a prova serve ao processo, à verdade, para o convencimento do juiz e com vistas à entrega de uma ordem jurídica justa⁴⁵⁵

Sob os auspícios da atuação probatória do julgador, deve-se reconhecer que é plenamente viável e aconselhável a determinação de provas pelo Tribunal ao reexaminar o feito em decorrência da interposição de recurso, quando inexistirem elementos suficientes nos autos a formar a convicção do julgador de segunda instância. Ademais, não há preclusão para o juízo acerca da instrução probatória.

O doutrinador Marcellus Polastri Lima, perfilhando acerca da importância da atuação instrutória do juiz no processo penal, destaca que “outrossim, forçoso reconhecer que o juiz deve esgotar os meios de prova, buscando a prova *ex officio*,

⁴⁵⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 214

o que é compatível com a busca da verdade provável e o sistema da persuasão racional”⁴⁵⁶

Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ⁴⁵⁷ reconhecem a possibilidade de realização da inspeção judicial na fase recursal, mesmo de ofício:

Quando de ofício, a inspeção assume característica completamente distinta, e por isso pode ser determinada antes ou depois da produção de qualquer prova, mesmo após o fim da audiência de instrução. Além disso, por ter natureza de instrumento posto a serviço do juiz para se esclarecer sobre os fatos, a inspeção judicial pode ser determinada de ofício no tribunal, ainda que nessa ocasião não possa ser objeto de requerimento da parte. (g.n)

Não basta que as partes lutem com as armas de que disponham sob a fiscalização de um julgador preocupado exclusivamente em prevenir ou reprimir as eventuais infrações às regras de disputa. O julgador deve assumir papel ativo no processo em busca da justiça.⁴⁵⁸

Comentando sobre a possibilidade de conversão do julgamento do recurso em diligência, no tribunal, para que a prova seja produzida, defende José Roberto dos Santos Bedaque:

Ainda que haja recurso da parte vencida, com fundamento em cerceamento de defesa, solução possível e até preferível talvez não seja a anulação do processo pelo tribunal. Reconhecida a necessidade de atividade probatória, mais compatível com a visão instrumentalista do processo é a conversão do julgamento em diligência, para que a prova seja produzida. Se em primeiro grau ela já foi dispensada, é porque o juiz a considerou desnecessária. Caso entenda de forma diversa, deverá o tribunal determinar a instrução e proferir julgamento à luz da nova realidade, invertendo o resultado, se for o caso. Desnecessária, parece, a anulação da sentença (v. CPC, art. 515, § 4º).⁴⁵⁹

O julgador, na fase recursal, amparado nas perspectivas contemporâneas do processo, em consonância com os preceitos constitucionais, precisa adotar postura efetivamente ativa no que tange à reapreciação e produção das provas em grau de recurso, ordenando a produção daquelas provas que entender necessárias para permitir a melhor instrução possível da causa à luz dos meios de prova legais e

⁴⁵⁶ POLASTRI LIMA, Marcellus. Curso de Processo Penal. 8 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 429

⁴⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil, 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, p. 611

⁴⁵⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 5 ed. Sao Paulo: RT, 2010, p. 213

⁴⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 490

moralmente legítimos, na perspectiva de alcance da verdade provável e com o intuito de garantir a melhor aplicação do Direito, em nome da justiça.

O processo é o principal instrumento de que se vale a jurisdição para a aplicação do direito, em busca do estabelecimento ou restabelecimento da justiça no caso concreto e, como tal, representa a atuação do poder público, em sua função soberana. Nessa linha, frisa José Roberto dos Santos Bedaque:

Assim, além dos interesses privados das partes existe outro, muito mais relevante, que é o interesse do Estado na correta atuação do ordenamento jurídico mediante a atividade jurisdicional. É evidente que as partes almejam a satisfação de suas pretensões. Sobre esse interesse, porém, sobrepõe-se o do Estado.⁴⁶⁰

Na hipótese de iniciativa probatória oficiosa do julgador, quais meios de prova poderiam ser ordenados? É certo que o juiz se encontra em situação processual em que o conhecimento dos meios de prova existentes para um caso concreto específico é extremamente limitado, pois o magistrado não presenciou os fatos e só tem conhecimento deles através das narrativas das partes. Ocorre, porém, que diante da constatação de que existem meios de prova não requeridos ou não utilizados e que os fatos controvertidos demandam dilação probatória, pode o julgador valer-se de provas típicas ou atípicas, desde que legais ou moralmente legítimas, a teor do disposto no art. 369, CPC/15.

Assim, poderia o julgador, a título de exemplificação, ordenar a produção de provas típicas, como a oitiva de uma testemunha informada em um boletim de ocorrência, de uma testemunha referida no depoimento de outra; ordenar a exibição de um documento, a realização de uma perícia, o depoimento pessoal das partes, proceder à inspeção judicial, mas poderia, ainda, ordenar provas atípicas, como a utilização de prova emprestada produzida em ação conexa, a inquirição de testemunhas técnicas (*expert witness*) ou ainda que o oficial de justiça proceda a certificações no curso da demanda.

A propósito, o reconhecimento de um maior poder de atuação probatória do julgador na fase recursal não prejudicará a atuação do magistrado em primeira instância, a quem também incumbe o exercício dos poderes instrutórios.

⁴⁶⁰ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 143.

Para que uma decisão seja substancialmente e qualitativamente justa é preciso buscar, através do processo, a correta e racionalmente justificada aplicação do direito. Para se alcançar tal desiderato, é de fundamental importância a preocupação com a verdade dos fatos, o que demanda a atuação do juiz atenta aos fins sociais do processo e comprometida com a efetivação do direito material. Somente a decisão lastreada na verdade provável poderá ser considerada justa. E o alcance da verdade provável dependerá da adequada instrução processual, tanto em primeira instância quanto, de forma complementar, na fase recursal.

6.2 PODER DO RELATOR DE CONDUZIR A PRODUÇÃO DE PROVAS NO TRIBUNAL A PARTIR DO CPC/15

No processo civil brasileiro, o relator assume posição central na fase recursal, cabendo-lhe conduzir o procedimento de análise e julgamento do feito no tribunal.

De acordo com o art. 932, CPC/15, incumbe ao relator:

Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso;

VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal.

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Dentre os poderes do relator, merece destaque o de conduzir a produção da prova no tribunal, conforme expressamente consignado no art. 932, I CPC/15: “Art. 932. Incumbe ao relator: I- dirigir e ordenar o processo no tribunal, **inclusive em relação à produção de prova**, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes.”

É oportuno rememorar os comandos do art. 938, CPC/15, que preveem o poder do relator de determinar a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, quando for constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício (§ 1º) e ainda o poder de converter o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, quando for reconhecida a necessidade de produção de prova (§ 3º).

Para Fabiano Carvalho, “a atividade exercida pelo relator pode ser dividida em quatro fases distintas e dependentes entre si que variam de recurso para recurso: ordinatória, preparatória, instrutória e decisória.”⁴⁶¹ Na etapa *ordinatória*, o relator põe em ordem o recurso, determinando providências relativas ao seu andamento, o que ocorre, por exemplo, com a determinação de complemento de realização ou complemento do preparo, ordem para regularização de representação, vista ao Ministério Público e requisição de informações ao juiz da causa. Na fase preparatória o relator elabora o relatório e organiza o recurso para julgamento. A etapa *instrutória* recursal compreende a fase de esclarecimento e elucidação, na qual o relator poderá converter o julgamento em diligência para que se proceda à produção de prova, inclusive no próprio tribunal. E, por fim, a fase decisória compreende a prática dos atos decisórios do julgador na fase recursal.

Sobre a atuação do Tribunal quanto à iniciativa probatória, manifestam-se Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero:

⁴⁶¹ CARVALHO. Fabiano. Poderes do relator nos recursos. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 09

Reconhecida necessidade de produção de prova não ordenada anteriormente, pode o tribunal determinar a sua realização (art.370, CPC). Instruído o feito, os autos devem retornar para o julgamento. Se o relator não determinar as providências concernentes ao art. 938, CPC, qualquer membro do colegiado pode suscitar a questão.⁴⁶²

Conforme destaca Daniel Penteado de Castro, “a conversão do julgamento em diligência é outro campo fértil que aproveita o exercício das iniciativas probatórias, ainda que em segundo grau de jurisdição.”⁴⁶³

Por ter sido verificada a necessidade de produção de prova, a 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo converteu um julgamento em diligência e determinou a realização do ato instrutório:

COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE QUITAÇÃO COMBINADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER DE BAIXA DO GRAVAME – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE COM BASE NA PROVA DOCUMENTAL EXISTENTE NOS AUTOS – PROCEDÊNCIA – INCONFORMISMO - NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL QUE SE MOSTRA PERTINENTE À DISSIPACÃO DE TODAS AS DÚVIDAS EXISTENTES – BUSCA DA VERDADE COMO ESCOPO DO PROCESSO QUE PRETENDE SER JUSTO - CONVERSÃO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO EM DILIGÊNCIA, PARA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS, PREJUDICADO O EXAME DO MÉRITO DOS RECURSOS. RESULTADO: julgamento convertido em diligência, para produção de prova documental.⁴⁶⁴

A 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de uma ação de indenização, também converteu o julgamento em diligência para a produção de prova pericial:

BEM MÓVEL - INDENIZAÇÃO -ARGUIÇÃO DE FALSIDADE DOCUMENTAL - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDIVIDUADOS PARA O JULGAMENTO - PROVAS PERICIAL E ORAL DETERMINADAS DE OFÍCIO - CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. Ausentes, no conjunto probatório, elementos indúvidos para o julgamento, como certeza da higidez do contrato de compra e venda de safra de cana-de-

⁴⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 878

⁴⁶³ CASTRO, Daniel Penteado de. Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 322

⁴⁶⁴ TJ-SP - APL: 00106295820138260008 SP 0010629-58.2013.8.26.0008, Relator: Alexandre Coelho, Data de Julgamento: 11/11/2015, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/11/2015. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262306217/apelacao-apl-106295820138260008-sp-0010629-5820138260008>. Acesso em: 14 dez. 2016.

açúcar e da determinação da origem da safra vendida e da safra contratada, impõe-se, de ofício, a conversão do julgamento em diligência para a produção de perícia grafotécnica e prova oral.⁴⁶⁵

O processualista José Carlos Barbosa Moreira, examinando o art. 492 do CPC/73, correspondente ao art. 972 do CPC/15, que trata da ação rescisória, entende que o próprio relator pode proceder à colheita da prova oral, o que pode ser aplicado, *mutatis mutandis*, ao procedimento recursal:

O dispositivo sob exame não deve ser entendido como excludente da possibilidade de que o próprio relator proceda pessoalmente à colheita de alguma prova; ao menos em alguns casos, isso será até preferível. É bom que o relator se disponha, sendo preciso, a tomar depoimentos de partes, a inquirir testemunhas, a proceder a inspeções – o que provavelmente lhe permitirá formar convencimento mais sólido acerca dos fatos relevantes. Se, contudo, à vista das circunstâncias, houver de realizar-se na instância inferior a atividade de instrução, o relator delegará competência ao juiz de direito da comarca onde aprova deva ser produzida⁴⁶⁶

6.3 A DEVOLUTIVIDADE COMO PREMISSA NORTEADORA DA ANÁLISE E POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS NA FASE RECURSAL

Do Código de Processo Civil de 1939 ao CPC/15, a legislação brasileira seguiu a diretriz que delega à instância recursal, precipuamente, a incumbência de controlar a correção da decisão de primeiro grau, afastando, portanto, o *novum iudicium*. Essa opção de política legislativa, entretanto, apesar de restringir a atuação jurisdicional em grau de recurso, não representa fator impeditivo ou mecanismo que reduz a necessidade ou a viabilidade de serem produzidas, em circunstâncias específicas, as provas necessárias, visando ao esclarecimento de

⁴⁶⁵ TJ-SP - APL: 992080429997 SP, Relator: Norival Oliva, Data de Julgamento: 06/04/2010, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/04/2010. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8788263/apelacao-apl-992080429997-sp>. Acesso em 16 dez. 2016

⁴⁶⁶ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 197

questões que constituem objeto da devolutividade recursal, e que serão relevantes para o enfrentamento das teses fáticas recursais.

José Carlos Barbosa Moreira aponta as duas finalidades distintas que a lei pode atribuir à instância recursal: a de permitir o irrestrito reexame da causa pelo tribunal (*novum iudicium*) ou a de servir ao controle da correção da sentença de primeiro grau (*revisio prioris instantiae*). Na primeira hipótese, seria permitido, perante o juízo recursal, suscitar questões não propostas em primeira instância, sendo que, no segundo caso, a regra é a da preclusão quanto às questões não abordadas no juízo inferior. O jurista reconhece que “este sistema só dá margem a que se corrijam os erros do próprio órgão judicial; aquele abre oportunidade, ademais, para que sejam supridas as deficiências de atividade das partes.”⁴⁶⁷

Compete à segunda instância, em cumprimento à sua atribuição recursal, reapreciar as decisões recorridas, nos limites do recurso, porém, com ampla possibilidade de averiguação quanto às questões de fato debatidas na demanda e que poderão contribuir para a ratificação ou retificação da decisão proferida pelo juízo singular.

Cumprindo ressaltar, porém, que a análise ou reanálise das questões de fato a partir das provas em grau de recurso será restrita aos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, pois, conforme entendimento consignado através das súmulas nº 7⁴⁶⁸ do Superior Tribunal de Justiça e Súmula 279⁴⁶⁹ do Supremo Tribunal Federal, não cabe o simples reexame de provas em recurso excepcional. Doravante, a devolutividade que permite a análise das provas na fase recursal que aqui se defende poderá ocorrer principalmente no recurso de apelação e, ainda, no agravo de instrumento.

O efeito devolutivo é inerente aos recursos, “transferindo ao órgão julgador a cognição da matéria nos limites do pedido formulado.”⁴⁷⁰ “Chama-se devolutivo o efeito do recurso consistente em transferir ao órgão ad quem o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição.”⁴⁷¹

⁴⁶⁷ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 454

⁴⁶⁸ Súmula nº 7, STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”

⁴⁶⁹ Súmula nº 279, STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

⁴⁷⁰ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Sistema recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 85.

⁴⁷¹ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 259

Cumpra asseverar que, em matéria de recurso com trâmite nos tribunais, o direito brasileiro adota, em regra, o princípio da colegialidade, que pressupõe a atuação de diversos julgadores com a incumbência de reapreciar a decisão recorrida a partir das questões suscitadas no recurso. Por conseguinte, cada um dos julgadores que integram o órgão colegiado competente para o julgamento do recurso, procederá à reapreciação não apenas das questões de direito, mas também das questões de fato, o que demanda, necessariamente, a reapreciação dos elementos probatórios inerentes à causa.

O efeito devolutivo do recurso consiste “na aptidão que todo recurso tem de devolver ao conhecimento do órgão ad quem o conhecimento da matéria impugnada”⁴⁷², de forma a permitir a sua reforma ou anulação. Ele pressupõe a devolução, ao judiciário, do poder de reapreciar uma decisão, a fim de que, respeitado o objeto do recurso, sejam reanalisadas as questões de fato e de direito suscitadas no processo, com o intuito de manter, reformar ou anular a decisão objurgada. Essa atividade exige, conseqüentemente, a reapreciação das questões de fato⁴⁷³, dos pedidos, teses e também das provas que já tenham sido produzidas no processo.

O jurista Flávio Cheim Jorge aponta a vinculação dos recursos à perspectiva de uma tutela jurisdicional justa e adequada, e destaca sua aptidão contributiva para a eficiência e a segurança das normas jurídicas, assim como para a reparação de eventuais injustiças cometidas pelo julgador que proferiu a decisão recorrida:

Encontram-se os recursos diretamente ligados à função exercida pelo Estado, concernente na prestação da tutela jurisdicional justa e adequada. O controle feito pelos tribunais sobre as decisões proferidas pelos juízes de instância inferior contribui para a eficiência e, sobretudo, segurança das normas jurídicas existentes. É estritamente conveniente para o Estado colocar à disposição dos jurisdicionados os meios recursórios aptos a reparar as injustiças cometidas.⁴⁷⁴

⁴⁷² GONÇALVES. Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquemático. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 871

⁴⁷³ Para Fredie Didier Jr. (2015, p. 439), “considera-se questão de fato toda aquela relacionada aos pressupostos fáticos da incidência; toda questão relacionada à existência e às características do suporte fático concreto.” (DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015).

⁴⁷⁴ JORGE. Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 45.

Na perspectiva de se obter elementos de convicção suficientes, a iniciativa instrutória do julgador na fase recursal também representa um forte mecanismo de aperfeiçoamento da entrega jurisdicional. A possibilidade de produção de prova na seara recursal integra o âmbito de devolutividade do recurso, já que é destinada a convencer os membros do colegiado. Por força do efeito devolutivo, as questões suscitadas pelas partes em primeira instância são transferidas ao tribunal, com o objetivo de serem reexaminadas.

Para M. Seabra Fagundes,

O efeito devolutivo importa a transmissão do conhecimento da lide de um juízo a outro, isto é, do juízo *a quo* para o juízo *ad quem*. Por ele, enquanto perde a jurisdição o juiz que prolatou o julgado recorrido, adquire-a o juiz de grau superior, cujo pronunciamento se solicita.⁴⁷⁵

Conforme esclarece Flavio Cheim Jorge, “A interposição do recurso não dá início a um novo processo. Apenas provoca o prosseguimento daquele que até ali vinha se desenvolvendo”⁴⁷⁶ Se, na fase recursal, a relação processual é única⁴⁷⁷, e o efeito devolutivo pressupõe a possibilidade de reapreciação do julgado, nos limites de todas as questões que constituem objeto do recurso, justifica-se, portanto, admitir a produção de provas como consectário da necessária instrução suficiente para as questões em análise.

“O efeito devolutivo é comum a todos os recursos. É da essência do recurso provocar o reexame da decisão – e isso que caracteriza a devolução.”⁴⁷⁸ O efeito devolutivo, portanto, “se refere à transferência, ao órgão competente para o duplo exame, da matéria que constitui o objeto da impugnação recursal.”⁴⁷⁹

Conforme lecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, “a interposição do recurso transfere ao órgão ad quem o conhecimento da matéria

⁴⁷⁵ FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, p. 184

⁴⁷⁶ JORGE. Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 39.

⁴⁷⁷ “Sem embargo da pluralidade das jurisdições, a relação processual é uma só. Através de todas as fases porque passa o feito, ela permanece uma: conduz a um provimento substancialmente uno do órgão julgante, a qualidade jurídica das partes é sempre a mesma, a causa de pedir (para o autor ou para o réu) é a mesma, o objeto do pedido é o mesmo. (FAGUNDES, 1946, p. 204-205)

⁴⁷⁸ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 142

⁴⁷⁹ JORGE. Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 336.

impugnada. O efeito devolutivo deve ser examinado em duas dimensões: extensão (dimensão horizontal) e profundidade (dimensão vertical)”⁴⁸⁰

A extensão delimita o que se pode decidir; a profundidade, o material com o qual o órgão ad quem trabalhará para decidir a questão que lhe foi submetida. A extensão relaciona-se ao objeto litigioso do recurso (a questão principal do recurso); a profundidade, ao objeto de conhecimento do recurso, às questões que devem ser examinadas pelo órgão ad quem como fundamentos para a solução do objeto litigioso recursal.⁴⁸¹

Em conformidade com o disposto no art. 1.013, CPC, o efeito devolutivo é restrito à matéria impugnada pelo recorrente. A extensão do recurso pressupõe a identificação do objeto da impugnação do recorrente. “A extensão do efeito devolutivo significa delimitar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: tantum devolutum quantum appellatum.”⁴⁸²

A “devolução” deve ser compreendida “não como uma delegação de poder do órgão superior, mas sim como uma fragmentação da competência funcional”⁴⁸³, isso porque o efeito devolutivo decorre do conteúdo do próprio recurso. “Quando se recorre, o que se procura é justamente um reexame, uma nova análise da matéria já decidida pelo judiciário”⁴⁸⁴.

No tocante à profundidade, pressupõe a análise das questões suscitadas e discutidas no processo que estejam relacionadas à matéria impugnada no recurso. Referem-se, portanto, à abrangência da análise que será procedida pelo julgador recursal. Tratam-se das “questões que devem ser examinadas pelo órgão ad quem para decidir o objeto litigioso do recurso. A profundidade identifica-se com o material que há de trabalhar o órgão ad quem para julgar.”⁴⁸⁵.

A profundidade oriunda do efeito devolutivo, “consiste numa técnica processual em que se permite que o tribunal, quando do julgamento do recurso,

⁴⁸⁰ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. . v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 143

⁴⁸¹ Idem, p. 145

⁴⁸² Idem, p. 143

⁴⁸³ JORGE. Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 347.

⁴⁸⁴ Idem, p. 347.

⁴⁸⁵ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. . v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 143

fique em idêntica situação à que se encontrava o órgão *a quo* quando da prolação da decisão recorrida.”⁴⁸⁶, o que implica na possibilidade de reavaliação de todos os fundamentos de direito e de fato, inclusive as questões probatórias:

Fixada a extensão da impugnação, o tribunal poderá utilizar-se de todo o material de que dispunha o órgão *a quo* para a elaboração da decisão impugnada. Poderá avaliar todas as questões, todos os fatos, todas as provas, todos os fundamentos das partes, enfim, tudo aquilo que poderia ser objeto de cognição pelo julgador *a quo*.⁴⁸⁷

Respeitada a extensão do recurso, que é delimitada pelo recorrente, os julgadores poderão proceder ao amplo reexame da causa, o que é permitido, por força da profundidade decorrente do efeito devolutivo, que é ampla. Assim sendo, “é como se, em relação aos fundamentos e às questões discutidas, o órgão *ad quem* se colocasse na posição do órgão *a quo*, devendo examinar todos aqueles que foram suscitados.”⁴⁸⁸

Nesse sentido, Flávio Cheim Jorge afirma que:

A regra de que não existem limites no que tange à profundidade do recurso de apelação decorre da necessidade do sistema de ser dotado de mecanismos para que o tribunal fique em idêntica condição a que se encontrava o juiz ao sentenciar. É técnica processual. O tribunal, quando do julgamento do recurso, deverá contar com todos os elementos que dispunha o juiz quando da prolação da decisão, a fim de que seja permitido um amplo reexame da causa.⁴⁸⁹

A profundidade do efeito devolutivo não diz respeito às pretensões, mas sim aos fundamentos que as embasam, de forma que “será dado ao Tribunal, dentro dos limites do julgamento, reexaminar todos os fundamentos invocados, ainda que não tenham sido apreciados na decisão ou sentença”⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ JORGE. Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 368.

⁴⁸⁷ Idem, p. 368.

⁴⁸⁸ GONÇALVES. Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 872.

⁴⁸⁹ JORGE. Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 371.

⁴⁹⁰ GONÇALVES. Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 872.

Ainda sob a égide do CPC/73, Pontes de Miranda defendeu expressamente a possibilidade de inspeção judicial na fase recursal, com a aplicação do art. 440⁴⁹¹ ⁴⁹² daquele diploma processual, exatamente com fulcro na devolutividade da apelação:

No art. 440 fala-se de juiz, mas não se afasta a aplicação em superior grau de jurisdição, uma vez que a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada (art. 515 e §§ 1º e 2º), e pode ter por base a inspeção judicial, mesmo se o juiz não julgou a questão a que a inspeção se refere e até questões anteriores à sentença final, ou questões de fato, que não foram suscitadas no juízo inferior, mas sim na apelação, uma vez que se prove a omissão ter resultado de força maior (art. 516 e 517)⁴⁹³

Para José Carlos Barbosa Moreira,

A exata configuração do efeito devolutivo é problema que se desdobra em dois: o primeiro concerne à extensão do efeito, o segundo à sua profundidade. Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem; medir-lhe a profundidade é determinar com que material há de trabalhar o órgão ad quem para julgar.⁴⁹⁴

Em conformidade com os comandos normativos do art. 1.013, CPC/15, constata-se que a profundidade do efeito devolutivo constitui matéria significativamente ampla, de forma que o julgador recursal não fica limitado à reapreciação das questões que tenham sido efetivamente analisadas e resolvidas pelo julgador originário. Assim, “o tribunal poderá examinar todas as questões incidentais relevantes, respeitado o contraditório e o dever de consulta a que se refere o art. 10 do CPC. Por isso que se diz que a profundidade do efeito devolutivo permite que o tribunal julgue o recurso com base em questões que não foram

⁴⁹¹ Art. 440. CPC/73. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

⁴⁹² O art. 440 do CPC/73 equivale ao art. 481, CPC/15, com a seguinte redação: “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.”

⁴⁹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, 3 ed. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 502

⁴⁹⁴ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 431

necessariamente suscitadas nas razões ou nas contrarrazões recursais.⁴⁹⁵ “Em relação à profundidade (plano vertical), a devolução é considerada plena, abarcando todos os pontos e argumentos discutidos no processo, ainda que não solucionados, desde que adstritos ao(s) capítulo(s) impugnado(s).⁴⁹⁶

Conforme Daniel Amorim Assumpção Neves, “Na dimensão vertical, entendida como sendo a profundidade da devolução, estabelece-se a devolução automática ao tribunal, dentro dos limites fixados pela extensão, de todas as alegações, fundamentos, e questões referentes à matéria devolvida.”⁴⁹⁷

Em sentido distinto, demonstrando posicionamento restritivo e conservador, Moacyr Amaral Santos, assevera que não obstante o recurso de apelação provocar o reexame das questões suscitadas e discutidas no juízo singular, para sua reapreciação e julgamento, o reexame seria restrito às mesmas questões suscitadas e discutidas no juízo *a quo* e, assim sendo, os fundamentos deverão recair sobre “os mesmos fatos deduzidos e nas mesmas provas produzidas no juízo inferior”.⁴⁹⁸

Conforme assevera Rodrigo Reis Mazzei⁴⁹⁹:

No contexto da profundidade, especialmente em sede ordinária, o efeito devolutivo permite o exame recursal do “material jurídico e fático” que deveria ter sido efetuado pela decisão recorrida, mas que, por uma razão alheia à vontade do recorrente, foi ultimado sem aprofundamento, ou apenas levado a cabo parcialmente ou, ainda, em certos casos, omitido.

Na realidade, por força da profundidade do efeito devolutivo, cabe ao órgão recursal a reapreciação dos elementos probatórios que conduzirão ao convencimento do julgador e nortearão a fundamentação quanto às razões fáticas da decisão a ser proferida. Nessa toada, mesmo quando omissos o recurso quanto a algum ponto específico, caso seja constatada a insuficiência probatória, nada obsta a que seja a produção da prova determinada de ofício, pois a matéria está abrangida pela profundidade.

⁴⁹⁵ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. v. 3, Bahia: JusPodivm, 2016, p. 144

⁴⁹⁶ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Sistema recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 163

⁴⁹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.467.

⁴⁹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. V.3. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

⁴⁹⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. O efeito devolutivo e seus desdobramentos. In. Dos recursos: temas obrigatórios e atuais.v.1. Parte geral. Editora Instituto Capixaba de Estudos, Vitória, 2001, p. 155.

A profundidade do efeito devolutivo do recurso representa premissa norteadora para a produção e a análise das provas na fase recursal. Portanto, sempre a causa versar sobre questões de fato e for interposto recurso, caberá ao tribunal reapreciar a matéria probatória necessária à demonstração da verdade provável, podendo constatar, mesmo de ofício, a necessidade de repetição, complementação ou produção de alguma outra prova.

6.4 PRODUÇÃO DE PROVAS NO TRIBUNAL DURANTE A FASE RECURSAL

A seguir, serão apontadas, de forma meramente exemplificativa, as principais hipóteses em que a prova poderá ser produzida na fase recursal, por iniciativa das partes, do relator ou dos julgadores que compõem o órgão *ad quem*, sendo que, em algumas situações, a prova poderá ser produzida no próprio tribunal, em plena compatibilidade com a perspectiva de otimização e simplificação do procedimento, a celeridade e a economia processual.

a) pelo convencimento do julgador quanto à necessidade de produção, repetição, esclarecimento ou complementação da prova.

Se o julgador, na fase recursal, verificar que é necessário produzir, repetir, esclarecer ou complementar as provas, poderá ordenar que assim se proceda, com respaldo no art. 370, CPC/15, aliado ao art. 938, §§ 3º e 4º,⁵⁰⁰ CPC/15, que também amparam o poder instrutório do julgador.

Diante de provas insuficientes, contraditórias, confusas ou incompletas, o julgador recursal terá a oportunidade de adotar conduta proativa no aspecto probatório. Registre-se que o art. 932, I, CPC/15 expressamente prescreve a

⁵⁰⁰ Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

[...]

§ 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

§ 4º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1º e 3º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 jan 2017)

atribuição do relator de dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova.

A produção da prova poderá ser ordenada sempre que o julgador recursal constatar que é necessário, a partir da atenta análise dos autos, ou quando se deparar com fatos supervenientes à decisão recorrida (art. 933, CPC/15) que demandam a produção de provas.

A repetição da prova poderá ser ordenada principalmente quando o tribunal, acolhendo recurso da parte, anular o procedimento de uma prova já produzida.

Sobre a hipótese de anulação de procedimento probatório, o que poderá ocorrer, por exemplo, diante de uma perícia para a qual uma das partes não tenha sido intimada, dependendo da situação, poderá ser mais viável ao tribunal ordenar a produção da prova, ao invés de anular o processo a partir de certos atos e remeter os autos à primeira instância. Nesse sentido, Bruno Campos Silva, que assim defende:

Ao invés de anular a sentença e determinar a produção de nova prova em primeira instância, o tribunal deveria reformar a mencionada decisão e exercitar o seu dever-poder instrutório, vez que o juiz de primeira instância, viciado “enfeitado” por seu “livre convencimento (pseudo) motivado”, remotamente alterará o conteúdo de sua nova sentença.⁵⁰¹

O esclarecimento terá lugar quando se constatar que a prova, da forma como foi produzida, deixa dúvidas, não foi suficientemente precisa ou demonstra constatações ambíguas, como pode ocorrer, por exemplo, com um laudo pericial ou com o depoimento de testemunhas.

A complementação será necessária quando se constatar que a prova dos autos é insuficiente, ou quando for acolhido recurso que tinha como objeto a pretensão de complementação, o que pode ocorrer, por exemplo, com questionamentos da parte à testemunha, que tenham sido indeferidos pelo juiz singular no momento da audiência de instrução e julgamento e que o tribunal reconheça que deveriam ter sido formulados, ao acatar a alegação em apelação (art. 1.009, §1º, CPC/15).

⁵⁰¹ SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 311

Ainda sobre a complementação, o art. 932, parágrafo único, CPC/15, estabelece que incumbe ao relator antes de considerar inadmissível o recurso, conceder o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que complemente a documentação exigida.

A propósito, tanto de ofício quanto a requerimento da parte, o julgador poderá determinar a realização de nova perícia quando verificar que a matéria não está suficientemente esclarecida, conforme permite o art. 480⁵⁰², CPC/15. A constatação de insuficiência pode, por conseguinte, ocorrer na fase recursal.

Em conformidade com as modernas tendências do direito probatório, constitui verdadeiro dever do julgador comportar-se com dinamismo, envidando os esforços necessários para que a causa seja resolvida, tanto em primeira instância como no tribunal, em conformidade com a verdade provável, cabendo ao juiz, nesse sentido, lançar mão dos meios que lhe oferece o direito positivo para obviar a prova inexistente ou insuficiente.

Em todos os casos, a ordem de produção, repetição, esclarecimento ou complementação da prova deve ser fundamentada, com a demonstração da sua utilidade no processo, devendo também ser respeitado o contraditório.

b) Na hipótese de acolhimento de prova pleiteada na apelação contra interlocutória não agravável por instrumento que a tenha indeferido. (Art. 1.009 parágrafo único, CPC/15)

O CPC/15 imprimiu relevantes mudanças no regime da recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de conhecimento, se comparado ao modelo processual anterior, de 1973⁵⁰³, com a delimitação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento (art. 1.015, CPC/15), a supressão do agravo retido e a alteração do momento de configuração da preclusão das interlocutórias não

⁵⁰² Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

§ 1º A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu.

§ 2º A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira.

§ 3º A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

⁵⁰³ Pelo CPC/73, as decisões interlocutórias deveriam ser questionadas através do agravo retido, com exceção das hipóteses em que houvesse risco de lesão grave ou de difícil reparação, contra a decisão que inadmitisse a apelação, quando relativa aos efeitos atribuídos pelo juiz à apelação, ou então quando o agravo retidos fosse incompatível com a situação, hipóteses em que seria permitido o agravo de instrumento.

suscetíveis de agravo de instrumento, que somente se verificará na hipótese de não serem suscitadas⁵⁰⁴, de forma preliminar⁵⁰⁵, no recurso de apelação (art. 1.009, § 1º, CPC/15)⁵⁰⁶.

Destarte, diante de uma decisão interlocutória agravável (art. 1.015, CPC/15), caso não seja interposto o agravo de instrumento, haverá preclusão imediata em relação à possibilidade de questionamento da decisão. Se, contudo, a decisão interlocutória não comportar agravo de instrumento, a preclusão será diferida⁵⁰⁷, ocorrendo apenas na hipótese de não impugnação da questão nas razões ou nas contrarrazões de apelação⁵⁰⁸.

Diante do indeferimento de prova pelo juiz singular na fase cognitiva do procedimento em primeira instância, como na hipótese de juntada de um documento, a oitiva de uma testemunha ou a realização de uma perícia, caberá à parte que discordar da decisão, pleitear a sua reforma, nas razões ou nas contrarrazões de apelação. Havendo acatamento da pretensão probatória em grau de apelação, o tribunal ordenará a produção da prova.

Quando, na apelação, o tribunal acolher requerimento de prova indeferida por interlocutória não agravável, haverá, portanto, necessidade de produção da referida prova na seara recursal.

⁵⁰⁴ “Suscitadas”, nesse caso, significa “impugnadas”. DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. . v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 165)

⁵⁰⁵ “Preliminar, aqui, não se refere a uma questão de admissibilidade; preliminar, no contexto do § 1º do art. 1.009, significa apenas que a impugnação será feita antes, o que é natural, tendo em vista a cronologia das decisões: a decisão interlocutória é anterior à sentença. O combate a uma interlocutória não agravável integra o mérito da apelação.” DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. . v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 166)

⁵⁰⁶ Art. 1.009, CPC/15. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

§ 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

§ 3º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença.

⁵⁰⁷ “Quando o § 1º do art. 1.009 diz que estas decisões não precluem, o que está a afirmar é que não cabe agravo de instrumento contra elas. Sua impugnação há de ser feita na apelação (ou nas contrarrazões); se não for feita nesse momento, haverá, evidentemente, preclusão.” (DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. . v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 165)

⁵⁰⁸ Sob a égide do CPC/15, a apelação pode ser manejada tanto para impugnar a sentença quanto as decisões interlocutórias não agraváveis.

c) Mediante provimento de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória denegatória de prova que comporta imediato recurso

O art. 1.015 do CPC/15 menciona as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, sendo que, dentre elas, encontra-se a decisão que versar sobre exibição ou posse de documento ou coisa (art. 1.015, VI, CPC/15).

Se for interposto recurso de agravo de instrumento contra decisão que tenha negado pedido de exibição ou posse de documento ou coisa, caso seja provido, o tribunal ordenará que a prova seja realizada. Nesse caso, estando a ação na qual foi proferida a decisão interlocutória agravada, em curso perante o juízo singular, lá será produzida a prova.

d) Prova necessária para cumprimento de diligência visando sanar vícios na fase recursal (Art. 932, § único e 938, § 1º, CPC/15)

De forma inovadora, dispositivos do CPC/15, em consonância com o princípio da cooperação (art. 6º, CPC/15) e a regra da primazia da decisão de mérito (art. 4º, CPC/15), preveem a necessidade de realização de diligência tendente a realizar ou repetir ato processual, diante da constatação da ocorrência de vício sanável, a fim de permitir a regularização.

Assim prevê o art. 932, parágrafo único:

Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.⁵⁰⁹

Por sua vez, o art. 938, § 1º tem a seguinte redação:

Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

§ 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação

⁵⁰⁹ Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em 04 fev. 2017.

do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.⁵¹⁰

Teresa Arruda Alvim Wambier discorre exemplificativamente sobre a sanabilidade de vícios:

Portanto, vícios sanáveis são aqueles que, concretamente, podem ser sanados: são exemplos os defeitos quanto à representação da parte, à regularização da procuração dada ao advogado, à comprovação adequada de que houve pagamento de custas. Não são sanáveis, por exemplo, existência de coisa julgada, litispendência, intempestividade.⁵¹¹

A jurista retromencionada ressalta a harmonia dos comandos normativos que permitem a sanabilidade de vícios com a primazia da decisão de mérito:

Detectada a existência destes vícios, o relator determinará que seja praticado de novo o ato ou renovado, seja em 1º grau, seja em 2º grau, sendo as partes disso intimadas, e, depois, se possível, se deve prosseguir para julgar o mérito do recurso. Esta disposição é inteiramente harmoniosa com o intuito do legislador de “salvar” os processos, de “salvar” os recursos: o que interessa às partes e à sociedade é a decisão de mérito.⁵¹²

O Enunciado nº 82, do FPPC prevê que “É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais”⁵¹³

Para garantir o cumprimento dos dispositivos legais retromencionados, havendo necessidade de produção de prova, ela será produzida, inclusive, no próprio tribunal:

⁵¹⁰ Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em 04 fev. 2017.

⁵¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.479

⁵¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.479

⁵¹³ Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em 04 fev. 2017.

e) Juntada de prova produzida por carta precatória ou rogatória

Na pendência do processo em primeira instância, havendo necessidade de produção de provas em juízo distinto de onde tramita a ação, a ele será solicitada diligência por meio do encaminhamento de carta precatória ou rogatória, valendo-se o juízo solicitante da cooperação jurídica, nacional (art. 69, § 2º, II, CPC/15) ou internacional (art. 27, II, CPC/15).

O deferimento de carta precatória ou rogatória para fins probatórios, contudo, somente acarretará a suspensão do processo, a despeito do teor do art. 313, V, b, CPC/15⁵¹⁴, quando o requerimento ocorrer antes da decisão de saneamento e a prova solicitada for imprescindível, conforme disposto no art. 377, CPC/15⁵¹⁵.

O parágrafo único do art. 377, CPC/15, prevê, entretanto, que a carta precatória e a carta rogatória não devolvidas no prazo ou concedidas sem efeito suspensivo poderão ser juntadas aos autos a qualquer momento.

Nesse sentido, a lição do renomado mestre Pontes de Miranda, no sentido de que a carta: “poderá ser junta aos autos, na superior instância, e produzirá os efeitos de convicção, que tenha, como se houvesse sido apresentada na primeira instância (inclusive dela se servirem os juízes para reformar, no todo ou em parte, a sentença)”⁵¹⁶.

Portanto, se a carta precatória ou rogatória, contendo prova produzida perante o órgão deprecado ou rogado for devolvida quando o processo já estiver sendo analisado pela instância recursal, ela passará a integrar o processo, devendo a prova nela produzida ser considerada no momento do julgamento do recurso.

f) Requisição de certidões e procedimentos administrativos

⁵¹⁴ Art. 313, CPC/15. Suspende-se o processo:

V - quando a sentença de mérito:

b) tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo;

⁵¹⁵ Art. 377, CPC/15. A carta precatória, a carta rogatória e o auxílio direto suspenderão o julgamento da causa no caso previsto no art. 313, inciso V, alínea “b”, quando, tendo sido requeridos antes da decisão de saneamento, a prova neles solicitada for imprescindível.

Parágrafo único. A carta precatória e a carta rogatória não devolvidas no prazo ou concedidas sem efeito suspensivo poderão ser juntadas aos autos a qualquer momento.

⁵¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, 3 ed. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 295.

Prevê o art. 438, CPC/15 que em qualquer tempo ou grau de jurisdição, o juiz poderá requisitar às repartições públicas as certidões necessárias à prova das alegações das partes ou ainda, os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da administração indireta.

Conforme Antônio Carlos Araújo Cintra,

É de se ver que essa requisição de certidões se faz de ofício ou a requerimento da parte interessada e que as repartições públicas a ela estão sujeitas em virtude de seu dever de colaboração com o poder Judiciário para o descobrimento da verdade.⁵¹⁷

Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga assim se manifestam:

A possibilidade de o juiz requisitar documentos, prevista no art. 438, tem fundamento no poder instrutório que lhe é reconhecido pelo art. 370, do CPC. Esse poder será exercido sempre que a parte estiver impossibilitada de obter o elemento de prova de que precisa, ou quando o juiz, mesmo de ofício, entender que é necessário buscá-lo para melhor formar o seu convencimento.⁵¹⁸

Em relação à requisição de procedimentos administrativos, Antônio Carlos Araújo Cintra⁵¹⁹ esclarece que a entidade responsável pelo procedimento requisitado poderá, se entender necessário, requerer que a exibição se faça em regime de segredo de justiça ou então que o processo judicial passe a correr nesse regime, a partir da juntada do procedimento.

Considerando o disposto no § 2º do art. 438, CPC/15, quando a requisição de certidões ou processos administrativos decorrer de iniciativa do relator ou da turma, em processo que tramita na fase recursal, perante o Tribunal, as repartições públicas poderão cumprir a diligência, de forma física ou por meio eletrônico, enviando a documentação diretamente ao Tribunal. Trata-se, portanto, de genuína

⁵¹⁷ CINTRA. Antônio Carlos Araújo, Comentários ao Código de Processo Civil. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 146.

⁵¹⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 227

⁵¹⁹ CINTRA. Antônio Carlos Araújo, Comentários ao Código de Processo Civil. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 148.

hipótese de produção de provas na fase recursal que poderá se dar por ordem do próprio Tribunal.

g) Quando forem alegados fatos supervenientes (fatos verdadeiramente novos no contexto material) ou surgirem documentos novos (arts. 342, 435, 493 e 933, CPC/15)

Os documentos contam com momento oportuno para sua juntada aos autos, devendo ser apresentados na petição inicial ou na contestação (art. 434, CPC/15), porém, em algumas circunstâncias, é admitida sua juntada posterior, inclusive na fase recursal.

É cediço que, normalmente, os fatos sobre os quais versa o conflito de interesse que constitui objeto da demanda são expostos e delimitados na petição inicial ou na contestação, porém, fatos que, no contexto material, sejam posteriores ao momento oportuno para sua alegação no processo serão considerados fatos supervenientes, podendo ser alegados e comprovados posteriormente, inclusive na seara recursal, quando demonstrarem potencialidade para influenciar no resultado do recurso.

Fato superveniente no processo é o acontecimento posterior a um momento processual pretérito adotado como marco referencial para sua alegação e que apresenta potencialidade para interferir no resultado do julgamento.

Os artigos 342, I,⁵²⁰ 493⁵²¹ e 933⁵²², todos do CPC/15 ratificam a possibilidade de alegação de fatos supervenientes⁵²³ no procedimento recursal.

⁵²⁰ Art. 342, CPC/15: “Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: I - relativas a direito ou a fato superveniente;”

⁵²¹ Art. 493, CPC/15: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.”

⁵²² Art. 933, CPC/15; “Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente. § 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.”

⁵²³ “Aqueles supervenientes à decisão apelada” (DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. . v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 190)

Ao permitir a dedução de fatos supervenientes, será oportunizada a comprovação da sua efetiva ocorrência, o que implicará, portanto, na oportunidade de produção de prova.

O mesmo ocorre quando surgirem documentos novos versando sobre fatos supervenientes, em que as partes poderão proceder a sua juntada aos autos, conforme permitido no caput do art. 435, CPC/15⁵²⁴.

O art. 933, CPC/15, dispõe sobre a necessidade de intimação das partes para manifestação diante de eventual constatação de fato superveniente durante o trâmite do processo no tribunal:

Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.⁵²⁵

Por sua vez, Flávio Cheim Jorge assim se expressa:

Quanto ao fato superveniente, se aplica integralmente o disposto no art. 493 do CPC/2015, o qual não deve ter incidência unicamente em relação ao juiz de primeiro grau, mas enquanto existir estado de pendência (litispendência). Assim é que, se algum fato modificativo, extintivo ou constitutivo do direito influir no julgamento da lide, **caberá ao órgão julgador – e não somente ao juiz** – levá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, **no momento de proferir a sua decisão (sentença ou acórdão).**⁵²⁶

Ao se referir aos fatos supervenientes, Daniel Amorim Assumpção Neves ressalta a necessidade de intimação das partes para manifestação, quando a constatação de fato superveniente se der de ofício, pelo relator: “A constatação pelo relator poderá ocorrer de ofício ou de forma provocada por qualquer uma das partes, hipótese em que o contraditório se aperfeiçoará com a intimação da parte contrária com prazo de cinco dias para manifestação.”⁵²⁷

⁵²⁴ Art. 435, CPC/15: “É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos”

⁵²⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 dez. 2016

⁵²⁶ JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 384.

⁵²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.333.

h) diante de alegação nova de fatos pretéritos (fatos novos nos autos) em razão de força maior (Art. 1.014, CPC/15)

Em conformidade com o disposto no art. 1.014, CPC/15⁵²⁸, o apelante ou o apelado poderão suscitar questões de fato no procedimento da apelação, desde que fique provado que a não alegação no momento processual oportuno se deu em razão de força maior.⁵²⁹⁻⁵³⁰

Essa regra se refere a uma “alegação nova de fatos velhos”⁵³¹, expressão usada por Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha ou, como prefere Araken de Assis, “são questões velhas, mas de conhecimento recente.”⁵³² Tratam-se, portanto, de fatos que, de ordinário, poderiam ter sido alegados em primeira instância, porém, devido a uma justa razão, um motivo de força maior, deixaram de ser suscitados.

Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha, ao discorrerem sobre o art. 1.014, CPC/15, esclarecem a diferença entre “alegação nova de fatos velhos” e “fatos novos”, que foram abordados no item anterior dessa dissertação:

Note que a regra se refere a *alegação nova de fatos velhos*. São fatos que poderiam ter sido alegados em primeira instância, mas não o foram por justa razão. *Fatos novos*, compreendidos como aqueles supervenientes à decisão apelada, podem ser suscitados na apelação, conforme dispõem os arts. 342, I e 493. Os §§ 1º e 2º do art. 933 ratificam a possibilidade de alegação de fatos supervenientes no procedimento da apelação.⁵³³

Consoante os ensinamentos de Flávio Cheim Jorge, na hipótese de ser admitida a produção de prova na fase recursal fundada em alegação nova de fatos

⁵²⁸ Art. 1.014, CPC/15. As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

⁵²⁹ Para Flávio Cheim Jorge (Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 383), “um elemento fundamental para a caracterização da força maior é que a parte não tenha agido desidiosamente, na busca da demonstração de todos os fatos no processo.

⁵³⁰ Para Araken de Assis, força maior “é o evento imprevisível e alheio à vontade da parte.” (ASSIS. Araken de. Manual dos Recursos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 4587)

⁵³¹ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito processual Civil, v.3, 13 ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 190.

⁵³² ASSIS. Araken de. Manual dos Recursos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 458

⁵³³ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito processual Civil, v.3, 13 ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 190-191.

pretéritos, não deduzidos anteriormente em razão de força maior, sendo o caso de produção de prova pericial ou oral, ela poderá ser produzida no próprio tribunal:

A prova, em tal hipótese, deverá ser obrigatoriamente permitida, qualquer que seja a sua natureza. **Tratando-se de prova documental, bastará a sua juntada aos autos**, intimando-se a parte contrária nos termos do art. 437, § 1º, do CPC/2015; e, **caso haja necessidade de tomada de depoimento ou realização de perícia**, deve-se converter o julgamento em diligência, utilizando-se do disposto nos arts. 972 ou 938, § 3º, ambos do CPC/2015, delegando a competência ao juízo de primeiro grau onde a prova deve ser produzida **ou mesmo produzindo-a no próprio tribunal.**(g.n.)⁵³⁴

Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha reconhecem no art. 1.014, CPC/15 a possibilidade de alegação de novo fundamento de fato na apelação:

O art. 1.014 do CPC não trata do efeito devolutivo da apelação, pois não se refere a questões já submetidas ao juízo de primeira instância, aludindo, em verdade, a pontos inéditos, ainda não submetidos, naquele processo, ao conhecimento do órgão jurisdicional. O dispositivo permite a alegação de novo fundamento de fato, desde que demonstrado um motivo de força maior.⁵³⁵

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, o que identifica um fato como “novo” não é necessariamente o momento em que ocorre, mas sim o momento em que é levado ao judiciário: “[...] fatos novos não se confundem com fatos supervenientes, de forma que os fatos serão novos porque ainda não foram levados à apreciação do Poder Judiciário naquele processo, ainda que tenham ocorrido – como em regra acontece- antes da prolação da sentença.”⁵³⁶

Daniel Amorim Assumpção Neves ainda destaca algumas situações em que, na sua visão, estaria configurada a força maior exigida no art. 1.014, CPC/15 para a admissibilidade das novas alegações de fato:

⁵³⁴ JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 383.

⁵³⁵ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito processual Civil, v.3, 13 ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 191.

⁵³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.550.

- Ignorância do fato pela parte, com a exigência de um motivo sério e objetivo para que a parte desconhecesse o fato;
- impossibilidade de a parte comunicar o fato ao seu advogado, desde que exista uma causa objetiva para justificar a omissão;
- Impossibilidade do próprio advogado em comunicar o fato ao juízo, desde que demonstrada que a omissão foi causada por obstáculo insuperável e alheio à sua vontade.⁵³⁷

Se há possibilidade de alegação desses fatos, por consequência, haverá possibilidade de se produzirem provas e contraprovas a seu respeito, durante a fase recursal do processo. Em verdade, diante de nova alegação de fatos em razão de força maior, haverá necessidade de se produzir prova: a) da ocorrência de força maior e, b) dos fatos alegados.

Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira ressalta a necessidade de produção de provas tanto do motivo de força maior quanto das questões novas alegadas: “A alegação há de vir acompanhada da prova do motivo de força maior, sob pena de não poder o tribunal apreciar a questão nova. Provado o motivo de força maior, abre-se naturalmente à parte o ensejo de produzir prova do(s) fato(s) a que se refere a arguição.”⁵³⁸

Se, porventura, os fatos puderem ser provados através de documentos, a juntada se dará nos próprios autos do processo, no Tribunal. Se houver necessidade de oitivas, também poderão ser conduzidas pelo tribunal, através de videoconferência. Porém, sendo necessária prova pericial, o julgamento poderá ser convertido em diligência, para que a prova seja produzida em primeira instância.

Sobre o procedimento para a produção da prova, *in casu*, manifesta-se Daniel Amorim Assumpção Neves:

é natural que, admitida a alegação de novas questões de fato em sede de apelação, ao tribunal seja concedida a competência para a produção de prova, porque seria flagrante cerceamento do direito da ampla defesa admitir alegação de nova questão de fato e subtrair da parte o direito à produção da prova. Tratando-se de prova documental, a produção ocorre no

⁵³⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.551

⁵³⁸ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 457

próprio tribunal, abrindo-se vista à parte contrária para manifestação no prazo de 15 dias (art. 437, § 1º, do Novo CPC).⁵³⁹

Para José Carlos Barbosa Moreira, seria inútil permitir à parte a alegação de questões novas se não lhe fosse permitido praticar os atos instrutórios a elas correspondentes: “Seria, com efeito, inane a permissão de suscitar questões novas, em tal hipótese, sem a correlata e necessária autorização para a prática de atos instrutórios.”⁵⁴⁰

Fredie Didier Jr. e Leonardo Cordeiro da Cunha esclarecem que os comandos do art. 1.014, CPC/15 não precisariam ser invocados no recurso de um terceiro prejudicado, mas apenas em recurso interposto pelas partes:

O art. 1.014 do CPC aplica-se apenas às partes, não devendo incidir no recurso de terceiro, pois não tendo participado do processo, não poderá, antes, ter suscitado qualquer questão de fato perante o órgão de primeira instância. Como o dispositivo decorre da boa-fé objetiva, e considerando que esta consiste numa avaliação comportamental, não há qualquer contradição ou comportamento indevido do terceiro que, prejudicado com a decisão, recorre, alegando fundamento de fato ainda não invocado.⁵⁴¹

Se a prova for documental, haverá necessidade de contraditório, com a oitiva da outra parte (art. 437, § 1º, CPC/15)⁵⁴² **“se, todavia, a prova for feita por outro meio, poderá ser produzida ou colhida no próprio tribunal**, pelo relator (art. 932, I, CPC), o qual poderá, alternativamente, delegar a um juízo de primeira instância a tarefa, aplicando-se analogicamente o art. 972 do CPC”⁵⁴³.

⁵³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.551.

⁵⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 457

⁵⁴¹ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito processual Civil, v.3, 13 ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 193.

⁵⁴² Art. 437, § 1º, CPC/15. Diante da juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436.

⁵⁴³ Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha, na obra Curso de Direito processual Civil, v.3, 13 ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 191).

i) Nova juntada de documentos velhos mediante justa causa (435, parágrafo único)

O artigo 435, parágrafo único, CPC/15⁵⁴⁴, prevê a possibilidade de juntada de documentos velhos não carreados aos autos no momento processual adequado versando sobre fatos velhos alegados tempestivamente no processo, que podem ser tanto aqueles documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como os que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, sendo que, nesses casos, caberá à parte que os produzir, comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente, ou seja, a justa causa, que é o evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.⁵⁴⁵

A título de exemplo, podem ser mencionadas algumas situações apontadas por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵⁴⁶:

- a) quando o documento somente for conhecido pela parte após o encerramento da oportunidade propícia para sua juntada tempestiva aos autos;
- b) quando o documento, embora de ciência da parte, não possa ser obtido imediatamente, por estar em lugar ermo ou em outro processo; ou ainda,
- c) quando o documento, embora de conhecimento da parte, não tenha chegado às mãos do advogado para juntada tempestiva.

Sobre a temática, Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que “a regra não proíbe a juntada de documento novo referente à alegação de fato já formulada, desde que se demonstre que ele não pode ter sido juntado antes”⁵⁴⁷

Portanto, há possibilidade de juntada desses documentos novos na fase recursal.

⁵⁴⁴ “Art. 435 parágrafo único, CPC/15. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.

⁵⁴⁵ Art. 223, CPC/15. 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.

§ 1º Considera-se justa causa o evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.

§ 2º Verificada a justa causa, o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.

⁵⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil, 2 ed. v. 5. São Paulo: RT, 2005, p. 474

⁵⁴⁷ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 191

j) exibição de documento contra a parte contrária ou contra terceiro (art. 396, CPC/15)

Não é de se descartar a possibilidade de ser pleiteada ordem judicial para exibição de documento ou coisa na fase recursal, o que poderá se dar em relação à parte ou a terceiros, a teor do art. 396⁵⁴⁸ do CPC/15.

Com efeito, o pedido poderá ser fundado na pretensão de comprovar fato novo, direito superveniente ou ainda por força do acolhimento de pretensão recursal que tenha acatado o pedido do recorrente diante do indeferimento da prova na instância originária.

Sendo admitida a exibição de documento contra a parte ou contra terceiro na fase recursal, ela será efetivada, por ordem do próprio tribunal.

k) juntada de documentos em agravo de instrumento

Sempre que for interposto agravo de instrumento, nas hipóteses previstas no art. 1.015, CPC/15, o agravante poderá instruir o recurso com a documentação necessária, sendo permitido também ao agravado a juntada de documentos para contrapor às alegações.

l) Prova em impugnação de autenticidade ou em incidente de arguição de falsidade instaurado no tribunal, na fase recursal

É lícito às partes, a qualquer tempo no curso do processo, inclusive na fase recursal, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos (art. 435, CPC/15).

⁵⁴⁸ Art. 396, CPC/15. “O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder.”

Nessa hipótese, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte (art. 437, § 1º CPC/15), que poderá, no prazo de 15 (quinze) dias, dentre outras coisas, impugnar sua autenticidade ou suscitar sua falsidade, com ou sem deflagração do incidente de arguição de falsidade (art. 436, II e III, e 437, § 1º, CPC/15)⁵⁴⁹.

Prevê o art. 430, CPC/15 que a falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos. Portanto a arguição poderá também ser apresentada em instância superior, se os documentos forem juntados na fase recursal.

Em referência ao dispositivo legal citado, Freie Didier, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga destacam a competência do relator para o recebimento da alegação de falsidade, quando arguida no tribunal: “Se o incidente ocorrer no tribunal, a petição deverá ser dirigida ao relator do processo.”⁵⁵⁰

A falsidade poderá ser arguida no prazo de 15 dias após a juntada de novo documento, mesmo na fase recursal. Ao arguir a falsidade, a parte exporá os motivos em que funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado (art. 431, CPC/15). Depois de ouvida a outra parte no prazo de 15 (quinze) dias, será realizado o exame pericial, porém, não se procederá ao exame pericial se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo. (art. 432, CPC/15).

Quando arguida a falsidade no tribunal, caberá ao relator do recurso conduzir o processamento do pedido, inclusive no que se refere à produção de provas (art. 932, I, CPC/15). Sendo ordenada a produção de prova pericial, o tribunal poderá delegar ao juízo de primeiro grau a atribuição de produzi-la.

Na impugnação de autenticidade, a parte sustentará que a autoria revelada não corresponde à real autoria material ou intelectual. A aferição da autenticidade exige

⁵⁴⁹ Art. 436. A parte, intimada a falar sobre documento constante dos autos, poderá:

I - impugnar a admissibilidade da prova documental;

II - impugnar sua autenticidade;

III - suscitar sua falsidade, com ou sem deflagração do incidente de arguição de falsidade;

[...]

Art. 437. O réu manifestar-se-á na contestação sobre os documentos anexados à inicial, e o autor manifestar-se-á na réplica sobre os documentos anexados à contestação.

§ 1º Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436.

⁵⁵⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 237

a análise da sua autoria, sendo que será autêntico o documento quando a autoria aparente corresponde à autoria real.⁵⁵¹

Quando oportunamente impugnada a autenticidade ou arguida a falsidade, instaura-se um incidente⁵⁵², cabível em todas as fases processuais e graus de jurisdição, inclusive quando o documento for produzido eletronicamente (arts. 439-441, CPC/15 e art. 11, § 2º, Lei nº 11.419/06).

Diante da impugnação de autenticidade ou então da arguição de falsidade de documento apresentado nos autos na instância recursal, haverá necessidade de se permitir a produção de provas e contraprovas quanto às questões suscitadas, o que, será ordenado pelo Tribunal.

m) Quando arguida suspeição ou impedimento do julgador na fase recursal

Conforme admite o art. 146, CPC/15, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento do fato, a parte alegará o impedimento ou a suspeição, em petição específica dirigida ao juiz do processo, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas. Se reconhecer o impedimento ou a suspeição ao receber a petição, o juiz ordenará imediatamente a remessa dos autos a seu substituto legal, caso contrário, determinará a autuação em apartado da petição e, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentará suas razões, acompanhadas de documentos e de rol de testemunhas, se houver, ordenando a remessa do incidente ao tribunal.

Já o art. 148, § 3º prevê que, nos tribunais, a arguição de suspeição ou impedimento será disciplinada pelo regimento interno.

Considerando a competência do tribunal para processar e julgar a arguição de suspeição ou impedimento, não só do juiz singular, como também de desembargador, caberá àquele órgão judiciário proceder aos atos instrutórios que se fizerem necessários.

⁵⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. A prova civil: parte geral: o conceito jurídico da prova. 2 ed. São Paulo: Editora Pillares, 2016, p. 2012

⁵⁵² Para Eduardo Talamini, o incidente pode ser considerado um “episódio procedimental específico”. (TALAMINI, Eduardo. Art. 430. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 616)

n) Diante de negócios processuais precedentes ou supervenientes permissivos de produção de provas na fase recursal

Conforme exposto em tópico específico nessa dissertação, as partes poderão deliberar consensualmente através de negócios jurídicos processuais versando sobre a produção de provas, inclusive na fase recursal.

Na hipótese de realização de negócio processual, antecedente à propositura da ação ou de maneira incidental, tendo como objeto a deliberação sobre produção de provas na fase recursal, será admitida a sua produção.

o) Quando versarem sobre questões que podem ser alegadas pelo interessado ou declaradas de ofício pelo julgador a qualquer tempo

Existem matérias que podem ser alegadas ou reconhecidas e declaradas pelo julgador, de ofício, a qualquer tempo, como ocorre com a prescrição, decadência, ou ainda a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, perempção, litispendência, coisa julgada, ausência de legitimidade ou de interesse processual e intransmissibilidade da ação em caso de morte da parte, conforme prevê o art. 485, § 3º, CPC/15.

No tocante ao tema, aponta Vicente Miranda:

Mas o poder recursal pode exercitar-se de ofício, sem pedido recursal, sobre aquelas questões apreciáveis de ofício pelo órgão julgador. Interposta a apelação, o juiz ad quem não se adstringirá à extensão e ao conteúdo do pedido recursal, podendo apreciar e decidir questões não suscitadas nem discutidas pelas partes, questões estas que são conhecidas de ofício pelo tribunal, questões não preclusivas.⁵⁵³

⁵⁵³ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 281

O art. 10⁵⁵⁴ do CPC/15 prevê a necessidade de se franquear às partes a oportunidade para manifestação sobre fundamento a respeito do qual ainda não tenham sido ouvidas, ainda que se trate de matéria sobre a qual o julgador deva decidir de ofício.

Assinale-se que, nesses casos, portanto, diante da alegação de qualquer das matérias na fase recursal, ou de verificação pelos próprios julgadores, poderá a questão demandar a produção de prova e de contraprova, o que será admitido.

p) Quando houver dúvida sobre a condição de hipossuficiência da parte que pleitear a gratuidade de justiça.

O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso (art. 99, CPC/015).

Se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, o juiz deverá determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos (art. 99, § 2º, CPC/15).

Por conseguinte, quando formulado o pedido de gratuidade na fase recursal, caso seja impugnado pela parte adversa ou ainda quando houver dúvida do julgador, na fase recursal, sobre a alegada condição de hipossuficiência da parte, será necessário permitir a produção de provas e contraprovas.

q) Quando ocorrer remessa necessária

A remessa necessária está prevista no art. 496, CPC/15 e ocorrerá sempre que for proferida sentença contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; ou ainda quando a sentença julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

⁵⁵⁴ Art. 10, CPC/15. “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. “

Não haverá, porém, a remessa necessária quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior aos limites previstos nos §§ 3º e 4º do art. 496, CPC/15.

Quando ocorrer a remessa, verificando a necessidade de ordenar a produção de provas, o tribunal poderá fazê-lo.

6.5 BREVES APONTAMENTOS SOBRE AS PRINCIPAIS PROVAS QUE PODEM SER PRODUZIDAS NA FASE RECURSAL

Diante do que foi exposto no presente capítulo, percebe-se que diligências esclarecedoras ou provas comportam produção na fase recursal.

Quanto à produção da prova oral na fase recursal, Didier Jr e Cunha esclarecem:

A prova oral, em tribunal, pode ser colhida de três formas: a) expede-se carta de ordem a juiz de primeira instância, para que colha a prova oral (art. 972, CPC, por analogia); b) o relator faz a colheita da prova oral em seu gabinete (art. 932, I, CPC); c) a prova oral pode ser produzida em sessão do órgão colegiado, hipótese de raro acontecimento, tendo em vista o acúmulo de serviço nos tribunais; embora seja de rara verificação, essa hipótese certamente daria aos magistrados melhores condições para valorar a prova produzida, em razão da imediatidade com a colheita das provas, muito importante em provas orais.⁵⁵⁵

Considerando-se os meios legais⁵⁵⁶ previstos na legislação processual, verificam-se as seguintes possibilidades:

a) Interrogatório informal: o CPC/15 atribui ao julgador o poder de determinar, a qualquer tempo⁵⁵⁷, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa (art. 139, VIII). Trata-se da diligência de interrogatório

⁵⁵⁵ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 48

⁵⁵⁶ Prevê o art. 369, CPC/15, que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

⁵⁵⁷ “Há, também, o interrogatório, determinado ex officio pelo juiz, em qualquer estágio do processo, inclusive em instância recursal.” (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 151)

livre, possível tanto na fase de conhecimento, por iniciativa do juiz singular ou ainda na fase recursal, por iniciativa do relator ou dos demais juízes que compõem a turma julgadora.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha advertem:

Pode o relator, nos termos do inciso VIII do art. 139 do CPC, determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso. É o que se chama de interrogatório informal, inconfundível com o depoimento pessoal.⁵⁵⁸

O objetivo da diligência se limita à obtenção de esclarecimentos quanto a circunstâncias que se apresentam confusas ou obscuras e que sejam alusivas às questões debatidas no processo, porém, sem o intuito de produzir prova⁵⁵⁹. “Pode-se dizer que o interrogatório livre é antes uma forma de esclarecimento de que se vale o juiz para melhor inteirar-se dos fatos do processo do que propriamente um meio de prova”⁵⁶⁰

O não comparecimento da parte ou a sua recusa em responder aos questionamentos não ensejará à pena de confesso. Se ordenado o interrogatório livre, haverá necessidade de cientificação da parte adversa, para que tenha a oportunidade de acompanhar o ato, de forma a se resguardar o contraditório. Nesse sentido, Alexandre Freire e Newton Pereira Ramos Neto: “entende-se que a determinação de comparecimento pessoal de uma das partes exige a cientificação da parte contrária para, querendo, acompanhar o ato, sob pena de violação ao contraditório.”⁵⁶¹

⁵⁵⁸ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 51

⁵⁵⁹ Em sentido contrário, Marcus Vinícius Rios Gonçalves, afirma que o interrogatório “é um meio de prova de caráter complementar” (GONÇALVES, 2016, p. 291)

⁵⁶⁰ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo civil, v. 5, tomo II, 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005., p. 26

⁵⁶¹ FREIRE, Alexandre; NETO, Newton Pereira Ramos. Art. 139. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 217-218

b) Inspeção judicial: o legislador processual previu expressamente a possibilidade de inspeção judicial⁵⁶² em qualquer fase do processo (art. 481, CPC/15)⁵⁶³. Sendo assim, verificando a necessidade e a viabilidade, o tribunal também poderá, na fazer recursal, proceder à inspeção judicial.⁵⁶⁴

Nesse sentido, esclarecem Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha:

Realmente, o órgão judicial pode, em qualquer fase do processo (inclusive em instância recursal), inspecionar pessoalmente pessoas ou coisas (móveis, imóveis e semoventes), a fim de esclarecer-se sobre fato que interesse à decisão da causa (art. 481, CPC).⁵⁶⁵

Na hipótese de ser realizada na fase recursal, a inspeção não poderia ser pleiteada pela parte, cabendo ao julgador, de ofício, deliberar sobre a sua necessidade, conforme asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart

Quando de ofício, a inspeção assume característica completamente distinta, e por isso pode ser determinada antes ou depois da produção de qualquer prova, mesmo após o fim da audiência de instrução. Além disso, por ter natureza de instrumento posto a serviço do juiz para se esclarecer sobre os fatos, a inspeção judicial pode ser determinada de ofício no tribunal, ainda que nessa ocasião não possa ser objeto de requerimento da parte. (g.n)⁵⁶⁶

⁵⁶² “Inspeção judicial é a percepção sensorial direta do juiz, a fim de se esclarecer quanto a fato, sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas.” (SANTOS. Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 2, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 501)

⁵⁶³ Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

⁵⁶⁴ Abordando a possibilidade de inspeção judicial na fase recursal, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, em sua obra “Comentários ao Código de Processo Civil, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 502, afirma que: “No art. 440 fala-se de juiz, mas não se afasta a aplicação em superior grau de jurisdição, uma vez que a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada (art. 515, e §§ 1º e 2º), e pode ter por base a inspeção judicial, mesmo se o juiz não julgou a questão a que a inspeção se refere e até questões anteriores à sentença final, ou questões de fato, que não foram suscitadas no juízo inferior, mas sim na apelação, uma vez que se prove a omissão ter resultado de força maior (arts. 516 e 517).”

⁵⁶⁵ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 47-48

⁵⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil, 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, p. 611

A inspeção judicial consiste no melhor e mais raro meio de prova; melhor porque é realizada pelo próprio julgador, evitando intermediários, e mais raro não pelo seu caráter subsidiário, mas sim pela própria opção dos juízes.⁵⁶⁷

c) Depoimento da parte: em regra, o depoimento pessoal⁵⁶⁸ será colhido na audiência de instrução e julgamento, porém, esse meio de prova poderá ser produzido na fase recursal, por ordem do julgador, de ofício, quando verificar a necessidade de melhor esclarecer os fatos, ou ainda quando a sua realização for negada pelo juiz de primeira instância, a decisão for questionada e reformada pelo tribunal, quando da apreciação do recurso de apelação.

Quando o Tribunal verificar a necessidade de repetição ou colheita do depoimento pessoal das partes, poderá ordená-lo, sendo que, nessa hipótese, será admitida a aplicação do art. 385, §3º, no sentido de que o depoimento seja conduzido pelo relator, no próprio Tribunal (art. 932, I, CPC/15), e realizado através de videoconferência, ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens, o que evitará a necessidade de diligência requerida ao juízo singular, de forma a contribuir para a otimização e a celeridade do processo.

O depoimento pessoal tem relevância significativa para o convencimento do julgador, notadamente pela sua aptidão de permitir a confrontação dos relatos dos fatos feito no processo pelo advogado e a versão da própria parte apresentada oralmente. Ademais, pelo seu caráter oral, permitirá ao julgador considerar os aspectos subjetivos do depoimento, como a reação do depoente diante das perguntas e a forma como conduz a apresentação dos seus argumentos.

d) Exibição de documento ou coisa: poderá ser ordenada pelo próprio tribunal, sempre que for solicitado por uma das partes ou ainda quando o tribunal, mesmo de ofício, concluir pela sua viabilidade e necessidade.

⁵⁶⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.734.

⁵⁶⁸ Para Marinoni e Arenhart, a expressão “depoimento pessoal” é redundante, já que, segundo eles, todo depoimento é pessoal. Eles sugerem a utilização da expressão “depoimento da parte” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5, tomo II, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 43)

e) Prova testemunhal: pode ocorrer na hipótese de repetição de oitiva (de ofício), ou então oitiva indeferida em primeiro grau e permitida pelo tribunal ao apreciar requerimento na apelação.

Também será admitida em relação à testemunha referida no depoimento de outra, e que não tenha sido ouvida em primeira instância, seja pelo indeferimento pelo juiz ou por falta de interesse das partes. Por conseguinte, na primeira hipótese, havendo recurso quanto ao indeferimento da oitiva e, sendo ele provido nesse sentido, será ordenada a oitiva. Na segunda hipótese, constatando o julgador recursal, que a oitiva se faz necessária, poderá determinar, mesmo de ofício, que se proceda à oitiva, inclusive através de diligência a ser conduzida pelo próprio tribunal, através de videoconferência, conforme possibilita os arts. 236, § 3º, CPC/15 e 453, § 1º, CPC/15.

De outra banda, a prova testemunhal também poderá ser ordenada de ofício pelo tribunal quando constatar que os depoimentos não foram suficientemente colhidos, ou então quando verificar a existência de testemunhas sobre os fatos relevantes para o julgamento da causa e que não tenham sido ouvidas, como, por exemplo, no caso de testemunhas mencionadas em boletim de ocorrência ou de pessoas vistas no local dos fatos através de imagens de vídeo que constam nos autos e que não tenham sido ouvidas no curso da lide.

f) Prova documental: poderá ser admitida, a requerimento da parte ou, por decisão de ofício do julgador recursal, em todos os casos mencionados nesse capítulo.

g) Ata notarial: não poderá ser ordenada na fazer recursal, pois caberia ao interessado solicitar a sua lavratura ao escrivão⁵⁶⁹, que atestaria ou documentaria a existência e o modo de existir de algum fato. Nada impediria, porém, a juntada de ata antiga, que não teria sido apresentada aos autos anteriormente, por motivo de força maior, ou quando restar configurada alguma das hipóteses em que a lei permite a sua juntada em momento posterior (art. 435, parágrafo único CPC/15).

⁵⁶⁹ Art. 384, CPC/15: “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.” (BRASIL, 2015, p. 74)

Se, porém, a ata notarial for inadmitida pelo juiz singular como meio de prova, e houver acolhimento de irresignação recursal contra ato interlocutório de seu indeferimento, questionado e acatado na apelação (art. 1.009, parágrafo único, CPC/15), ela poderá ser considerada como meio de prova para fins de julgamento do recurso.

h) Confissão: a lei não prevê o momento em que pode ser realizada a confissão, nada impedindo que ocorra na fase recursal de um processo. Se assim for, deverá ser considerada, inclusive como questão superveniente, para fins de análise e julgamento do recurso pendente.

i) Pericial: será produzida em primeira instância, na fase instrutória, porém, nas hipóteses em que decorrer de prova em circunstância em que tenha sido identificada a complexidade em matéria de fato, deverá ser designada audiência para que o saneamento aconteça de forma compartilhada entre as partes (art. 357, § 3º, CPC/15)⁵⁷⁰. Sendo assim, dificilmente haverá questionamento sobre matérias que envolvem a perícia, na fase recursal. Em contrapartida, poderá ocorrer questionamento quanto ao indeferimento de segunda perícia ou nulidade do procedimento pericial, que poderão comportar ordem do julgador recursal para que seja realizada. Assim, se ocorrer de o tribunal entender pela necessidade de sua realização, ordenará que assim se proceda⁵⁷¹, sendo recomendando, nesse caso, por questões de praticidade, que a prova seja produzida perante o juízo de primeiro grau.

6.6 A VIABILIDADE DE PROCEDIMENTO PROBATÓRIO NO PRÓPRIO TRIBUNAL

⁵⁷⁰ Art. 357, CPC/15). Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:...

§ 3º 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. (BRASIL, 2015, p. 69-70)

⁵⁷¹ “É excepcional a alegabilidade de fatos novos, e restrita a própria possibilidade de produzir novas provas de fatos já alegados. Não quer isso dizer que se exclua a iniciativa oficial na apuração da verdade; ao tribunal julgador de apelação é lícito, v.g. determinar motu próprio, a realização de perícia, ainda que outra já se tenha realizado na primeira instância.” (BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 631)

Diante da necessidade da produção de prova na pendência de um recurso, o procedimento, a depender da prova, poderá ocorrer em primeira instância ou no próprio tribunal.

Nessa senda, de forma inovadora, o CPC/15 prevê expressamente a possibilidade de a prova ser produzida no próprio tribunal, conforme redação do art. 938, §§ 3º e 4º, que assim dispõe:

Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

[...]

§ 3º **Reconhecida a necessidade de produção de prova**, o relator **converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal** ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

§ 4º Quando não determinadas pelo relator, **as providências indicadas nos §§ 1º e 3º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.**⁵⁷²

A prova poderá consistir apenas na juntada de documentos ou expedição de ofícios, a pedido do relator do recurso, inclusive por meio eletrônico, para a exibição de documentos. A prova pericial poderá exigir diligência em primeira instância. A prova oral poderá ser produzida no próprio tribunal.

Na fase recursal, a viabilidade de se produzir a prova no próprio tribunal se justifica devido a vários fatores:

- a) celeridade na tramitação, pois a solicitação de diligência ao juízo primevo contribuirá significativamente para a morosidade;
- b) economia, com a redução dos gastos com diligências e com a movimentação da máquina judiciária;
- c) pelo fato de evitar que o juiz singular, que em momento pretérito não admitiu a produção da prova, seja obrigado a produzi-la.

A propósito, Trícia Navarro Xavier Cabral assim se manifesta:

E se a prova faltante for imprescindível para o julgamento da lide, o colegiado deve se valer de seus poderes instrutórios próprios, e não forçar o

⁵⁷² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 16 set. 2016.

juiz de primeiro grau a produzir provas que já entendeu como desnecessárias, impertinentes ou irrelevantes para o seu convencimento.⁵⁷³

Aqui se defende a maior utilização de recursos tecnológicos para garantir que a prova, na fase recursal, quando necessária e viável, seja produzida no próprio tribunal, como é o caso de prova oral, que poderá ser realizada por videoconferência.

O art. 937, § 4º, CPC/15, estabelece, inclusive, que é permitido ao advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. “Se o tribunal não dispuser dos equipamentos necessários e suficientes para a videoconferencia, a sustentação oral poderá ser feita por Skipe, por facetime ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.”⁵⁷⁴

Não se duvida de que a tecnologia disponível, aliada à modernização dos procedimentos conduz à viabilidade da realização de oitivas à distância, por meios eletrônicos virtuais, através de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de imagens e sons em tempo real.

Ao dispor sobre a comunicação dos atos processuais, o CPC/15, em seu art. 236 § 3º assim dispõe: “Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.”

O art. 385, § 3º, CPC/15, estabelece que o depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o mesmo ocorrendo em relação à oitiva de testemunhas (art.453, § 1º, CPC/15).

A sustentação oral também poderá ser feita por videoconferência, conforme dispõe o art. 937 § 4º, CPC/15.

Para Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha:

⁵⁷³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 173

⁵⁷⁴ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. . v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 69

A prova oral pode ser produzida em sessão do órgão colegiado, hipótese de raro acontecimento, tendo em vista o acúmulo de serviço nos tribunais; embora seja de rara verificação, essa hipótese certamente daria aos magistrados melhores condições para valorar a prova produzida, em razão da imediatidade com a colheita das provas, muito importante em provas orais.⁵⁷⁵

6.7 A PRODUÇÃO DE PROVAS NA FASE RECURSAL E O NECESSÁRIO CONTRADITÓRIO NO CONTEXTO DO CPC/15

Sempre que for produzida a prova no processo, é necessário garantir o contraditório e a consequente ampla defesa, elementos que contribuirão para o devido processo legal e, conseqüentemente, para a segurança jurídica.

Isso se justifica pela simples necessidade de se garantir o justo processo - devido processo legal- em conformidade com os comandos e preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

A propósito, prevê o CPC/15 em seu art. 7º que “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

Doravante, em regra, não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º, CPC/15), não podendo o juiz decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar (art. 10, CPC/15).

Na hipótese de ser ordenada a produção de prova na fase recursal, “embora pareça desnecessário, cumpre afirmar que essas novas provas devem ser produzidas em contraditório”⁵⁷⁶

A atuação oficiosa do julgador, além de ser adequada e fundamentada, deve assegurar o conhecimento prévio e a participação das partes, “haverá de assegurar amplamente que as partes sejam cientificadas da realização de todo ato instrutório

⁵⁷⁵ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 48

⁵⁷⁶ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. . v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 46

oficial, podendo dele igualmente participar, assim como se manifestar sobre as provas então alcançadas.⁵⁷⁷

Considerando, por exemplo, a possibilidade de alegação de fatos novos em grau recursal, inclusive com supedâneo nos artigos 342, 493 e 1.014, CPC/15, deve-se permitir a produção de provas dos referidos fatos e também a contraprova quanto as eventuais alegações impugnativas apresentadas pela parte contrária, o que se faz necessário em consonância com a garantia do contraditório⁵⁷⁸.

6.8 RECURSOS QUE ADMITEM O PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR

Enfatizando-se a viabilidade do exercício do poder instrutório pelo julgador na fase recursal, é imperioso apontar em quais modalidades de recursos ele seria admitido.

Na justiça cível comum são admitidos os seguintes recursos:

- a) apelação (arts. 994, I e 1.009, CPC/15)
- b) agravo de instrumento (arts. 994, II e 1.015, CPC/15)
- c) agravo interno (arts. 994, III e 1.021, CPC/15)
- d) embargos de declaração (arts. 994, IV e 1.022, CPC/15)
- e) recurso ordinário (arts. 994, V e 1.027, CPC/15)
- f) recurso especial (arts. 994, VI e 1.029, CPC/15)
- g) recurso extraordinário (arts. 994, VII e 1.029, CPC/15)
- h) agravo em recurso especial ou extraordinário (arts. 994, VIII e 1.042, CPC/15)
- i) embargos de divergência (arts. 994, IX e 1.043, CPC/15)

A apelação é o recurso que apresenta maior possibilidade de atuação probatória do julgador, pois além de permitir a revisão da sentença a partir da reapreciação das matérias de fato que constituem objeto da irresignação recursal, permitirá também a reapreciação das decisões interlocutórias não agraváveis por

⁵⁷⁷ TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil estática e dinâmica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 180

⁵⁷⁸ Para Didier Jr e Cunha (2016, p. 47), “trata-se de corolário da garantia do contraditório, que não pode ser diminuída no procedimento recursal.”

instrumento que tenham sido questionadas na apelação, inclusive aquelas que versarem sobre matéria probatória (art. 1.009, § 1º, CPC/15).

A atuação proativa do julgador recursal, de igual modo, poderá ocorrer nas hipóteses de remessa necessária (art. 496, CPC/15).

Na condição de recurso adequado para impugnar as decisões interlocutórias, nas hipóteses previstas no art. 1.015, CPC/15, o agravo de instrumento deve, obrigatoriamente, ser instruído com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade, assim como com cópia das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; e, facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis. Igualmente, a petição deve estar acompanhada do comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela publicada pelos tribunais, conforme disposto nos comandos do art. 1.017, CPC/15.

A prova documental, em regra, acompanhará o próprio recurso de agravo de instrumento, podendo também instruir a petição de contrarrazões do agravado. Nada impede, porém, que sejam ordenadas outras provas durante o trâmite do recurso como, por exemplo, a juntada de documentos para comprovação do estado de hipossuficiência ou a exibição de documentos, inclusive com ordem de ofício, do julgador recursal. O conteúdo da decisão agravada e a delimitação do pedido recursal do agravante poderão nortear a atuação do julgador, no tribunal.

No agravo interno, nos embargos de declaração, em embargos de divergência e no agravo em recurso especial ou extraordinário, devido à natureza e objetivos de tais recursos, rara e excepcional seria a necessidade da atuação proativa do juiz no aspecto probatório, porém, não há de ser descartada essa possibilidade.

No recurso ordinário, as características das hipóteses de seu cabimento restringem a atuação proativa do julgador. A principal situação que poderia permitir essa atuação seria nos processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País, nos quais a competência para julgamento do recurso ordinário será do Superior Tribunal de Justiça (art. 1.027, II, b, CPC/15).

Os recursos especial e extraordinário são recursos excepcionais de fundamentação vinculada e não permitem a reapreciação de provas, porém, poderá ocorrer a necessidade de produção de provas, ordenada, inclusive de ofício, em

situações excepcionais, como na hipótese de ocorrência de questões supervenientes, alegação de suspeição ou impedimento dos julgadores, ou quando uma das partes impugnar a autenticidade ou suscitar a falsidade de documento novo. Não obstante o disposto nas súmulas nº 07, STJ⁵⁷⁹ e 279, STF⁵⁸⁰, o posicionamento restritivo consolidado pelos tribunais superiores faz alusão à situação em que se pretende o “reexame” de prova, mas não veda o “exame” de eventual prova, quando necessária a sua produção.

Quanto à possibilidade de produção de provas nos tribunais superiores, é imperioso destacar que, inclusive na fase recursal, pode ocorrer arguição de suspeição ou impedimento do tribunal estadual, hipótese em que o órgão competente para julgar o pedido é o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, “n”, CF/88.⁵⁸¹ Havendo necessidade de produção de prova, nessa hipótese, ela será produzida, portanto, perante o Supremo Tribunal Federal.

É imperioso registrar que o art. 147 do Regimento Interno do STJ, com redação dada pela Emenda Regimental nº 22, de 2016, ao tratar dos depoimentos, conta com previsão expressa quanto ao procedimento para a produção de prova, nos seguintes termos:

Art. 147. Os depoimentos poderão ser taquigrafados ou estenotipados, com ou sem apoio de registro audiovisual, sendo as tiras, ou notas respectivas, rubricadas no ato pelo relator, pelo depoente, pelo membro do Ministério Público e pelos advogados e, depois de traduzidas, serão os respectivos termos devidamente assinados. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)

§ 1º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. (Incluído pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao interrogatório. (Incluído pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)⁵⁸²

⁵⁷⁹ Súmula 07, STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”

⁵⁸⁰ Súmula 279, STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

⁵⁸¹ Art. 102, CF/88: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...] n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados

⁵⁸² Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/Regimento/article/view/513/3374>. Acesso em 27 dez. 2016.

O Regimento Interno do STF, ao tratar das provas, consigna expressamente a possibilidade de sua produção naquele órgão judiciário, inclusive com expressa referência à fase recursal:

Art. 113. A proposição, admissão e produção de provas no Tribunal obedecerão as leis processuais, observados os preceitos especiais deste Título.

Art. 114. Se a parte não puder instruir, desde logo, suas alegações, por impedimento ou demora em obter certidões ou cópias autenticadas de notas ou registros em repartições ou estabelecimentos públicos, o Relator conceder-lhe-á prazo para esse fim. Se houver recusa no fornecimento, o Relator as requisitará.

Art. 115. Nos recursos interpostos em instância inferior, **não se admitirá** juntada de documentos desde que recebidos os autos no Tribunal, **salvo:**

I – para comprovação de textos legais ou de precedentes judiciais, desde que estes últimos não se destinem a suprir, tardiamente, pressuposto recursal não observado;

II – para prova de fatos supervenientes, inclusive decisões em processos conexos, que afetem ou prejudiquem os direitos postulados;

III – em cumprimento de determinação do Relator, do Plenário ou da Turma.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos recursos interpostos perante o Tribunal.

§ 2º Após o julgamento, serão devolvidos às partes os documentos que estiverem juntos por linha, salvo se deliberada a sua anexação aos autos.

Art. 116. Em caso de impugnação, **as partes comprovarão** a fidelidade da transcrição de textos de leis e demais atos do poder público, bem como a vigência e o teor de normas pertinentes à causa, quando emanarem de Estado estrangeiro, de organismo internacional ou, no Brasil, de Estado e Municípios.

Art. 117. A parte será intimada por publicação no Diário da Justiça ou, se o Relator o determinar, pela forma indicada no art. 81, para falar sobre o documento junto pela parte contrária, após sua última intervenção no processo.

Art. 119. No processo em que se fizer necessária a **presença da parte ou de terceiro**, o Plenário, a Turma ou o Relator poderá, independente de outras sanções legais, expedir ordem de condução da pessoa que, intimada, deixar de comparecer sem motivo justificado.

Art. 120. Observar-se-ão as formalidades da lei **na realização de exames periciais, arbitramentos, buscas e apreensões, na exibição de conferência de documentos e em quaisquer outras diligências determinadas ou deferidas pelo Plenário, pela Turma ou pelo Relator.**⁵⁸³

6.9 A PRODUÇÃO DE PROVAS NO TRIBUNAL EM CAUSAS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

⁵⁸³ Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 29 dez. 2016

Os tribunais atuarão em sua competência recursal ou originária. Os recursos permitem a impugnação de decisões judiciais, enquanto que algumas ações específicas terão o seu processamento e julgamento conduzido pelo tribunal devido à sua competência legalmente prevista.

Esse trabalho dissertativo destaca os aspectos que envolvem a atividade probatória do julgador com ênfase na fase recursal, não se debruçando na análise com relação à produção de provas nas causas de competência originária, porém, cumpre salientar que os procedimentos probatórios a serem observados nos casos de competência originária também obedecerão aos comandos da legislação processual civil, notadamente os do art. 926 e seguintes do CPC, que tratam da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais, com algumas especificações previstas especialmente nos regimentos internos.

No tribunal, em casos de competência originária, os julgadores têm a mesma possibilidade de atuação probatória que os julgadores durante o trâmite das causas de competência originária do juízo singular, inclusive, podendo conduzir a produção da prova no próprio tribunal, sempre que assim se fizer viável, o que contribuirá para a simplificação e a celeridade no trâmite da causa.

A ação rescisória, algumas hipóteses de mandado de segurança e a reclamação são exemplos de causas que terão seu trâmite originário no tribunal. O incidente de assunção de competência (art. 947, CPC/15), de arguição de inconstitucionalidade (art. 948, CPC/15), conflito de competência (art. 951, CPC/15), e o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, CPC/15) são exemplos de outras situações que também terão seu trâmite no tribunal.

Da mesma forma que ocorre com os casos de competência recursal, nas hipóteses de competência originária, caberá ao relator dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive quanto à produção de prova (art. 932, I, CPC/15).

A propósito, ao discorrer sobre a produção de provas na ação rescisória, José Carlos Barbosa Moreira assim se pronunciou: “é bom que o relator se disponha, sendo preciso, a tomar depoimentos da parte, a inquirir testemunhas, a proceder a inspeções – o que provavelmente lhe permitirá formar convencimento mais sólido acerca dos fatos relevantes.”⁵⁸⁴

⁵⁸⁴ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 195.

As provas na ação rescisória variarão em conformidade com o motivo rescisório invocado. Dependendo da situação, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, que terá o prazo de 1 (um) a 3 (três) meses para a prática dos atos necessários e a devolução dos autos (art. 972, CPC/15). É oportuno, porém, rememorar o comando do art. 938 § 3º, CPC/15, no sentido de estabelecer que “quando for reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.” Poderá ser aplicado o referido artigo também nos casos de competência originária dos tribunais, de forma a agilizar e simplificar o trâmite procedimental.

Deve-se alertar, todavia, para o fato de que na ação rescisória não será cabível a produção de provas que deveriam ter sido produzidas na ação originária, conforme destaca Rodrigo Barioni: “A ação rescisória não pode prestar-se a reabrir oportunidade de serem produzidas provas eu, a rigor, deveriam ter sido produzidas na causa originária.”⁵⁸⁵

Em geral, as próprias partes terão o interesse na produção de provas na ação rescisória, porém, competirá ao juiz, de igual modo, atuar efetivamente para que sejam produzidas todas as provas necessárias para o alcance da verdade provável dos fatos no curso da instrução da rescisória.

Trícia Navarro Xavier Cabral defende a criação de um procedimento para a produção de provas no tribunal, não apenas na hipótese de recursos, mas também na hipótese de ações de competência originária dos tribunais:

Registre-se ainda que a imprescindibilidade de criar uma espécie própria de procedimento para a produção de prova pelo tribunal justifica-se para atender não só aos recursos, mas também às ações de competência originária que eventualmente sejam passíveis de instrução, como é o caso da ação rescisória que, na falta de regulamentação mais específica, acaba se valendo do procedimento geral previsto no Código de Processo Civil.⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ BARIONI, Rodrigo. A produção de provas em ação rescisória. In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. José Miguel Garcia Medina, et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.048

⁵⁸⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 172

Resta consignada a possibilidade da fase instrutória da ação rescisória ocorrer no Tribunal, sempre que a decisão objurgada advier daquele órgão julgador, hipótese em que eventuais provas necessárias serão ordenadas pelo tribunal, a requerimento das partes ou até mesmo de ofício, podendo ser produzidas, inclusive, no próprio tribunal, ou, quando se fizer extremamente necessário, será delegada a incumbência ao órgão judiciário de primeira instância.

6.10 CASUÍSTICA NA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL QUANTO À ADMISSIBILIDADE DA ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JULGADOR NA FASE RECURSAL

Ao reexaminar o feito em virtude da interposição de recurso, é admitido ao Tribunal determinar a produção de provas, quando não houver elementos suficientes nos autos para formar a convicção do julgador de segunda instância. A iniciativa é viável e razoável, até porque, não há preclusão para o julgador no tocante à instrução probatória.

Enfrentando a questão da iniciativa probatória do juiz, especificamente na fase recursal, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisões no sentido de que a lei processual confere ao julgador, inclusive em grau de recurso, a determinação de produção das provas necessárias para a elucidação dos fatos, conforme se verá através dos julgados abaixo colacionados:

1) No julgamento do Agravo Interno no AREsp 871.003/SP, ocorrido no dia 16/06/2016, diga-se, sob a vigência do CPC/15, publicado no DJe de 23/06/2016, sob a relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, a 2ª Turma do STJ reconheceu o poder de iniciativa probatória do julgador na fase recursal, assim como a inexistência de preclusão para o juiz em matéria probatória:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ PARA O PRESENTE AGRAVO. SUPOSTA OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. ANULAÇÃO DE SENTENÇA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DECISÃO

QUE DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. POSSIBILIDADE. PROVA REPUTADA CONVENIENTE PELO MAGISTRADO, DESTINATÁRIO DA PROVA. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. 1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC. 2. **Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem**, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. 3. Assim, **a iniciativa probatória do julgador de segunda instância, em busca da verdade real, não está sujeita a preclusão, pois "em questões probatórias não há preclusão para o magistrado"**. 4. Merece ser mantido o acórdão recorrido, pois em sintonia com a jurisprudência do STJ, incidindo o óbice da Súmula 83/STJ. 5. Agravo interno não provido.⁵⁸⁷

2) Entendimento no mesmo sentido foi consignado pela 4ª Turma do STJ, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo Regimental no AREsp nº 416.981-RJ (2013/0355901-6) ocorrido no dia 08/05/2014, publicado no DJe de 28/05/2014, sob a relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE SENTENÇA E BAIXA DOS AUTOS PARA REALIZAÇÃO DE NOVAS PROVAS. ART. 473 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. SÚMULA N. 83/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. **Consoante a jurisprudência desta Corte, não há preclusão para o juiz em matéria probatória, sendo possível ao Tribunal determinar a realização de prova necessária para a formação de seu convencimento, ainda que esta tenha sido anteriormente indeferida em primeira instância.**

2. Agravo regimental a que se nega provimento⁵⁸⁸.

3) O tema foi objeto de apreciação no julgamento do Recurso especial nº 1.012.306, publicado no DJE do dia 07/05/2009, ocasião em que a 3ª Turma do STJ, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrichi, manifestou entendimento no sentido de que a iniciativa probatória do juiz, com realização de provas de ofício para a

⁵⁸⁷ Agravo regimental no recurso especial nº 871.003, SP. 2016. (2016/0046779-6). Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma, Rel. Mauro Campbell Marques. Data de julgamento: 16/06/2016. DJe 23/06/2016. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521023&num_registro=201600467796&data=20160623&formato=PDF. Acesso em: 11 out. 2016.

⁵⁸⁸ Agravo Regimental no Agravo Regimental no AREsp nº 416.981-RJ (2013/0355901-6). Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira. Data de julgamento: 08/05/2014. DJe 28/5/2014.. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34370220&num_registro=201303559016&data=20140528&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 11 out. 2016.

elucidação dos fatos é amplíssima, pois é feita no interesse público de efetividade da Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL. ÔNUS DA PROVA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR. ADMISSIBILIDADE. - **Os juízos de 1º e 2º graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado**, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - **A iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.** - Embora recaia sobre o devedor-embargante o ônus de demonstrar a inexatidão dos cálculos apresentados pelo credor-exequente, deve-se admitir a iniciativa probatória do julgador, feita com equilíbrio e razoabilidade, para aferir a exatidão de cálculos que aparentem ser inconsistentes ou inverossímeis, pois assim se prestigia a efetividade, celeridade e equidade da prestação jurisdicional. Recurso especial improvido.⁵⁸⁹

4) Outrossim, a atividade probatória oficiosa do julgador e a não incidência da preclusão para o julgador em matéria probatória também foram reconhecidas no julgamento do Recurso Especial nº 896.072-DF (2006/0221856-6), publicado no DJE do dia 05/05/2008, a 1ª Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Francisco Falcão, ratificou o entendimento daquela Corte no sentido de reconhecer o poder instrutório oficioso do julgador na fase recursal, afastando a incidência de preclusão para o julgador em questões probatórias:

PROCESSUAL CIVIL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 130 DO CPC. PRECLUSÃO QUE NÃO SE APLICA, NA HIPÓTESE. ART. 183 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ E ADEMAIS, DA SÚMULA N. 83/STJ. I - A matéria inserta no dispositivo infraconstitucional suscitado (art. 183 do CPC) não foi objeto do julgamento a quo, sequer implicitamente, carecendo o recurso especial do pressuposto específico do prequestionamento (Incidência da Súmula n. 211/STJ). II - Demais disso, esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que **a livre iniciativa do magistrado, na busca pela verdade real, torna-o imune aos efeitos da preclusão, sendo lícita a determinação de produção de prova pericial, que indevidamente não foi deferida em**

⁵⁸⁹ Recurso Especial nº 1.012.306/PR (2007/0287732-4). Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 28/04/2009. Publicado no DJE em 07/05/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5139756&num_registro=200702877324&data=20090507&tipo=5&formato=PDF Acesso em: 10 out. 2016.

primeira instância, mesmo de ofício (art. 130 do CPC). III - Noutras palavras, **ainda que tenha havido o anterior indeferimento da produção de prova pericial, pelo juízo de primeiro grau, ainda assim pode o Tribunal de apelação, de ofício, determinar tal produção, se entender pela sua indispensabilidade.** IV - Precedentes citados: AgRg no REsp nº 738.576/DF, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 12/09/2005; Edcl no Ag nº 646.486/MT, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 29/08/2005; AgRg no AG nº 655.888/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES DE LIMA, DJ de 22/08/2005; REsp nº 406.862/MG, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 07/04/2003. V - Aplicação, de qualquer modo, da Súmula n. 83/STJ. VI - Recurso especial não conhecido. Manutenção do acórdão que determinou a realização de nova perícia judicial.⁵⁹⁰

5) Também merece transcrição a ementa do acórdão proferido pela 5ª Turma do STJ, no julgamento do agravo regimental em agravo de instrumento nº 1.154.432/ MG (2009/0024012-1), prolatado no dia 06/11/2012 e publicado no DJE do dia 14/11/2012 e que contou com a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ÔNUS DA PROVA. DETERMINAÇÃO EX OFFICIO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. INICIATIVA PROBATÓRIA. FORMAÇÃO LIVRE DO CONVENCIMENTO. ART. 130 DO CPC. 1. Está assentado nesta Corte Superior o entendimento de ser possível ao magistrado determinar, de ofício, a realização das provas que julgar necessárias, a fim de firmar devidamente o seu juízo de convicção, sem que isso implique violação do princípio da demanda, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. **A iniciativa probatória do juiz, no Direito Pátrio, é ampla, podendo agir ex officio, para assim chegar à verdade real, no interesse da efetividade da Justiça.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ Recurso Especial nº 896.072/DF (2006/0221856-6). Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão. Data de julgamento: 15/04/2008. DJe 05/05/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3843323&num_registro=200602218566&data=20080505&tipo=5&formato=PDF
Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁹¹ Agravo regimental em agravo de instrumento nº 1.154.432/ MG (2009/0024012-1). Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de julgamento: 06/11/2012. DJe 14/11/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25333564&num_registro=200900240121&data=20121114&tipo=5&formato=PDF
Acesso em: 12 out. 2016.

6) A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 262.978/MG admitiu a dilação probatória determinada pela 2ª instância, adotando a tese da ausência de preclusão para o julgador em matéria de prova:

PROVA. DISPENSA PELAS PARTES. DILAÇÃO PROBATÓRIA DETERMINADA PELA 2ª INSTÂNCIA. ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO.

– Em matéria de cunho probatório, não há preclusão para o Juiz.

Precedentes do STJ.

Recurso especial não conhecido.⁵⁹²

7) No julgamento de um agravo regimental no Recurso Especial nº 738.576/DF, a 3ª Turma do STJ reconheceu que a iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. PERÍCIA DETERMINADA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMANDA. PRECEDENTES.

- Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.

- A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.

Agravo no recurso especial improvido.⁵⁹³

8) No julgamento do Recurso Especial nº 964.649/RS, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, deliberou pela admissibilidade da atuação proativa do julgador em matéria de prova em busca de uma maior efetividade do processo:

⁵⁹² REsp 262.978/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 06/02/2003, DJ 30/06/2003, p. 251. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=262978&b=ACOR&p=true&l=10&i=11>. Acesso em 14.dez. 2016

⁵⁹³ AgRg no REsp 738.576/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 330. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=738576&b=ACOR&p=true&l=10&i=15>. Acesso em 14 dez. 2016

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE.

1. Embora tenha o julgado deixado de fazer menção expressa ao art. 333, I do CPC, não há que se falar em omissão, já que a questão jurídica de que trata o citado dispositivo foi devidamente analisada, tendo o Magistrado a quo emitido juízo de valor acerca da controvérsia.

2. Em que pese o art. 333, I do CPC determinar que compete ao autor o ônus da prova, quanto ao fato constitutivo do seu direito, o art. 130 do CPC possibilita também ao Juiz a iniciativa probatória, mesmo quando a parte tenha tido a oportunidade de requerer a produção da prova e, no entanto, quedou-se inerte.

3. De acordo com a prestigiada doutrina processualística contemporânea, admite-se uma atuação protagonista do Julgador, que, ao invés de mero fiscal da aplicação das leis, passa a agir intensivamente para a maior efetividade do processo, especialmente quando se tratar de relação processual desproporcional, a exemplo das demandas previdenciárias.

4. Recurso Especial do INSS improvido.⁵⁹⁴

No julgamento do Habeas Corpus nº 131.164/TO, a 1ª Turma do STF, sob a relatoria do Min. Edson Fachin, conforme decisão publicada no DJE 196, de 14/09/2016, decidiu que é possível que os Ministros do STJ e STF, em ações penais originárias destes Tribunais, deleguem a realização de atos de instrução aos chamados juízes instrutores, que atuam como longa manus do magistrado relator e, nessa condição, procedem sob sua supervisão. Trata-se, portanto, de delegação limitada a atos de instrução, com poder decisório restrito ao alcance desses objetivos.

Ementa: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRERROGATIVA DE FORO. CONEXÃO PROBATÓRIA. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. ATOS INTERLOCUTÓRIOS. AUSÊNCIA DE DANO OU RISCO EFETIVO OU IMINENTE AO ESTADO DE LIBERDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. JUIZ INSTRUTOR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. 1. O habeas corpus não constitui via adequada para reexame dos elementos fático-probatórios que justificaram o reconhecimento da conexão instrumental e do juízo de conveniência que motivou a unidade de processamento e julgamento. Preenchida a hipótese modificativa de competência, não viola o devido processo legal “a tração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”, forte na Súmula 704/STF. 2. As decisões interlocutórias, salvo previsão legal específica, são irrecorríveis no âmbito processual penal. Se tais provimentos não traduzem dano ou risco atual ou iminente ao estado de liberdade, o inconformismo do acusado deve ser

⁵⁹⁴ REsp 964.649/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 308. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=964649&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>. Acesso em 15 dez. 2016.

veiculado, oportunamente, pelas vias próprias, descabendo a utilização desmedida do habeas corpus, relevante remédio constitucional vocacionado exclusivamente à tutela do direito de locomoção. 3. O Juiz Instrutor atuante nos Tribunais Superiores, derivação expressa do art. 3º, III, da Lei 8.038/90, constitui longa manus do Relator e, nessa condição, atua sob sua constante supervisão. A delegação de atos de instrução, observadas as disposições legais e regimentais, consubstancia medida direcionada à racionalização das forças dirigidas à consecução da razoável duração do processo, sem que se subtraia dos membros do Tribunal a competência para processamento e julgamento das causas assim definidas pela Constituição. 4. Ordem denegada.⁵⁹⁵

A decisão suprarreferida teve como parâmetro o art. 3º da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que institui normas procedimentais para os processos que especifica perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, e que foi modificado pela lei nº 12.019, de 21 de agosto de 2009, que inseriu no comando normativo retrocitado a expressa possibilidade de o relator de ações penais de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal convocar desembargador ou juiz para a realização de interrogatório e outros atos de instrução.

Art. 3º Compete ao relator:

(...)

III – convocar desembargadores de Turmas Criminais dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, bem como juízes de varas criminais da Justiça dos Estados e da Justiça Federal, pelo prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 (dois) anos, para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato.

Apesar de a decisão e os dispositivos normativos versarem sobre matéria criminal, apontam condutas cuja adoção seria viável no cenário jurídico cível, em busca da otimização dos procedimentos em que houver necessidade de produção de prova na fase recursal.

⁵⁹⁵ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11650962>. Acesso em 15 dez. 2016.

7 LIMITES AO PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR E CRÍTICAS À ARGUMENTAÇÃO RESTRITIVA TRADICIONAL

“El proceso se hace para darle razón a quien la tenga. Al más imparcial de los jueces no le es ni le puede ser indiferente, en cierto sentido, el desenlace del pleito: su “neutralidad” no le impide querer que su sentencia sea justa, es decir, que la victoria sonría al litigante que la merezca.”
(José Carlos Barbosa Moreira)⁵⁹⁶

7.1 PARÂMETROS JURÍDICOS ADMISSÍVEIS DE CARÁTER RESTRITIVO AO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

O exercício do poder instrutório pelo julgador encontra limitação em aspectos relevantes da técnica processual, encontrando justificativa na própria necessidade de se garantir a segurança jurídica no curso dos processos. Para Ada Pellegrini Grinover, existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: “a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas”.⁵⁹⁷

Refletindo sobre os poderes instrutórios do juiz, João Batista Lopes entende que “o exercício desses poderes não deve, porém, ser arbitrário, mas obedecer aos princípios constitucionais, às normas processuais e aos anseios de justiça.”⁵⁹⁸

Podem ser admitidos, dentre outros, os seguintes fatores como restritivos à iniciativa instrutória do juiz:

a) Os elementos objetivos da demanda: representaria desacerto eventual medida judicial com pretensão intuito probatório relativo a fatos não suscitados no

⁵⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba. In: Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.81.

⁵⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 06

⁵⁹⁸ LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 179

processo. Nessa acepção, Vicente Miranda destaca que “o que não é dado ao juiz é ir além do tema probatório. Quer dizer, não pode determinar de ofício a produção de provas tendentes a demonstrar fatos não alegados pelas partes, fatos que não integram a lide posta em juízo.”⁵⁹⁹

b) Vinculação endoprocessual da justificativa pela atuação probatória: a decisão do juiz que ordena a produção da prova deve ser pautada em elementos dos autos, não podendo ter como fundamento circunstâncias extraprocessuais.

c) Respeito ao contraditório: a produção da prova por ato judicial oficioso deve ser submetida ao crivo do contraditório⁶⁰⁰, a teor dos comandos constitucionais e do regramento processual, que outorga ao juiz o dever de zelar pelo efetivo contraditório (art. 7º, CPC/15). É preciso, portanto, conceder às partes a oportunidade de acompanhar e participar da produção da prova.

Para Ada Pellegrini Grinover, “a melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas – as produzidas pelas partes e as determinadas *ex officio* pelo juiz – ao contraditório.”⁶⁰¹

d) Fundamentação do ato instrutório: tratando-se de ato interlocutório de caráter decisório, a ordem para que se proceda à produção de prova deve ser adequadamente fundamentada, evidenciando as razões de fato e de direito que conduziram àquela conduta.

Conforme ressalta Ada Pelegrin Grinover, “Seja no momento de determinar a produção de uma prova, seja no momento de valorá-la, a decisão do juiz há de ser fundamentada. A ausência ou carência de motivação acarreta a invalidade da prova”.⁶⁰²

⁵⁹⁹ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 218

⁶⁰⁰ Na visão de Sidney da Silva Braga, o princípio do contraditório pode ser entendido como “ciência bilateral dos atos processuais e efetiva oportunidade de contrariá-los. (BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa probatória d juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137)

⁶⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 07

⁶⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 07

e) Relevância da prova: é necessário que a prova seja relevante⁶⁰³ e de grande valia no processo, notadamente devido dispêndio temporal necessário para a sua realização, o que pode prejudicar a rápida solução do processo e também devido aos gastos com a sua produção.

f) Admissibilidade jurídica: outra baliza preponderante para a admissibilidade da atuação probatória do julgador advém da licitude dos meios empregados para o alcance da pretendida prova. Também deve ser aplicada ao julgador a regra direcionada às partes quanto ao direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos (art. 369, CPC/15) para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Daniel Penteado de Castro destaca a inadequação de o julgador ordenar a produção de provas cujo meio seja ilícito:

A iniciativa probatória do juiz na produção de prova cujo meio é ilícito não parece ser uma das medidas mais adequadas para atingir os escopos do processo, sem que se infrinja o direito processual constitucional, buscando uma prova cujo resultado *ab initio* sequer se conhece.⁶⁰⁴

Os elementos de prova relevantes devem ser considerados também sob o prisma da admissibilidade. Em consonância com essas premissas, Ada Pellegrini afirma que as provas ilícitas e ilegítimas não podem ingressar no processo, isso porque “a certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida”⁶⁰⁵

g) Observância à presunção legal de veracidade decorrente da revelia com os seus efeitos: na hipótese de revelia com os seus efeitos (art. 344, CPC/15), presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor, sendo que elas se tornam incontroversas, não demandando a produção de outras

⁶⁰³ A relevância, na concepção de Michele Taruffo, “é um critério lógico segundo o qual os únicos elementos de prova que devem ser admitidos e tomados em consideração pelo julgador são aqueles que possuem uma conexão lógica com os fatos em litígio, de modo que a conclusão acerca da verdade de tais fatos possa ser por esses elementos sustentada.” (TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de “La prueba” São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 36)

⁶⁰⁴ CASTRO, Daniel Penteado de. Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 270-271

⁶⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 07

provas (art. 374, III). Na hipótese, a princípio, não caberia ao julgador adotar postura probatória proativa.

Deve-se ressaltar, porém, que mesmo a revelia com os seus efeitos não tem o condão de suprimir do réu a possibilidade de pleitear a produção de provas, pois a possibilidade de produção de provas, na hipótese, decorre de comando expresso do art. 349, CPC/15, o que evitaria, inclusive, o julgamento antecipado do mérito (art. 355, II, CPC/15).

Quanto ao juiz, se constatar que, apesar da revelia, as alegações de fato formuladas pelo autor são inverossímeis⁶⁰⁶ ou estão em contradição com prova constante dos autos, poderá afastar os efeitos da revelia (345, IV) e ordenar a intimação do autor para especificar as provas, nos termos do art. 348, CPC/15.

Na concepção de Michele Taruffo,

[...] a não contestação da alegação de um fato não te, por si só, qualquer efeito vinculante, nem para as partes, nem para o juiz: não se trata de um negócio estipulado entre as partes, mas sim de uma situação em que não se elimina o valor da verdade como condição de justiça da decisão.⁶⁰⁷

Reportando-se ao tema em apreço, Sidney Amendoeira Jr assim se pronunciou:

A revelia nada mais é que mera presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Nada mais! Em sendo esta presunção relativa e não absoluta, pode ser elidida, de modo que, não estando o juiz seguro sobre as afirmações do autor, tal presunção não gera efeitos frente a ele que deve lançar mão de seus poderes instrutórios e determinar que o autor produza prova sobre o ponto duvidoso, ainda que o direito em jogo seja disponível. Há interesse público maior em jogo, que é a correta administração e distribuição da justiça.⁶⁰⁸

Havendo revelia com os seus efeitos, em casos excepcionais, em que a constatação de ausência de provas gerar risco de injustiça no deslinde da ação, o juiz terá a autonomia para deliberar, de ofício, pela produção de eventual prova

⁶⁰⁶ Para Michele Taruffo, “se considera verossímil aquilo que corresponde à normalidade de certo tipo de comportamento ou de acontecimentos.” (TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos. Tradução de: La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 111)

⁶⁰⁷ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de “La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti” São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 158

⁶⁰⁸ AMENDOEIRA JR., Sidnei. Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006, p. 117

capaz de esclarecer os fatos duvidosos ou então capaz e infirmar os efeitos da incontrovérsia das alegações de fato decorrente da ausência de contestação e da não impugnação específica.

h) Respeito à proibição da *reformatio in pejus*: a decisão proferida no julgamento do recurso não poderá prejudicar aquele que o interpôs, ou seja, “não é possível que o Estado-juiz agrave a posição do recorrente ao decidir o recurso interposto por este.”⁶⁰⁹

Portanto, órgão recursal responsável pelo julgamento do recurso, apesar de contar com a profundidade decorrente do efeito devolutivo em relação às questões a serem apreciadas para formar a *ratio decidendi*, deverá se atentar ao aspecto da extensão recursal e para o fato de que a decisão não tenha o condão de prejudicar aquele que recorreu.

7.2 CRÍTICAS À ARGUMENTAÇÃO RESTRITIVA DO PODER DE INSTRUÇÃO DO JUIZ

No que diz respeito a determinados empecilhos de ordem jurídica que tradicionalmente emergem e costumam ser apontados para sustentar posicionamento restritivo à atividade probatória do juiz, merecem ser pontualmente combatidos.

a) Preclusão para o juiz no aspecto probatório.

O tema da preclusão assume peculiares contornos no cenário probatório, no qual a atuação do juiz deve estar voltada para a apuração da verdade dos fatos.

⁶⁰⁹ MAZZEI. Rodrigo Reis. O efeito devolutivo e seus desdobramentos. In. Dos recursos: temas obrigatórios e atuais.v.1. Parte geral. Editora Instituto Capixaba de Estudos, Vitória, 2001, p. 157

A finalidade da preclusão não é só conferir segurança jurídica aos jurisdicionados em relação às questões pretéritas já decididas, “mas também impedir que o processo se transforme em algo interminável.”⁶¹⁰

Assim, conforme sustenta José Roberto dos Santos Bedaque, as regras processuais referentes à preclusão destinam-se a possibilitar o desenvolvimento normal da relação jurídica processual, porém, não podem prevalecer sobre o poder do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, “pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente ocorrerá se a decisão resultar da atuação da norma a fatos efetivamente verificados.”⁶¹¹ E complementa, de forma objetiva e esclarecedora, o supracitado jurista:

A preclusão faz com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada. Mas não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas, que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido.⁶¹²

Fernando Rubin afirma categoricamente que “é flagrantemente descabido se falar em preclusão para o juiz”⁶¹³, o que se justificaria, segundo o jurista, pelo fato de que prevalece no processo o princípio dispositivo atenuado, em que a atividade probatória deve sim, ser exercida pelo juiz, no entanto, não em substituição das partes, mas juntamente com elas

Compete inicialmente às partes a iniciativa probatória, porém, diante da omissão das partes ou da insuficiência das provas por elas produzidas, “pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, ouvindo até mesmo as testemunhas não arroladas no momento adequado.”⁶¹⁴

Para Ada Pellegrini Grinover,

Até as regras processuais sobre preclusão, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao poder-dever do

⁶¹⁰ CABRAL. Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 153

⁶¹¹ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 21-22.

⁶¹² BEDAQUE. José Roberto dos Santos (Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

⁶¹³ RUBIN. Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 204

⁶¹⁴ BEDAQUE. José Roberto dos Santos (Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos.⁶¹⁵

Essa atitude, por certo, também pode ser adotada pelo julgador na fase recursal, caso entenda que o esclarecimento de fatos controvertidos debatidos no processo depende da produção de prova indeferida pelo julgador na fase originária.

Em estudo sobre a preclusão e os atores processuais: Estado-juiz e partes, Fernando Rubin ressalta que, em algumas circunstâncias, pode ocorrer a preclusão para o juiz singular, porém, ela não ficaria configurada em relação ao juízo *ad quem*, no que restaria configurada, portanto, uma preclusão de instância. O autor assim se pronuncia:

Se a parte interpuser recurso e a modalidade irrisignatória não admitir a reconsideração do prolator, teríamos preclusão da questão para este, mas não para o Poder Judiciário, que reapreciará a discussão via juízo hierarquicamente superior (instância *ad quem*). Há, de fato, situações que configuram a regra, nas quais o recurso à superior instância não permite que, concomitantemente, o juízo *a quo* se retrate; nesse caso, teríamos, na hipótese de manejo do recurso, uma *preclusão de instância* (do primeiro grau), mas não da matéria (para o segundo grau).⁶¹⁶

Sobre o tema central do trabalho, que prioriza a reflexão quanto à possibilidade de atuação probatória oficiosa do julgador na fase recursal, merece transcrição a lição do jurista José Roberto dos Santos Bedaque que, manifesta expressamente seu posicionamento quanto à não incidência da preclusão para o julgador na fase recursal, asseverando que: “Essa conclusão é aplicável inclusive em segundo grau de jurisdição, podendo o relator do recurso ou a turma julgadora converter o julgamento em diligência, para a produção de determinada prova considerada essencial ao julgamento.”⁶¹⁷

Ao discorrer sobre preclusão e a iniciativa probatória do juiz, Nissara Toscan demonstra preocupação com os efeitos da atuação oficiosa do juiz em relação à preclusa iniciativa da parte, o que poderá, eventualmente, prejudicar a outra parte:

⁶¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 05

⁶¹⁶ RUBIN. Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 143

⁶¹⁷ BEDAQUE. José Roberto dos Santos (Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

[...] a abordagem do tema atrai inafastável reflexão sobre até que ponto é legítima essa atuação oficiosa do juiz, que ao equilibrar os efeitos negativos resultantes da preclusão incidente sobre o direito probatório de uma das partes, traz muitas vezes prejuízos á sua oponente.⁶¹⁸

Apontamento relevante diz respeito às questões conhecíveis de ofício pelo juiz, que não se sujeitam à preclusão. Assim sendo, considerando o disposto nos artigos 9º e 10 do CPC/15, a declaração dependeria de prévio conhecimento e manifestação das partes, podendo as referidas manifestações serem acompanhadas das respectivas provas.

João Batista Lopes afasta a preclusão para o juiz em termos absolutos, declarando poder-se “afirmar, com segurança que, em matéria probatória, o juiz não está sujeito a preclusões.”⁶¹⁹

Para Raquel Heck Mariano da Rocha, apesar de não poder ser considerada a ocorrência da preclusão em matéria probatória para o juiz, a possibilidade de se rever a decisão proferida em matéria de prova não pode assumir contornos absolutos. Sendo assim, na visão do retrocitado jurista,

ao juiz é dado admitir prova antes inadmitida, pois o poder de ordenar de ofício a realização de provas subsiste íntegro mesmo que o juiz tenha anteriormente indeferido o requerimento da parte, não ocorrendo, para ele, a preclusão” todavia, esclarece a autora que “o inverso não lhe é permitido: não pode o juiz revogar a decisão que deferiu uma prova”.⁶²⁰

Para Trícia Navarro Xavier Cabral, “a decisão de deferir a produção de prova gera a preclusão judicial, que impede que o juiz, inexistindo circunstância nova, volte atrás em seu entendimento.”⁶²¹

No mesmo sentido, Paulo Osternack Amaral, perquirindo sobre a atuação da preclusão para o juiz no tocante à questão probatória, defende que “a preclusão consumativa incide para o juiz apenas no caso de prova já deferida – hipótese em que não poderá alterar o seu posicionamento e resolver indeferi-la.” Esclarece,

⁶¹⁸ TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil estática e dinâmica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 178

⁶¹⁹ LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. Revista de Processo. Nº 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 49.

⁶²⁰ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Preclusão no processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 144-145.

⁶²¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 161

porém, que “nada impede que o juiz, de ofício, determine a produção de prova já indeferida, pois tal conduta não implicará negar nenhum direito das partes”.⁶²²

Apesar de manter posicionamento restritivo quanto ao poder instrutório do julgador, Vicente Miranda reconhece a não preclusividade da iniciativa do juiz em relação às provas:

Outra nota característica desse poder instrutório oficial é sua não preclusividade. Em qualquer fase do procedimento, na primeira e na segunda instâncias, poderá acontecer essa iniciativa probatória oficial. Tal não preclusividade assenta na razão óbvia de que a necessidade de produção de outras provas poderá surgir em qualquer fase do processo, até a sentença nos julgamentos de primeiro grau ou até o acórdão nos julgamentos de segundo grau. Assim, o juiz singular ou coletivo, na fase decisória, poderá converter o julgamento em diligência para a efetivação de provas necessárias à instrução da causa, ordenadas de ofício.⁶²³

Quanto ao posicionamento jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, já decidiu que as iniciativas probatórias do juiz podem ser exercidas a qualquer tempo, não estando, portanto, sujeitas à preclusão, conforme consta na decisão proferida no Agravo Regimental nº 1.538-1/MG:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. DESPACHO SANEADOR. REALIZAÇÃO DE PROVAS POR INICIATIVA DO JUIZ. ARTIGO 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. A preclusão é instituto processual que importa em sanção à parte, não alcançando o magistrado que, em qualquer estágio do procedimento, de ofício, pode ordenar a realização das provas que entender imprescindíveis à formação de sua convicção. 2. Código de Processo Civil, artigo 130. Aplicação do princípio do livre convencimento do juiz, a quem cabe a direção do processo, determinando, inclusive, as diligências necessárias à solução da lide. Instrução probatória. Preclusão pro judicato. Inexistência. Agravo regimental não provido.⁶²⁴

⁶²² AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 42

⁶²³ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 218

⁶²⁴ AR 1538 AgR-AgR, Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2001, DJ 08-02-2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000100018&base=baseAcordaos>. Acesso em 14 jan. 2017

O Superior Tribunal de Justiça também manifestou entendimento no sentido de que não ocorre a preclusão para o juiz em matéria de prova, conforme consignado no Resp. 118.9458/RJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO EXISTENTE.

SANEAMENTO. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO EM MATÉRIA DE PROVA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 473 DO CPC.

1. Os embargos de declaração somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresentar omissos, contraditórios ou obscuros, bem como para sanar possível erro material existente na decisão.

2. Omissos acórdão que não se pronunciou sobre a impossibilidade de preclusão em matéria de provas. Saneamento.

3. A jurisprudência desta Corte é pacífica ao reconhecer que não há preclusão em matéria de provas, pois a iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. Precedentes.

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para afastar a preclusão decretada, e conseqüentemente, negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.⁶²⁵

Questão instigante, porém, advém da reflexão sobre a possibilidade ou não de o julgador, na fase recursal, deliberar sobre a produção de uma prova não contemplada na decisão de saneamento unilateral ou no saneamento compartilhado (art. 357, CPC/15).

Isso porque, na fase saneadora do procedimento em primeiro grau, um dos itens que integra a decisão de saneamento compreende a delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e a especificação dos meios de prova admitidos (art. 357, II, CPC/15). A delimitação poderá ocorrer, inclusive, de forma compartilhada, entre as partes e o juiz, quando o juiz verificar a existência de complexidade em matéria de fato ou de direito, situação em que deverá designar audiência para o que o saneamento se dê de forma compartilhada (art. 357, § 3º, CPC/15).

Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga apresentam o questionamento nos seguintes termos: “a) proferida a decisão de organização da atividade instrutória, com a definição das provas a serem

⁶²⁵ EDcl no REsp 1189458/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26/08/2010, DJe 08/09/2010. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1189458&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>.

Acesso em: 16 dez. 2016

produzidas, preclui a possibilidade de determinar a coleta de outras provas?”⁶²⁶ E respondem à questão nos seguintes termos:

Para a primeira questão, a resposta é simples: decorre de expresso texto de lei. Não há preclusão para que o juiz exerça o seu poder instrutório, à luz do art. 370, CPC. Mesmo proferida a decisão de organização da atividade probatória, o juiz pode, mais tarde, determinar realização de outras provas, caso entenda que essa providência é necessária à instrução do feito, observados, obviamente, os limites ao exercício do poder instrutório... Aliás, é justamente aí que tem aplicabilidade o referido art. 370: complementar a atividade probatória realizada a requerimento das partes, caso essa se mostre insuficiente a ponto de o julgador permanecer em dúvida acerca de alguma questão de fato. Não é à toa que a doutrina admite tranquilamente que o juiz, ao fim da instrução, em vez de sentenciar, converta o julgamento em diligência probatória, retornando à fase instrutória. Além disso, a possibilidade de alegação de fatos supervenientes (arts. 493 e 1.014, p. ex.) também justifica a produção de prova inicialmente não determinada na decisão de organização da atividade instrutória.⁶²⁷

Ainda como justificativa à resposta retrotranscrita, os citados autores se reportam expressamente à questão no que concerne à possibilidade de produção de provas na fase recursal, e assim se pronunciam:

Ainda sobre o tema, é preciso lembrar a possibilidade de produção de prova em instância recursal, aceita com certa tranquilidade em relação a alguns meios de prova (documental, inspeção judicial e interrogatório,...) mas que pode ser estendida a qualquer outro meio de prova, em razão do pensamento aqui defendido, que permite a aplicação do art. 370 do CPC a qualquer órgão jurisdicional. O § 3º do art. 938 do CPC ratifica essa possibilidade.⁶²⁸

Para Fernando Rubin, a instância superior ficaria impedida de modificar a decisão *a quo* da qual não caiba ou não tenha sido interposto recurso, o que seria um caso típico do que denomina *preclusão de questões atingindo o juízo superior*, que pode conhecer, em apelação, da matéria de fato e de direito impugnada em face dos termos da sentença, “mas não pode conhecer das questões decididas pelo juízo

⁶²⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 134

⁶²⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 135

⁶²⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 135-136

de primeiro grau, v. g, no despacho saneador, que acabaram restando inimpugnadas pela parte interessada/prejudicada.”⁶²⁹

Anissara Toscan posicionou-se restritivamente à possibilidade de iniciativa probatória posterior à distribuição ou à convecção das partes sobre o ônus da prova, o que, segundo ela, tornaria o ato praticamente inócuo:

Com efeito, nenhuma utilidade haveria na distribuição convencional dos ônus de provar se, ao final, a majestade judicial destruísse o acordo firmado, desconsiderando os encargos efetivamente atendidos e descumpridos, e ordenando a produção de toda prova que reputasse pertinente.⁶³⁰

Discorrendo sobre a verdade negociada, Michele Taruffo defende que, se considerada a premissa de que a apuração da verdade dos fatos configura-se como condição necessária de justiça da decisão, qualquer derrogação ou limitação que se faça a tal apuração conduz a um déficit na descoberta da verdade e na legalidade e justiça da decisão.⁶³¹

É preciso rememorar que nem mesmo os negócios processuais, que representam significativa autonomia das partes no processo, podem restringir os poderes instrutórios do juiz.

Eventual saneamento do processo, tanto aquele que decorre de decisão unipessoal do juiz (como ocorre na hipótese em que a causa não apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito) quanto aquele que decorre de cooperação entre as partes e o juiz, o saneamento compartilhado (que será realizado quando a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito – art. 357, § 3º, CPC/15), não poderá impedir eventual conduta probatória oficiosa do julgador em momento posterior. O compromisso do julgador, tanto em primeira instância quanto na fase recursal, no tribunal, deve ser com a realização da justiça, o que implica na adoção das medidas probatórias que se fizerem necessárias.

⁶²⁹ RUBIN, Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 144

⁶³⁰ TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil estática e dinâmica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 180

⁶³¹ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de “La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti” São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 148

Mesmo que se cogitasse a preclusão para o juiz em matéria probatória, não seria coerente admitir a preclusão para o julgador recursal, quando ainda nem se concedeu a ele a oportunidade de agir. Quando o julgador recursal somente passa a atuar no processo em momento posterior àquele em que o juiz singular o conduziu, somente na fase recursal nasceria para os desembargadores a possibilidade de ordenar, mesmo que de ofício, a produção de provas, quando entender que a solução mais justa da causa depende de outras provas.

Refletindo sobre a fase recursal, o princípio da cooperação, o saneamento do processo e a valorização da dialética processual, é oportuno defender a realização de audiência de saneamento em cooperação também na fase recursal, preferencialmente por videoconferência, o que seria adequado em algumas hipóteses, como, por exemplo, se ficar constatada a ocorrência de fatos novos ou quando constatada a complexidade de matérias de fato ou de direito a serem decididas na fase recursal.

Em matéria de prova, em suma, não pode ser considerada a preclusão para o julgador.

b) Preclusão probatória para as partes

A preclusão⁶³² quanto à faculdade de requerer a produção de determinada prova verificada em relação à parte não é fator impeditivo do exercício dos poderes instrutórios do juiz. Ainda que a parte venha a perder a faculdade de produzir determinada prova devido à preclusão temporal, pode o juiz, de ofício, ordenar a sua realização, quando verificar que a ela se apresenta relevante e necessária para o esclarecimento dos fatos.

Na visão de Daniel Penteado de Castro, “uma vez operada a preclusão em relação às partes, se o juiz ainda não dispuser de elementos suficientes à formação de seu convencimento, é perfeitamente admissível a iniciativa probatória de ofício.”⁶³³

⁶³² “Preclusão é a perda da faculdade ou do poder de praticar determinado ato processual relacionado com matéria sujeita à disponibilidade das partes.” (BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa probatória d juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 131)

⁶³³ CASTRO, Daniel Penteado de. Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 319

Elucidativo posicionamento é demonstrado por Sidney da Silva Braga, ao afirmar que “o juiz não está submetido a preclusão alguma, simplesmente porque quanto a ele não se pode falar, propriamente, em faculdades processuais, mas tão somente em poderes e deveres.”⁶³⁴

Abordando a preclusão, como instituto proeminente na perspectiva de se resguardar a ordem e a regularidade do processo, evitando tumultos, M. Seabra Fagundes destacou:

Com a preclusão da faculdade de produzir prova não se cerceia a distribuição da justiça, mas apenas se atende à necessidade de dar ordem ao processo. Neste não é possível abstrair das preclusões, que atuam como elementos de fixação dos diversos estágios da relação processual, de modo que os seguintes possam suceder aos anteriores, quando estes já se considerem encerrados e não haja possibilidade de tumulto pela interpenetração recíproca. É sob o império dessa necessidade que se vincula a validade dos atos processuais à sua oportunidade. Só a parte desidiosa poderá ter o seu direito subjetivo sacrificado por essa exigência do direito formal, mas o desidioso, só com o ser, está desamparado da proteção do direito (*dormientibus non succurrit jus*).⁶³⁵

Na hipótese de indeferimento de prova através de decisão não recorrida, não há óbice para que o julgador ordene posteriormente, de forma fundamentada, a sua produção, com a intimação das partes para tomarem conhecimento da diligência ordenada. Esse é também o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves: “Permite-se que o juiz, ainda que já tenha indeferido prova por decisão irrecorrida, volte atrás em seu entendimento desde que posteriormente passe a entender ser a prova importante, hipótese na qual determinará a sua produção.”⁶³⁶

A preclusão não pode prevalecer e nem ser considerada absoluta diante do objetivo de se fazer justiça.

c) Disponibilidade dos direitos das partes

⁶³⁴ BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa probatória d juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 133

⁶³⁵ FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, p. 219

⁶³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 666

Costuma-se afirmar que a incidência do princípio dispositivo, no tange ao poder de iniciativa das partes no processo seria fator restritivo ao poder instrutório do juiz. Não parece, contudo, ser essa a mais adequada interpretação da questão no cenário jurídico contemporâneo, notadamente a partir da visão publicista e da perspectiva neoconstitucionalista, que preza pela configuração do processo como fator preponderante para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais e para o efetivo acesso à justiça material.

Em tudo que diz respeito à estrutura interna do processo e no que constitui objeto da demanda, não deve prevalecer o interesse individual das partes, mas sim, o interesse do próprio poder judiciário de garantir, através do processo, a adequada instrução e a melhor solução para a lide. Sem instrução adequada, é improvável que a decisão seja a mais acertada.

A amplitude dos poderes instrutórios não sofre alteração em razão da natureza do direito material discutido no processo, ou seja, o fato de ser disponível ou indisponível tal direito. Não existe dispositivo legal que justifique conclusão diversa.

Nota-se, inclusive, que o legislador processual não previu distinção quanto à atuação probatória do juiz em função da natureza da matéria debatida no processo. Independentemente da natureza da relação jurídica debatida, seja ela disponível ou não, a amplitude dos poderes é a mesma, com respaldo no art. 370 do CPC/15.

Nesse sentido, Sidney da Silva Braga destacou que

é irrelevante que o direito material em discussão no processo seja disponível ou indisponível: em uma ou outra hipótese, a legitimação da iniciativa probatória oficial dá-se pela busca da justiça possível como resultado final, o que independe da natureza da questão em debate.⁶³⁷

A legislação processual brasileira atual não consagra o princípio dispositivo em sua plenitude. À parte incumbe a disposição da ação, que somente pode ser por ela ajuizada, porém, após a propositura da ação, prevalece o princípio do impulso oficial (art. 2º, CPC/15), até porque, além do interesse da parte manifestado na lide,

⁶³⁷ BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa probatória d juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 101-102

há o interesse estatal em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras do direito.⁶³⁸

José Roberto dos Santos Bedaque esclarece que a eventual disponibilidade do direito material não influi sobre o processo, que tem natureza pública e a sua finalidade social de pacificar com justiça não se altera consoante seu objeto. Com precisão, o retromencionado jurista também esclarece que a disponibilidade está relacionada diretamente à relação material, e não à processual:

Tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se á prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual.⁶³⁹

Em sentido análogo, Ada Pellegrini Grinover sintetiza a questão nos seguintes termos: “Assim, pode-se afirmar que a questão referente à iniciativa instrutória do juiz no processo não se vincula à dicotomia direitos disponíveis – direitos indisponíveis, a qual se restringe exclusivamente ao campo do direito material”.⁶⁴⁰

Conforme ressalta Trícia Navarro Xavier Cabral:

Há de se esclarecer três aspectos do princípio dispositivo: a) não se relaciona com o regime político do país no momento da opção pelo modelo processual adequado a tutelar certa categoria de interesses; b) aplica-se tanto aos direitos disponíveis quanto aos indisponíveis; e c) não se opõe ao modelo inquisitivo, em que as funções do juiz são distintas. Assim, o princípio dispositivo não conflita com os poderes instrutórios do juiz.⁶⁴¹

Às partes assiste o ônus de iniciativa e delimitação do objeto da demanda, porém, o impulso oficial deve nortear o trâmite da demanda. Em verdade, o poder de

⁶³⁸ THEODORO JUNIOR. Humberto. Curso de direito processual civil, v. 1, 54 ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2013, p. 457

⁶³⁹ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

⁶⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 08-09

⁶⁴¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 184

iniciativa existe independentemente da natureza do direito que se pretende discutir. Mesmo que se trate de direito indisponível, aplicar-se-á o princípio da inércia da jurisdição, que exige a iniciativa da parte para a instauração do processo.

Quanto ao alcance do princípio dispositivo, diz respeito a situações como a iniciativa da parte na propositura da ação, na delimitação do objeto da demanda e em relação à possibilidade de as partes praticarem atos como a transação, a desistência, a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção ou o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção

As partes podem dispor de pretensões materiais e direitos disponíveis, de faculdades processuais e de diligências que lhes incumbem, porém, não podem dispor de questões afetas à própria atuação jurisdicional. É de interesse do Estado e da sociedade que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor maneira possível.

Nesse sentido, ensina José Roberto dos Santos Bedaque:

Tratando-se de direitos disponíveis, as partes podem, por exemplo, se autocompor, renunciar, transigir. Não podem, porém, influir no desenvolvimento do processo, visto ser ele o instrumento estatal de manutenção da ordem jurídica e, em última análise, de promoção da paz social. Ou seja, seu objetivo, sua finalidade é sempre pública e indisponível, qualquer que seja a natureza do direito em discussão. Se privadas, as partes terão plena disponibilidade, podendo praticar atos nesse sentido. Mas, enquanto não o fizerem, o poder de dizer o direito é monopólio do Estado e, para tanto, sua atividade deve desenvolver-se em colaboração com as partes, jamais sob o domínio destas.⁶⁴²

As partes podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, porém, não poderão assim proceder quanto aos meios de prova que forem necessários. O juiz poderá proceder de forma dinâmica, visando à produção das provas necessárias para que se realize um julgamento com justiça.

Explanando a respeito dos direitos fundamentais do homem, Sidney da Silva Braga afirma que, independentemente da natureza dos direitos materiais discutidos no processo, é preciso que o juiz busque o resultado mais justo, não se podendo dispor da justiça:

E, se a finalidade do estado é o desenvolvimento e a manutenção dos direitos essenciais do ser humano, dentre eles o direito à justiça, entendida aqui como virtude, e se os direitos essenciais, dentre eles a justiça, são

⁶⁴² BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 147.

absolutos e indisponíveis pelos seus titulares, originários, os homens, temos como ilação lógica, que o Estado, cujos poderes não podem extrapolar os poderes dos homens, que, reunidos, lhe deram origem, não pode dispor da justiça, no sentido de não poder admitir um processo judicial em que, por qualquer motivo, não deva o juiz buscar, sempre, o resultado mais justo possível, independentemente da natureza, disponível ou não, dos direitos materiais que estejam em discussão.⁶⁴³

Os poderes do juiz na produção de provas não serão maiores ou menores a depender da natureza do direito em discussão no processo. Isso porque “existe um interesse público no reconhecimento dos direitos subjetivos, na obtenção da justa definição da controvérsia, acarretando a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, independentemente da natureza do direito.”⁶⁴⁴

Portanto, a incidência do princípio dispositivo deve ser restrita ao campo do direito material das partes, compreendendo a liberdade e a autonomia a elas atribuída para a prática de atos processuais, tendentes a permitir a disposição de seus direitos subjetivos, não incidindo, portanto, sobre a conduta do julgador diante do cumprimento das suas atribuições no processo, a fim de garantir a prestação justa e adequada da tutela jurisdicional.

d) princípio da igualdade das partes

A possibilidade de o magistrado adotar postura ativa quanto à instrução processual não viola ou agride o princípio da igualdade das partes, às quais é resguardada idêntica oportunidade de atuação no curso da demanda.

Respeitada corrente doutrinária defende, inclusive, que a atuação probatória do julgador será fator preponderante para suprir eventuais desigualdades e garantir a isonomia, notadamente diante da escassez de recursos ou diante da constatação de insuficiência quanto à intervenção técnica de uma delas.

Como exigência do contraditório efetivo, a paridade de armas pode exigir do magistrado posição mais ativa na instrução probatória, viabilizando a adequada instrução e a oportunidade de esclarecimento dos fatos.

⁶⁴³ BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa probatória do juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15

⁶⁴⁴ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 139.

De acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves,

o princípio da igualdade das partes não pode servir de argumento válido à proibição da produção de prova de ofício, considerando-se que a isonomia real exige um tratamento diferenciado dos sujeitos desiguais, nos limites de sua desigualdade. A igualdade de partes desiguais em termos econômicos ou técnicos só poderá ser efetivada no processo com a permissão da atividade instrutória de ofício, o que evitará que a vitória ocorra em razão de superioridade econômica ou técnica de uma delas.⁶⁴⁵

Para José Carlos Barbosa Moreira, a atuação proativa do juiz no aspecto probatório pode, eventualmente, contribuir para suprir inferioridades de uma das partes em relação à outra, de maneira a resguardar a isonomia no processo:

Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se “substitui” às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida e que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto.⁶⁴⁶

No mesmo sentido é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque⁶⁴⁷:

O processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes. Um deles, sem dúvida, é a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da prova. Com tal atitude poderá evitar ele que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo.

E assim complementa Bedaque:

A real igualdade das partes no processo somente se verifica quando a solução encontrada não resultar da superioridade econômica ou da astúcia

⁶⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 664.

⁶⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 52.

⁶⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 107.

de uma delas. Nem o preparo técnico do advogado deve ser decisivo. O processo não é jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito.⁶⁴⁸

Considerando que a parte “mais fraca” não tem as mesmas possibilidades que a “mais forte”, dotada de melhores condições técnicas e econômicas, de trazer aos autos as provas necessárias à demonstração de seu direito, a ausência de iniciativa probatória pelo juiz corresponde a considerá-lo mero assistente passivo de um duelo entre o lobo e o cordeiro. Evidentemente, não estará atendido o princípio da igualdade substancial que, segundo a moderna ciência processual, deve prevalecer sobre o da igualdade simplesmente formal. E, em razão dessa passividade do julgador, provavelmente se chegará a um resultado diverso daquele desejado pelo direito material. Ou seja, o objetivo do processo não será alcançado.⁶⁴⁹

Em sentido contrário, porém, afirmam Luis Rodrigues Wambier e Evaristo Aragão Santos:

Por mais mal representada que a parte possa se apresentar nos autos, não será essa sua condição o fator determinante a autorizar a atuação de ofício do juiz. Talvez mesmo a partir da deficitária atuação no processo seja perceptível ao órgão judicial a existência de elementos que exijam, objetivamente, melhor investigação. Aí sim, surgirá o dever de exercer seus poderes instrutórios. Mas o *discrimen* continua relacionado aos elementos constantes dos autos que exijam melhor apuração, e não à condição peculiar da parte.⁶⁵⁰

Portanto, como demonstrado, ao invés de violar o princípio da igualdade das partes, a atividade instrutória do julgador pode contribuir exatamente para que ela seja resguardada.

e) imparcialidade do juiz

A atuação instrutória do juiz não viola o princípio da imparcialidade. Ao ordenar de ofício a produção de uma prova necessária para garantir a instrução processual necessária em busca da verdade provável, o juiz estará simplesmente

⁶⁴⁸ Idem, p. 109.

⁶⁴⁹ Idem, p. 112.

⁶⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. José Miguel Garcia Medina, et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164

cumprindo com exatidão a sua função jurisdicional. “A atividade instrutória do juiz não contamina sua indispensável imparcialidade, até mesmo porque o juiz não tem condições de determinar, *a priori*, o resultado da prova, sendo incorreto imaginar que a determinação da produção de prova pode beneficiar autor ou réu.”⁶⁵¹

A imparcialidade “não pode funcionar como fundamento para que se oculte a verdade. A investigação aprofundada – dentro dos limites da causa – entregará às partes uma decisão justa e adequada.”⁶⁵² Ela representa condição necessária para a justiça da decisão, conforme reconhece Michele Taruffo:

Se o processo justo é estruturalmente e funcionalmente orientado à obtenção de decisões justas – e se a apuração da verdade dos fatos é uma condição necessária da justiça da decisão – então a imparcialidade do juiz qualifica-se também como condição para a obtenção de um juízo verdadeiro sobre os fatos, e, portanto, como um atributo necessário da correção do processo. Mais precisamente: representa a apuração dos fatos com base nas provas, feita de maneira imparcial, condição necessária da justiça da decisão.⁶⁵³

Conforme se infere da lição de José Carlos Barbosa Moreira,⁶⁵⁴ não há mácula à imparcialidade do juiz quando ele ordena a produção de determinada prova, especialmente porque o julgador não sabe o resultado da referida prova, de forma a ser incerta a parte beneficiada por sua produção.

No mesmo sentido, assevera Jan Picó i Junoy:

[...] el órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quien puede beneficiar o perjudicar; sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna.⁶⁵⁵

⁶⁵¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 664.

⁶⁵² AMARAL. Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43

⁶⁵³ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de “La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti” São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 144-145.

⁶⁵⁴ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. **O juiz e a prova**. Revista de Processo n. 178. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Jul-set. 1984.

⁶⁵⁵ JUNOY. Joan Picó i. La iniciativa probatoria del juez civil. A proposito de un caso. In: Los poderes del juez civil en materia probatoria. Coord. Xavier Abel Lluch e Joan Picó i Junoy. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2003, p. 169.

De maneira objetiva, Barbosa Moreira combate o argumento de que o princípio da imparcialidade impediria o magistrado de ordenar, de ofício, a produção da prova, afirmando também que poderia ocorrer a parcialidade se o juiz não ordenar a produção da prova mesmo tendo a percepção de que o resultado justo do processo pode ser prejudicado caso não seja produzida:

O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui no órgão judicial a vontade de decidir com justiça e, portanto, a de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, tanto o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quando toma a iniciativa instrutória.⁶⁵⁶

O mesmo entendimento foi manifestado por Barbosa Moreira em outro trabalho publicado:

Quando o juiz determina a realização de uma prova, ele simplesmente não sabe que resultado vai obter; essa prova tanto poderá beneficiar uma das partes como a outra; e até diria, - se considerarmos que essa atitude do juiz implica parcialidade - que a omissão em determinar a prova também implicará parcialidade, porque se a prova não for feita, dessa falta de prova igualmente resultará benefício para alguém, de modo que estaríamos colocando o juiz na desconfortabilíssima posição de ter de ser sempre parcial, quer atue, quer não atue. Eu prefiro ser parcial atuando, a ser parcial, omitindo-me.⁶⁵⁷

Barbosa Moreira também afirmou que o melhor remédio contra eventuais tentações de parcialidade não está na restrição à iniciativa probatória do juiz, mas sim na exigência de que a atuação do magistrado seja motivada e resguarde o contraditório:

⁶⁵⁶ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48.

⁶⁵⁷ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Os poderes do juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). O Processo Civil Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994, p. 95

A mais larga atribuição de poderes exercitáveis de ofício na instrução do feito, de modo algum dispensa o órgão judicial de respeitar, na realização de quaisquer diligências, a garantia do contraditório, indispensável à salvaguarda dos direitos da defesa. Menos ainda o exonera do dever de motivar a sentença, mediante a análise dos elementos probatórios colhidos e a justificação do valor atribuído a cada qual. No controle da observância dessas imposições legais, e não no cerceamento da iniciativa do juiz é que consiste o melhor antídoto contra as eventuais tentações de parcialidade.⁶⁵⁸

Para Ada Pellegrini Grinover,

Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atinja a verdade completa, a atuação ativa do juiz lhe facilitará inegavelmente o encontro de uma parcela desta.⁶⁵⁹

Artur César de Souza defende o que intitula “a parcialidade positiva do juiz”⁶⁶⁰, de forma que o juiz, por meios legítimos, possa promover o desenvolvimento da relação jurídica processual em conformidade com os princípios constitucionais.

A busca da verdade é um atributo da imparcialidade do juiz. Esse é o posicionamento manifestado por Michele Taruffo:

o juiz é verdadeiramente imparcial quando busca de modo objetivo a verdade dos fatos, fazendo dela o verdadeiro e exclusivo fundamento racional da decisão. Sob esse prisma, aliás, a busca da verdade torna-se um atributo essencial da imparcialidade do juiz.⁶⁶¹

É oportuno destacar a opinião de Gustavo Gonçalves Gomes, que alerta nos seguintes termos:

⁶⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 49.

⁶⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 06

⁶⁶⁰ SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

⁶⁶¹ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de “La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti” São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 144.

Ainda, sobre a imparcialidade, devemos ser cautelosos em não permitir que a atuação dos magistrados, com a bandeira de “respeitar o princípio da imparcialidade”, seja pautada por total falta de iniciativa na instrução probatória. O que se percebe, muitas vezes, é que muitos magistrados se acomodam com esse falso rótulo principiológico para justificar a falta de criatividade e a inexistência de iniciativas com o escopo de buscar a verdade real.⁶⁶²

O dever de agir com imparcialidade não significa agir com neutralidade, inércia. Se a prova efetivamente convencer o juiz e contribuir para o alcance da verdade provável, seu resultado beneficiará o verdadeiro titular do direito material, sendo esse o objetivo precípuo da atividade jurisdicional.

f) Negócios processuais restringindo a instrução probatória recursal

Eventuais negócios jurídicos processuais firmados entre interessados antes da propositura da ação ou entre as partes no curso da demanda que tenham como objeto restrição aos meios de prova não interferem nos poderes instrutórios do juiz.

Nesse sentido, inclusive, foi aprovado o enunciado nº 36 da ENFAM, orientando que “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução [...]”⁶⁶³

g) Regras sobre o ônus da prova

A iniciativa probatória do juiz não viola as regras sobre o ônus da prova.⁶⁶⁴ Isso porque a atuação proativa probatória precede o julgamento, tanto em primeira

⁶⁶² GOMES, Gustavo Gonçalves. Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil. In: *Grandes Temas do Novo CPC*, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 334

⁶⁶³ ENFAM. Enunciados sobre o Novo CPC aprovados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 23. jan. 2016.

⁶⁶⁴ “Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes.” (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015)

instância quanto no tribunal, na fase recursal, de forma que somente na hipótese da ausência de provas suficientes, mesmo após a iniciativa probatória das partes e do julgador, é que seriam, então, consideradas as regras do ônus da prova para fins de julgamento da lide.

Conforme ensina Barbosa Moreira:

Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos. Não será preferível que ele procure fazer jorrar alguma luz sobre os devãos escuros da causa – e, se possível, baseie o julgamento numa ciência mais exata e completa do que realmente aconteceu?⁶⁶⁵

Humberto Theodoro Júnior leciona nos seguintes termos:

A evolução do direito processual, rumo à plenitude do devido processo legal, modernamente visto como o *processo justo*, conduziu à superação dos velhos limites opostos à iniciativa judicial em matéria de instrução probatória. Acima do ônus da prova – cujas regras atuam na fase final de julgamento da lide, e não durante a coleta dos elementos de instrução da causa – prevalece o compromisso com a verdade real.⁶⁶⁶

O jurista também considera uma grave postura de indiferença à verdade quando está ao alcance do juiz o meio de desvendá-la. Na hipótese, ele:

prefere julgar o litígio na sombra da indefinição e ao amparo da frieza técnica de pura distribuição legal do ônus da prova. Esse, definitivamente, não é um juiz comprometido com os rumos constitucionais do justo processo, programado pelo moderno Estado Democrático de Direito.⁶⁶⁷

⁶⁶⁵ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95

⁶⁶⁶ THEODORO JUNIOR. Humberto. Curso de direito processual civil, v. 1, 54 ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2013, p. 458

⁶⁶⁷ THEODORO JUNIOR. Humberto. Curso de direito processual civil, v. 1, 54 ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2013, p. 460

Observa-se que não seria razoável o juiz decidir apenas com base no ônus da prova e julgar improcedentes os pedidos do autor com fundamento na ausência de provas sem, contudo, ter ordenado a produção daquelas que poderiam permitir a demonstração e o esclarecimento dos fatos alegados.

As regras do ônus da prova não implicam em limite às iniciativas probatórias do juiz. Elas somente serão aplicadas no momento do julgamento, quando os fatos não restarem suficientemente provados. Assim, em momento anterior, poderá o julgador esgotar os meios de prova adequados ao caso, sem que essa conduta implique em violação ao regramento instituidor do ônus. Ademais, a distribuição do ônus da prova pode até mesmo se dar de forma convencional (art. 190, CPC/15) ou ainda através da distribuição dinâmica, prevista no art. 357, III, CPC/15.

8 NOTAS CONCLUSIVAS

Fiel aos objetivos propostos, a pesquisa discorreu sobre o poder de iniciativa probatória do julgador na fase recursal do processo civil em busca da verdade provável, o que se fez através de uma abordagem crítica e reflexiva, considerando aspectos teóricos e práticos que envolvem o tema.

O Código de Processo Civil de 2015 apresentou nítida evolução normativa quanto ao aspecto probatório, ao consolidar o poder do relator de conduzir a produção da prova na fase recursal e ao prever expressamente a possibilidade de produção da prova no próprio tribunal.

Em resposta aos problemas que nortearam o trabalho, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro admite o poder instrutório do julgador na fase recursal e que, em alguns casos, há possibilidade de se produzir a prova no próprio Tribunal. Restou demonstrado também que a possível atividade instrutória do julgador recursal, sobretudo nas hipóteses em que for constatada a insuficiência da prova já produzida, é capaz de interferir no resultado do recurso, de forma a contribuir para o alcance da verdade provável no processo e para a efetivação de uma tutela jurisdicional significativamente justa.

A presente dissertação atentou para a necessidade de se permitir a máxima instrução exigível no processo, procedendo à análise do poder instrutório do julgador na fase recursal, na perspectiva de que sejam adotados os procedimentos adequados para garantir a instrução processual exigível, a fim de que possa ser alcançada a verdade provável no processo. O texto enfatizou as inovações advindas do Código de Processo Civil de 2015, que cria dispositivos permissivos expressos quanto à atuação probatória do julgador na fase recursal.

A pesquisa teceu críticas à postura mecanicista dos tribunais na forma como comumente conduzem o julgamento dos recursos, em que prezam demasiadamente pela quantidade de decisões em detrimento da qualidade e, com isso, acabam por desprezar a perspectiva revisional advinda do efeito devolutivo, prejudicando, sobremaneira, a reapreciação da prova. Foi criticada também a postura do julgador recursal, que raramente adota postura ativa quanto ao aspecto probatório,

contentando-se com as provas produzidas em primeira instância, mesmo que insuficientes ou inconclusivas.

O trabalho defendeu que o julgador recursal, amparado nas perspectivas contemporâneas do processo, em consonância com os preceitos constitucionais, pode adotar postura verdadeiramente ativa no que tange à reapreciação e produção das provas em grau de recurso, ordenando a produção daquelas provas que entender necessárias para permitir a máxima instrução exigível à luz dos meios de prova legais e moralmente legítimos possíveis, na perspectiva de alcance da verdade provável e com o intuito de garantir a melhor aplicação do Direito, em nome da justiça.

As considerações finais que serão apresentadas a seguir refletem o resultado das constatações e das reflexões a partir das pesquisas realizadas, sem que, todavia, tenha-se a pretensão de esgotar o tema. Pretende-se, aqui, retomar as concepções mais relevantes abordadas no curso do trabalho e que envolvem o exercício dos poderes instrutórios do julgador na fase recursal dos processos:

A prova constitui elemento de notável imprescindibilidade no processo. A comprovação dos fatos contribuirá para o alcance da verdade provável e esta, por seu turno, será o suporte fático capaz de conduzir a uma decisão judicial adequada e justa. A verdadeira finalidade da prova é demonstrar a verdade provável dos fatos que motivaram as alegações em juízo, a fim de permitir a formação do convencimento dos sujeitos do processo e de quem mais as apreciar e de orientar e sustentar a prolação de uma decisão justa da causa. A objetivação probatória não se vincula unicamente à perspectiva de obtenção do convencimento do julgador. Doravante, sua destinação pressupõe abrangência a todos aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados.

A atuação jurisdicional não deve se limitar à tentativa de esclarecimento quanto à veracidade das narrativas, mas, devem ir além, em busca do esclarecimento dos fatos verdadeiramente ocorridos e que conduziram à narrativa.

A atividade probatória das partes abrange apenas o interesse quanto à demonstração de veracidade das suas narrativas, a do juiz deve ir além, em busca da verdade possível de ser alcançada em relação aos fatos, na sua genuína ocorrência.

A atuação investigativa oficiosa do julgador, aliada à iniciativa probatória das partes, permitirá a reconstrução fática mais adequada e mais confiável. A atuação

probatória do juiz, inclusive de forma oficiosa, deve ocorrer não apenas no curso da demanda em primeira instância, mas também em segunda instância, na fase recursal.

A primazia da decisão de mérito no processo deve nortear a condução do procedimento judicial, exigindo a atuação efetiva do magistrado, notadamente no sentido de resguardar que seja assegurada a instrução probatória exigível em busca da verdade provável dos fatos.

A máxima instrução exigível consiste na produção de todos os meios de prova existentes que sejam relevantes e necessárias para o esclarecimento dos fatos controvertidos tanto em primeira instância quanto durante o curso do processo no tribunal. A fim de se evitar que a própria prova (sua ausência ou insuficiência) seja fator a contribuir para uma decisão injusta, é necessário garantir, através do processo, a máxima instrução exigível.

Em conformidade com as diretrizes do CPC/15, não devem existir sujeitos protagonistas no processo. O protagonismo deve ser da garantia de um processo justo e eficiente, de uma decisão justa e de um resultado efetivo, o que implica na compreensão de que os mesmos parâmetros que orientam a redução do protagonismo geral do julgador, sustentam a ampliação do seu protagonismo probatório, pois este permitirá o cumprimento das reais finalidades do processo, nos moldes adequados ao Estado Democrático de Direito e à perspectiva de efetivação dos direitos e garantias fundamentais através do processo, de forma justa e em conformidade com a verdade alcançável no processo.

São variados os posicionamentos doutrinários quanto à intensidade do papel ativo do juiz no aspecto probatório. Aparenta ser dominante na doutrina a corrente conservadora, no sentido de que o juiz possui poderes instrutórios limitados e complementares à atividade das partes. Existem aqueles que defendem uma extensão maior desses poderes, no sentido de que o juiz poderia determinar de ofício a produção de todos os meios de prova legalmente admissíveis e que se apresentarem como adequados e necessários à demonstração de veracidade dos fatos. Outros defendem a atuação probatória restritiva do juiz. No contexto contemporâneo, ganha força a corrente que defende que o mais adequado é a atuação cooperativa do juiz, com deliberações probatórias em conjunto com as partes.

Não é possível alcançar a verdade real, porém, é preciso insistir no alcance da verdade provável, a verdade que é possível ser alcançada no processo. A reconhecida impossibilidade de se alcançar a verdade real dos fatos, porém, não pode ser fator de desestímulo para que ela não seja devidamente investigada no processo. A atuação consciente e proativa do julgador na condução procedimental será preponderante para que a instrução se dê de forma adequada, com o intuito de possibilitar a obtenção da verdade provável, através de uma instrução probatória adequada e coerente com as exigências casuísticas. O julgamento justo e adequado depende da correta aplicação da norma a fatos demonstrados no processo com a maior exatidão possível. O exercício dos poderes instrutórios do julgador se prestam a alcançar uma decisão justa.

Não é possível afirmar que o fato de o processo ser julgado por juízos distintos, de primeira instância e do órgão *ad quem*, garantirá um resultado impecável, em conformidade com o direito e com a justiça, porém, o duplo grau de jurisdição contribuirá significativamente para que o judiciário atue da melhor forma possível, inclusive com a possibilidade de garantir a instrução probatória necessária, tanto em primeira instância quanto no tribunal.

O julgador, na fase recursal, amparado nas perspectivas contemporâneas do processo, em consonância com os preceitos constitucionais, precisa adotar postura efetivamente ativa no que tange à reapreciação e produção das provas em grau de recurso, ordenando a produção daquelas provas que entender necessárias para permitir a melhor instrução possível da causa à luz dos meios de prova legais e moralmente legítimos, na perspectiva de alcance da verdade provável e com o intuito de garantir a melhor aplicação do Direito, em nome da justiça.

Para que uma decisão seja substancialmente e qualitativamente justa é preciso buscar, através do processo, a correta e racionalmente justificada aplicação do direito. Para se alcançar tal desiderato, é de fundamental importância a preocupação com a verdade dos fatos, o que demanda a atuação do juiz atenta aos fins sociais do processo e comprometida com a efetivação do direito material. Somente a decisão lastreada na verdade provável poderá ser considerada justa. E o alcance da verdade provável dependerá da adequada instrução processual, tanto em primeira instância quanto, de forma complementar, na fase recursal.

A primazia do mérito pressupõe a prioridade para a análise fática que compreende a relação jurídica material controvertida levada a juízo e a preferência

para o enfrentamento das teses defendidas, a partir da adoção de técnicas que permitam a máxima instrução probatória exigível, a fim de possibilitar o suficiente esclarecimento dos fatos. A primazia da decisão de mérito, portanto, deve ser o farol a guiar o julgador, tanto na esfera judiciária singular quanto na instância recursal.

No contexto normativo processual, o fenômeno da constitucionalização do processo conduz a uma efetiva incidência das normas e princípios constitucionais na própria norma infraconstitucional e na sua forma de interpretação e aplicação, o que se denomina neoconstitucionalismo, uma proposta do pensamento jurídico contemporâneo que sustenta o próprio formalismo valorativo, como método capaz de permitir a observância dos preceitos constitucionais durante todas as fases processuais, de forma a resguardar o devido processo legal, a humanização dos processos e a realização da justiça. Considerando a incidência do formalismo valorativo como vetor essencial e a primazia da decisão de mérito como regra no sistema processual civil, é de se reconhecer a necessidade de ampla valorização dos meios instrutórios no curso dos processos, inclusive na fase recursal.

Devido aos progressos da ciência processual, é adequado avançar também na interpretação e na aplicação das premissas formalistas valorativas, em defesa de um direito processual que preza não apenas pelo formalismo valorativo, mas que, acima de tudo, atue em busca de um processo justo e eficiente. Com a evolução do pensamento jurídico e do próprio sistema processual, é oportuno defender uma concepção metodológica que preza pela interpretação e aplicação das normas processuais e materiais na perspectiva de se garantir um processo eficiente, que seja justo, que tenha a instrumentalidade como respaldo, o formalismo valorativo como estratégia e, como alvo, a efetiva justiça material.

O Código de Processo Civil de 2015 evidencia a adoção do formalismo-valorativo no seu texto e no seu contexto, e prevê, como regra, a primazia da decisão de mérito, visando à efetividade do processo.

A diretriz norteadora do procedimento recursal compreende a “primazia da melhor decisão de mérito”, o que pressupõe a necessidade de que o procedimento recursal valorize suficientemente as provas existentes acerca dos fatos que constituem objeto da controvérsia. Por conseguinte, constatada a dúvida quanto à verdade provável dos fatos, e sendo inconsistentes ou insuficientes as provas produzidas, poderão os julgadores recursais adotar postura proativa tendente a viabilizar o carreamento aos autos de outros elementos probatórios que contribuam

para o esclarecimento das controvérsias fáticas, permitindo, assim, a instrução suficiente quanto às questões que constituem objeto do recurso.

O processo deve ser justo; e não há justiça sem verdade. A apuração da verdade no processo é possível e necessária, pois dela depende a justiça do processo. Não há justiça material sem que a decisão seja compatível com a verdade possível, que somente será demonstrada a partir das provas existentes no contexto material e que deverão ser produzidas, valorizadas e consideradas, tanto pelo juízo singular quanto recursal, inclusive através da iniciativa probatória do julgador na fase recursal.

É preciso que ocorra uma mudança de mentalidade dos aplicadores e pensadores do direito. Merecem crítica as decisões mecanicistas percebidas com frequência nos nossos tribunais. A primazia da rigidez formalista precisa ser substituída pela criteriosa e rigorosa análise do processo em busca da justa decisão, tanto em primeira instância quanto no tribunal. É preciso compatibilizar a técnica procedimental com uma visão contemporânea tendente a priorizar o justo e efetivo resultado da contenda, a partir de um processo que esteja adequado e estruturado à luz das tutelas efetivas dos direitos fundamentais.

É preciso superar e abandonar a visão e a atuação mecanicista dos julgamentos, inclusive na fase recursal. A exigência de fundamentação detalhada torna imprescindível a atuação do julgador na fase recursal pautada na valorização da prova e, conseqüentemente, da própria justiça. A exigência de fundamentação das decisões é aplicada tanto em primeira instância quanto na fase recursal, o que implica na necessidade de adequada análise e valoração das provas. A fundamentação das decisões judiciais representa um componente basilar de um processo justo. Somente a instrução adequada do processo permitirá uma fundamentação adequada quanto às razões de fato capazes de sustentar uma decisão verdadeiramente adequada e justa.

Compete à segunda instância, em cumprimento à sua atribuição recursal, reapreciar as decisões recorridas, nos limites do recurso, porém, com ampla possibilidade de averiguação quanto às questões de fato debatidas na demanda e que poderão contribuir para a ratificação ou retificação da decisão proferida pelo juízo singular. O efeito devolutivo do recurso pressupõe a devolução, ao judiciário, do poder de reapreciar uma decisão, a fim de que, respeitado o objeto do recurso, sejam reanalisadas as questões de fato e de direito suscitadas no processo, com o

intuito de manter, reformar ou anular a decisão objurgada. Essa atividade exige, conseqüentemente, a reapreciação das questões de fato, dos pedidos, teses e também das provas que já tenham sido produzidas no processo.

Respeitada a extensão do recurso, que é delimitada pelo recorrente, os julgadores poderão proceder ao amplo reexame da causa, o que é permitido, por força da profundidade decorrente do efeito devolutivo, que é ampla. A profundidade do efeito devolutivo do recurso representa premissa norteadora para a produção e a análise das provas na fase recursal. Portanto, sempre a causa versar sobre questões de fato e for interposto recurso, caberá ao tribunal reapreciar a matéria probatória necessária à demonstração da verdade provável, podendo constatar, mesmo de ofício, a necessidade de repetição, complementação ou produção de alguma outra prova.

O artigo 370 representa uma verdadeira cláusula geral do poder instrutório do julgador, cuja aplicação se estende aos membros do tribunal, por também serem juízes. O legislador também previu expressamente o poder do relator e do órgão colegiado competente para o julgamento do recurso, de converter o julgamento em diligência e ordenar a produção de prova, quando for reconhecida a necessidade, sendo que os atos instrutórios, por força de comando expresso do Art. 938, § 3º, poderão ser realizados no próprio Tribunal. O art. 932, CPC/15 prevê, entre as incumbências unipessoais do relator, a de dirigir e ordenar o processo em relação à produção de prova.

A produção de provas na fase recursal poderá se dar em diversas circunstâncias, como, por exemplo, diante do convencimento do julgador quanto à necessidade de produção, repetição, esclarecimento ou complementação da prova; na hipótese de acolhimento de prova pleiteada na apelação contra interlocutória não agravável por instrumento que a tenha indeferido; mediante provimento de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória denegatória de prova que comporta imediato recurso; quando for necessário produzir prova para cumprimento de diligência visando sanar vícios na fase recursal; com a juntada de prova produzida por carta precatória ou rogatória; pela requisição de certidões e procedimentos administrativos; quando forem alegados fatos supervenientes, ou surgirem documentos novos; diante de alegação nova de fatos pretéritos em razão de força maior; pela juntada de documentos velhos mediante justa causa; pela

exibição de documento contra a parte contrária ou contra terceiro ou a juntada de documentos intruindo agravo de instrumento.

Podem ainda ocorrer as seguintes circunstâncias nas quais haverá produção de provas na fase recursal: prova em impugnação de autenticidade ou em incidente de arguição de falsidade instaurado no tribunal, na fase recursal; quando arguida suspeição ou impedimento do julgador na fase recursal; diante de negócios processuais precedentes ou supervenientes permissivos de produção de provas na fase recursal; quando houver necessidade de prova sobre questões que podem ser alegadas pelo interessado ou declaradas de ofício pelo julgador a qualquer tempo; ou ainda, quando houver dúvida sobre a condição de hipossuficiência da parte que pleitear a gratuidade de justiça e nos casos de remessa necessária.

O judiciário precisa explorar de forma mais significativa os recursos tecnológicos, a fim de permitir que a prova, na fase recursal, quando necessária e viável, seja produzida no próprio tribunal, como é o caso de prova oral, que poderá ser realizada por videoconferência.

O modelo cooperativo de processo é uma realidade no cenário jurídico brasileiro, notadamente com o advento do CPC/15. No processo cooperativo, a atuação do magistrado no tocante à instrução processual não pode se limitar à de mero fiscal, apenas acatando ou rejeitando as provas requeridas pelas partes. Ela deve ir além, de forma a verdadeiramente colaborar para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. O sistema cooperativo que hoje prevalece convida a uma atuação mais participativa do julgador, inclusive quanto à matéria probatória, o que implica na possibilidade de um desempenho proativo do juiz, inclusive na fase recursal.

O dever de cooperação do juiz deve ser interpretado em conformidade com as finalidades do processo e da atuação jurisdicional na perspectiva de um constitucionalismo processual democrático, o que pressupõe a atuação cooperativa recaindo também sobre a instrução processual. O modelo cooperativo em matéria probatória atua em duas vertentes: a) por um lado, atribui ao juiz maior ativismo probatório, a fim de que possa, assim, contribuir para o resultado justo do processo e, b) por outro lado, permite às partes pactuarem sobre questões processuais que podem versar sobre provas, inclusive na fase recursal.

Quanto aos limites ao poder instrutório do julgador, podem ser apontados como parâmetros jurídicos admissíveis de caráter restritivo: os elementos objetivos

da demanda, vinculação endoprocessual da justificativa pela atuação probatória, respeito ao contraditório, fundamentação do ato instrutório, licitude dos meios de prova, a presunção legal de veracidade decorrente da revelia com os seus efeitos e a relevância da prova,

Não merece acolhida a argumentação restritiva que costuma ser apontada por aqueles que defendem um posicionamento restrito do juiz em matéria de prova. Não há preclusão para o juiz no aspecto probatório; a preclusão probatória para as partes e a disponibilidade dos direitos não interferem nos poderes do juiz. O princípio da igualdade das partes e da imparcialidade do juiz não são violados pela iniciativa probatória. Eventuais negócios jurídicos processuais não podem restringir a instrução probatória recursal do julgador e as regras sobre o ônus da prova somente serão aplicadas em último caso, na ocasião do julgamento.

Existe um ditado popular que diz que “não se constrói um novo firmamento com estrelas cadentes”. O cenário jurídico processual contemporâneo propõe um modelo de processo judicial lastreado em premissas que demonstram uma significativa mudança paradigmática na forma de se interpretar e aplicar o direito processual civil. É preciso avançar na forma de interpretação e aplicação dos comandos processuais. Importantes inovações erigidas no novo texto processual são legitimadas pelo pensamento jurídico contemporâneo, firme no anseio de que o regramento permita um procedimento menos burocrático, mais próximo de atender aos anseios dos cidadãos, a partir da modernização e a celeridade dos processos, a concretização das garantias constitucionais, a efetividade do resultado da ação e a realização concreta da justiça material, sem desprezar a segurança jurídica, o contraditório e o devido processo legal.

A iniciativa probatória deve ser um farol a iluminar o espírito do julgador no curso da demanda, tanto em primeira instância como na etapa recursal, a fim de que a máxima instrução exigível permita o alcance da verdade provável no processo e viabilize a prestação jurisdicional justa e efetiva.

9 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM. Teresa Arruda. Reflexões sobre o ônus da prova. Revista de Processo. v. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

AMENDOEIRA JR., Sidnei. Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006

AMORIM. Edgar Carlos de. O juiz e a aplicação das leis. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992

ASSIS. Araken de. Manual dos Recursos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

BADARÓ. Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2003

BADARÓ. Gustavo Henrique. Manual dos recursos penais. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2017

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. O papel do juiz no processo civil. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 55.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Provas atípicas. Revista de Processo. v. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Os poderes do juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). O Processo Civil Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1999

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. O juiz e a prova. Revista de Processo n. 178. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Jul-set. 1984.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em materia de prueba. In: Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.80.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. O processo civil contemporâneo no enfoque comparativo. In: Temas de Direito Processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. In: Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: Temas de Direito Processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. 5º ed. Rio De Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARIONI, Rodrigo. A produção de provas em ação rescisória. In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. José Miguel Garcia Medina, et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 2001

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BELTRÁN. Jordi Ferrer. Prueba y verdad en el derecho. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2005

BERTOLINO, Pedro J.; “El Exceso Ritual Manifiesto”, ed. Platense, La Plata, 1979

BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa probatória do juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004

BRASIL JUNIOR. Samuel Meira. Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007

CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012

CÂMARA. Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e do processo civil democrático. Revista de Processo. São Paulo: revista dos tribunais, v. 153, p. 215-216, nov. 2007

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006

CARNELUTTI, Francesco. A prova civil: parte geral: o conceito jurídico da prova. 2 ed. São Paulo: Editora Pillares, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. Arte do direito. Campinas: Bookseller, 2001

CARVALHO. Fabiano. Poderes do relator nos recursos. São Paulo: Saraiva, 2008

CASTRO, Daniel Penteado de. Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013

CERQUEIRA. Eduardo Luiz Brasileiro de. Poder de instrução: é possível a produção de provas em instância recursal. 2012, p. 01. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-04/eduardo-cerqueira-possivel-producao-provas-instancia-recursal>. Acesso em 22 dez. 2016

CINTRA. Antônio Carlos Araújo, Comentários ao Código de Processo Civil. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2000

CLARO, Carlos Roberto. Operador do direito ou construtor do direito? Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34621,71043-Operador+do+Direito+ou+construtor+do+Direito+>. Acesso em 13 fev. 2017

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. RBDPro – Revista Brasileira de Direito Processual. nº 90. Belo Horizonte, 2015

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 6º. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016

CUNHA, Maurício Ferreira. Ônus da prova, dinamicização o novo CPC. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. . v. 3, Bahia: JusPodivm, 2016

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 6. ed. . v. 2, Bahia: JusPodivm, 2008

DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v.1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012

DIDIER JR. Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo, ano 36, v. 198, São Paulo, 2011

DINAMARCO. Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO. Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 3 ed. v.1, São Paulo: Malheiros, 2003

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 4 ed. v. 3, São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6 ed. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2009.

ENFAM. Enunciados sobre o Novo CPC aprovados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 23. Jan. 2016.

FAGUNDES, M. Seabra. Dos recursos ordinários em matéria civil. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946

FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no direito probatório. In: Grandes Temas do

Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015

FILGUEIRA MENDES, Francisco de Assis. Interrogatório informal das partes. In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. José Miguel Garcia Medina, et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FREIRE, Alexandre; NETO, Newton Pereira Ramos. Art. 139. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016

GODINHO, Robson Renault. Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil” In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015

GOMES, Gustavo Gonçalves. Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015

GOMES, Sérgio Alves. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1997

GONÇALVES. Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES. Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. v.1. 12 ed. de acordo com o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016

HARTMANN. Rodolfo Kronemberg. Curso Completo do Novo Processo Civil. 3 ed. Niterói/RJ: Impetus, 2016.

HERKENHOFF, João Baptista. Absolvição da universitária que desacatou o Guarda-Sorriso. Uma Porta para o Homem no Direito Criminal. Rio de Janeiro, Forense, 2001, 4 ed. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto413.html>
Acesso em: 30 out. 2016

HERKENHOFF. João Baptista. Justiça, direito do povo. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2000, p. 08

HOFFMAN. Paulo. Saneamento compartilhado. São Paulo, Quartier Latin, 2011

JORGE. Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 6 ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

JUNOY, Joan Picó i. La iniciativa probatoria del juez civil. A proposito de un caso. In: Los poderes del juez civil en materia probatoria. Coord. Xavier Abel Lluch e Joan Picó i Junoy. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2003.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Sistema recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016. Salvador: JusPodivm, 2016

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. Ajuris, 28 ed. Porto Alegre: Ajuris, 1983.

LACERDA, Galeno. O juiz e a justiça no Brasil. Revista Ajuris nº 53. Porto Alegre, 1991, p. 68

LANES, Julio Cesar Goulart. Fato e direito no processo civil cooperativo. Editora Revista dos Tribunais, 2014

LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como o único destinatário da prova (?). In: Grandes temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 99

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil, 3 ed. v 1, São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. Revista de Processo. nº 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981

LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: Grandes temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord geral). Salvador: Juspodivm, 2015

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOURENÇO, Aroldo. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013

MADUREIRA, Cláudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo valorativo. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS nº 3. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58879/36261>. Acesso em 18 fev. 2017. Porto Alegre, 2015

MARCATO, Antonio Carlos. Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil, 2 ed. v. 5. São Paulo: RT, 2005

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. Poderes do juiz no processo civil. São Paulo: Dialética, 2004

MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil e microsistemas. Pensamento Jurídico: Revista do curso de mestrado e doutorado em direito da Faculdade Autônoma de Direito. nº 1, São Paulo, 2011.

MAZZEI, Rodrigo Reis. O efeito devolutivo e seus desdobramentos. In. Dos recursos: temas obrigatórios e atuais.v.1. Parte geral. Editora Instituto Capixaba de Estudos, Vitória, 2001

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, 3 ed. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 2001

MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992

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

MORO, Cássio Ariel. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis. Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009

NERY JR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 225.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. 1998. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir1.htm>> Acesso em 20 mar. 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo . 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo cautelar. Revista de Processo, v. 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In Repro nº 137, São Paulo: RT, 2006.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal, 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PASSOS. José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CERQUEIRA, Dhébora Mendonça de. Direitos fundamentais processuais e o princípio da cooperação no novo código de Processo Civil. In: Revista Direitos Fundamentais e Justiça.nº34, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016

PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça. Novas feições da atividade probatória a partir do dever de motivação exaustiva e concreta previsto no artigo 489, § 1º, do NCCPC. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015

PINTO, Maurício Luís Pereira. Poderes probatórios do juiz no civil Law e no common Law. In: Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009

PISANI. Andrea Proto. Lezioni di diritto processuale civile. 3 ed. Napoli: Jovene, 1999.

POLASTRI LIMA, Marcellus. A chamada “verdade real” sua evolução e o convencimento judicial. In: Verdade e prova no processo penal. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 232

POLASTRI LIMA. Marcellus. Curso de Processo Penal. 8 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014

POLASTRI LIMA, Marcellus; DIAS, Luciano Souto. Prisão Civil por débito alimentar no contexto da reforma processual civil. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. v.64 (jan/fev.2015). Porto Alegre: Magister Editora, 2015

POLI. Roberto. Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali”. In Rivista di diritto processuale n. 2. Padova: Cedam, 1995

RABELO, Manoel Alves; SANTOS, Katharine Maia dos Santos. Teoria geral da prova na jurisdição cível : breves considerações. In: ZAGANELLI. Margareth Vetus Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009

RAMOS, Vitor de Paula. Art. 370. In: TUCCI. José Rogério Cruz e, et al (coord). Código de Processo Civil Anotado. Atualizado em 31.01.2017. Associação dos Advogados de São Paulo: 2015. Disponível em: http://aplicacao.aasp.org.br/novo_cpc/ncpc_annotado.pdf. Acesso em: 03. fev. 2017

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: Grandes temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015

RAWLS, John. A Theory of Justice. Sixth printing. Harvard University Press. United States of America, 2003.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Preclusão no processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

RUBIN, Fernando. A preclusão na dinâmica do processo civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 1, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 2, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. V.3. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

SÃO PAULO. Carta de São Paulo. Enunciados do FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. 2016. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em: 19 jul 2016.

SEN, Amartya. The idea of justice. Library of Congress. United States of America, 2009

SILVA, Bruno campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

STRECK, Lênio Luiz. Art. 369. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>. Acesso em 14 jan. 2017

TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz, in <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046-in> cooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz. 2015

TALAMINI, Eduardo. Art. 430. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 616

TARIGO, Enrique E. Lecciones de derecho procesal civil. Montevideo: 1994, p. 163.

TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de “La prueba” São Paulo: Marcial Pons, 2014

TARUFFO, Michele. Considerazioni su dubbi e verità. In: Grandes Temas do Novo CPC, v. 5 Direito probatório. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Juspodivm, 2015

TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Revista de Derecho, v. 15, nº 2, Valdivia Editora, 2003

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de “La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti” São Paulo: Marcial Pons, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Novo Código de Processo Civil anotado. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, v. 1, 54 ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2013

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense: 2015.

TOSCAN, Anissara. Preclusão processual civil estática e dinâmica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

VITÓRIA. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>> Acesso em: 01 ago 2015.

VINCENZI, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003

YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. v. 1 . 7 ed. São Paulo. RT, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. José Miguel Garcia Medina, et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

ZAGANELLI. Margareth Vetis; AVELLAR, Ana Paula. In: Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009

ZAGANELLI. Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial: considerações sobre a cientificização da prova no processo. In: Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009

ZANETI JUNIOR, Hermes. Democracia e judiciário na (re) politização do direito: notas para o papel dos juízes e do judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (parte I). In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. José Miguel Garcia Medina, et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JUNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo valorativo como nova fase metodológica do processo civil. In: Revista de Direitos Difusos, v. 53. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2011