

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JULGADOR NA FASE RECURSAL DO
PROCESSO CIVIL COLABORATIVO**

Larissa Sartori Barbosa

Presidente Prudente/SP

2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JULGADOR NA FASE RECURSAL DO
PROCESSO CIVIL COLABORATIVO**

Larissa Sartori Barbosa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues.

Presidente Prudente/SP

2019

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JULGADOR NA FASE RECURSAL DO
PROCESSO CIVIL COLABORATIVO**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Orientador

Larissa Aparecida Costa
Examinadora

Wilton Boigues Corbalan Tebar
Examinador

Presidente Prudente/SP, 12 de novembro de 2019.

Aos meus pais, Cantidio e Vânia, por me ensinarem a importância do estudo e da dedicação, por me ensinarem o justo e o correto, por me oportunizarem a realização desta graduação e por serem meus exemplos de caráter, a vocês o dedico meu todo amor e gratidão incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus e a minha Santa Paulina, por todos os dias terem orientado a minha fé e as minhas ideias, iluminado todo caminho traçado até aqui, por me darem forças para prosseguir em frente na realização dos meus sonhos, por me abençoarem todos dias, e por me esclarecerem os desafios da vida.

Agradeço também as meus pais, Cantidio e Vânia, e ao meu irmão Rafael, pelo apoio incondicional, pelo exemplo de família, de ética profissional, por viverem o sonho da graduação ao meu lado todos os dias, pelo respeito e amor que dedicam a mim e a toda nossa família, sem vocês nada disto seria possível, agradeço por fim pelo amor incondicional que me proporcionam.

Não poderia deixar de agradecer as minhas amigas de graduação, Giovana e Jheiny, que vivenciaram comigo esta fase da graduação e foram fundamentais para a realização deste trabalho, haja vista o todo o apoio que prestaram.

Por fim, agradeço de todo o meu coração aqueles que alguma forma contribuíram para a realização desta etapa, em especial ao meu orientador Daniel Colnago, por toda a paciência ao longo deste trabalho, e a todos os meus queridos amigos os quais foram essenciais na caminhada deste ano desafiador.

A todos vocês, o meu muito obrigada!

RESUMO

O presente artigo trata sobre o papel do julgador na produção e instrução probatória, com foco na possibilidade dessa atuação do julgador na fase recursal, atos que evoluíram em conjunto com a sociedade e o processo civil democrático. O processo civil brasileiro possuiu três sistemas de valoração da prova durante sua história, o primeiro nomeado de sistema da prova legal, que possuía como princípio basilar o princípio do dispositivo, evoluindo-se posteriormente para o sistema da íntima convicção, aonde o julgador apreciava a prova de maneira subjetiva e discricionária, por fim, o CPC/73 traz em seu art. 131 o sistema do livre convencimento motivado, também conhecido como persuasão racional, onde o julgador era livre para apreciar a prova, mas desde que fizesse de maneira fundamentada. Acontece que abusos na interpretação das provas por parte dos magistrados começaram a ocorrer com este sistema, trazendo insegurança e resultados não satisfatórios as partes. O CPC/15, visando suprir estes abusos por parte dos julgadores retira do novo artigo 371 o termo “livremente” da apreciação de provas pelo juiz. Este estudo trará uma discussão do novo papel do julgador na produção e apreciação da prova, com o advento do novo sistema processual da cooperação em relação ao antigo sistema do livre convencimento motivado. Além disso, será abordado sobre o papel do julgador na fase recursal e a possibilidade de produção e instrução probatória por este, sendo abordado diversas provas e atuação do julgador frente a elas e como estas podem ser interpretadas com a finalidade de se garantir um processo justo e democrático.

Palavras-chaves: Produção probatória. Instrução probatória. Contraditório. Fase recursal. Julgador. Processo Justo. Processo Democrático.

ABSTRACT

This article deals with the role of the judge in the production and probative instruction, focusing on the possibility of this judge acting in the appeal phase, acts that evolved together with society and the democratic civil process. The Brazilian civil process has had three systems of valuation of evidence during its history, the first named system of legal evidence, which had as its principle to base the principle of the device, later evolving to the system of intimate conviction, where the judge appreciated the subjective and discretionary proof, finally, the CPC / 73 brings in its art. 131 the system of motivated free conviction, also known as rational persuasion, where the judge was free to appreciate the evidence, but provided that he did so on a reasoned basis. It turns out that abuses in the interpretation of evidence by the magistrates began to occur with this system, bringing insecurity and unsatisfactory results to the parties. CPC / 15, in order to address these abuses by judges, removes from the new article 371 the term "freely" from the examination of evidence by the judge. This study will bring a discussion of the new role of the judge in the production and appreciation of evidence, with the advent of the new procedural system of cooperation in relation to the old system of motivated free conviction. In addition, it will be discussed about the role of the judge in the appeal phase and the possibility of production and probative instruction by him, and will be addressed various evidence and performance of the judge before them and how they can be interpreted in order to ensure a fair trial. and democratic.

Keywords: Evidence production. Evidence statement. Contradictory. Recursive phase. Judge. Fair process. Democratic process.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CPC/39 – Código de Processo Civil de 1939

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

NCPC – Novo Código de Processo Civil

CF/88 – Constituição Federal de 1988

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2 BREVE HISTÓRICO DA ATUAÇÃO DO JULGADOR NA VALORAÇÃO DA PROVA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESSENCIAS AO PROCESSO CIVIL	11
2.1 O Processo Civil Liberal e o Processo Civil Democrático na Apreciação das Provas	12
2.2 O Princípio do Dispositivo na Produção de Provas	14
2.3 Princípios Constitucionais Fundamentais ao Processo Civil	17
2.3.1 O devido processo legal	18
2.3.2 O contraditório na produção de provas	19
2.3.3 Princípio do juiz natural	20
2.3.4 A inafastabilidade do controle jurisdicional	21
2.3.5 Princípio da motivação das decisões judiciais	22
2.3.6 A publicidade dos atos processuais	23
2.3.7 O duplo grau de jurisdição	24
3 SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA	29
3.1 Breve Histórico do Papel do Julgador do CPC/39 E No CPC/73	30
3.2 Sistema da Prova Legal	32
3.3 Sistema da Íntima Convicção	33
3.4 Sistema da Persuasão Racional	34
3.5 O Modelo Cooperativo de Processo Frente as Provas	37
3.5.1. O ônus probatório no processo cooperativo	41
3.5.2 A atuação instrutória do julgador em fase recursal sob a égide do processo cooperativo	44
4 O PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR EM FASE RECURSAL	48
4.1 Da Recorribilidade das Decisões Judiciais que Versam sobre a Prova	55
4.2 A Prova e a Fundamentação das Decisões Judiciais	57
4.3. Das Possíveis Hipóteses de Produção de Provas na Fase Recursal	60
4.4 Provas que Podem Ser Produzidas em Instância Recursal	70
4.5 Os Recursos que Admitem a Produção de Provas	74
4.6 O Contraditório das Provas nos Recursos	77
4.7 Limites do Poder Instrutório do Julgador	79
5. CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	85

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo teve como foco o papel que o julgador desempenha no processo de produção e instrução probatória com enfoque na questão recursal, visto que a produção probatória é um importante e fundamental ato processual o qual visa além de provar os fatos alegados pelas partes, esclarecer os fatos alegados ao receptor desta prova, quem seja, o julgador.

Grande parte da doutrina, em especial os processualistas mais conservadores entendem que a prova tem como seu único destinatário o julgador, sendo que todas as diligências a serem tomadas quanto a prova devem buscar o esclarecimento deste para que possa valorá-la conforme o entendimento que for abstraído do conjunto probatório apresentado ao processo.

A história processual cível em geral no Brasil foi marcada por sistemas de valoração da prova os quais atribuíram maior ou menor importância a função do magistrado na valoração probatória, sendo que a evolução destes sistemas era moldada em conformidade com a evolução da sociedade processual e brasileira.

Admitiu-se no processo civil brasileiro desde um julgador frente a produção de provas que era considerado mero árbitro na instrução, a julgadores os quais abusavam de seus poderes discricionários valorando a prova com base na sua íntima convicção baseado em aspectos totalmente subjetivos.

O novo Código de Processo Civil inaugurado em 2015 trouxe inovações quanto a participação do julgador na instrução probatória, visto que interpretando os artigos do novo CPC/15 abstrai-se que, ao se superar os modelos inquisitórios e adversários do processo, passa a adotar o sistema de processo cooperativo, aonde por este sistemas as partes e julgadores realizarão um processo mais democrático, tendo em vista que este novo sistema tem como princípio basilar a cooperação das partes no processo, onde magistrados e as partes que compõe a lide estariam mais integrados, valorizando também a oralidade no processo tanto no saneamento da prova como na instrução probatória.

O CPC/15 inova ao retirar o termo “livremente” de seu art. 371, ou seja, o juiz não poderá mais se valer de seus critérios subjetivos para valorar a prova, e muda-se assim o papel do julgador na produção e instrução probatória, estabelecendo limites da atuação do magistrado.

Ao mesmo tempo que o CPC/15 foi de grande valia para a produção e instrução probatória na fase recursal, permitiu que diversas provas sejam produzidas no tribunal, requerendo por parte do julgador uma postura mais ativa e participativa, trazendo assim maior segurança jurídica, postura essa do julgador a qual deve estar pautada sempre nos princípios constitucionais, além ser meio de evitar eventuais abusos que possam ocorrer na instrução probatória por parte dos juízes do primeiro grau de jurisdição.

O indeferimento da produção ou a análise má realizada de uma prova a qual era essencial para o processo, pode acarretar uma decisão judicial que não buscou a verdade real do processo, levando as partes a procurarem o órgão colegiado com o objetivo de então conseguir satisfazer sua pretensão sobre a prova na esfera recursal.

Nos últimos tempos vem sendo entendimento comum na jurisprudência que o julgamento na instância recursal poderá ser convertido em diligência para que sejam produzidas e instruídas provas, as quais podem ser realizadas até mesmo no tribunal, pelo requerimento da parte através da interposição de recurso e até mesmo de ofício pelo desembargador relator.

A escolha desse tema se deu pelo fato de este ser um tema tímido na doutrina processual brasileira principalmente quanto a produção e instrução probatória na fase recursal, mesmo sendo de extrema importância para se alcançar um processo justo e democrático.

A produção e instrução probatória garante ao processo segurança nas decisões que serão proferidas, além de um resultado justo do processo, as provas são o veículo as quais conduzem a verdade dos fatos alegados.

Objetivou-se com o presente trabalho buscar a importância da função dos magistrados nos atos probatórios do processo, visando que se conclua a importância de tais atos para o resultado útil da causa, estabelecendo posturas e limites ao poder instrutório do julgador.

Para alcançar os objetivos apresentados na elaboração do trabalho, utilizou-se como metodologia a dedutiva, pois será analisado além de doutrina e jurisprudência sobre o tema, a legislação que é aplicada sobre os poderes instrutórios julgadores no processo civil, analisando os aspectos gerais do tema, com a finalidade de se chegar a uma conclusão específica a qual esta pesquisa intenciona.

2 BREVE HISTÓRICO DA ATUAÇÃO DO JULGADOR NA VALORAÇÃO DA PROVA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESSENCIAIS AO PROCESSO CIVIL

Pode-se conceituar a prova como um meio de demonstração da verdade dos fatos alegados pelas partes, no âmbito processual ela pode ser entendida como modo de composição do convencimento do julgador¹, além de elucidar fatos apresentados pelas próprias partes. No entanto, a instrução probatória e o papel do julgador nesta instrução e valoração da prova foi sendo moldada juntamente com a evolução da sociedade e da legislação brasileira.

O Brasil colônia possuía como compilação jurídica o regramento Afonsino, evoluindo posteriormente para as Ordenações Manuelinas e Filipinas. Já com o advento da independência do Brasil estes ordenamentos deram lugar às Ordenações Filipinas, as quais vigoraram no Brasil no que se tratava em matéria civil até o ano de 1906².

O primeiro Código de Processo Civil, foi promulgado apenas no ano de 1939, e neste lapso temporal as regras e normas processuais cíveis foram reguladas pelo Regulamento nº 737, por Consolidação de Leis de Processo, até mesmo foram legisladas pelas Constituições Estaduais.

Enquanto o Regulamento de nº 737, ainda atrelado a ideia de processo civil liberal, se pautava no princípio do dispositivo em relação as provas no processo civil, o CPC/39 vem romper com esse princípio e caminha rumo a iniciativa probatória do juiz, podendo este diligenciar sobre as provas trazidas pelas partes de ofício ou por requerimento³, conforme disciplinava o art. 117 do CPC/39.

O legislador entendia que as provas deveriam ser apresentadas nas peças iniciais, em sede contestações e defesas, conforme previa o art. 223 do CPC/39, mesmo não sendo expressamente determinado um momento final para instrução probatória.

Nesta época o legislador não se preocupou em regularizar a instrução prova em segunda instância, regulamentando apenas a instrução da prova em primeira instância, porém, não havia uma regra ou qualquer determinação que demarcasse o

¹ ALMEIDA, Jorge Luiz. A Prova e a Ciência Privada do Juiz. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 338.

² DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 84.

³ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 84.

momento processual exato para a instrução probatória, nem mesmo havia vedações na legislação quanto a serem determinadas ou produzidas provas em instâncias recursais.

Com o advento do CPC/73 houve a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, previstos nos art. 130 e 131 do CPC/73, os quais concediam ao magistrado a probabilidade de requerer provas que entendesse pertinentes para elucidação do fato alegado pela parte, podendo determiná-las de ofício, além de valorá-las livremente.

Em relação instrução probatória em segunda instância no CPC/73, o legislador não disciplinou expressamente sobre o tema, no entanto, interpretava-se no sentido de se aplicar igual condição de instrução probatória para os julgadores das instâncias recursais⁴.

O novo Código de Processo Civil de 2015, altera o cenário da valoração da prova pelo no processo brasileiro, pois o termo “livremente” passa a não existir mais no artigo 371 do CPC/15, a qual determina o papel do juiz na apreciação da prova, e a doutrina passa a questionar se o princípio do livre convencimento ainda deve ser interpretado em relação a análise probatória, ou se entra em cena um novo sistema chamado de sistema cooperativo.

Desta forma, pode-se analisar que o papel do juiz na instrução probatória foi sendo moldado juntamente com a evolução processual civil, e na mesma direção caminha a instrução probatória em segunda instância, no qual os julgadores tem papel fundamental na instrução probatória, contudo, é necessário se observar os limites desta atuação do judiciário.

2.1 O Processo Civil Liberal e o Processo Civil Democrático na Apreciação das Provas

Na doutrina processual civil liberal o processo era visto como “coisa das partes”, ou seja, o juiz no processo possuía o papel de mero árbitro, tendo como sua participação apenas na aplicação da lei pura e simples, possuindo função pouco importante nesta fase do processo, pois era mero subordinado do legislador ao proferir suas decisões.

⁴ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 84.

No processo liberal clássico, o julgador não participava da produção probatória, julgava com base nas provas produzidas pelas partes e, apenas as partes podiam postular a produção de provas dentro do processo.

Esta ideia provinha da desconfiança do liberalismo individualista diante de toda atividade do Estado, e então, em concreto, diante dos seus órgãos jurisdicionais. Estes, naquela concepção, achavam-se ao serviço dos particulares para solucionar, como e quando estes julguem conveniente, os conflitos de interesse. Daí a extraordinária limitação das faculdades do juiz no processo regulado no século XIX; MANRESA, o autor principal ao tempo da LEX de 1881, considerava que a melhor lei de procedimentos é a que deixa menos campo ao árbitro judicial, porquanto esse árbitro é incompatível com as instituições liberais⁵.

Além disso, o princípio do dispositivo ajudava a reforçar a ideia liberalista, a qual preconiza que a instauração do processo dever ser exclusivamente realizada pelas partes, sendo também interpretado acerca da produção de prova, interpretando que a função do juiz na fase instrutória do processo era a de análise das provas produzidas e pleiteadas exclusivamente pelas partes.

Na metade do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial, os processualistas de todo o mundo passaram a contestar essa postura liberal do processo, pois não se adequava mais ao Estado Democrático que estava se desenvolvendo na sociedade mundial da época.

Com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito começou a ser levado em consideração o interesse social no processo, mesmo se tratando de uma relação jurídica privada, devendo o processo possuir “função social”, e desligando da ideia liberalista de que o processo seria “coisa das partes”, e a partir de então, as partes e julgadores passaram a integrar o processo de maneira que ambos, quem seja, o julgador e as partes passaram a colaborar com a procuração de prova no processo.

No Brasil, o primeiro sistema de apreciação das provas trazido foi o Código de Processo Civil de 1939, no qual tinha como sistema de prova legal o também conhecido como Sistema da Prova Tarifada, que se utilizava do princípio do dispositivo, onde o julgador não possuía a menor liberdade para valorar a prova, pois esta era “tabelada”, ou seja, cada prova possuía um determinado “valor”, sendo assim

⁵ MONTEIRO AROCA, JUAN. Derecho jurisdiccional – I Parte general. 18. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 348 apud MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 276.

determinada prova “valia” mais que outra, como por exemplo, a prova testemunhal que era menos valorada que a confissão que era conhecida como a “rainha das provas”.

Após o fim da utilização deste critério em que a participação do julgador se dava apenas na aplicação da valoração das provas, o Brasil adotou o sistema da íntima convicção, o qual o juiz poderia valorar a prova livremente, sem a menor obrigação de fundamentação, tendo o seu direito de interpretar a prova com base em sua convicção absoluta, ferindo o devido processo legal.

Com a instituição do CPC de 1973, esse sistema foi substituído, pelo sistema do livre convencimento motivado, também conhecido como persuasão racional. Por este sistema se entendia que, o juiz poderia valorar a prova livremente, desde que fizesse isto de maneira fundamentada. Acontece que o poder discricionário do juiz toma a frente na valoração da prova, e este começa a valorá-la da maneira que lhe achar mais conveniente, beirando a íntima convicção.

Sendo assim, foi conferido ao julgador o poder de iniciativa na produção probatória, mas ainda havia discussão doutrinária sobre o tema, onde a doutrina mais antiga ainda refutava a ideia de participação da produção de provas, autores como Amaral dos Santos que entendiam que o julgador possuía “a função meramente supletiva ou complementar”⁶, de maneira que o julgador poderia se envolver com a prova apenas quando esta lhe causasse indecisão ou dúvida, fazendo alusão ao sistema da prova legal, acontece que este sistema foi definitivamente superado pelo código de 1973.

O processo civil liberal ao longo dos anos foi perdendo espaço no processo civil brasileiro para processo civil democrático no tocante a apreciação das provas, já que a CF/88 passou a dispor de um processo mais democrático, contando com a maior participação dos julgadores nos atos processuais, não ficando apenas restrito a iniciativa das partes.

2.2 O Princípio do Dispositivo na Produção de Provas

O Processo Civil brasileiro teve sua origem no Regulamento nº 737, o qual possuía como base o princípio do dispositivo, Vicente Miranda ensina que na época deste regulamento “o juiz deveria julgar conforme o que se achasse alegado e provado

⁶ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 7. Ed. São Paulo Saraiva, 1980, v. 2, p. 309.

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”⁷.

O Princípio do Dispositivo preconiza que o julgador deve basear seu julgamento nas provas produzidas e alegadas pelas partes. Um exemplo claro deste princípio no Código de Processo Civil atual se dá no artigo 2º, que se refere a propositura da demanda, o qual dispõe que “o processo começa por iniciativa da parte, e se desenvolve por impulso oficial, salvo exceções previstas em lei”, ou seja, pelo princípio do dispositivo apenas as partes podem dar início a um processo, apenas a parte interessada tem capacidade postulatória para isto, e o mesmo se aplica para as provas.

Segundo este princípio, o juiz atua como um terceiro desinteressado na produção de provas, e a ele caberia a função de apenas analisar as provas produzidas pelas partes, sendo a iniciativa de produzi-las exclusiva das partes.

Em alguns países do mundo, o Princípio do Dispositivo ainda impera quanto a produção de provas, no entanto, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 370 disciplina que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, isto é, no Brasil há a possibilidade do juiz determinar a prova *ex officio*, desde que seja para elucidar provas obscuras ou questões que são relevantes ao processo, realizando de maneira fundamentada, e aplicando-se este artigo também na instância recursal.

O processo justo é de suma importância a verdade real dos fatos, para isso, esta deve ser trazida ao processo através das provas. O juiz é considerado o destinatário principal da prova no processo, mas não o único, para que através dela solucione a lide existente, devendo o magistrado sempre buscar a verdade real dos fatos ao analisar a prova para a formação de um processo justo, trazendo a garantia de princípios constitucionais como a pacificação social e o acesso à justiça.

No entanto, ainda há conflito de interesses no que se relaciona as provas, como pode-se perceber analisando o artigo 966 do Código de Processo Civil, o qual diz que poderá haver ação rescisória em relação em casos de erro ou omissão do juiz em relação as provas produzidas em um processo que teve uma sentença de mérito, visando revogar essa sentença, por esta não condizer com a verdade real dos fatos, ou seja, das provas apresentadas pelas partes, como dispõe o inciso VIII e parágrafo 1º deste mesmo artigo.

⁷ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 1992, p.28-29.

Sendo assim deve ser de interesse tanto das partes quanto do julgador que haja o exame correto das provas trazidas em juízo, para que estas não gerem novo conflito de interesses em uma nova lide, através de uma ação rescisória, por esta consequência o juiz deve integrar o processo, não sendo inerte a esse.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro não aplica o princípio do dispositivo na relação processual no tocante as provas, entendendo que:

Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser um mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição mais ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório⁸.

O professor José Roberto Badaque diz que o Princípio do Dispositivo dentro do processo está relacionado a “concepções privatistas”⁹, e que estas estariam ultrapassadas, dizendo o seguinte:

O princípio do dispositivo em sentido improprio ou processual não tem razão de ser, pois entre os deveres do juiz está o de tomar iniciativa quanto à determinação dos meios probatórios, atendido o âmbito de investigação estabelecido pelas partes na determinação dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir)¹⁰.

No Código de Processo Civil de 1973, como o juiz poderia apreciar a prova livremente, com base no seu artigo 131, e vigorava o princípio de livre apreciação das provas, aonde o juiz poderia apreciar a prova livremente, ainda que fatos e circunstâncias não fosse alegado pela parte, desde que o fizesse de maneira fundamentada. Este entendimento, deixava ainda mais em desuso o princípio do dispositivo em relação as provas, pois não estabelecia tantos limites ao magistrado para a apreciação da prova trazida pelas partes.

Com o advento do Código de Processo de 2015, este cenário foi alterado, pois no artigo 371 não existe mais o termo “livremente”, sendo assim, este artigo vem trazendo novos entendimentos em relação a participação inquisitorial do juiz na produção probatória.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 215.247-PB**, Quarta Turma, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, data do julgamento 5/10/1995, data da publicação 06/12/1999.

⁹ BEDAQUE, **José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

¹⁰ BEDAQUE, **José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102

2.3 Princípios Constitucionais Fundamentais ao Processo Civil

Para que se compreenda o papel do julgador no processo e na instrução probatória é necessário entender os princípios constitucionais que regem o processo civil, os quais devem ser observados pelos julgadores e pelas partes.

Os princípios constitucionais são regras gerais que devem ser obedecidas pelos julgadores, sendo estas superiores a legislação infraconstitucional conforme a regra da hierarquia constitucional. O doutrinador Alexandre Câmara disciplina que o processo civil brasileiro é construído por um modelo que a Constituição Federal estabelece¹¹.

Em relação ao modelo constitucional de processo civil acima citado, há o seguinte conceito do jurista Alexandre Câmara:

É o chamado *modelo constitucional de processo civil*, expressão que designa o conjunto de princípios constitucionais destinados a disciplinar o processo civil (e não só o civil, mas todo e qualquer tipo de processo) que se desenvolve no Brasil. Começando pelo princípio que a Constituição da República chama de *devido processo legal* (mas que deveria ser chamado de devido processo constitucional), o modelo constitucional de processo é composto também pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da motivação das decisões judiciais e da duração razoável do processo.¹²

Observando-se o controle de constitucionalidade, todos os princípios que são disciplinados a compor o processo civil devem ser obedecidos, frente as normas constitucionais, desta maneira, nenhuma norma infraconstitucional pode ultrapassar ou ferir um princípio constitucional, e caso ocorra deve ser aplicado o controle de constitucionalidade a estes casos.

Após observado todos os princípios que serão descritos abaixo e alguns a mais, poderemos concluir que hoje o processo civil, com seu modelo constitucional, o julgador não estará mais com todos os poderes do processo concentrado para si, este deverá ser distribuído entre julgador, partes e Ministério Público¹³.

Neste sentido entende Alexandre Câmara:

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro Atlas 2018, *E-book*, p. 5.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro Atlas 2018, *E-book*, p. 5.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro Atlas 2018, *E-book*, p. 9.

O modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual. Consequência disso é o assim chamado princípio da cooperação, consagrado no art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”¹⁴.

O Princípio da Cooperação, o qual será tratado em um tópico a seguir deste trabalho, concilia os princípios constitucionais do processo com a nova participação dos envolvidos no processo, construindo uma atividade processual mais justa.

Tendo em vista o exposto, é claro considerar que o julgador deverá ter como sua base tanto para julgamento quanto para praticar atos processuais todos os princípios constitucionais do processo, para que não sejam violados e acabem por trazer insegurança jurídica ao processo, devendo o julgador, além de efetivar estes princípios, ajudar a preservá-los e os tornar eficaz ao decorrer dos atos processuais.

2.3.1 O devido processo legal

O Princípio do Devido Processo Legal teve origem no ano de 1215 na Inglaterra, garantido na Magna Carta, de João Sem Terra, denominado inicialmente como “law of the land”, ou seja, direito da terra, evoluindo posteriormente para o “due process of law”, quando trazido para a Constituição Americana¹⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro, o devido processo legal está disposto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal e é conceituado da seguinte forma: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Este princípio é considerado como um supraprincípio garantindo ao processo a ampla defesa, o contraditório, certificando o princípio do juiz natural da causa, a fundamentação do juiz frente as suas tomadas de decisões, assim como o acesso à justiça, o tratamento igualitário das partes e a defesa plena.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro Atlas 2018, *E-book*, p. 10.

¹⁵ NOGUEIRA, Andreia Possebão. **O Ativismo Judicial na Fase Instrutória do Processo de Conhecimento**. 2003. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2003, p. 48.

O julgador tem papel fundamental de garantir a aplicação do devido processo legal, devendo este formular seus provimentos jurisdicionais em consonância com o devido processo, tendo o doutrinador Humberto Teodoro Junior lecionado da seguinte forma:

O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visito como um simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais¹⁶.

Desta maneira, o devido processo legal traz consigo a função de assegurar todos os princípios constitucionais que permeiam o processo civil justo, no entanto, cada princípio deve ser analisado distintamente para que seja avaliado a aplicação de cada um deles, e as garantias que estes asseguram ao processo.

2.3.2 O contraditório na produção de provas

O contraditório advém do devido processo legal (due process of law), trazendo ao processo a igualdade de partes, e em relação as provas, assegura que estas possam ser apresentadas em juízo pelas partes e serem contraditadas tanto pelas próprias partes, quanto pelo juiz.

Durante muitos anos, o contraditório foi restrito apenas as partes no que tangia aos direitos disponíveis, no entanto, essa postura passou a não ser mais aceita, devendo o juiz fazer parte do contraditório e não apenas ser um mero espectador, inteirando o contraditório para que possa suprir eventual falha das partes.

Barbosa Moreira, defende a ideia da participação do juiz no contraditório como se observa:

No propósito de contribuir para a mitigação das desigualdades substâncias entre as partes, tem-se cogitado de conferir ao juiz a faculdade (ou mesmo o dever) de prestar-lhes informações sobre os ônus que lhe incumbem, convidando-as, por exemplo, a esclarecer e a complementar suas declarações acerca dos fatos, ou chamando-lhes a atenção para a necessidade de comprovar alegações¹⁷.

¹⁶ ALMEIDA, Jorge Luiz. A Prova e a Ciência Privada do Juiz. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 338.

¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 52.

Na busca de efetividade do tratamento igualitário das partes, não deve o juiz de ofício determinar o esclarecimento das provas ou até mesmo a produção destas que sejam onerosas ou difíceis as partes, e tem o dever de fundamentar o porquê de sua decisão em relação a prova a ser esclarecida ou produzida. A postura de um juiz imparcial deve ser fundamental na fase instrutória do processo, para que ocorra um contraditório justo nas provas.

O doutrinador italiano Trocker conceitua processo justo como sendo aquele processo que:

(...) se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, em contraditório entre todos os interessados, em tempo razoável, como a propósito estabelece o art. 111 da Constituição (italiana)¹⁸.

A participação do juiz no contraditório das provas deve ter como principal preceito a boa-fé, assim como das partes que integram o processo, cabendo ao juiz o dever do diálogo com as partes, o esclarecimento das provas controvertidas, para que haja uma cooperação entre o juiz da causa e das partes que a compõe, tornando assim o processo justo como as provas que por ele foram produzidas.

2.3.3 Princípio do juiz natural

O Juiz natural da causa deve ser necessariamente um juiz imparcial, além de dotado de competência jurisdicional, no entanto, o princípio do juiz natural visa assegurar as regras de competência jurisdicional, e tem como uma de suas funções à vedação a criação de tribunais de exceção no Brasil, que nada mais são que tribunais criados especificamente para julgar uma determinada matéria, mesmo existindo juízo competente.

O princípio do juiz natural é assegurado pela Constituição Federal no art. 5º, nos incisos XXXVII, “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e LIII “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

¹⁸ TROCKER, Nicolò. “11 nuevo art .111 della Costituzione e il giusto in matéria civile: profili generali” In: Rivista Trimestrali di diritto e procedura civile, p. 2/383-384 apud MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 279.

O Brasil entende com este princípio de competência jurisdicional deve ser anterior a lide, garantindo assim a imparcialidade do julgador, não admitindo que determinada causa seja remetida a determinado juiz, evitando uma futura causa de impedimento do juiz para julgar a lide.

Por fim, com relação as provas, este princípio é essencial pois a necessidade da absoluta imparcialidade do julgador para que este realize a apreciação e valoração das provas, devendo a prova ser examinada pelo juiz competente da causa de maneira imparcial, exercendo seu papel no limite de sua jurisdição.

2.3.4 A inafastabilidade do controle jurisdicional

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal no qual diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No mesmo sentido se encontra no art. 3º do CPC/15, podendo este princípio também ser denominado como princípio do direito de ação, ou de direito a tutela jurisdicional, o qual dispõe que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Pode-se entender com os artigos mencionados acima que este princípio assegura o acesso à justiça, ou seja, o direito de ação para todos os indivíduos, e até mesmo a entes despersonalizados como o condomínio, espólio e a massa falida, que podem figurar como parte em ação judicial.

A ideia deste princípio é a de que quando o indivíduo não conseguir satisfazer sua pretensão de maneira natural, é possível que através do poder judiciário consiga satisfazer¹⁹.

A legislação infraconstitucional também prevê este princípio no art. 140 do CPC/15, aduzindo “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Quando interpretado o art. 140 do CPC/15, compreende-se que através do ativismo judicial o julgador deve suprir as lacunas da lei quando necessário, não devendo se eximir quando houver obscuridade na legislação, podendo levar a lesão ou ameaça

¹⁹ ROCHA, Andréa Presas. **Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação)**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2497, 3 maio 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14788>. Acesso em: 14 set. 2019.

ao direito da parte, ou seja, o ativismo judicial pode ser interpretado neste princípio como um auxílio a justiça, quando esta for omissa.

Há garantia constitucional de que quando houver lide, as partes que a compõem podem suscitar o poder judiciário para que este garanta a solução dos fatos que ameaçam ou lesam o direito, não podendo o poder judiciário se esquivar deste processo sem a devida fundamentação.

2.3.5 Princípio da motivação das decisões judiciais

O princípio da motivação das decisões judiciais se encontra previsto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal, e este preceitua da seguinte maneira: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

Em consonância com este artigo, o julgador tem o dever de fundamentar e explicitar todos os motivos que o levaram a valorar determinada prova de determinada maneira, e como desenvolveu seu raciocínio lógico, sob pena de nulidade do ato.

Este princípio é uma garantia de que o julgador fundamentará todas as suas decisões de maneira clara e precisa, para que não haja dúvidas das razões de fato e de direito que levaram a chegar nesta decisão, afastando assim a insegurança jurídica do processo.

Era comum na vigência do CPC/73 encontrar decisões padronizadas ou mal fundamentadas, as quais não respondiam a pretensão das partes, gerando a insatisfação das partes e levando estas a recorrerem aos tribunais.

Já com o advento do CPC/15, e na intenção de sanar este vício trazido pelo código anterior, o artigo 489, §1º aduz acerca das situações em que as decisões não serão consideradas fundamentadas, devendo assim, os julgadores observarem o rol deste artigo para fundamentar as decisões corretamente.

Em relação as provas, artigo 371 do CPC/15, disciplina que, “O juiz apreciará a prova constante nos autos, independentemente do sujeito que tiver a promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, ou seja, superando o princípio do livre convencimento do CPC/73, onde instrução probatória era fundamentada livremente.

A partir de então, o julgador não deve ser discricionário ao valorar a prova trazida aos autos, devendo fundamentar o seu convencimento, para que seja claro o motivo de seu pronunciamento relativo as provas para as partes que compõem o processo.

É importante dizer que uma decisão não fundamentada em conformidade com o princípio das decisões motivadas, bem como sob a luz da Constituição Federal e do Código de Processo Civil, pode ser declarada nula.

Portanto, a realidade vivenciada por este princípio é de proteger principalmente o processos e as partes sobre as decisões imotivadas do julgador, e não é apenas isto, mas com a publicidade de todos os atos processuais a qual será discutida no tópico abaixo, a fundamentação das decisões tem o papel de demonstrar a sociedade a legalidade e a imparcialidade das decisões judiciais, para comprovar a sociedade que se trata de um processo justo e imparcial.

2.3.6 A publicidade dos atos processuais

O artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal estabelece o princípio da publicidade dos atos processuais: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

É por meio deste princípio que a sociedade tem ciência dos atos praticados pelos julgadores, Ministério Público e advogados. Este princípio determina que os atos processuais devem ser praticados publicamente, permitindo que a sociedade tenha amplo conhecimento, podendo fiscalizar os atos praticados no processo.

No entanto, o artigo 189 do CPC/15 elenca um rol de situações em que esse princípio pode ser mitigado, tais como em situações que exigem o segredo de justiça, como quando há dados referentes à quebra de sigilos bancários e fiscais, ações de direito de família as quais possuem informações íntimas das partes, dentre outros.²⁰.

O doutrinador Alexandre Câmara diz que o princípio da publicidade dos atos é uma garantia de controlabilidade do processo, e se posiciona no seguinte sentido quando se trata do direito brasileiro:

²⁰ MALHEIROS, Nayron Divino Toledo. **Da Publicidade dos Atos Processuais no CPC**. Disponível em: <https://nayron.jusbrasil.com.br/artigos/683446603/da-publicidade-dos-atos-processuais-no-ncpc>. Acesso em 16 set. 2019.

No direito brasileiro há uma ampla publicidade do ato de julgar. Basta ver que são públicas as sessões de julgamento dos tribunais (algumas delas até transmitidas por via televisiva ou pela Internet), sendo permitido a qualquer pessoa presenciar o momento em que os juízes proferem seus votos. Esta é uma peculiaridade do Direito brasileiro, não se encontrando equivalente no Direito comparado. De um modo geral, em outros lugares, o ato de julgar é sigiloso, posteriormente dando-se publicidade à decisão já proferida. De outro lado, no Brasil o próprio ato de decidir é público²¹.

Assim, a publicidade dos atos processuais deve funcionar como um ato de coerção aos julgadores, no intuito de que estes fundamentem suas decisões de maneira adequada, seguindo o devido processo legal, garantindo ao processo julgamentos e decisões mais justas e de modo imparcial, haja vista que os atos praticados no processo poderão ser fiscalizados pela sociedade.

2.3.7 O duplo grau de jurisdição

O princípio processual do duplo grau de jurisdição assegura as partes que a matéria julgada na instância de origem poderá ser reexaminada em instância hierarquicamente superior por órgão jurisdicional, ou seja, pelos Tribunais que compõe as instâncias recursais do poder judiciário.

Este princípio visa mitigar os efeitos negativos que uma decisão pode trazer aos litigantes, tais como: o erro do julgadores da lide, tendo em vista que juízes, desembargadores são humanos e passíveis de erro; o afastamento da arbitrariedade, pois o julgador ao saber que sua decisão pode ser revista não profere decisões arbitrárias; e por fim, a insatisfação com a decisão proferida, a parte insatisfeita com a decisão podendo recorrer aos tribunais, e neste novamente ter uma decisão contrária a sua pretensão, devendo aceitar a decisão negativa, pois já houve a análise e a reanálise da pretensão pretendida.

Se tratando de Fazenda Pública, temos o chamado duplo grau de jurisdição obrigatório, ou seja, o reexame necessário ou também chamado de remessa necessária, é realizado em segunda instância independentemente de requisição, mesmo que a Fazenda Pública não interponha recurso de apelação, o juiz de origem deverá enviar de

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro Atlas 2018, *E-book*, p. 13.

ofícios os autos ao tribunal, sendo disciplinado pelo artigo 496 do CPC, e não é considerado recurso, pois lhe falta requisitos básicos para classificá-lo como recurso²².

Quando as partes recorrem a órgãos colegiados, elas buscam sanar a insatisfação quanto um provimento jurisdicional de primeiro grau.

O poder judiciário está sujeito a erros em todas as suas instâncias, devendo é claro, cada vez mais buscar a mitigação deste erros, no entanto, nos órgãos colegiados, entende-se que há menor probabilidade de erros, por este não depender apenas de um único julgador, trazendo ao processo decisões mais justas e refletindo as partes maior segurança jurídica.

Quando tratamos de prova e duplo grau de jurisdição, o doutrinador Alexandre Câmara diz que é necessário que o juiz de primeiro grau motive bem o porquê de estar indeferindo uma prova no processo, tendo em vista que esta pode ser essencial para elucidar a lide²³.

No entendimento de Alexandre Câmara, a importância da devida análise da admissibilidade se dá, pois a prova não é produzida apenas para análise da primeira instância, mas também para a análise nos tribunais:

É que com alguma frequência se vê casos em que o juiz indefere a produção de certa prova ao fundamento de que a mesma não seria capaz de influenciar na formação de *seu* convencimento. Muito frequentemente, porém, a decisão que posteriormente é proferida vem a ser anulada em grau de recurso, exatamente por ausência daquela prova cuja produção não foi admitida. É extremamente relevante, então, que o juiz de primeiro grau se dê conta de que a prova não é produzida apenas *para ele*, mas também para o órgão de segundo grau, que promoverá o reexame da causa em sede de recurso²⁴.

Desta forma, mesmo o princípio do duplo grau de jurisdição não estando previsto expressamente na Constituição Federal, este é um princípio de suma importância para entender como a justiça brasileira se organiza, e além do mais, para garantir as partes do processo, uma nova análise de uma decisão judicial a qual não atendeu suas expectativa ou satisfizes sua pretensão almejada.

Muito se discute sobre a constitucionalidade deste princípio já que a Constituição Federal brasileira não o assegura taxativamente, no entanto, parte da

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro Atlas 2018, *E-book*, p. 294.

²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro Atlas 2018, *E-book*, p. 225.

²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro Atlas 2018, *E-book*, p. 225.

doutrina entende que este princípio esteja na mesma categoria dos princípios da ampla defesa e do contraditório, compreendendo-se este fato quando se interpreta o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Além da Constituição, quando tratamos em matéria penal, o Pacto de San José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário e está incorporado ao nosso ordenamento jurídico desde o ano de 1992, dispõe em seu art. 8, “h”, que é direito das partes em recorrer da sentença do juiz ou de tribunal superior, no entanto, quando a matéria civil houve restrições a este princípio²⁵.

Mesmo não estando expressamente previsto, outra forma de se compreender a constitucionalidade deste princípio é o fato de a CF organiza o judiciário em hierarquias, assegurando a existência de tribunais superiores, para onde serão destinados os recursos descritos no art. 994 do CPC.

Nos últimos anos a doutrina processual civil vem realizados severas críticas a este princípio, como os doutrinadores Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha que elencam entre as principais críticas a este princípio o desprestígio do juiz de primeira instância, a insegurança baseada na quebra da unidade do poder jurisdicional, bem como a dificuldade das partes no acesso à justiça²⁶.

A crítica sobre o desprestígio da primeira instância recai ainda sobre o fato de que a primeira instância é o local da jurisdição onde deverá ocorrer a ampla instrução probatória, ou seja, a crítica que se faz é que com a ampla possibilidade de se recorrer das decisões por muitas vezes a devida preparação do processo deixa de ser realizada, deixando o mérito a ser resolvido pelo julgadores de segundo grau²⁷.

Fredie Didier Jr. e Leandro Carneiro da Cunha realizam a crítica quando à desvalorização da primeira instância:

Dada a ampla possibilidade de submeter a decisão proferida pela primeira instância à apreciação do órgão de segundo grau, a atividade processual daquele viria a reduzir-se apenas à presidência da atividade instrutória e “opiniões” quanto a questões de mérito, as quais só seriam definitivamente resolvidas em segundo grau. Assim, o primeiro grau seria uma ampla fase de espera, onde o processo seria “preparado”, instruído para a fase do julgamento

²⁵ NOGUEIRA, Andreia Possebão. **O Ativismo Judicial na Fase Instrutória do Processo de Conhecimento**. 2003. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2003, p. 63-64.

²⁶ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2019, p. 123.

²⁷ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2019, p. 123.

definitivo, em sede de apelação, e somente para aquela parte que tem condições econômicas para chegar até esta fase²⁸.

Outra crítica que é realizada ao duplo grau de jurisdição é quanto a insegurança quanto ao poder judiciário como um todo trazido por este, quando a parte recorre ela busca a reforma de uma sentença ou decisão judicial, ou até mesmo para que estas sejam invalidadas, e Fredie Didier Jr. e Leandro Carneiro da Cunha afirmam no sentido de que, tanto a decisão de reformar quanto a decisão de anular um pronunciamento judicial levariam a desvalorização do judiciário de primeira instância²⁹.

Para estes doutrinadores a não reforma do pronunciamento judicial levaria a insatisfação e a inconformidade com a solução da lide, mas por outro lado, caso haja a reforma haveria uma constatação de que fragilidade a justiça de primeira instância:

Ambas as condutas, sustenta a doutrina, causam descrédito à função jurisdicional. Se mantida a decisão, atesta-se que os atos praticados para a submissão da matéria ao segundo grau de jurisdição afiguram-se inúteis, continuando a parte recorrente inconformada com o resultado, vez que a movimentação da máquina judiciária, com a conseqüente elevação de custos não lhe trouxe nenhum benefício psicológico ou jurídico. Caso haja reforma da decisão de primeiro grau, denotar-se-á, assim, que esta instância é falha, frágil, não sendo digna de confiança ou prestígio, o que repercute na imagem de todo o judiciário, à medida que o primeiro grau é sua “porta de entrada”³⁰.

Por fim, a última crítica realizada por Fredie Didier Jr. e Leandro Carneiro da Cunha é quanto a dificuldade do acesso à justiça³¹ quando o processo é levado até o tribunal, constatamos que este é um processo longo e muitas vezes moroso, juntamente com isso os custos processuais decorrentes desta continuidade do processo até os tribunais aumenta, dificultando assim o acesso aos tribunais pelas parte que não possuem condições econômicas para arcar com estas custas, levando a parte a abrir mão de recorrer o seu direito.

O doutrinador Luiz Guilherme Marinoni ainda realiza uma crítica ao poder jurisdicional e ao duplo grau de jurisdição:

²⁸ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2019, p. 123.

²⁹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2019, p. 124.

³⁰ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2019, p. 124.

³¹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2019, p. 123.

(...) o leigo, quando se depara com um juiz na instrução, e depois espera ansiosamente a sentença, imagina que ela terá algum efeito na sua vida. Entretanto, com o duplo grau, a decisão do juiz não interfere em nada na vida das pessoas; ela é, talvez, um projeto da única e verdadeira decisão: a do tribunal³².

A doutrina processual civil ainda diverge opiniões sobre o duplo grau, mas não se pode deixar de destacar a importância deste princípio para evitar abusos ou decisões discricionárias dos juízes de primeira instância ao terem a ciência que poderão ser controlados pelos tribunais, já quanto a satisfação das pretensões das partes, as quais podem recorrer aos tribunais para esgotar as possibilidades do reexame de sua causa.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 215.

3 SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

A respeito dos sistemas de valoração da prova, é possível averiguar-se a existência de três sistemas utilizados ao longo da evolução do processo civil no Brasil, sistemas estes que existiram antes mesmo da elaboração do primeiro código de processo civil no ano de 1938.

Candido Rangel Dinamârco leciona sobre a importância da valoração e apreciação as provas na história do processo civil:

Em tempos remotos, essas regras gerais de valoração da prova tiveram muito peso no processo civil, sendo fruto da superstição dos povos e, em alguma medida, da experiência do legislador. Foram de fundo supersticioso ou místico as ordálias ou juízos de Deus, vigorantes especialmente entre os antigos germânicos. Contava-se com a resposta divina, realizavam-se provas de destreza ou de força (duelos, prova per pugnam) e praticava-se o juramento, na crença, sincera ou não, de que esses fossem caminhos legítimos e confiáveis para a descoberta da verdade. A prova do fogo, a leitura do vôo dos pássaros ou o exame das vísceras de animais eram expedientes que revelariam os desígnios da divindade em favor de uma ou de outra parte do litígio. Segundo jocosamente se relata, a mulher acusada de bruxaria pelos Tribunais da Inquisição seria lançada a um poço com uma pesada pedra atada ao pescoço. Se se salvasse, isso seria prova de suas relações com o Demônio e ela iria para a fogueira. Se fosse ao fundo e morresse por afogamento, é porque seria inocente³³.

A maneira que o julgador valora as provas trazidas no processo se altera em conformidade com o sistema de valoração adotado, bem como ao código que rege as normas processuais civil vigentes da época, pois a doutrina processual civil brasileira admite em toda sua história processual civil três sistemas de valoração de provas: o sistema da prova legal ou também denominado sistema da prova tarifada, sistema da íntima convicção, do livre convencimento motivado ou também denominado de persuasão racional.

Com a vigência do novo CPC/15, apreciação da prova, frente ao modelo cooperativo de processo, ainda enfrenta diversas críticas doutrinárias, sendo ainda o livre convencimento motivado reconhecido e adotado pelo Superior Tribunal Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta maneira a determinação da apreciação de provas pelo julgador deve seguir os preceitos dogmáticos, não podendo valorar a prova de maneira indiscriminada,

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 75.

devendo seguir o molde do sistema determinado pelo CPC e pela sociedade moderna, seguindo preceitos democráticos do processo.

3.1 Breve Histórico do Papel do Julgador do CPC/39 E No CPC/73

Cada sistema de valoração da prova foi moldado em conformidade com a legislação vigente à época, desta maneira, é de suma importância que se entenda as regras dos códigos de processos civis que já foram aplicados em nossa legislação.

Pois bem, o Código de Processo Civil de 1939, vigeu entre os anos de 1940 até o ano de 1973³⁴, e este código superou o até então vigente da legislação processual princípio do dispositivo, e possuindo como regra a produção e instrução probatória na fase de cognição do processo, ou seja, na instância originária, sendo a produção de provas no tribunal uma excepcionalidade.

O CPC/39 traz ao processo a publicidade processual, superando os modelos privatistas que ordenavam o processo civil anteriormente, sendo que por meio deste código deu-se ao juiz poderes instrutórios, deixando de lado a postura de mero espectador do processo, permitindo o art. 117 do CPC/39³⁵, que o juiz determinasse a prova de ofício, podendo também diligenciar sobre a prova e não mais apenas sob o requerimento das partes.

Já no CPC/39 no recurso de apelação era admitido a juntada de novas provas sobre fatos passados, ou seja, que já existiram desde a interposição da ação de conhecimento, os quais não foram possíveis de serem provados por motivo de força maior, conforme dispunha o art. 824, §1^o³⁶ do CPC/39.

Mesmo na fase recursal a produção de prova foi ficando mais escassa, e ainda sim haviam algumas possibilidades como as provas permitidas no recurso de apelação, na vigência do CPC/73. Seabra Fagundes explicava:

No juízo de apelação se permitem, ainda como exceções à regra geral: a) a produção de prova de qualquer espécie (testemunhal, documental, etc) sobre

³⁴ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 86.

³⁵ Art. 117. 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.

³⁶ Art. 824. A apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na anão, salvo a hipótese prevista no art. 811.

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

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 referidos³⁷.

Em suma, o CPC/39 trouxe ao processo civil brasileiro a atuação de forma ativa do julgador na produção e instrução da prova, podendo este então requerer de ofício a prova de acordo com seu convencimento subjetivo, ou seja, caso entenda necessário para a formação de seu convencimento.

O Código Processual Civil de 1973 entra em vigor no Brasil em janeiro do ano de 1974 ficando em vigor até março do ano de 2016³⁸, sendo este código seguido do modelo do código anterior quanto a liberdade do julgador para realizar a valoração da prova, ou seja, o modelo publicista do processo.

O art. 130 do CPC/73 dá a liberdade ao juiz de valorar a prova conforme sua convicção, desde que o realize de maneira fundamentada, neste código de forma não explícita também foi conferido poderes instrutórios aos julgadores da fase recursal e ainda não admitindo a preclusão quanto a questão probatória nos tribunais.

O doutrinador Luciano Dias Souto traz alguns exemplos do papel do julgador em algumas provas na vigência deste código:

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).

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).³⁹

Um dos exemplos de provas que poderiam ser produzidos no tribunal na vigência deste código era a produção de prova pleiteada pelo extinto agravo retido,

³⁷ FAGUNDES, M. Seabra. **Dos recursos ordinários em matéria civil**. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, p. 222

³⁸ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 94.

³⁹ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 95-96.

aonde o tribunal caso desse provimento ao recurso, poderia determinar a produção da prova requerida no recurso, pelo juiz da instância originária.

Nos tópicos seguintes será discorrido sobre os sistemas de valoração de prova os quais eram aplicados tanto no CPC/39, quanto no CPC/73 e a atuação do julgador na valoração da prova frente a estes sistemas, e a consequência das diferentes formas de valoração da prova e as consequências que trazem ao processo e aos seu resultado.

3.2 Sistema da Prova Legal

Este sistema também era conhecido como sistema da prova tarifada, ou sistema positivo, no qual trazia as provas um valor pré-determinado, no qual era inalterável, e sendo assim, cada tipo prova teria uma determinada importância, fixada em lei, ao processo.

As provas neste sistema possuíam uma hierarquia, eram classificadas em provas plenas, semiplenas e pleníssimas. As provas plenas são aquelas que permitem a constatação de certeza dos fatos, já a prova semiplena é uma prova considerada indireta a qual permite através do raciocínio lógico que se chegue a uma conclusão sobre os fatos, e por fim a prova pleníssima é a prova que não corrobora dúvida, ou seja, ela não admite qualquer prova em contrário⁴⁰.

Além disso, as provas não possuíam carga subjetiva, ou seja, cabia ao juiz apenas identificá-la e “encaixá-la” a sua tabela de valores que era determinada pelo legislador, não interferindo este em nada quanto a sua valoração, estando intimamente ligado ao princípio do dispositivo, tratando-se de produção de prova como de responsabilidade exclusiva das partes.

O doutrinador Eduardo Alvim leciona sobre o tema no seguinte sentido:

Nessa época, havia uma *tarifação das provas*, competindo ao juiz, simplesmente, verificar se o fato, segundo a lei, estava ou não provado, pouco importando que a sua consciência lhe ditasse o contrário. Esse critério transformava o juiz num mero verificador de provas e foi adotado pelo

⁴⁰ MONÇÃO, André Augusto Duarte. **Um breve cotejo entre os meios de provas e os princípios aplicados ao direito português e ao direito brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45146/um-breve-cotejo-entre-os-meios-de-provas-e-os-principios-aplicados-ao-direito-portugues-e-ao-direito-brasileiro>. Acesso em: 30 out. 2019.

processo medieval; sendo a máxima deste sistema o *Testis unus, testis nullus* (Uma testemunha, nenhuma testemunha)⁴¹.

O CPC/15 ainda possui resquícios deste sistema em seu artigo 406 o qual diz que “quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”, o legislador neste artigo se utiliza do sistema da prova legal ao dizer que apenas o instrumento público servirá como prova, quando a lei exigir⁴².

Há outros exemplos deste sistema em nossa legislação, como art. 444 do CPC/15 do qual dispõe que quando o legislador exigir uma prova escrita, desde que o começo da prova tenha sido realizada de maneira oral é admitido a prova testemunhal, e ainda, no nosso Código Civil em seu art. 646 quando este dispõe que o depósito voluntário deve ser provado por escrito⁴³.

3.3 Sistema da Íntima Convicção

Diferentemente do sistema da prova legal, neste sistema a valoração da prova era baseada exclusivamente na consciência do julgador, possuindo plena liberdade para valorar e apreciar a prova, podendo até mesmo apreciar a prova com base nas suas impressões pessoais, num sistema completamente baseado no princípio inquisitivo de processo.

Desta maneira não era exigido do juiz ampla fundamentação de sua apreciação de prova, podia formar sua convicção a partir de quaisquer fatos, neste sistema havia um juiz inquisitivo ao apreciar as provas.

O doutrinador Eduardo Alvim também conceitua esse sistema:

O sistema da íntima convicção permitia que a verdade buscada pelo juiz decorresse não só das provas produzidas pelas partes, mas do conhecimento pessoal que ele tinha dos fatos e as suas impressões pessoais da causa; não sendo obrigado a dar os motivos do seu convencimento, podendo julgar de acordo com a prova dos autos, fora da prova dos autos e até contra a prova dos autos⁴⁴.

⁴¹ ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, *E-book*, p. 325

⁴² ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, *E-book*, p. 325.

⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. Rio de Janeiro Atlas 2018, *E-book*, p. 225.

⁴⁴ ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, *E-book*, p. 325.

Neste sistema não havia nada que coibisse o julgador a fundamentar a sua valoração da prova, tornando assim o processo injusto, e desrespeitando os princípios constitucionais do processo, levando então a decisões arbitrárias, e tornando o processo do juiz e não das partes, tendo em vista que estas não podiam contestar a forma de entendimento do juiz sobre as provas.

Apesar de não estar mais presente no CPC/15 ainda há resquícios deste sistema no processo penal, como no tribunal do júri (art. 447 do CPP), quando o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “b” da Constituição Federal diz que serão assegurados pela Constituição o sigilo dos votos dos jurados no tribunal do júri, ou seja, os jurados não precisam fundamentar sua decisão, eles votam e julgam com base na sua íntima convicção, votando de acordo com a sua consciência⁴⁵.

3.4 Sistema da Persuasão Racional

Este sistema também pode ser denominado de sistema do livre convencimento, também baseado no modelo inquisitivo do processo, por este sistema o juiz possui a liberdade de avaliar a prova conforme seu convencimento podendo valorar a prova em conformidade com o que entendesse necessário, no entanto, este convencimento e esta valoração devem ser muito bem fundamentadas na decisão proferida.

O art. 131 do CPC/73, o qual regia este sistema, juntamente o art. 458, inciso II do CPC/73, possuía a seguinte redação:

Art. 131. O juiz apreciará **livremente** a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, **os motivos que lhe formaram o convencimento.**
(grifo nosso)

Interpretando este artigo pode-se concluir que este se baseava do princípio do livre convencimento do juiz, por outro lado, na vigência do CPC/73 se viveu uma fase do processo civil onde se proferiam decisões e pronunciamentos judiciais arbitrários em relação a prova produzida no processo, tendo em vista esta liberdade que o julgador possuía para valorar a prova.

⁴⁵ ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, *E-book*, p. 325.

José Eduardo de Melo Vilar Filho faz a seguinte comparação em relação a este sistema e os dois anteriores já discutidos na pesquisa:

A alteração do sistema da prova legal para o sistema do livre convencimento motivado fez com que a questão da prova saísse de uma dimensão estritamente jurídica, na medida em que atribuiu ao juiz, e não mais ao legislador, a função de valorar a prova⁴⁶.

A doutrina também entende que este sistema se localiza entre o sistema da prova legal e o sistema da íntima convicção, se utilizando do que há de melhor dos dois sistemas para dar origem ao sistema da persuasão racional, tratando-se então de um sistema misto⁴⁷.

Eduardo Alvim ao lecionar sobre o tema exemplifica esta liberdade do juiz ao valorar a prova:

O convencimento do juiz fica condicionado aos fatos nos quais se funda a controvérsias, às regras legais e às máximas da experiência; convicção fundamentada, consoante a prova produzida no processo. O juiz pode julgar procedente a demanda com base no depoimento de uma única testemunha, contra o depoimento de várias outras, devendo dizer por que aceitou e por que recusou a versão dos fatos por elas narrados em juízo⁴⁸.

Muitos doutrinadores lecionam no sentido de que mesmo com a alteração do art. 131 do CPC/73 para o código de 2015 aonde o termo livremente foi suprimido do novo artigo 371 do CPC/15, sendo o princípio do livre convencimento motivado e o sistema da persuasão racional ainda vigoram no novo código, enquanto outra parte da doutrina entende que este sistema foi substituído pelo sistema cooperativo de valoração de provas, o qual será discutido mais adiante.

Um dos motivos que levaram a esta divergência doutrinária foi a postura discricionária do juiz em relação a avaliação das provas que ocorria no CPC/73, Alexandre Câmara faz a seguinte reflexão sobre a discricionariedade do juiz e o livre convencimento motivado:

Pense-se no seguinte: diante de um caso em que haja duas testemunhas, as quais prestam depoimentos radicalmente contraditórios, como poderia o juiz –

⁴⁶ FILHO, José Eduardo de Melo Vilar. **Prova indiciária e verdade: enfoque constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006. p. 46.

⁴⁷ ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, *E-book*, p. 325.

⁴⁸ ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, *E-book*, p. 291.

senão discricionariamente – escolher livremente o depoimento de uma delas e com base neste proferir sua decisão? Pois este é o sistema do livre convencimento motivado⁴⁹.

O novo CPC traz uma nova visão de processo, se baseando em um processo cooperativo, ou seja, em que todas as partes do processo, incluindo o julgador e o Ministério Público cooperem para um resultado justo do processo.

A verdade é que a maioria da doutrina processual tradicional entende pela aplicação do sistema do livre convencimento motivado, mesmo com a vigência do novo CPC, e recorrem a Constituição Federal para sustentar este posicionamento, se baseando na independência judicial (art. 2º c.c art. 95 da CF), aonde o juiz pode valorar a prova sem qualquer interferência interna ou externa, podendo aplicar o subjetivismo e decidir por sua própria razão, alegando não ser arbitrário, tendo em vista que irá fundamentar de maneira explícita e convincente os motivos que o levaram a sua decisão (art. 93, IX da CF)⁵⁰.

O judiciário brasileiro também compactua com este pensamento, tanto o STJ quanto o STF, como os Tribunais se manifestaram no sentido de que o livre convencimento motivado é o sistema adotado pelo novo CPC, como por exemplo em um acórdão recente do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO INDENIZATÓIA – DECISÃO QUE INDEFERIU A PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL – PRECINDIBILIDADE DA PROVA – PREVALÊNCIA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ NA ANÁLISE DAS PROVAS REQUERIDAS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. I) Deve permanecer intacta a decisão que indefere a realização de prova testemunha por entender dispensável à elucidação dos fatos relacionados sendo que, em análise dos autos, verifica-se plenamente possível a comprovação das alegações por meio de prova documental. II) Aplicação do sistema da persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos artigos. 370 e 371, pelo qual, de regra, não sabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outro meio entender que pode ser alcançada a verdade dos fatos. Isto porque o juiz é o destinatário final da prova e é a ele que sabe a análise da conveniência e necessidade as sua produção, não havendo elementos nos autos que infirme esse entendimento, à luz do caso concreto. III) Recurso conhecido e provido⁵¹. (grifo nosso)

⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro Atlas 2018, *E-book*, p. 226.

⁵⁰ ROTH, Ronaldo João; ONO, Sylvia Helena. **A livre convicção motivada no novo código de processo civil**. Disponível em: <http://www.tjmsp.jus.br/ejm/NCPC.pdf>. Acesso em 28.09.2019.

⁵¹ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento: 14055614920198120000 MS 1405561-49.2019.8.12.0000**, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 30/07/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 31/07/2019.

Ao analisar-se o acordão acima mencionado, compreende-se que tanto juízes como os tribunais compactuam que este é o método adequado de valoração de provas, pois estes são literalmente livres para decidir sobre a prova, sob o argumento de que são o destinatário final da prova e podem indeferi-las com base em seus critérios de cunho subjetivo e se dizendo aparados pelo novo CPC e pela Constituição.

Recentes discussões doutrinárias levam a reflexão se a aplicação deste princípio respeitaria o processo civil democrático e a democracia brasileira, tendo o jurista e professor Lenio Streck relatado que no projeto do CPC/15 recorreu ao deputado federal Paulo Teixeira sugerindo a retirada do princípio do livre convencimento dos artigos 370 e 371 do novo CPC, o qual aceitou a sugestão, retirando então todas as expressões que possuíam ligação com o livre convencimento motivado⁵².

Lenio Streck entende que atualmente, respeitando o processo civil democrático, não é aceitável que as resoluções processuais se baseiem em subjetivismo do juiz ou do tribunal, tendo os embargos e agravos de grandes casos derrubados sob o fundamento que o julgador é o destinatário da prova ele possa subjetivamente fundamentar que entende não ser necessário a produção de determinada prova sob o argumento de conveniência e necessidade⁵³.

Por fim, critica-se esse sistema do livre convencimento por terem como maiores vítimas desta discricionariedade, além das partes litigantes, os advogados destas os quais são surpreendidos de forma recorrente por decisões baseadas no livre convencimento, as quais indeferem a produção de provas ou derrubam teses formuladas por estes com base em suas convicções pessoais, ferindo o processo civil democrático, não buscando a verdade real, e levando as partes a contentarem-se com a verdade formal do processo.

3.5 O Modelo Cooperativo de Processo Frente as Provas

Inicialmente é importante dizer que o modelo cooperativo, em relação a valoração da prova não é reconhecido por grande parte da doutrina e pelos tribunais, tendo em vista que ainda a adotam o livre convencimento motivado para a valoração da

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em 29.09.2019.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Acesso em 29.09.2019.

prova, no entanto, com as severas críticas doutrinárias ao livre convencimento e o novo CPC, começaram se discutir quanto a introdução do modelo cooperativo no processo civil.

O enunciado 373 do V Fórum Permanente de Processualistas Civis disciplina sobre a participação dos integrantes do processo cooperativo no seguinte sentido:

As partes devem cooperar entre si; devem atuar com ética e lealdade, agindo de modo a evitar a ocorrência de vícios que extingam o processo sem resolução do mérito e cumprindo com deveres mútuos de esclarecimento e transparência.⁵⁴

O modelo cooperativo de processo é um novo modelo de processo inaugurado juntamente com o CPC/15, no qual prevê que os atos processuais praticados devem andar em conjunto com a ética processual, atribuindo a todas as partes envolvidas no processo, além da ética, a transparência e esclarecimentos de todos os atos praticados⁵⁵.

O CPC/15 prevê expressamente este modelo processual em seu artigo 6º com a seguinte redação: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Outros artigos do novo CPC como os artigos 67⁵⁶, 68 e 69 do CPC também destacam a cooperação ao processo, dispondo que sobre o pedido de cooperação das partes quando solicitado pelo juiz, dever deve ocorrer recíproca cooperação aos órgãos do poder judiciário em todas as instâncias e graus de jurisdição.

O modelo cooperativo de processo é regido pelo princípio da cooperação, disciplinado do artigo de 5º ao 10º do novo CPC, e tem como pilar a ética, a boa-fé, o contraditório, o dever de veracidade, de esclarecimento tanto do juiz como das partes, o dever de prevenção e por fim o auxílio processual.

⁵⁴ VITÓRIA. **Enunciados do V Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em 28 set. 2019.

⁵⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4. Rio de Janeiro Atlas 2018, *E-book*, p. 9.

⁵⁶ Art. 67. 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.

Este modelo sugere uma atividade cooperativa triangular, ou seja, em meio a um julgador ativo no processo e juntamente com as partes litigando, porém, participando ativamente do processo de modo, que todos cooperem, respeitando as bases que gerem o princípio da cooperação, para que sejam geradas decisões justas e o processo respeite seus princípios constitucionais⁵⁷.

Na doutrina, muito se critica sobre a atuação do juiz neste sistema, tendo em vista que alguns doutrinadores entendem que este modelo processual acabaria acentuando ainda mais o ativismo judicial e a discricionariedade, já que exige maior participação do juiz sobre os atos praticados no processo.

Outra crítica que se faz é que, este modelo cooperativo não decorre de um princípio constitucional, e sim de legislação infraconstitucional, podendo levar a desestruturação do sistema e do contraditório, pois por esse sistema o julgador estaria em igualdade de posição com as partes no contraditório.

Por outro lado, há muitos defensores deste modelo processual, os quais justamente entendem o contraditório como um dos pilares deste princípio, considerando com a maior participação das partes, mais vezes estas serão intimadas para se manifestarem sobre as decisões proferidas no processo, e mais próximo de um resultado justo este se encontrará⁵⁸.

O modelo cooperativo entende como sendo indispensável a participação ativa das partes, no mesmo sentido, quando levarmos este modelo processual a instrução probatória, é importante ressaltar que a instrução probatória será realizada com base no sistema processual adotado, podemos exemplificar com dois sistemas que são adotados pela doutrina, quais sejam, o modelo adversarial e o modelo inquisitivo⁵⁹.

O modelo adversarial, é pautado no princípio do dispositivo e tem como protagonista do processo as partes, e o mesmo se entende para a produção probatória, onde o juiz era mero expectador das provas trazidas aos autos.

⁵⁷ DONIZETTI, Elpidio. **Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC**. Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>. Acesso em 29 set. 2019.

⁵⁸ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil: a colaboração subjetiva na fase de cognição do processo de conhecimento**. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. 2014. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 73.

⁵⁹ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 154.

Já o modelo inquisitivo é pautado no princípio inquisitivo, onde o protagonista do processo era o juiz valorando a prova subjetivamente com base na sua íntima convicção, no qual era lhe concedido amplos poderes, inclusive instrutórios.

Esses modelos que vigoraram durante a história do processo civil, atualmente podem perder espaço para o modelo cooperativo de processo, sendo este considerado um equilíbrio entre os dois modelos anteriores com a ampla participação das partes e dos julgadores no processo e na instrução probatória.

Quanto ao papel do juiz instrução probatória no modelo cooperativo, o doutrinador Luciano Souto Dias disserta da seguinte maneira:

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 efetiva⁶⁰.

A audiência preliminar, disciplinada no artigo 334 do CPC, é um dos atos processuais que antecedem e preparam a instrução probatória, desde que as partes se componham em participar desta primeira audiência, onde antes mesmo de apresentar defesa, poderão oralmente apresentar suas alegações, devendo o magistrado encaminhar esta audiência com a finalidade de realizar um acordo consensual entre as partes.

O modelo cooperativo prestigia o princípio da oralidade na audiência preliminar, pois através deste princípio se pode realizar a fase de saneamento de maneira mais justa e célere, aonde as partes podem elucidar todos os fatos alegados ou pretendidos, tornando o contraditório mais eficiente, posto que poderão discutir e se manifestarem diretamente entre si e com o juiz, efetuando o modelo triangular do processo cooperativo e aproximando todas as partes do processo.

Ainda na audiência preliminar, com as alegações das partes, seu devido contraditório, tanto o juiz quanto as partes poderão analisar em futura instrução probatória quais provas serão necessárias para se alcançar a verdade material, determinando quais provas serão necessárias para demonstrar os fatos e direitos materiais alegados na audiência preliminar.

⁶⁰ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 151.

O jurista Rafael Auilo, em sua tese de mestrado, enautece essa atividade participativa na fase saneadora do processo:

Toda essa atividade de participação, superados eventuais óbices que pudessem impedir o desenvolvimento regular do processo, prepara de maneira exemplar a instrução do feito. A formação do tema probatório a partir de uma comunidade de trabalho indissociável de um processo cooperativo, leva a uma cabal economia processual: as partes trazem suas alegações de fato, o juiz em diálogo com elas seleciona aquelas tidas por necessárias ao seu convencimento e, por conseguinte, ao deslinde da controversial e objeto da prova fica muito bem delimitado, com as partes já saindo ciente daquilo que deverão fazer caso pretendam convencer o magistrado de suas teses⁶¹.

Posto isto, a ideia de participação processual visa também assegurar e aprimorar alguns princípios processuais e constitucionais, como por exemplo o princípio do contraditório, o princípio da celeridade ou da economia processual, garantindo um resultado satisfatório da instrução probatoria.

3.5.1. O ônus probatório no processo cooperativo

O ônus da prova está disciplinado no artigo 373 do CPC, estabelecendo a distribuição do ônus probatório da seguinte maneira: ao autor incumbe o ônus probatório quanto a fato constitutivo de seu direito, e ao réu quanto o fato alegado que pode modificar, extinguir ou impedir o direito pretendido pelo autor.

O doutrinador Cassio Scarpinella Bueno conceitua o ônus da prova da seguinte maneira:

(...) a indicação feita pela própria lei de quem deve produzir a prova em juízo. A palavra 'ônus' relaciona-se com a necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá muito provavelmente um prejuízo para aquele que não praticou o ato ou o praticou insuficientemente⁶².

Há doutrinadores que entendem que o ônus probatório é um processo estático, ou seja, uma regra de julgamento, e por esta regra, o juiz no processo

⁶¹AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil: a colaboração subjetiva na fase de cognição do processo de conhecimento**. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. 2014. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 96.

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 2, Tomo I. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 288.

poderá produzir provas após encerrada a fase de instrução se assim entender necessário para elucidar dúvidas que podem surgir nesta fase processual, ou até mesmo o juiz pode se manter inerte e julgar o processo com as provas produzidas na fase instrutória sofrendo a parte com seu prejuízo de não ter produzido a prova ou de não a ter feito de maneira categórica⁶³.

O doutrinador José Roberto Badaque defende que a distribuição do ônus da prova nada mais são do que regras de julgamento, as quais facilitam o papel instrutório do juiz, conseqüentemente entende que os juízes podem de utilizar dos meios que entender necessários para a formação do seu convencimento, conforme seu entendimento:

As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir um julgamento que retrate a realidade fática e representa a atuação da norma à situação apresentada em juízo⁶⁴.

O entendimento do ônus probatório como apenas regra de julgamento não se adequa ao modelo cooperativo, uma vez que desestimularia a realização da produção probatória pelas partes e, haveria problema com o contraditório realizado, pois se a produção de provas for realizada próximo ao final do processo, após a fase instrutória, além de poder trazer surpresas as partes pelas provas produzidas pelos magistrados, não haverá tempo hábil para que estas se manifestem no processo sobre as novas provas trazidas aos autos e terem o direito de contraditá-las, ferindo assim o contraditório da prova⁶⁵.

Com o ônus probatório como regra de julgamento, o magistrado ainda poderá julgar o mérito da causa apenas com as provas produzidas até então, podendo

⁶³ NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Ônus da Prova**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI245504,31047-Onus+da+prova>. Acesso em 01 out. 2019.

⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 127-128.

⁶⁵ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil: a colaboração subjetiva na fase de cognição do processo de conhecimento**. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. 2014. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. P. 105.

não ser suficientes para a solucionar a lide, e proferir sua decisão ou sentença com base na convicção, trazendo ao processo uma análise subjetiva da prova.

O processo cooperativo, diferentemente, traz o ônus probatório como regra de procedimento também denominado como regra de instrução, juntamente com a regra de julgamento, ou seja, trata-se de um procedimento dinâmico do ônus da prova aonde o juiz não vai apenas após a fase de instrução, ao final do processo, poder determinar a inversão do ônus da prova ou produzir as provas que achar necessária, por exemplo, o juiz poderá durante todo processo dialogar com as partes sobre as provas e poderá determinar a inversão do ônus da prova, se o caso, quando a prova for excessivamente difícil de ser produzida pelo autor.

Desta forma, este ônus probatório dinâmico valerá para todos os atos processuais relacionados a prova desde o início do processo, entretanto, se o magistrado se valer deste sistema deverá de maneira fundamentada comunicar as partes por meio de decisão o motivo de adotar a regra de procedimento em relação ao ônus da prova⁶⁶.

Com o ônus da prova previsto pelo modelo cooperativo de processo, as partes terão maior participação na instrução probatória, instruindo o processo de maneira mais eficiente, sabendo desde o início do processo quais as partes responsáveis pelo ônus de determinada prova, deixando também o processo melhor instruído para futura apreciação do juiz.

Diante disso, evita que o juiz ao final do processo necessite requerer a produção de novas provas ou surpreender as partes com uma inversão do ônus da prova.

Em contrapartida, é sabido que no caso da inversão do ônus, esta ainda pode ocorrer ao final do processo, devendo as partes estarem cientes desta possibilidade, como assim dispõe o jurista Rafael Auilo:

Lembre-se que ao se adotar a visão do ônus probatório como regra de procedimento, permite-se que a sua inversão ocorra até o final do processo, isto é, na sentença. Ou seja, uma visão puramente do ônus da prova como regra de procedimento pode levar a uma consequência muito grave e que deve ser frontalmente repelida: ser proferida uma decisão que pegue de

⁶⁶ NETO, Elias Marques de M.; SOUZA, André Pagani; CASTRO, Daniel Penteadó; MOLLICA, Rogerio. **Momento processual da atribuição dinâmica do ônus da prova – artigo 373 do CPC**. Acesso em 02 out. 2019.

surpresa as partes e quebre a confiança que deveria existir entre elas e o Estado-juiz⁶⁷.

Esta não é a ideia ideal do processo cooperativo, visto que as partes são surpreendidas pela inversão do ônus da prova ao final do processo, violando as bases do processo cooperativo, entre elas o contraditório como já demonstrado anteriormente e a participação ativa das partes na instrução probatória, pois como contraditar uma prova ou produzir uma prova a qual foi surpreendida no final do processo.

Depreende-se então que o ônus da prova sob os aspectos do modelo cooperativo de processo, é uma ponderação da regra de julgamento e da regra de procedimento, tendo como seu principal fundamento o ônus da prova dinâmico com a inversão do ônus probatório, como exemplo deste sistema podemos citar a prova diabólica a qual o ônus se inverte quando a prova for excessivamente onerosa ou difícil de ser produzida pelo autor, contando assim com a cooperação das partes na produção probatória visando um resultado justo⁶⁸.

3.5.2 A atuação instrutória do julgador em fase recursal sob a égide do processo cooperativo

O modelo cooperativo privilegia o contraditório dinâmico na instrução probatória em primeira instância estabelecendo uma relação de proximidade entre as partes e juiz aonde ambos devem praticar os atos processuais probatórios de maneira ativa, sendo através da colaboração dos participantes que se alcança uma instrução probatória justa.

O art. 67 do CPC/15 atribui ao tribunal o dever de cooperação processual, com a seguinte redação:

Art. 67. 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.

⁶⁷ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil: a colaboração subjetiva na fase de cognição do processo de conhecimento**. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. 2014. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 106.

⁶⁸ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil: a colaboração subjetiva na fase de cognição do processo de conhecimento**. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. 2014. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 109.

Nos tribunais segue-se a mesma ideia de comparticipação dos julgadores de primeira instância, ou seja, os julgadores em segunda instância também terão maior participação em relação a matéria probatória conjuntamente com as partes.

O modelo cooperativo é tratado como um modelo processual misto aonde encontramos o modelo inquisitorial juntamente com o adversarial, sendo uma ponderação entre a postura adversarial das partes e a postura inquisitorial do juiz, requerendo a participação de ambos, na mesma proporção, respeitando os limites da instrução probatória, para que não haja protagonismo principalmente por parte do julgador.

Mesmo em instância superior, o processo cooperativo busca que não haja protagonismo dos julgadores em relação as partes tanto quanto aos atos processuais, como também as provas, entendendo que a ampla participação das partes e dos julgadores desenvolve um processo democrático e mais justo, retirando do processo o excesso de postura inquisitorial dos julgadores.

O jurista Luciano Dias dispõe da seguinte maneira sobre o sistema misto-cooperativo:

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 efetiva⁶⁹.

O processo cooperativo então prevê que se os preceitos do processo cooperativo, como a boa-fé e a ética, forem respeitados e efetivados evitará abusos por parte dos juízes ou por parte dos tribunais nos atos probatórios praticados.

O doutrinador Leonardo Carneiro da Cunha classifica os deveres do processo cooperativo em quatro deveres: de esclarecimento, de prevenção, de consulta e por fim o dever de auxílio⁷⁰.

O dever de esclarecimento é um dever tanto das partes quanto do julgador, ou seja, o julgador tem o dever de esclarecer e fundamentar por exemplo a inversão de ônus probatório, já a parte pode ter o dever de esclarecer uma prova a

⁶⁹ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, 163.

⁷⁰CUNHA, 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.

qual pode não estar clara para que o julgador forme seu convencimento sobre esta prova⁷¹.

O dever de prevenção pode por exemplo assegurar que não ocorra vícios na produção de uma prova, ou em sua instrução garantindo assim que os atos processuais não possuem vícios e estão ocorrendo de maneira correta perante o dever de consulta o julgador, permitindo-se que as partes se manifestem e consultem o processo para que elucidem questões que considerarem necessárias para o decorrer do processo⁷².

Já o dever de consulta se baseia no fato que as partes possuem o direito de se manifestar sobre questões essenciais ao processo, e cabe ao julgador oportunizar tal manifestação das partes⁷³.

O último dever é o de auxílio, no qual é direcionado aos julgadores, os quais tem de colaborar com as partes com a finalidade de solucionar eventuais próprias partes, sendo este um dever de suma importância, visto que o processo cooperativo prevê em seu artigo 6º do CPC/15 uma decisão de mérito e justa, e para que isso efetivamente ocorra julgador deve auxiliar a instrução probatória para que se realize uma instrução efetiva e pormenorizada⁷⁴.

O doutrinador Luciano Dias define que o modelo cooperativo em relação a matéria probatória possui duas tendências, uma a qual atribui ao julgador maior participação na instrução probatória, podendo por exemplo produzir a prova de ofício, sendo mais ativo na instrução das provas, a outra tendência prestigia as partes permitindo que estas ajustem sobre conteúdos processuais que tenham relação com a prova, podendo, até mesmo realizar estes ajustes na fase recursal do processo⁷⁵.

Por esta razão, o modelo cooperativo entende que o julgador deve agir de forma cooperativa na instrução probatória, com finalidade de conseguir uma instrução efetiva, com todas as provas controvertidas, tendo julgador papel fundamental nesta instrução probatória para que esta seja eficiente, devendo auxiliar

⁷¹ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.169.

⁷² DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.169.

⁷³ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.169.

⁷⁴ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.169.

⁷⁵ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.172.

as partes, e podendo até mesmo determinar a produção de uma prova de ofício, inclusive na fase recursal.

4 O PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR EM FASE RECURSAL

O processo civil tem como regra que a instrução probatória como momento processual acontecerá após findada a fase saneadora do processo de cognitivo em primeiro grau, devendo assim, o juiz de primeira instância ser o responsável pela instrução probatória, ou também em casos de tutelas antecipadas como disciplina o art. 381 do CPC em seu rol de provas que poderão ser produzidas antecipadamente a fase de instrução.

De acordo com a redação do art. 434 do CPC, algumas provas documentais devem ser apresentadas ao processo anteriormente a fase da instrução, isto é, a petição inicial deve estar instruída dos documentos que comprovam a sua causa de pedir, assim como na contestação em que devem ser apresentadas provas documentais que deem fundamento e constituam provas das alegações realizadas em sede de contestação ou mesmo na reconvenção.

Já em relação a prova pericial o momento correto de se requerer ou se determinar a sua produção é durante a fase instrutória, visto que algumas provas também podem ser produzidas em sede de audiência de instrução e julgamento, tais como a prova testemunhal, a oitiva do perito para o esclarecimentos de pontos da perícia que restaram dúvidas as partes ou ao julgador, além do depoimento pessoal das partes, tendo em vista que é também nesta audiência que o requerente alega os fatos que constituem o seu direito pleiteado na exordial ou o requerido poderá afastar os fatos alegados nesta mesma exordial.

Diferentemente do CPC/73, o CPC/15 inova ao permitir a produção de provas no tribunal, preceituando no art. 932 do CPC a incumbência ao relator direcionar a produção das provas da mesma maneira que pode determinar a produção de prova de ofício, quando entender necessário, mesmo que o processo já esteja em fase recursal.

Além disto, o CPC/15 também disciplina sobre as provas no tribunal no art. 938, §3^o⁷⁶, nos casos de questões preliminares que devem ser esclarecidas antes do julgamento de mérito, tendo o tribunal reconhecendo a quanto a essas questões a necessidade da produção de provas para que seja esclarecida esta questão, podendo o

⁷⁶ 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.

relator ordenar a produção de provas, a qual poderá ser produzida tanto na instância originária do processo como produzida no próprio tribunal, ou seja, modificando o julgamento em diligência.

O doutrinador Humberto Theodoro Junior se expressa sobre o art. 938 do CPC, com a seguinte visão deste novo artigo do CPC/15:

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 instrução, o recurso será decidido pelo mérito, evitando, dessa maneira, nova sentença e nova apelação⁷⁷.

Outra inovação do CPC/15 foi a extinção do agravo retido como recurso, visto que este agravo era interposto contra decisão interlocutória de mérito, no entanto, o recurso não era imediatamente remetido ao tribunal, ou seja, aguardava-se a sentença para caso a decisão interlocutória que gerou este agravo interferisse no resultado, suscitava-se este recurso e desde que a matéria deste recurso não interferisse no resultado da sentença, este recurso poderia nunca ser trazido aos autos.

Este recurso possuía como maior finalidade evitar a preclusão sob a matéria julgada na decisão interlocutória que era atacada por este recurso, o qual era utilizado quando, por exemplo, a oitiva de uma prova testemunhal era indeferida podendo ser matéria de agravo retido esta decisão, e se esta oitiva não interferisse no resultado do julgamento este recurso não viria a ser suscitado, entretanto, se caso a sentença fosse negativa, ao apelar o agravo retido era provocado e o julgador deveria analisar primeiramente este agravo, antes de analisar o mérito da apelação.

Com o CPC/15 as matérias que eram tratadas em sede de agravo retido podem ser recorridas na apelação segundo o art. 1.009, parágrafo 1º do CPC:

Art. 1.009. 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. (grifo nosso)

⁷⁷ THEODORO JUNIOR. Humberto. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.024.

A redação deste artigo então descarta a principal causa que levava a produção do agravo retido, qual seja, a preclusão, dessa forma o art. 1.009, §1º determina que estas questões que eram resolvidas pelo agravo retido devem agora ser alegadas nas preliminares da apelação e estas não precluem imediatamente.

Contudo, deve-se tomar as devidas precauções com a livre interpretação deste artigo, isto porque ao artigo dizer que as questões não são cobertas pela preclusão, não quer dizer que nunca irão precluir, mas que estas questões não precluem de maneira imediata apenas.

Com este novo posicionamento do CPC, aumenta a possibilidade da produção de provas no tribunal, dado que provas que foram indeferidas no primeiro grau de jurisdição, poderão ser novamente arguidas nas preliminares da apelação, ou até mesmo determinada de ofício caso o julgador entenda necessário, produzindo assim provas no próprio tribunal.

Os doutrinadores Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha defendem a produção de provas nos tribunais baseados em 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 previstas⁷⁸.

Quando tratamos de produção de provas na fase recursal, logo associamos apenas as provas documentais, no entanto o CPC/15 entende que as mesmas provas que poderão ser produzidas em primeira instância podem também ser produzidas em segunda instância, se necessária para a elucidação do processo.

O CPC/15 traz alguns artigos em que permite a participação do juiz na produção e instrução de provas, primeiramente no art. 139, inciso VIII do CPC, assegurando ao juiz que este poderá a qualquer tempo determinar o comparecimento das partes para que estas prestem esclarecimentos sobre os fatos ou provas alegadas,

⁷⁸ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 46-48.

e no art. 396 do CPC é dado ao juiz o poder para requerer que a parte exiba o documento ou coisa que esteja sob o poder desta para elucidar tais fatos.

A arguição de falsidade descrita no art. 430 do CPC de documento é instituto que poderá ser arguido tanto em primeira instância quanto em segunda instância, seguida pelo art. 431 o qual determina a realização de exame pericial deste documento falso, a não ser que a parte que produziu este documento viciado concorde em retirá-lo dos autos.

Outro poder atribuído ao julgador em relação as provas se trata das testemunhas declaradas suspeitas, impedidas ou menores, quando for necessário para o esclarecimento da lide, podendo determinar que estas testemunhas prestem seu depoimento, conforme descrito no art. 447, parágrafo 3º do CPC, e ainda determinar de ofício ou a requerimento a acareação de duas ou mais testemunhas quando entender que poderá influir na decisão da causa.

Deste modo, todas estas condutas descritas nos artigos supracitados tem relação com o juiz e a determinação de provas, devendo todos estes artigos serem aplicados também na produção de provas em instância recursal, não ficando restringidos apenas aos juízes de primeiro grau, e também não ficando os tribunais limitados tão somente a produção de provas documentais as quais, em casos de alta complexidade, acabam não sendo suficientes para o esclarecimentos dos fatos da lide.

A jurista Trícia Navarro Xavier Cabral acredita que toda alegação deve ser assegurada a instrução, e neste sentido tem o seguinte entendimento “(...) a toda alegação fática deve ser assegurada a viabilidade de instrução, inclusive no procedimento recursal, sob pena de cerceamento de defesa”⁷⁹.

A produção da prova em instância recursal é de suma importância, pois mesmo já tendo sido julgado o mérito da causa com base na instrução da prova realizada em primeira instância, na instância recursal o mérito será novamente analisado, podendo determinar os julgadores que a matéria provada em primeira instância não é suficiente para a sua análise, determinando assim a produção de provas no tribunal para que a matéria fática seja analisada sem dúvidas e assim o tribunal analisar a reformar ou não a sentença.

Anteriormente, na doutrina processual havia o entendimento que a instrução probatória ocorreria apenas em primeira instância posto que o juiz de primeiro

⁷⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 168.

grau era o responsável pela ampla e eficiente instrução probatória, uma vez que quando os autos eram remetidos ao tribunal, cabia a este apenas reexaminar as provas que foram produzidas em segunda instância.

Segundo o doutrinador Bruno Campos Silva, o melhor momento para se determinar a atividade probatória é no momento em que houver necessidade da produção de uma determinada prova:

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 instância⁸⁰.

Além do mais, como já é sabido, a instrução probatória deve contar com a ampla participação de todos os sujeitos que participaram do processo, tanto partes como juiz, mas é importante dizer que nenhuma dessas partes pode sofrer as consequências da má atuação dessas partes quanto a prova, como o juiz também não pode sofrer com a má produção probatória realizada pelas partes, por isto pode determinar a produção de ofício, e nem as partes podem sofrer com o indeferimento de uma prova, a qual poderia ser essencial para o deslinde da causa, por isto é necessário a produção de provas na instância recursal.

Com a necessidade da produção de provas nos tribunais os julgamentos acabam sendo convertidos em diligências, tendo a partir de então o dever de buscar a verdade dos fatos, ouvindo testemunhas ou determinando perícias por exemplo, não sendo admitida a postura de mero espectador, como no processo liberal.

José Carlos Barbosa Moreira enfatiza o papel do juiz da seguinte maneira: “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”⁸¹.

O duplo grau de jurisdição tem significativa importância quanto as provas, visto que em primeira instância o responsável pela instrução probatória será o juiz singular, no entanto, este pode não realizar uma cuidadosa instrução das provas, sendo então de suma importância o duplo grau de jurisdição, pois quando os autos forem

⁸⁰ 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

⁸¹ BARBOSA MOREIRA. José Carlos Barbosa. **Provas atípicas**. Revista de Processo, v. 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 116.

remetidos ao tribunal, poderão ser reconhecidas eventuais falhas na instrução probatória do juízo de origem que serão então corrigidos em segunda instância.

É importante dizer que as novas provas que podem ser produzidas no tribunal devem estar restritas aos fatos já alegados na instância originária, no entanto, no entendimento do doutrinador José Carlos Barbosa Moreira é possível alegar novos fatos em recurso de apelação, mas é necessário entender que isto ocorre em caráter excepcional, por exemplo, é possível que já tenha sido realizada uma perícia em primeiro grau, e em segundo grau é possível determinar nova perícia sobre o mesmo fato no recurso de apelação⁸².

O tribunal pode reconhecer inúmeros erros que acometidos em primeira instância em relação as provas, tais como: a insuficiência de provas produzidas nos autos em primeira instância, ou o indeferimento de uma prova a qual a parte considerava essencial para a lide a qual pode ser requerida na preliminar de apelação(art. 1.009, parágrafo 1º do CPC), ou caso ele considere que a prova produzida está precária.

A postura ativa do julgador na produção e instrução probatória em segunda instância é essencial para corrigir eventuais vícios que podem ocorrer na instrução probatória em primeiro grau, podendo de maneira oficiosa determinar as provas que julgar necessário serem produzidas ou até reproduzidas, posto que, como já citado anteriormente, não ocorre a preclusão da instrução probatória para o julgador.

No entanto, esta conduta do julgador em segunda instância não interfere e nem diminui a prova produzida pelo juiz de primeiro grau, tendo a finalidade da produção de prova em segundo grau buscar a verdade dos fatos, nem que para isto tenha que determinar a produção de provas tanto típicas como atípicas, se assim entender o relator pela necessidade de transformar o julgamento em diligência⁸³.

É importante dizer que quando o processo é remetido ao tribunal e há a necessidade da produção de provas, quem terá o poder para realizar esta determinação será o relator segundo o art. 932, inciso I do CPC, podendo este entender que a prova poderá ser novamente realizada em primeira instância se assim entender por bem, como também, poderá ser produzida no próprio tribunal o qual converterá o julgamento em diligência para a realização da prova.

⁸² BARBOSA MOREIRA. José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 63.

⁸³ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 202-203.

Dentre as quatro fases que possuem o recurso no tribunal, qual seja, a ordinatória, preparatória, instrutória e decisória, a determinação da realização de prova e a conversão do julgamento em diligência ocorrerá na fase instrutória recursal, e é nesta fase que o relator analisará a necessidade de novas provas ou então que as provas já realizadas sejam refeitas, etapa esta que tem a finalidade de explanar e esclarecer os fatos provados até então⁸⁴.

Caso o desembargador relator não requeira a produção de determinada prova, os outros desembargadores do colegiado poderão levantar esta questão, segundo o entendimento dos doutrinadores Luiz Marinoni, Daniel Mitidieiro e Sérgio Arenhart:

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 questão⁸⁵.

A título de exemplo, no caso da conversão do julgamento em diligência de provas quem vem acontecendo com o CPC/15, a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina converteu o julgamento de uma ação indenizatória cumulada com cobrança, para que fosse determinada a produção de prova pericial e documental, vejamos:

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA C/C. COBRANÇA. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. DESVIO DE FUNÇÃO E ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. VEREDICTO DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA AUTORA. PLEITO EXORDIAL DENEGADO, DIANTE DA CARÊNCIA DE JUNTADA, PELA RECLAMANTE, AS NORMAS LEGAIS QUE DEMONSTRAM A DIFERENÇA ENTRE AS ATIVIDADES INERENTES AO CARGO DE ASSISTENTE ADMINISTRATIVO, COM O DE TÉCNICA DE ENFERMAGEM. INDEFERIDA, TAMBÉM, A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PARA AFERIR A OCORRÊNCIA DE TRABALHO INSALUBRE. PROVA TESTEMUNHAL UNÍSSONA NO SENTIDO DE QUE A DEMANDANTE EFETIVAMENTE EXERCIA FUNÇÕES QUE NÃO COMPETIAM AO SEU CARGO DE ORIGEM, COLABORANDO DIARIAMENTE COM TÉCNICAS DE ENFERMAGEM, REALIZANDO CURATIVOS, EXAMES PREVENTIVOS E ESTERILIZAÇÃO DE MATERIAIS. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO ENTRE OS SUJEITOS PROCESSUAIS, INCLUSIVE DO JULGADOR. ART. 6º DA LEI Nº 13.105/15. PRERROGATIVA DO JUIZ, EX OFFICIO OU A REQUERIMENTO, DE DETERMINAR AS PROVAS NECESSÁRIAS PARA O CORRETO DESLINDE DA QUAESTIO. ART. 370, CAPUT DO NCPC. IMPRESCINDIBILIDADE DE OPORTUNIZAR ÀS PARTES, A JUNTADA DA LEGISLAÇÃO LOCAL CORRELATA AO DIREITO QUE DEFENDEM POSSUIR. PRODUÇÃO DE

⁸⁴ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 205.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 878

PROVA DOCUMENTAL E PERICIAL, OBJETIVANDO AFERIR O DESVIO DE FUNÇÃO E A ALEGADA INSALUBRIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, ART. 938, §3º, DO NCPC, CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, PARA PRODUÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL E PERICIAL, ATRAVÉS DE CARTA DE ORDEM. PREJUDICADA A ANÁLISE DO RECURSO⁸⁶.

Por esta razão, analisando estritamente a ementa deste acórdão pode-se compreender que a produção de prova em segunda instância é uma atitude que vem sendo recorrente nos tribunais com o novo CPC, desta forma muitos julgamentos vem sendo convertidos em diligência pelos julgadores buscando o esclarecimento dos fatos, com as novas provas, para que possam realizar um julgamento justo, em consonância com todos os preceitos éticos e constitucionais do processo.

4.1 Da Recorribilidade das Decisões Judiciais que Versam sobre a Prova

A liberdade do julgador quanto a apreciação da prova sempre foi um tema pouco discutido na doutrina processual civil, contudo, desse trata de tema de suma importância, visto que muitos doutrinadores entendem que o destinatário da prova é o juiz, e este entendimento possuía ainda mais força no CPC/73, quando o sistema da persuasão racional ainda era o único admitido pela doutrina e jurisprudência. João Batista Lopes entende sobre a relação provas e juiz da seguinte maneira: “(...) um fato só se considera provado no momento em que o juiz o admite como verdadeiro ou existente, isto é, o juiz como destinatário da prova é quem diz a última palavra sobre a existência ou veracidade do fato”⁸⁷.

No CPC/73 era comum que as partes recorressem contra decisões que versavam sobre as provas, no entanto, o julgador de segunda instância por muitas vezes julgava a apreciação da prova como algo “pessoal” do juiz de primeira instância⁸⁸, e acabava por indeferir o recurso não se atentando as pretensões da parte ao interpor algum recurso com a finalidade de reformar a decisão sobre o deferimento ou indeferimento de uma prova.

⁸⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível: 06002726520148240080 Xanxerê 0600272-65.2014.8.24.0080**, Relator: Luiz Fernando Boller, Data de Julgamento: 21/05/2019, Primeira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 23/05/2019.

⁸⁷ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**, 3. ed. São Paulo, RT, 2006, p. 53.

⁸⁸ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recorribilidade das Decisões do Juízo de 1º Grau sobre as Provas. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 619.

Com a ideia de que o juiz é o único destinatário da prova, muitos deles ao indeferir a produção de uma prova não consideram tal ato como cerceamento de defesa, já a decisão judicial se baseia no sistema da livre convicção, podendo o juiz determinar acerca da necessidade e conveniência da produção ou não de uma prova.

Tereza Arruda Alvim Wambier critica essa postura “pessoal” do juiz para a apreciação da prova:

De fato, não são raras as decisões de 2º grau em que se considera que a liberdade do juiz no campo probatório é quase “pessoal”, não podendo o Tribunal interferir. Na minha opinião, nada há de mais chocante, porque conflita com a ideia de Estado de Direito, do que admitir que certo tipo de decisão seja “pessoal”, de alguma autoridade pública, de alguém que age em nome do Estado, e, no caso do juiz, em nome próprio direito⁸⁹.

A doutrinadora Tereza Arruda Alvim Wambier também entende que quando falamos sobre a liberdade do juiz ao determinar a apreciação ou não de uma prova não se trata de ato puramente discricionário, mas sim de uma liberdade concedida pelo livre convencimento motivado, não considerando que se trata uma liberdade *a priori*, ou seja, o juiz sabe que sua decisão judicial indeferindo uma prova por exemplo, não será submetida ao controle da fase recursal, o que ocorre na verdade segundo ela é que há impossibilidade de controlar estas decisões, tendo em vista que estas ocorrem por uma decisão subjetiva do julgador⁹⁰.

Na verdade Tereza Arruda Alvim Wambier entende que se trata de uma questão *a posteriori*⁹¹ haja vista que a impossibilidade de controle da decisão judicial de primeiro grau no que tange a prova, decorre do grau de subjetividade que possui o juiz de primeira instância ao decidir sobre a prova.

Ainda na vigência CPC/73 a jurisprudência era tendenciosa em inadmitir recursos que versassem sobre nova produção de prova, muitas vezes sob a justificativa de desnecessidade da prova, ou fundamentando que se tratava de prova

⁸⁹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recorribilidade das Decisões do Juízo de 1º Grau sobre as Provas. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 619-620.

⁹⁰ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recorribilidade das Decisões do Juízo de 1º Grau sobre as Provas. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 624.

⁹¹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Recorribilidade das Decisões do Juízo de 1º Grau sobre as Provas. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 624.

meramente protelatória, ou até mesmo julgados fundamentando que a produção da prova requerida no recurso era inútil ao processo.

Por outro lado, a doutrinadora e juíza Rossana Tereza Curioni Mergulhão destaca em sua obra a importância da conversão do julgamento do recurso em diligência para que o julgador possa formar seu conhecimento com base na veracidade dos fatos alegados:

(...) estamos convencidos de que, ocorrendo dúvida no espírito julgador, também em segundo grau, é possível a determinação ou produção de prova que se entender necessária ao convencimento, sempre com o objetivo maior da justiça nas decisões, sem a anulação da sentença, convertendo-se o julgamento em diligência, salvo nos casos erro de procedimento (por exemplo, cerceamento de defesa), com base no ordenamento jurídico, garantida a legalidade pelo contraditório, amplamente assegurado, resguardando a independência e o livre convencimento motivado do juiz. Não há de se falar em *error in procedendo*, nem em *error in iudicando*⁹².

Com o CPC/15 a recorribilidade sobre as questões pertinentes a prova vem sendo recorrentes, tendo o novo código ampliado os poderes dos julgadores quando, por exemplo, estabeleceu o art. 1.009, §1º do CPC, aonde as partes podem tratar o indeferimento de uma prova como questão preliminar no recurso de apelação.

Sendo assim, analisa-se que a recorribilidade das decisões com carga probatória é admitida antes mesmo do novo CPC, no entanto com a vigência deste, alguns poderes instrutórios dos julgadores foram ampliados de modo a se buscar a verdade dos fatos alegados, quando estes gerarem dúvidas ao julgador na fase recursal.

4.2 A Prova e a Fundamentação das Decisões Judiciais

Como já é sabido, a instrução probatória tem como momento processual adequado a fase cognitiva do processo e quando este era remetido aos tribunais recursais, a visão que se possuía é a de que as provas já produzidas serão novamente analisadas, mas agora de forma breve, aonde os julgadores apenas analisariam se as provas são suficientes ou não para a formação de seu convencimento.

⁹² MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual**: o alcance e os limites do ativismo judicial. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2010, p. 172-173.

Assim, Trícia Navarro Xavier Cabral realiza crítica sob a forma de fundamentação das provas nas decisões judiciais de segunda instância sobre as provas no seguinte aspecto: “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”⁹³.

Atualmente a interpretação formalista da prova pelos julgadores da segunda instância é criticada pelo fato de que o julgador não poderá apenas analisar a prova superficialmente, é necessário a apreciação da prova nos tribunais para que esta seja realizada de forma concreta de modo a alcançar um resultado satisfatório e adequado.

O doutrinador Dalmo de Abreu DALLARI, faz crítica a preocupação do Estado em assegurar o legalismo ao invés de promover decisões justas:

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 justiça⁹⁴.

Outra crítica realizada pelo doutrinador supracitado é aos tribunais quanto ao formalismo proveniente de suas decisões e sobre a linguagem utilizada nas decisões:

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 justiça⁹⁵.

Gustavo Gonçalves Gomes também realiza críticas a postura do julgador quanto a fundamentação das decisões realizadas por estes:

(...) 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

⁹³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012, p. 167

⁹⁴ DALLARI. Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84

⁹⁵ DALLARI. Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84

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 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 justiça⁹⁶.

O doutrinador faz na citação acima uma crítica quanto a qualidade das decisões que vem sendo proferidas pelo poder judiciário, as quais em sua grande maioria com a finalidade de acelerar o andamento do processual, devido à grande demanda de processo, acaba por proferir decisões genéricas ou até mesmo apenas transcrevendo a legislação, comprometendo o resultado do processo.

A verdade é que o julgador não deve realizar a padronização das decisões judiciais, principalmente quanto a prova, cada prova terá sua importância a depender do caso em concreto, não podendo ser admitido que as provas sejam indeferidas por exemplo, por decisões monocráticas ou acórdãos padronizados, que sejam modelos de decisões anteriores.

A análise da prova deve ser realizada de maneira concisa, devendo ser enfrentado pelo julgador todos os questionamentos que a prova pode trazer ao processo não realizando uma análise rasa. Neste sentido se manifesta Luciano Souto Dias:

Os tribunais representam um instrumento para a efetivação da justiça, e não podem se transformar em produtores de acórdãos em escala industriais. É necessário, tanto em primeira instância quanto no tribunal, valorizar a instrução processual como fato preponderante para o esclarecimento dos fatos, para demonstração da verdade provável e para permitir a prolação da decisão mais justa possível, válida e de qualidade⁹⁷.

A Constituição Federal em seu art. 93, inciso IX, assegurou como princípio constitucional a fundamentação das decisões, assim como o art. 489, §1º do CPC/15 elencou todas as situações em que as decisões judiciais não serão consideradas devidamente fundamentadas.

⁹⁶ 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. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 320-321.

⁹⁷ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Savador: JusPODIVM, 2018, p. 112.

O CPC/15 também assegura a fundamentação das decisões no art. 371 do CPC/15 quanto as provas que forem produzidas, de mesma validade para os tribunais, visto que é ultrapassada a ideia formalista e as decisões modelos muito utilizadas pelos julgadores.

Luciano Dias Souto, dispõe sobre a relação da fundamentação da decisão e a prova:

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 justa⁹⁸.

Desta forma, a fundamentação das decisões judiciais em geral e principalmente quanto a prova, inclusive na fase recursal, é de extrema importância para se alcançar um processo justo e democrático, tendo como dever o julgador passar por todas as provas produzidas até então, ou até mesmo este julgador adotar uma postura ativa com a finalidade de alcançar uma instrução probatória satisfativa e proferir decisões judiciais muito bem fundamentadas, e em consonância com os artigos da CF/88 e do CPC/15, para que o resultado seja também satisfatório para o convencimento das partes do processo.

4.3. Das Possíveis Hipóteses de Produção de Provas na Fase Recursal

O doutrinador e jurista Luciano Dias Souto elenca em sua obra⁹⁹ várias hipóteses das principais provas, as quais serão citadas neste trabalho, que podem ser produzidas na instância recursal, ou seja, no próprio tribunal, produção de prova esta que poderá ser provocada tanto pelas partes quanto pelo relator do processo, e em casos excepcionais ao demais desembargadores que compõe a tribuna.

A primeira hipótese de produção de prova na fase recursal do processo será quando o relator perceber a necessidade de nova produção, reanálise, de

⁹⁸ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 113.

⁹⁹ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 216.

complementação ou até mesmo a necessidade de refazer uma prova já realizada em primeira instância e o esclarecimento da prova, em atendimento aos artigos 370, e 932, §3º e §4º do NCPC.

Quanto ao esclarecimento da prova, o relator ao receber o recurso pode determinar que as partes esclareçam provas até então produzidas, como por exemplo requerer esclarecimentos do perito em uma prova pericial realizada em primeira instância.

A nova produção de uma prova pode ocorrer quando o relator se deparar com um fato superveniente na causa, lembrando que esta hipótese não cabe a fatos já existentes que não foram arguidos em primeira instância, ou então quando o relator entender que é necessária a realização de nova prova para elucidar os fatos já alegados.

Quanto a reanálise da prova ela pode ocorrer nas hipóteses em que o tribunal, ao receber o recurso e conhecê-lo entende ser necessário realizar novamente a prova, mas agora no tribunal, como meio de sanar vícios ou realizar complementações na prova produzida em primeira instância.

Já a complementação da prova ocorre quando o tribunal verifica que a prova não foi suficientemente realizada, e a parte recorre com a intenção de complementação desta prova, hipótese esta trazida na obra de Luciano Dias, no qual se trata sobre o indeferimento de questões realizadas em audiência de instrução e julgamento pelo juiz de primeiro grau, e em razão da parte se sentir prejudicada poderá alegá-las em sede de preliminar de apelação, segundo o art. 1.009, §1º do CPC, e se assim o tribunal entender determinará a complementação¹⁰⁰.

Também relacionada a ideia da complementação, o relator pode estabelecer o prazo de cinco dias para a complementação de prova documental em um recurso sob pena de indeferimento deste, conforme dispõe o art. 932, parágrafo único do CPC.

O art. 480 do CPC também determina que de ofício ou a requerimento da parte, o juiz pode determinar a realização de nova perícia quando entender que matéria apresentada na perícia não foi suficiente para o esclarecimento das questões necessárias. Este mesmo artigo pode ser aplicado no tribunal quando o relator fundamentadamente entender necessário ou quando a parte recorrer requerendo a realização de nova perícia.

¹⁰⁰ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 218.

Outro caso em que a prova pode ser produzida no tribunal são nos casos em que cabia o agravo retido, ou seja, nas decisões interlocutórias que não são agraváveis tendo em vista que não se encaixam no rol do art. 1.015 do CPC. Nestes casos, a solução se encontra no art. 1.009, parágrafo 1º do CPC, onde provas indeferidas em primeira instância deverão ser alegadas nas preliminares do recurso de apelação.

Outro momento que as partes poderão suscitar as provas indeferidas na instrução do processo na fase de cognitiva, será nas contrarrazões de apelação. Não haverá imediata preclusão da decisão interlocutória apelável, ocorrendo apenas se a questão não for requerida na apelação ou nas contrarrazões de apelação, diferentemente do que ocorre quando se trata de uma decisão agravável.

Assim, o tribunal poderá por exemplo determinar a oitiva de uma testemunha que foi indeferida em uma decisão interlocutória em primeira instância, e esta testemunha poderá ser ouvida no tribunal, convertendo o julgamento em diligência.

O art. 1.015, inciso VI do CPC traz a possibilidade de agravar contra decisão interlocutória a qual denega a posse ou a exibição de documento ou até mesmo de coisa. Com esta possibilidade, caso o tribunal dê provimento o agravo de instrumento interposto, este ordenará que a prova seja apresentada, mas não no tribunal e sim na instância de origem onde o processo tramita.

Outra possibilidade é a de sanar vícios de provas que podem ser apresentadas na fase recursal do processo. A doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier, disserta sobre a possibilidade de sanar os vícios na esfera recursal:

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, intempestividade¹⁰¹.

Neste mesmo sentido disciplina o CPC/15 em seus artigos 932, parágrafo único e 938, parágrafo primeiro, os quais admitem que as partes no prazo de cinco dias corrijam eventuais vícios relativos as diligências das provas, devendo complementar a documentação juntada aos autos neste mesmo prazo de cinco dias.

¹⁰¹ 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

O enunciado de nº 82 do II Fórum Permanente do Processualistas Cíveis¹⁰² diz que, antes de o relator indeferir um recurso, é sua obrigação e não uma faculdade, abrir prazo para a regularização do vício ou completar os documentos necessários. A intenção é que se proteja o recurso e que não seja indeferido por vícios sanáveis em relação as provas.

As provas ainda podem ser produzidas por meio de carta precatória quando em estado nacional e, por carta rogatória para Estados internacionais, seguindo o princípio do processo cooperativo (art. 6 do CPC), do art. 69, parágrafo 2º, II do CPC que determina que haverá cooperação entre os juízos para a apresentação de provas obtidas por meio de depoimento cumulado. Como este artigo pode-se citar também o artigo 377, parágrafo único do CPC, o qual diz que desde que a carta precatória ou rogatória não possua efeito suspensivo, poderão estas serem juntadas aos autos em qualquer momento do processo.

Desta forma, seguindo o princípio cooperativo, caso a prova testemunhal seja produzida por meio de carta precatória ou rogatória e estas não possuírem efeito suspensivo, se os autos de encontraram no tribunal no momento em que esta carta retornou, a prova poderá ser utilizada pelos desembargadores para o julgamento do recurso em questão.

O art. 438 do CPC traz a hipótese de o juiz ou o relator requererem às repartições públicas a produção de certidões que julgam necessárias ou até mesmo a realização de procedimento administrativos por parte de entidades de administração indiretas, como os Municípios, os Estados, o Distrito Federal e pela União, que participam como interessados na causa¹⁰³.

Já o parágrafo 2º do art. 438 do CPC, traz que estas repartições públicas poderão entregar os documentos requeridos pelo relator de maneira digitalizada ou eletrônica, ou o representante da repartição poderá entregar a prova diretamente no tribunal, sendo assim, se a prova for solicitada pelo relator esta será integralmente realizada no tribunal.

¹⁰² SALVADOR. **Enunciados do II Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. Disponível em: <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em 01 out. 2019

¹⁰³ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 223.

Os doutrinadores Fredie Didier Junior, Paula Samo Braga e Alexandria de Oliveira, postulam sobre o papel do julgador em relação a prova do art. 438, no seguinte sentido:

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 convencimento¹⁰⁴.

O tribunal também aceitará novas provas quando se tratar de fato superveniente ou quando surgirem novos documentos sobre fatos já alegados. O fato superveniente nada mais é que um fato novo ocorrido o qual pode interferir no julgamento de uma ação ou recurso o qual já está em trâmite.

Como regra, os fatos devem ser alegados na petição inicial ou na contestação conforme dispõe o art. 434 do CPC, no entanto, com a ocorrência de fatos supervenientes no curso do processo, novos documentos ou provas poderão ser apresentados nos autos se referentes a este novo fato (art. 342, I e 493 do CPC).

Esta regra também valerá para a fase recursal (435 do CPC), podendo então que a produção de prova deste fato superveniente seja produzida no tribunal, podendo ser requerida pela parte ou ofício pelo relator. No mesmo sentido entende Flávio Cheim Jorge:

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, **cabará 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)**¹⁰⁵.

Após reconhecido pelo relator a matéria de fato superveniente, o CPC assegura que as partes do processo devem ser intimadas e o relator deve assegurá-las do prazo de cinco dias para que se manifestem sobre a matéria superveniente, para caso se assim entenderem contradizerem esta matéria, como preconiza o art. 933 do CPC:

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 384.

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.

Já o art. 1.014 do CPC possui a redação no sentido de que as questões de fatos que não puderam ser alegadas em primeira instância por motivo de força maior, poderão ser alegados em sede de apelação, então, trata-se de um fato já existente ao tempo da propositura da ação o qual não foi apresentado em primeira instância decorrente de força maior ou decorrente de uma justa razão da parte para não alegar o fato em primeira instância.

Desta forma, é importante as partes ao trazerem este “fato novo”, o qual não devem ser confundidos com fatos supervenientes ao processo, provem que este decorria de força maior, sob pena de seu recurso não ser analisado caso falta a constatação desta prova.

O doutrinador Daniel Assumpção Neves exemplifica alguns casos em que poderão ser alegados o motivo da força maior:

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 vontade¹⁰⁶.

Luciano Souto Dias discorre sobre as provas que podem ser produzidas sobre estes novos fatos alegados:

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 instância¹⁰⁷.

Com relação as novas provas que serão produzidas, é fundamental assegurar o contraditório da parte em desfavor da prova, ademais, é importante dizer

¹⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.551.

¹⁰⁷ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Savador: JusPODIVM, 2018, p. 223.

que as provas que serão produzidas decorrem de “alegação nova de fato velho”¹⁰⁸, como assim interpreta os autores Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro Cunha, decorrente da não alegação por motivo de força maior.

Com base no art. 972 do CPC, o relator pode entender também que esta nova prova deverá ser diligenciada pelo juiz de primeiro grau, e após a realização desta os autos retornem ao tribunal para que este possa julgar conforme a nova prova já produzida na instância de origem do processo.

Outra prova que poderá ser produzida em face recursal é a juntada de documento novo sobre um fato antigo, ou seja, foi fato já alegado no processo, mas apenas foi possível a juntada do documento, tendo a produção ou o acesso a este documento sido posteriormente, contudo, deve ter justa causa para esta posterior apresentação do documento, segundo o art. 435, parágrafo único do CPC:

Art. 435. 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 . (grifo nosso)

Deste modo, desde que seja demonstrado de maneira fundamentada os motivos que levaram a parte a não juntada do documento anteriormente, o julgador poderá aceitar esta nova prova.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz, exemplificam alguns casos em que o novo documento poderá ser reconhecido, inclusive na esfera recursal, dentre eles quando o documento não foi entregue ao advogado pela parte tempestivamente, mesmo sendo de conhecimento da partes, ou quando o documento é conhecido da parte mas possui difícil acesso por este se encontrar por exemplo em outro processo ou em local de difícil acesso, e por fim quando a parte apenas tomar conhecimento do documento após o momento processual ideal para sua juntada nos autos¹⁰⁹.

¹⁰⁸ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito processual Civil**, v.3, 13 ed, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 190.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2 ed. v. 5. São Paulo: RT, 2005, p. 474.

O tribunal também tem a prerrogativa de ordenar que às partes ou um terceiro apresentem provas documentais ou até mesmo coisa que estão sob o seu domínio, quando o relator do processo, ou quando em primeira instância o juiz requererem conforme fixa o art. 396 do CPC. Esta hipótese pode ocorrer quando por exemplo houve fato superveniente, ou nos casos de fatos antigos mas que por força maior só puderam ser provados posteriormente, ou até mesmo quando juiz de primeiro grau indefere a produção desta prova.

Já o agravo de instrumento (art. 1.015 do CPC) é um recurso que pode ser instruído de documentos probatórios que o agravante julgar fundamentais para seu recurso juntamente com as peças obrigatórias que dispõe o art. Art. 1.017 do CPC, quando se tratar de processo físico, não sendo obrigatório a juntadas das peças elencadas no art. 1.017, quando o processo que originou a decisão agravada tramitar eletronicamente.

Pode ocorrer também de uma das partes em sede de contestação ou até mesmo de réplica sustentar que a prova apresentada pela parte recorrente se trata de uma prova falsa acarretando o incidente de falsidade documental, previsto no art. 430 do CPC, e por este artigo a parte terá 15 (quinze) dias para provocar este incidente.

Como já foi dito, novas prova sobre fatos supervenientes, poderão ser produzidas ao longo da fase cognitiva como também na fase recursal (art. 435, parágrafo único), desta maneira, todas as vezes que uma nova prova for apresentada aos autos o CPC assegura a outra parte o prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar sobre esta prova (art. 437, §1º).

No tribunal, após a apresentação da prova duvidosa, também haverá o prazo de 15 (quinze dias) para ser alegado o incidente de falsidade da prova, e este incidente será realizado pelo relator do processo, o qual deverá abrir também o prazo de 15 (quinze dias) para quem produziu a prova de manifestar e realizar sua impugnação da falsidade, posteriormente, se a parte que produziu a prova consentir em desentranhar esta prova dos autos, a prova não será destinada a perícia (art. 432, parágrafo único do CPC).

Ocorre que, se quem produziu a prova decidir mantê-la nos autos o relator deverá destinar a prova para a realização de exame pericial para que seja comprovada sua autenticidade ou não (art. 432, caput do CPC), sendo este exame ordenado pelo relator, que poderá ser realizado também no primeiro grau de jurisdição.

É importante dizer que essa falsidade não recai apenas sobre os documentos físicos, como também poderão ser afetados a veracidade dos documentos eletrônicos, consoante se denota no art. 439 do CPC.

Outra prova que poderá ser produzida na durante a fase recursal é decorrente a arguição de impedimento ou suspeição do julgador, em primeira instância, conforme o estabelecido no art. 146 do CPC:

Art. 146. 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.** (grifo nosso)

Caso o juiz reconheça o impedimento, a suspeição deverá remeter os autos para um juiz substituto, no entanto, caso não reconheça terá o prazo de 15 (quinze) dias para alegar suas razões de maneira fundamentada, podendo instruir sua defesa com documentos e até mesmo rol de testemunhas, de acordo com o descrito no art. 146, §1º do CPC.

A partir de então os autos serão remetidos ao tribunal e cabe a este decidir sobre o impedimento ou a suspeição em primeira instância, no entanto, caso seja requerido a suspeição ou impedimento de um desembargador, não valerá a regra do art. 146 do CPC, pois o art. 148, §3º do CPC rege que no caso dos desembargadores por motivos de suspeição ou impedimento seja determinado pelo regramento interno do tribunal de cada estado.

Uma nova hipótese de produção de provas em fase recursal são os casos de negócios jurídicos processuais, onde desde que esse negócio seja anterior a propositura da ação ou ocorra por incidente processual, será possível que o tribunal realize a produção de provas quando o objeto discutido for passível de produção de provas¹¹⁰.

Ressalta-se também as hipóteses em que as partes ou o julgador de ofício poderão arguir em qualquer momento do processo, até mesmo na fase recursal, estas hipóteses podem ser classificadas como vícios do processo, ou da decorrência deste, dentre eles: decadência, prescrição, perempção, litispendência, coisa julgada, ilegitimidade de parte.

¹¹⁰ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade.** Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 236.

Um exemplo claro é a declaração de ilegitimidade de parte decorrente de um *error in procedendo* intrínseco, a qual poderá ser alegada através de recurso de apelação por exemplo, devendo a parte recorrente provas pelos meios possíveis a ilegitimidade.

Logo, quando alguma das questões anteriormente citadas for alegada ou requerida de ofício pelo julgador na fase recursal, deverão as partes demonstrar a existência ou não desta questão através da produção. No mesmo sentido segue o doutrinador Vicente de 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 preclusivas¹¹¹.

Outra prova que poderá ser produzida em fase recursal são as provas relativas ao benefício da justiça gratuita, sendo que este benefício não é de pleito exclusivo na petição inicial ou na contestação, podendo acontecer também na peça recursal, na tentativa de se eximir dos preparos recursais.

Para que seja admitido este benefício, o requerente deverá preencher os requisitos previstos no art. 99, §2º do CPC, ou seja, quando houver os pressupostos legais para o deferimento desta gratuidade, no entanto, mesmo preenchido esses pressupostos, poderá uma das partes ou até mesmo o relator, quando se tratar de um recurso, alegarem dúvida em relação a condição de hipossuficiência da parte, podendo o tribunal determinar a produção e apresentação de provas de que comprovem esta hipossuficiência.

Enfim, a última das hipóteses que serão tratadas se dá em relação a remessa necessária, como já tratada anteriormente no presente trabalho no tópico do duplo grau de jurisdição, está prevista no art. 496, o qual possui a seguinte redação:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
I - proferida contra a **União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;**
II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, **os embargos à execução fiscal.** (grifo nosso).

¹¹¹ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 281.

Desta maneira, quando não for interposto recurso de apelação os autos serão de maneira *ex officio* remetidos ao tribunal, como destaca o parágrafo 1º do art. 496 do CPC, assim que realizada a remessa necessária, o tribunal poderá determinar a produção de prova nos casos em que entender necessário ou caso uma das partes requeiram este direito, pode esta prova ser produzida no próprio tribunal.

4.4 Provas que Podem Ser Produzidas em Instância Recursal

A regra geral do processo civil é que as provas podem ser produzidas e contraditadas na fase saneadora, bem como na fase de instrutória da jurisdição de primeira instância, entretanto, como se verifica nas hipóteses apresentadas no tópico anterior, é possível a determinação da realização de diligências probatórias conduzidas pelo tribunal em sede recursal.

Diante disso, faz-se necessário exemplificar algumas das principais provas que poderão ser produzidas na instância recursal pelo requerimento da parte no recurso interposto ou mesmo de ofício pelo relator, dentre elas as: prova testemunhal, prova documental, a confissão, prova pericial, a exibição de coisa ou de documento, o depoimento da parte, a interrogatório formal, a inspeção judicial e por fim a realização de ata notarial.

A mais comum das provas que podem ser produzidas durante a fase recursal é a prova documental, visto que esta prova poderá ser aceita durante todo o processo, e até mesmo na fase recursal, é importante que ela se encaixa nas hipóteses da produção de provas já citadas, respeitando as condições que o processo impõe.

Outra importante prova, ainda relacionada com a prova documental, é a prova em que se determina a exibição de coisa ou de documento no tribunal, podendo ser determinada por requerimento da parte ou de ofício pelo relator, quando este entender fundamental ao processo para o esclarecimento da lide em questão.

Outra prova que pode ser produzida também pelo tribunal é a prova testemunhal, tendo duas possibilidades para que esta prova ocorra, a primeira é quando o juiz de primeiro grau indefere a oitiva de uma testemunha, e a outra possibilidade se

dá quando o juiz entende ser necessária ouvir o depoimento de uma testemunha a qual já foi anteriormente ouvida¹¹².

O doutrinador Luciano Dias Souto exemplifica a possibilidade de realizar a oitiva de testemunhas que não foram ouvidas em primeira instância quando estas que encontravam no local onde ocorreu o fato relativo a lide do processo, por exemplo, são identificadas por imagens de vídeos, as quais não foram ouvidas pelo juiz ou seu testemunho foi requerido pela parte mas indeferido pelo juiz de primeiro grau¹¹³.

Acerca da possibilidade de prova testemunhal, o art. 236 e seus parágrafos regulam também desta prova ser realizada por meio de carta precatória, inclusive no tribunal como regula o parágrafo segundo deste artigo, podendo até mesmo, por economia processual, esta oitiva ser realizada através de videoconferência, no mesmo sentido do art. 453, §1º do CPC.

O depoimento pessoal também é uma prova que poderá ser novamente realizada, ou concretizada na fase recursal, quando por uma arbitrariedade do juiz de primeira instância esta prova for indeferida. As partes poderão recorrer justamente com a finalidade de que seja realizado o depoimento pessoal quando indeferido pelo juiz da instância originária, haja vista importância desta prova.

Os art. 385 juntamente com o art. 932, I, ambos do CPC, regulamentam a realização ou a repetição do depoimento da parte, podendo ocorrer também através de videoconferência, como forma de celeridade e economia processual, não sendo necessário assim que o juiz de primeira instância realize a diligência do depoimento pessoal.

O depoimento pessoal é uma prova de grande importância ao processo, através dele os julgadores poderão avaliar requisitos subjetivos do depoimento oral que a parte realizará, o qual muitas vezes é de suma importância para que o julgador analise o processo. Seguindo este entendimento o jurista Luciano Souto Dias se manifesta:

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

¹¹² DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 242.

¹¹³ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 242.

diante das perguntas e a forma como conduz a apresentação dos seus argumentos¹¹⁴.

No mesmo seguimento do depoimento pessoal temos a confissão a qual poderá realizada em qualquer momento do processo, inclusive na fase recursal, haja vista que não há nenhum impedimento legal no código de processo, além disso, para o julgamento e apreciação do recurso em questão, a confissão será tratada como matéria superveniente do processo¹¹⁵.

O interrogatório informal também é uma das provas que poderão ser produzidas em fase recursal, tendo por finalidade elucidar questões que ao longo do processo podem não ter ficado claras no entendimento do juiz, do relator, ou dos demais desembargadores do colegiado, tendo este interrogatório o objetivo de sanar questões incompreendidas até então pelos julgadores do processo.

Além disso, este interrogatório poderá ser determinado pelos julgadores em qualquer momento processual, tendo em vista que ele não visa render uma prova, mas sim realizar mero esclarecimento dos fatos, estando assegurado pelo art. 139, VIII do CPC, e não será declarada a parte confessa caso não compareça para realizar este procedimento.

Fredie Didier Junior e José Carneiro da Cunha realizam a distinção do interrogatório informal para o depoimento pessoal no que tange a obrigatoriedade:

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 pessoal¹¹⁶.

Durante a realização do interrogatório informal, a parte contrária do processo deverá ser intimada para que tenha ciência de quando será realizado o ato, para que então possa acompanhá-lo e realizar o contraditório se entender necessário, para que não haja hipótese de violação do princípio do contraditório.

Já o art. 481 do CPC estabelece sobre a inspeção judicial que poderá ocorrer em qualquer fase do processo, pois nada mais é que uma prova determinada e

¹¹⁴ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 241.

¹¹⁵ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 243.

¹¹⁶ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2016, p. 51.

realizada pelo próprio julgador com a finalidade de resolver pontos controvertidos do processo, no entanto, esta inspeção deve recair sobre um ponto específico, podendo recair sobre coisas, imóveis, semoventes e até mesmo pessoas.

Esta é uma prova a qual dificilmente será realizada, mas possui grande eficácia quando concretizada, pois poder ser produzida pelo próprio julgador já que ele não será influenciado por outras pessoas podendo formar sua razão com base na coisa que será esclarecida com essa prova. Quando esta prova for realizada na fase recursal, não poderá ser pleiteada pela parte, podendo apenas realizar quando assim determinar o julgador de ofício.

Com este entendimento discorrem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Aranhart afirmam que:

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 parte¹¹⁷.

Já, no que concerne sobre a prova pericial, esta é uma prova que será produzida em primeira instância durante a fase de instrução e dificilmente será discutido seu conteúdo em fase recursal, visto que a instrução desta prova em primeira instância, com o novo modelo cooperativo de processo, se dá quando a matéria da prova pericial apresenta complexidade, podendo o juiz poderá designar audiência para que o saneamento desta prova seja realizado oralmente pelas partes, no qual poderão realizar o saneamento desta prova de forma conjunta, opção disposta no art. 357, §3º do CPC¹¹⁸.

Normalmente a questão da prova pericial nos recursos se dá pelo indeferimento da produção desta em primeira instância, recorrendo-se com a finalidade que o tribunal determine a produção da prova geralmente pelo juízo de origem, visando a celeridade processual, haja a vista a quantidade de recursos que chegam ao tribunal, bem como a economia processual.

Enfim, a última prova das principais provas descritas acima é ata notarial, e esta como regra não pode ser produzida no tribunal, visto que caberia a parte

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, p. 611.

¹¹⁸ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 243.

interessada comparecer ao cartório e solicitar que o escrivão lavre a ata a qual pode estar relacionada a existência de um fato, ou objeto ou de algum documento, não podendo ser requerida por ordem do julgador¹¹⁹.

A ata notarial poderá ser considerada como meio de prova no recurso, quando esta for indeferida em primeira instância pelo juízo de origem, e a parte interessada ao apelar deve se basear no art. 1.009, parágrafo único, e o relator deve entender por pertinente ao processo a prova produzida pela ata notarial.

Outra hipótese de ata ser admitida é a juntada posterior da ata já anteriormente realizada, quando por motivo de força maior não pode ser juntada aos autos em momento oportuno, seguindo a regra do já mencionado art. 435, parágrafo único do CPC¹²⁰.

Posto isto, é possível analisar que ampla são as possibilidades de provas que podem ser produzidas em instância recursal, fato este oportunizado principalmente pelo CPC/15, o qual trouxe maior liberdade neste sentido aos julgadores da fase recursal, acarretando em um processo mais completo, melhor instruído e que conseqüentemente trará um resultado mais justo.

4.5 Os Recursos que Admitem a Produção de Provas

O processo civil brasileiro conjuntamente com novo CPC reconhecem nove recursos os quais estão taxativamente dispostos nos incisos do art. 994 do CPC, dentre eles estão: os embargos de declaração (art. 994, IV e 1.022 do CPC), a apelação (art. 994, I e 1.009 do CPC), o agravo de instrumento (art. 994, II e 1.015 do CPC), o agravo interno (art. 994, III e 1.021 do CPC), recurso ordinário (art. 994, V e 1.027 do CPC), recurso especial (art. 994, VI e 1.029 do CPC), recurso extraordinário (art. 994, VII e 1.029 do CPC), agravo em recurso especial ou extraordinário (art. 994, VIII e 1.042 do CPC) e por fim o embargos de divergência (art. 994, IX e art. 1.043 do CPC).

A produção de provas é mais comum no recurso de apelação, tendo em vista que as provas indeferidas ou quando a avaliação do juiz de primeiro grau de jurisdição não satisfaz a parte, esta prova será passível de apelação, podendo o julgador

¹¹⁹ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 242-243.

¹²⁰ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 242-243.

produzir esta prova do próprio tribunal ou que o juízo de primeira instância produza se assim decidir mais conveniente.

Com o fim do agravo retido, a apelação também é passível de decisões interlocutórias de que indeferiram a produção, visto que não ocorre mais a prescrição imediata da decisão interlocutória, sendo a razão de apelação a possível responsável pela produção de uma prova ou pela reavaliação de uma prova já produzida pelos julgadores do tribunal, podendo até mesmo converter o julgamento em diligência, como já exemplificado em tópicos anteriores.

Já no recurso no agravo de instrumento, o qual pode ser interposto sobre as decisões interlocutórias que possuem como matéria as hipóteses elencadas taxativamente no art. 1.015 do CPC, pode-se apresentar provas documentais juntamente com as peças obrigatórias de instrução do agravo elencadas nos incisos do art. 1.017 do CPC, além disso, há a possibilidade de que o julgador requeira a juntada de novos documentos comprobatórios de algumas condições como exemplifica o Luciano Souto Dias:

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 tribunal¹²¹.

A produção ou análise probatória de alguns recursos na maioria das vezes é rara, escassa ou desnecessária, haja vista que estes recursos visam atingir um pronunciamento judicial com base em uma obscuridade, um erro material e até mesmo um pronunciamento omissivo proferido por juízes de primeira instância ou por julgadores na fase recursal, mas não se pode desconsiderar essa possibilidade. Por exemplo, entre os recursos que se encaixam nestas hipóteses podemos citar os embargos de declaração, o agravo interno, o agravo em recurso especial ou extraordinário e os embargos de divergência.

O recurso ordinário também é um recurso restrito há produção de provas, mas ainda assim é possível realizá-la em algumas situações, quando por exemplo nos

¹²¹ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 249.

casos previstos no art. 1.027, II, alínea “b” onde uma parte do processo é estado estrangeiro ou Organismo Interacional e a parte adversa é Município ou pessoa residente ou domiciliada no país, estabelecendo este artigo que a competência será do Tribunal Superior de Justiça. Importante ressaltar que neste recurso a produção de prova será oficiosa, ou seja, apenas o julgador é quem poderá requerer a produção de provas¹²².

Assim como dispõe as súmulas 7 do STJ¹²³ e 279 do STF¹²⁴, os recursos especiais e extraordinário não admitem o simples reexame probatório tendo em conta o caráter de excepcionalidade destes recursos, no entanto, em casos atípicos poderá ser admitido que o ministro determine de ofício a produção de algumas provas raras, tais como a suspeição e o impedimento do julgador, ou um fato superveniente à causa que é considerado de extrema importância a esta, bem como no caso da alegação de falsidade documental.

Em contrapartida Luciano Souto Dias diz sobre a diferenciação entre o reexame da prova nesses recursos e o exame de uma nova prova:

Não obstante o disposto nas súmulas nº 07, STJ e 279, STF, 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 produção¹²⁵. (grifo nosso)

O art. 102, I, alínea “n” da CF trata sobre a suspeição e impedimento de juízes singulares, ou quando mais da metade dos julgadores do tribunal de origem são declarados suspeitos ou interessados, sendo então a competência para julgar do Supremo Tribunal Federal, para que seja declarada essa suspeição ou impedimento em alguns casos há a necessidade que haja a produção de prova neste sentido¹²⁶.

Quanto a produção de prova do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em ambos, a produção de provas é regida pelo Regimento Interno de

¹²² DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 250.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em 10 out. 2019.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Súmula n.º 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLS.V.&base=baseSumulas>. Acesso em 10 out. 2019.

¹²⁵ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 250.

¹²⁶ DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 250.

cada tribunal, sendo que o STJ dispõe suas regras na produção probatória no art. 147¹²⁷ e parágrafos de seu regimento interno.

Já o STF disciplina suas regras no art. 113 ao 120¹²⁸, também de seu regimento interno, sendo que cada tribunal possui suas formalidades e regras em relação a produção de prova, mas o que há de essencial se falar que a produção de prova nesses tribunais é de caráter excepcional.

Desta forma, a depender do recurso a possibilidade da produção de prova poderá ser maior ou não, o recurso qual gera maior oportunidade de produção de prova é sem dúvidas a apelação, seguida do agravo de instrumento, enquanto recursos como os embargos de declaração ou o agravo interno, por exemplo, por decorrerem de omissões do julgador, a produção de prova é mais rara, mas como já dito anteriormente, ainda sim pode ocorrer.

4.6 O Contraditório das Provas nos Recursos

O contraditório é um dos pilares para se obter o processo justo e democrático assegurado pela CF e pela legislação infraconstitucional no CPC/15 em seu art. 7º, o qual disciplina:

Art. 7º. 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**. (grifo nosso)

Desta forma, um dos principais papéis do julgador é assegurar as partes o direito ao contraditório, isso também é válido para as provas tanto em primeira instância como na fase recursal do processo, com o devido contraditório se assegura também a segurança jurídica e o devido processo legal.

Já o artigo 9º do CPC/15 também assegura o contraditório, garantindo que em nenhum grau de jurisdição será proferida uma decisão sem que esta tenha tido o direito de ser ouvida em juízo. Ainda, o art. 10 também do CPC/15 esclarece que não

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em 13 out. 2019.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 13 out. 2019.

poderá haver decisão em relação a um fundamento o qual não foi oportunizado a parte a se manifestar, conforme segue redação deste:

Art. 10. 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.

Todas essas regras atribuídas ao contraditório pelo CPC, também se atribui as provas produzidas na fase recursal, visto que o contraditório da prova deverá ser assegurado tanto na prova em que é produzida pelo requerimento de uma parte, como da prova em produzida *ex officio* pelo julgador.

Além disso, nas provas que o julgador determinar de ofício, as partes devem possuir ciência da prova que está sendo produzida, sob pena de violar o contraditório caso o julgador profira uma decisão com base em uma prova que não teve ciência das partes.

Isto posto, as partes devem estar cientes de todos os atos instrutórios praticados pelo requerimento da parte ou de ofício pelo julgador para que possa se manifestar sobre este ato produzido no segundo grau de jurisdição, além do que com a produção de uma nova prova no tribunal, ou uma prova superveniente deve-se abrir prazo para que a parte adversa possa apresentar uma contraprova caso tenha interesse, e para que isso ocorra as partes devem ter ciência de todas as provas produzidas na fase recursal, visto que nesta fase a maioria das provas são atribuídas de ofício pelo relator.

O contraditório na produção de provas é essencial para uma instrução probatória justa, inclusive na fase recursal, uma vez que, como já anteriormente dito, nesta fase muitas provas são determinadas de ofício pelo julgador, além de as partes terem ciência do atos instrutórios que estão sendo praticados no processo, sendo essencial que contraditem as provas que estão sendo produzidas para que também evitem eventuais atos discricionários do julgador na produção da prova.

Por este motivo, o processo cooperativo juntamente com seu princípio da cooperação que o norteia, tem como pilar basilar o contraditório, buscando a cooperação de todos na produção, análise e esclarecimento das provas produzidas, e mesmo com a postura mais ativa do julgador na produção de prova na fase recursal, deve-se prestigiar o contraditório para evitar eventuais abusos do julgador nestes atos instrutórios.

4.7 Limites do Poder Instrutório do Julgador

Com a ideia do processo cooperativo, todas as partes que integram o processo, ou seja, julgador e partes, ganharam maior função nos atos produzidos no processo, determinando uma postura mais ativa do julgador na produção e instrução probatória não devendo este mais ser mero espectador da instrução probatória, e avaliador na prova, devendo interferir na sua produção nas causas em que perceber que alguma prova está sendo suprimida.

No entanto há de se estabelecer limites para essa instrução probatória do julgador, para que este não usufrua discricionariamente de sua postura ativa, concedida pelo processo cooperativo, e ultrapasse os limites da sua atuação na produção probatória, ferindo assim princípios constitucionais como o contraditório e o devido processo legal.

O contraditório é um dos limites que o julgador deve respeitar, pois toda prova produzida a requerimento da parte ou de ofício pelo julgador, deve se assegurar o contraditório.

A doutrinadora Ada Pellegrini Grinover se manifesta sobre a produção da prova e o contraditório, no seguinte sentido: “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”¹²⁹.

As partes devem estar inteiradas nas provas que estão sendo produzidas no processo a fim de verificar a legalidade da produção destas provas e caso necessário se manifestar, bem como contraditar a produção da prova que foi requerida de ofício pelo julgador.

Ao determinar uma prova de ofício o julgador deve respeitar os limites do que está sendo pleiteado na causa e a prova que está determinando de ofício, não podendo pautar em uma prova cujo elementos não estão nos autos, não respeitando o limite do que está sendo pleiteado na causa.

O doutrinador Vicente de Miranda possui a seguinte ideia sobre os limites do poder instrutório do julgador: “(...) 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

¹²⁹ 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.

demonstrar fatos não alegados pelas partes, fatos que não integram a lide posta em juízo”¹³⁰.

Além disso, o julgador ao determinar a produção ou ao avaliar as provas que devem ser produzidas, tem o dever fundamentar a determinação destes atos processuais e instrutórios, devendo o julgador apresentar todos os fatos e direitos que o levaram a determinar a produção da prova. Caso o julgador não apresente os fundamentos dos motivos pelos quais ensejaram a produção de determinada prova, esta prova posteriormente poderá ser invalidada.

A prova que o julgador irá determinar deverá ser de grande contribuição para processo, tendo em vista que a produção de uma prova pode acarretar a demora para a solução da lide, portanto, deve respeitar a celeridade e a economia processual a prova que o julgador determinou devendo ser de grande valia para a elucidação das questões da lide.

O art. 369 do CPC/15, estabelece que mesmo que não descritos no CPC, poderão ser usados diversos modos para se obter a produção probatória, desde que estes meios sejam legítimos e éticos. Este artigo também deverá ser aplicado ao julgador, o qual ao determinar a produção de uma prova, o meio como será realizado a prova deverá ser ético e legítimo, não podendo o julgador determinar a produção de uma prova ilegal.

O entendimento de Daniel Penteadó de Castro é no seguinte sentido:

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 conhece¹³¹.

O julgador é a figura que representa a sociedade na resolução da justiça, e desta forma não poderia este julgador determinar a produção de provas ilícitas ao admitir que estas integrem o processo, haja vista que iria ferir princípios constitucionais e democráticos do processo.

O art. 344 do CPC regula sobre a revelia e o fato de que quando estar for decretada pelo julgador, os fatos alegados pelo autor nos autos se presumirão

¹³⁰ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 218.

¹³¹ CASTRO, Daniel Penteadó de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 270-271.

verdadeiros. Em contrapartida, o art. 345, IV também do CPC estabelece que quando os fatos alegados pelo autor forem inverossímeis ou a prova produzida pelo autor estiver em contradição no alegado nos autos à revelia não surtirá mais efeito.

Assim, o julgador mesmo tendo reconhecido à revelia anteriormente terá a faculdade de determinar a especificação e esclarecimento das provas produzidas pelo autor, com base do art. 348 do CPC, caso o julgado possua dúvidas sobre as provas trazidas pelo autor.

O julgador poderá se posicionar desta maneira no caso da revelia para que se evite cometer injustiças, ao se declarar como verdadeira uma prova descabida produzida pelo autor, levando em conta apenas o fundamento da revelia, tendo em vista que não haverá impugnação desta prova, pois ao perceber uma prova desproporcional produzida pelo autor, poderá de ofício requerer o esclarecimentos das provas.

Por fim, na instância recursal o julgador deverá ter limites na sua instrução probatória para que não acabe prejudicando o recorrente, visando que se deve assegurar o princípio da *reformatio in pejus*, ou seja o recurso não pode admitir que o recorrente piore sua situação do processo com a interposição do recurso.

Luciano Souto Dias se manifesta sobre as cautelas que o julgador deverá possuir ao determinar a produção de prova no recurso:

(...) 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 recorreu¹³².

Portanto, o julgador ao determinar a produção de prova no tribunal deverá possuir extrema cautela, tendo que visar a quem aquela prova que esta determinando sua produção poderá recair e prejudicar, haja vista que se prejudicar o recorrente com a nova prova estará ferindo princípios processuais importantes do processo civil.

¹³² DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 154.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, foi percorrido na presente pesquisa história e a evolução da sistemática probatória e a função do julgador sobre esta, desde o processo civil brasileiro ainda regido pelas Ordenações Filipinas, decorrentes ainda do direito português e processo de colonização do Brasil, ordenações estas ligadas ao princípio do dispositivo o qual o julgador possuía função de mero árbitro e aplicador da lei, devendo as partes exclusivamente realizar a produção probatória.

Muito se evoluiu na questão na relação do julgador com a questão probatória, alterando-se as sistemáticas de valoração juntamente com os códigos processuais, e o processo civil como um todo e juntamente com estes sistemas de valoração da prova mudava-se os princípios que fundamentavam a valoração da prova pelo julgador.

O processo civil brasileiro passou por três sistemas de valoração da prova ao longo de sua história, se iniciando pelo sistema da prova legal aonde o juiz possuía mero papel de aplicador da legislação a qual atribuía valores e relevâncias a cada determinada prova, após veio a aplicação do sistema da íntima convicção, o qual vigia que o julgador era livre para apreciar e produzir provas com base exclusivamente em critérios subjetivos e, por fim o sistema do livre convencimento motivado.

O CPC/73 trouxe ao processo brasileiro este novo sistema, denominado de sistema do livre convencimento motivado assegurado pelo art. 131 vigente naquele código, o qual se utilizava da palavra “livremente”, e por este sistema o julgador poderia apreciar a prova e produzi-la livremente desde que realizasse a apreciação de maneira fundamentada, no entanto, este sistema começou a prejudicar a instrução probatória do processo, uma vez que contava com alta carga de discricionariedade dos julgadores.

Este sistema do livre convencimento motivo do juiz levou a arbitrariedades na instrução e na produção probatória, gerando diversos indeferimento da produção de uma prova ou até mesmo a determinação de ofício para a realização de uma prova a qual seu conteúdo ultrapassava as matérias requeridas no processo, levando a doutrina a discutir sobre a validade deste sistema.

Com a vigência do CPC/15 passou-se a discutir a aplicação do sistema do livre convencimento motivado, tendo em vista que o art. 371 do CPC/15 retirou o termo “livremente”, limitando o julgador a partir de então a valorar de maneira fundamentada a prova que deve ser produzida.

Contudo, mesmo com a modificação da legislação processual e a intensão discussão doutrinária sobre a validade do sistema do livre convencimento o STJ e o STF, nas jurisprudências, ainda aplicam o sistema do livre convencimento motivado as causas.

Em sentido contrário caminha parte da doutrina a qual entende que, não pode ser mais admitido no processo democrático tal sistema, visto que ainda contemos com o subjetivismo na instrução probatória, fazendo críticas como nos casos que ao serem produzidas duas provas as quais são completamente contraditórias, o julgador determine a veracidade de uma delas com base em seu julgamento subjetivo.

Outra crítica realizada é em relação as partes e seus advogados os quais por muitas vezes são surpreendidos por decisões dotadas de subjetivismo do magistrado, sendo estes obrigados a interporem recursos com a finalidade de se requerer a produção de uma prova indeferida ou até mesmo o exame complementar de uma prova já realizada.

O novo CPC/15 também traz átona a discussão sobre o modelo cooperativo de processo, o qual preconiza postura mais ativas das partes e do julgador, assim como também preconiza a oralidade na instrução probatória com a finalidade de se obter um contraditório mais célere e de maior participação a todas as partes que compõe o processo.

Além disso, o modelo cooperativo com a finalidade de buscar a maior participação tanto das partes como do julgador, acaba atribuindo este último maiores poderes instrutórios e é sobre este fato que recai a crítica a este modelo de processo, o qual é considerado como uma mistura dos dois antigos modelos de processo o adversarial e o modelo inquisitorial.

A crítica recai sobre o fato de que possuindo o julgador maiores poderes instrutórios, as decisões sobre as provas carregadas de subjetivos e de discricionariedade apenas aumentariam, haja vista que da mesma maneira que o julgador possuiria amplos poderes para determinar a produção de uma prova, no mesmo sentido poderia indeferi-la sob o argumento de as provas produzidas até então e realizadas em amplo contraditório com as partes seriam suficientes para a instrução probatória do processo.

Deste modo, ainda há muita discussão sobre este novo modelo de processo trazido pelo CPC/15 no que tange a produção e instrução da prova, no entanto, em comparação com os antigos sistemas de avaliação da prova, pode-se considerar um

sistema com maior nível de democratização, pois não fica a prova apenas restrita as decisões do julgador, podendo as partes participarem da produção e instrução probatória e inclusive questionarem os atos probatórios realizados pelo julgador em questão.

O CPC/15 também traz maior liberdade para os julgadores na fase recursal, quanto a produção e instrução probatória, em regra a fase saneadora e instrutória do processo se encerraria no primeiro grau de jurisdição, no entanto, decorrente das falhas ocasionadas pelo sistema do livre convencimento motivado, as partes inconformadas com a decisão judicial sobre uma prova ou sobre o resultado que a prova causou na sentença acabam recorrendo ao segundo grau de jurisdição, ou também a possibilidade por exemplo, da alegação de um fato superveniente que exige a produção de prova.

Os fato é que julgadores da fase recursal são vinculados aos mesmo princípios processuais constitucionais em relação a prova, desta forma, ao reconhecerem a necessidade da produção de prova (art. 1.009, §1º do CPC), poderão transformar o julgamento em diligência para que haja a produção das provas, sendo este um entendimento que vem sendo regularmente adotado nos tribunais de todo o país, permitindo assim a instrução probatória também em fase recursal, e aumentado os poderes dos julgadores.

Em suma, buscou-se com a presente pesquisa demonstrar a importância que o julgador possui na instrução probatória de modo, que as partes e seus advogados devem fiscalizar e exigir uma ampla instrução probatória e que esta seja bem realizada evitando subjetivismo nas decisões judiciais, devendo-se buscar a verdade dos fatos.

Já quanto a fase recursal foi demonstrada a possibilidade de as partes requererem nova instrução probatória, com a finalidade de satisfazerem suas pretensões, e de até mesmo os próprios julgadores requerem a produção das provas necessárias.

Desta maneira, os julgadores tem papel essencial na produção e instrução probatória, e juntamente com as partes, cabem a estes realizarem uma instrução probatória democrática, sempre visando um resultado justo e democrático do processo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jorge Luiz. A Prova e a Ciência Privada do Juiz. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 7. Ed. São Paulo Saraiva, 1980, v.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil: a colaboração subjetiva na fase de cognição do processo de conhecimento**. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. 2014. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos Barbosa. **Provas atípicas**. Revista de Processo, v. 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BEDAQUE, **José Roberto dos Santos**. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Constituição Federativa da República do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.608**, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em 16 set. 2019.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em 16 set. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 16 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 215.247-PB**, Quarta Turma, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Agravo interno. Processual civil. Indeferimento liminar dos embargos de divergência. Endosso de duplicata mercantil. [...]. Data do julgamento 5/10/1995, Data da publicação 06/12/1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 13 out. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoInstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em 13 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Súmula n.º 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 10 out. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 2, Tomo I. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro Atlas 2018, p. 5. *E-book*.

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

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.

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

DIAS, Luciano Souto. **Poderes Instrutórios do Juiz na Fase Recursal do Processo Civil – em busca da verdade**. Savador: JusPODIVM, 2018.

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**. 16. ed. v. 3, Bahia: Juspodivm, 2019.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3.

DONIZETTI, Elpidio. **Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC.** Disponível em:

<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>. Acesso em 29 set. 2019.

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

FILHO, José Eduardo de Melo Vilar. **Prova indiciária e verdade: enfoque constitucional.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

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. Salvador: Juspodivm, 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.

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

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil,** 3. ed. São Paulo, RT, 2006.

MALHEIROS, Nayron Divino Toledo. **Da Publicidade dos Atos Processuais no CPC.** Disponível em: <https://nayron.jusbrasil.com.br/artigos/683446603/publicidade-dos-atos-processuais-no-ncpc>. Acesso em 16 set. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil,** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 215.

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.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento: 14055614920198120000 MS 1405561-49.2019.8.12.0000**, Relator: Des. Dorival Renato Pavan. Ementa – agravo de instrumento – ação indenizatória – decisão que indeferiu a produção de prova testemunhal – prescindibilidade da prova – prevalência do livre convencimento motivado do juiz na análise das provas requeridas – decisão mantida – recurso improvido [...]. Data de Julgamento: 30/07/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 31/07/2019.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **A prova no direito processual civil:**

estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual:** o alcance e os limites do ativismo judicial. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2010.

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

MONTEIRO AROCA, JUAN. **Derecho jurisdiccional – I Parte general.** 18. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 348 AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 7. Ed. São Paulo Saraiva, 1980, v. 2.

MONÇÃO, André Augusto Duarte. **Um breve cotejo entre os meios de provas e os princípios aplicados ao direito português e ao direito brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45146/um-breve-cotejo-entre-os-meios-de-provas-e-os-principios-aplicados-ao-direito-portugues-e-ao-direito-brasileiro>. Acesso em: 30 out. 2019.

NETO, Elias Marques de M.; SOUZA, André Pagani; CASTRO, Daniel Penteado; MOLLICA, Rogerio. **Momento processual da atribuição dinâmica do ônus da prova – artigo 373 do CPC.** Acesso em 02 out. 2019.

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

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Ônus da Prova.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI245504,31047-Onus+da+prova>. Acesso em 01 out. 2019.

NOGUEIRA, Andreia Possebão. **O Ativismo Judicial na Fase Instrutória do Processo de Conhecimento.** 2003. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2003.

ROCHA, Andréa Presas. **Princípio da inafastabilidade do controle jurisdiccional (direito de ação).** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2497, 3 maio 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14788>. Acesso em: 14 set. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível: 06002726520148240080 Xanxerê 0600272-65.2014.8.24.0080,** Relator: Luiz Fernando Boller. Apelação. Ação indenizatória c/c. Cobrança. Servidora pública municipal. Desvio de função e adicional de insalubridade. Veredito de improcedência. Insurgência da autora. Pleito exordial denegado, diante da carência de juntada, pela reclamante, as normas legais que demonstram a diferença entre as atividades inerentes ao cargo de assistente administrativo, com o de técnica de enfermagem [...]. Data de

Julgamento: 21/05/2019, Primeira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 23/05/2019.

SALVADOR. **Enunciados do II Fórum Permanente de Processualistas Civis.** Disponível em: <http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em 01 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>. Disponível em 23 set. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em 23 set. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Novo Código de Processo Civil anotado.** 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TROCKER, Nicolò. **“Il nuovo art .111 della Costituzione e il giusto in matéria civile: profili generali”** In: *Rivista Trimestrali di diritto e procedura civile*.

VITÓRIA. **Enunciados do V Fórum Permanente de Processualistas Civis.** Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em 28 set. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recorribilidade das Decisões do Juízo de 1º Grau sobre as Provas.* In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes.** São Paulo: Verbatim, 2013.