



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO PROFISSIONAL EM DIREITO

Arthur Bobsin de Moraes

A PRODUÇÃO DE PROVA NOS TRIBUNAIS

Um padrão de designação e condução da conversão do julgamento em diligência no âmbito
do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Florianópolis
2022

Arthur Bobsin de Moraes

A PRODUÇÃO DE PROVA NOS TRIBUNAIS

Um padrão de designação e condução da conversão do julgamento em diligência no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestre em Direito
Orientador: Prof. Pedro Miranda de Oliveira, Dr.

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Bobsin de Moraes, Arthur

A PRODUÇÃO DE PROVA NOS TRIBUNAIS : Um padrão de designação e condução da conversão do julgamento em diligência no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina / Arthur Bobsin de Moraes ; orientador, Pedro Miranda de Oliveira, 2022.

251 p.

Dissertação (mestrado profissional) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito. 3. Processo Civil. 4. Produção de Prova. 5. Tribunal de Justiça. I. Miranda de Oliveira, Pedro. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Arthur Bobsin de Moraes

A PRODUÇÃO DE PROVA NOS TRIBUNAIS

Um padrão de designação e condução da conversão do julgamento em diligência no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. Dr. William Santos Ferreira
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Pedro Miranda de Oliveira, Dr.
Orientador

Florianópolis, 2022

*Aos amigos – aqueles que eu escolhi e aos que a vida me
presenteou – dedico este trabalho.*

AGRADECIMENTOS

Iniciar um processo de agradecimento é uma tarefa quase ingrata. Inevitavelmente alguém se sentirá injustiçado. Por maior que seja o esforço para contemplar todos os que contribuíram para o trabalho, sempre haverá um sentimento de que faltou alguém. Duas são as soluções: a primeira, agradecer genericamente todos que participaram do trabalho; a segunda, que demanda maior esforço – e aumenta o risco de ingratidão – é nomear individualmente cada uma das pessoas que, de alguma forma, possuem relação com o trabalho. Aqui, vamos de segunda opção: *no risk, no reward*.

Agradeço aos meus pais e meus irmãos: a vida, certamente, seria uma tarefa mais complexa sem a ajuda e o auxílio de vocês. Nos agradecimentos de quem a vida me apresentou, é preciso reconhecer a paciência e suporte de quem esteve diariamente ao meu lado, acompanhando cada página e tinta gasta neste trabalho. À Ariela Baumgarten Rezende, meu muito obrigado.

Aos amigos que escolhi, o agradecimento é para quem sempre pedi calma durante este trabalho, pois a mesma calma que pedi, também recebi quando foi necessário. Meu muito obrigado.

O agradecimento se estende aos colegas – e claro, amigos – da turma. Escrever um trabalho de conclusão de curso proporciona um sentimento único de conexão com quem está na mesma situação. Dividir a sala – online e presencial – com a turma foi enriquecedor.

A qualidade deste trabalho é fruto de uma orientação com esmero. Das notas de rodapé, aos conceitos postos, agradeço ao Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira, que soube conduzir uma orientação, mesmo sendo a primeira turma com o regime híbrido no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (online/presencial), em função das medidas de isolamento adotadas.

Aos membros da banca, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto e William Santos Ferreira, por terem aceitado este convite para participar deste momento, compondo a qualificada banca examinadora. Agradeço pelas opiniões, pelas discussões, pelos apontamentos e pelos ensinamentos.

Por fim, aos que fazem da advocacia meu dia a dia: aos colegas da Cavallazzi, Andrey, Restanho & Araújo, registro meu profundo agradecimento pelos ensinamentos diários.

*It's been a hard day's night
And I've been working' like a dog
(A Hard Day's Night, The Beatles)*

*Ainda que tenhamos perdido antes mesmo de começar, não significa
que não devemos tentar.
(Harper Lee, To Kill a Mockingbird)*

RESUMO

Este trabalho é fundamentado em algumas reflexões, todas vinculadas à ausência de padrão na conversão do julgamento em diligência e do estudo do §3º do artigo 938 do CPC/2015, que permite, aliado a outros artigos, a produção de prova em grau recursal. Foram fixados objetivos para estabelecer um padrão na designação, determinação e condução da produção de prova pelos tribunais, com análise dos parâmetros, alcance e hipóteses de incidência. O trabalho, dividido em três partes, busca responder se é possível estabelecer um padrão regimental para o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina aplicar a conversão do julgamento em diligência para determinar a produção de prova em segundo grau de jurisdição. A primeira, introduz o tema do processo civil pós CPC/2015 e aplica os fundamentos da interpretação conforme as normas da CRFB/1988. A segunda, trata apenas do direito de prova. O trabalho termina, justamente, com o estudo de caso das decisões do TJSC e com a orientação na designação do padrão na condução da prova, e na própria realização da conversão do julgamento em diligência. Constatou-se que não há um padrão na condução da produção de prova no tribunal, pois foram encontradas concessões de prazos diversos para a produção da mesma prova, situações que, mesmo versando sobre idêntica questão material, o processo era remetido para primeiro grau e outro era decidido pelo próprio tribunal. Após enfrentar estes pontos, percebeu-se que há a possibilidade de se estabelecer um padrão de designação na produção de prova, procurado desde o início do trabalho. Assim, este estudo de caso mostrou a necessidade de se estabelecerem mecanismos eficazes instituídos de acordo com a realidade de cada tribunal e ao final deste trabalho, foi proposta uma alteração de redação para o inciso I do artigo 132 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Palavras-chave: 1. Provas; 2. Diligência; 3. Tribunal de Justiça; 4. Regimento Interno.

ABSTRACT

This essay is based on some reflections, all related to the absence of a standard in the conversion of judgment into diligence, also the study of §3 of article 938 of the CPC/2015, which allows, with other articles, the production of evidence at an appeal level. Objectives were set to establish a standard in the designation, determination and conduct of the production of evidence by the Courts, with analysis of parameters, scope, and incidence hypotheses. The article is divided into three parts, that aims to answer whether it is possible to establish a regimental standard for the Court of Justice of the State of Santa Catarina to apply the conversion of judgment into diligence to determine the production of evidence in the second degree of jurisdiction.

The first part introduces the topic of civil procedure after CPC/2015 and applies the fundamentals of interpretation according to the rules of CRFB/1988. The second moment deals only with the evidence law. The work ends, precisely, with the case of the decisions of the TJSC and with the orientation in the designation of the standard in the conduct of the evidence, and in the proper to carry out the conversion of the judgment in diligence.

The conclusion was reached that there is no standard in the conduct of the production of evidence in the court, as concessions of different deadlines to produce the same evidence were found, situations that, even dealing with the same issue, the process was sent to the first instance, and another was decided by the court itself.

It was realized that there is the possibility of establishing a pattern of designation in the production of evidence, sought since the beginning of the work. Although, this case study showed the need to establish effective mechanisms established according to the reality of each court and at the end of this work, a wording change was proposed for item I of article 132 of the Internal Rules of the Court of Justice of the Santa Catarina state.

Keywords: 1. Evidence; 2. Diligence; 3. Court of Justice; 4. Internal Rules.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. ALGUMAS PREMISSAS NECESSÁRIAS SOBRE PROCESSO CIVIL: A INTERPRETAÇÃO, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O FORMALISMO.....	21
1.1 O PROCESSO CIVIL PÓS CPC/2015	21
1.2 A INTERPRETAÇÃO DO PROCESSO CONFORME AS NORMAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	34
1.3 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO	46
1.4 DO PRAXISMO AO NECESSÁRIO FORMALISMO VALORATIVO	60
1.5 SÍNTESE DO PRIMEIRO TÓPICO	71
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE PROVA NO PROCESSO CIVIL	73
2.1 UM PANORAMA DA PROVA: CONCEITO E PERSPECTIVA HISTÓRICA	74
2.2 FONTES E MEIOS DE PROVAS: AS PROVAS TÍPICAS E ATÍPICAS.....	87
2.3 A CONDUÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA: OS PODERES DO JUIZ.....	114
2.4 OS LIMITES AOS PODERES INSTRUTÓRIOS, O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO.....	127
2.5 SÍNTESE DO SEGUNDO TÓPICO	136
3 LIMITES DA APLICAÇÃO E OS MEIOS DE PROVA: UM PADRÃO DE DESIGNAÇÃO E ORIENTAÇÃO.....	137
3.1 A PRODUÇÃO DE PROVA NO SISTEMA RECURSAL: IMPACTO DOS PODERES DE INSTRUÇÃO NOS RECURSOS.....	138
3.2 DESIGNAÇÃO, DETERMINAÇÃO E CONDUÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA	167
3.3 A DIFÍCIL REALIDADE: OS ASPECTOS OPERACIONAIS DA PRODUÇÃO DE PROVA NO TRIBUNAL	191
3.4 O ESTABELECIMENTO DE UM PADRÃO PARA O TJSC NA DESIGNAÇÃO, DETERMINAÇÃO E CONDUÇÃO NA CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA	203

3.5	SÍNTESE DO TERCEIRO TÓPICO.....	216
4	CONCLUSÃO.....	218
	REFERÊNCIAS.....	225

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso de mestrado profissional é fruto de uma inquietação quanto à efetividade na prestação da tutela jurisdicional. Inicialmente, pensou-se em escrever sobre a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito em sede de segundo grau de jurisdição, com uma análise das decisões proferidas pelos Tribunais que julgaram o tema.

Após alguma reflexão, chegou-se à conclusão de que o tema, por mais instigante que tenha se mostrado, não possuía viabilidade de estudo, considerando a baixa efetividade na utilização do mecanismo previsto no artigo 356 do CPC/2015, tanto em primeiro grau de jurisdição, como – e principalmente – no segundo grau. O trabalho, deste modo, se colocaria em uma posição muito mais teórica, e pouco prática, o que se afasta do propósito do mestrado profissional.

Contudo, percebeu-se que as principais hipóteses para aplicação do julgamento antecipado parcial do mérito em segundo grau de jurisdição estão relacionadas com a produção de prova em sede recursal, em especial com a conversão do julgamento em diligência, considerando a possibilidade de se remeterem para diligência alguns capítulos da decisão envolvendo a produção de prova para o primeiro grau e, por outro lado, ocorrer o julgamento dos demais capítulos.

Assim, após as considerações sobre o ponto acima, foi possível ampliar e modificar o escopo inicial do trabalho e entender como ocorre a conversão do julgamento em diligência, migrando da aplicação do artigo 356 do CPC/2015, para o estudo do §3º do artigo 938 do CPC/2015, que permite, aliado a outros artigos, a produção de prova em grau recursal.

Deste modo, o tema que é analisado, e que será explorado neste trabalho, permanece com a relação direta com a prestação da atividade jurisdicional, pois o jurisdicionado é, ao fim e ao cabo, o maior interessado em um julgamento célere e efetivo, que, de fato, analise o caso concreto.

Esta introdução será, inevitavelmente, longa, pois é preciso considerar já nas primeiras páginas deste tudo as premissas que irão orientar o trabalho; é preciso saber onde iremos chegar.

Foram fixados, quando do início da pesquisa, alguns objetivos, que se pretendem concluir com o presente trabalho. O primeiro deles, e principal, foi estabelecer um padrão na

designação, determinação e condução da produção de prova pelos tribunais, com análise dos parâmetros, alcance e hipóteses de incidência.

Os objetos secundários, por sua vez, focaram em demonstrar a mudança no sistema processual civil, com a constitucionalização do processo, entender o direito de prova e o poder instrutório do juiz, analisar as decisões proferidas e, por fim, propor uma solução prática para este tema.

O presente trabalho, desta forma, está dividido em três partes, todas voltadas para entender como o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina aplica a conversão do julgamento em diligência para determinar a produção de prova em segundo grau de jurisdição.

A primeira é dividida em quatro pontos: o processo civil pós CPC/2015; a interpretação conforme as normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil; a processo e a Constituição; do praxismo ao necessário formalismo valorativo. A segunda possui a seguinte divisão: considerações sobre o direito de prova no processo civil; um panorama da prova: conceito e perspectiva histórica; fontes e meios de provas: as provas típicas e atípicas; os limites aos poderes instrutórios, o princípio dispositivo e o convencimento do magistrado. Por fim, o último capítulo possui os seguintes tópicos: a produção de prova no sistema recursal: impacto dos poderes de instrução nos recursos; designação, determinação e condução da produção de prova no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; a difícil realidade: os aspectos operacionais da produção de prova no tribunal; o estabelecimento de um padrão para o TJSC na designação, determinação e condução na conversão do julgamento em diligência.

É na primeira parte deste trabalho de conclusão de curso em que são fixados alicerces para compreender a mudança na perspectiva do processo civil após o CPC/2015. É neste capítulo que será demonstrado como ocorre a interpretação conforme as normas previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, pois, para entender a possibilidade de produção de prova em sede recursal, faz-se necessário valorizar a interpretação que tenha como norte os princípios constitucionais, como a duração razoável do processo para materialização da justiça.

Ato contínuo, no segundo item do primeiro capítulo a análise está voltada para relação entre processo e constituição. A existência deste tópico se justifica pela crescente

constitucionalização do processo, estabelecendo uma nova hermenêutica constitucional, com intensa repercussão no direito processual civil.

Do mesmo modo, a importância de estudar essa relação entre o processo e a constituição, decorre também do próprio modelo constitucional de processo, em que o CPC/2015 estabeleceu no artigo 1º que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas fundamentais da Constituição Federal.

Não é apenas no artigo 1º em que há o destaque para importância de uma interpretação conforme a CRFB, mas também nos artigos 1º ao 12 há um conjunto de princípios que buscam refletir os direitos e garantias fundamentais previstos no diploma constitucional. Esta escolha reflete a opção pelo modelo constitucional de processo civil, primando pela solução do conflito com observância ao devido processo legal e à ampla defesa.

Há destaque, ainda neste primeiro capítulo, sobre a nova visão do processo civil, diante de novas necessidades sociais, modificações de costumes e perspectivas menos formalistas, que valorizam mais o conteúdo e menos a forma.

É aqui que será feita a análise de algumas fases metodológicas do processo civil, em especial a do instrumentalismo e do formalismo valorativo, que permitem uma interpretação do processo estruturada e voltada à efetividade, entendendo o processo como um meio para atingir um fim, qual seja a concretização dos direitos e das garantias fundamentais.

Assim, no último tópico, realizou-se esta perspectiva histórica das fases do processo civil, iniciando pelo praxismo e chegando até o formalismo valorativo, concluindo que o próprio formalismo deve funcionar como uma diretriz na observação dos procedimentos e na condução do próprio processo pelo magistrado

A relação deste primeiro capítulo com o presente trabalho decorre, portanto, da necessidade de se aprimorarem as interpretações entre o processo e a Constituição, principalmente para efetivação dos direitos fundamentais da duração razoável do processo e da efetividade realização do direito material.

Na sequência, o segundo ponto abordado no presente trabalho envolve o próprio direito de prova, iniciando o capítulo com um panorama geral sobre a prova no processo civil, desde sua perspectiva histórica, provas típicas e atípicas, a condução do processo e da produção da prova pelo juiz e, por fim, os próprios limites aos poderes instrutórios do magistrado.

O capítulo é iniciado com uma breve perspectiva sobre a diferença entre a reconstrução dos fatos narrados nas petições e a busca pela verdade no processo,

demonstrando que a prova é muito mais uma peça de argumentação do diálogo, como um elemento da convicção que permite o embasamento teórico do magistrado, que um meio para atingir a verdade real do processo.

Além da perspectiva sobre o direito de prova, a reflexão sobre os poderes do juiz, possibilidades de agir, de querer, de ordenar e de instruir o processo, permitem compreender que estes poderes não são apenas aqueles para determinar de ofício aquela específica prova, mas sim de dirigir a instrução processual, conduzindo as fases do processo e orientando o caminho a ser tomado, respaldado pela busca de uma verdadeira efetividade no mundo dos fatos.

Há, ainda neste segundo capítulo, o paralelo com os poderes instrutórios do julgador, ampliados pelo CPC/2015, na fase recursal, fato que demonstra a possibilidade de se aplicar o princípio da primazia do julgamento do mérito com a produção da prova pelo tribunal, seja pelo relator ou pelo próprio órgão julgador.

Um contraponto é feito também neste capítulo, ao mencionar qual a limitação dos poderes do relator no que se refere à produção de prova e a própria instrução processual em segundo grau de jurisdição.

O terceiro capítulo é o coração do todo trabalho, pois é aqui que o §3º do artigo 938 do CPC/2015 é analisado no detalhe, pois é da sua interpretação que nasce o objeto de estudo do presente estudo, na medida em que é nele que está a previsão de o relator dirigir e ordenador o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova.

É também neste mesmo artigo que reside a observância prática do princípio da primazia do julgamento do mérito, com a possibilidade de o próprio órgão colegiado, nos termos do §3º do artigo 938, converter o julgamento em diligência e ordenador a produção de prova, quando for reconhecida sua necessidade.

Este artigo é de fundamental importância para o entendimento do presente trabalho, pois demonstra (i) a aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito, (ii) o poder instrutório do juiz, (iii) a aplicação do formalismo valorativo, (iv) a produção da prova pelo tribunal, seja pelo relator ou pelo próprio órgão julgador.

É aqui que se pretende demonstrar que não há previsão normativa restritiva quanto aos meios de prova que podem ser produzidos no segundo grau de jurisdição, pelo contrário, pois nos casos de prova documental, a simples juntada de documento já configuraria a produção de prova durante a diligência, devendo ser observada a necessidade de procedimento específico.

Neste tópico será demonstrada que a instrução não deve estar restrita ao primeiro grau de jurisdição, isso porque quando da conversão do julgamento em diligência nos termos do artigo 938 do CPC/2015, não haverá uma ampliação dos fatos, mas sim com base nos mesmos fatos, buscará esclarecer os fatos com uma utilização de outras provas.

Nada obstante, a análise neste último capítulo levará em conta a própria eficácia das provas que, naturalmente, decorre de um conjunto de valores e orientações que são ferramentas para alcançar os fins de cada ato processual, situação que permanece no segundo grau de jurisdição.

Será ainda objeto do trabalho a análise e os apontamentos do alcance da produção de prova nos recursos em espécie: como ocorre no agravo de instrumento? Haverá possibilidade de produção apenas na apelação? Estas são algumas das perguntas que se pretendem responder ao final do presente estudo.

Sem dúvida a produção de prova em sede recursal é mais escassa, se comparada ao primeiro grau de jurisdição, contudo, o presente trabalho buscará demonstrar que, se o convencimento do tribunal se forma com base dos mesmos elementos probatórios já produzidos, o tribunal deve dispor de todos os elementos que dispunha o juiz quando da prolação da decisão.

As particularidades do sistema recursal, com foco nos recursos previstos no CPC/2015, bem como nos poderes do relator, também é ponto de fundamental importância neste capítulo, pois necessário para compreender como o CPC/2015 concebeu a produção de prova no novo sistema recursal.

O ponto chave deste trabalho, e que permite responder à pergunta da presente pesquisa, é o estudo das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Neste ponto são estudadas as decisões que envolvem a aplicação do artigo 938 do CPC/2015, um total de 252 decisões colegiadas.

A visão prática do foro também é colocada em discussão no presente trabalho, pois antes de se buscar estabelecer um padrão na designação da produção de prova, serão discutidos os problemas do dia a dia da aplicação do §3º do artigo 938 do CPC/2015, a ocorrência de preclusão, a possibilidade de realização pelo meio virtual, as decisões interlocutórias não recorríveis de imediato, a questão envolvendo o assistente simples, os limites para aplicação no julgamento no agravo de instrumento e o potencial impacto no enunciado da súmula 07 do STJ.

Por fim, o item final do presente trabalho busca consolidar os pontos abordados em uma orientação na designação do padrão na condução da prova, estudando a forma para realização da conversão do julgamento em diligência, indicando, inclusive, os prazos para cumprimento da diligência e da produção de prova, bem como o grau de jurisdição na qual será realizada a condução da produção de prova.

Assim, o que se pretende ao final, é que reste demonstrado a necessidade e possibilidade de estabelecimento de um padrão procedimental, pois a análise da possibilidade de produção de prova pelos tribunais caminha ao lado, tanto da forma – que confere garantia e técnica processual, com observância de determinados requisitos – mas também do formalismo, que permite a adequação do procedimento por meio de um juízo equilibrado.

1. ALGUMAS PREMISSAS NECESSÁRIAS SOBRE PROCESSO CIVIL: A INTERPRETAÇÃO, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O FORMALISMO.

Neste primeiro capítulo serão abordados aspectos necessários para poder compreender os tópicos subsequentes do presente trabalho. A ideia da primeira parte deste trabalho é fornecer subsídios para demonstrar – ao longo das demais páginas – que há um direito fundamental à prova, bem como que deve ser formulado um padrão na designação, condução e determinação de prova pelas Cortes de Justiça.

Para isso, o presente capítulo é dividido em quatro grandes marcos: *O processo civil pós CPC/2015; A interpretação conforme as normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil; O processo e a Constituição; Do praxismo ao necessário formalismo valorativo.*

O primeiro marco demonstra a evolução do sistema processual civil, em especial as principais alterações relacionadas com o objeto do presente trabalho – poderes do magistrado, direito de prova e sistema recursal. O segundo tópico busca conscientizar a importância de as normas processuais serem interpretadas de acordo e conforme à CRFB/1988, de modo a evitar inconstitucionalidades e garantir que o espírito do constituinte permaneça. Definida a importância e as regras de interpretação, o terceiro item relaciona as normas processuais e constitucionais, bem como seus pontos de convergência e contato. Por fim, o último marco faz uma jornada sobre as fases metodológicas do processo civil, com o objetivo de chegar a mais recente, formalismo valorativo, e que permite a conclusão deste trabalho em um sentido de conduzir a orientação e produção de prova em sede recursal.

Espera-se que este primeiro capítulo fundamente o entendimento das próximas partes do trabalho, com fixação de premissas essenciais para compreender a condução, designação e determinação de prova pelas Cortes de Justiça.

1.1 O PROCESSO CIVIL PÓS CPC/2015

Democracia é oportunizar a todos o mesmo ponto de partida. Quanto ao ponto de chegada, depende de cada um.

Fernando Sabino

A frase acima é de autoria de Fernando Sabino, notável escritor e jornalista brasileiro. Mas, além de ser conhecido por suas crônicas, contos e novelas, Sabino também era bacharel em Direito, graduado pela renomada Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu justamente o mesmo ponto de partida para todos: um novo regramento e, desta vez, elaborado em regime democrático – o primeiro desde que Pedro Álvares Cabral avistou as imediações do Monte Pascoal, no dia 22 de abril de 1500.

Tanto o Código de Processo Civil de 1939, concebido na ditadura do Estado Novo, como o Código de Processo Civil de 1973, elaborado na Ditadura Militar, não mais representavam os anseios da sociedade brasileira contemporânea, em especial a segurança jurídica, a garantia dos direitos, as liberdades individuais, a celeridade de julgamentos, a primazia do julgamento do mérito.

A própria exposição de motivos do CPC/2015 fixa padrões de orientação que o sistema processual deve proporcionar à sociedade, em especial para o reconhecimento e realização dos direitos, ameaçados ou violados, dos jurisdicionados. A exposição demonstra o problema de um sistema processual ineficiente, que é a própria falta de coerência entre a norma de direito material a sua correlata realização no mundo empírico.

Advogados, magistrados, promotores, Ministros, todos e todas retomaram ao mesmo ponto de partida para estudar o processo civil pós CPC/2015 e, assim como disse o poeta, quanto ao ponto de chegada, depende de cada um.

Antes de se estabelecer a dinâmica processual pós CPC/2015, é preciso construir bases históricas que nos permitam compreender os motivos pelos quais novos institutos foram criados e técnicas ultrapassadas foram suprimidas. Enfim, é de fundamental importância fixar alicerces para compreender o processo civil como uma floresta e não com árvores isoladas. Nas palavras de Daniel Mitidiero, para conhecer o processo civil e a justiça civil é preciso um mapa, justamente para saber aonde ir.¹

Historicamente pode-se afirmar que o processo civil é composto por três fases metodológicas fundamentais, a sincretista, autonomista e instrumentalista. Sobre a instrumentalidade, o tópico 1.4. do presente capítulo será dedicado. Por ora, apenas um sobrevoo sobre o processo e seus períodos históricos.

¹ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 16.

O processo durante o período da Roma antiga se distanciava do direito material a que buscava proteger e neste período republicano havia os juízes – *jurisconsultos* – que não tinham poder de executar diretamente uma ordem, e os *pretore*s, que detinham tarefas de império e garantiam o cumprimento das decisões dos *jurisconsultos*.²

A fase sincretista é marcada pela confusão entre os planos substanciais e processuais do ordenamento estadual, com a reunião artificial de ideias, conjuntos de doutrinas e concepções heterogêneas. Até então, tinha-se plena tranquilidade de uma visão plana do ordenamento jurídico, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado, ou apenas o resultado da lesão ao direito subjetivo.³ O processo caracterizava-se apenas como um conjunto de formas para exercer este direito.

A conquista de uma autonomia no direito processual civil – fase autonomista – decorre de mudanças históricas no período, como ideias do liberalismo, especialmente as ideias de estado de direito e a separação de poderes aplicada do direito processual.

O questionamento da forma tradicional do conceito civilista de ação começa ainda no século XIX quando Bernhard Windscheid e Johann Georg Theodor Albert Anton Muther celebraram grande discussão no direito processual civil, fato que demonstrou a diferença entre o direito lesado e o direito de ação, revelando que, na verdade, a ação cria a par do direito subjetivo material da parte prejudicada, dois outros direitos públicos: *(i)* um, para o ofendido, que é o direito à tutela jurisdicional, e que é dirigido contra o Estado; e *(ii)* outro, para o próprio Estado, que é o direito de eliminar a lesão jurídica, e que se volta contra a parte que a causou.⁴

O fato é que rios de tinta já foram gastos para trabalhar esta discussão entre Bernhard Windscheid e Johann Georg Theodor Albert Anton Muther – o que não é objeto do presente trabalho, mas a importância é estabelecer que até então (início do século XIX), não havia separação clara entre direito processual e direito material, existindo uma expressa vinculação entre direito de ação e direito civil lesado.⁵

² RODRIGUES, Horácio Wanderlei. LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 18

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 18.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 172.

⁵ A obra de Oskar Von Bulow – Teoria das exceções e dos pressupostos processuais (1868) – é tida por muitos como o marco da separação entre as ciências, pois permitiu verificar que uma situação é o direito material, que a lei nos assegura; outra, o direito de ir a juízo, para que o Poder Judiciário dê uma resposta à pretensão a ele levada.

A superação desta segunda fase surge, portanto, da própria autonomia do direito processual civil, oriunda do último quarto do século XIX, que trouxe nova fisionomia aos institutos do processo e, assim, uma nova configuração e perfil à ação.⁶

Diante de novas configurações político-sociais, bem como as investigações em torno do próprio conceito de ação que permitiram compreender o seu caráter abstrato, com o reconhecimento da inserção do processo civil no universo axiológico da sociedade, a visão do processo puramente técnico modifica-se, com repúdio ao exame exclusivamente pelo ângulo interno e abertura dos sistemas para valores tutelados na ordem político-constitucional, dá origem a terceira fase, a instrumentalista.⁷

Sobre a instrumentalidade – que será abordada de forma devida ao final do presente capítulo – esta deve ser concebida em função do ordenamento jurídico-substancial criado pelo Estado e cuja preservação encontra nele seu maior interessado, devendo o magistrado, por exemplo, desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, inclusive no que tange ao direito probatório.⁸

Após as brevíssimas considerações – como o assunto agora é outro – acerca das fases do processo civil, cumpre estabelecer outras premissas para entender o processo civil pós CPC/2015, qual seja, a evolução da legislação processual brasileira e as inúmeras alterações que impactaram o CPC/1973.

O direito brasileiro, mesmo com a independência do país em 1822, não adotou uma legislação própria, mas sim manteve toda a sistemática da coroa portuguesa, em especial a adoção das Ordenações Filipinas. Ainda durante o Império (1822-1889) o processo civil era tratado com fases extremamente rígidas e de forma muito procedimental, movimentado pelo impulso das partes e dominado pelo princípio dispositivo.⁹

Apenas em 1876 foi elaborada a *Consolidação das Leis de Processo Civil*, mas, mesmo assim, até a promulgação do CPC/1939, as leis e códigos seguiam e continuam fiéis,

⁶ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**: teoria do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017. p. 149.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 311.

⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 15.

⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 3. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 32

pelo menos em suas linhas fundamentais, o procedimento romano-canônico do direito medieval.¹⁰

No início do período republicano, estende-se às causas cíveis o Regulamento 737/1850, organiza-se a Justiça Federal (1890) e, com isso, consolidam-se as leis referentes à Justiça Federal (1898). Os Estados membros, por sua vez, elaboraram legislações processuais próprias, tendo por base o mesmo Regulamento 737/1850. O referido regulamento é, na lição de Pedro Miranda de Oliveira, o primeiro instituto processual inteiramente brasileiro.¹¹

Já no século XX, com a Constituição Federal de 1934, a competência para legislar sobre matéria de direito processual retorna à União – considerando que cabia aos Estados Membros instituírem seus regramentos processuais – e em 1936 é promulgada primeira lei federal processual, versando sobre recursos das decisões finais das Cortes de Apelação. Ato contínuo, com a Constituição de 1937, os grandes códigos nacionais foram criados, de Direito Processual Civil (1939) e de Direito Processual Penal (1941).

A criação de ambos os códigos – processual civil e processual penal – é um importante marco para o sistema processual, pois caracterizou a ruptura com o sistema herdado de Portugal.

Em mais um período ditatorial – visto que o CPC/1939, foi elaborado durante a Ditadura do Estado Novo – Alfredo Buzaid, catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de São Paulo atende o convite do então Ministro da Justiça, Oscar Pedroso Horta, e entrega, em 1964, o anteprojeto ao Código de Processo Civil. Nove anos depois, em 1973, o Código de Processo Civil é sancionado por Emílio Garrastazu Médici, ladeado pelo novo Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid.¹²

O CPC/1973, por conta de tal fato, nasce marcado por forte influência da processualística alemã (final do século XIX) e, talvez mais fortemente, da doutrina italiana dos primeiros cinquenta anos do século XX.

A importância deste panorama histórico é compreender a evolução do sistema e fixar importantes considerações para os próximos capítulos, em especial a mudança de paradigma e conceituação dos diplomas processuais que permitem uma clareza sobre a função do direito processual civil, como instrumento para garantir a concretização de direitos.

¹⁰ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 53.

¹¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 29

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1. p. 562

Retomando o recorte do revogado diploma processual – CPC/1973 – Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero destacam que o anteprojeto encaminhado possuía apenas a redação dos três primeiros livros (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar), ausentes, portanto, o livro de procedimentos especiais e de disposições finais e transitórias. A justificativa é que Alfredo Buzaid deu-se por satisfeito ao encaminhar o anteprojeto apenas os três primeiros livros, pois para sua visão, os conceitos puramente processuais eram suficientes, impermeáveis, portanto, ao direito material, prova disso é a própria nomenclatura do Livro IV – Procedimentos Especiais, e não processos especiais, tendo em vista que à época ainda se confundia direito material e direito processual de alguma maneira.¹³

Finalmente, em 1972, é encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto do Código de Processo Civil fortemente influenciado pela doutrina italiana. É da própria exposição de motivos que se retira a referida afirmação, pois ao analisá-la, percebe-se a menção expressa aos referidos países. O próprio Alfredo Buzaid menciona que o processo de conhecimento seguiu os princípios modernos da ciência do processo, servindo-lhe de paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal, bem como nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália.¹⁴

O processo de execução – objetivo de promover a transformação do mundo do direito, para o mundo dos fatos – é posterior à cognição (ou à atividade que deu origem ao título). Por fim, o processo cautelar concebido por Alfredo Buzaid visa garantir que uma das partes – ou até mesmo o próprio processo – não sofra um dano jurídico ocasionado por um período na tutela jurisdicional. A inspiração de Alfredo Buzaid decorre do próprio Código Civil de 1916 – Código Beviláqua – influenciado pela cultura dos diplomas oitocentistas, fundamentado em dados sociais da Europa e caracterizado por um neutralismo científico.

O revogado diploma – Lei Ordinária nº. 5.869/1973 – ficou, ao fim e ao cabo, dividido em cinco livros: do processo de conhecimento (artigo 1º. ao artigo 565.), do processo de execução (artigo 566 ao artigo 795), do processo cautelar (artigo 796 ao artigo 889), dos

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1., p. 563

¹⁴ Aliás, a epígrafe da exposição de motivos já comprova a influência da doutrina italiana em Alfredo Buzaid, pois há a seguinte frase de Giuseppe Chiovenda: "*Convien decidirse a una reforma fundamental o rinunciare alla speranza di un serio progresso.*" (*CHIOVENDA, La Riforma del Procedimento Civile, Roma.. 1911, p. 4.*) Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>, acesso em 24.03.2021, às 16h14min.

procedimentos especiais (artigo 890 ao artigo 1.210) e das disposições finais e transitórias (artigo 1.211 ao artigo 1.220).

O fato é que com o passar dos anos as pedras fundamentais do CPC/1973 não mais representavam a realidade da sociedade, que passava por naturais modificações. A primeira onda de reforma – ou grandes alterações – ocorreu após alguns anos da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil.

Mesmo com a adaptação do modelo de Alfredo Buzaid, com forte carga de defesa à segurança jurídica, às novas preocupações da contemporaneidade, leia-se um processo menos burocrático – a onda de reforma da primeira metade dos anos 90 atingiu o CPC/1973.

As reformas no sistema processual de 1973 começaram, então, em meados da década de 90, em especial com o desenvolvimento das técnicas de antecipação da tutela (artigo 273), com inclusões e modificações pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.¹⁵ Ainda no mesmo dia 13.12.1994, há reforma também no sistema recursal, com destaque para a Lei nº. 8.950/1994.¹⁶

Menção importante é necessária a inovação trazida pela Lei 10.352/2001, que modificou o sistema recursal brasileiro e inseriu, por meio do §3º do art. 513, a possibilidade de julgamento imediato pelos Tribunais. Mesmo com a grande polêmica causada, a inovação legislativa não causou prejuízo às partes, pois em harmonia com o ordenamento processual e constitucional, mantendo coerência com os ideais de processo civil contemporâneo.¹⁷

Ainda da série de reformas que o CPC/1973 sofreu, merece destaque aquelas estruturais ocorridas em 2005, principalmente no regime da execução e do cumprimento de sentença, com a Lei nº. 11.232/2005.¹⁸

Mesmo com a aprovação no Senado Federal do projeto para o novo Código de Processo Civil (PLS/166/2010), as reformas permaneciam, como, por exemplo, com a Lei nº. 12.322/2010, que transformou o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos.

¹⁵ Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.

¹⁶ Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos aos recursos.

¹⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Julgamento imediato pelos tribunais: a regra do §3º do art. 515 do CPC.** In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.) **Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti.** Florianópolis: Conceito, p. 791-804, 2007. p. 795

¹⁸ Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências.

O fato é que após mais de 40 anos de vigência, inúmeras alterações e algumas grandes reformas estruturais, o CPC/1973 chegou a seu termo. As reformas pontuais não mais traziam harmonia e correspondência, seja com as novas legislações esparsas que surgiam, seja com a própria evolução da sociedade.

A necessidade era retornar e homogeneizar o sistema processual civil, deixando de lado o emaranhado de modificações e construindo um sistema uniforme e moderno. Muitas das alterações introduzidas no final da década de 90 e início dos anos 2000 – que Pedro Miranda de Oliveira denomina como minirreformas –, decorreram da revisão de institutos processuais com os olhos da CRFB/1988.¹⁹

Deste modo, estabelecido nas laudas anteriores os marcos necessários para entender o processo civil pós CPC/2015, cumpre, agora, conhecer as mudanças trazidas pelo ainda novo código. A importância desta introdução é fixar, justamente, um roteiro, linhas mestras, enfim, uma bússola, ou – nas palavras de Daniel Mitidiero –, um mapa.²⁰

Sem maiores digressões, passemos a análise das principais – na visão deste autor – alterações e modificações que o CPC/2015 trouxe ao sistema processual civil.

Inicialmente, é de se ponderar que a própria estrutura do CPC/2015 foi substancialmente alterada, ainda que a mudança aparente ser apenas organizacional, ela demonstra uma nova lógica na construção do código, com parte geral e especial.

A parte geral é dividida em seis livros: Livro I - das normas processuais civis (artigo 1º. ao artigo 15); Livro II – da função jurisdicional (artigo 16 ao artigo 69); Livro III – dos sujeitos do processo (artigo 70 ao artigo 187); Livro IV – dos atos processuais (artigo 188 ao artigo 296); Livro V – da tutela provisória (artigo 294 ao artigo 311); Livro VI – da formação, suspensão e extinção do processo (artigo 312 ao artigo 317).

Por sua vez, a parte especial é dividida em outros quatro livros: Livro I – do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença (artigo 318 ao artigo 770); Livro II – do processo de execução (artigo 771 ao artigo 925); Livro III – dos processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais (artigo 926 ao artigo 1.044); Livro Complementar – disposições finais e transitórias (artigo 1.045 ao artigo 1.072).

¹⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Julgamento imediato pelos tribunais: a regra do §3º do art. 515 do CPC.** In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro (Coord.) **Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti.** Florianópolis: Conceito, p. 791-804, 2007. p. 792

²⁰ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 16.

Em resumo, denota-se que há uma linha que orienta a formação dos livros, pois inicialmente estão as normas fundamentais – princípios norteadores do processo civil (Livro I), posteriormente as funções da ação e da jurisdição (Livro II), na sequência os atos que coordenam o processo (Livro III) e ligam os sujeitos do processo (Livro IV). Antes de seguir ao procedimento comum, estão, justamente, as medidas incomuns – urgentes e provisórias – (Livro V) e, por fim, o modo e as possibilidades de suspender e extinguir o processo (Livro VI).

Do mesmo modo, a parte geral também foi pensada desta forma. Primeiro o processo é conhecido, os pedidos são feitos e as provas produzidas (Livro I), superado o procedimento comum, tem-se a possibilidade de execução dos títulos anteriormente discutido (Livro II). Após o transcurso do procedimento comum e a irresignação de uma das partes com o resultado da lide, há a faculdade de recorrer às Cortes de Justiça e Cortes Supremas (Livro III) e, por fim, a questão do direito intertemporal e impacto na legislação esparsa.

Além da parte estrutural, importantes mudanças e premissas foram estabelecidas no CPC/2015. Sem a pretensão de esgotar o tema – até porque não é objeto do presente trabalho – destacam-se algumas delas.

As premissas do CPC/2015 são, essencialmente, o prestígio ao contraditório, a criação e sistematização de novos institutos, a uniformização da jurisprudência, a instituição de um sistema de precedentes, a primazia do julgamento do mérito, o estabelecimento de novas regras dos honorários advocatícios, a simplificação do processo civil, enfim, não serão analisados todos os institutos, mas os avanços pertinente ao presente trabalho, em especial aqueles relacionados com a possibilidade de produção de prova no âmbito recursal.

Logo nas normas fundamentais, a expressa menção processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil que, em função de sua importância, será objeto de análise no item 1.1.²¹

Nada obstante, ainda nas normas fundamentais há outro padrão de orientação do CPC/2015 – ausente no diploma revogado – que é a vedação a decisões surpresas, com a

²¹ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

inclusão da necessidade de abrir-se prazo para manifestação às partes antes de qualquer deliberação.²²

O CPC/2015 estabelece no artigo 4º que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do processo, incluída a atividade satisfativa. A concentração das defesas do réu em apenas uma só manifestação, a criação de institutos, como o incidente de resolução de demandas repetitivas,²³ indecente de assunção de competência, reconhecimento de repercussão geral,²⁴ também fazem prova da tentativa de economizar tempo e trazer efetividade na atividade do Poder Judiciário e demonstram as novidades trazidas pelo CPC/2015.

Ponto chave para entender a nova visão de processo civil, voltado a solução consensual dos conflitos e a busca por uma solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, está a necessidade de as partes cooperarem²⁵ entre si.²⁶ Mais uma novidade expressa no CPC/2015.

Importante mudança ocorreu no sistema da antecipação da tutela – as chamadas no CPC/2015 – de tutelas provisórias. O código, com a ideia de simplificar os procedimentos, criou o sistema de tutelas provisórias, podendo ser dividido em urgência e evidência, independentemente de sua natureza.²⁷ A novidade também está presente na possibilidade de estabilização da tutela antecipada, se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

A possibilidade do julgamento antecipado parcial do mérito no ordenamento jurídico brasileiro, previsto no artigo 356 do Código de Processo Civil de 2015,²⁸ caminha ao lado das

²² Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III ; III - à decisão prevista no art. 701

²³ O estudo acerca do incidente de resolução de demandas repetitivas no TJSC pode ser estudado pela obra de Fernando Machado Carboni. CARBONI, Fernando Machado. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: o primeiro caso julgado no Brasil. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

²⁴ Sobre o instituto da repercussão geral, conferir: MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral**: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²⁵ Para entender o modelo de cooperação no processo civil: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

²⁶ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

²⁷ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

²⁸ Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355 . § 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação

inovações principiológicas – princípio da cooperação, da primazia do julgamento do mérito, da vedação às decisões surpresas etc. – e das alterações das demais normas processuais, ambos alinhados com o processo civil constitucional.²⁹

A norma inaugura uma relevante mudança no antigo sistema processual, baseado e fundamentado sempre na unicidade e unidade da decisão, e introduz a novidade pela busca por uma resposta rápida ao conflito, principalmente no que se refere ao pedido que já está apto para julgamento e não necessita passar pela fase instrutória e probatória, fundamental para os demais pedidos, ainda controvertidos.

A mudança também impactou os poderes do magistrado, visto não apenas como aqueles necessários para determinar de ofício aquela específica prova, mas sim de exigir e dirigir a instrução processual de modo a obter soluções propostas para que o processo tenha verdadeira efetividade no mundo dos fatos, não só no mundo do processo.³⁰

Inclusive, é de se destacar a existência de uma evolução nos diplomas processuais no que se refere ao convencimento do magistrado, pois desde o Código de Processo Civil de 1939, até o Código de Processo Civil de 2015, tem-se uma modificação no livre convencimento do magistrado, situação que será abordada, ainda que de forma rápida neste trabalho.

No CPC/1939, o artigo 118 determinava que na apreciação da prova, o juiz formaria livremente o seu convencimento, atentando-se aos fatos e circunstâncias constantes nos autos. Além disso, o parágrafo único determinava que era dever do magistrado indicar nas decisões os fatos e circunstâncias que motivaram seu entendimento.³¹

líquida ou ilíquida. § 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto. § 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva. § 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz. § 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

²⁹ Sobre o assunto: MORAES, Arthur Bobsin de. **Julgamento antecipado parcial do mérito: a aplicação do artigo 356 do CPC/2015 na prática forense**. Florianópolis: Emais, 2020.

³⁰ VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 58.

³¹ Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio. Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento

Por seu turno, o CPC/1973, com praticamente a mesma redação do revogado diploma, também mencionava que o juiz deveria apreciar livremente a prova, atendo atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos.³²

Alterando o padrão adotado pelos últimos diplomas, o CPC/2015 retirou a expressão livremente, indicando que juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.³³

A retirada do livre convencimento é pontuada como significativo avanço,³⁴ pois de nada adiantaria exigir dos juízes que enfrentem todos os argumentos deduzidos pelas partes na ação, mas, por outro lado, eles possuem a liberdade de invocar o livre convencimento e deixar de enfrentar todas as questões, com destaque para o aspecto da alteração do projeto do CPC/2015 e de sua redação final:

O Projeto, até então, adotava um modelo solipsista *stricto sensu*, corolário do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, bastando para tanto ler o que prescrevia art. 378:

O juiz apreciará livremente a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Já o artigo 401 dizia que “A confissão extrajudicial será livremente apreciada pelo juiz”. E no artigo 490 lia-se que “A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra”.

Portanto, as expressões que tratavam do livre convencimento ou livre apreciação foram expungidas do Projeto. A justificativa sugerida por mim e acatada, em termos gerais, pelo Deputado Relator, foi a de que: baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamada “coparticipação”, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do “livre convencimento”. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de

³² 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.

³³ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

³⁴ O tema divide opiniões, ver: STRECK, Lênio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório** 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 113-119, 2018; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento não acabou no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório** 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 231-235, 2018.

juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão. A relatoria da Câmara entendeu muito bem o problema. Não mais se pode elaborar Códigos como se estivéssemos em um paradigma jurídico- político no qual o Estado é(ra) visto como inimigo do cidadão.³⁵

Percebe-se, portanto, a relevância da retirada da expressão livre convencimento na apreciação das provas dentre as premissas do CPC/2015, pois, desta forma, o magistrado analisará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

O CPC/2015 avançou no entendimento de permitir e enfatizar os poderes instrutórios do julgador, ampliando, inclusive, para a fase recursal, o que comprova este significativo avanço em comparação com os revogados diplomas.³⁶

Ainda no direito probatório, em especial quanto a distribuição do ônus da prova, o CPC/2015 alterou o entendimento em relação ao ônus estático e voltou sua análise para o ônus dinâmico da prova.³⁷

Desta forma, o ônus da prova é conceituado como encargo atribuído à parte no sentido de demonstrar a veracidade de certo enunciado fático, que no CPC/1973 não permitia ao intérprete margem para sentido diferente daquele divisado pela teoria das normas, agora volta sua análise para as peculiaridades da causa que determinam a distribuição, de acordo com a impossibilidade – ou excessiva dificuldade – de cumprir o encargo.³⁸

No sistema recursal são muitos pontos de avanço, em especial a retirada da expressão *jurisprudência dominante* da possibilidade de o relator julgar monocraticamente o mérito do recurso. Ou, ainda, a unificação do prazo para recorrer, com exceção dos embargos de declaração, que permanecem cinco dias. E, por fim, a possibilidade de fungibilidade entre recursos excepcionais – extraordinário e especial – quando constatado que a discussão o versa

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. UMA ANÁLISE HERMENEUTICA DOS AVANÇOS TRAZIDOS PELO NOVO CPC. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 144-167, jul. 2016. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/39/47>>. Acesso em: 30 jan. 2022. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v2i1.39>.

³⁶ DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador. JusPODIVM, 2018. p. 181

³⁷ Sobre o ônus da prova, conferir: PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova**: como garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³⁸ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC**: do estático ao dinâmico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 116

sobre matéria constitucional.³⁹ Uma das grandes novidades do CPC/2015 é o realce ao sistema de precedentes.⁴⁰

A conclusão deste primeiro tópico demonstra que muitos institutos foram criados e outros aperfeiçoados com o CPC/2015, e vários destes com a finalidade de se conferir concretude ao princípio da razoável duração do processo, uma decisão de mérito justa e em tempo razoável e com participação e colaboração das partes.

Além disso, o é fato que o CPC/2015 representa uma contribuição para a adequada utilização dos instrumentos consagrados no diploma processual com vistas a garantir uma tutela jurisdicional célere, justa e efetiva, prestigiando-se os princípios da razoável duração do processo e da primazia da resolução do mérito.

A duração razoável e a preocupação de como a efetividade do processo pode se tornar instrumento para uma verdadeira tutela dos direitos norteou as mudanças processuais desde o CPC/1939 até o CPC/2015, pois as alterações no sistema processual civil trouxeram mecanismos de outorgar uma verdadeira tutela jurisdicional célere e efetiva ao jurisdicionado, por meio de novos institutos no ordenamento jurídico – sistema de precedentes e julgamento antecipado parcial do mérito, ou suprimindo regras ultrapassadas – ônus estático da prova e livre convencimento do magistrado.

As mudanças no diploma processual, aliadas a evolução do próprio processo civil, demonstram uma visão crítica e mais ampla da própria utilidade do processo, reformulando os institutos tradicionais e concebendo institutos novos, mas sempre com a preocupação de fazer com que o processo civil tenha aderência a realidade sociojurídica a que se destina.⁴¹

Estabelecidas as principais alterações e, em especial, o modelo pensado para o processo civil pós CPC/2015, é preciso traçar um próximo norte, um novo ponto de partida, qual seja a necessidade de interpretação do direito processual civil conforme as normas fundamentais da CRFB/1988, com destaque para a prova como direito fundamental.

1.2 A INTERPRETAÇÃO DO PROCESSO CONFORME AS NORMAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

³⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 80

⁴⁰ Sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁴¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987. p. 16

Diz-se, então, em alusão à interpretação em geral, que – ainda que o verbo denote distintos significados – interpretar é compreender

Eros Roberto Grau

O tópico *supra* fixou as premissas para entender o processo civil pós CPC/2015, contudo, para poder se verificar e confirmar as dúvidas apontadas com o presente estudo e entregar as respostas de como as Cortes de Justiça estão designação, determinação e condução a produção de prova, é preciso *compreender* o direito brasileiro de acordo com as normas fundamentais da CRFB/1988.

Contudo, antes de prosseguir com as próximas páginas, é necessário mencionar a ressalva pontuada por Eros Roberto Grau, ao responder à pergunta de “por que se impõe a interpretação do direito?” Para o autor, a necessidade de se praticar a interpretação do direito se substancia no fato de que a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa. Além disso, interpretamos para (i) aplicar e (ii) compreender a realidade dos fatos aos quais o direito há de ser aplicado.⁴²

Geraldo Ataliba explica que toda a lei há de se submeter aos limites e ditames da Constituição e, principalmente, tentar realizar os princípios constitucionais. Além disso, destaca que apenas a legislação que respeita e atente às exigências destes princípios, deve ser considerada válida e legítima.⁴³

Há que se concordar com Geraldo Ataliba, pois a interpretação – *compreensão* – do direito processual necessita estar em conformidade com as diretrizes constantes no texto constitucional, em especial pela própria manutenção da harmonia do sistema jurídico. Qual a razão de existir do texto constitucional se seus preceitos e orientações não são seguidas quando da interpretação do direito.

A ressalva de Eros Grau, por sua vez, é importante. Não se pode olvidar que a interpretação e aplicação do direito não são autorrealizáveis, sendo necessário que o intérprete *concrete a lei em cada caso*,⁴⁴ em sua aplicação, pois tanto a interpretação, como a aplicação são um processo unitário.

⁴² GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação do direito e princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 50

⁴³ ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 43.

⁴⁴ Sobre as diferentes interpretações e concretizações do direito, é de fundamental leitura a metáfora da Vênus de Milo, realizada por Eros Grau na obra citada. De acordo com o autor, três escultores

Antes de seguir com a importância de se estabelecer a constituição como bússola na interpretação das normas e do processo civil, é de importância ímpar estabelecer a diferença entre *interpretação conforme* e *interpretação de acordo*. A regra da *interpretação de acordo* importa quando um texto de lei abre oportunidade a várias interpretações constitucionais, por outro lado, a regra de interpretação conforme não permite a escolha da interpretação que melhor se ajusta à Constituição, mas sim de vedar a interpretação inconstitucional:

O objetivo não é descartar uma interpretação que faz a lei inconstitucional ou mesmo conferir à lei que, em uma primeira perspectiva é inconstitucional, uma determinada interpretação que a torne constitucional.

A lei inconstitucional ou a lei cuja aplicação literal conduz a um juízo de inconstitucionalidade deve ser declarada inconstitucional. A lei que, em princípio, sugere interpretação inconstitucional, não deve ser declarada inconstitucional se puder ser salva mediante o emprego da técnica da “interpretação conforme”. A técnica da “interpretação conforme” não visa a permitir a escolha da interpretação que melhor se ajusta à Constituição, mas a excluir a interpretação inconstitucional e a definir a interpretação que confere constitucionalidade à norma. Trata-se de técnica de controle de constitucionalidade.

Alguém poderia dizer que, interpretando-se de acordo, elimina-se a interpretação inconstitucional e que, portanto, não há diferença entre interpretação de acordo e interpretação conforme. Porém, a distinção entre a regra da interpretação de acordo e a técnica da interpretação conforme não está em sua operacionalidade interna, mas nos específicos problemas com que se defrontam e, assim, na feição que assumem diante das diferenças metodologias que se apresentam para resolver cada um dos distintos problemas. A interpretação de acordo coloca-se diante de um problema de interpretação, diante de várias interpretações possíveis a exigir uma interpretação que melhor se ajuste ao sentido da Constituição. Constitui, assim, uma regra de hermenêutica. De outra parte, a interpretação conforme se apresenta em face de uma norma a que se confere interpretação inconstitucional e, portanto, diante de um problema de constitucionalidade que, por desafiar controle jurisdicional, requer o emprego de técnica de controle de constitucionalidade.⁴⁵

Desta forma, deve o intérprete perceber que ao compreender as normas da CRFB/1988, deve aplicá-las quando da sua interpretação. A interpretação deve exaltar a harmonia do sistema jurídico e, como visto no tópico anterior, sob pena de se esvaziar a sintonia entre normas.

Quanto à interpretação dos princípios, estes são as linhas mestras, as grandes diretrizes do nosso sistema jurídico, razão pela qual expressam a substância última do querer

experimentados foram instados a produzir três Vênus de Milo, a partir de blocos iguais de mármore. Por mais que todos estes três escultores tenham atuado com maestria, ao final, teremos três Vênus de Milo distintas. Em resumo, diferentes intérpretes produzem, a partir do mesmo texto, diferentes interpretações, assim como as três Vênus de Milo. Ver: GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação do direito e princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 45.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1. p. 105

popular. Assim, pelo fato de o princípio apontar a direção, não pode o intérprete aplicar entendimento que contrarie o princípio.⁴⁶

A razão de existir da interpretação do ordenamento jurídico decorre da própria indeterminação do direito, tanto aquela ligada ao direito, como aquela ligada ao fato. O Direito é indeterminado, como defende Daniel Mitidiero, pois os textos são equívocos – pois ambíguos, complexos e implicativos – e as normas são vagas – ainda não é possível antever exatamente os fatos que irão incidir na norma.⁴⁷

Em obra destinada ao fenômeno da hermenêutica e interpretação jurídica, Rubens Limongi França destaca que a interpretação é a operação que tem por objetivo fixar determinada relação jurídica e, por seu turno, a hermenêutica é caracterizada pelo estudo e sistematização dos processos que, justamente, devem ser utilizados para que a interpretação ocorra.⁴⁸

A interpretação é, portanto, a aplicar as regras que a hermenêutica sistematiza para o bom entendimento dos textos legais.

Dentre as regras que o intérprete deve utilizar em seu trabalho de análise do texto, Rubens Limongi França menciona dez como principais pilares da interpretação. São elas, (a) o ponto de partida deve ser sempre a exegese da lei; (b) de posse da exegese, o intérprete deve reconstruir o pensamento do legislador com elementos lógicos, históricos e sistêmicos; (c) deve relacionar a expressão da lei com a intenção do legislador; (d) verificado que a expressão da lei e a vontade do legislador coincidem, deve-se passar para aplicação da lei; (e) por outro lado, verificado que não há coincidência, o intérprete aplicará a vontade do legislador; (f) nada obstante, caso o resultado da vontade do legislador não seja uniforme, deverá utilizar aquela que melhor respeita as exigências da realidade social e do bem comum; (g) no mesmo sentido, caso o resultado ainda seja insuficiente, deverá o intérprete recorrer às formas suplementares de expressão do direito; (h) por fim, será necessário agir de modo semelhante ao da interpretação da lei, descobrir na forma exterior a exata expressão da regra supletiva; (i) na utilização de forma suplementares, deve-se seguir a hierarquia prevista na lei; (j) mesmo

⁴⁶ ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 35.

⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 43

⁴⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 19

que com todas as regras acima, não se torne possível a interpretação, deve o intérprete, com base nos princípios gerais do direito, construir a norma aplicável ao caso concreto.⁴⁹

Na linha do que foi dito acima, Juarez Freitas adota o posicionamento de que, mais do que interpretar leis esparsas, o importante na tarefa da interpretação é compreender o direito como sistema, com hierarquização dos princípios, normas e valores, considerando sua condição de entrelaçados.⁵⁰

A importância de interpretar o direito como um sistema é fundamental para, ao aplicar uma norma individual, entender que não há como deixar de aplicar a sistematicidade à norma, colocá-la, formal e substancialmente, em harmonia com o sistema jurídico, em especial aos postulados na Constituição Federal.⁵¹

O presente tópico é justamente o alicerce para compreender a ligação entre o processo e a Constituição – e todos os princípios processuais lá pontuados – para explorá-los no tópico seguinte.

No Estado de Direito, deve o processo civil estar, em primeiro lugar, a serviço da concretização da Constituição. Após, para que seja visualizado como instrumento de justiça, é necessário que reflita as bases do regime democrático da própria Constituição. A tutela constitucional do processo civil – conforme será abordado no item 1.2 do presente trabalho – consiste em fortalecer a hierarquia entre as normas jurídicas, primando pela supremacia da Constituição e, conseqüentemente, com as leis processuais estruturando garantias previstas na CRFB, notadamente aquelas que estruturam direitos fundamentais, entre eles o direito fundamental à prova.⁵²

A interpretação no Estado constitucional não possui como foco – diferente do que era atribuído no Estado liberal – a supremacia da lei como produto pronto e acabado, mas sim às normas constitucionais, princípios e direitos fundamentais, atribuindo, portanto, a definição

⁴⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 19

⁵⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 49.

⁵¹ Sobre a hermenêutica e poderes do juiz: RAATZ, Igor. **Técnica processual e (de)limitação dos poderes do juiz: contributos de uma leitura hermenêutica do processo civil**. *Revista eletrônica de direito processual*. ano 12, vol. 19, jan.-abr. 2018, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/30717/23723>, acesso em 06.03.2022.

⁵² CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 103

normativo-constitucional de princípios de justiça que trazem luz ao ensinamento e compreensão do ordenamento jurídico.⁵³

Assim, fundamental que, no Estado de Direito, a lei há que ser interpretada de acordo com a constituição e com os princípios constitucionais, em especiais aqueles direitos fundamentais. Ao se deparar com mais de uma solução em determinado caso, deve o intérprete escolher aquela que melhor respeite a efetividade da Constituição.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda já advertia, com a clareza que lhe era peculiar, que os sistemas jurídicos são lógicos e compostos por proposições que se harmonizam entre si, referindo-se a situações do dia a dia, sendo a função do direito dar valores a essas situações.⁵⁴

A importância de uma interpretação do processo civil à luz da Constituição Federal e dos direitos fundamentais – entre eles o direito de prova – existe para que uma norma jurídica seja considerada válida: em resumo, não há utilidade em prever uma disposição sobre determinado instituto se, por outro lado, não há coerência com o mandamento constitucional.

É por isso que se deve observar uma maior eficácia possível aos direitos e valores da CRFB/1988, pois, desta forma, tem-se uma leitura das leis infraconstitucionais à luz da Constituição, fortalecendo a supremacia da carta magna.

A supremacia da Constituição decorre de um sistema lógico, composto de elementos que se articulam em harmonia, pois não se amolda a ideia de, em um mesmo sistema, uma situação jurídica comportar à incidência de normas distintas.

É desta situação que nasce a supremacia, na medida em que, para evitar antinomias, o critério hierarquia alça a Constituição ao topo, portanto, se a CRFB e uma lei ordinária divergirem, é a Constituição que prevalece.

A Constituição no topo do ordenamento jurídico decorre do próprio conjunto sistemático pensado pela pirâmide hierárquica, pois as disposições legais estão distribuídas de numa escala de importância crescente, da base - legislação infraconstitucional – até o ápice – Constituição.⁵⁵

Voltando ao enfoque da interpretação constitucional, a hermenêutica jurídica possui como objetivo a sistematização dos princípios e regras para interpretar o direito. A

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1. p. 103

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 1, p. IX.

⁵⁵ CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 97

interpretação é, portanto, uma atividade prática de relevar o conteúdo e o alcance da norma – como as Vênus de Milo reveladas do bloco de mármore – e a aplicação é o momento final do processo de interpretação.⁵⁶

A tarefa de interpretar conforme – ou de acordo – com a Constituição Federal decorre da própria interpretação da CRFB que, embora seja também uma lei, possui uma apreciação diferenciada e singular, pois é resguardada por uma superioridade hierárquica que impera o caráter subordinante de todo o ordenamento jurídico, de tal forma que nenhum ato jurídico pode contrariar o seu sentido.

José Afonso da Silva explica que toda a Constituição é feita para ser aplicada e nasce, justamente com o sentido de informar e inspirar determinado regime político-social. Contudo, fenômeno que ocorre em inúmeras constituições contemporâneas, é a necessidade de integração normativa através de leis que conferem eficácia plena.⁵⁷

Deste modo, ao aplicar no presente trabalho as normas de interpretação e a superioridade hierárquica, tem-se que os princípios constitucionais relacionados ao processo – abordados no tópico *infra* – funcionam como a bússola para orientar a aplicação do direito processual. Mas mais do que bússolas, a interpretação conforme a constituição é importante balança nos momentos em que o intérprete precisa realizar a subsunção do fato à norma.

A interpretação constitucional é, além de tudo, um fenômeno cultural e social e, justamente por isso, que decorre nasce a necessidade de o ponto de partida do intérprete ser os princípios constitucionais, escolhidos pelo constituinte como fundamentais da ordem jurídica.

Dentre os inúmeros princípios constitucionais, importante fazer menção àquele reflete o âmago do presente tópico, que é a própria interpretação da Constituição em função de sua posição hierarquicamente superior. Diante disso, o princípio de que ora se analisa é o da supremacia da Constituição. Toda a ideia de interpretação constitucional é fixada na superioridade da norma jurídica da CRFB em face a todos os demais atos normativos – princípio da supremacia da Constituição – razão pela qual a constituição é o vértice do sistema jurídico e, de lá, todas as demais normas precisam refletir em harmonia.

O fato de a Constituição ser considerado vértice do sistema jurídico também reside no fato de que o direito é um conjunto de normas e a Constituição é responsável pela

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 107

⁵⁷ DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 226

unificação deste ordenamento jurídico, constituindo-se como o fundamento de validade das leis.⁵⁸

Luís Roberto Barroso contribui para o processo de interpretação didático da Constituição, com base em quatro elementos. A um, a escolha de uma interpretação da norma que mantenha harmonia com a Constituição, em meio a outras possibilidades interpretativas. A dois, a interpretação busca um sentido da norma que não é o mais evidente possível. A três, além da escolha de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão de todas as demais que conduziriam a uma interpretação divergente da Constituição. A quatro, a interpretação conforme a Constituição é, além de um preceito hermenêutico, um mecanismo de controle de constitucionalidade.⁵⁹

Dito isso, o papel da interpretação das normas conforme a Constituição, tem como razão de existir, aplicar à norma uma interpretação legítima, que resguarde o texto constitucional. Não se busca escolher entre vários sentidos, mas aquele que mantenha a harmonia, coerência e, mais do que isso, a própria constitucionalidade do sistema.

O papel da interpretação da norma e aplicação do direito sejam pautados por critérios capazes de assegurar uma maior racionalidade e participação das partes: uma maior participação faz surgir uma melhor fundamentação e um contraditório amplo e verdadeiro, consolidando uma interpretação que garanta a promoção dos princípios da segurança jurídica, liberdade e igualdade.⁶⁰ Interpretar é, portanto, definir o alcance normativo e retirar consequências jurídicas de sua incidência.

Na mesma linha, para William Santos Ferreira o intérprete não cria a norma, mas apenas a revela. O autor utiliza o seguinte exemplo: *o texto é a pedra bruta. A norma, a pedra lapidada. O intérprete, o lapidador. O ordenamento, o conjunto de pedras lapidadas. O sistema, o colar de pedras lapidadas.*⁶¹

Por seu turno, a nova interpretação constitucional deve considerar os elementos do caso concreto, os princípios aplicáveis, o sentido da norma, com vistas a produção da solução constitucionalmente adequada.⁶²

⁵⁸ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 94

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 194

⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 47.

⁶¹ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 24

⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 348

Não é por outro motivo, que o próprio CPC/2015 traz no artigo primeiro que o *processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil*,⁶³ demonstrando o cuidado do legislador ao respeitar a hierarquia das normas e orientar o intérprete para produzir a solução constitucionalmente adequada.

Este primeiro artigo consolida a argumentação das páginas anteriores, no sentido da adoção de uma teoria constitucional do direito processual. É a consideração e confirmação que a Constituição ocupa um espaço singular em nosso ordenamento jurídico.

O mandamento do artigo estabelece, ainda, que o racional para interpretar o CPC/2015 e suas disposições deve ser aquele que garanta a não contrariedade à Constituição, e sim legitime os valores constitucional. Desta forma, o intérprete que aplica as regras do CPC/2015, deve observar, em sua aplicação, se há contrariedade, ou não, à normal constitucional.

Para fins de elucidar a questão e alinhar o presente tópico com os objetivos deste trabalho – direito de prova, um exemplo torna a situação concreta e demonstra a importância da interpretação do dispositivo processual à luz da CRFB/1988.

A interpretação constitucional do artigo 373, §1º do CPC/2015 permite que, independentemente da ocorrência de condição de hipossuficiência, demonstra a concretização das garantias constitucionais de paridade entre os litigantes, pois há juízo de proporcionalidade do ônus de produzir a prova, diferente de como ocorria no diploma revogado.

O enunciado consolida que, dentro de nosso Estado Constitucional, o CPC/2015 só pode ser interpretado da forma que dê concretização a tutela dos direitos, com um processo justo, tempestivo e, outras palavras, como uma concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição.

Além de consolidar a interpretação pela concretização da tutela dos direitos, o enunciado coloca destaque na necessidade de se pensar o processo civil sob um viés constitucional. Sobre o tema – Constituição e processo – é o que se dedica o próximo tópico, razão pela qual aqui há limitação apenas no tópico interpretação conforme a Constituição; ou

⁶³ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

seja, ordenado e sistematizado de acordo com a interpretação que melhor respeite a CRFB/1988.

Ainda do fenômeno da interpretação que melhor respeite a ordem constitucional, é relevante pontuar que há necessidade de observar um processo interpretativo, com a análise de texto, ou elementos não textuais, para identificar, reconstruir e aplicar o significado aquele caso, observando a solução que traga ao sistema jurídico harmonia e coerência a supremacia constitucional.

Sobre a supremacia constitucional esclarece-se que existem três postulados necessários para interpretar a ordem jurídica. O primeiro é a *máxima eficácia e efetividade da Constituição* que impõe ao intérprete o dever de assegurar eficácia às normas da CRFB. Por outro turno, o segundo *a forma normativa da Constituição*, tem como razão de existir o dever do intérprete em, sempre que possível, atualizar o programa constitucional, impondo uma situação de permanência da CRFB. Por fim, *a interpretação conforme a Constituição* determina que deve o intérprete preferir os sentidos constitucionais e os direitos fundamentais do que outros sentidos igualmente possíveis.⁶⁴

O que se percebe do ensinamento acima, é que a concepção do constitucionalismo envolve, além do que foi abordado neste tópico, a preservação da força normativa da Constituição, da necessidade de se observar os direitos fundamentais de forma séria, a vitória do Estado Constitucional, com a consolidação de um regime democrático.

O Estado Constitucional impôs, desta forma, um resgate à consolidação dos direitos fundamentais e no campo do direito processual, estabeleceu um sistema de garantias e direitos fundamentais, como acesso à justiça, devido processo legal, direito contraditório, duração razoável do processo e, ainda, o direito fundamental à prova, devidamente abordado e estudado nos próximos tópicos deste trabalho.

José Manoel de Arruda Alvim possui o entendimento de que a leitura, interpretação e aplicação de qualquer texto legal de acordo com a Constituição não é uma faculdade conferida ao intérprete, mas um dever e imposição hierárquica e normativa. Desta forma, o ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito (*Verfassungsstaat*) é regido por um

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao código de processo civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Coleção comentários ao código de processo civil; v.1. p. 102

modelo constitucional, razão pela qual não é possível o operador do direito distanciar-se deste modelo.⁶⁵

Da mesma forma, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, LINDB, dispõe também sobre interpretação nos casos em que a lei for omissa, indicando que o intérprete deverá utilizar analogia, costumes e princípios gerais do direito.⁶⁶ Aliás, a própria interpretação mencionada acima também deve ocorrer conforme a Constituição, inclusive, pela harmonia do sistema.

Nelson Nery Júnior esclarece que a Constituição possui três tarefas fundamentais. A primeira é a integração do sistema, estabelecendo uma unidade do Estado e assegurando um ordenamento jurídico e um processo organizado para solução de conflitos. A segunda, é a organização dos poderes do Estado, estabelecendo os órgãos que exercem as tarefas estatais. A última é a direção jurídica – e aqui importa o caráter da interpretação do direito, em especial quando a lei for omissa – que impõe a força vinculante dos direitos fundamentais para o ordenamento jurídico.⁶⁷

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz explica o porquê a Constituição Federal ocupa o local de norma suprema, ao mencionar que por não existir outro acima dela – se caracterizando, portanto, como norma-origem – a supremacia da Constituição se justifica para manter, justamente, a estabilidade social e a própria imutabilidade de seus preceitos, essência e princípios jurídicos que orientam o sistema.⁶⁸

No mesmo sentido, justifica Paulo Hamilton Siqueira Júnior que o caráter supremo da Constituição decorre do fato de ela ser considerada lei fundamental do Estado, como um conjunto de regras fundamentais que respeitem uma estrutura, atividade e organização, devendo nortear toda a interpretação da lei infraconstitucional.⁶⁹

Luiz Guilherme Marinoni elucida a questão com um exemplo da interpretação à luz da Constituição. A CRFB/1988 possui como um dos objetivos fundamentais erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Pois bem, se a

⁶⁵ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 234

⁶⁶ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁶⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **Noma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 13.

⁶⁹ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 29

própria Constituição prevê como direito fundamental a eliminação da pobreza e da desigualdade, não há como o legislador infraconstitucional, ou intérprete, aplicar entendimento que vá de encontro – e não ao encontro – do objetivo fundamental da Constituição.⁷⁰

A relação entre o sistema processual civil e a ordem constitucional é natural, pois o processo acompanha as opções políticas do constituinte, guardando perene correspondência. Além da correspondência e harmonia, a constituição age no processo, garantindo-lhe os princípios básicos para que, justamente, o intérprete possa aplicá-los e projetá-los no ordenamento jurídico.⁷¹

No caso de omissão, em que a Lei de Introdução determina que o intérprete utilize analogia, costumes e princípios gerais do direito, estes também devem seguir o objetivo fundamental de erradicar a pobreza, por exemplo.

É preciso que se fixe como premissa para passar-se ao próximo tópico, a necessidade de se interpretar e compreender a lei de acordo com as normas constitucionais, tutelando o direito do jurisdicionado. A tutela dos direitos é mais do que dizer quais direitos merecem proteção, é garantir efetivamente que a jurisdição preste tutela jurisdicional célere, efetiva e tempestiva.

Para seguir adiante, fundamental analisar o que foi discutido até aqui.

Iniciou-se o tópico com uma citação de Eros Roberto Grau, que estabeleceu a necessidade se praticar a interpretação do direito pelo fato de que a linguagem jurídica é imprecisa por natureza e ao interpretar compreendemos a realidade dos fatos aos quais o direito há se ser aplicado.

Na sequência, mostrou-se toda a lei se submete aos limites da Constituição e por conta de tal fato, no Estado de Direito, deve o processo civil estar a serviço da concretização da Constituição. A tutela constitucional do processo civil tem função de fortalecer a hierarquia entre as normas jurídicas, primando pela supremacia da Constituição.

Mostrou-se, ainda, que o próprio CPC/2015 trouxe em seus primeiros artigos, a regra de o processo civil ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na CRFB.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 139

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 41

Além disso, restou esclarecido que o papel da interpretação da norma e aplicação do direito devem ser pautados por critérios que assegurem uma racionalidade e participação das partes, com fundamentação, contraditório pleno e efetivo.

O que se concluiu, portanto, é a ideia de que interpretação constitucional é fixada na própria superioridade da Constituição Federal, razão pela qual é vértice do sistema jurídico e o papel da interpretação conforme a constitucional tem por objetivo conhecer determina relação jurídica constitucional.

No próximo tópico (1.3) as bases estabelecidas aqui serão fundamentais para compreender as fases e as relações entre processo civil e Constituição, em especial os princípios e mandamentos que se relacionam. Será demonstrado como o direito constitucional se estabeleceu como base fundamental do ordenamento jurídico, daí a razão de todos os ramos do direito se relacionarem e se vincularem à CRFB, pois é ela que estabelece as observações com o complexo arcabouço normativo brasileiro.

1.3 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma.

Ulysses Guimarães

Delimitou-se, até este momento, uma breve evolução do sistema processual civil, com as principais alterações – na visão do autor – efetuadas pela Lei Federal 13.105/2015. Ato contínuo, procurou-se demonstrar qual o impacto do fenômeno da interpretação conforme – e de acordo – com a Constituição Federal.

Agora, neste tópico 1.3, será necessário reunir as premissas fixadas anteriormente, para demonstrar a estreita relação entre processo e Constituição, tema muito caro inúmeros processualistas e constitucionalistas do país, em especial pelas inovações trazidas pelo direito contemporâneo.

A frase em epígrafe se justifica pela construção democrática da CRFB, bem como do modelo adotado pelo constituinte brasileiro ao pensar nos direitos e garantias presentes em nossa carta magna. Além disso, demonstra a própria possibilidade de reforma e revisão da norma mais importante do ordenamento jurídico pátrio. Por fim, optou-se por utilizar uma

frase relacionada com a construção de uma constituição democrática, pois o CPC/2015 – como dito – foi o primeiro debatido e construído em um regime democrático, e não de exceção, como nos casos do CPC/1973 e CPC/1939.

Para contextualizar a construção deste item, a constitucionalização do processo pode ser vista por duas diferentes etapas. A primeira etapa da constitucionalização do processo está em meados do século passado, em especial com a inclusão de normas processuais na Constituição Federal, prova disso é a própria CRFB. A segunda etapa da constitucionalização é marcada pelo binômio direitos e garantias como verdadeiros direitos fundamentais, comprovado pelo próprio CPC/2015, que os tratou como ferramentas próprias do Estado Constitucional.⁷²

Em sentido similar, Fredie Didier Júnior esclarece que há, em um primeiro momento, a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive, como direitos fundamentais. Desde as constitucionais ocidentais do pós segunda guerra foi consagrado os direitos fundamentais processuais.⁷³ Na mesma linha, os tratados internacionais – Convenção Europeia de Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica.

O estudo, ainda na contextualização deste tópico, das relações entre processo e Constituição, é o próprio caminho para permitir o reconhecimento no processo, não só um instrumento de justiça, mas também um instrumento de liberdade.⁷⁴

A relação entre processo e Constituição se revela em dois sentidos vetoriais: o primeiro, no sentido Constituição-processo, trata-se da tutela constitucional e dos princípios relacionados com esta relação; o segundo, no sentido processo-Constituição, voltado ao controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, bem como preservação das garantias constitucionais. Assim, a tutela constitucional do processo tem como significado garantir a conformação dos institutos processuais e o funcionamento dos princípios que descendem da ordem constitucional.⁷⁵

Desta forma, o processo, como instrumento, deve refletir as bases do regime democrático. A ordem constitucional caracteriza-se, portanto, por um conjunto de remédios processuais ofertados pela Constituição para fazer valer direitos, garantias e valores

⁷² MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 50

⁷³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 16. ed. Bahia: JusPodivm, 2014. p. 33

⁷⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 6

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 25

oferecidos pela própria Constituição, tornando o direito processual constitucional um instrumento para cumprir a Constituição.⁷⁶

Estabelecidas algumas premissas e considerações sobre a relação entre processo e constituição – que será abordada ainda na sequência com um grau de detalhamento mais aprofundado – é preciso fixar conceitos e definições próprias do direito processual constitucional, em especial a própria definição de Constituição e de processo, para compreender de modo pormenorizado as consequências desta relação.

A Constituição pode ser entendida não só como norma jurídica fundamental do Estado, mas também como um conjunto de valores fundamentais, costumes e liberdades da sociedade. Constituição é a própria organização de alguma coisa e no sentido jurídico, o termo designa a formação e organização fundamental do Estado.⁷⁷

Para Paulo Bonavides, o termo Constituição abrange vários tons de significados, desde o modo de ser das coisas, sua essência e qualidade, até a Constituição política e a Constituição do Estado. Além disso, do ponto de vista material, ainda para Paulo Bonavides, a Constituição pode ser definida como o conjunto de normas relativas à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade, enfim, tudo que se relaciona ao funcionamento da ordem política.⁷⁸

Por seu turno, Manoel Gonçalves Ferreira Filho conceitua a Constituição como um conjunto de normas relacionados à organização do Estado, como formas de governo, exercício de poder e limites da ação e da jurisdição.⁷⁹

José Afonso da Silva não destoa da posição acima adotada, ao esclarecer que a Constituição é o próprio sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula justamente a forma do Estado, seu modo de governo, funcionamento dos seus órgãos, dos direitos, deveres e garantias do homem, enfim, é o próprio conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.⁸⁰

⁷⁶ Sobre a relação entre processo e Constituição, conferir: GIORGI JÚNIOR, Rômulo Ponticelli. **Jurisdição constitucional e código de processo civil**: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁷⁷ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 32

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 80

⁷⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 7

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 40

Ocorre que nem sempre a Constituição foi entendida como norma jurídicas, pois a ideia que prevalecia no mundo constitucional era de que – até meados dos séculos XX – as constituições eram proclamações políticas que inspiravam a atuação do legislador, não incidiam sobre os direitos subjetivos e relações sociais, tampouco eram aplicadas pelos juízes aos casos concretos. A mudança de paradigma ocorre com as constituições pós segunda grande guerra – a primeira etapa da constitucionalização do processo –, pois em um cenário de descrença nos poderes políticos majoritários, nasceu a necessidade de se incorporarem direitos fundamentais e princípios e garantias processuais, fortalecendo a jurisdição constitucional e a supremacia da Constituição.⁸¹

O conceito de Constituição, na visão de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, não deve ser entendido como aquele amplo, no sentido de organização de alguma sociedade, mas sim aquele com o viés da ideologia do constitucionalismo, como um sistema assegurador da liberdade que proclame direitos fundamentais em um documento escrito, entendido como conjunto de normas que fixa e institui as competências do Estado, estabelecendo como serão dirigidos.⁸²

Contudo, após o Estado de Direito passar por uma redefinição social e um pluralismo da concepção dos interesses, descobriu-se que a razão de existir do próprio Estado de Direito é garantir e assegurar a busca pela justiça social, de modo que o conceito material de Constitucional necessitou ser alterado.

Sob esse aspecto, o conceito material de Constituição passa a ser, portanto, o papel essencial do Direito e do próprio Estado na vida de uma sociedade. Desta forma, a Constituição abrange as normas que organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes públicos e do exercício do poder, bem como aquelas que protegem as liberdades em face do poder público e defesa de uma sociedade plural.

Paulo Hamilton Siqueira Júnior resume o conceito de Constituição, tanto em seu aspecto fundamental, de norma jurídica, do caráter funcional e do aspecto jurídico, da seguinte maneira:

A natureza da Constituição é normativa qualificada. A consequência dessa assertiva é que a Constituição é norma obrigatória, estando presente o binômio exigibilidade-obrigatoriedade. Mas essa imperatividade é qualificada, pois a Constituição é norma fundamental e suprema. Em suma, a Constituição é norma jurídica (imperativa) fundamental (suprema).

⁸¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 27

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 56

A Constituição é norma jurídica e sua essência é organizacional, fundamental e fundante. Em suma, traz ela em seu conteúdo: 1) a organização da competência dos órgãos do Estado, disciplinando o poder (norma organizacional do Estado); 2) a instituição e organização do sistema jurídico (norma fundante); 3) o fundamento de validade e unidade do sistema jurídico (norma fundamental).

Sua finalidade precípua é regular a estrutura básica do Estado que pode ser dividida, em sentido amplo, em três capítulos: 1) a forma do Estado; 2) a competência dos órgãos que compõem o Estado; e 3) os direitos fundamentais dos cidadãos do Estado.

No aspecto jurídico, a Constituição tem por finalidade organizar o Estado, configurando-se como sua norma fundamental, pois é ela o alicerce do sistema jurídico. Fundamental do verbo “fundar”, que traz a ideia de criar, dar início e assentar, erguer, alicerçar. A Constituição cria o Estado e ao mesmo tempo o organiza. Do prisma político-jurídico, podemos afirmar que ela cumpre três funções essenciais no Estado Democrático de Direito: 1) consagrar e garantir os direitos fundamentais; 2) organizar e limitar o poder; e 3) preservar a unidade política da nação. Nesse plano, a Constituição é a manifestação política plena do povo, tendo por finalidade implementar o processo democrático propugnado pela nação. Representa o pacto nacional, ou seja, as regras organizacionais fundamentais eleitas pelo povo.⁸³

Extraí-se do texto acima, que a Constituição Federal é, ao fim e ao cabo, o documento de organização da sociedade, na forma política, econômica, social e que desempenham um papel fundamental e central no ordenamento jurídico, orientando a aplicação e a interpretação das relações sociais e das normas infraconstitucionais.

Provavelmente muito em função do caráter de se estabelecer vetores para interpretação e aplicação do Direito em todas as suas áreas, que há hoje uma incontroversa e incontestável constitucionalização do direito. Aliás, essa relação não ocorre apenas nos casos de maior repercussão, mas em todas as demandas: das mais simples discutidas nos juizados especiais, como aquelas levadas às Cortes Supremas.

O fenômeno da constitucionalização do Direito tem diversas causas, entre elas a ampliação das tarefas das Constituições no Estado Social, não apenas organizando o Estado, mas disciplinando outros temas, como economia, família e meio ambiente, bem como a sedimentação da ideia de que a Constituição é norma jurídica, não apenas proclamação política, fortalecendo, deste modo, a jurisdição constitucional.⁸⁴

⁸³ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35

⁸⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 44

Para Hermes Zaneti Júnior, o estudo do direito processual civil e a relação com o direito constitucional decorre do fato de o próprio direito constitucional representar o centro da unidade dos diversos ramos do direito, do qual partem os vários ramos.⁸⁵

A constitucionalização do direito processual civil também decorre da mudança da posição da Constituição na perspectiva do Estado, pois até as primeiras décadas dos novecentos, o direito constitucional era compreendido apenas sob o aspecto do direito político, tão somente na perspectiva de organização política do Estado. Contudo, após a Segunda Guerra Mundial, a Constituição é vista a partir dos direitos individuais da pessoa humana.⁸⁶

A Constituição, sob essa perspectiva, é a regra fundamental do Estado e pelo fato de o processo funcionar como instrumento para garantir os direitos estabelecidos na própria Constituição, suas linhas são ligadas estritamente com as normas do direito constitucional.

Nelson Nery Júnior ao mencionar sobre o direito constitucional como base fundamental, esclarece que a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma coletividade, aquela que determina direitos segundo os quais deve formar-se a unidade política e as tarefas estatais.⁸⁷

Este binômio Constituição processo caracteriza a atuação da Constituição no campo do processo e, também, o processo na Constituição.⁸⁸ É a influência do próprio texto constitucional no processo e o exame do inverso: a influência do direito processual nas tutelas consagradas na Constituição Federal.

Esta influência ocorre, da Constituição no processo, na funcional exercida pelo processo nas garantias dos princípios processuais consagrados na norma Constitucionais. Esses direitos e garantias são as instruções constitucionais que devem estar presentes em todos as espécies de procedimento. O inverso – o processo na Constituição – é constatado pela eficácia concedida ao texto constitucional pelos instrumentos processuais nela previstos. São essas normas que garantem a preservação da própria Constituição.⁸⁹

⁸⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 3

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao código de processo civil**: artigos 1º ao 69. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Coleção comentários ao código de processo civil; v.1. p. 98

⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 50

⁸⁸ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 58

⁸⁹ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 60

Para fins do presente trabalho, o fenômeno da constitucionalização do processo, pode ser dividido entre o direito constitucional processual, que estuda os temas constitucionais de processo, como direitos e garantias processuais na Constituição. Por seu turno, o direito processual constitucional versa sobre os temas processuais da Constituição – jurisdição constitucional –, como controle de constitucionalidade, ações constitucionais (*writs* constitucionais).⁹⁰

A situação acima é exemplificada por Nelson Nery Júnior ao mencionar que exemplos de textos normativos de direito constitucional processual são aqueles encontrados na CRFB/1988 no artigo 5º e os institutos de direito processual constitucional são aqueles como mandado de segurança, *habeas data* e ação direta de inconstitucionalidade.⁹¹

Este fenômeno decorre da própria inserção da força dos princípios no Direito, pois com a exigência que o direito material necessitou, com, além de regras e consequências, mas uma *forte dose de indeterminação*, que ocasionou uma revisão as fontes primárias, com a ascensão da jurisprudência no rol.⁹²

A relação entre processo e constituição, nasce do natural encontro entre o direito constitucional e o direito processual civil e se limitava a uma perspectiva ligada tão somente ao funcionamento do Estado, como, por exemplo, à competência para legislar em matéria processual.⁹³ Por outro lado, após as duas constitucionalizações do processo civil, esta perspectiva mudou.

A relação entre processo e constituição e a própria definição de processo constitucional, pode ser tido como o conjunto de atos aptos a ativar a função jurisdicional para defesa dos princípios constitucionais, em especial aqueles direitos fundamentais e, ainda, para que os órgãos jurisdicionais atuem conforme a vontade da Constituição.⁹⁴

⁹⁰ Sobre o tema, Soraya Lunardi critica a doutrina que estabelece a distinção entre direito processual constitucional e direito constitucional processos, pois, para a autora, os tipos de procedimento relativos ao processo de controle de constitucionalidade não se confundem com as garantias gerais e organização do processo, como devido processo legal e direito o contraditório. LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional**: análise de sua autonomia, natureza e elementos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 17

⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 54

⁹² ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 56

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao código de processo civil**: artigos 1º ao 69. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Coleção comentários ao código de processo civil; v.1. p. 98

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **O processo constitucional**. In BAZÁN, Victor (Coord.) *Defensa de la constitución, garantismo y controle*. Buenos Aires: Ediar, p. 753-765, 2003. p. 760.

Conforme mencionado nas primeiras páginas deste tópico, a constitucionalização do processo civil passa por duas fases, a primeira constitucionalização que reforça o processo com garantias mínimas, reconhecendo um grau de proteção ao processo civil para assegurar a ideia de limitar à atuação do Estado. É com a segunda constitucionalização do direito processual que se começa a falar em *direitos fundamentais* no processo civil. Nesta etapa, o Estado é colocado como meio para buscar um processo justo. Se a primeira constitucionalização remete ao pós-guerra, a segunda necessariamente remete à ideia do próprio Estado Constitucional, com a compreensão do processo à luz dos direitos fundamentais.⁹⁵

A comprovação da constitucionalização do direito processual é coroada com a CRFB/1988, com uma recuperação para o discurso jurídico, constitucionalização dos princípios e cláusulas gerais, abertura para um processo civil comprometido com o Estado de Direito, privilegiando o debate democrático e os direitos fundamentais, são, em especial, as provas deste fenômeno que se solidifica com a CRFB/1988.⁹⁶

Esta mudança de visão impacta diretamente no presente trabalho, pois o instituto processual que demonstra a passagem para uma constitucionalização dos princípios e com os direitos fundamentais como base, é o próprio direito probatório.

Sobre os postulados fundamentais do processo civil há uma subordinação do direito processual aos princípios constitucionais gerais e com especial destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana. A proteção da dignidade humana constitui como dever jurídico fundamental no Estado Constitucional e, além disso, fundamenta também a sociedade, com força protetiva de acordo com a situação que ameaça os bens jurídicos a serem tutelados.⁹⁷

E é por este fato que o princípio constitucional fundamental do processo civil, na visão de Nelson Nery Júnior, é justamente o devido processo legal, oriundo da versão inglesa do *due process of law*.⁹⁸

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao código de processo civil**: artigos 1º ao 69. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Coleção comentários ao código de processo civil; v.1., p. 101

⁹⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 57

⁹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 105

⁹⁸ Apenas à título de exemplo, o *due process of law* tem sua primeira manifestação com a Magna Charta de 1215, de João Sem-Terra (*King John Landless*).

O devido processo legal é forjado como garantia processual de obediência às normas, tanto no caso de restrição aos sujeitos em relação à liberdade e ao patrimônio, mas também serve de garantia para uma justa aplicação do próprio conteúdo das normas.⁹⁹

Para José Rogério Cruz e Tucci, o devido processo legal é um conjunto de garantias que determina a imposição obrigatória de diversos princípios, como correta e regular elaboração das leis com razoabilidade, senso de justiça, respeito à Constituição, aplicação da lei através de processo judicial e oportunidades iguais para partes envolvidas.¹⁰⁰

A distinção entre *due process of law* e o *procedural due process*, é explicada por Nelson Nery Júnior, na medida em que o sentido processual comporta um significado mais restrito e no direito americano é dividido nos deveres de comunicação adequada, um juiz imparcial, a oportunidade de defesa oral, a possibilidade de se produzirem provas, de oitiva de testemunhas, de contraditá-las, de ser assistido por um defensor e de possuir uma decisão fundamentada.¹⁰¹

Deste modo, as garantias constitucionais processuais são, justamente, aquelas que dizem respeito aos princípios do direito processual civil inseridos na Constituição Federal, dentre eles a legalidade, a obrigatoriedade de decisões fundamentadas e públicas, a garantia da ampla defesa e do contraditório.

Além das garantias citadas acima, o princípio da isonomia é fundamental para o Estado Democrático de Direito, pois é ele que garante aos litigantes o direito de receber do juiz um tratamento idêntico, conforme previsão do *caput* e inciso I do artigo 5º da CRFB/1988.¹⁰²

O princípio busca uma proteção da igualdade substancial, e não apenas da isonomia meramente formal, por isso garantias como prazo em dobro para partes com constituintes diversos, ou prerrogativas processuais concedidas às pessoas jurídicas de direito público,

⁹⁹ COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 51

¹⁰⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo**. Regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 16.

¹⁰¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 113

¹⁰² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

devem ser vistas não como infração ao princípio da igualdade, mas sim a consolidação da igualdade substancial para um processo justo.¹⁰³

Outro postulado e garantia processual constitucional é o princípio do juiz natural, de fundamental importância no Estado Democrático de Direito para manutenção dos preceitos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional.

O juiz natural é ainda aquele devidamente integrado ao Poder Judiciário que possui todas as garantias consagradas à magistratura na Constituição Federal, apto a proporcionar ao jurisdicionado um julgamento isento e imparcial, garantindo, ao mesmo tempo, a própria segurança de que o juiz não esteja sendo ameaçado ou coagido para proferir determinada decisão.¹⁰⁴

Além disso, CPC/2015 inaugura com o artigo 4º a tipificação do direito das partes de obterem uma solução integral do mérito justa e em duração razoável do processo, inclusive, de maneira satisfativa.

É importante advertir que o acesso à justiça não é apenas o direito de provocar o Poder Judiciário, um acesso ao Judiciário, mas sim a necessidade de que a tutela jurisdicional seja prestada em uma duração razoável e com efeitos concretos no mundo dos fatos: é fundamental que a decisão jurisdicional tenha efetividade.¹⁰⁵

Desse modo, percebe-se que a duração razoável do processo – que caminha ao lado do acesso à justiça - que adentrou em nosso ordenamento jurídico com a EC 45/2004,¹⁰⁶ cada vez mais confirma sua posição como garantia fundamental necessita ser observada pelos juízes.

Sérgio Bermudes destaca que a celeridade de tramitação do processo traduz-se na prática de cada ato processual, sendo que o atraso na prática de um deles repercute no conjunto, como o atraso em um trem em cada ponto de parada. A Emenda Constitucional 45/2004 não é suficiente para garantir a duração razoável do processo se não existirem meios

¹⁰³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 131

¹⁰⁴ COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 54

¹⁰⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26.

¹⁰⁶ Em relação à inclusão, por meio da Emenda Constitucional 45/2004, do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Luiz Guilherme Marinoni menciona a duração razoável do processo poderia ser visto como um corolário do direito fundamental de ação, inserido no inciso XXXV do mesmo artigo 5º. Contudo, ressalta a necessidade de se fixar um postulado constitucional autônomo para garantir o direito fundamental à duração razoável, por meio do inciso LXXVIII do art. 5º, pois não deixa nenhuma margem de dúvida sobre a sua projeção sobre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27.

para fazer célere o processo, sob pena de o dispositivo cair no vazio, não passando de um pensamento desejoso do legislador.¹⁰⁷

A bem da verdade, é que o princípio da duração razoável do processo (CRFB/1988, artigo 5º, inciso LXXVIII e CPC/2015, artigo 4º) decorre do desdobramento do princípio do direito de ação (CRFB/1988, artigo 5º, inciso XXXV), que assegura o direito de obter uma tutela jurisdicional adequada.

O referido princípio possui, ainda, dupla função: a primeira, assegurar o tempo de tramitação do processo, desde seu início até o final com o trânsito em julgado e; a segunda, incentivar e adotar os meios alternativos de solução de conflitos, com vistas a aliviar a carga de trabalho da justiça comum e abreviar a duração média do processo.¹⁰⁸

O fato é que o tempo de tramitação do processo não pode afetar a efetividade do processo, como sempre sói em acontecer. A necessidade de uma tutela jurisdicional tempestiva é que garante o efetivo acesso à justiça, que não pode se limitar a mera invocação da tutela jurisdicional do Estado, pois o fator tempo compromete de forma definitiva o escopo jurídico e social do processo.

O princípio da legalidade, consagrado no texto constitucional em seu artigo 5º, inciso II, é a própria consagração de uma estrutura sociopolítica que estabelece a separação dos poderes e atribui aos órgãos de representação popular a instituição destas leis.

Princípio processual com estreita relação com o direito de prova, é aquele que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CRFB/1988, artigo 5º, inciso LV).

Esta garantia assegura e se constitui como manifestação do princípio do estado de direito e tem ligação com o próprio princípio da igualdade das partes, pois assegura o contraditório no direito de ação e, também, no direito de defesa.

O contraditório consiste, ainda, no binômio informação e reação, pois os sujeitos do processo devem ter acesso aos autos para ter conhecimento das alegações das partes e demais integrantes da relação processual e, de posse de tais informações, contra-argumentar, apresentar declarações e produzir provas, fato que representa acesso e participação efetiva do

¹⁰⁷ BERMUDEDES, Sérgio. **A reforma do judiciário pela emenda constitucional nº. 45**: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11.

¹⁰⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 361

jurisdicionado nos atos processuais, na produção de provas e na construção do convencimento do magistrado.¹⁰⁹

Além dos princípios acima mencionados, é importante destacar que na perspectiva constitucional, o direito à prova é concebido como um direito público subjetivo e, portanto, uma conquista do Estado Democrático de Direito. O direito à prova é, portanto, assegurado pelo acesso à ordem jurídica justa (CRFB/1988, artigo 5º, inciso XXXV), que contém um complexo de direitos fundamentais, dentre eles o direito à prova. Abrange, não só o direito a introdução do acervo probatório nos autos do processo, mas também (i) o direito à proposição das provas, (ii) o direito de utilização e efetiva produção de provas relevantes e (iii) direito à valoração da prova.¹¹⁰

O direito à prova é a própria manifestação da garantia constitucional da ação e da defesa, pois assegurar o direito de alegar os fatos relevantes e de prová-los em juízo é assegurar as garantias processuais. Deste modo, em que pese o direito à prova não estar efetivamente previsto dentro os institutos fundamentais do direito processual, é fato que ocupa posição de grandeza no sistema processual, pois sem este direito, o devido processo legal, o contraditório e até mesmo o direito de ação e de defesa.

Poderia o órgão jurisdicional condenar alguém sem lhe proporcionar o direito de se manifestar sobre os fundamentos da punição? O contraditório é a consagração da demonstração ao magistrado de que os fatos nos quais se baseou ocorreram, ou não, ou permitem a aplicação de determinada sanção. Se a condenação fosse possível sem esta demonstração teríamos a punição sem o contraditório.¹¹¹

É por conta desta situação que o direito à prova deve ser entendido também como consequência do devido processo legal, pois nele está abrangida a ideia de um procedimento com a garantia constitucional da ação, não apenas com a mera instauração do processo. O direito de prova, neste caso, é componente necessário ao poder de agir, pois confere aos sujeitos do processo a utilização dos meios probatórios existentes para fundamentar sua pretensão.¹¹²

¹⁰⁹ COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 55

¹¹⁰ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 46

¹¹¹ DIDER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 16. ed. Bahia: JusPodivm, 2014. p. 56

¹¹² CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 117

O contraditório decorrente do direito constitucional de ação e de defesa é legítimo quando proporciona os princípios do devido processo legal e a isonomia, pois assim oferece às partes a possibilidade de manifestarem suas satisfação e insatisfação.

O processo é, ao fim e ao cabo, um procedimento estruturado em contraditório. Este contraditório é derivado do devido processo legal, pois reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. É a exigência para o exercício democrático de um poder. Nada obstante, o princípio constitucional do contraditório pode ser dividido em duas garantias, a primeira definida como a participação dos sujeitos do processo nos atos processuais (audiência, comunicação e ciência) e a segunda como possibilidade de influência e impacto na decisão, contudo, ambos perpassam pela produção de prova.¹¹³

O direito fundamental à prova, neste caso, passa a ocupar um espaço que efetivamente contribui com a participação processual dos interessados e legitima o poder estatal, pois o juiz leva em conta as provas, considerações e alegações produzidas pelas partes. Deste modo, para que a garantia constitucional do contraditório assegure o direito fundamental à prova, é preciso que confirme: (i) a admissão e produção dos meios de prova, típicos e atípicos, (ii) a proibição de manifestações e limitações probatórias que imponham obstáculos ou tornem praticamente impossível a prova dos fatos, (iii) o direito à contraprova e (iv) o direito à valoração da prova produzida.¹¹⁴

Há que se reconhecer a divergência acerca da existência de um direito fundamental à prova, entendido como aquele que garante iguais oportunidades de pleitearem a produção de provas, de participar nas deliberações e valorar a prova.¹¹⁵

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero também defendem a existência de um direito fundamental à prova, na medida em que a própria Constituição Federal estabelece que *são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito* (artigo 5º, inciso LVI), ao passo que o CPC/2015 prevê que *as partes têm o direito de empregar todos os meios*

¹¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 16. ed. Bahia: JusPodivm, 2014. p. 55

¹¹⁴ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 137

¹¹⁵ A divergência é apontada por Paulo Osternack Amaral na obra *Provas, atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 32

legais e legítimos para provar a verdade dos fatos e que se funde o pedido ou a defesa (artigo 369).¹¹⁶

Segue-se neste trabalho a linha adotada daqueles que entendem e defendem a existência de um direito fundamental à prova, extraído da própria Constituição, em especial nas garantias do justo processo, do princípio do contraditório, da ampla defesa, do direito de ação e do direito de defesa. Há, portanto, um direito fundamental subjetivo de prova no processo civil.

São desses princípios que decorre o direito de produzir todas as provas compatíveis com a lei, típicas ou atípicas, desde que idôneas e necessárias para comprovar as alegações. A compreensão dos princípios também permite a garantia de contraditar as provas produzidas pela parte contrária, ou pelo próprio juízo.¹¹⁷

No próximo capítulo, será estudado o direito de prova de maneira individual, com vistas a compreender qual prova é pertinente, qual o impacto no cerceamento de defesa quando da decisão cause gravame às partes, contudo, neste tópico essas considerações se limitam aos apontamentos acima.

Ponto que será abordado em tópico posterior é a existência de violação, ou não, ao princípio do duplo grau de jurisdição na produção de provas pelas Cortes de Justiça. A origem remonta ao artigo 158 da Constituição do Império de 1824, que dispunha sobre a garantia absoluta do duplo grau, com a reapreciação da causa sempre que a parte o quisesse.¹¹⁸

O que se buscou demonstrar no presente tópico foi a relação crescente e intrínseca do direito processual civil e do direito constitucional, em especial aos princípios processuais na constituição federal. Estabeleceu-se como premissa, ainda, as definições de alguns destes princípios, bem como seu impacto no direito probatório, com foco nos princípios do contraditório, devido processo legal e o direito fundamental à prova.

No próximo tópico – o que encerra este primeiro capítulo – serão estipulados os fundamentos para a atual fase do direito processual civil, como formalismo valorativo, que se caracteriza como aquela que aplica a orientação dos valores constitucionalmente protegidos e pelos direitos fundamentais na aplicação do formalismo processual.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1. p. 507

¹¹⁷ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 33

¹¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 324

1.4 DO PRAXISMO AO NECESSÁRIO FORMALISMO VALORATIVO

A forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade.

Rudolf Von Jhering

Esta última epígrafe demonstra o que será discutido no presente tópico, a caminhada do *praxismo* para a fase do formalismo valorativo, também chamado de *neoprocessualismo*. A importância deste tópico reside na necessária interpretação do processo civil com os aspectos éticos e com a afirmação do princípio da cooperação.

A forma, conforme a lição de Rudolf Von Jhering, permite que o arbítrio fique restrito dentro daquele procedimento, naquela forma. É uma segurança jurídica para o jurisdicionado. Por outro lado, a liberdade é assegurada da mesma maneira.

Inicialmente será necessário demonstrar uma rápida passagem pela evolução histórica do direito processual civil, com especial destaque para o *praxismo*, em que não havia distinção entre o direito processual civil e o direito material, posteriormente a fase do *processualismo*, momento no qual se demarcaram as fronteiras entre o direito processual civil e o direito civil, o *instrumentalismo*, que reconhece as diferenças entre o direito processual e o direito material, mas estabelece entre ambos uma relação circular de interdependência, de modo que o direito processual concretiza o direito material e confere sentido a ele. Por fim, serão analisados, de modo mais pormenorizado, a fase atual do processo civil, conhecida como *neoprocessualismo* – ou também chamado de formalismo valorativo, conceito utilizado no presente trabalho.¹¹⁹

O processo civil em sua fase *praxista* tinha como discussão o fato de o direito de ação ser considerado o próprio direito material, não poderia se falar, naquela época, em direito de ação isolado, mas tão somente o direito de ação se existisse direito material a ser protegido.

O direito de ação, portanto, era considerado o próprio direito material durante a fase *praxista* do direito processual civil, não compreendendo, portanto, a ação como direito

¹¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 16. ed. Bahia: JusPodivm, 2014, p. 33

autônomo, mas sim vinculado ao direito material e apenas colocando-se em movimento no caso de agressão ou ameaça, momento em que é considerado o direito de ação.

A discussão da teoria clássica da ação – também denominada imanentista – que vigorava quando da fase *praxista* nasce com Celso (Ist. I. IV, t. VI), a ação é o direito de perseguir o que nos é devido, sempre ligado a um direito material, se caracterizando como mera variante, um suplemento do direito material ameaçado.¹²⁰

O *praxismo*, teve forte início ainda no século XVI na Espanha e, na sequência, espalhou-se pela Europa. Nesse período o direito processual era considerado apenas um conjunto de regras e procedimento para proceder em juízo, sem qualquer preocupação com o estudo teórico do processo, com a confusão de direito material e direito processual.¹²¹

A mudança de perspectiva, ocorre com após a discussão entre Bernhard Windscheid e Johann Georg Theodor Albert Anton Muther, que tornou o direito processual civil como ciência autônoma, com distinção entre o direito processual civil e o direito material, sem vinculação entre o direito de ação e o direito material lesado.¹²²

É a obra de Oskar Von Büllow¹²³ – *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais* – defendida por muitos como o marco de separação entre as ciências, que alertou que os aspectos presentes em um processo, mesmo não relacionados pela questão de direito material trazida, necessariamente deveriam ser analisados pelo magistrado.¹²⁴

No direito brasileiro, esta forma de pensamento ainda estava presente e influenciou fortemente o legislador do Código Civil de 1916, que inseriu no ordenamento jurídico pátrio a consagração da relação entre direito material e direito processual civil, no artigo 75 do CC/1916,¹²⁵ que previa que a todo direito corresponde uma ação que o assegura.¹²⁶

¹²⁰ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47

¹²¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Florianópolis: Elsevier, 2012. p. 22

¹²² MORAES, Arthur Bobsin de. **Julgamento antecipado parcial do mérito**: a aplicação do artigo 356 do CPC/2015 na prática forense. Florianópolis: Emais, 2020, p. 23.

¹²³ Aqui faz-se menção à nota de rodapé n.4 (p. 18) do livro *A Instrumentalidade do Processo*, em que Cândido Rangel Dinamarco esclarece que Von Büllow não criou a ideia de relação jurídica processual e sua configuração tríplice, mas apenas racionalizou e desenvolveu, propondo inúmeros desdobramentos. Antes dele, de acordo com Dinamarco, Búlgaro já mencionava essa ideia, bem como as Ordenações do Reino e na obra de Betgmann-Holweg também à alusão à relação jurídica processual. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19

¹²⁴ PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de Direito processual civil**: roteiros de aula – processo de conhecimento. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 97

¹²⁵ Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.

¹²⁶ MORAES, Arthur Bobsin de. **Julgamento antecipado parcial do mérito**: a aplicação do artigo 356 do CPC/2015 na prática forense. Florianópolis: Emais, 2020. p. 24

Essa teoria – civilista – teve como um dos seus principais expoentes o jurista Karl Friedrich Von Savigny e sustentava que a ação se caracterizava como uma qualidade inafastável do direito, confundindo o direito material com o próprio direito de ação, ou seja, apenas aquele que possuía o direito, poderia invocar a jurisdição. As críticas à essa teoria residem nos questionamentos que surgiram com as perguntas relacionadas ao julgamento de improcedência, ou ao autor que busca apenas a declaração de inexistência de uma relação jurídica, pois ao julgar infundada a pretensão do autor, no primeiro caso, o juiz reconhece e declara que inexistente direito material, contudo, houve exercício do direito de ação.¹²⁷

José Roberto Santos Bedaque nos anos 2000 já chamava atenção da existência de resquícios de uma teoria imanentista de ação, insculpida no mencionado artigo 75 do CC/1916, contudo, segundo o autor, aquela disposição não mais poderia ser entendida como se o exercício do direito de ação decorresse unicamente da efetiva existência do direito material, pois, na verdade, todo direito afirmado pode ser objeto de uma demanda.¹²⁸

O primeiro passo para tornar o direito processual autônomo, foi a mudança, como dito acima, do conceito tradicional e civilista de ação, com a afirmação de que a *actio* romana não é instituto de direito material, mas sim processual, não se dirige ao adversário, mas ao julgador e não busca o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional. Em decorrência de tal fato, ocorreu a consciência da autonomia da ação e dos demais institutos processuais, com o reconhecimento da autonomia da relação jurídica processual, que se diferencia do direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos e seus objetos.¹²⁹

A fase do *processualismo científico* – pós polêmica entre Bernhard Windscheid e Johann Georg Theodor Albert Anton Muther – foi marcada pelos estudos que buscaram demonstrar o processo civil como uma relação jurídica entre as partes e o juiz e uma relação jurídica processual, diferenciada da noção de processo e procedimento.¹³⁰

¹²⁷ LIRA, Gerson. Evolução da teoria da ação. Ação material e ação processual. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 127-142, 1997. p. 130.

¹²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 18

¹³⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Florianópolis: Elsevier, 2012. p. 26

Após esta primeira grande modificação no direito processual, o processualismo científico é marcada por uma segunda fase, em que são estruturadas as bases para uma teoria geral do processo.¹³¹

Chegou-se, após os ensinamentos dos juristas cima, ao direito de ação, não apenas como o direito de afirmar o direito material em juízo, ou como o direito de formular os pedidos de tutela jurisdicional fundamentos no direito material, mas principalmente como o exercício do direito de ação, com o objetivo de permitir o julgamento do mérito dos pedidos e, versando a causa sobre direito material, exigir os meios de cumprimento da sentença. Foi com base no surgimento do conceito de direito autônomo de ação, *fase processualista*, que se eliminou a possibilidade de se pensar em inúmeras ações para tutelar cada uma das tutelas específicas de direito material.¹³²

Nesse período o processo passou a ser estudado com a autonomia que lhe é necessária em relação ao direito material, momento em que surgiram as principais e clássicas teorias sobre os pressupostos processuais, condições da ação e a natureza jurídica da ação e do processo.¹³³

Otávio Augusto Dal Molin Domit menciona que o fenômeno da construção de sistemas fechados deu causa a um caldo que apagou os vestígios do direito medieval, com os Códigos Napoleônicos de 1804 (Código Civil) e 1806 (Código de Processo Civil), que criou um substrato cultural que permitiu consolidar as bases para mudança, anos mais tarde, do movimento do direito processual como disciplina autônoma, fato que culminaria no *processualismo*.¹³⁴

Por seu turno, no direito brasileiro – muito impacto pela herança da tradição do direito português – o *processualismo* teve um indicativo no CPC/1939, com alguns elementos que o caracterizavam, como a oralidade, entretanto, a grande mudança para do sincretismo (praxismo) para o processualismo foi apenas definitivamente com o CPC/1973.¹³⁵ O expoente

¹³¹ Sobre o tema: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020; OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao código de processo civil: artigos 1º ao 69**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Coleção comentários ao código de processo civil; v.1. p. 312

¹³³ DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal: em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 123

¹³⁴ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo cível brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 183.

¹³⁵ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo cível brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 184

e principal responsável pela chegada e consolidação dos estudos do processualismo no Brasil, foi o italiano Enrico Tulio Liebman, que influenciou Alfredo Buzaid com os ensinamentos da escola histórica de Giuseppe Chiovenda.

Depois deste ponto foi difundida a cultura do processualismo dentro da doutrina nacional, que culminou na elaboração do próprio CPC/1973, elaborado, justamente, pelo discípulo de Enrico Tulio Liebman, Alfredo Buzaid.

Para Daniel Mitidiero, não há dúvidas que a formação inicial do processualismo é na Alemanha com a obra de Oskar Von Büllow e Adolf Wach, mas seu desenvolvimento e difusão são méritos da doutrina jurídica italiana, com Giuseppe Chiovenda é o elemento de ligação da cultura alemã com italiana. Desta forma, o Código de Processo Civil de 1973 consagra o processualismo no Brasil, organizando-se de modo a propor um esquema padrão de tutela dos direitos e do trinômio processual *cognição-execução forçada – cautela*, contudo, em função de sua neutralidade e distanciamento da realidade social, a legislação é marcada pelo individualismo, patrimonialismo, com direitos próprios de uma cultura oitocentista.¹³⁶

O CPC/1973 surge em descompasso com as tendências na Europa e, inclusive, com os recentes estudos da retomada do caráter instrumental do processo civil, que indicavam a necessidade de uma reabertura do processo para um viés ético, valorativa e que demonstrasse e se adequasse às necessidades sociais.

Com as premissas e considerações fixadas acima, que se chega ao *instrumentalismo do processo*, um novo paradigma processual, fecundado em um ambiente de revisão do Direito Processual, com seu efeito na combinação das ideias de um modelo construtivista e adequado a realidade.¹³⁷

Na segunda fase do direito processual faltou, justamente, uma postura crítica, pois o sistema era estudado apenas com uma visão introspectiva no exame dos institutos, categorias e conceitos fundamentais. Por sua vez, o costume era considerar o processo apenas como mero instrumento técnico à disposição para realização da ordem jurídica material, sem o

¹³⁶ MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid**. Revista de Processo, São Paulo, v. 183, p. 165-196, mai./2010. p. 191

¹³⁷ SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Processo civil contemporâneo: elementos para um novo paradigma processual. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 11-24, 1997. p. 23

reconhecimento dos resultados na vida das pessoas e a preocupação com a tutela dos direitos.¹³⁸

É essa conscientização da importância do processo na tutela dos direitos e nos seus resultados que será analisada nas próximas páginas.

A doutrina processual civil percebeu que o a nova visão do fenômeno processual é torná-lo instrumento cuja utilidade e função primordial sejam os benefícios e resultados práticos que o processo traz ao direito material a ser tutelado.

Esta mudança de fase no direito processual civil moderno visa garantir que o processo tenha o sentido de instrumento para tutela do direito substancial, na busca um processo que garanta a efetividade, ainda que permita adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto. Com essa premissa, chega-se à conclusão de que o direito processual deve se adaptar às necessidades do seu objeto, apresentado, deste modo, formas de tutela e de procedimentos adequadas às incontáveis situações asseguradas pela norma substancial, abandonando a ideia de neutralidade que existia no CPC/1973.¹³⁹

O fato é que o destino do processo não pode se tornar refém da forma, que também possui importância, mas apenas dimensionada pelos objetivos que a determinam, pois, a obediência à técnica elaborada pelo legislador é fundamental para garantir a liberdade e possibilitar que o processo funcione como instrumento para atingir a justiça.

A conclusão de que o processo não pode ficar refém da forma, desencadeou novos estudos ligados à fase instrumentalista do processo, com uma visão a partir de ângulos externos, visando cumprir os escopos sociais, práticos e efetivos, para obtenção da tutela jurisdicional.

Daniel Penteadó de Castro, com base nas considerações acima, destaca que o instrumentalismo possui duas faces, uma positiva e outra negativa. A primeira é relacionada com a própria efetividade do processo, no sentido de que ele seja potencialmente apto a obter uma tutela jurisdicional justa, por outro lado, o sentido negativo decorre da relativização de formalismos não seguidos.¹⁴⁰

O lado negativo corresponde ao *refluxo da escalada processualística que sucedeu às grandes descobertas dos processualistas na segunda metade do século passado*, tratando-se

¹³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 48

¹³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21

¹⁴⁰ CASTRO, Daniel Penteadó de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 75

assim de uma instrumentalidade realçada e invocada como fator na contenção dos exageros. A ressalva do objetivo da fase instrumentalista precisa ser feita, pois não se pretende *desprocessualizar* a ordem jurídica, mas sim desmistificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema.¹⁴¹

Por outro perspectiva, o aspecto positivo da instrumentalidade é a busca por um processo efetivo, que cumpra com sua função social e política e atinja a plenitude os seus escopos institucionais. Assim, a instrumentalidade não é aquela apenas do processo, como instituto processual, mas sim da própria jurisdição.

Desta forma, com a instrumentalidade, o processo civil brasileiro superou a postura introspectiva que o caracteriza desde à época de sua fase do processualismo científico. O direito processual passou a ocupar e ser encarado como um objetivo para assumir a feição de um sistema com escopos sociais e políticos, com um processo civil de resultados efetivos e preocupado com o fim social.¹⁴²

Até o presente momento este capítulo buscou demonstrar, a partir de uma análise evolutiva, as fases metodológicas pelas quais o processo civil brasileiro passou, bem como a contribuição de cada uma delas para ciência processual. Em breve síntese, a primeira fase metodológica – sincretismo, ou praxista – é marcada pela não autonomia do direito processual em relação ao direito material. A segunda, fase processualista, o processo passou a ser estudado de forma autônoma, marcada pelo surgimento das teorias clássicas sobre condições da ação, pressupostos processuais e natureza jurídica da ação. A terceira fase, marcada pela redefinição do direito processual e com o foco voltado na realização da própria justiça, nasce a fase do instrumentalismo, em que o processo deve ser estruturado e pensado como instrumento para realização do direito material, pensando o processo não como um fim em si mesmo, mas como um meio para atingir o acesso à justiça.

A evolução das fases do direito processual civil a partir de diferentes características permitiu a elaboração de uma nova fase, além da própria perspectiva instrumentalista. É sobre esta nova fase que tratam os próximos parágrafos.

Avançando nas fases metodológicas, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira estabelece uma nova e atual perspectiva, defendendo a valorização do processo civil como mecanismo para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, em busca da

¹⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. Malheiros, 1993. p. 269

¹⁴² DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo cível brasileiro**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016. p. 191

efetivação da justiça material, denominando esta diretriz metodológica como formalismo valorativo.¹⁴³

O formalismo valorativo representa, portanto, este resgate de uma compreensão do processo como direito fundamental, um reconhecimento da capacidade emancipatória e de sua vinculação aos próprios valores constitucionais, em especial da garantia e da liberdade.¹⁴⁴

As concepções e consequências do formalismo valorativo aprimoram a relação entre processo e Constituição, pois resguardam a efetivação dos direitos fundamentais através do processo. Desta forma, o processo passa a ser compreendido e aplicado como mecanismo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

De outro modo, o formalismo – ou forma em sentido amplo – se mostra mais abrangente, compreendendo não só a forma, ou a formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres do sujeito processuais, coordenação das atividades e ordenação do procedimento e do processo. A forma em sentido amplo contém a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo procedimento. O fenômeno do instrumentalismo controla, ainda, os eventuais excessos de uma parte em face da outra, tanto no plano normativo, que impõe uma equilibrada distribuição dos poderes entre as partes, sob pena de tornar-se o contraditório ineficiente.¹⁴⁵

É nesta quarta fase metodológica que o processo civil atravessa, que o foco do processo se volta a uma concepção que preza pela interpretação e aplicação das normas processuais e materiais na perspectiva de se garantir um processo justo e eficiente, que seja justo e que busca a efetiva justiça material.¹⁴⁶

Esta fase lida com a própria a domesticação do arbítrio estatal dentro do direito processual civil, sob o aspecto da norma constitucional, que visa solucionar os problemas relacionados entre ordem legal, justiça e liberdade.

Por seu turno, o exagerado processualismo, ao invés de solucionar os problemas de justiça e liberdade, cria dificuldades para o próprio escopo do processo, sendo que a atenção

¹⁴³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 5.

¹⁴⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações ente processo e constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 43

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7

¹⁴⁶ DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil: em busca da verdade**. Salvador. JusPODIVM, 2018. p. 125

deveria voltar-se aos conceitos processuais e aos resultados alcançados no processo, tanto no plano do ordenamento, como no plano da pacificação social.¹⁴⁷

O formalismo, portanto, nasce com proposta de combater este formalismo elencado por José Roberto dos Santos Bedaque, muito utilizado no dia a dia forense que, automaticamente, conduz a uma rigidez incompatível com a instrumentalidade do processo, com sua concepção e finalidade.

Independente das fases metodológicas do direito processual, o formalismo sempre abalizou o processo, de forma amena, ou incisiva, mas sempre colaborou de alguma forma com a organização do processo e a previsibilidade dos atos.

O processo é, portanto, além da técnica e fenômeno cultural, um produto do homem, e não da natureza, pois nele os valores constitucionais, em especial o da efetividade e o da segurança, cedem espaço aos direitos fundamentais e a técnica passa para segundo plano, como um simples meio para atingir o valor fim, que não é apenas a realização do direito material, mas sim a própria concretização da justiça no caso concreto.¹⁴⁸

O formalismo valorativo nasce da visão neoconstitucionalista mencionada no tópico 1.3 do presente trabalho, e é compreendido como a metodologia jurídica que traduz uma nova percepção sobre o formalismo, como um fator de colaboração na condução da relação jurídica material, que permite um processo válido, na efetiva atuação jurisdicional para concretização dos direitos fundamentais.¹⁴⁹

O formalismo, após diferenciar-se do instrumentalismo,¹⁵⁰ demonstra que não só a forma, ou as formalidades, mas a delimitação dos poderes e dos deveres dos sujeitos processuais é fundamental para ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a atingir suas finalidades constitucionais.¹⁵¹

¹⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 50

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3

¹⁴⁹ DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador. JusPODIVM, 2018. p. 130

¹⁵⁰ Sobre a diferenciação entre as fases metodológicas do processo, em especial o instrumentalismo e o formalismo valorativo, faz-se menção à obra de Hermes Zaneti Júnior e de Camila de Magalhães Gomes, *O processo coletivo e formalismo valorativo como nova fase metodológica do processo civil*. In Revista de Direitos Difusos, v. 53. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 20, que demonstra o modelo adequado ao Estado de Direito tradicional no formalismo valorativo e o modelo adequado ao Estado Democrático de Direito Constitucional no formalismo valorativo.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6

O CPC/2015 reconheceu e aplicou o formalismo valorativo, em especial em sua parte principiológica, como uma de suas diretrizes na condução e aplicação da técnica processual, visando à efetividade do processo, com dispositivos que corroboram com a constatação que o processo e a formalismo não podem ser um percalço ao alcance das finalidades da efetividade do próprio processo.¹⁵²

Alguns exemplos evidenciam o reconhecimento do formalismo valorativo no CPC/2015, em especial na possibilidade de correção dos vícios durante o trâmite da ação, com fundamento nos artigos 76, 282 e 283 do CPC/2015.¹⁵³

No âmbito recursal, a possibilidade de produção de prova e de aproveitamento dos atos processuais é mais uma demonstração da necessidade de se adotar a sanabilidade dos atos processuais defeituosos, com limites a segurança jurídica e boa-fé processual. O processo é instrumento de jurisdição e deve ser utilizado para obter a solução dos conflitos, não como um bem a que responde por si mesmo.¹⁵⁴

¹⁵² DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador. JusPODIVM, 2018. p. 132

¹⁵³ Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. § 1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária: I - o processo será extinto, se a providência couber ao autor; II - o réu será considerado revel, se a providência lhe couber; III - o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre. § 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator: I - não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente; II - determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido. Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte. § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

¹⁵⁴ São os artigos 932, 938, 1007, 1017 do CPC/2015: Art. 932. Incumbe ao relator: I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes; II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal; VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso; VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento

Para o presente trabalho, a relação do formalismo valorativo importa justamente no âmbito recursal, pois é o momento processual em que se pretende organizar e orientar a designação, condução e produção de prova. O formalismo valorativo é uma das peças que permite a produção de prova em segundo grau.

O formalismo valorativo é um norteador dos procedimentos recursais, de modo que se dê prioridade às matérias fáticas, com diligências capazes de garantir a instrução probatória

interno do tribunal. Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. § 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. § 2º Cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso. § 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução. § 4º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1º e 3º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso. Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. § 1º São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal. § 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias. § 3º É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos. § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção. § 5º É vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, no recolhimento realizado na forma do § 4º. § 6º Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecurável, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo. § 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias. Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída: I - obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; II - com declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal; III - facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis. § 1º Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela publicada pelos tribunais. § 2º No prazo do recurso, o agravo será interposto por: I - protocolo realizado diretamente no tribunal competente para julgá-lo; II - protocolo realizado na própria comarca, seção ou subseção judiciárias; III - postagem, sob registro, com aviso de recebimento; IV - transmissão de dados tipo fac-símile, nos termos da lei; V - outra forma prevista em lei. § 3º Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único. § 4º Se o recurso for interposto por sistema de transmissão de dados tipo fac-símile ou similar, as peças devem ser juntadas no momento de protocolo da petição original. § 5º Sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-se as peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia.

exigível no processo, permitindo uma maior probabilidade de atuação do jurisdicionado, valorizando as garantias constitucionais.¹⁵⁵

Tem-se, ainda, o formalismo valorativo no CPC/2015 em sua própria essencial, pois a regra é priorizar o julgamento do mérito, assegurando os objetivos do processo e visando sua efetividade, pautado na interpretação conforme a constituição e na condução de um processo que permita a realização do direito material.

A fase do formalismo institui importante elemento estruturante do processo civil, pois não se propõe negar a relevância e necessidade de se observarem as regras e formas estabelecidas que, justamente, garantem e asseguram os objetivos do processo, mas busca-se obter a solução dos problemas e pacificação valorizando o pensamento atual, que respeito e tenha consciência dos pilares constitucionais que devem ser aplicados ao direito material, com vistas a consecução de seu objeto.

Estas premissas garantem e asseguram, como mostrou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que o formalismo valorativo funcione como uma diretriz na observação dos procedimentos e na condução do próprio processo pelo magistrado. Sob pena de soar repetitivo, mas é relevante chamar atenção de que o formalismo valorativo é um dos fatores que sustenta a condução, determinação e designação de prova no âmbito recursal, pois valoriza o processo como mecanismo para concretizar o direito.

Como dito acima, não há pretensão de esgotar o tema, apenas demonstra que o formalismo valorativo compreende, ao fim e ao cabo, um conjunto de formas e ritos aptos a orientar o processo, com premissas balizadoras pelo Estado Democrático de Direito, de modo que através de um processo civil justo, seja possível alcançar a efetividade.

1.5 SÍNTESE DO PRIMEIRO TÓPICO

A leitura até este ponto teve o intuito de fixar as premissas para seguir adiante. Para avançar às próximas páginas, é fundamental que os tópicos anteriores tenham conscientizado da importância de um Código de Processo Civil elaborado sob um regime democrático, da necessidade de se interpretar conforme a constituição, da forte relação entre o processo e a Constituição e, por fim, a incidência da atual fase metodológica do formalismo valorativo como vetor essencial de interpretação e orientação do sistema processual civil.

¹⁵⁵ DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador. JusPODIVM, 2018. p. 136

Fixou-se, desta forma, que o atual CPC/2015, após inúmeras alterações e grandes reformas estruturais nos diplomas anteriores, trouxe – ou pelo menos buscou trazer - harmonia e correspondência ao sistema, unificando as legislações esparsas do sistema e se adequou com a própria evolução da sociedade, homogeneizando o sistema processual civil, deixando de lado o emaranhado de modificações e construindo um sistema uniforme e moderno.

Além disso, quanto ao mecanismo de interpretação, demonstrou-se que deve o intérprete perceber, compreender e aplicar as normas da CRFB/1988, quando da sua interpretação e aplicação dos demais ramos do direito, exaltando a harmonia do sistema jurídico, sob pena de se esvaziar a sintonia entre normas.

Quanto ao processo e a Constituição, a conclusão que se chegou foi acerca da própria tutela constitucional do processo garantir a conformação dos institutos processuais e o funcionamento dos princípios que descendem da ordem constitucional, de modo que o próprio processo deve refletir as bases do regime democrático.

No último tópico, realizou-se uma perspectiva histórica das fases do processo civil, iniciando pelo praxismo e chegando até o formalismo valorativo, concluindo que o formalismo valorativo deve funcionar como uma diretriz na observação dos procedimentos e na condução do próprio processo pelo magistrado.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE PROVA NO PROCESSO CIVIL

O segundo capítulo do presente trabalho será, naturalmente, um fixador de premissas para avançar ao próximo tópico. Este capítulo tem como razão de existir, estabelecer bases concretas sobre o direito de prova no sistema processual civil brasileiro. Ao longo das próximas páginas será possível encontrar uma história; a história do direito de prova e dos poderes instrutórios do julgador.

Este capítulo, tal qual o primeiro, também é dividido metodologicamente em quatro tópicos, cada um com uma razão de existir e elencados como degraus de uma escada, pois imprescindíveis para chegar ao último patamar.

A divisão está da seguinte forma: *Considerações sobre o direito de prova no processo civil; Um panorama da prova: conceito e perspectiva histórica; Fontes e meios de provas: as provas típicas e atípicas; Os limites aos poderes instrutórios, o princípio dispositivo e o convencimento do magistrado.*

O tópico inicial é composto de uma retrospectiva do direito de prova, pois elencados os conceitos que auxiliaram a construção da definição utilizada hoje pelo ordenamento jurídico. A razão deste degrau é possibilitar uma compreensão de como a prova foi, é e será tratada no direito brasileiro. O segundo ato permite uma análise das fontes e meios de prova no direito brasileiro, com destaque especial para os meios típicos de prova previstos pelo CPC/2015 e sobre os principais meios atípicos. Importante mencionar, que a fixação dos meios e fontes de prova é passo importante para comparar a produção em primeiro grau das provas em espécie e, conforme será abordado no último capítulo, nas Cortes de Justiça. As duas últimas partes possuem um tema em comum: os poderes do juiz. A primeira analisa os poderes instrutórios propriamente ditos, possibilidades e impactos na cooperação do processo. A segunda, por outro turno, volta suas considerações para os limites da condução do processo pelo juiz.

Deste modo, as próximas páginas serão integrais sobre o direito de prova no processo civil brasileiro, e, em que pese extenso, o presente capítulo é ponto central do trabalho, pois permite consolidar o entendimento sobre o tópico prova, antes de estudá-lo sob a ótica das Cortes de Justiça.

2.1 UM PANORAMA DA PROVA: CONCEITO E PERSPECTIVA HISTÓRICA

*Tolera a verdade alheia na mesma medida em que queres
que seja tolerada a tua.*

Eduardo Juan Couture

O jurista uruguaio Eduardo Juan Couture é reconhecido por sua excelência no campo do direito processual civil. Suas obras marcaram época e gerações de estudantes, advogados, magistrados e juristas de todas as regiões. Entretanto, uma de suas contribuições que merece destaque são os Mandamentos do Advogado,¹⁵⁶ obra em que o autor discorre sobre a ética, cortesia, direitos e deveres da advocacia. Um dos mandamentos é justamente tolerar a verdade do outro, em especial no processo, pois as verdades são muitas, dependendo da própria prova para convencer o julgador.

A análise deste tópico começa com a perspectiva histórica de como a prova evoluiu de forma considerável. Durante a Idade Média, o principal meio de prova eram as ordálias,¹⁵⁷ que funcionavam como o juízo dos Deuses, com situações envolvendo prova de fogo ou de água. De acordo com Rodrigo Xavier Leonardo, as ordálias significavam os mecanismos para que as divindades manifestassem sobre os problemas dos homens e conduzissem o julgador para sua decisão em torno da verdade absoluta.¹⁵⁸

A primeira etapa do presente capítulo, após as breves considerações sobre as particularidades da prova no direito medieval, será dedicada ao estudo do conceito de prova. Serão estabelecidas bases concretas posteriormente utilizadas como pilares para o entendimento dos próximos tópicos.

¹⁵⁶ COUTURE, Eduardo Juan. **Mandamentos do advogado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1979.

¹⁵⁷ Alguns exemplos demonstram como era o sistema de provas com ordálias: prova de água de ferver, em que se tirava um objeto do fundo de uma caldeira de água quente, de forma que, se o acusado, ao fim de três dias, não tinha qualquer sinal de queimadura, a prova lhe era favorável. Ou ainda, a prova de ferro quente, quando o acusado caminhava sobre as chamas em brasa por uma distância de nove passos e, caso não se queimasse, era considerado inocente. NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. **Theoria das provas e sua aplicação aos atos civis**. 2. ed., Rio de Janeiro: Jacinto, 1917. p. 24.

¹⁵⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 6

O termo prova decorre do latim *probo (probatio e probus)*, que significa bom, reto, honrado, o que permite afirmar que a conclusão do provado é autêntico, que corresponde à verificação e demonstração da autenticidade.¹⁵⁹

A necessidade de se demonstrar a comprovação de seu direito pelas provas e pelos meios de prova, de acordo com William Santos Ferreira, decorre da própria criação da intervenção estatal na vida em sociedade, pois os interessados levam ao Poder Judiciário – sujeito imparcial e competente para analisar as questões de fato e de direito – suas pretensões e a forma de convencê-los é, não apenas pelas alegações dos fatos, mas principalmente pelo emprego dos meios de prova.¹⁶⁰

Inicialmente, como noção introdutória do direito de prova, é fundamental compreender que o objetivo da prova é efetivar um determinado resultado prático a quem tem razão, na medida em que cada uma das partes justifica sua pretensão com base na sua versão e aquela que conseguir convencer o julgador – efetivar o determinado resultado – sagrar-se-á a vencedora.¹⁶¹

Antes de seguir adiante, alguns breves comentários sobre as relações entre verdade e prova são necessários, em especial para distinguir qual o real objetivo do processo, se é buscar a verdade, ou fazer com que cada parte prove suas alegações.¹⁶²

A descoberta da verdade sempre foi um dos objetivos do processo, isso porque é por meio do processo – em especial o de conhecimento – que o juiz revela a *verdade dos fatos*, aplicando a norma adequada àquela situação. Além disso, a verdade sempre foi fator de legitimação para o direito processual, pois as decisões judiciais são, ao fim e ao cabo, a aplicação objetiva do direito positivo aos fatos reconstruídos durante o processo de conhecimento.¹⁶³

A prova tem como função proporcionar o conhecimento sobre os fatos, é uma afirmação sobre a verdade no processo, não necessariamente a própria verdade, razão pela

¹⁵⁹ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47

¹⁶⁰ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 53

¹⁶¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 38.

¹⁶² Sobre o tema da verdade, consultar: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório**. Revista de Processo, São Paulo, n. 116, p. 335-371, jul./ago. 2004; BUONCRISTIANI, Dino. **L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 26

qual a prova da afirmação gira em torno de um fato e faz-se mediante o conhecimento, mas não prova não é conhecimento.¹⁶⁴

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda sobre a natureza jurídica da prova, entende que a prova, em processo, é o que permite ao juiz saber que, ao aplicar a lei, está a prestar com exatidão a tutela jurídica. No direito processual, continua Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, a prova tem como função chegar a uma certeza, uma vez que a litigiosidade busca o afastamento da dúvida.¹⁶⁵

A busca pela verdade substancial no direito processual era considerada ainda na antiga Roma, quando o *iudex* poderia se abster de julgar a questão que lhe era posta, nos casos em que o argumento não estava suficientemente esclarecido – logo, ausente de prova.¹⁶⁶ No direito romano, existiam, ainda, diversos meios de prova, como a confissão, testemunho e prova documental, sendo considerada como um mecanismo para convicção do julgador.¹⁶⁷

Novamente antes se prosseguir para os próximos tópicos – sobre conceito de prova e seus significados – breves considerações sobre a ultrapassada ideia de verdade formal e a verdade substancial são necessárias.

A verdade formal é aquela refletida no processo, aquela apta a sustentar a decisão judicial e formar o convencimento do magistrado¹⁶⁸. A verdade formal, portanto, perpassa a ideia de ficção da verdade, ao passo que a verdade substancial busca a absoluta essência do objeto. Entretanto, como advertido por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart *a ideia de verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão [...] vem perdendo seu prestígio no seio do processo civil.*¹⁶⁹

¹⁶⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 17.

¹⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. t. 4. p. 245

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29

¹⁶⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 8

¹⁶⁸ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Dogmática jurídica e o novo código de processo civil**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 1, p. 85-133, jan-mar. 1976, p. 99.

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 33

A produção de prova é o método utilizado e orientado para atingir a verdade da maneira mais fidedigna possível relacionado àquelas alegações sobre a matéria de fato, de modo a permitir o convencimento do julgador.¹⁷⁰

Entretanto, é preciso mencionar a ressalva feita por Francesco Carnelutti, ao expor que mesmo as provas não têm como conduzir – com segurança – à verdade sobre o fato, mas apenas contribuem com elementos sobre como, possivelmente, a situação pode ter ocorrido, mas não, necessariamente, levam à efetiva caracterização absoluta de como o fato ocorreu.¹⁷¹

É com essa função de contribuir e esclarecer ao juiz, que as provas fornecem os elementos necessários para a reconstrução dos fatos em juízo, de modo que ela possa formar seu próprio convencimento sobre a veracidade dos acontecimentos relatados pelas partes no processo.¹⁷² Deste modo, a atividade do juiz é verificar se a versão constante em juízo e alegadas pelas partes é aquela de acordo com a reconstrução dos fatos com as provas produzidas.

Michele Taruffo fundamenta sua premissa no sentido de ser possível chegar-se a verdade, desde que aceita como a correspondência entre o fato e a afirmação que se faz sobre ele. É daí que o autor estabelece uma linha de argumentação na seguinte linha: a) supor que o mundo externo exista; b) cada enunciado referente ao acontecimento do mundo real ou é verdadeiro ou é falso, em razão da sua efetiva ocorrência nesse mundo externo; c) esta verdade “objetiva” pode ser conhecida. Assim, a conclusão confirma a existência de uma verdade objetivamente considerada, mas ainda que essa verdade possa ser obtida e demonstrada. Por outro lado, rechaça a ideia de que a verdade seja o produto do consenso, considerando que algum fato possa ser verdadeiro, ainda quando ninguém acredite em sua ocorrência.¹⁷³

Desta forma, apesar de a prova possuir como destino o convencimento do juiz, não há uma uniformidade, pois diversa de juiz a juiz, tendo em vista a formação socioeconômico-cultural de cada um, o que influencia ao proferir a decisão.¹⁷⁴

¹⁷⁰ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas:** atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 28

¹⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio, certezza. Rivista di Diritto Processuale*, 2ª série, n. 20, Padova, Cedam, 1950, p. 4.

¹⁷² CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 49

¹⁷³ TARUFFO, Michele. *Simply the truth: el juez y la construcción de los hechos.* Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid, Marcial Pons, 2010. (Título original: *La semplice verità – il giudice e la costruzione dei fatti.* Bari: Laterza, 2009. p. 79)

¹⁷⁴ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 56

É assim também a posição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que exemplificam bem o caso ao mencionar que mesmo em dois processos idênticos, em que foram produzidas as mesmas provas, os juízes distintos podem chegar a duas conclusões completamente antagônicas, pois a produção de prova não se presta a reconstrução da verdade, mas a demonstração da veracidade das alegações das partes deduzidas no processo.¹⁷⁵

O conceito de verdade, sob este aspecto, não é quando se diz que um fato é verdadeiro, mas sim que sobre este fato apenas ocorreu o exame de consciência de verossimilhança em grau máximo, há uma certeza subjetiva de qual fato ocorreu.¹⁷⁶

A prova possui ainda muitos significados, pois pode se referir a mais de um sentido, na medida em que é alusiva aos fatos representados, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual a prova é obtida, ou até ao resultado do próprio procedimento.¹⁷⁷

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, é por esse caráter com múltiplos significados que a definição da figura de prova não pode estar subordinada exclusivamente no âmbito jurídico, pois trata-se de noção comum a todos os ramos da ciência.¹⁷⁸

Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga explicam que, no sentido jurídico (e é o que importa no presente trabalho), a prova como demonstração da verdade possui três linhas de acepções: a) utilizado como o ato de provar, como aquele que alega um fato e vale-se de todos os meios que demonstrem e comprovem suas alegações; b) em outras oportunidades é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito; c) pode ser definido, ainda, para designar o resultado produzidos pelos meios de prova utilizados para convencer o magistrado.¹⁷⁹

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 66

¹⁷⁶ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. 1, p. 164-192, 1955. p. 166.

¹⁷⁷ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55

¹⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 39

Sob as três perspectivas do conceito de prova – atividade, meio e resultado –, Paulo Osternack Amaral disserta que a prova como atividade relaciona-se com a instrução probatória, ou o conjunto de atos processuais praticados com o objetivo de reconstruir os fatos que buscam o convencimento do magistrado. A prova como meio está relacionada com a ideia do emprego de mecanismo para acessar as fontes de provas e trazer ao processo fontes para formar a convicção do julgador. Por fim, a prova como resultado é visualizada com o desfecho da valoração realizada pelo magistrado.¹⁸⁰

Por outro lado, a prova também pode ser entendida como todo elemento trazido pelas partes ao processo com o objetivo de contribuir com o convencimento do magistrado, em especial àquele relacionado com a verdade dos fatos da causa.¹⁸¹

Deste modo, como primeira conclusão, Paulo Osternack Amaral estabelece que é possível compreender a produção de prova no processo como aquela atividade destinada a provar as alegações de fato relevantes para a conclusão da causa. É, na verdade, um método orientado para atingir a verdade de forma mais fiel possível, para permitir a convicção do julgador.¹⁸²

A definição traçada acima é, de certo modo criticada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, pois esta definição de prova ligada à ideia de reconstrução de uma alegação de um fato demonstrado ao magistrado, fixando bases para que permita ao juízo ter a mínima certeza sobre os eventos ocorridos e a veracidade das informações, permitindo-lhe exercer sua função, está ultrapassada.¹⁸³

Para Aclibes Burgarelli, a prova no direito processual constitui-se como a realização de uma tarefa necessária – e obrigatória – para constituir o convencimento do magistrado. É, portanto, o meio e instrumento utilizado para a demonstração da veracidade do fato alegado – fato constitutivo de direito – e de sua ocorrência, com o conseqüente fundamento jurídico do pedido.¹⁸⁴

A prova tem ainda como referência a verdade de um fato e visa formar, na lição do professor português Miguel Teixeira de Sousa, a convicção do juiz sobre a verdade deste fato,

¹⁸⁰ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas:** atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 28

¹⁸¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 3. ed. São Paulo; Atlas, 2017. p. 227

¹⁸² AMARAL, Paulo Osternack. **Provas:** atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 28

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55

¹⁸⁴ BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis:** ilustrações doutrinárias e jurisprudenciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 53

mas, não sendo possível formar-se a convicção sobre a verdade, em certas situações, sua referência é a verossimilhança de um fato, exigindo-se, apenas, que o juízo forme sua convicção sobre a aparência de verdade de determinado fato.¹⁸⁵

Além disso, a referência não é apenas sobre um fato, mas também uma realidade conjectural, como a uma previsão – montante da pensão de alimentos devido ao alimentando – ou ainda a uma hipótese – quando se procura provar o que teria acontecido quando algo não tivesse sido omitido.¹⁸⁶

Enrico Túlio Liebman, também defende a posição acerca de uma definição de prova como meio para dar o conhecimento de um fato e fornecer a demonstração para formar a convicção da verdade de um fato específico.¹⁸⁷

Em obra dedicada ao tema da prova, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, entendem ser possível dizer que a prova não tem apenas por objeto a reconstrução dos fatos que servirão de base e fundamentação para aplicação da regra jurídica abstrata, concretizada na decisão judicial, que deverá reger o caso concreto. A função da prova, neste caso, é também valer-se como instrumento de argumentação durante o diálogo judicial, como um elemento de convencimento do juiz.¹⁸⁸ Aqui, a prova deve ser entendida como um auxílio utilizado pelas partes para o convencimento de suas versões, mas não necessariamente a reconstrução dos fatos.

Sobre o duplo sentido da prova, Alexandre Freitas Câmara explica que o termo prova pode ser empregado de duas formas: a primeira, em um sentido subjetivo que visa o convencimento de alguém a respeito de uma alegação, trata-se de uma percepção subjetiva da prova. É a afirmação de que alguém foi convencido de que determinado ato ocorreu. Por outro lado, no sentido objetivo, prova é qualquer elemento trazido ao processo na tentativa de comprovar uma afirmação como verdadeira. É quando um dos sujeitos do processo aduz que determinado documento faz prova de uma alegação.¹⁸⁹

¹⁸⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil**: Ensaio sobre o raciocínio probatório. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 31

¹⁸⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil**: Ensaio sobre o raciocínio probatório. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 31

¹⁸⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile – Principi*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992, v. 1, p. 318

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 251

¹⁸⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 228

Assim, o conceito de prova reúne esse duplo sentido, como um elemento trazido ao processo – objetivo – e como o elemento para contribuir com o convencimento do magistrado – subjetivo.

Ainda sobre o duplo sentido da prova, é o meio para demonstrar um fato jurídico, ou ainda, o meio necessário para fornecer ao juízo o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos no processo. Por outro lado, subjetivamente é a própria convicção do juízo, que se forma com a análise dos fatos deduzidos no processo.¹⁹⁰ Desta forma, com base neste duplo sentido, a prova é a soma dos fatos produzidos no processo que permitem a convicção do magistrado.

Para Giovanni Verde, um dos conceitos de prova é aquele que a caracteriza como qualquer instrumento capaz de reviver no processo atual um fato acontecido no passado, uma espécie de ponte entre o fato pretérito e o presente.¹⁹¹

O conceito jurídico de prova, independentemente da existência de processo, como todo e qualquer objeto ou manifestação capaz de fornecer ao juiz a convicção sobre as afirmações deduzidas pelas partes no processo.¹⁹²

A pluralidade do conceito decorre da noção tripartida da própria prova, como atividade, meio e resultado. Como atividade, a prova é sinônimo de instrução – do conjunto de atos – realizados pelo juízo e pelas partes para reconstrução dos fatos que fundamentam a pretensão, denominado procedimento probatório. Como meio, a prova é o instrumento pelo qual as informações sobre os fatos são introduzidas no processo. Por outro lado, como resultado, é a valoração e êxito no convencimento do juízo.¹⁹³

William Santos Ferreira também concorda com os diversos sentidos da prova, razão pela qual estabelece três consequências desta pluralidade de conceitos:

i) *ação de provar (actus probandi)* – atitudes das partes ou de quem participa do processo para demonstrar a correção de determinada afirmativa fática, quando o autor ou o réu juntam um documento ou quando o próprio juiz, utilizando-se dos seus deveres-poderes instrutórios, determina a realização de uma prova; ii) *meio de prova* – é o caráter objetivo de uma prova, a forma pela qual as provas são produzidas; meios de prova são os instrumentos utilizados para solução das questões fáticas: provas periciais, testemunhal, documental etc; iii) *resultado* – é o caráter subjetivo da prova, o esclarecimento da questão fática, o resultado, confirmado pelo convencimento do juiz acerca da ocorrência ou inoocorrência de determinado fato. A

¹⁹⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 310

¹⁹¹ VERDE, Giovanni. **Prova legale e formalismo**. Il Foro Italiano, parte V, colunas 465-474, 1990.

¹⁹² LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 19

¹⁹³ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48

distinção entre prova (ação de provar) e meios de prova é relevante, algumas vezes no Código de Processo Civil é admitida a produção de prova, mas não determinado meio, como ao não admitir prova exclusivamente testemunhal em contratos de valor superior ao décuplo do salário-mínimo.¹⁹⁴

A importância dos conceitos acima reside no diálogo dos sentidos da prova, com o próprio objeto da prova. O objeto da prova são as alegações efetuadas pelas partes acerca dos fatos ocorridos, estes fatos compreendidos como os acontecimentos passados – ou aqueles presentes que poderão ser considerados – que buscam sua confirmação de veracidade com a instrução do feito.¹⁹⁵

Além disso, a prova tem como função permitir o embasamento do magistrado a partir das proposições formuladas pelas partes, com o objetivo final de convencer o juízo da validade dos argumentos. É dessa afirmação que decorre a lógica de que apenas as afirmações de fatos controvertidas são objeto da prova, pois as afirmações de fato sobre as quais não há dúvida são incontroversas, razão pela qual fora da investigação processual.¹⁹⁶

É possível compreender a função da prova de uma maneira dupla: demonstrativa, que está relacionada com a atividade de formar a convicção sobre a verdade de um fato controvertido (demonstrar a veracidade do fato). A segunda maneira, eliminação da incerteza, é o vértice da função da prova voltada a dissipar uma dúvida sobre determinado fato, como o montante do dano sofrido pelo réu. Nesse caso, a realidade processual mostra a resolução da dúvida através eliminação da incerteza sobre este fato, e não da criação da certeza.¹⁹⁷

Sobre os fatos controvertidos, é preciso destacar que estes não são encontrados pelos meios de prova, mas cognoscíveis por estes meios, razão pela qual o trabalho probatório não alcançará estes fatos, mas sim a conclusão de algo que muito possivelmente pode ter ocorrido, estar ocorrendo ou, ainda, poder ocorrer.¹⁹⁸

Este trabalho probatório tem como função à demonstração da veracidade das afirmações de fato (controvertidos) deduzidas no processo, é quando o julgador faz a síntese

¹⁹⁴ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 54

¹⁹⁵ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 53

¹⁹⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil: ensaio sobre o raciocínio probatório**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 32

¹⁹⁸ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 56

dessas afirmações e vale-se do binômio argumento-decisão, formando sua conclusão de modo imparcial.¹⁹⁹

A discussão dos fatos controvertidos surge, inclusive, diante do ônus de alegar e de provar os fundamentos de fato indicados na petição inicial, tendo em vista a obrigatoriedade de indicar os fatos e fundamentos, bem como as provas que o autor pretende produzir. Do mesmo modo, compete ao réu contrapor e alegar em sede de contestação, suas razões de fato e de direito para impugnar a versão do autor, bem como especificar suas provas.²⁰⁰

A demonstração da veracidade não tem como destinatário apenas o magistrado, mas também as partes. Há que se convencer as partes, conferindo legitimidade e autoridade no processo, de que decisão judicial foi proferida com base nas provas produzidas nos autos, de modo que a decisão se encontre aderente à realidade de fato ocorrida.²⁰¹

Com o advento do Estado Constitucional a prova não é mais destinada unicamente ao magistrado, pois sua razão de existir transcende o individual, pois milita em favor da resposta devida e esperada por todos os envolvidos no processo.²⁰²

Desse modo, pode-se afirmar que os reais destinatários das provas são os próprios sujeitos do processo; o processo em si, pode ser entendido como o destino das provas, pois absorve as provas produzidas e as reflete em todos os sujeitos do processo. Mas à quem as provas são destinadas – afinal, se a prova é entendida como direito fundamental, necessita de uma pessoa como destinatário – são os sujeitos.²⁰³

A absorção das provas pelo processo é o que pauta o julgamento da causa, pois irrelevante quem as tenha produzido ou as levado ao conhecimento judicial. Esta é a própria definição do princípio da aquisição das provas – comunhão das provas – que prevê a incorporação da prova produzida, sem pertencimento à parte que a produziu.²⁰⁴

¹⁹⁹ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 56

²⁰⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 27

²⁰¹ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 56

²⁰² LANES, Júlio César; POZZATI, Fabrício Costa. O juiz como o único destinatário da prova? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório** 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 97-108, 2018, p. 99.

²⁰³ Aqui um exemplo torna a situação didática: ao enviar um e-mail, há o destinatário (pessoa a quem o e-mail foi destinado) e o destino (caixa postal/de entrada). No direito probatório, a situação é a mesma: há um destinatário (sujeitos do processo) e um destino (processo).

²⁰⁴ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 34

Um exemplo torna a situação de fácil compreensão: imaginemos que, caso a prova pertencesse à parte que a produziu, bastaria, diante de um cenário contrário, desistir de determinada prova. A aquisição da prova decorre, portanto, da conclusão de que não há como saber, de antemão, quem aproveitará determinada prova, pois, além de não existir hierarquia entre as provas, o destino no processo e a conseqüente valoração será traçado pelo magistrado da causa, que decidirá de acordo com seu convencimento a partir do conjunto probatório produzido nos autos.

Em relação ao destinatário da prova é preciso ter claro que o juiz não é o único destinatário, mas sim todos os sujeitos do processo. Desta forma, há um destinatário direto da prova – juiz – e os destinatários indiretos – sujeitos do processo.²⁰⁵

O destinatário direto – juiz – possui esta definição, pois a prova tem como finalidade trazer alguma contribuição para formação do convencimento justamente do magistrado, motivo pelo qual é facultado ao julgador indeferir provas inúteis ou protelatórias, bem como apreciar aquelas produzidas. Por outro lado, os destinatários indiretos – sujeitos do processo – são assim chamados pois são as provas por eles produzidas que buscam o convencimento do magistrado, bem como sobre a recorribilidade de determinada decisão que apreciou e valorou determinada prova pelas partes produzidas. É esta avaliação sobre a recorribilidade que torna os sujeitos partícipes e destinatários indiretos das provas produzidas.²⁰⁶

Pelo fato de a destinação da prova ser o processo e não o magistrado, é que, depois de produzida, a prova não pertence a quem a produziu, razão pela qual a prova produzida pelo autor pode favorecer o réu, e vice e versa. Desta forma, se o réu produziu determinada prova e esforçou para tanto, mas sua valoração favoreceu o autor, assim será conduzida e o resultado será o mesmo.

Essa condução permite que magistrado apure a matéria de fato controvertida com fundamento nas provas produzidas pelas partes, independentemente de quem a tenha produzido. Miguel Teixeira de Sousa diferencia a condução das questões de fato e de direito pelo juízo da seguinte forma:

a) para a decisão de qualquer processo pelo tribunal releva tanto matéria de direito, como matéria de facto, dado que o tribunal aplica o direito à factualidade apurada no processo. Segundo a regra *iura novit curia*, a questão de direito é resolvida pelo juiz, normalmente sem a intervenção das partes na determinação do direito aplicável à apreciação da causa. Diferentemente, o apuramento da matéria de facto exige, sempre que alguma desta matéria seja controvertida, uma actividade de produção e

²⁰⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo; Atlas, 2017, p. 231

²⁰⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo; Atlas, 2017, p. 231

um juízo de avaliação da prova destinados a dissipar a incerteza sobre os factos controvertidos.

Esta actividade e este juízo limitam-se a procurar saber se os factos alegados pelas partes são verdadeiros. Não se trata, em regra, sobre factos em geral, mas apenas de confirmar a verdade dos factos alegados em juízo por uma das partes e que se tornaram controvertidos por terem sido impugnados pela outra parte²⁰⁷.

A decisão justa mencionada acima permite a discussão acerca de um direito fundamental a prova, extraído da leitura e da interpretação da CRFB/1988, principalmente pelas garantias do justo processo, do contraditório, da ampla defesa, do direito de ação e do direito de defesa.

A existência do direito fundamental da prova gera consequências, tanto para as partes, como para o magistrado, pois, de um lado está o direito de produzir todas as provas compatíveis com a legislação, sejam típicas ou atípicas, aptas a comprovar suas alegações e garante que elas sejam contraditadas com as provas produzidas pela parte contrária.²⁰⁸

Esta possibilidade de contraditar as provas produzida pela outra parte compõe o próprio princípio do contraditório no procedimento probatório e permite que ambas as partes tenham iguais condições de pleitear a produção de provas, pois, caso contrário, impor-se-ia uma situação inadmissível, em que um dos litigantes ficaria impedido de produzir e indicar as provas que pretende valer-se.

O direito fundamental à prova, conteúdo do próprio direito fundamental ao contraditório, compõe-se de algumas situações jurídicas, como o direito à adequada oportunidade de requerer as provas, direito de produzir as provas, de participar da produção de prova, de se manifestar sobre a prova produzida e o próprio direito ao exame da prova pelo órgão julgador.²⁰⁹ É fundamental, ainda, pois de nada valeria possuir o direito de produzir a prova, mas o órgão julgador sumariamente ignorá-la.

Sobre a classificação das provas, Francesco Carnelutti estabelece que prova direta é aquela por meio do qual o juiz percebe com seus próprios sentidos, o próprio fato que se quer provar – inspeção judicial. Por outro lado, a prova indireta é aquela por meio do qual o juiz percebe um fato que presente o próprio fato que se quer provar como, por exemplo, um documento. A diferença entre os dois, portanto, é a divergência no fato de provar e no fato

²⁰⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil**: Ensaio sobre o raciocínio probatório. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 29

²⁰⁸ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 33

²⁰⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 41

percebido pelo juiz, pois a prova indireta apresenta a separação entre o objeto da prova (documento) e o objeto da percepção (o que se quer provar com o documento).²¹⁰

A prova possui, ainda, as seguintes divisões: quanto ao objeto, as provas são diretas (referem-se ao próprio fato probando) e indiretas (relacionadas, não ao fato probando, mas ao fato do qual pelo trabalho de raciocínio se chega àquele); quanto à fonte, são pessoais (afirmação pessoal consciente), ou reais (que se deduz do exame das coisas, na atestação inconsciente); em relação à forma, são orais (afirmação pessoal), documentais (afirmações escritas ou gravadas, escrituras), materiais (qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando); quanto à preparação, podem ser casuais (provas preparadas durante o processo) ou pré-constituídas (em sentido amplo, as provas preparadas preventivamente); podem ser, ainda, compostas, que é o resultado da concordância de muitos meios de prova, sendo a combinação de vários meios imperfeitos.²¹¹

Sobre os meios de provas o próximo tópico será integralmente dedicado, razão pela qual cumpre, agora, discorrer sobre como o atual diploma processual se debruçou sobre o tema da prova. O CPC/2015 dedicou o Capítulo XII do Livro I (Parte Especial - o processo de conhecimento e do cumprimento de sentença - artigo 369 ao artigo 484) para tratar sobre o direito de prova.

No campo das novidades, em que pese já pontuado em tópico anterior, chama atenção da doutrina a substituição da expressão *o juiz apreciará livremente a prova*, conforme antigo artigo 131 do CPC/1973 e agora com previsão no artigo 371 do CPC/2015.²¹² Além disso, o artigo 372²¹³ prevê expressamente a possibilidade da utilização de prova emprestada, desde que assegurado o contraditório, mesmo com dúvida se este contraditório deve ser respeitado no processo em que foi produzida a prova original, ou no processo em que toma a prova emprestada.

²¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **A prova cível**. Lisa Pary Scarpa (trad.). 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 83.

²¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 44

²¹² Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

²¹³ Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Deste modo, com os exemplos acima mencionados, denota-se que o CPC/2015 firma suas bases na participação democráticas na produção de provas, com efetiva contribuição das partes para formação do convencimento judicial.

É com base nesses fundamentos e argumentos que se pretende analisar os próximos tópicos do presente trabalho, pois até este momento foi possível demonstrar um pouco do direito de prova, mas em especial uma análise mais ampla do instituto, sem adentrar nos pormenores das provas em espécie, dos meios de prova, das provas típicas e atípicas.

Nas próximas laudas, portanto, serão fixadas as premissas para compreender como aplicar, no caso concreto, a produção de prova nas Cortes de Justiça e Cortes Supremas, como por exemplo, quais os poderes do magistrado neste caso, até onde a prova é destinada tão somente ao magistrado.

2.2 FONTES E MEIOS DE PROVAS: AS PROVAS TÍPICAS E ATÍPICAS

*O meu pulso, como seu, marca o tempo calmamente,
E soa música saudável. Não é loucura
O que eu proferi; é só me pôr à prova
Que repito, palavra por palavra.
Hamlet, de William Shakespeare.²¹⁴*

Este tópico será uma longa jornada sobre as provas típicas e atípicas do direito brasileiro. A justificativa de analisar os meios atípicos, decorre da mudança em que a sociedade passa, pois os códigos não são capazes de acompanhar a mudança líquida de nossa sociedade. Por outro lado, a necessidade de estudar os meios típicos se fundamenta na fixação de premissas para compreender como será a produção de prova pelas Cortes. A frase acima representa a própria impugnação ao depoimento pessoal, pois a Rainha questiona Hamlet sobre suas falas, que responde que basta colocá-lo à prova, que repetirá, palavra por palavra.

Para saber quais são as possíveis provas que podem ser produzidas durante o processo, é necessário estabelecer inicialmente o conceito do objeto da prova, pois é ali onde serão envidados os esforços para o convencimento do magistrado.

²¹⁴ SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2020, p. 92

O objeto da prova são aqueles fatos pertinentes ao litígio e relevantes para a solução da causa. Como dito acima, são aqueles fatos controvertidos, ou seja, afirmado por uma parte e impugnados pela outra.²¹⁵

É em função da existência do contraditório – que dá origem aos fatos controvertidos – que as partes sabem sobre quais fatos deverão produzir as provas, pois absolutamente necessário conhecer esta informação durante a fase probatória.

Alexandre Freitas Câmara explica que se pode pensar que são apenas quatro os tipos de fatos os que mais frequentemente aparecem nos processos. Segundo o autor, além dos fatos constitutivos do direito, impeditivos do direito, modificativos do direito e extintivos do direito, existem outros que podem ser alegados.²¹⁶

Em relação aos quatro tradicionais – constitutivo, impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor – discorre-se brevemente. O primeiro deles, é fato constitutivo do direito, aquele fato do qual nasce o direito posto em juízo e é também a causa de pedir remota da demanda. O segundo fato é aquele impeditivo do direito, que é aquele contemporâneo ao constitutivo, mas que possui força para impedir que o direito efetivamente se constitua. Os fatos modificativos são aqueles superveniente aos constitutivo de direito, mas que tem o condão de alterar a substância do direito. Por fim, os fatos extintivos são aqueles também superveniente, mas que ao invés de alterar o direito do autor, fazem com que ele desapareça.²¹⁷

Para Giuseppe Chiovenda, os fatos constitutivos são aqueles que determinam a existência de direito, do qual surge uma relação jurídica. São os fatos que normalmente produzem efeitos jurídicos.²¹⁸ Os impeditivos, para Rodrigo Xavier Leonardo correspondem ao conjunto de fatos que sustentam impedimento, total ou parcial da situação jurídica pleiteada pelo autor. Além dos fatos impeditivos, os modificativos também pressupõem o direito do autor, pois buscam modificar o direito em virtude de fato posterior.²¹⁹

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda divide quatro causas modificativas do direito do autor, sendo a primeira, e em seguidas as outras três, aquela quanto ao sujeito, ou

²¹⁵ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**: teoria do processo e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 822.

²¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 236

²¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 237

²¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 511

²¹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 155

quanto ao objeto, ao suporte fático sobre o que incide a regra jurídica, ou quanto à própria regra jurídica.²²⁰

Por sua vez, os demais fatos que podem ser objeto de prova são aqueles que impedem, por exemplo, o fato extintivo. A seguinte situação demonstra um fato impeditivo do fato extintivo:

Imagine-se, por exemplo, um processo no qual o autor cobra do réu uma dívida resultante de um contrato (sendo o contrato o fato constitutivo do direito do autor). O réu, então, alega em sua defesa o pagamento (fato extintivo do direito). Pode ocorrer, então, de o autor, na réplica, afirmar que o pagamento foi inválido por ter sido feito a mandatário sem poderes para recebê-lo (fato impeditivo da eficácia extintiva do pagamento). Pois o texto do artigo 373 não dá solução a uma relevante questão: sobre quem incidiria o ônus da prova acerca deste último fato alegado (o fato impeditivo do fato extintivo)? Daí por que é multissecular a afirmação de que o ônus da prova incumbe a quem alega (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*).²²¹

A compreensão de como os fatos controvertidos são objeto de prova é fundamental para o exame dos conceitos de meio de prova e fonte de prova, pois necessário para identificar, por exemplo, a diferença entre provas típicas e atípicas, bem como perceber qual a atividade permite a atipicidade da prova.

Fonte de prova são aqueles elementos externo ao processo de onde provém a informação. Paulo Osternack Amaral, classifica como os sujeitos do processo, as coisas passíveis de serem examinadas, os fenômenos naturais, como maré e nascer do sol, ou os fenômenos artificiais, como exame laboratorial. É a partir dessas informações que o juiz adquire conhecimento acerca dos fatos relevantes para o processo.²²²

Marcelo José Magalhães Bonizzi explica que os procedimentos previstos no capítulo das provas em espécie (artigo 381 ao artigo 484) referem-se aos meios de prova que são admitidos no processo, mas deixa claro a diferença, por exemplo, no caso da produção de prova testemunhal, pois a testemunha será sempre a fonte da prova, enquanto o modo pelo qual o depoimento é colido, será o meio dessa prova ser produzida no processo.²²³

A necessidade da distinção entre fonte e meio de prova, decorre de uma dupla finalidade, primeiro por permitir explicar ao juiz os deveres e faculdades para esclarecer os fatos tidos por controvertidos, em razão de ser o próprio magistrado que ordena os meios de

²²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. t. V, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 315.

²²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 237

²²² AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 57

²²³ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 28

prova para verificar os fatos afirmados pelas partes. O juiz pode determinar os meios de prova para esclarecer os fatos, mas nunca investigar as fontes de prova não existente nos autos.²²⁴

O segundo ponto relevante da diferenciação entre meio e fonte de prova, é que ao distinguir fontes e meio de prova é possível determinar o limite entre as leis materiais e processuais para tratar o tema da prova. Desta forma, os meios de prova, assim compreendidos como os mecanismos destinados a conhecer as fontes de prova, serão disciplinados pelas leis processuais, como por exemplo, perícia e depoimento pessoal.²²⁵

Ainda na seara deste segundo ponto, o próprio Código Civil possui diversos dispositivos que tratam, das provas (artigos 226, parágrafo único artigo 227, artigo 228 e seguintes²²⁶), mas que o objetivo principal da prova é de influenciar o convencimento do juiz dentro do processo, o que permite afirmar que a disciplina da prova pertence ao próprio direito processual.²²⁷

Os meios são as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova da fonte. Por isso, as fontes de prova são aquelas do cotidiano, com as coisas, pessoas e fenômenos. Assim, os meios permitem levar os fatos para o magistrado.²²⁸

Somente há sentido em falar-se na contraposição entre meio e fonte de prova se o objeto de estudo são as provas indiretas.

O meio de prova é a atividade do juiz mediante a qual se busca a verdade do fato e a fonte de prova ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade. E as fontes de prova,

²²⁴ Acerca da natureza da prova: REGO, Hermenegildo de Sousa. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

²²⁵ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 58

²²⁶ Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios. Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos. Art. 227. (Revogado) Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito. Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas: I - os menores de dezesseis anos; II - (Revogado); III - (Revogado); IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes; V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade. § 1º Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo. § 2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva.

²²⁷ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 28

²²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 39

por outro lado, podem ser classificadas em duas categorias: em sentido estrito, como aqueles fatos que servem para a dedução do fato a provar (o fato representado ou fato probando). A segunda categoria, são as fontes de presunção, entendidos como os fatos que servem para dedução do fato a provar e que não estão constituídos pela representação daquele fato, em resumo, os fatos secundários ou circunstanciais, como os indícios.²²⁹

O meio de prova, desta forma, consiste no instrumento utilizado para se chegar ao conhecimento dos elementos externos. São as operações ligadas à atividade probatória, que proporcionam ao julgador condições de apreciar determinada prova. São as técnicas pelas quais o magistrado toma contato com a fonte de prova, para, então, extrair da fonte o conhecimento do fato.²³⁰

Os meios de prova, portanto, são os mecanismos através dos quais a prova é levada ao processo. Alguns dos meios estão expressamente previstos em lei, como a prova testemunhal ou documental, razão pela qual são conhecidos por *provas típicas*. Por outro lado, admite-se meios de prova que não estão previstos expressamente na legislação, conhecidos como *provas atípicas*, conforme previsão do próprio artigo 369 do CPC/2015.²³¹

É sobre as provas típicas e atípicas que os próximos parágrafos serão dedicados, isso porque típicas, ou atípicas, a prova será admitida se for lícita.

Eduardo Cambi classifica as provas típicas, ou nominadas, como aquelas que estão previstas e reguladas por lei. Ao contrário das provas atípicas – ou inominadas – que são aquelas que podem levar elementos de conhecimento dos fatos da causa, mas não estão especificamente reguladas em lei, como as constatações realizadas por oficial de justiça, a inquirição de testemunhas técnicas.²³²

A previsão de existência de provas atípicas está espalhada no ordenamento jurídico, desde o plano constitucional (artigo 5º, inciso LV, da CRFB/1988), no plano do direito processual civil, quando prevê no artigo 369 que todos os meios legais, bem como aqueles moralmente aceitos, são legítimos.²³³

²²⁹ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Lisa Pary Scarpa (trad.) 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 99

²³⁰ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 57

²³¹ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

²³² CAMBI, Eduardo. **A prova: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 40

²³³ Sobre o tema das provas atípicas, consultar: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas In: DIDIER

Questão relacionada com as provas atípicas e que gera controvérsia é sua natureza jurídica. As provas atípicas podem servir de fonte de presunção, contudo, são consideradas por Bruno Cavallone como argumentos de prova, mas não tipicamente fontes de presunção.²³⁴

Alexandre Freitas Câmara, por seu turno, esclarece que os meios atípicos de prova são aqueles que não estão previstos no diploma legal. O autor cita o exemplo da *prova de informações*, um meio de prova típico em muitos países (artigo 190 ao artigo 192 do código uruguaio e artigos 204 a 205 do código boliviano), entendida como uma declaração de um órgão oficial informando pontos individualizados que estão sob seus registros. Um exemplo é o Tribunal Regional Eleitoral fornecer uma declaração que determinada pessoa compareceu à sua zona eleitoral.²³⁵

Em razão de as afirmações de fato poderem ser provados por qualquer meio – típico ou atípico – ainda que não exista previsão legal, é preciso esclarecer que dentre os meios típicos está a prova pericial, a prova documental, a prova testemunhal, o depoimento pessoal, a inspeção judicial, a prova emprestada e a confissão. Estes temas serão abordados na sequência. Por seu turno, os meios atípicos são a prova estatística, a prova por amostragem, a prova cibernética, a reconstituição dos fatos, por exemplo. No caso das provas atípicas, é dever do magistrado, pela ausência a de disciplina legislativa, atentar-se aos princípios que norteiam o direito probatório.²³⁶

A atipicidade da prova deriva, tanto da inexistência da previsão normativa do meio de prova (tipicidade), quanto da ausência de previsão legal do procedimento apto a realizar a prova. Por exemplo, se um meio de prova estiver contemplado na legislação processual penal, o seu eventual emprego no processo civil será considerado atípico, na medida em que a atipicidade é aferida no âmbito do processo civil.²³⁷

JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório** 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 35-46, 2018.

²³⁴ CAVALLONE, Bruno. **Critica della teoria delle prove atipiche. Il giudice e la prova nel processo civile.** Padova: Cedam, 1991, p. 361.

A divergência é pontuada por Mauro Cappeletti, que entende que os argumentos de prova têm o mesmo significado das presunções simples, sendo, por isso infundada a ideia de que tem função apenas auxiliar a incompleta. CAPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità.** Parte I. Milão: Giuffrè, 1974. p. 92

²³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 240

²³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 94

²³⁷ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 70

Como dito acima, o permissivo legal das provas atípicas está no artigo 369 do CPC/2015, que dispõe que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legitimados, ainda que não especificados na legislação. José Carlos Barbosa Moreira menciona que a possibilidade de produção de prova atípicas foi inspirada no Código de Processo Civil do Estado do Vaticano, que decorre a diretriz geral de todo o sistema probatório, pois sempre será possível a utilização de um meio de prova diverso do comum.²³⁸

A possibilidade de empregar todos os meios legais e moralmente legitimados permite duas principais conclusões: (a) são admissíveis todos os meios de prova previstos em qualquer lei; (b) bem como quaisquer outros meios não tipificados em lei. Diante disso, o que trata o artigo 369 do CPC/2015 relaciona-se com a legalidade da prova e sua conformidade com o direito.

Desta forma, a prova atípica se caracteriza como uma maneira, justamente, de não impedir o convencimento do magistrado por outros modos diversos daqueles imaginados pelo legislador, o que permite uma maior probabilidade de se esclarecer o fato, até porque a legislação não acompanha a mudança da sociedade de uma maneira rápida, razão pela qual novos modos de se produzir provas podem surgir e devem ser utilizados para o convencimento.

Os limites à utilização das provas atípicas estão na ilicitude, ilegitimidade e inconstitucionalidade da obtenção da prova. Não se pode admitir uma prova que não observe a garantia constitucional do contraditório, ainda que não essencial na constituição do documento atípico, mas fundamental na formação do convencimento do juiz, a fim de que a prova atípica possa ter eficácia em relação ao accertamento dos fatos à causa. O contraditório, portanto, passa a ser um mecanismo de legitimação das provas atípicas.²³⁹

José Carlos Barbosa Moreira estabelece três problemas na adoração e aceitação das provas atípicas: o risco da ilegalidade, pois muito embora autorizada pela regra geral, há possibilidade de conflito com outra regra específica; o contraditório; a própria valoração da prova atípica.²⁴⁰

²³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Il codice di procedura civile dello stato della città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano. Temas de direito processual civil*. 5. Série, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 194.

²³⁹ CAMBI, Eduardo. **A prova**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 46

²⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Provas atípicas**. *Revista de Processo*. N. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 1994.

Em relação ao primeiro ponto, é fundamental perceber a diferença entre a produção de prova atípica, com o descumprimento das regras previstas para as provas típicas, por exemplo, uma prova pericial realizada por perito com registro cassado.²⁴¹ A solução para resolver o problema do contraditório é simples, pois decorre da própria ausência de violação à oportunidade de a parte se manifestar sobre o ingresso da prova atípica. Há que se permitir que parte que não produziu a prova atípica se insurja e demonstre eventual prejuízo do ingresso da prova nos autos.

Quanto à valoração das provas atípicas, William Santos Ferreira é preciso ao estabelecer que o juiz deverá ter um cuidado redobrado, pois as posições extremadas podem limitar a prova, ou hiper valorizá-la. A valoração deve observar se a prova atípica ingressou nos autos pois se tratou de modo eficiente, que observou o contraditório, a ampla defesa, a valoração é comum e superada. Contudo, se o ingresso ocorreu com algum prejuízo em relação aos princípios supracitados, a valoração deve ocorrer de forma crítica, demonstrando a fragilidade da prova.²⁴²

A atipicidade das provas decorre da opção do legislador pela adoção do princípio da não taxatividade, que autoriza a produção de outros modos de prova, além daqueles previstos em lei.

Dentre do permissivo legal da atipicidade das provas há a exigência de comportamento ético e moral das partes (*as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos*), que desvenda a preocupação do legislador em coibir abusos derivados do emprego de uma prova. A lógica consiste não em permitir meios ilegais, mas sim autorizar meios que não sejam incompatíveis com os preceitos éticos e morais aceitas na época e no meio em que os fatos se passarem.²⁴³

Eduardo Cambi menciona que há contradição nos termos ilícitos e ilegítimos, pois usa a expressão moralmente legítimo, mas ao mesmo tempo impede que este meio probatório seja ilegal. Desta forma, restringe a eficácia aos meios moralmente legítimos, pois não admitido os proibidos legalmente. A aplicação de um critério mais amplo pode ser a solução para o paradoxo acima, pois impede, justamente, a utilização dos meios probatórios cause

²⁴¹ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 68

²⁴² FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71

²⁴³ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 81

violação a outros direitos constitucionalmente tutelados e considerados pela aplicação do princípio da proporcionalidade, razoabilidade e adequação, pois o processo não pode ser indiferente aos valores fundamentais da pessoa humana.²⁴⁴

A questão da proporcionalidade e da proibição das provas por meios considerados imorais é objeto de divergência, pois há quem sustenta que a imoralidade constitui defeito insanável, que conduz, inevitavelmente, há uma exclusão da prova no processo.²⁴⁵

Por outro lado, o contraponto sobre a admissão de provas obtidas por meios imorais é realizado por Paulo Osternack Amaral, que não concorda com a posição de que jamais seria possível inadmitir uma prova imoral, tendo em vista que a moralidade assumiu contornos jurídicos e ultrapassa o campo restrito da filosofia.²⁴⁶

Uma saída proposta para ponderação dos princípios é que a imoralidade na obtenção da prova deve ingressar na seara jurídica e a partir deste fato – moral ou imoral – o julgador amparará sua decisão se admite, ou não, aquela prova produzida por meio supostamente imoral. Caso fosse impossível admitir uma prova imoral sob qualquer aspecto, ter-se-ia uma situação em que o julgador estaria autorizado a inadmitir uma prova sob o fundamento de que há ofensa a um valor alheio ao direito e ao processo e, além disso, sob a perspectiva do próprio julgador, e não das balizas do direito e do processo.²⁴⁷

A ponderação também é pontuada por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que destacam a importância de se verificar o binômio da necessidade/utilidade da prova ilícita para formação do convencimento e saber se esta prova poder ou não ser aproveitada em juízo, ponderando o direito afirmado e o suposto direito violado pela prova ilícita.²⁴⁸

Para se compreender o que pode ser admitido como prova atípica, são necessárias duas perspectivas distintas. A primeira refere-se à consideração de provas atípicas como

²⁴⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 52

²⁴⁵ Confira-se, por todos: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 272; CARVALHO, Caio Augusto Nunes de. Provas ilícitas no direito brasileiro In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório** 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 165-199, 2018.

²⁴⁶ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 83

²⁴⁷ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 83

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 390.

espécie distinta daquelas previstas em lei (típicas). A segunda está relacionada com os modos de coleta de prova, diversos daqueles expressamente previstos.²⁴⁹

Entretanto, não há dúvida que a regra posta pelo CPC/2015 é que são inadmissíveis as provas obtidas de forma imoral, como consequência direta da aplicação do próprio artigo 369 do CPC/2015, mas são necessárias as considerações acima para se demonstrar o receio em admitir-se sem a ponderação entre o conflito dos direitos.

Em resumo, além das hipóteses previstas em lei (provas típicas), o juiz possui a liberdade de adotar outros meios de prova (atípicas), considerando que beira ao impossível imaginar que todos os meios de provas poderiam estar previstos em lei, e que as partes estariam impedidas de utilizar meios não tipificados para demonstrar a existência de seu direito.²⁵⁰

Tendo em vista que não há um rol previsto no CPC/2015 elencando as provas atípicas e que – geralmente – as provas atípicas são admitidas no processo pela forma documental, para fins do presente trabalho o tratamento conferido à prova documental na condução da admissão de prova pelos tribunais, será o mesmo atribuído às provas atípicas.

Apenas à título de exemplo, todas as situações mais frequentes na prática forense de provas atípicas, como a carta psicografada, as constatações realizadas por oficial de justiça, as declarações extrajudiciais, as perícias extrajudiciais,²⁵¹ são admitidas via documento, razão pela qual se justifica a adoção do critério acima.

Desta forma, após analisar as diferentes perspectivas da atipicidade das provas, entendidas como aquelas não previstas no diploma processual, ou com breve menção, mas sem nenhuma sistematização, passar-se-á a análise dos meios de prova típicos, para fins do presente trabalho, entendidos como aqueles tipificados pelo código, também chamadas de provas em espécie.

O CPC/2015, na linha do que adotava o CPC/1973, estabeleceu disposições sobre a forma de realização das principais provas exigidas pelo processo civil. Muitos dos artigos

²⁴⁹ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 60

²⁵⁰ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 75

²⁵¹ Sobre os principais casos de provas atípicas, conferir a obra de Paulo Osternack Amaral, pois lá consta expressamente as definições das provas mencionadas neste parágrafo, como a carta psicografada, as constatações realizadas por oficial de justiça, as declarações extrajudiciais, as perícias extrajudiciais, as provas estatísticas, as provas por amostragem, a reconstrução simulada dos fatos, a sentença como meio de prova e a conduta processual das partes (AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017)

estabelecem detalhes de pouca importância, e outros se destinam a regulamentar procedimentos cartorários e formais que poderiam ter sido deixados de lado. Essas linhas se aplicam, inclusive, no âmbito das provas, pois o objetivo das regras que versam sobre a produção de prova é o de propiciar o ingresso das provas no processo.²⁵²

Premissa importante a ser fixada para o entendimento do presente trabalho é a instrumentalidade das regras processuais, inclusive durante a produção de prova. Aliás, o próprio CPC/2015 prevê que todo o formalismo desnecessário deve ser evitado ao dispor no artigo 188²⁵³ que são considerados válidos os atos processuais que, mesmo realizado de outro modo, atingirem a finalidade essencial da regra prevista pelo legislador.

O direito de prova tem início no artigo 369 do CPC/2015²⁵⁴ (Capítulo XII do Livro I – Parte Especial) e especificamente em relação às provas em espécie, há previsão da prova emprestada (artigo 372)²⁵⁵, da ata notarial (artigo 384)²⁵⁶, do depoimento pessoal (artigo 385)²⁵⁷, da confissão (artigo 389)²⁵⁸, da exibição de documento ou coisa (artigo 396)²⁵⁹, da prova documental (artigo 405)²⁶⁰, dos documentos eletrônicos (artigo 439)²⁶¹, da prova testemunhal (artigo 442)²⁶², da prova pericial (artigo 464)²⁶³ e da inspeção judicial (artigo 481).²⁶⁴

Cada um dos pontos acima será objeto de estudo neste tópico, pois entendê-los é fundamental para compreender como a produção, designação e condução da produção de

²⁵² BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 84

²⁵³ Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

²⁵⁴ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz [...]

²⁵⁵ Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório [...]

²⁵⁶ Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião [...]

²⁵⁷ Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício [...]

²⁵⁸ Art. 389. Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário [...]

²⁵⁹ Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder [...]

²⁶⁰ Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença [...]

²⁶¹ Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei [...]

²⁶² Art. 442. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso [...]

²⁶³ Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação [...]

²⁶⁴ Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa [...]

prova pelas Cortes de Justiça será possível. É em função deste fato, que os conceitos e as definições serão realizados na sequência. Além disso, conhecer o procedimento da produção de prova é que irá permitir reconhecer sua possibilidade de se realizada diretamente pelas Cortes de Justiça.

A prova emprestada, antigamente reconhecida como prova atípica, ganhou previsão expressa no CPC/2015 e significa, justamente, a possibilidade de se utilizar a prova produzida em outro processo, como por exemplo, o depoimento de uma testemunha em determinado acidente de trânsito que envolveu várias partes, ser utilizado em vários outros processos, não só naquele em que foi colhido, pois as partes podem usar o mesmo depoimento.²⁶⁵

Alexandre Freitas Câmara define a prova emprestada como aquela que foi produzida para gerar efeitos em determinado processo e é levada para outro processo, em que também será recebida como meio para impactar na formação do convencimento do magistrado.²⁶⁶ A ressalva é que a exigência fundamental para admissibilidade da prova emprestada é a observância do princípio do contraditório, essencial para trazer ao processo uma prova produzida em outra circunstância.²⁶⁷

A questão que se levanta, embora a discussão sobre a prova emprestada aparente simplicidade, é a valoração atribuída à prova emprestada, tendo em vista que se a prova for recebida apenas como documental, influenciará menos que se recebida como testemunhal, contudo, desde a vigência do CPC/1973 o entendimento que prevalece é que a prova emprestada terá a potencialidade de assumir a mesma eficácia probatória que obteria no processo em que foi produzida.²⁶⁸

Sobre a prova emprestada é importante fazer a ressalva sobre seu empréstimo quando produzida em processo que tramite em segredo de justiça, pois o terceiro não pode pedir este

²⁶⁵ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 85

²⁶⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo; Atlas, 2017. p. 241

²⁶⁷ O tema também foi abordado durante as discussões do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que elaborou o Enunciado 52, com a seguinte definição: para utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando que, neste último, a prova mantenha sua natureza originária.

²⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. **Prova emprestada no processo civil ou penal**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1998, n. 91, p. 107.

empréstimo no caso em que houve a decretação de sigilo, a menos que a importação da prova envolva um processo com as mesmas partes.²⁶⁹

Além da prova emprestada, outra novidade inserida no CPC/2015 como prova típica são as atas notariais. Prevista no artigo 384, o dispositivo introduz a possibilidade de se atestar a existência e o modo de ser de algum fato, mediante ata lavrada por escrivão. O parágrafo único do referido artigo consolida o entendimento que os dados representados por imagem, ou sons gravados em arquivos eletrônicos também poderão constar na ata.

A ata notarial é, por definição, o documento público lavrado por notário, através do qual há a declaração de algo que se tenha presenciado, confirmando sua existência ou modo de ser. É, ainda, instrumento público de grande relevância no campo do direito probatório, pois é por meio dele que se verifica a documentação de fatos facilmente modificáveis – como uma página na internet -, cuja prova por outros meios pode ser difícil.²⁷⁰ Além disso, por mais que se trate de instrumento público, a ata notarial se diferencia da escritura pública pelo fato de que a primeira atesta fatos presenciados pelo notário e a segunda atos e negócios jurídicos.²⁷¹

Durante a vigência do CPC/1973 era tida como meio atípico de prova, embora prevista inicialmente no artigo 7º, III, da Lei Federal 8.935/1994,²⁷² que autorizava o notário a atestar a veracidade de determinados fatos e situações ocorridos em sua presença.²⁷³

Uma questão que se verifica é a impossibilidade de se registrar ou atestar a existência de uma relação jurídica, como, por exemplo, a obrigação de pagar ou entregar coisa.

Outra situação levantada pela doutrina que expõe o risco do uso excessivo da ata notarial é a possibilidade de substituição da prova testemunhal, tendo em vista a possibilidade de atestar depoimentos e declarações feitas diante do tabelião. Araken de Assis menciona, inclusive, que a ata notarial, para estes fins, deveria ser utilizada de forma residual, pois seu uso aumentará a tendência de o magistrado, em função da quantidade excessiva de

²⁶⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 132

²⁷⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 246

²⁷¹ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. III, p. 494

²⁷² Art. 7º Aos tabeliões de notas compete com exclusividade: [...] III - lavrar atas notariais;

²⁷³ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 878

documentos, feitos e fatos, suprimir a prova oral e abster-se de designar audiência de instrução e julgamento.²⁷⁴

Tecidos os comentários sobre os meios de provas anteriormente considerados atípicos, é possível ir adiante e tratar das demais provas em espécie, começando pelo depoimento pessoal.

O depoimento pessoal, previsto no artigo 385 do CPC/2015, é um meio típico de prova, por meio do qual qualquer uma das partes poderá requerer o depoimento da outra, ou, ainda, o juiz ordená-lo de ofício, com o objetivo de produzir prova que lhe seja útil ao processo.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda conceitua o depoimento pessoal como o conjunto de comunicação das partes, autor ou réu, para falar o que sabe a respeito do direito discutido nos autos, ou, ainda, das provas produzidas ou a serem produzidas, como esclarecimentos para o juiz formar seu convencimento.²⁷⁵ Possui, ainda, dupla finalidade, a primeira esclarecer o juiz sobre os fatos da causa e, a segunda, provocar a confissão.

Regra geral, toma-se o depoimento da parte durante a audiência de instrução e julgamento,²⁷⁶ sempre a requerimento da parte contrária ou de ofício do juiz. Há divergência acerca da possibilidade de a própria parte requerer ao juiz a tomada de seu depoimento, pois há quem entenda que aquilo que a parte queira declarar, deverá fazer através de suas petições.

Aqui faz-se, justamente, esta ressalva: há que se reconhecer a divergência apontada acima, contudo, se o direito de prova deve ser considerado fundamental, a parte que desejar ser ouvida deve, do mesmo modo, ter o direito de requer este depoimento. Caberá ao juiz, decidir sobre a utilidade e necessidade da colheita do testemunho; mas o direito de requerê-lo deve ser concedido à parte.²⁷⁷

²⁷⁴ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. III, p. 495

²⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 303

²⁷⁶ Sobre audiência de instrução e julgamento: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução de julgamento e audiências preliminares**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

²⁷⁷ A questão, sob o viés da oralidade, é abordada nas seguintes obras: CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidade y las pruebas en el proceso civil**. Trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972; ARONE, Bruno da Costa. **Reflexões sobre a oralidade no processo eletrônico**. Revista eletrônica de direito processual, ano III, vol. 3, jan.-jun. 2009, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21676>, acesso em 06.03.2022; FERREIRA, William Santos; HOFFMANN JUNIOR, Lírio. **Por uma nova oralidade no processo civil**: cooperação judiciária, eficiência e sincronidade. Revista eletrônica de direito processual, ano 16, vol. 23, jan.-abr. 2022, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/64406>, acesso em

O código prevê exceções à tomada de depoimento durante a audiência de instrução e julgamento, em especial caso o depoente resida em outra comarca, que poderá ser tomado por carta, ou, existindo equipamentos que permitam ao juiz da causa, por meio do vídeo conferência, colher o depoimento, podendo ser realizado durante a audiência, ou não.²⁷⁸

Ainda que nenhuma parte faça o requerimento, poderá o juiz determinar o interrogatório²⁷⁹ de qualquer uma delas, se assim o desejar. Deste modo, desde que devidamente intimado, considerando que a lei determina que a parte deverá ser intimada pessoalmente, inclusive, devendo constar a advertência de pena de confissão, caso não compareça ou se recuse a depor.²⁸⁰

José Carlos Barbosa Moreira há tempos mencionava a obrigação e dever de as partes comparecerem à juízo justamente para responder o que for questionado, sempre que o depoimento pessoal for ordenado, seja diretamente pelo magistrado, ou quando deferido o pedido de requerimento da outra parte. A ausência no depoimento requerido comina a lei sanção para o descumprimento do dever, aplicando-lhe a pena de confissão, presumindo verdadeiros/confessados os fatos contra ela alegados.²⁸¹

Na mesma linha, José Manoel de Arruda Alvim explica que o procedimento para colheita do depoimento pessoal é a solicitação pela parte, ou a determinação *ex officio* pelo juiz, para que a oitiva seja realizada perante o juiz, devendo a intimação expressamente constar a penalidade do não comparecimento, qual seja aplicar a pena de confissão.²⁸²

Nada obstante, além da possibilidade de depoimento pessoal, há a faculdade de interrogatório livre realizado pelo magistrado, sem as formalidades inerentes ao depoimento pessoal propriamente dito.

Há o depoimento da parte por provocação, que é aquele requerido pela parte adversa e realizado durante a audiência de instrução e julgamento, geralmente, e determinado sob pena confissão ficta caso a parte se recuse a comparecer, ou não comparece a depor. A

06.03.2022; CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milão: Guiffirè, 1962.

²⁷⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 247

²⁷⁹ Sobre interrogatório, verificar: OLIVEIRA, Francisco da Costa. **O interrogatório de testemunhas: sua prática na advocacia**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

²⁸⁰ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 113

²⁸¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 25. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 57

²⁸² ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 883

confissão neste caso será valorada pelo magistrado e ponderada como se confissão real fosse.²⁸³

A recusa tanto pode se caracterizar pela negativa direta, como pela simples omissão em responder, ou, ainda, pelo recurso a evasivas, sem motivo justificado, devendo o órgão judicial, à luz de outras provas produzidas verificar se a atitude da parte há de ser considerada como recusa de depor, o que implicará em pena de confissão.²⁸⁴

A confissão é provocada quando feita justamente no depoimento pessoal, pois a finalidade deste depoimento, para Eduardo Cambi, é obter a confissão do adversário, apesar de ser situação pouco frequente o litigante comparecer em juízo e confessar os fatos contrários ao seu interesse e favoráveis ao daquele que solicitou a produção da prova.²⁸⁵

Por outro lado, o interrogatório é determinado diretamente pelo juiz, em qualquer estágio do processo, inclusive em instancia recursal, como será abordado e defendido nos próximos capítulos, não sendo possível, contudo, importar em pena de confissão ficta, para o caso de não comparecimento ou recusa.²⁸⁶

Sobre o interrogatório, não se trata efetivamente de um meio de prova propriamente dito, pois o objetivo do instituto é o de esclarecer o magistrado sobre os fatos da causa, podendo, sem qualquer dúvida, extrair do interrogatório algum elemento de prova.²⁸⁷ Concluem, ainda, que o interrogatório livre pode ser único, ou múltiplo e, por outro lado, o depoimento pessoal é sempre único e realizado, normalmente, na audiência de instrução e julgamento.²⁸⁸

Ponto importante para se verificar com a produção de provas pelas Cortes de Justiça, situação abordado nos próximos tópicos, é a possibilidade de depoimento da parte e o interrogatório livre no âmbito recursal.

²⁸³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 150

²⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 25. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 57

²⁸⁵ CAMBI, Eduardo. **A prova: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 128

²⁸⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 151

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5, t. 2, p. 35.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 365

Além destes meios de prova típicos já abordados, há que se mencionar sobre a confissão própria, prevista no artigo 389 do CPC/2015, que embora já abordada de algum modo acima, merece atenção e destaque nos próximos parágrafos.

A confissão é a própria admissão de uma das partes sobre a veracidade de fato contrário ao seu interesse e, por corolário, favorável ao interesse da parte adversa. O ato pode ser tanto judicial, como extrajudicial, bem como espontânea ou provocada. Além disso, a confissão faz prova apenas contra o confitente, não prejudicando os litisconsortes.

Sobre este ponto é preciso cuidado, pois se os fatos relevantes da causa são os mesmos para todos e chegando os litisconsortes ao mesmo resultado, a confissão feita por um só dos litisconsortes não pode, nem sequer, produzir efeitos para o confitente. Isso porque, sendo unitário o litisconsórcio, não se poderia admitir que o mesmo fato esteja provado para um dos litisconsortes, no caso o confitente, e não para os demais, sob pena de se chegar a resultados distintos aos litisconsortes unitários. É por isso que ao valorar a confissão deve, caso considerado que o fato confessado está provado, reconhecer para todos os unitários. É de se considerar, ainda, que incumbe ao juiz valorar a confissão junto com todo o restante do acervo probatório, tendo em vista que pode haver uma confissão falsa, em que a parte admite um fato que lhe é desfavorável, mas não verdadeiro, ou que não se passou conforme confessado.²⁸⁹

Uma observação é importante tecer, pois não se pode confundir a confissão com o reconhecimento do pedido, previsto no artigo 487, III, a, do CPC/2015, pois este é um ato com efeitos jurídicos materiais imediatos e a confissão, por sua vez, só diz respeito à existência dos fatos envolvidos no processo, cujo reconhecimento não necessariamente levará ao acolhimento do pedido, mas apenas à inexistência de controvérsia sobre aquele ponto específico.²⁹⁰

Sobre a exibição de documento ou coisa, prova em espécie prevista no artigo 396 do CPC/2015, a redação se aproxima muito daquela que estava no antigo artigo 355 do CPC/1973, que, atualmente, determina que o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder.

Nessa situação, normalmente o juiz atua de ofício, de acordo com o entendimento sobre a conveniência para o processo, como, por exemplo, quando o autor não apresenta os

²⁸⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo; Atlas, 2017, p. 248
²⁹⁰ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 124

recibos de pagamento de determina obrigação prevista em contrato, o juiz pode ordenar que o autor as exiba em juízo. O documento ou coisa, não é considerado apenas o documento escrito em papel, mas todo elemento capaz de representar diretamente um fato.²⁹¹ Para Cândido Rangel Dinamarco, documento é toda coisa na qual estejam inseridos símbolos que transmitem ideias e demonstrem a ocorrência de fatos.²⁹²

Há que se seguir, entretanto, as regras estabelecidas nos artigos 396 e seguintes, pois lá que consta o procedimento a ser adotado, como os requisitos que devem constar para demonstrar ao juiz exatamente o que deve ser exibido e qual a finalidade da exibição desta prova. Aliás, o inciso III do artigo 397 é que determina para a parte requerente as regras, motivos e as circunstâncias em que se funda o pedido para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

A existência desta regra é, justamente, para preservar aquele que possui o documento e se efetivamente deve ser exibido ou não, pois não se pode utilizar este meio de prova como mera estratégia processual.

Por outro lado, é permitido a outra parte impugnar o pedido para demonstrar que os requisitos previstos no artigo 397 não estão presentes, até porque o próprio parágrafo único do artigo 398 determina que o ônus da prova é do requerente, quando o requerido afirmar que o não está em posse do documento.

Outra observação pertinente é que, ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos se o requerido não efetuar a exibição, ou não impugnar nos termos do artigo 398, ou a recusa for ilegítima, podendo o magistrado adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para a exibição.

A pertinência, neste ponto, é a ampliação do aumento dos poderes do juiz, que enquanto no CPC/1973 estava limitado a considerar os fatos verdadeiros, no CPC/2015 há expressamente a possibilidade de adotar as referidas medidas, com revogação, ainda que tácita, do enunciado da Súmula 372 do STJ, que impedia a cominação de multa na ação de

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 484

²⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3. p. 565

exibição.²⁹³ Nesse caso, poderá o juiz determinar as medidas, inclusive, multa pelo atraso na exibição, ou até mesmo busca e apreensão.²⁹⁴

Talvez a próxima prova típica prevista pelo CPC/2015 seja aquela mais utilizada no dia a dia do foro, a prova documental. Diferentemente do que ocorre com os demais meios de prova, é na fase postulatória que as partes, em tese, devem produzir a prova documental, o autor quando do ajuizamento da ação, e o réu com a apresentação da contestação.²⁹⁵

Diante da complexidade da sociedade em que vivemos e das inúmeras relações jurídicas, aliadas a uma necessidade de se documentar os negócios jurídicos, a prova documental atingiu uma importância única. Incansáveis contratos, declarações, notas, recibos, livros, enfim, a vida moderna depende da prova documental.

Eduardo Cambi, sobre a infinitude de documentos anexados aos autos, faz a ressalva de que quando apresentados em grande quantidade, há que verificar se não se está diante de um expediente para dificultar a análise do processo, pois qualquer abuso das partes neste sentido, deve ser combatido e analisado pelo magistrado e, quando for o caso, determinar a justificativa da juntada de cada um dos documentos.²⁹⁶

Além disso, há que se pontuar a diferença entre a prova documental e a prova documentada, pois não é pelo fato de que a regra é a documentação de todos os atos praticados no processo que todo documento será, necessariamente, considerado prova documental.²⁹⁷

A consideração sobre este ponto é ponderada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, pois não é pelo fato de todos os atos do processo estarem documentados nos autos, que perdem sua essência – uma prova testemunhal não deixa de ser testemunhal apenas por ingressar nos autos por meio documental.²⁹⁸ Um exemplo prático dessa situação é no caso da prova emprestada testemunhal - que guarda a mesma eficácia que possuía no processo

²⁹³ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 133

²⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 250

²⁹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 62

²⁹⁶ CAMBI, Eduardo. **A prova: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 228

²⁹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 182

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5, t. 2, p. 235

em que fora produzida e no segundo processo -, não pode ser recebida como prova documental.²⁹⁹

A prova documental integra a categoria das provas pré-constituídas, aquelas feitas com uma finalidade predeterminada, consistente em que o ato documentado possa ser facilmente provado, se destinando não somente o pensamento, mas também fixar de modo duradouro um fato.³⁰⁰

Considerando a importância atribuída a prova documental, o CPC/2015 dedica trinta e seis artigos apenas à prova documental, número um pouco superior ao CPC/1973 que possuía trinta e três artigos ao tema, mas muito superior ao CPC/1939, que dedicava apenas cinco artigos.

O legislador diante do crescimento e da importância que a sociedade atribuiu aos documentos, estabeleceu preocupação com alguns pontos, como, por exemplo, os documentos públicos, que agora fazem prova tanto da sua formação, como dos fatos que o escrivão ou servidor que declarar o que ocorreu em sua presença. Uma situação é o cuidado dedicado às escrituras públicas, que fazem prova do requisito exigido pela lei para o tipo de negócio, bem como também faz prova dos fatos que o tabelião declarar, como a vontade de alienar o bem, o preço ajustado e o pagamento do valor, por exemplo.³⁰¹

Por outro lado, outro cuidado do legislador foi a importância de registrar que os documentos particulares não fazem prova, ao contrário do que ocorre com os públicos, apenas criam presunção de que as declarações lá contidas são verdadeiras em relação ao seu signatário. Do mesmo modo, os documentos particulares também expressam a realização de um negócio ou existência de uma dívida fazem prova quando expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova.³⁰²

A regra geral estabelecida pelo CPC/2015 é que o momento de produção da prova documental é na petição inicial, pelo autor, e na contestação, pelo réu. A juntada posterior de documento é admitida em casos excepcionais, como nos casos de documento novo, desde que

²⁹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 183

³⁰⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 899

³⁰¹ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 142

³⁰² BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 143

destinados a produzir prova de fatos supervenientes ou para que sejam contrapostos aos documentos produzidos pela parte contrária.³⁰³

Deste modo, caso ocorra a juntada aos autos de documentos em momento diversos da inicial e da contestação, poderá a outra parte – sempre intimada para se manifestar – impugnar a admissibilidade da referida prova, ou ainda, questionar sua falsidade. Assim, a prova documental pode ser produzida em qualquer tempo, em primeiro e segundo grau, mas desde que respeitado o contraditório e a boa-fé.

Deve ocorrer, contudo, a comprovação de que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos³⁰⁴ – petição inicial e contestação – 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.³⁰⁵

Assim, o CPC/2015 estabeleceu uma regra para juntada de documentos durante o processo, após a fase postulatória, a exigência de boa justificativa, sob pena do indeferimento e da aplicação da preclusão do direito de produzir a prova. Se a juntada ocorrer em grau recursal, é preciso que existe motivo verdadeiramente relevante para isso acontecer, sob pena de se permitirem manobras processuais.³⁰⁶

A lei visa reduzir a possibilidade de, tanto as partes, como o juiz, ficarem sujeitos às surpresas no aparecimento de documentos premeditadamente guardados para, em uma ocasião

³⁰³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo; Atlas, 2017. p. 256

³⁰⁴ Duas situações devem ser pontuadas, como a juntada de parecer elaborado por jurista e cópia de acórdão, pois ambos servem para apoiar determinada tese jurídica e não se trata de documento novo.

1. Parecer de jurista não se compreende no conceito de documento para os efeitos do artigo 398 do CPC, porque trata-se apenas de reforço de argumentação para apoiar determinada tese jurídica. 2. A falta de audiência da parte contrária, acerca da juntada de documento, não rende ensejo a nulidade quando constatada a ausência de prejuízo, denotada pela total desinflência daquela prova para o deslinde da controvérsia. (STJ, AgRg no Ag 750.021/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 12/11/2007, p. 222)

Conforme a jurisprudência pacífica desta corte é pacífico o entendimento pretoriano no sentido de que o vocábulo "documento", constante do art. 398, não abrange simples cópia de acórdão acostada aos autos para reforçar determinada tese jurídica. (STJ, REsp 11.630/PR, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/1997, DJ 27/10/1997, p. 54808)

³⁰⁵ O Superior Tribunal de Justiça analisou a matéria e possui o entendimento que, desde que respeitada a boa-fé, é possível produzir e juntar documentos independentemente do grau e jurisdição.

Se estiver ausente a chamada guarda de trunfos, vale dizer, o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo e a parte contrária, a juntada de documento novo - mesmo em fase recursal - pode ser admitida, em caráter excepcional, desde que sejam respeitados os princípios da lealdade, da boa-fé e do contraditório, preservando-se, dessa forma, a função instrumental do processo. (STJ, REsp 1121031/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 22/11/2010)

³⁰⁶ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 157

propícia, oferecê-los em juízo. A mitigação deste risco possibilita que apenas nos casos de necessidade e conveniência da juntada, deve o magistrado admiti-la.³⁰⁷

Por sua vez, outra prova típica comum nos processos contenciosos é a prova testemunhal, sempre admissível quando a lei não dispuser de modo diverso. Este meio de prova, previsto no artigo 442 do CPC/2015, estabelece como será admitido o testemunho percebido pelo terceiro que dará seu depoimento, não cabendo juízo de valor sobre os fatos observados, mas apenas o testemunho das suas impressões pessoais.³⁰⁸

Os sistemas processuais da *civil law*, ao contrário daqueles que adotam a *common law*, tendem a dar menos credibilidade à prova testemunhal. Isso porque não é atribuída às provas testemunhais grande eficácia, pois não permitem o conhecimento direto do fato, mas apenas indiretamente. Ao passo que, na prova documental os fatos são representados em um documento escrito, ficando os equívocos reduzidos à conversão do fato e, no caso da prova testemunhal, há que se confiar na memória humana que, com o passar do tempo, está sujeitar a distorções e pode ser prejudicada por outros fatores.³⁰⁹

É por meio da prova testemunhal que declarações de sujeitos estranhos à relação processual que se obtém determinada versão se como se passaram certos fatos importantes do litígio. Esses sujeitos são sempre alheios aos principais sujeitos do processo, pois, caso contrário, ostentariam a condição de parte no processo.³¹⁰

A testemunha pode ser (a) presencial, aquela que pessoalmente presenciou o fato que se pretende provar; (b) de referência,³¹¹ que soube o fato probando por meio de interposta pessoa; (c) referida, aquela cuja existência foi apurada por outro depoimento; (d) judiciária, a

³⁰⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, v. 4, p. 326

³⁰⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 239

³⁰⁹ CAMBI, Eduardo. **A prova: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 138

³¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 713

³¹¹ Sobre o testemunho referencial, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart explicam que nenhuma utilidade se extrai, em geral, daquele depoimento em que a testemunha narra que ouviu de alguém sobre fato que interessa para o processo, pois, embora este tipo de depoimento não se preste como prova testemunhal, pode configurar indício. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 713)

que relata em juízo seu conhecimento a respeito do fato; (e) instrumentária, a que presenciou a assinatura do ato jurídico e o firmou.³¹²

Podem ocupar a posição de testemunha, nos termos acima, todas as pessoas maiores e capazes, pois obrigadas a testemunhar sobre os fatos que têm conhecimento, exceto se versarem revelação de segredo profissional, ou lhe causar dano pessoal, ou a pessoa de sua família.

Além disso, outra questão que mitiga o uso da prova testemunhal é que sua admissão é vedada nos casos em que haja documento comprovando fato, ou então já existir confissão, seja ela judicial ou extrajudicial. Há, portanto, uma ordem de preferência nos meios de prova.

Nesse aspecto, a prova testemunhal não pode ser considerada, portanto, a prova ideal. Isso porque, a prova documental, sob a perspectiva da precisão e certeza, é, de um modo geral, preferida à testemunhal o que, nesse sentido, demonstra essa preferência, ou hierarquia, entre os meios de prova.³¹³

Ponto relevante para o presente trabalho é a forma e o local de realização da prova testemunhal, em especial a forma de colheita do testemunho. De acordo com a interpretação atribuída é que as testemunhas residentes na mesma sede do juízo serão preferencialmente ouvidas em audiência, enquanto as residentes em outros locais, serão feitas por meio eletrônica, inclusive durante a audiência. Detalhe para o §1º do artigo 453 determina que esta oitiva de testemunha que residir em outra comarca poderá ser realizada fora da audiência de instrução e julgamento.

Excepcionalmente as testemunhas podem prestar depoimentos antecipadamente por meio de vídeo conferência, desde que em ambos os juízos existam equipamentos para transmissão e recepção de sons e imagens. Marcelo José Magalhães Bonizzi explica que não é por qualquer equipamento, mas sim os equipamentos do juízo, utilizados por servidores treinamentos para a realização do ato judicial.³¹⁴

Quanto à oitiva, as testemunhas devem ser ouvidas separadas e sucessivamente, primeiro as arroladas pelo autor e, posteriormente, as do réu, além disso, uma não pode ouvir o testemunho da outra. Do mesmo medo, a inquirição será feita diretamente pelos advogados,

³¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 240

³¹³ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 921

³¹⁴ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 179

com a possibilidade de o magistrado intervir nos casos em que houver induzimento de resposta, nas questões que de fato que não tiverem relação com a causa e as que importarem repetição de outra já respondida.

O procedimento para admissão da prova testemunhal é simples e seu requerimento deve ser feito com a petição inicial, momento em que o ato é formalizado, com a contestação, nos moldes do requerimento da petição inicial. A apresentação do rol, ou será feita na audiência de saneamento, quando designada, ou em prazo a ser fixado pelo juízo quando do deferimento da prova. A intimação das testemunhas, nos termos do artigo 455 será feita diretamente pelos advogados, e é lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez testemunhas, sendo três, também no máximo, para a prova de cada fato.

Sobre a prova testemunhal, uma última consideração é que a inquirição à distância, nos termos do §1º do artigo 453, é uma alternativa para desburocratizar o procedimento, em atenção ao próprio princípio da eficiência, não havendo óbice para o local de realização, ou o meio, desde que a testemunha possa se conectar na internet. Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, de modo vanguardista e antes das mudanças ocorridas com o impacto da pandemia do novo coronavírus, já mencionavam que a oitiva poderia ser, inclusive, por *Skype* e *FaceTime*.³¹⁵

A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e é exigível apenas quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico. É por isso que é considerada aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito, um expert em determinado campo do saber, nos termos do artigo 156 do CPC/2015.³¹⁶

³¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 246

³¹⁶ Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico. § 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado. § 2º Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados. § 3º Os tribunais realizarão avaliações e reavaliações periódicas para manutenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados. § 4º Para verificação de eventual impedimento ou motivo de suspeição, nos termos dos arts. 148 e 467, o órgão técnico ou científico nomeado para realização da perícia informará ao juiz os nomes e os dados de qualificação dos profissionais que participarão da atividade. § 5º Na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia.

A prova pericial pode ocorrer (a) pela simples percepção técnica, por meio da declaração do perito sobre fatos percebidos por apuração técnica; (b) pela afirmação de parecer opinativo técnico; (c) pela conjugação das duas situações acima, com a percepção e afirmação em juízo.³¹⁷

É por isso que o cabimento da prova pericial pressupõe a necessidade dos conhecimentos técnicos ou científico, pois a necessidade destes conhecimentos não deve, de modo algum partir daquilo que o próprio julgador sabe a respeito do tema, pois ainda que o magistrado tenha conhecimento técnico (um juiz graduado em engenharia civil, por exemplo), não pode se valer, em substituição à prova pericial, já que as partes tem direito de indicar assistentes técnicos e condições de atuar em contraditório.³¹⁸

A posição acima é corroborada por Adroaldo Furtado Fabrício, pois caso o magistrado acumulasse a função de perito e de juiz, impedir-se-ia o contraditório por meio da participação das partes no procedimento probatório,³¹⁹ até porque nem sempre o juiz que preside a produção de prova será aquele que sentenciará, do mesmo modo que nas Cortes de Justiça, os julgadores, necessariamente, são diversos daquele que proferiu a sentença.

Pessoas e coisas são fontes de prova na prova pericial, pois podem ser objeto do exame, assim como os fenômenos, pois aptos a figuraram como fonte de prova, como perícia para constatar mau cheiro ou barulho. As espécies de perícia, de acordo com o artigo 464 do CPC/2015, podem ser exame, vistoria ou avaliação. Os dois primeiros (exame e vistoria) são atividades iguais, pois ambas consistem no ato de observação.³²⁰

De outro vértice, a avaliação é a atividade que fixa o valor de coisas e direitos e se diferencia de arbitramento, pois a avaliação estima o valor de mercado de coisa ou direito, como em processos de execução e inventário, e a segunda seria a estimativa de valor ou coisa, quando não for possível sua avaliação por preço de mercado.³²¹

Como mencionado, a prova pericial é realizada pelo perito, especialista em determinado campo do saber, que não se confunde com a testemunha, pois sua função não é

³¹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 4, p. 306

³¹⁸ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 947

³¹⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Fatos notórios e máximas da experiência**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376. p. 6

³²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 261

³²¹ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 121.

apenas relatar fatos percebidos, mas percebê-los tecnicamente. Antônio Carlos de Araújo Cintra distingue perito e testemunha com base no racional de que a testemunha tem conhecimento dos fatos por uma causalidade e o perito é encarregado pelo próprio juízo para verificar os fatos, além disso, a testemunha deve ter presenciado os fatos, quando o perito pode ser livremente escolhido para esclarecê-los.³²²

É bem por este fato que o perito deve ser especializado na área da perícia, como, por exemplo, em uma perícia médica, não basta que o perito tenha formação em medicina, mas sim na área sobre a qual recairá a perícia, não pode, portanto, um pediatra realizar uma perícia em reumatologia.³²³

As partes podem, de comum acordo através de um negócio jurídico processual, escolher o perito de confiança, tratando-se, portanto, da perícia consensual, que substitui a perícia realizada pelo perito nomeado pelo juiz, nos termos do §3º do artigo 471 do CPC/2015.³²⁴

É possível, ainda na linha do negócio jurídico, que as partes convençionem e elaborem um calendário e cronograma das atividades que o juiz pode impor ao perito, com datas, atividades que irá elaborar durante um tempo, vistorias, ou em questões ambientais, estipular que o perito visite pessoalmente o local do dano e olha informações.³²⁵

Contudo, a regra posta pelo CPC/2015 é que na decisão saneadora e de organização do processo que o juiz definirá as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e, desde que requerida a perícia, fará o juízo de admissibilidade da prova. Assim, determinada a perícia, no mesmo ato, o juiz nomeará o perito, fixará os honorários e intimará as partes para indicarem os assistentes técnicos. Excepcionalmente, a perícia poderá ocorrer em momento posterior, desde que diante de superveniência de fato novo, ou incidente processual, podendo ser formulado em outra oportunidade, mas que seguirá o mesmo procedimento.

³²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4, p. 201.

³²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo; Atlas, 2017. p. 263

³²⁴ Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição. § 1º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados. § 2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz. § 3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.

³²⁵ FERREIRA, William Santos. **A prova pericial no novo código de processo civil**. Revista do Advogado (AASP). São Paulo, v. 35, n. 126, p. 204–209, maio, 2015. p. 205.

A valoração da prova pericial ocorre como nos demais meios de prova, com o juiz apresentando os motivos que levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do lado, com determinação prevista tanto no artigo 479 do CPC/2015,³²⁶ como em outras passagens do CPC/2015.³²⁷

Em todo caso, o juiz tem o poder de apreciar livremente a prova produzida, embora deva fundamentar adequadamente sua decisão, principalmente para que as partes tenham ciência de quais são os aspectos de fato e de direito que nortearam a decisão. De qualquer forma, o juiz não está mais restrito ao laudo pericial, como ocorria no CPC/1973.

A última das provas típicas previstas pelo CPC/2015 é a inspeção judicial, procedimento previsto nos artigos 481 a 484 do CPC/2015, de igual redação aos artigos 440 a 443 do CPC/1973.

Trata-se de percepção pessoal do juiz sobre fato que interessa a decisão da causa. Pode ser realizada de ofício, ou a requerimento da parte e o juiz irá ao local onde se contra a pessoa ou coisa a ser inspecionada (artigo 483), quando julgar necessário a melhor verificação dos fatos que deva observar, sempre facultando as partes o direito de assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa, conforme o parágrafo único do artigo 483.

Por fim, mesmo com todos os sujeitos tendo que colaborar com a justiça, é forçoso dizer que o juiz só pode realizar a inspeção nos sujeitos que participam do processo e nas coisas que digam respeito ao litígio, desobrigando terceiros alheios a relação processual a permitir que o juiz ingresse em seus imóveis.³²⁸

Este tópico teve como objetivo demonstrar de forma detalhada as provas típicas e atípicas do CPC/2015, pois conhecer estas duas situações é uma premissa fundamental para

³²⁶ Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito

³²⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

³²⁸ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 208

poder compreender como ocorrerá, e qual a abrangência, da produção de provas pelas Cortes de Justiça.

2.3 A CONDUÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA: OS PODERES DO JUIZ

O juiz é, em primeiro lugar, aquele que tem juízo. Se não o tivesse, como poderia dá-lo aos demais?

*Francesco Carnelutti.*³²⁹

A questão abordada neste tópico versa sobre relevante matéria para o entendimento da condução, da determinação e da provação de prova pelas Cortes de Justiça, pois tanto em primeiro grau de jurisdição, como em segundo grau, a condução do processo é orientada pelo juiz, que possui poderes para instruir o feito.

É por isso que a frase acima de Francesco Carnelutti, retirada do livro “Como se faz um processo”, simboliza este próximo capítulo, na medida em que os poderes do magistrado na própria condução do processo, são orientados para garantir e assegurar às partes paridade de tratamento.

A ideia de o juiz atuar como instrutor do feito, com iniciativa probatória, buscando alcançar a verdade – ainda que não seja especificamente este o fim da produção probatória – sem as limitações impostas pelas partes demorou a chegar no sistema processual brasileiro. A evolução neste pensamento ocorreu com a mitigação da lógica do processo privatista, entendendo que o processo civil não estava adstrito aos direitos disponíveis, com o nascimento do comportamento dinâmico do juiz, sem a ideia de inquisição do magistrado durante a instrução.³³⁰

A ideia de iniciática instrutória conferida ao juiz já constava na exposição de motivos do CPC/1939,³³¹ pois a influência de Alexandre Gusmão teria sido encampada pelo Ministro

³²⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Pilhars, 2015, p. 66 (Título original: *Come si fa un processo*).

³³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3. p. 52

³³¹ O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribue ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material

Francisco Campos³³². Da exposição de motivos, percebe-se que caberia ao juiz não apenas o papel de zelar pela observância das regras formais do processo, mas também intervir para que o objetivo da investigação dos fatos e da verdade seja alcançado.³³³

É com o CPC/1939 que o legislador atribui ao juiz o poder de direção do processo, bem como o poder de iniciativa probatória, autorizando, inclusive, de ofício ou a requerimento das partes, que o magistrado ordene as diligências necessárias à instrução do processo.

Vicente Miranda explica que apenas com o CPC/1939 foi concedido aos magistrados o poder de ordenar toda e qualquer diligência necessária à instrução do processo, pois nos diplomas anteriores somente permitiam ao juiz ordenar algumas diligências típicas, previamente previstas na lei.³³⁴

O início do reconhecimento dos poderes do juiz, remonta a própria exposição de motivos do CPC/1939, que destacava uma direção do processo no que se refere a formação dos elementos instrutórios. No campo das provas, o CPC/1939 instituía o livre convencimento do juiz no artigo 118 e o artigo 117 autorizava o magistrado a determinar de ofício as diligências necessárias para a instrução do feito.³³⁵

Durante o CPC/1973 os poderes instrutórios do juiz eram uma espécie do gênero poderes do juiz, e constavam no Livro I, título IV, Capítulo IV, do Código de Processo Civil, com as principais atividades de assegurar às partes igualdade de tratamento, zelar pela rápida

submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade.

Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registo passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica. (BRASIL. Decreto Lei nº. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil de 1939. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>.)

³³² Francisco Luís da Silva Campos, então Ministro da Justiça no ano de 1939 é considerada a principal figura por trás da elaboração do Código de Processo Civil de 1939, bem como responsável pela redação da Constituição Brasileira de 1937.

³³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 75

³³⁴ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 36

³³⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012. p. 55.

resolução do litígio, prevenir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça, determinar as provas necessárias à instrução do feito. Assim, essas atividades orientam a classificação dos poderes-deveres do juiz, como aqueles de poder decisório, poder ético e poder ordinário.³³⁶

A regra estabelecida em relação à participação ativa do juiz na instrução do feito, no CPC/1973, decorre da cláusula geral prevista no artigo 130 do CPC/1973, que atribuía ao juiz o poder de determinar as provas necessárias, inclusive de ofício, desde que diante da constatação de insuficiência de elementos probatórios para elucidar os fatos.³³⁷

Ainda no CPC/1973, inúmeros dispositivos orientavam os poderes instrutórios do juiz: artigos 335, 342, 355, 360, 381, 382, 399, 418, 426, 427, 436, 437 e 440,³³⁸ observando, ainda que muito pela publicização do direito processual, com o reconhecimento da natureza processual das normas e a correta interpretação do direito dispositivo, criaram este cenário de repercussão dos poderes do juiz na legislação.³³⁹

A classificação de Sidnei Amendoeira Júnior não é pacífica pela doutrina, que apresenta divergência na melhor forma de categorizar a abrangência dos poderes do juiz. De modo breve, mas destacam-se abaixo posições que demonstram, sob algum aspecto, essa divergência.

³³⁶ AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 36

³³⁷ DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador, JusPODIVM, 2018. p. 96

³³⁸ Ver art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial. Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa. Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder. Art. 360. Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz mandará citá-lo para responder no prazo de 10 (dez) dias. Art. 381. O juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a exibição integral dos livros comerciais e dos documentos do arquivo: I - na liquidação de sociedade; II - na sucessão por morte de sócio; I II - quando e como determinar a lei. Art. 382. O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se deles a soma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas. Art. 399. O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição: Art. 418. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: Art. 426. Compete ao juiz: I - indeferir quesitos impertinentes; II - formular os que entender necessários ao esclarecimento da causa. Art. 427. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficiente Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. Art. 437. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida. Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

³³⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012. p. 59

Deste modo, os poderes instrutórios são aqueles compreendidos como poderes de direção do processo e de coerção, e precedem os poderes fins, aqueles ligados à atividade decisória.

Os poderes instrutórios dividem-se entre poderes de promoção – poder de determinar de ofício as diligências necessárias –, poderes de inspeção – poder de apontar irregularidades sanáveis - e poderes de repressão, como determinar a aplicação de pena ao litigante de má-fé.³⁴⁰ Além dos referidos autores, a posição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco é no sentido de classificar os poderes do juiz como administrativos, poderes jurisdicionais, divididos em meio – ordinários e instrutórios – e poderes fim – decisórios e de execução.³⁴¹

A construção doutrinária e legislativa envolvida no tema dos poderes de instrução do magistrado permitiram ao juízo uma maior iniciativa e autonomia no processo, além de poder dispor das técnicas processuais, através de novos mecanismos para, de acordo com cada caso concreto, prestar a atividade jurisdicional de forma mais condizente com os escopos do processo em um tempo razoável, deixando de lado o formalismo.

Moacyr Amaral Santos, na linha dos autores supracitados, em relação a classificação dos poderes instrutórios apresenta a seguinte divisão: poderes de inspeção, de concessão ou recusa, de repressão, de apreciação da prova e poderes de iniciativa.³⁴²

Uma síntese das classificações acima, pode ser a caracterização dos poderes instrutórios como aqueles que determinam as diligências de ofício pelo juiz, com o intuito de instruir o processo e formar o convencimento do magistrado mediante direção formal e material da causa. Assim, sendo o juiz agente estatal, são conferidos os poderes/deveres para realizar a função pública da jurisdição.³⁴³

Os poderes instrutórios são apontados, ainda, como poderes/deveres do magistrado, na busca da verdade dos fatos, considerando à publicização do processo e da necessidade de intensificação da atividade instrutória.³⁴⁴

³⁴⁰ ANDRADE, Odilon de. **Os poderes do juiz no processo civil**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 37, n. 84, p. 3-14, out. 1940.

³⁴¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo civil**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 315

³⁴² SANTO, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.1, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 344

³⁴³ CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 175.

³⁴⁴ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 192.

Ainda sob a vigência do CPC/1973, para evitar situações de desequilíbrio e de desigualdade das partes, várias medidas foram tomadas pelo legislador, dentre elas o reforço do poder instrutório do juiz, pois somente com um comportamento ativo do julgador é que ocorre o respeito ao princípio processual da igualdade real entre as partes. Contudo, a interferência do magistrado na instrução do feito não afeta de qualquer modo a liberdade das partes, pois se os direitos debatidos estão no rol dos direitos disponíveis, as partes permanecem com plenos poderes, como renunciar, desistir e transigir. Por outro lado, enquanto a solução permanecer na mão do Estado, o juiz tem o poder/dever de não se contentar com a atividade das partes, sob pena de admitir-se uma posição pautada por princípios individualistas.³⁴⁵

O instrumento mais valioso para o magistrado é, sem dúvida, a possibilidade de adotar iniciativas relacionadas com a instrução do feito e inerentes à função do órgão judicial e não substitui às partes na produção de prova, mas sim permite iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por determinado litigante, ligado à carência de recursos e informações.³⁴⁶

Um conceito mais amplo dos poderes instrutórios do juiz concedidos pelo Estado brasileiro, são aqueles que compreendem os atos dos julgadores como aqueles destinados a trazer elementos necessários à realização da cognição para permitir a decisão sobre determinado pedido, sem limitação, necessariamente, à fase instrutória.³⁴⁷

Vicente Miranda esclarece os termos e definições dos conceitos utilizados nos poderes do juiz:

Os poderes: são as possibilidades de agir, a possibilidade de querer e de agir, a possibilidade de ordenar, de mandar, de comandar, a possibilidade de império.

O estado brasileiro: a nação brasileira politicamente organizada, dotada de soberania, é que tem competência para, na Constituição Nacional, atribuir a estes ou aqueles órgãos o poder e o exercício de funções estatais essenciais para existência, sobrevivência e desenvolvimento, com justiça e paz, de todos os seres humanos que a compõem.

Ao juiz: o temos juiz, aqui, é tomada na acepção ampla de órgão jurisdicional, o órgão do Poder Judiciário e não a pessoa física daquele que exerce a função, e quer dizer não apenas o órgão monocrático (juiz singular), mas também o órgão colegiado (juiz coletivo). Adite-se que “refiriendo-se a la postedad de juzgar, el

³⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 99

³⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo**, Revista de Processo, São Paulo, v. 37, p. 140-150, 1985, p. 142.

³⁴⁷ CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 181

nombre de juez se aplica a los de primera como a los de segunda instancia, ya se trate de tribunales unipersonales o colegiados.

O exercício de sua função jurisdicional: tal emento que integra o conceito ora enunciado é a diferença específica entre o poder jurisdicional e os outros poderes do juiz, ou seja, o poder administrativo, o legislativo e o correccional, que são também poderes a ele atribuídos. O exercício da função jurisdicional significa, na feliz expressão do Prof. Vicente Grego Filho: aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide.

No processo civil: interessa-nos neste trabalho somente o estudo dos poderes jurisdicionais no processo civil, ficando afastada a análise desses poderes nos outros ramos do processo brasileiro. Para delimitar-se o campo do direito processual civil, valemo-nos da lição de José Frederico Marques: o que lhe demarca o objeto e campo de incidência é a natureza residual do litígio a ser composto; desde que não se trate de litígio afeto às jurisdições especiais ou especialíssimas e tampouco de litígio penal, há objeto material próprio e determinado, para atuação do processo civil e das regras jurídicas que o disciplinam.³⁴⁸

A instrução não pode ser confundida como prova, muito menos pode haver dúvida quanto a diferenciação entre fase instrutória e fase probatória, pois provas e alegações se unem no conceito de instrução, na medida em que ambas são utilizadas com o objetivo de produzir conhecimento no espírito do magistrado.³⁴⁹

Pode-se compreender a dimensão dos poderes instrutórios como aqueles necessários para acumular elementos, informações e constatações fundamentais à construção do campo probatório destinado à formação do convencimento do magistrado, não se limitando à chamada fase instrutória, mas em todo e qualquer ato do julgador ligado à cognição. Deste modo, pelo fato de a atividade cognitiva estar ligado aos poderes instrutórios, a dimensão destes não está adstrita à fase de conhecimento, podendo ser ampliada para toda e qualquer situação e ato que demande a busca por elementos pelo magistrado necessários para fundamentar sua decisão.³⁵⁰

Os poderes instrutórios são aqueles que permitem ao juiz a possibilidade de agir, conduzir, querer, ordenar, mandar, comandar e o poder de império, que autorizar a adoção de métodos e técnicas coercitivas e instrumentais para dirigir e instruir o processo, podendo ser ordinários, de direção, instrutório, decisório e executório. Além disso, os poderes instrutórios não são aqueles apenas destinados a determinar de ofício esta ou aquela prova, mas também o de exigir a colaboração de todos para que a instrução ocorra de melhor maneira.³⁵¹

³⁴⁸ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 96

³⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3. p. 163.

³⁵⁰ CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 182

³⁵¹ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 119

Além da discussão das dimensões dos poderes instrutórios, há uma segunda linha de divergência que se refere às características dos poderes instrutórios em relação aos atos processuais das partes. São, basicamente, três correntes sobre o assunto. A primeira delas entende que o poder do juiz é amplo e autônomo em relação aos das partes, situação que autoriza o magistrado a atuar de forma independente da conduta adotada pelos demais sujeitos no processo.³⁵²

O entendimento decorre do pressuposto que os poderes não possuem qualquer relação com os atos praticados pelas partes quanto ao direito material, tampouco em relação ao ônus da prova.³⁵³

Por outro lado, a segunda delas é aquela que prevê uma atuação concorrente entre o juiz e as partes, momento em que a atividade instrutória é exercida de modo conjunto. Nesse segundo entendimento o juiz e as partes propõem as provas conjuntamente e a investigação dos fatos é tarefa de todos os sujeitos do processo, que se converte em uma ordem de colaboração entre todos.³⁵⁴

A última das posições é aquela em que o poder instrutório do juiz é apenas subsidiário ao das partes, dependendo unicamente de uma ausência de atividade probatória das partes para que o magistrado possa utilizar uma conduta ativa para esclarecer os fatos.³⁵⁵

Michele Taruffo, aliado a corrente que defende uma atuação mais restritiva do juízo, defende que os poderes conferidos aos magistrados são acessórios e integrativos em relação às iniciativas das partes, pois se as partes exercem de maneira completa seu direito à prova, o juiz não terá oportunidade de exercitar seus poderes de modo mais ativo.³⁵⁶

Durante a vigência do CPC/1939, a iniciativa probatória do juiz era apenas suplementar, pois considerava a regra como incumbência das partes, as principais interessadas na produção de provas. Além disso, por mais que reconhecesse a linha publicista do processo,

³⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes instrutórios do juiz e o processo civil democrático**. Revista de Processo, São Paulo, v.153, p. 33-46, 2007. p. 39

³⁵³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012. p. 64

³⁵⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Iniciativa probatória o juiz e o princípio do contraditório no processo civil**. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). Prova cível. Rio de Janeiro: Forense, p. 119-135, 1997, p. 127.

³⁵⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012, p. 65.

³⁵⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz na construção dos fatos**. Tradução de *La semplice verità: Il giudice e la costruzione dei fatti*. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 203

entendia que o juiz não poderia suprir a atuação das partes, mas apenas completar a lacuna que tenham deixado, funcionando apenas como uma atividade suplementar.³⁵⁷

De modo ainda mais restritivo é a posição de Flávio Luiz Yarshell, que defende uma atuação limitada do juízo, com o exercício do poder de instrução pronunciado apenas quando versar sobre direitos indisponíveis, ou não existir desigualdade substancial entre as partes.³⁵⁸

Uma posição conciliadora é aquela que compreende a atuação do juízo como uma cooperação no processo, atribuindo uma função supletiva ou complementar, ou até mesmo assistencialista das partes, impede que o juízo compartilhe com as partes os encargos de produzir as provas.³⁵⁹

As questões e divergências doutrinária acima também se relacionam com a discussão se os poderes instrutórios do juiz são poderes/deveres, ou poderes/faculdade. Daniel Penteado de Castro defende que os poderes instrutórios atuam como dever do magistrado, não apenas um ato discricionário ou faculdade, mas verdadeiramente um poder/dever.³⁶⁰

No mesmo sentido de considerar os poderes do juiz como deveres, não como mera faculdade, Anissara Toscan pontua que o magistrado tem o poder/dever de ordenar os atos necessários à instrução processual, pois deve buscar o fim precípua do processo, razão pela qual deve dispor dos meios probatórios que entender necessário.³⁶¹

João Batista Lopes, sobre o tema, explica que nos últimos anos houve um fortalecimento dos poderes do juiz, tanto com o fenômeno da constitucionalização do processo, como pela necessidade de acesso à justiça de forma efetiva:

Com efeito, a postura burocrática e protocolar do juiz entra em conflito aberto com as tendências atuais do processo civil e, por isso, deve ser afastada. Não se concebe, no estágio atual da doutrina processual, que a parte prejudicada pelo apego ao fetichismo das formas e à dogmática tradicional.

Daí não se conclua, porém, pela adoção do princípio inquisitório, repellido, até mesmo, no processo penal, cujos cultores preferem falar em princípio acusatório.

Já vimos que o juiz não é um investigador que sai às ruas à procura de provas.

Ao tomar iniciativas probatórias deve fazê-lo com critério e equilíbrio, atento ao princípio da imparcialidade. Não pode, também, guiar-se exclusivamente por suas

³⁵⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. **Dos recursos ordinários em matéria civil**. Forense, Rio de Janeiro, 1946. p. 346

³⁵⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 146

³⁵⁹ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 45

³⁶⁰ CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 171

³⁶¹ TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil estática e dinâmica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177.

impressões pessoais ou convicções políticas, nem exercer função assistencial transformando o foro em instituição de caridade.³⁶²

Por mais amplo que o poder instrutório do juiz tenha se tornado, não há uma discricionariedade, tendo em vista que os requisitos legais devem ser atendidos e sua ocorrência deve ser aferida pelo julgador no caso concreto, sob pena de atribuir um poder discricionário incompatível com a dinâmica processual constitucional.³⁶³

A autonomia do poder instrutório do juiz em relação à conduta das partes é desvinculada dos objetivos em discussão, pois enquanto o juiz atua em nome do interesse público, as partes agem e conduzem o processo de acordo com seus interesses particulares. Assim, não se pode confundir esta autonomia do julgador com a ideia de exclusividade da iniciativa probatória.³⁶⁴

Os demais sujeitos do processo não têm poderes, mas faculdades e pretensões, pois apenas ele age no processo como personificação de um poder estatal constituído e, por conta deste fato, todo poder judicial é um poder-dever, pois tem o significado de dever para com os jurisdicionados.³⁶⁵

Assim, considerando que os poderes instrutórios compreendem os atos do magistrado com o fim de trazer elementos e provas aos autos, em especial aqueles necessários à realização da cognição para decidir, necessário demonstrar como o CPC/2015 analisou o tema.

Ao comentar a posição de Moacyr Amaral Santos – poderes de inspeção, de concessão ou recusa, de repressão, de apreciação da prova e poderes de iniciativa – Luciano Souto Dias, contextualiza a classificação a partir da análise do CPC/2015, destacando que os poderes de inspeção são evidenciados através da possibilidade de o juiz inspecionar pessoas ou coisas, de inquirir as partes, por exemplo. Além disso, os poderes de concessão ou recusa são os responsáveis pelo indeferimento das postulações protelatórias e de quesitos impertinentes. Por seu turno, os poderes de repressão são aqueles caracterizados pela punição das testemunhas que não comparecem à audiência sem motivo justificado. Ainda que a própria definição seja explicativa, mas os poderes de apreciação são aqueles que confiam ao

³⁶² LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 163

³⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 150

³⁶⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012. p. 69

³⁶⁵ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 102

juízo a possibilidade de apreciar a prova, independentemente de quem a tenha solicitado e produzido. Por fim, a contextualização com o CPC/2015 realizada de maneira didática por Luciano Souto Dias, explica que os poderes de iniciativa são aqueles que conferem ao juiz a possibilidade de determinar as provas necessárias ao julgamento.³⁶⁶

Se extrai das posições acima que os poderes instrutórios, por maiores que sejam as divergências quanto à sua classificação, estão relacionadas de acordo com a finalidade do ato praticado pelo magistrado. Assim, os poderes do juiz no processo civil podem ser concebidos como esses atos praticados decorrente dos poderes que o Estado atribui ao juiz para o exercício de sua função jurisdicional do processo civil.³⁶⁷

O modelo brasileiro adotou os amplos poderes do juiz, em especial por meio do artigo 370 do CPC/2015,³⁶⁸ isso porque qualquer que seja a natureza da relação jurídica discutida, o rumo observado é aquele do *inquisitorial system*. A análise deste artigo pode ser feita sob três perspectivas: a primeira que o CPC/2015 mantém os amplos poderes instrutórios do juiz, a segunda sob o viés da inconstitucionalidade do artigo 370 do CPC/2015 e, por fim, a terceira, com os que admitem a iniciativa oficial, mas com limites.³⁶⁹

Assim, o artigo 370 do CPC/2015 não apresenta inconstitucionalidade, pois a melhor interpretação é aquela que privilegia o meio termo, que entende que a atividade probatória é atribuída em linha de princípio, às partes e posteriormente, em caso complementar, ao juízo, caso ainda subsista dúvida quanto à determinada questão de fato, o juiz está autorizado para intervir.³⁷⁰

A regra deve ser a cooperação dos sujeitos do processo, sem que existam sujeitos protagonistas no CPC/2015, pois o protagonista deve ser apenas a garantia de um processo justo e eficiente, de um resultado efetivo, fato que implica em uma orientação que impõe a

³⁶⁶ DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador, JusPODIVM, 2018, p. 55

³⁶⁷ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 95

³⁶⁸ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

³⁶⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 88

³⁷⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 90

redução substancial do protagonismo probatório do juiz, mas de cooperação na efetivação dos direitos e garantias através do processo.³⁷¹

Uma análise da própria evolução do artigo 370 do CPC/2015, demonstra o entendimento do legislador sobre a mudança do poder, para o poder/dever do magistrado. O atual enunciado do dispositivo impõe uma ordem ao magistrado (**caberá ao juiz**, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito), diferente do verbo utilizado pelo CPC/1939 (**o juiz poderá**, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo).

Aqui há um paralelo com a ordem constante no artigo 356 do CPC/2015, em que também há um verbo impondo um dever ao magistrado (**o juiz decidirá** parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles). Desta forma, reconhecendo a divergência doutrinária acima, acredita-se que a aplicação do artigo 370 do CPC/2015, deve ser entendida como um poder/dever ao magistrado, mantidas as regras de cooperação entre os sujeitos do processo.³⁷²

Em comparação com o CPC/1973, o CPC/2015, suprimiu referências ao livre convencimento motivado, fato que demonstra uma nova roupagem do processo civil brasileiro, sem esse protagonismo do julgador no comando do processo, de modo que não se espera uma decisão pessoal do juiz, mas uma aplicação do direito ao caso concreto.

Essa perspectiva, de juiz não protagonista, mas de juiz gestor cooperador do processo, foi encapada pelo CPC/2015, que em inúmeros dispositivos mencionam os poderes, deveres e responsabilidade do magistrado na condução do processo em sintonia com o entendimento das partes.

De modo não taxativo, citam-se alguns desses dispositivos legais que permitem levar à essa conclusão, como o §2º do artigo 322,³⁷³ que permite ao juiz interpretar o pedido observado o princípio da boa-fé, ou o artigo 352³⁷⁴ que autoriza o juiz a corrigir as alegações

³⁷¹ DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador, JusPodivm, 2018. p. 73

³⁷² Conferir: SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutório do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito prbaatório** 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 477-494, 2018.

³⁷³ Art. 322. O pedido deve ser certo. § 1º Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios. § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

³⁷⁴ Art. 352. Verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

do réu, ou o próprio §1º do artigo 373,³⁷⁵ que faculta ao juiz a distribuição o ônus da prova de modo proporcional a capacidade das partes em provar o fato e até o já mencionado artigo 370,³⁷⁶ que permite o juiz, de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Sobre o ônus da prova, o CPC/2015 outorga o poder de determinar, seja a requerimento ou de ofício, a produção de provas necessárias ao julgamento do mérito, contudo, o exercício dos poderes instrutórios pode inibir a aplicação da regra de julgamento do ônus da prova, mesmo não havendo sobreposição entre ônus da prova e o exercício dos poderes instrutórios, pois o equilíbrio é estabelecido pela aplicação dos critérios de admissibilidade da prova.³⁷⁷

Além dos artigos supracitados que, em maior ou menor grau, versam sobre os poderes do juiz na condução do processo, há que se mencionar a ampliação dos poderes previstos no artigo 139 do CPC/2015, que autorizam a condução e gerenciamento do processo pelo juiz. Fala-se em ampliação pelo fato de que no revogado diploma, o artigo 125 do CPC/1973³⁷⁸ possuía apenas quatro incisos, muito menos dos atuais nove do artigo 139 do CPC/2015.³⁷⁹

³⁷⁵ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

³⁷⁶ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

³⁷⁷ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 90

³⁷⁸ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

³⁷⁹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força

Como já mencionado, a evolução do artigo 139 decorre da própria tendência de se ampliarem os poderes do juiz nas legislações processuais mais modernas, na linha do que a doutrina já indicava desde o CPC/1973.

O artigo, previsto no capítulo relacionado com os poderes, deveres e responsabilidade do juiz, indica uma ordem ao juiz, no sentido de dirigir o processo assegurando a igualdade de tratamento entre as partes, a observância da duração razoável do processo, a necessidade de se reprimir ato contrário à dignidade da justiça, a determinar as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais necessárias ao cumprimento de ordem judicial, dilatar prazos processuais, exercer o poder de polícia, determinar o comparecimento das partes, determinar o suprimento de pressupostos e saneamento de outros vícios e oficiar o Ministério Público e a Defensoria Pública quando se deparar com demandas repetitivas.

Conforme se percebe da análise dos artigos 125 do CPC/1973 e do artigo 139 do CPC/2015, a principal diferença está nos incisos IV, VI, VII e IX, pois todos os demais já estavam previstos no diploma revogado. Desta forma, uma análise destes novos incisos nos permite compreender os novos poderes de condução do processo pelo juiz.

O inciso IV impõe ao juiz a observância dos meios atípicos para cumprimento das decisões judiciais, em especial a possibilidade de utilização destes meios atípicos para assegurar o cumprimento de decisões que impõe obrigação de pagar. O inciso inaugurou uma nova fase na execução pecuniária do Brasil.³⁸⁰

É este dispositivo que gera discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre os limites das medidas atípicas, como impor medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, com aplicação de

policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - 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; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

³⁸⁰ BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 68

astreintes, bloqueio de bens móveis, imóveis, de direitos e de ativos financeiros, restrição de direitos, prolação de decisões substitutivas da declaração de vontade.³⁸¹

Por seu turno, o inciso VI possui estreita relação com o direito probatórios, pois permite ao juiz dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito. Novamente há demonstração da perspectiva de um juiz cooperador, e não de um magistrado protagonista no processo.

Interessa ao presente estudo, ainda, o mandamento do inciso IX, que prevê o poder de determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais. Esta possibilidade está aliada com a nova visão de processo civil elencada no tópico 1.4 do presente trabalho, momento em que restou constatada a necessidade de uma interpretação do processo civil com os aspectos éticos e com a afirmação do princípio da cooperação.

A possibilidade prevista no inciso IX permite, ainda, viabilizar a concretização da primazia do julgamento do mérito, pois capaz de viabilizar o cumprimento da cooperação do magistrado com as partes, resolvendo os vícios processuais que pudessem impedir a resolução do mérito, ou a atividade satisfativa do processo.

Percebe-se, até o presente ponto, que o artigo 370 do CPC/2015, aliado às disposições do artigo 139, representam uma verdadeira cláusula geral dos poderes instrutórios do juiz, se estendendo, conforme será abordado nos próximos tópicos, aos membros das Cortes de Justiça.

Sobre os poderes do magistrado, denota-se sua estreita relação com a própria efetividade da tutela jurisdicional em uma duração razoável, pois pode-se afirmar que quanto mais efetivos forem os poderes do juiz, em complementação à probatória das partes, menor será a dificuldade de cumprir o próprio mandamento do artigo 4º do CPC/2015, que impõe o direito das partes de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluindo a atividade satisfativa.

2.4 OS LIMITES AOS PODERES INSTRUTÓRIOS, O PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO

³⁸¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC**. In: Vários autores. O novo código de processo civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, p. 135-155, 2015. p. 142

Assim é o juiz: interpreta o direito cumprindo o papel que a Constituição lhe atribui.

*Eros Roberto Grau.*³⁸²

Este último tópico tem como objetivo demonstrar que, em que pese importante, a atuação do juiz durante a instrução do feito não pode ser um remédio milagroso para solucionar o feito, mas sim uma técnica para suprir a insuficiência da produção de provas pelas partes e levar a formação de sua convicção.

É no momento do julgamento que o juiz possui o conjunto probatório apto às suas considerações, ponto no qual há a possibilidade de consideração e compreensão dos fatos para o posterior convencimento e esclarecimento dos motivos pelos quais os pedidos foram julgados procedentes, ou improcedentes.³⁸³ É aqui, também, que o juiz analisa a participação das partes na produção das provas.

A citação acima busca, justamente, criar uma reflexão sobre o limite dos poderes do magistrado, principalmente na limitação constitucional aplicada a interpretação que o juiz pode utilizar quando estiver na condição de representante do Estado. Deste modo, todo o trabalho de interpretação para instruir o feito, deve ter como premissa fundamental as regras postas na CRFB/1988.

Conforme pontuado no tópico anterior, a produção de prova pelo juiz deve ser justificada pelo magistrado e, em qualquer hipótese – portanto, funcionando como um limitador –, deve abrir às partes oportunidade para se manifestarem. A amplitude da manifestação das partes deve englobar tanto a oportunidade para demonstrar interesse em se manifestar, como a participação na produção da prova, de falar sobre o seu resultado e de interpretar os seus resultados.³⁸⁴

Além disso, o CPC/2015 modificou o que o CPC/1973 denominava de livre convencimento motivado, isso porque a valoração da prova pelo juiz não é mais livre, mas com uma série de limitações que legitimam o processo. A retirada do livre convencimento

³⁸² GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação do direito e princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21

³⁸³ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 277

³⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 83

motivado também afastou as dúvidas que existiam sobre a possibilidade de o magistrado valorar a prova de acordo com suas próprias convicções e com bem entendesse.³⁸⁵

Deste modo, o convencimento do magistrado deve levar em consideração que a prova valorada deve constar nos autos, pois apenas se uma das partes não pode participar da produção e determinada prova, ou não lhe foi facultada a possibilidade de se manifestar sobre determinado ponto, a referida prova não poderá servir como fundamento da decisão, funcionando como outro limitador dos poderes do juiz.³⁸⁶

Essa oportunidade há que ocorrer, pois é fonte de legitimação do próprio processo, na medida em que a produção de prova de ofício – sem a participação ativa das partes – jamais poderá suprir a atuação das partes na produção de prova e aos próprios requerimentos formulados, pois são essas que têm as melhores condições de saber quais provas devem ser produzidas.³⁸⁷

A legitimação do processo ocorre também, para William Santos Ferreira, com a busca coletiva dos esclarecimentos, por meio da cooperação instrutória, em especial nos casos em que a parte inerte, *reclama* da inatividade do juiz, mesmo que ela mesma não tenha produzido determinada prova. Para o autor, em contraponto ao defendido pela doutrina e no presente trabalho, é possível que a parte não arrole testemunhas, mas, posteriormente, caso seja a única forma de esclarecimento do fato probando, o juiz deferir a oitiva, pois necessária ao convencimento e para não incidir na carência probatória.³⁸⁸

Sobre esta limitação dos poderes do juiz, apenas este tem poderes e todos os demais sujeitos do processo, apenas faculdade, direitos e pretensões. Contudo, este poder é oriundo da própria CRFB, pois são frutos da personificação de um poder estatal, razão pela qual, sua atuação está limitada dentro do espectro da CRFB, de modo que todos os poderes – direção, ordinatório, instrutórios, decisórios, executórios – devem ser orientados pela interpretação constitucional do processo.³⁸⁹

³⁸⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 103

³⁸⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 103

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 83

³⁸⁸ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 246

³⁸⁹ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 104

O juiz, quando da interpretação do pedido e do exercício do convencimento, necessita avaliar critérios objetivos para julgar a lide, pois sua liberdade de convencimento é mitigada a obrigatoriedade de fundamentar e motivar este convencimento.

Está, ainda, associado ao conjunto probatório e se, por exemplo, se convence de que determinada testemunha falou a verdade, mesmo que as demais testemunhas tenham se manifestado em sentido oposto, poderá aceitar tal posição, desde que motive seu convencimento de acordo com a interpretação constitucional (artigo 93, inciso IX da CRFB/1988³⁹⁰)³⁹¹

Além de estar limitado pela interpretação dos fatos conforme a CRFB, o julgador e a atividade instrutória estão limitados aos próprios fatos alegados pelas partes, pois ocorrendo a revelia ou restando incontroversos os fatos narrados na inicial, não cabe ao magistrado determinar a produção de prova, salvo nos casos previstos na legislação, como a inicial não estar acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato.

O balizamento dos poderes instrutórios também encontra limite nos próprios princípios constitucionais, em especial ao próprio princípio da demanda, do objeto do processo, do princípio dispositivo, na medida em que o pedido das partes limita a atuação e fixa o objeto do processo.³⁹²

A limitação também é imposta pelo sistema processual civil mediante o estabelecimento de parâmetros como o princípio da inércia e a possibilidade de as partes disporem de seus direitos, como quando as próprias partes tenham recusado a realização de determinada prova, mas o magistrado determina sua realização. Do mesmo modo, se a parte desiste de uma das testemunhas indicadas, é defeso ao juiz ouvi-la, pois não se trata de poderes de investigação, mas apenas de poderes de instrução.³⁹³

Os limites para o exercício dos poderes instrutórios são fixados, inicialmente, por um critério de admissibilidade. Iniciam-se pela licitude e deve ser observado, ainda, o problema

³⁹⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

³⁹¹ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 289

³⁹² CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191

³⁹³ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 79

da pertinência da prova, com a aferição do chamado *thema probandum*, ou seja, os fatos constitutivos dos direitos do autor e os impeditivos, modificativos e extintivos alegados pelo réu. Assim, a limitação do exercício dos poderes instrutórios está inserida no espectro da atividade probatória já realizada pelas partes, dependendo do conhecimento das partes acerca das fontes de prova.³⁹⁴

Além dos limites constitucionais, o exercício dos poderes instrutórios deve manter observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, de modo que todo deferimento ou indeferimento da produção de prova deve ser dada a oportunidade e assegurado aos litigantes o direito de participarem ativamente da condução, inclusive, com garantia na contribuição da formação do convencimento do magistrado. A restrição ocorre, também no que se refere a produção de provas ilícitas, na medida em que sua admissibilidade está restrita há algumas situações, devendo, em situações excepcionais e isoladas, o magistrado aplicar o princípio da proporcionalidade, contudo, deixando de compreender qualquer iniciativa relacionada ao meio ilícito.³⁹⁵

O princípio do contraditório no procedimento probatório significa que ambas as partes possuem os mesmos direitos de pleitear a produção de prova, portanto, inadmissível que qualquer litigante fique impossibilitado de submeter a indicação do meio de prova que pretende utilizar.³⁹⁶

Sobre o princípio do contraditório na limitação dos poderes instrutórios, é indispensável que os resultados da produção de prova sejam – antes de valorados – submetidos ao crivo das partes, conforme mandamento do artigo 10 do CPC/2015.³⁹⁷

Assim, por mais limitador que seja, não há incompatibilidade entre a iniciativa probatória do juiz no processo civil e o princípio do contraditório, apenas há que se intimar e oportunizar às partes a participação na realização dos atos probatórios.

Deste modo, os poderes instrutórios não estão vinculados à discricionariedade do juiz, mas sim a busca pelo melhor entendimento da verdade dos fatos, razão pela qual

³⁹⁴ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 88

³⁹⁵ CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 196

³⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A garantia do contraditório na atividade de instrução**. Revista de Processo, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 231–238, abr./jun., 1984, p. 235

³⁹⁷ 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.

imprescindível a observância do princípio do contraditório e da motivação das decisões que deferiram determinada prova.

O estabelecimento do paralelo entre a limitação do juiz ao julgamento dos pedidos do autor de acordo com a petição inicial e da resposta do réu com a contestação, a instrução probatória é subordinada à colheita de elementos necessários para investigar tais pedidos, sendo objeto do processo justamente o pedido e as provas a serem produzidas, que devem guardar relação com os limites impostos pela relação litigiosa.³⁹⁸

A pertinência também se relaciona com o limite dos poderes instrutórios, pois o juiz se encontra limitado as alegações das partes sobre os fatos causam. Não pode, por exemplo, o magistrado valer-se de informações e conhecimento sobre os fatos causa que ultrapassem a fase postulatória, pois as fontes de prova sobre as quais incidirá a atividade do juiz já deverão estar previamente informadas nos autos.³⁹⁹

José Carlos Barbosa Moreira considera que durante a instrução do feito o juiz possui ampla iniciativa na verificação dos fatos, contudo, sempre limitados aos pontos submetidos à sua cognição, ou seja, nos limites do pedido e da causa de pedir.⁴⁰⁰

Esta necessidade de limitar a atuação do juiz aos pontos submetidos pelas partes, decorre do próprio princípio dispositivo, pois é um dos principais limites aos poderes instrutórios do juiz, pois reserva às partes o papel de protagonista no campo probatório o que, em tese, afasta a interferência do magistrado neste campo.⁴⁰¹

Munir Karam o qualifica como aquele que atribui às partes a tarefa de estimular a atividade jurisdicional, buscando os meios necessários para resolução da lide, proibindo ao juiz a iniciativa probatória e a busca de alegações não feitas pela parte.⁴⁰²

O fundamento do referido princípio é a necessidade de se estabelecer e consolidar a imparcialidade do juiz frente às partes, pois o magistrado é apto apenas a julgar de acordo

³⁹⁸ CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192

³⁹⁹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 89

⁴⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. In Temas de direito processual: quarta série. São Paulo, 1989, p. 45-52

⁴⁰¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012, p. 44

⁴⁰² KARAM, Munir. **Princípio distributivo do ônus da prova na organização judiciária romana**. Revista de Processo, São Paulo, ano VI, n. 24, out/dez, 1981, p. 123.

com os fatos e alegações deduzidas e de interesse das partes, sendo estas que possuem o conhecimento do que melhor lhes interessa.⁴⁰³

A relação entre o princípio dispositivo e o princípio inquisitivo, gera uma falsa polêmica: o primeiro é aquele que vincula o juiz aos atos das partes e o segundo, por seu turno, é aquele que o juiz possui todas as funções: acusar, defender e julgar. Logo, não há correlação direta entre os princípios, até porque não há exata identidade de características. A opção legislativa pela inclusão do princípio dispositivo, na verdade, apenas buscou distribuir as tarefas dos sujeitos processuais envolvidos na demanda, mas não indicar uma sobreposição de poderes, até porque, na própria exposição de motivos do revogado diploma, não há qualquer menção ao aumento dos poderes do Judiciário em detrimento e diminuição aos poderes das partes, em especial não há manifestação de qualquer subordinação entre eles.⁴⁰⁴

José Carlos Barbosa Moreira pontua que o princípio dispositivo incide quando a parte alega o fato, ou invoca o direito em juízo, portanto, a alegação do fato é a demonstração de que a parte quer que dele se extraia consequência jurídica. Contudo, não se afigura razoável pretender a tutela jurisdicional e obstar que o juízo se valha dos elementos necessários para verificar a procedência da tutela jurisdicional.⁴⁰⁵

Em se tratando de direito disponível, às partes têm ampla liberdade para dele dispor, por meio de atos processuais (renúncia, desistência e reconhecimento do pedido, por exemplo), não podendo o juiz se opor à prática dos referidos atos. O princípio dispositivo deve expressar as limitações impostas ao juiz, em virtude, justamente, da disponibilidade do direito, e poucas aquelas referentes aos atos processuais voltadas ao direito disponível. Ainda que o entendimento seja ampliado, não há como impedir e restringir o poder investigatório do magistrado, mas apenas limitar o espectro de atuação no âmbito de investigação estabelecido pelas partes na determinação dos pedidos e da causa de pedir.⁴⁰⁶

Os limites do debate são aqueles fixados pela parte, isso porque são elas que melhor podem fixar as questões a serem discutidas, tanto no plano jurídico como no mundo dos fatos, bem como é apenas com o estabelecimento dos limites pelas partes que poderá ocorrer o

⁴⁰³ CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 77

⁴⁰⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012. p. 46

⁴⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 97

⁴⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 95

contraditório e ampla defesa, pois limitam os atos de má-fé, retirando o efeito surpresa das alegações.⁴⁰⁷

A iniciativa probatória é comum aos sujeitos do processo, pois trata-se de uma ordem de colaboração, buscando a consecução da justiça; ou seja, as partes fixam o limite da lide, mas durante a instrução, há colaboração entre as partes e a iniciativa probatória do juiz, que, por meio do poder instrutório, formará seu convencimento para decidir.⁴⁰⁸

Daniel Penteado de Castro, em apertada síntese, resume os limites dos poderes instrutórios da seguinte forma:

Portanto, tal qual todo e qualquer possui regras de contenção destinadas a evitar arbitrariedades e teratologias, de igual sorte o exercício dos poderes instrutórios comporta algumas limitações que, em linhas gerais, compreendem: (i) a investigação probatória restrita a angariar elementos necessários a atender ou rejeitar o pedido das partes, em observância aos princípios da ação, da demanda, da correlação, da congruência ou adstrição, dispositivo ou dispositivo em sentido material (todas essas variações conceituais concebidas pela doutrina, embora destinadas, com pequenas oscilações e no que interessa a este trabalho, no mesmo predicado ligado ao julgamento da causa, nos termos do que foi pedido pelas partes), em decisão que seja (ii) motivada, apontando as razões que o conduziram a tomar a iniciativa de determinar a produção de dada prova, de modo a (iii) assegurar às partes plena oportunidade ao contraditório e ampla defesa, calcada no trinômio ciência, participação e reação. Ainda (iv) é vedado ao magistrado determinar produção de provas por meios ilícitos ou vedados pelo ordenamento, conquanto a admissibilidade da prova produzida sob essa circunstância venha a ser aceita em alguns casos excepcionais, mediante a aplicação da técnica da proporcionalidade. Destarte, (v) em relação à aplicação dos efeitos da revelia, presente a verossimilhança do direito postulado pelo autor, deverá o magistrado evitar o prosseguimento de qualquer iniciativa probatória.⁴⁰⁹

As considerações permitem compreender, e coaduna com o que se pretendeu demonstrar neste tópico, que é necessário definir critérios objetivos para a atuação do magistrado na apreciação da prova, sob pena de violação ao contraditório e ampla defesa. A limitação também é aplicada, conforme se verá no próximo capítulo, aos poderes do relator e na iniciativa probatória nas Cortes de Justiça.

Pelos motivos declinados acima, pode-se chegar à conclusão de que o princípio dispositivo é um dos principais limitadores dos poderes instrutórios do magistrado, especialmente por ele estabelecer as fronteiras da interpretação do juiz, com a fixação pelas

⁴⁰⁷ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 298

⁴⁰⁸ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Iniciativa probatória o juiz e o princípio do contraditório no processo civil**. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, p. 119-135, 1999, p. 127

⁴⁰⁹ CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 198

partes, dos limites do debate. Assim, por mais que se entenda que o julgador tem poderes amplos e autônomos, seu espectro de atuação não pode ultrapassar os requerimentos de provas e os pedidos formulados pelas partes.

Há que se abrir um parêntese: por mais que o princípio dispositivo funcione como uma espécie limitador e um norte na análise efetuada pelo magistrado, é fundamental chamar atenção sobre a possibilidade de o magistrado levar em consideração os fatos notórios,⁴¹⁰ bem como os secundários e primários, para o julgamento.

Deste modo, para fins didáticos, pode-se comparar o princípio dispositivo como um trilho de uma ferrovia – sendo o juiz o maquinista que conduz o processo (trem) nos limites criados pelo trilho (princípio dispositivo); contudo, ao juiz (maquinista) é perfeitamente autorizado analisar as circunstâncias externas (fatos notórios, primários e secundários) que transcendem os limites do trilho. Assim, mesmo com as limitações impostas pelo princípio dispositivo, deve-se levar em consideração esta possibilidade.⁴¹¹

Ainda que existam limitações, é fundamental compreender os poderes do magistrado na determinação das provas como uma forma de fazer valer a colaboração entre os sujeitos, na medida em que o magistrado apenas atua na instrução do feito com o objetivo de aclarar o conjunto fático probatório.

Deste modo, foi possível estabelecer como premissas à limitação dos poderes instrutórios, a obrigatoriedade de observância ao contraditório pleno e efetivo, aos princípios constitucionais, vez que a interpretação conforme, e de acordo, com a CRFB/1988 é pedra fundamental para o correto entendimento do processo civil, observância do princípio dispositivo e dos limites impostos pelas partes à própria demanda e a limitação das provas ilícitas.

Acredita-se que este tópico tenha atingido seu objetivo, pois os pontos aqui abordados demonstram não existir conflito de interesse entre o juiz e as partes durante a

⁴¹⁰ Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

⁴¹¹ Sobre a existência dos fatos notórios e o princípio dispositivo, ver: PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual.** Tradução Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017; GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1995; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; MACHADO, António Montalvão. **O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

instrução do feito, mas sim, uma cooperação para uma decisão de mérito justa e um prazo razoável.

Em resumo, o sistema processual civil, em especial a fase instrutória, é o momento que as partes possuem o direito de especificar a produção de provas e tal fato deve ser realizado de acordo com os fatos alegados na inicial e impugnados na contestação, pois todos os próximos encaminhamentos do processo corresponderão a este ato, principalmente o convencimento do juízo, de deverá estar convencido dos fatos narrados das provas produzidas, tendo o dever de instruir o feito, mas não investigar.

2.5 SÍNTESE DO SEGUNDO TÓPICO

Este capítulo procurou demonstrar, sem a pretensão de esgotar o tema, os principais aspectos do direito de prova no processo civil brasileiro. O tema da prova é indispensável para o entendimento dos direitos e dos deveres dos sujeitos do processo na instrução do feito.

Por conta deste necessário modelo, é que no primeiro tópico (item 2.1.) buscou-se apresentar um panorama sobre o direito de prova, desde sua concepção no direito medieval e romano, até os principais artigos do CPC/2015.

O segundo tópico (item 2.2), inevitavelmente o mais longo, analisou as provas típicas e atípicas, pois conhecer a natureza processual das provas possíveis de serem produzidas, bem como os principais aspectos do procedimento, é condição fundamental para avançar no presente estudo.

Os dois últimos tópicos (itens 2.3. e 2.4.) tratam dos poderes do juiz, discorrendo sobre os principais aspectos do poder do juiz na condução das provas. A atuação na direção do processo e a forma de cooperar com as partes foi objeto do tópico 2.3 e, por sua vez, o tópico 2.4. tratou do tema oposto: qual este limite? Até que fronteira pode o juiz chegar para instruir o processo.

Espera-se que o próximo capítulo contemple essas considerações e permita demonstrar e estabelecer os parâmetros para a instrução do processo pelas Cortes de Justiça. Todas as considerações já elencadas devem ser vistas como fundações para o último capítulo, em que será feita a ligação entre todos os pontos aqui deduzidos.

3 LIMITES DA APLICAÇÃO E OS MEIOS DE PROVA: UM PADRÃO DE DESIGNAÇÃO E ORIENTAÇÃO

O último capítulo do presente trabalho é uma reflexão de todos os pontos elencados nas primeiras páginas deste estudo. Pretende-se neste tópico avançar sobre as especificidades da produção de prova no sistema recursal, em especial nos recursos interpostos perante as Cortes de Justiça.

Com efeito, o que será explorado no primeiro item são algumas das particularidades do sistema recursal, com foco nos recursos previstos no CPC/2015, bem como nos poderes do relator. O ponto central desta primeira parada é conhecer como o CPC/2015 concebeu a produção de prova no novo sistema recursal.

Por seu turno, o item subsequente possui uma visão prática, que permite analisar como as Cortes de Justiça estão conduzindo e determinando a produção de prova, com análise de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. É justamente neste ponto em que serão estudadas as decisões que envolvem a aplicação do artigo 938 do CPC/2015, um total de 252 decisões colegiadas.

O terceiro ponto versa sobre as principais implicações no dia a dia do foro, como o impacto em outros capítulos da decisão, a ocorrência de preclusão, a possibilidade de realização pelo meio virtual, as decisões interlocutórias não recorríveis de imediato, a questão envolvendo o assistente simples, os limites para aplicação no julgamento no agravo de instrumento e o potencial impacto no enunciado da súmula 07 do STJ.

No quarto e último tópico foram enfrentados os temas envolvendo a própria designação do padrão na condução da prova, estudando a forma para realização da conversão do julgamento em diligência, indicando, inclusive, os prazos para cumprimento da diligência e da produção de prova, bem como a jurisdição na qual será realizada a condução da produção de prova.

Por fim, mas ainda no quarto tópico, o estudo de caso é encerrado com uma sugestão de alteração no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, propondo a inclusão dos incisos II e III e de respectivas alíneas ao artigo 132 do Regimento.

3.1 A PRODUÇÃO DE PROVA NO SISTEMA RECURSAL: IMPACTO DOS PODERES DE INSTRUÇÃO NOS RECURSOS

É assim, de vez? É só dizer “pra dentro” e vai tudo? Que diabo de Tribunal é esse que não tem apelação?

João Grilo, Auto da Compadecida.⁴¹²

O tema da produção de prova nas Cortes de Justiça está muito ligado aos poderes do relator, pois, ao fim e ao cabo, é ele quem decidirá sobre a relevância, pertinência e legalidade de estabelecer a produção probatória no âmbito recursal. Além dos poderes do relator, a situação envolve a tipicidade dos recursos, como as diferenças do poder monocrático em cada um dos recursos.

Assim, neste primeiro tópico, a ideia que se pretende levar ao leitor é como a legislação, em especial o CPC/2015, permite que as provas sejam produzidas em âmbito recursal, com destaque – em paralelo aos poderes/deveres dos juízes – para os poderes do relator, considerando que a condução do processo cabe ao julgador para qual o recurso restou distribuído.

É também neste tópico que será feita uma breve jornada sobre o sistema recursal, com o intuito de demonstrar como a produção de prova poderá ocorrer em cada um dos recursos previstos no CPC/2015.

Além dos poderes do relator e da possibilidade de, reconhecida a necessidade de produção de prova, conversão do julgamento em diligência, a ser realizada no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, com o respectivo recurso sendo julgado apenas após a conclusão da instrução, outros dispositivos – elencados no capítulo II – também permitem a instrução em grau recursal.

Aliado aos pontos acima, é salutar fixar que a possibilidade de produção de prova no sistema recursal advém do próprio modelo cooperativo de processo, realidade desde o advento do CPC/2015, tendo em vista que a posição do julgador – tanto em primeiro grau de jurisdição, como no âmbito recursal – não pode se limitar à de mero fiscal, mas deve ir além,

⁴¹² SUASSUNA, Ariano. **Auto da compadecida**. 39. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018. p. 137

como verdadeiro partícipe para que se obtenha uma decisão de mérito justa, célere e efetiva.⁴¹³

Para entender esta dinâmica é necessário estabelecer como primeiro ponto de partida o artigo 938 do CPC/2015, cujo enunciado dos parágrafos primeiro e terceiro permite que o relator resolva vício sanável e determine a conversão do julgamento em diligência.⁴¹⁴

Ato contínuo, as bases sobre o direito probatório fixadas no capítulo anteriores são fundamentais para a correta conjugação do artigo 938 com os meios de prova, com os limites do saneamento dos vícios e com as restrições impostas pelas diligências e pela sistemática de cada recurso em espécie.

Melhor explicando a ideia, é com base no direito de prova e nos poderes de instrução do magistrado que será possível verificar um padrão na designação da produção de prova no sistema recursal. Uma situação depende da outra.

Dito isso, vejamos, portanto, quais são as incumbências do relator na condução do processo e de que forma a produção de prova está relacionada com as faculdades de designar, determinar e conduzir as provas no âmbito recursal.

O registro histórico é sempre importante e neste trabalho sua análise não será deixada de lado. Para entender a produção de prova pelos tribunais, fundamental trazer ao presente estudo um breve resgate sobre o impacto das reformas no CPC/1973 que permitiram, por exemplo, o julgamento imediato pelos Tribunais, mitigando dogmas e rompendo paradigmas antigos do sistema processual brasileiro.

Com a chegada do §3º do artigo 515 do CPC/1973,⁴¹⁵ inserido pela terceira etapa da reforma, o julgamento imediato pelos tribunais trouxe ao ordenamento jurídico uma nova

⁴¹³ DIAS, Luciano Dias. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 153

⁴¹⁴ Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. § 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. § 2º Cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso. § 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução. §4º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1º e 3º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.

⁴¹⁵ Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. §1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. §2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. §3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. §4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a

fase, na visão de Pedro Miranda de Oliveira, coerente com os ideais do processo civil contemporâneo, pois intimamente ligada com a prestação jurisdicional efetiva.⁴¹⁶

No sistema processual brasileiro a regra geral é que no primeiro grau de jurisdição, conforme pontuado no capítulo anterior, o magistrado atue de forma singular; ou seja, a decisão é unicamente daquele juízo, sem a observância de um colegiado. Por sua vez, a função e atuação nos tribunais a regra é o oposto, imperando a vontade colegiada, por maioria de votos e, excepcionalmente, nos termos dos artigos citados, há a autorização para medidas determinadas unicamente pelo relator.⁴¹⁷

A implementação de mudanças no sistema recursal, principalmente aquelas aptas a fomentar uma maior efetividade e priorizando o julgamento do mérito também são destaques no CPC/2015. O fato é que desde as reformas do início do século o legislador tem buscado estas diretrizes.

Nada obstante, a tarefa instrutória é atribuída ao juiz singular, de acordo com as regras específicas do sistema processual civil, contudo, tal atribuição não afasta a aplicação dos poderes-deveres de o órgão julgador apreciar as questões de fato e deferir medidas de instrução necessárias para formação da convicção.

Mesmo na instância recursal, o mandamento do revogado artigo 130 do CPC/1973⁴¹⁸ – atual artigo 370 do CPC/2015⁴¹⁹ – também incide, mesmo com algumas peculiaridades decorrentes do transcurso da fase instrutória. Para o autor, o fato de a instrução ter ocorrido no primeiro grau de jurisdição não pode obstaculizar o ativismo instrutório no âmbito recursal.⁴²⁰

Sobre a evolução dos artigos mencionados, o fortalecimento da possibilidade de instrução em segundo grau de jurisdição, trouxe relevante mudança no sistema conhecido sob o CPC/1973, bem como nas reformas que antecederam o atual diploma, tendo em vista o novo

realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação

⁴¹⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Julgamento imediato pelos tribunais**: a regra do §3º do art. 515 do CPC. In. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. MANOEL ABREU, Pedro (coord.). *Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito, , p. 791-804, 2007. p. 796.

⁴¹⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Agravo interno e agravo regimental**: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 61

⁴¹⁸ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁴¹⁹ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁴²⁰ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 260

foco no formalismo valorativo, na instrumentalidade⁴²¹ das formas e na busca pela decisão de mérito, com efetiva prestação da tutela jurisdicional.⁴²²

Sob a vigência do revogado diploma, Vicente Miranda pontuava acerca da possibilidade do poder instrutório, pois, no seu entendimento, não se operava preclusão neste tópico e a análise da matéria poderia ocorrer em segundo grau de jurisdição. Isso porque, a característica preclusiva não se opunha a necessidade de produção de provas, pois a busca pela decisão de mérito é constante e, por conta disso, a conversão do julgamento em diligência é permitida.⁴²³

A atuação do legislador, desde a concepção do sistema recursal em 1973, até as reformas e evoluções do processo civil, permitiram o crescimento dos poderes do relator, acompanhando as inovações trazidas, como os precedentes, súmulas vinculantes e, mais recentemente, o modelo de cooperação e busca de uma decisão de mérito célere e efetiva no processo civil.

As reformas que deram ensejo à ampliação dos poderes do julgador possuíam como fundamento a necessidade de alargar a decisão singular, permitindo que o próprio relator dê encaminhamento ao recurso, prescindindo o encaminhando ao órgão fracionário, deixando para o órgão colegiado as questões pertinentes à criação do direito.⁴²⁴

Ainda que autorizado pelo CPC/2015 e construído ao longo das reformas processuais, há baixa incidência da produção de prova pelos desembargadores, isso porque a colheita de provas nas Cortes de Justiça implica em uma dificuldade operacional maior, com muitas intimações e audiências, o que pode ensejar um atraso na pauta de todos os julgadores.⁴²⁵

Com os olhos voltados ao CPC/2015, o legislador estabeleceu alguns dispositivos que confirmam a liberdade dos poderes do relator na condução do processo. Os destaques são os já mencionados artigos 932, 933 e 938, que possuem a seguinte redação:

Art. 932. Incumbe ao relator:

- I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar auto composição das partes;
- II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

⁴²¹ Ainda sobre a instrumentalidade: MEDEIROS, Maria Lúcia L.C. de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴²² ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 83

⁴²³ MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 218.

⁴²⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 63

⁴²⁵ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 47

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso;

VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal.

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente.

§ 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

[...]

Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

§ 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.

§ 2º Cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

§ 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

§ 4º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1º e 3º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.

Os artigos citados acima são o ponto de partida para a compreensão do tema, pois é ali que estão inseridas as diretrizes gerais para a condução da produção de prova pelos tribunais. Contudo, apenas os artigos acima não são suficientes para a correta compreensão do

tema, pois faz-se necessário estudar o sistema recursal, ainda que de modo simples, sem pretensão de esgotar o tema.

Tem-se que os dispositivos acima disciplinam os poderes-deveres dos julgadores, estabelecendo desde matérias vinculadas à decisão processual (inciso II, III e VI do artigo 932) e outras relacionadas com a condução do processo (inciso I, VII e VIII do artigo 932), de modo, inclusive, mais ampliado em relação aos previstos no revogado diploma.

O artigo 932, que apresenta uma regra geral de sanabilidade, traduz um dever geral de prevenção e impõe ao julgador, em especial ao próprio relator, um dever de esclarecimento, concretizando o princípio do julgamento do mérito, salvaguardando a oportunidade de se corrigirem defeitos, imprecisões e autorizando uma melhor compreensão dos fatos da causa.⁴²⁶ Percebe-se que há possibilidade expressa de o juiz, constatando fato superveniente, introduzi-lo no processo e determinar a produção de prova naquele caso.

A autorização de produção de prova no âmbito recursal também está alinhada com um posicionamento que percebe a atuação do magistrado com a efetivação do direito material. Com base nestes argumentos, a própria visão publicista processo permite que o juiz, a qualquer tempo, determine as provas necessárias ao seu convencimento, pois este ato entende o processo como um instrumento efetivo de acesso à justiça e concretização de uma ordem jurídica justa.⁴²⁷

Outro elemento que corrobora com o entendimento acerca da possibilidade de permitir a produção de prova em sede recursal é a própria atuação do magistrado como representante da figura do Estado, pois esta representação não se limita a condução do processo em conformidade com os procedimentos legais, mas especialmente na busca de esclarecimentos das questões controvertidas que norteiam a causa, atuando como um verdadeiro mecanismo para aperfeiçoar a prestação jurisdicional.⁴²⁸

Assim, mesmo em julgamento de recurso, as Cortes de Justiça não estão adstritas a analisarem e reexaminarem as questões devolvidas ao Tribunal, mas é possível que o próprio Tribunal determine a produção de novas provas, desde que imprescindíveis para o julgamento do feito e, evidentemente, se produzidas em contraditório.⁴²⁹

⁴²⁶ LINS, Artur Orlando. **A primazia do julgamento de mérito no processo civil brasileiro: fundamentos, concretização e limites dogmáticos**. Salvador: JusPODIVM, 2018., p. 218

⁴²⁷ MARCATO, Antônio Carlos. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 363

⁴²⁸ DIAS, Luciano Dias. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal: em busca da verdade**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 191

⁴²⁹ DIDIER JÚNIOR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3. p. 46

Com efeito, a permissão para produzir provas em sede recursal é justificada pela necessidade de confirmação e esclarecimento das provas produzidas na instância inferior e que não trouxeram elementos capazes para convicção dos julgadores para decisão colegiada, assim, a razão de existir da conversão do julgamento em diligência reside na própria possibilidade de melhor compreensão dos fatos, desde que úteis, necessárias e relevantes.⁴³⁰

Deste modo, percebe-se que a previsão do artigo 932, com destaque para o parágrafo único, traz ao sistema processual uma efetivação da busca pelo mérito do processo, permitindo ao relator instruir o feito, promovendo a produção de provas, autorizando sanar eventuais irregularidades e promover a decisão justa.⁴³¹

Esta efetivação faz com que o magistrado tenha uma função de *case management*,⁴³² ou seja, a regra prevista no artigo 932 permite que os poderes do relator o autorizem a fazer uma gestão de casos, visando a gestão individualizada de cada recurso, com a permissão, inclusive, de instrução em grau de recurso.⁴³³

A razão de existir da produção de prova em grau recursal é a inexistência de exclusividade do juiz de primeiro grau dos poderes instrutórios, o que permite, até mesmo diante de uma omissão do juiz singular, os desembargadores atuarem de forma marcante neste ponto.⁴³⁴

A possibilidade de produção de prova no âmbito recursal não decorre apenas do artigo 932 do CPC/2015, mas também da previsão do artigo 139 e, ainda, do próprio artigo 370 e

⁴³⁰ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 285

⁴³¹ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 83

⁴³² Sobre gestão de processo e o tema do *case management*, ver: ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento processual no novo CPC: mecanismos para gestão cooperativa da instrução**. Salvador: Juspodivm, 2019; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Gestão de conflitos nos estados unidos e no brasil**. Revista eletrônica de direito processual, ano 12, vol. 19, set.-dez. 2018, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/39174>, acesso em 06.03.2022; ONODERA, Marcus Vinícius Kiyoshi. **Gerenciamento do processo e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey. 2017; FERREIRA, William Santos; LECCIOLLI, William. **Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (case management)**. Revista de Processo, São Paulo, n. 303, p. 111-137, jul./ago. 2020; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos**. In: Temas de direito processual. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁴³³ LINS, Artur Orlando. **A primazia do julgamento de mérito no processo civil brasileiro: fundamentos, concretização e limites dogmáticos**. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 223

⁴³⁴ AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidney. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 115.

artigo 493, que não limita a instrução probatória apenas ao juízo de primeiro grau, mas sim todo e qualquer momento do processo.

Sobre a abrangência do artigo 370 do CPC/2015, Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, apresentam a defesa da produção de prova nas Cortes de Justiça sob três aspectos. O primeiro deles, refere-se à ausência de limites na incidência do artigo 370, pois a competência para instruir o feito também se estende ao relator e, na sua inércia, ao órgão colegiado. O segundo argumento confirma que a autorização para produção de prova em sede recursal está esparsa pelo CPC/2015, como nos artigos 342, 493 e 1.014, que permitem a alegação de fatos novos e, por corolário lógico, se é possível alegar um novo fato é autorizado produzir uma prova desta alegação. Por fim, o terceiro aspecto destacado pelos autores é a própria autorização legal do artigo 435, que prevê expressamente a possibilidade de produção de prova documental a qualquer tempo.⁴³⁵

A leitura dos referidos dispositivos consagra a necessidade de se efetivar a resolução das questões no próprio tribunal, como um dever de buscar o resultado do mérito do processo, com o aproveitamento dos atos processuais. A instrução de prova em segundo grau, portanto, permite que, cumprida a diligência – ainda que realizada em primeiro grau – o tribunal poderá retomar o julgamento do recurso, evitando a anulação de sentença, ou um julgamento que não reflita a melhor análise do mérito.

O fato é que não há limitação quanto aos meios de prova, pois se a parte possui o direito de alegar fatos novos, também possui o direito de valer-se dos meios de provas necessários para a fiel comprovação de sua alegação. Em caso de entendimento diverso, impor-se-ia uma situação em que a parte não possui um direito pleno de comprovar seus fatos constitutivos de seu direito, pois lhe é autorizado alegar, mas não utilizar todos os meios, típicos e atípicos, para o melhor convencimento do magistrado.

Há certa confusão quanto a conceituação do tema, razão pela qual estabelece uma proposta de definição que considera a matéria nova como aquela que o autor deixou de alegar e que não deverá ser apreciada caso não tenham existido fatos que o impediram. Por outro lado, o fato novo é aquele que não havia ocorrido, ou seja, não há necessidade de comprovar

⁴³⁵ DIDIER JÚNIOR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3. p. 48

que não poderia ter sido alegado em outro momento, pois seu caráter de novidade afasta justamente essa subordinação com a comprovação.⁴³⁶

Fatos velhos são aqueles que ocorrem em momento anterior à prática do ato processual no qual a parte deveria trazê-lo aos autos. Assim, embora preexistentes, não foram trazidos aos autos em momento oportuno. Por outro lado, fato novo, ou superveniente, é aquele que necessariamente ocorre após a realização do ato processual que deve acompanhar, mas antes de proferida a decisão relacionada à fase do processo.⁴³⁷

Assim, o que se percebe é que a produção de prova em sede recursal não inovará nos fatos, primeiro porque a instrução será necessária para esclarecer os fatos já constantes nos autos e, segundo, caso ocorra a existência de fatos novos, estes são supervenientes e não velhos, razão pela qual não há como impedir a realização de diligência e produção de todos os tipos de prova para comprová-lo.

Ressalta-se que não há estabelecimento no CPC/2015 de qualquer marco temporal para que o juiz considere o fato superveniente capaz para interferir no julgamento de mérito, podendo ocorrer, portanto, em grau recursal, fato que autoriza a justificar a produção de prova em segundo grau de jurisdição.⁴³⁸

Não há, também, qualquer limitação na instrução probatória realizada pelos tribunais, pois os poderes de instrução não podem sofrer qualquer limitação, inclusive, pois não se analisará novos fatos, mas sim um julgamento com base nos mesmos fatos, mas com uma nova valoração diante das novas provas, não produzidas em primeiro grau.⁴³⁹

A previsão do artigo 938, aliás, caminha no mesmo sentido, pois o legislador previu expressamente o poder do relator e do próprio órgão colegiado para converter o julgamento em diligência e ordenar a produção de prova, reabrindo a fase instrutória, desde que reconhecida a necessidade e utilidade. Mais do que isso, há também uma clara indicação sobre o dever de instrução, pois o artigo menciona – expressamente – que reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência.

⁴³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VII, p. 218.

⁴³⁷ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 109

⁴³⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários ao código de processo civil: procedimento comum (disposições gerais até a audiência de instrução e julgamento)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. VII, p. 136

⁴³⁹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 386

Ao comentar o artigo mencionado, Humberto Theodoro Júnior, discorre sobre a possibilidade de, quando verificada a necessidade de produção de prova, o relator ou até mesmo o órgão colegiado, converter o julgamento em diligência, que se realizará no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição e, finalizada a diligência, o recurso será decidido.⁴⁴⁰

Deste modo, resta claro que a intenção do legislador foi de aproveitar o recurso, priorizando o julgamento do mérito e evitando uma anulação de sentença, com nova fase instrutória em primeiro grau, nova sentença e, por fim, um novo recurso de apelação.

A ampliação dos poderes é confirmada por Bruno Dantas, que menciona a racionalidade e coerência do novo diploma, ao prever que na gama de poderes estão inseridos aqueles necessários para que o julgador adote as providências relativas ao andamento do feito, regularização da capacidade processual e instrução, como diligências, juntada de documentos e autorizações de perícias complementares.⁴⁴¹

Há permissão expressa para produção de prova, isso porque tanto os juízes de primeiro grau, como os julgadores das Cortes de Justiça têm o dever de decidir o mérito de forma justa e efetiva, apurando a verdade das alegações de fato do processo, até mesmo por se tratar de evidente desdobração do próprio direito de ação e de defesa.

A leitura do artigo 932 deve ser conjugada e complementada pelo artigo 933, que admite expressamente a possibilidade de o julgador, constatando fato novo e superveniente, determinar a produção de prova naquele aspecto e proceder com a oitiva das partes sobre terminado tema.

Os poderes previstos nos artigos anteriores, são aqueles mesmos concedidos ao órgão colegiado, podendo negar conhecimento ao recurso, inadmitir, dar-lhe ou negar-lhe provimento. A figura instituída por este artigo, nas palavras de Pedro Miranda de Oliveira, é a do relator-instrutor, pois de acordo com o inciso I do artigo 932 do CPC/2015, é o relator competente para produção de prova.⁴⁴²

Além de o CPC/2015 potencializar os poderes do relator por meio do artigo 932 (antigo 557 do CPC/1973), o contraponto constitucional, que permite uma mitigação do

⁴⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo código de processo civil anotado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.024.

⁴⁴¹ DANTAS, Bruno. Art. 932. In: BUENO, Cássio Scarpinella. (Coord.) **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 926 a 1.072 – parte especial. Processos nos tribunais e recursos e disposições finais e transitórias. São Paulo: Saraiva, p. 54-89, 2017, v. 4, p. 61.

⁴⁴² MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 121

contraditório, da ampla defesa e do juiz natural, é a manutenção do agravo interno, que assegura a constitucionalidade do dispositivo, como uma forma de controle dos poderes e da atividade do relator.⁴⁴³

A questão dos poderes instrutórios em sede recursal merece uma análise detida, considerando que não se trata de questão comum e pouco utilizada pelos operadores do direito, principalmente pelo fato que dificilmente uma questão de fato chega ao tribunal sem o devido esclarecimento, ou sem esclarecimento suficiente capaz de ensejar uma nova instrução pelo colegiado.⁴⁴⁴

A dificuldade operacional de determinar este tipo de situação pode ensejar em um mecanismo de rara incidência. Entretanto, em que pese eventuais dificuldades de realização do procedimento – ponto abordado de modo pormenorizado no item 3.3. do presente trabalho – para se autorizar a conversão em diligência é preciso de uma decisão motivada e clara em relação ao ponto que necessita de elucidação.⁴⁴⁵

A lição acima demonstra a importância de se discutir o tema da produção de prova em sede recursal, pois é com a estudo do tema na academia que soluções para a morosidade da justiça podem surgir. É necessário atrair a máxima eficiência no processo civil.

A leitura até aqui demonstra a possibilidade de se arguirmos fatos novos e, inclusive, novos fatos no processo, permitindo, por corolário, a produção de provas em grau recursal, devendo, no caso dos novos fatos, existir a comprovação de impossibilidade de juntada em momento oportuno.

Esta possibilidade está aliada com a própria concretização dos direitos e do julgamento do mérito, pois as condutas dos sujeitos do processo devem se orientar no sentido de buscar, ao máximo, o alcance do mérito, evitando extinções anômalas do processo e aproveitando os atos processuais, privilegiando a instrumentalidade e o formalismo valorativo.

As atribuições do relator podem ser resumidas como aquelas relacionados com os atos de relevância do processo, que envolvem quatro fases distintas e independentes entre si:

⁴⁴³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Poderes do relator e agravo interno: causa e consequência**. In: NERY JÚNIOR, Nelson. ARRUDA ALVIM, Teresa. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. (Coord.) Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e afins: volume 14. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, p. 375-397, 2018. p. 376

⁴⁴⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012, p. 167

⁴⁴⁵ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 47

ordinatória, preparatória, instrutória e decisória. A fase ordinatória é aquela na qual o relator determina providências regulares ao andamento do recurso. Por outro lado, a fase preparatória é quando o magistrado elabora o relatório caso. A fase instrutória é quando ocorre a conversão do julgamento em diligência. Por fim, a etapa decisória é quando o relator emite seu juízo de ordem processual ou de mérito.⁴⁴⁶

No presente trabalho, a fase mais relevante é a instrutória, pois é o momento do processo em que há a possibilidade de a atividade de instrução potencializar a formação do convencimento do tribunal, com a ampliação das provas sobre os elementos probatórios já colocados à disposição do juízo.

Para seguir adiante é preciso, ainda que não seja a pretensão deste trabalho, discorrer algumas páginas sobre o sistema recursal, pois é nele que os poderes do relator serão aplicados. Dito de outra forma, pouco adianta estudar como será efetuada a instrução em grau recursal, sem conhecer o sistema em que a diligência é efetuada.

Ainda que a disciplina da produção de prova em sede recursal possua linhas gerais, sob alguns aspectos a diferenciação ocorre entre determinados recursos, pois cada um deles é composto de particularidades e regramentos distintos.

A origem da expressão recurso, origina-se do latim (*recursus*), que possui em seu significado a ideia de voltar atrás, retroagir e de retornar o *status* de determinada decisão por meio de uma via impugnativa.⁴⁴⁷

Os recursos podem ser entendidos como remédio processual colocado à disposição das partes para impugnação das decisões judiciais, dentro do mesmo processo, para reformar, invalidar, esclarecer ou integrar a decisão impugnada.⁴⁴⁸

Esta definição é muito próxima daquela proposta por José Carlos Barbosa Moreira, que também contempla as espécies de recurso, conceituando como o remédio voluntário apto a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial que se impugna.⁴⁴⁹

Os recursos podem ser considerados remédios processuais colocados à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, apto a permitir que a decisão judicial seja

⁴⁴⁶ CARVALHO, Fabiano. **Poderes do relator nos recursos**: art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11

⁴⁴⁷ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1976. p. 123.

⁴⁴⁸ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 23

⁴⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 231

submetida a um novo julgamento, por um órgão, em regra, hierarquicamente superior àquele que a proferiu.⁴⁵⁰

Sobre a natureza jurídica do recurso, duas são as correntes, a primeira delas – que é minoritária – considera recurso como uma ação autônoma em relação àquela que lhe deu origem. Por sua vez, a corrente majoritária é aquela que considera o poder de recorrer como uma modalidade do direito de ação exercido no processo.⁴⁵¹

A corrente que entende o recurso como ação autônoma, com caráter desconstitutivo, pois tem finalidade de modificar a decisão, quer para anular decisão inválida, quer para reformar decisão injusta, com expoentes como Gilles, Betti, Provinciali, Mortara e Del Pozzo. Esta linha estabeleceu um paralelo com o direito de ação e o de recorrer, como uma espécie de direito de ação que nasce após a decisão judicial. Por outro lado, a defesa da tese de modalidade do direito de ação é aventada como ideia de que o recurso é continuação do procedimento, funcionando como uma modalidade de direito de ação a ser exercido em segundo grau.⁴⁵²

O CPC/2015 inovou em inúmeros aspectos na matéria de recursos e trouxe um novo sistema, se comparado com os dogmas anteriormente fixados pelos diplomas revogados.

A mudança na disciplina dos recursos é chamada por Pedro Miranda de Oliveira como um *novíssimo sistema recursal*, com pontos de avanço, de estagnação e de retrocesso. Para o autor, o CPC/2015 retrocedeu ao retomar a sistemática do agravo de instrumento em rol taxativo,⁴⁵³ bem como a extinção dos embargos infringentes e a criação da técnica de julgamento ampliada. Dois pontos de estagnação são destacados pelo autor, o primeiro foi a manutenção do efeito suspensivo da apelação, pois mantém o estado de ineficácia da sentença, e o segundo a retirada da sustentação oral no agravo interno.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 177

⁴⁵¹ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 199

⁴⁵² NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 190

⁴⁵³ Neste ponto, importante salientar que o Superior Tribunal de Justiça em análise do Recurso Especial nº 1.704.520/MT, com repercussão geral reconhecida, destacou que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma taxatividade mitigada, desde que seja comprovada a urgência do recurso, bem como demonstrada a inutilidade do julgamento da questão apenas no recurso de apelação.

⁴⁵⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito, 2015, p. 77

Ainda sobre a retirada da possibilidade de sustentação no agravo interno, importante destacar que o veto presidencial não impede que no agravo interno originário de apelação ou de recurso especial, caberá sustentação oral, conforme destaca Pedro Miranda de Oliveira. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro.

Para o presente trabalho, os pontos de avanço são considerados aqueles mais importantes, em especial pelo sentido aplicado pelo legislador em permitir, por meio da criação de novos institutos e ampliação de outros, que o mérito do recurso seja analisado, evitando-se e mitigando-se decisões que impeçam o julgamento do mérito.

Os destaques de significativo avanço, ainda na visão de Pedro Miranda de Oliveira, são os relacionados com o objetivo de evitar decisões surpresas, além de frear as jurisprudências defensivas – conhecidas por impedir o julgamento do mérito do recurso –, bem como as que permitem a correção de alguns vícios e imperfeições técnicas dos recursos, positivando o que a doutrina e jurisprudência já defendiam.⁴⁵⁵

Esse mesmo avanço também foi comemorado quando da redação do §4º do artigo 515 do CPC/1973, que permitiu um respeito aos princípios da instrumentalidade e da economia processual, autorizando, a intimação do recorrente para complementar o preparo e sanar nulidade, valorizando o caráter instrumental do processo ao ensejar que o próprio Tribunal corrija o vício.⁴⁵⁶

Como dito anteriormente, para o presente trabalho são estes avanços que autorizam uma nova visão do processo civil, pois superaram entendimentos antigos refratários a busca do julgamento do mérito. Apenas com esses avanços dos últimos anos, é que se tornou possível uma realidade em que os poderes dos juízes – aqui incluídos os de segundo grau – autorizam a adoção de mecanismos, como a produção de prova em grau recursal, para julgar o mérito do recurso.

Para seguir adiante e no próximo tópico analisar decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, dois aspectos do sistema recursal ainda precisam serem estabelecidos. O primeiro, são os recursos previstos no CPC/2015, pois faz-se necessário entender em quais espécies de recursos será possível a produção de prova em segundo grau. O segundo, são os efeitos destes recursos, pois, do mesmo modo, para entender a designação e a condução da produção de prova é fundamental saber como os recursos são conduzidos nas Cortes de Justiça.

Poderes do relator e agravo interno: causa e consequência. In: NERY JÚNIOR, Nelson. ARRUDA ALVIM, Teresa. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. (Coord.) Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e afins: volume 14. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, p. 375-397, 2018. p. 392

⁴⁵⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito, 2015, p. 78

⁴⁵⁶ Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. [...] §4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação

O CPC/2015 estabeleceu no artigo 994⁴⁵⁷ o rol de recursos previstos no sistema processual, são eles: apelação; agravo de instrumento; agravo interno; embargos de declaração; recurso ordinário; recurso especial; recurso extraordinário; agravo em recurso especial ou extraordinário; embargos de divergência.

É preciso pontuar que o rol elencado pelo artigo supracitado é taxativo; ou seja, somente são considerados recursos aqueles designados pelo legislador como recurso. A situação indicada pelo CPC/2015 se trata de *numerus clausus*.⁴⁵⁸

Em que pese ser possível reconhecer que a produção de prova em sede recursal é cabível em praticamente todas as espécies de recursos citadas acima, – com maior dificuldade sede de agravo em recurso especial ou extraordinário e nos próprios recursos excepcionais, mas ainda assim, possível – no presente trabalho o enfoque será dado nos recursos de apelação e de agravo de instrumento.

Ainda na vigência do revogado diploma, quando se está diante de um recurso ordinário (recurso de apelação, por exemplo) há uma ampla devolutividade, podendo versar sobre *errores in procedendo* e *in iudicando*. Por outro lado, nos recursos excepcionais (recurso extraordinário e especial)⁴⁵⁹ o efeito devolutivo se expressa de modo mais incipiente, destinando-se a manter a unidade do direito.

Neste aspecto, Rodrigo Barioni confirma a diferença apontada acima, pois a realização do julgamento não está condicionada à alegação de vícios de construção (*errores in procedendo*), bastando a alegação de injustiça (*error in iudicando*).⁴⁶⁰

Assim, uma rápida análise de cada um dos recursos é necessária, mas sem explicações longas, tendo em vista que, ao presente estudo, o interesse se limita nos recursos ordinários acima citados.

O recurso de apelação tem previsão expressa no artigo 1.009 do CPC/2015⁴⁶¹ e sua redação é deveras didática: *da sentença cabe apelação*.⁴⁶² Contudo, em que pese sua redação

⁴⁵⁷ Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; embargos de declaração; recurso ordinário; recurso especial; recurso extraordinário; agravo em recurso especial ou extraordinário; embargos de divergência.

⁴⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 48

⁴⁵⁹ Sobre os recursos excepcionais, ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

⁴⁶⁰ BARIONI, Rodrigo. **Efeito devolutivo da apelação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31

⁴⁶¹ 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

possuir clareza, o recurso possui muitas questões que não estão inseridas no pequeno dispositivo, as quais serão abordadas nas próximas páginas.

Uma das principais características do recurso de apelação é sua fundamentação livre, pois permite que a parte, independente de qualquer requisito específico, impugne a sentença apenas com sua irresignação, sem qualquer regra e limitação às matérias que podem ser objeto de recurso.

A leitura do artigo supracitado permite compreender que o recurso de apelação é aquele voltado à impugnação das sentenças – nos termos dos artigos 203 e 485 ou 487⁴⁶³ do CPC/2015 –, bem como daquelas decisões interlocutórias não recorríveis de imediato, consoante mandamento do §1º do artigo 1.009.

Como se percebe da leitura do dispositivo, o recurso é cabível tanto contra sentenças de mérito, como terminativas. Por outro lado, no CPC/1939, o recurso de apelação não se

contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas. § 3º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença.

⁴⁶² Sob este aspecto, vale o destaque no sentido de que as sentenças proferidas no âmbito da Lei Federal 9.099/1995 – Juizados Especiais – são recorríveis via Recurso Inominado, não apelação (artigo 41, Lei Federal nº 9.099/1995). Do mesmo modo, a sentença que rejeitar o plano de recuperação proposto pelo devedor ou pelos credores e não preenchidos os requisitos estabelecidos será recorrível via agravo de instrumento (artigo 58-A, Lei Federal nº 11.101/2005).

⁴⁶³ Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: I - indeferir a petição inicial; II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; VIII - homologar a desistência da ação; IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X - nos demais casos prescritos neste Código. § 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias. § 2º No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado. § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado. § 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação. § 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença. § 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu. § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se. Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

prestava para reformar as sentenças terminativas, pois estas eram recorríveis mediante agravo de petição.⁴⁶⁴

O recurso de apelação permite que o órgão hierarquicamente superior reexamine as questões de fato e de direito decididas na sentença, e com amplo efeito devolutivo se constitui relevante e mais importante instrumento de impugnação das decisões judiciais.⁴⁶⁵

Consideração relevante sobre o recurso de apelação é a ausência de limitação pelo CPC/2015 na análise pelo órgão *ad quem* das questões de fato ou de direito relativas ao capítulo impugnado, pois de acordo com o §1º do artigo 1.013,⁴⁶⁶ serão objeto de apreciação todas as questões suscitadas e discutidas no processo, pois se trata de uma vinculação ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, eis que o Tribunal não pode conhecer de capítulo não impugnado.⁴⁶⁷

Os aspectos pontuais sobre os efeitos do recurso de apelação, e dos recursos de modo geral, serão explorados nas próximas páginas, pois necessário discorrer sobre os demais recursos previstos no CPC/2015 antes de seguir adiante.

O próximo recurso previsto pelo CPC/2015 é o agravo de instrumento, que sofreu considerável modificação em sua sistemática do revogado diploma. O recurso remonta ao período de Dom Afonso IV, conforme lembra José Carlos Barbosa Moreira, pois as partes, diante da inexistência de recurso para corrigir o agravo sofrido, dirigiam petições ao rei para correção do problema.⁴⁶⁸

Após inúmeras reformas (Lei Federal nº 9.139/1995, Lei Federal nº 9.756/1998, Lei Federal nº 10.352/2001 e Lei Federal nº 11.187/2005), o agravo de instrumento torna-se exceção no sistema e a regra passa a ser a apresentação do recurso retido nos autos, independente de preparo. Nos casos de grave lesão – o que acabou tornando-se regra, poder-se-ia recorrer por meio de instrumento, em que o recurso era analisado diretamente pelo Tribunal. Havia, portanto, uma ampla recorribilidade das decisões interlocutórias, seja por meio do agravo retido, ou do próprio agravo de instrumento.

⁴⁶⁴ LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2. p. 178

⁴⁶⁵ BARIONI, Rodrigo. **Efeito devolutivo da apelação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23

⁴⁶⁶ Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

⁴⁶⁷ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 134

⁴⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5, p. 483.

Com o advento do CPC/2015 a dinâmica do recurso de agravo se altera: é retirado de nosso sistema o agravo retido, e o agravo de instrumento retoma o ar do CPC/1939, ao prever apenas hipóteses taxativas de cabimento, com um rol expresso no artigo 1.015 do CPC/2015.⁴⁶⁹

A mudança, evidentemente, gerou inúmeras discussões, mas a principal delas é acerca da natureza do rol trazido pelo artigo 1.015 do CPC/2015: se está diante de um rol

⁴⁶⁹ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. Art. 1.016. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos: I - os nomes das partes; II - a exposição do fato e do direito; III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido; IV - o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo. Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída: I - obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; II - com declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal; III - facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis. § 1º Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela publicada pelos tribunais. § 2º No prazo do recurso, o agravo será interposto por: I - protocolo realizado diretamente no tribunal competente para julgá-lo; II - protocolo realizado na própria comarca, seção ou subseção judiciárias; III - postagem, sob registro, com aviso de recebimento; IV - transmissão de dados tipo fac-símile, nos termos da lei; V - outra forma prevista em lei. § 3º Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único. §4º Se o recurso for interposto por sistema de transmissão de dados tipo fac-símile ou similar, as peças devem ser juntadas no momento de protocolo da petição original. § 5º Sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-se as peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia. Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso. § 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento. § 2º Não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomará a providência prevista no caput, no prazo de 3 (três) dias a contar da interposição do agravo de instrumento. § 3º O descumprimento da exigência de que trata o § 2º, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo de instrumento. Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias: I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; II - ordenará a intimação do agravado pessoalmente, por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou pelo Diário da Justiça ou por carta com aviso de recebimento dirigida ao seu advogado, para que responda no prazo de 15 (quinze) dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso; III - determinará a intimação do Ministério Público, preferencialmente por meio eletrônico, quando for o caso de sua intervenção, para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias. Art. 1.020. O relator solicitará dia para julgamento em prazo não superior a 1 (um) mês da intimação do agravado.

verdadeiramente taxativo, ou exemplificativo, em especial nos casos de decisões não recorríveis de imediato e que causam grave lesão à parte.

A solução para esta discussão, conforme já indicava William Santos Ferreira,⁴⁷⁰ é uma taxatividade fraca, ou seja, cabe ao agravante demonstrar que há inutilidade e risco de perecimento do direito no caso de interposição de apelação, autorizando a interposição do agravo de instrumento. Além disso, o próprio Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.704.520/MT), reconheceu a taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do CPC/2015, desde que seja comprovada a urgência do recurso.

Em que pese reconhecida a taxatividade mitigado do rol do artigo 1.015, é preciso verificar que no âmbito das provas, o CPC/2015 trouxe o sistema de correção dos vícios decorrente do indeferimento probatório. Somente se verificará a admissão excepcional do agravo no campo probatório quando demonstrado o perdimento da prova a ser produzida. No caso da prova testemunhal, quando a testemunha não puder esperar o tempo processual para depor após eventual recurso. Na prova pericial, a urgência restará caracterizada quando o bem objeto da prova estiver em condições de se perder.⁴⁷¹

Aqui há que se realizar uma diferenciação entre o agravo de instrumento e o recurso de apelação, principalmente em função da ampla devolutividade da apelação e a limitada discussão no agravo de instrumento.

O entendimento também era defendido ainda quando da vigência do CPC/1973 (§3º, artigo 513), que permitia a admissibilidade da aplicação da produção de prova no agravo de instrumento, desde que a observância dos requisitos estabelecidos, sob pena de se violar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.⁴⁷²

A grande questão da produção de prova em sede de agravo de instrumento é verificar a necessidade e utilidade de o relator, ou da própria turma, pois ao perceber que é importante se abrir a instrução em um recurso voltado à resolução de questões incidentes, talvez reste demonstrada que a matéria não estivesse em condição de julgamento pelo juízo singular. Essa problemática será mais bem explorada no tópico 3.3 do presente trabalho.

⁴⁷⁰ FERREIRA, William Santos. **Cabimento de agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade**: o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. Revista de Processo, n. 263, jan. 2017, p. 193-203.

⁴⁷¹ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 155

⁴⁷² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 350.

Os próximos recursos previstos no CPC/2015 não comportam, do mesmo modo que o recurso de apelação e o agravo de instrumento, a produção de prova em grau recursal, na medida em que sua devolutividade é limitada ou, ainda, possuem fundamentação fortemente vinculada, como é o caso do agravo interno e dos embargos de declaração. De qualquer sorte, uma rápida passagem pelos seus conceitos é necessária.

O agravo interno, com previsão no artigo 1.021 do CPC/2015⁴⁷³ é cabível contra as decisões monocráticas proferidas pelo relator do processo. Há, ao contrário do que ocorria no âmbito do artigo 557 do CPC/1973,⁴⁷⁴ uma ampla cognição. Com essa ampla cognição é possível discutir tanto questões de interpretação dos fatos, como direito, limitando-se apenas em relação a aplicação de enunciado de súmula vinculante, situação em que será discutido tão somente a distinção do caso, em como impugnando especificadamente os fundamentos da decisão agravada.⁴⁷⁵

Assim, poderá ser produzida prova para demonstrar, por exemplo, a presença dos requisitos de admissibilidade, como juntada de documento que comprove feriado local, bem como produção de prova dos fatos supervenientes, em especial quando ele for julgado em conjunto com o agravo de instrumento.

Ato contínuo, os embargos de declaração estão inseridos no artigo 1.022 do CPC/2015⁴⁷⁶ e possuem sua fundamentação limitada ao esclarecimento de qualquer decisão que tenha sido obscura, omissa, contraditória ou possua erro material.

⁴⁷³ Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. § 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada. § 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta. § 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. § 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa. § 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final.

⁴⁷⁴ Na vigência do CPC/1973, Pedro Miranda de Oliveira destacava que o objeto do agravo interno era claro, não poderia comportar temas que não tenham sido objeto de exame anterior, além de não ser permitida inovação na tese jurídica que não tenha sido tratada no recurso principal e é vedada sua utilização para complementar as razões do recurso principal. (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Agravo interno e agravo regimental**: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 217)

⁴⁷⁵ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Agravo interno**. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). Breves comentários ao novo código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2.361-2.374, 2016. p. 2.364

⁴⁷⁶ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se

Os embargos de declaração voltam-se não para a reforma da decisão, mas para sua complementação. Deste modo, caso ocorra a necessidade de modificação da decisão, são atribuídos efeitos infringentes, excepcionalmente, aos embargos de declaração, vedado, de qualquer forma, o reexame de provas, mas sim a integração da decisão.

Por outro lado, há divergência quanto a possibilidade de inclusão de fatos supervenientes à propositura da ação. Não há óbice para a apreciação do fato novo, desde que apto para suprir a omissão e não ocorra supressão de instância⁴⁷⁷. Em sentido diverso, João Batista Lopes explica que a função dos embargos de declaração é apenas esclarecer e complementar a decisão e, excepcionalmente, sua modificação, mas não se deve admitir a inclusão de fatos novos.⁴⁷⁸

pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º. Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo. § 1º Aplica-se aos embargos de declaração o art. 229. § 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada. Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias. § 1º Nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto, e, não havendo julgamento nessa sessão, será o recurso incluído em pauta automaticamente. § 2º Quando os embargos de declaração forem opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal, o órgão prolator da decisão embargada decidirá-os monocriticamente. § 3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º. § 4º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração. § 5º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação. Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade. Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. § 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação. § 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa. § 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final. § 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

⁴⁷⁷ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 165

⁴⁷⁸ LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2. p. 192

Se ainda não houve decisão final, há possibilidade de alegação a qualquer tempo o exame de fatos novos, inclusive por meio de embargos de declaração, visto a ausência de prestação jurisdicional definitiva.

O que se percebe com a leitura dos artigos relacionados aos embargos de declaração, bem como aos ensinamentos acima delineados, é que a produção de prova em sede de embargos de declaração é possível, porém excepcional, principalmente em função de sua fundamentação limitada.

Na sequência, o CPC/2015 estabelece os recursos para os tribunais superiores e, novamente, para o presente trabalho a aplicação da produção de prova é limitada. Entretanto, necessário explorar o tema.

O recurso ordinário, de fundamentação livre – artigo 1.027 do CPC/2015⁴⁷⁹ – é cabível ao Supremo Tribunal Federal os mandados de segurança, os *habeas data* e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão.

Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, o recurso ordinário poderá ser interposto em face das decisões de mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão, bem como dos processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

A produção de prova é dividida em dois aspectos: no caso de decisões denegatórias de mandados de seguranças ou *habeas data*, ações constitucionais que exigem prova pré-constituída, a instrução é um pouco mais limitada, como nos casos de eventual fato

⁴⁷⁹ Art. 1.027. Serão julgados em recurso ordinário: I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os *habeas data* e os mandados de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão; II - pelo Superior Tribunal de Justiça: a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; b) os processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País. § 1º Nos processos referidos no inciso II, alínea “b”, contra as decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses do art. 1.015. § 2º Aplica-se ao recurso ordinário o disposto nos arts. 1.013, § 3º, e 1.029, § 5º. Art. 1.028. Ao recurso mencionado no art. 1.027, inciso II, alínea “b”, aplicam-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento, as disposições relativas à apelação e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. § 1º Na hipótese do art. 1.027, § 1º aplicam-se as disposições relativas ao agravo de instrumento e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. § 2º O recurso previsto no art. 1.027, incisos I e II, alínea “a”, deve ser interposto perante o tribunal de origem, cabendo ao seu presidente ou vice-presidente determinar a intimação do recorrido para, em 15 (quinze) dias, apresentar as contrarrazões. § 3º Findo o prazo referido no § 2º, os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior, independentemente de juízo de admissibilidade.

superveniente ou complementação da prova, de modo a esclarecer ponto. Por outro lado, nos casos de processos em que forem parte Estado estrangeiro, a instrução recursal será ampla, aplicando-se as questões do recurso de apelação.

O CPC/2015 segue com os recursos aos tribunais superiores, desta vez com os excepcionais: especial e extraordinários. Enquanto os recursos ordinários visam a tutela do interesse da parte vencida, os excepcionais buscam a manutenção da Lei Federal e da CRFB/1988.⁴⁸⁰

Por possuírem cabimento vinculado, com estreitos limites para cada um deles (recurso extraordinário artigo 102, inciso III, alíneas *a* a *d*,⁴⁸¹ e recurso especial artigo 105, inciso III, alíneas *a* a *c*,⁴⁸² ambos da CRFB/1988), o cabimento vinculado e a fundamentação restrita dos recursos extraordinário e especial se justificam pela impossibilidade de reexame de provas⁴⁸³ em sede de recursos excepcionais, pois suas funções estão adstritas aquelas nomofilática e

⁴⁸⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3

⁴⁸¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe. III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Parágrafo único. A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

⁴⁸² Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Parágrafo único. Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau. Parágrafo único. Funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça: I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante.

⁴⁸³ É este, inclusive, o mandamento do enunciado da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça (A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial) e do enunciado da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário).

uniformizadora que representam a busca pela unidade do direito e adequada interpretação jurídica, bem como uniformizar e conferir tratamento igualitário para casos semelhantes, respectivamente.⁴⁸⁴

De qualquer sorte, há que se diferenciar o reexame de provas dos casos de reavaliação da prova já existente nos autos, pois valorar a prova é atribuir o valor jurídico, avaliando se a aplicação do fato à norma foi, de fato, adequada.⁴⁸⁵

Dito de outra forma, não se realiza em sede dos recursos excepcionais um reexame do arcabouço fático probatório, mas uma reavaliação dos fatos com base nas provas já produzidas e comprovadas, não há, portanto, uma busca pela verdade, pois os fatos já foram estudados e analisados em outros graus de jurisdição.⁴⁸⁶

Quanto à possibilidade de o próprio Tribunal Superior analisar a necessidade e utilidade de produção de prova, pelo fato de os tribunais de origem analisarem todas as questões de fato e de direito, resta aos Tribunais Superiores verificar a aplicação do direito ao caso concreto e, na eventual hipótese de necessária a produção de prova, a diligência deverá ocorrer apenas nas Cortes de Justiça, em função da ampla devolutividade.⁴⁸⁷

Há que se ressaltar, por outro lado, a dificuldade de se permitir o reexame de prova em sede de recursos especial e extraordinário, justamente pela função de aplicação do direito e de uniformização da jurisprudência.

De qualquer forma, não há como impedir uma situação. Os artigos 933⁴⁸⁸ e 1.034⁴⁸⁹ permitem que os Tribunais Superiores conheçam de fatos supervenientes para decidir a causa,

⁴⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 308.

⁴⁸⁵ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 178

⁴⁸⁶ Consultar: BONAGURA, Anna Paola de Souza. A possibilidade de reavaliação da prova pelas cortes superiores e a necessidade de adequada motivação das decisões judiciais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório** 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 1043-1050, 2018.

⁴⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1122

⁴⁸⁸ Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente.

§ 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

⁴⁸⁹ Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.

razão pela qual retoma-se ao raciocínio já indicado: se há possibilidade de conhecer de fato superveniente, evidente que há, também, o direito de provar este fato apresentado pela primeira vez ao Tribunal.

Aliás, é de se pontuar que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal autoriza, nos incisos II e III do artigo 115,⁴⁹⁰ a possibilidade de juntada de novos documentos na fase recursal, justamente para prova fatos supervenientes. No mesmo sentido é o mandamento do artigo 143⁴⁹¹ do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que determina a intimação das partes para se pronunciar sobre documento juntado pela parte contrária.

Por fim há ainda os embargos de divergência, previsto no artigo 1.043 do CPC/2015,⁴⁹² que são aqueles aptos a impedir posicionamentos divergentes no interior do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.⁴⁹³

Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

⁴⁹⁰ Art. 115. Nos recursos interpostos em instância inferior, não se admitirá juntada de documentos desde que recebidos os autos no Tribunal, salvo: I – para comprovação de textos legais ou de precedentes judiciais, desde que estes últimos não se destinem a suprir, tardiamente, pressuposto recursal não observado; II – para prova de fatos supervenientes, inclusive decisões em processos conexos, que afetem ou prejudiquem os direitos postulados; III – em cumprimento de determinação do Relator, do Plenário ou da Turma. § 1º O disposto neste artigo aplica-se aos recursos interpostos perante o Tribunal. § 2º Após o julgamento, serão devolvidos às partes os documentos que estiverem juntos por linha, salvo se deliberada a sua anexação aos autos.

⁴⁹¹ Art. 143. A parte será intimada por publicação no Diário da Justiça eletrônico ou, se o relator o determinar, pela forma indicada no art. 87 deste Regimento, para pronunciar-se sobre documento juntado pela parte contrária, após a última intervenção dela no processo.

⁴⁹² Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que: I - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; III - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia; § 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária. § 2º A divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual. § 3º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros. § 4º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Art. 1.044. No recurso de embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior. § 1º A interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes. § 2º Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação.

⁴⁹³ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de divergência no CPC 2015**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 154

De qualquer sorte, sabe-se que a produção de prova em sede de recursos excepcionais é medida atípica, pois não há possibilidade de reexame de provas, contudo, deve ser autorizada nos casos de complementação do arcabouço probatório já existente, desde que apto apenas a esclarecer fato já comprovado.

Até o presente momento, explicou-se a dinâmica de cada um dos recursos previstos pelo CPC/2015, mesmo que de maneira breve, em especial pela necessidade de entender qual a abrangência de cada um e como a produção de prova pode ocorrer nestas espécies. Nas próximas laudas, o arremate do sistema recursal é feito com algumas considerações sobre os efeitos dos recursos citamos acima, de modo a compreender seu impacto na condução de prova pelos Tribunais.

A doutrina reconhece a existência de muitos efeitos dos recursos, como obstativo, interruptivo, devolutivo, translativo, suspensivo, substitutivo e expansivo. Para o presente trabalho, são dois os efeitos a serem estudados: devolutivo e suspensivo. Inclusive, o efeito suspensivo possui previsão expressa no CPC/2015 (artigo 1.012, *caput* e §3º)⁴⁹⁴ e, por outro lado, o efeito devolutivo decorre da remessa da matéria impugnada a um novo julgamento.

Em que pese apenas os dois efeitos supracitados possuírem importância acadêmica neste trabalho, necessário a conceituação dos demais. O efeito obstativo é aquele que obsta o nascimento da coisa julgada, considerando que a interposição de qualquer recurso impede, justamente, sua formação. É um efeito comum a todos os recursos que prolonga a relação processual.⁴⁹⁵

O efeito interruptivo é aquele, como o próprio nome indica, que é verificado nos casos em que a interposição de um recurso impede o início do prazo para prática de outro ato processual, inclusive de eventuais recursos. É um efeito típico dos embargos de declaração.

Comum a todos os recursos, o efeito devolutivo tem sua origem, apenas à título de curiosidade, ligada diretamente ao exercício do poder, pois tanto no direito romano, como nas ordenações portuguesas, a competência originária era do rei que, por delegação, outorgava

⁴⁹⁴ Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. [...] § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada no art. 485; II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

⁴⁹⁵ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 278

competência aos juízes inferiores. Assim, quando se recorria de uma decisão do juiz de primeiro grau, a competência era devolvida ao rei, juiz superior.⁴⁹⁶

O efeito devolutivo é aquele que permite transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria julgada em grau de jurisdição inferior àquele que irá apreciar o recurso.⁴⁹⁷

Além disso, este efeito deveria ser considerado da forma mais ampla possível, envolvendo tanto a matéria impugnada pelo recorrente, como aquelas que o órgão julgador poderia resolver de ofício, fixando os limites da cognição do órgão *ad quem*.⁴⁹⁸

Aqueles recursos previstos no artigo 994 estão sujeitos ao efeito devolutivo e possuem como essência, justamente, a remessa das questões julgadas e impugnadas ao conhecimento do mesmo órgão – no caso de embargos de declaração – ou de outro órgão jurisdicional, observando o tradicional *tantum devolutum quantum appellatum*.⁴⁹⁹

Além disso, o efeito devolutivo possui duas dimensões: horizontal e vertical. O primeiro, aplica-se nos casos em que possuindo a decisão dois capítulos e, tendo a parte impugnada apenas um deles, o outro não poderá ser objeto de análise pelo Tribunal. O segundo, diz respeito ao âmbito da devolutividade, ou seja, todos os argumentos e fatos que levaram à decisão poderão ser analisados.⁵⁰⁰

A produção de prova recursal de forma a complementar a instrução realizada pelo juízo singular, liga-se ao efeito devolutivo da apelação na instância vertical, ao possibilitar que o Tribunal aprofunde a cognição, ampliando o conhecimento sobre a causa. Além disso, ainda relacionado com o efeito devolutivo, como o recurso não é apto a alterar a causa de pedir, ao realizar nova prova o Tribunal está agindo dentro do limite colocado à decisão pelo efeito devolutivo.⁵⁰¹

O efeito devolutivo é aquele em que a matéria impugnada é devolvida ao conhecimento do órgão superior, à exceção dos embargos de declaração em que a matéria é

⁴⁹⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Há limites para o julgamento monocrático do relator?**. In. CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; BUENO, Cássio Scarpinella Bueno; DANTAS, Bruno; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação autônoma e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 139-149, 2017. p. 141

⁴⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990, v. 5. p. 259

⁴⁹⁸ BARIONI, Rodrigo. **Efeito devolutivo da apelação cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 42

⁴⁹⁹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 285

⁵⁰⁰ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 128

⁵⁰¹ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 131

devolvida no mesmo órgão, portanto, ainda que o órgão jurisdicional destinatário seja da mesma hierarquia, há efeito devolutivo.⁵⁰²

O tribunal não está limitado às questões apreciadas na sentença, mas abarcada por igual, as questões que poderiam ter sido solucionadas na sentença, mas não resolvidas pelo juiz, tanto relacionadas aos pressupostos processuais, mérito e condições da ação.⁵⁰³

Deste modo, devolvido o processo para apreciação do tribunal *ad quem*, o conteúdo da decisão atacada pode ser revisto, verificando se o processo está em condições de julgamento, abrindo-se a possibilidade de serem realizadas novas instruções para que o processo atinja o seu fim esperado, verificando quando e em que medida as provas podem ser produzidas.⁵⁰⁴

Com forte ligação com o efeito devolutivo, o efeito translativo permite ao órgão julgador apreciar as questões de ordem pública independente de terem sido suscitadas pela parte. O efeito permite, portanto, que ocorra uma apreciação das questões de ordem pública, que podem ser enfrentadas a qualquer tempo, modo e grau de jurisdição, mesmo não contempladas no capítulo impugnado.

Por sua vez, o efeito suspensivo impede a produção dos efeitos do provimento. Pedro Miranda de Oliveira pontua que um dos pontos de estagnação do CPC/2015, no que concerne aos recursos, foi justamente à manutenção do efeito suspensivo da apelação, pois contaria a lógica de que decisões interlocutórias com cognição sumária produzam efeitos e, por outro lado, sentenças com cognição exauriente não possuem, geralmente, efeito algum.⁵⁰⁵

Acompanha o posicionamento acima Ronaldo Vasconcelos e César Augusto Martins Carnaúba, ao afirmarem que o regramento do efeito suspensivo dos recursos no CPC/2015 poderia ter sido diferente, fixando apenas a regra geral que recursos não possuem efeito suspensivo automático, mas pode ser concedido desde que comprovado o risco de dano grave e a probabilidade de provimento do recurso.⁵⁰⁶

⁵⁰² NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 181

⁵⁰³ BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Apelação cível**: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 172

⁵⁰⁴ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 123

⁵⁰⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 77

⁵⁰⁶ VASCONCELOS, Ronaldo. CARNAÚBA, César Augusto Martins. **Efeito suspensivo do agravo de instrumento contra decisão parcial de mérito**. In: NERY JÚNIOR, Nelson. ARRUDA ALVIM, Teresa. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. (Coord.) Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e afins: volume 14. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, p. 525-541, 2018, p. 528

José Carlos Barbosa Moreira comenta que a interposição do recurso dotado de efeito suspensivo não cessa os efeitos da decisão, como se já estivessem ocorrendo, mas apenas prolonga o estado de ineficácia da decisão recorrida.⁵⁰⁷

O efeito suspensivo permite, pois suspende os efeitos da decisão e congela a situação da coisa litigiosa, que fatos supervenientes venham modificar a situação o que, involuntariamente, possibilita a reabertura da instrução processual, de modo que a decisão final reflita ao real estado da coisa.⁵⁰⁸

Os últimos efeitos – substitutivo e expansivo – impactam de forma incipiente a produção de prova recursal. O primeiro substitui o acórdão recorrido naquilo que tenha sido objeto de recurso, conforme mandamento do artigo 1.008 do CPC/2015⁵⁰⁹. Para Araken de Assis, no sistema de substituição o órgão *ad quem*, acolhendo o recurso, substitui o ato impugnado por outro de sua autoria, equivalente ao que deveria ser proferida pelo *a quo*.⁵¹⁰

Por outro turno, o efeito expansivo também possui estreita relação com o efeito devolutivo, pois extrapola os efeitos da decisão proferida para além das partes, podendo ensejar decisão mais abrangente do que o reexame da matéria impugnada.⁵¹¹ O efeito pode ser objetivo, subjetivo, interno ou externo.

O que se conclui deste extenso, mas necessário tópico, é que o CPC/2015 foi feliz ao colocar como pilar de sustentação a busca pelo julgamento do mérito, fato que atingiu o sistema recursal de forma considerável. A possibilidade de os poderes/deveres do relator e de se sanarem os vícios existentes, demonstram o compromisso do CPC/2015 com o formalismo valorativo e a busca pela apreciação do mérito do recurso e pela real situação do processo, como quando o CPC/2015 estabeleceu que o relator determinará a realização ou renovação do ato processual, tratando-se de verdadeiro comando ao julgador.

Aliado com a busca pelo julgamento do mérito, é de se pontuar que não há qualquer limitação para aplicação dos poderes instrutórios do juiz no segundo grau, até porque a produção de prova no âmbito recursal é permitida tanto pelos artigos 932, 933 e 938, mas

⁵⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5. p. 258

⁵⁰⁸ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 126

⁵⁰⁹ Art. 1.008. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso.

⁵¹⁰ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 321

⁵¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 410

também pelos artigos 139, 370 e artigo 493, na medida em que não há obstáculo para se conjugarem os referidos artigos em qualquer momento do processo.

Buscou-se demonstrar o impacto da produção de prova nos poderes do relator e em cada uma das espécies de recursos previstos no artigo 994 do CPC/2015, bem como sua relação com os efeitos dos recursos. Tudo isso, para no próximo tópico analisar como o Tribunal de Justiça de Santa Catarina designa, conduz e determina a produção de prova em sede recursal.

3.2 DESIGNAÇÃO, DETERMINAÇÃO E CONDUÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

As provas, que a princípio me pareceram um instrumento de justiça, acabaram por converter-se num instrumento de injustiça. A culpa é do pálido e estreito cerco de luz no qual o juiz se encontra prisioneiro.

Francesco Carnelutti.⁵¹²

Este tópico é o estudo de caso central do presente trabalho, pois nele que serão analisadas as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que envolvem a produção de prova em grau recursal. Deste modo, é com base nos dados obtidos que será possível estabelecer um padrão na designação, determinação e condução da produção de prova nos Tribunais.

A citação acima decorre do fato que, ao deixar de fixar um padrão na designação, determinação e condução de prova em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não observa que aplica entendimento diversos aos casos semelhantes e, muitas vezes, idênticos. Este fato – ausência de padrão – cria uma situação de injustiça convertendo a prova em um instrumento de tratamento não isonômico das partes.

O método que será utilizado no presente tópico pode ser explicado da seguinte forma: inicialmente será feito um levantamento das decisões que envolvem a aplicação do artigo 938 do CPC/2015 e que determinaram a conversão do julgamento em diligência. O critério da

⁵¹² CARNELUTTI, Francesco. **A prova cível**. Lisa Pary Scarpa (trad.). 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 17

busca será pelas expressões “938” e “julgamento em diligência”,⁵¹³ além disso, estudar-se-ão apenas decisões proferidas na vigência do CPC/2015.

Em posse destes dados, o segundo momento será o estudo das decisões encontradas após a pesquisa indicada acima. Assim, o ponto central será a busca pelo padrão na designação da conversão do julgamento em diligência, para verificar se há algum padrão no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.⁵¹⁴

Após as duas etapas acima, os pontos de estrangulamento serão levantados para verificar quais as problemáticas e o que é passível de ser aprimorado para, enfim, no próximo tópico, demonstrar uma padronização do sistema de produção de prova em grau recursal.

Ao utilizar os termos “938” e “julgamento em diligência” na pesquisa jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, foram encontradas duzentas e cinquenta e duas (252) decisões colegiadas.⁵¹⁵ Deste número, nove (09) acórdãos envolveram a necessidade de conversão do julgamento em diligência para regularizar a citação de uma das partes;⁵¹⁶ trinta e dois acórdãos (32) versaram sobre a realização de diligência relacionada à produção de prova documental;⁵¹⁷ sete (07) relacionados às colheitas de depoimentos em audiência de instrução e de depoimento pessoal;⁵¹⁸ cento e sessenta e seis (166) envolvendo conversão em diligência para produção de prova pericial;⁵¹⁹ e trinta e uma (31) para retorno integral dos autos e consequente abertura de nova fase de instrução.⁵²⁰

⁵¹³ Justifica-se a utilização destas expressões, pois o núcleo central do presente trabalho é o artigo 938 do CPC/2015, na medida em que autoriza a conversão do julgamento em diligência. Do mesmo modo, a expressão *julgamento em diligência* é o próprio do julgamento, razão pela qual o uso em conjunto.

⁵¹⁴ Sobre estatística e decisões judiciais, conferir: NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

⁵¹⁵ Este número foi encontrado no dia 03 de outubro de 2021. Para fins da pesquisa, foram consideradas 245 decisões, considerando que as demais decisões versavam apenas sobre embargos de declaração rejeitados.

⁵¹⁶ O número é dividido da seguinte forma: seis acórdãos proferidos pela Segunda Câmara de Direito Comercial; dois acórdãos pela Quinta Câmara de Direito Público; e um pelo Grupo de Câmaras de Direito Público.

⁵¹⁷ Em relação à prova documental, as decisões foram proferidas da seguinte forma: um acórdão originário da Câmara Especial Regional de Chapecó; sete da Primeira Câmara de Direito Civil; seis da Primeira Câmara de Direito Público; um da Quarta Câmara de Direito Comercial; quatro da Quarta Câmara de Direito Público; um da Quinta Câmara de Direito Civil; um da Segunda Câmara de Direito Civil; um da Segunda Câmara de Direito Comercial; um da Segunda Câmara de Direito Público; quatro da Sexta Câmara de Direito Civil; dois da Terceira Câmara de Direito Comercial; e dois da Terceira Câmara de Direito Público.

⁵¹⁸ A quantidade de decisões proferidas por cada Câmara ficou dividida da seguinte forma: um acórdão proferido pela Primeira Câmara de Direito Civil; um pela Primeira Câmara de Direito Público; um pela Quarta Câmara de Direito Civil; um pela Quarta Câmara de Direito Comercial; dois pela Quinta Câmara de Direito Civil; e um pela Sexta Câmara de Direito Civil.

⁵¹⁹ As decisões foram proferidas desta forma: duas pela Câmara Especial Regional de Chapecó; vinte e seis pela Primeira Câmara de Direito Civil; cinquenta e seis pela Primeira Câmara de Direito Público;

O próximo ponto será analisar se em cada designação do julgamento em diligência há algum parâmetro, se a diligência foi efetuada diretamente no segundo grau, se versam apenas sobre casos pontuais, se há a possibilidade de se estabelecer um parâmetro, bem como se houve designação de prazo para o cumprimento da diligência.

A análise será feita de acordo com cada prova em espécie e com destaque para algumas das decisões analisadas, de modo que a amostragem permita a compreensão de como o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina conduz o tema da produção de prova em segundo grau de jurisdição.

O primeiro contato será com a conversão do julgamento em diligência para realização de nova citação. Conforme mencionado, foram encontradas nove decisões que optaram por aproveitar os atos processuais já praticados e converter a diligência para sanar a falha na citação.

Os casos versavam sobre a ausência de citação da parte Ré para apresentar contrarrazões ao recurso de apelação, nos casos de aplicação do §1º do artigo 331 do CPC/2015, que determina a intimação do réu, caso não ocorra o juízo de retração quando do indeferimento da petição inicial, para responder ao recurso. Deste modo, para que fosse respeitado o princípio do contraditório, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina determinou a conversão do julgamento em diligência para intimação da instituição financeira Ré.⁵²¹

dezoito pela Quarta Câmara de Direito Civil; quatro pela Quarta Câmara de Direito Público; seis pela Quinta Câmara de Direito Civil; duas pela Quinta Câmara de Direito Público; uma pela Segunda Câmara de Direito Civil; uma pela Segunda Câmara de Direito Comercial; quinze pela Segunda Câmara de Direito Público; seis pela Sexta Câmara de Direito Civil; vinte e nove pela Terceira Câmara de Direito Público; e um pela Terceira Câmara de Direito Civil.

⁵²⁰ Novamente, a divisão ocorreu da seguinte forma: uma decisão proferida pela Primeira Câmara de Enfrentamento de Acervos; três decisões proferidas pela Primeira Câmara de Direito Civil; uma pela Primeira Câmara de Direito Público; sete pela Quarta Câmara de Direito Civil; cinco pela Quarta Câmara de Direito Público; quatro pela Segunda Câmara de Direito Civil; duas pela Segunda Câmara de Direito Público; seis pela Sexta Câmara de Direito Civil; uma pela Terceira Câmara de Direito Público; e uma pela Quinta Câmara de Direito Civil.

⁵²¹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. SENTENÇA DE INDEFERIMENTO DA INICIAL. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. REMESSA DOS AUTOS A ESTA CORTE SEM OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 331, § 1º, DO CPC/2015. NECESSIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA (ART. 938, § 1º, DO CPC/2015), ANTE A IMPRESCINDIBILIDADE DE CITAÇÃO DA PARTE DEMANDADA PARA CONTRARRAZOAR O FEITO. PRECEDENTES DESTA CORTE. "Apelação cível. Ação de busca e apreensão. Sentença de indeferimento da inicial. Recurso do banco autor. Questão de ordem. Remessa dos autos a este grau de jurisdição sem observância da regra contida no art. 331, § 1º, do CPC/2015. Necessidade de citação do demandado para apresentar contrarrazões, sob pena de ofensa ao contraditório. [...]" (TJSC, Apelação Cível n. 0301218-25.2018.8.24.0063, de São Joaquim, rel. Des. Newton Varela Júnior, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 23-07-2019). RECURSO PREJUDICADO. (TJSC, Apelação Cível n. 0305924-35.2018.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. José Maurício Lisboa, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 01-10-2019).

Outra situação analisada, foi a conversão de julgamento em diligência para que fosse facultado a inclusão do Governador do Estado de Santa Catarina em polo passivo de mandado de segurança originária do Tribunal. Neste caso, houve expressamente a designação de data para fins de cumprimento da diligência, isso porque o processo tramitava diretamente no Tribunal.⁵²²

Denota-se, portanto, que não há uma designação de parâmetro, pois em um dos casos houve a concessão de prazo de 15 dias para fins de cumprimento e, por outro lado, em outro processo, mesmo versando sobre o mesmo ato processual, a diligência foi realizada de forma diversa.

Assim, pode-se perceber com a análise das decisões envolvendo a conversão do julgamento em diligência, nos casos de nova citação, é que não há uma designação comum e padronizada, a produção de prova pode ser realizada diretamente no Tribunal, mesmo com os casos sendo pontuais, e que há possibilidade se fixar um parâmetro para todos os demais casos. Aliás, apenas uma das decisões fixou um prazo para cumprimento da diligência, e todos os outros oito acórdãos deixaram em aberto esta questão.

Conforme será demonstrado no último tópico do presente estudo, indica-se como padrão a concessão de 15 dias para proceder-se com a citação da parte, vislumbrando a possibilidade de realização do procedimento no próprio Tribunal.

Além da conversão do julgamento em diligência nos casos de nova citação, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em trinta e duas oportunidades determinou a produção de prova documental em segundo grau. É esta análise que será feita agora.

Situação muito encontrada nas decisões analisadas, foi a necessidade de as instituições financeiras acostarem nos autos os contratos de cartão de crédito e documentos relativos à relação contratual estabelecida entre as partes, em especial os comprovantes de depósito e

⁵²² MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NO MAGISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. WRIT IMPETRADO APENAS CONTRA O SECRETÁRIO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. PRETENDIDA NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE PROFESSOR EM SÉRIES INICIAIS. ATO PRIVATIVO DO GOVERNADOR DO ESTADO. ART. 71, INC. XX, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. AUTORIDADE RESPONSÁVEL PELA NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO, QUE TAMBÉM DETÉM LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DE AÇÃO MANDAMENTAL. POSSIBILIDADE DE EMENDA DA INICIAL, PARA QUE O CHEFE DE ESTADO PASSE A COMPOR O POLO PASSIVO DO MANDAMUS. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. ART. 938, § 3º, DO NCPC. (TJSC, Mandado de Segurança n. 0313282-27.2017.8.24.0023, da Capital, rel. Luiz Fernando Boller, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 25-07-2018).

faturas de cartão de crédito, principalmente nos casos em que o contrato constante nos autos é relativo à pessoa estranha à lide.⁵²³

A fundamentação para autorizar a juntada da documentação é justamente sanar o vício no próprio Tribunal, para continuidade do julgamento, sendo contraproducente o retorno à origem, na medida em que há a possibilidade de intimação no grau recursal para carrear um documento que já é de posse da instituição financeira.

Neste caso, houve a aplicação do §3º do artigo 938 do CPC/2015, aliado ao artigo 132 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que reconhece a possibilidade de o relator ordenar e dirigir o processo, inclusive em relação à produção de prova.

Na situação concreta, também restou aplicado a determinação para cumprimento da diligência em 15 dias e menção ao próprio artigo 400 do CPC/2015,⁵²⁴ que indica que o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que a parte, por meio de documento ou coisa, pretendia provar, bem como autoriza o juiz a adotar o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

Houve a constatação de divergência na designação da conversão do julgamento em diligência ao proceder com a análise do agravo de instrumento nº 4016229-60.2019.8.24.0000, pois neste caso a determinação – também de acordo com o §3º do artigo 938 do CPC/2015 – foi a expedição de carta de ordem ao juízo singular para cumprimento no prazo de 90 dias.⁵²⁵

⁵²³ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO E TERMO DE ADESÃO A CARTÃO DE CRÉDITO COM ABATIMENTO DE "RESERVA DE MARGEM" (RMC). CONTRATO ACOSTADO AO CADERNO PROCESSUAL QUE SE REFERE À PESSOA ESTRANHA À LIDE. NECESSIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA A FIM DE QUE A CASA BANCÁRIA ACOSTE AOS AUTOS CÓPIA DA RELAÇÃO CONTRATUAL ESTABELECIDADA COM A PARTE AUTORA, SOB PENA DE INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 400 DO CPC/2015. DESNECESSIDADE DE BAIXA DO FEITO À ORIGEM. INTELIGÊNCIA DO ART. 938, § 3º, DO CPC/2015 E ART. 132, I, DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL. (TJSC, Apelação n. 5001374-45.2021.8.24.0079, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Jaime Machado Junior, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 23-09-2021).

⁵²⁴ Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398; II - a recusa for havida por ilegítima. Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

⁵²⁵ ASSISTÊNCIA À SAÚDE. AÇÃO PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA doença CROHN. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA NÃO DEMONSTRADA. REQUISITO IMPRESCINDÍVEL. Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo

No julgamento acima a discussão versava sobre documentação necessária para comprovar a incapacidade financeira da parte, considerando que o mérito do processo se tratava de fornecimento de medicamento de alto custo (R\$ 136.088,25), razão pela qual, a incapacidade financeira deveria ser demonstrada.

Em que pese o caso ser relacionado com a conversão de julgamento em diligência para juntada de documento, entendeu o Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva em determinar a expedição de carta de ordem ao juízo de origem para cumprimento em 90 dias período em que o processo deverá permanecer suspenso no sistema informatizado.

Além destes dois cenários, dentre as decisões analisadas estão aquelas em que a juntada de documentos está associada com a necessidade de se prestarem novos esclarecimentos.

No caso envolvendo a discussão concurso público para professor de educação especial da Fundação Catarinense de Educação Especial (FCEE), a matéria convertida em diligência versava sobre quantidade de cargos distribuídos à FCEE mediante decreto estadual, pois, de acordo com o julgamento, havia uma possibilidade de subterfúgio à efetivação do princípio constitucional do concurso público.

Considerando que pairava dúvida sobre a existência dos cargos e da legislação envolvendo a matéria, o Grupo de Câmaras de Direito Público, em julgamento de Incidente de Assunção de Competência, determinou, de acordo com o §3º do artigo 938 do CPC/2015, a conversão do julgamento em diligência, com a intimação da Fundação Catarinense de Educação Especial e do Estado de Santa Catarina (por meio da Secretaria de Estado da Administração - SEA) para em 30 dias apresentarem a legislação relacionada com o tema, bem como esclarecer 1) número de cargos de professor existente no quadro de servidores e

SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível. (IRDR n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, de Rio do Sul, rel. Des. Ronei Danielli, j. 9-11-2016). **CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA A INTIMAÇÃO DO DEMANDANTE A FIM DE QUE COMPROVE A INCAPACIDADE FINANCEIRA DO SUBSTITUÍDO PROCESSUAL. CPC, ART. 938, § 3º. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4016229-60.2019.8.24.0000, de Lauro Müller, rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 23-06-2020).**

como estão divididos; 2) total de cargos vagos; 3) quantitativo de cargos efetivos destinados à FCEE pelo Decreto n. 2.025/2004 e seus desdobramentos: a) extinção; b) número de cargos disponível desde o concurso regido pelo edital n. 01/2014 e c) e panorama atual; 4) outros dados que julgar pertinentes à análise do tema.⁵²⁶

Denota-se que o caso acima é aparentemente mais complexo, pois demanda o esclarecimento de quatro questões sensíveis e, mesmo assim, a determinação do Grupo de Câmaras de Direito Público determinou o cumprimento da diligência no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no prazo de 30 dias, diferentemente do caso anteriormente analisado que concedeu 90 dias para apresentar documentos relacionados à capacidade financeira.

A prática de realização de conversão do julgamento em diligência no próprio tribunal, também foi verificada quando da análise do recurso de apelação cível nº 0301843-44.2015.8.24.0005,⁵²⁷ em que restou suspenso o julgamento para fins de esclarecimento sobre a quantidade de unidades consumidoras estavam instaladas no endereço do imóvel em debate

⁵²⁶ INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (TEMA N. 14). CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PROFESSOR DA FUNDAÇÃO CATARINENSE DE EDUCAÇÃO ESPECIAL (EDITAL N. 01/2014). APROVAÇÃO DA CANDIDATA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO EM RAZÃO DA SUCESSIVA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PELA FCEE. PLEITO DE CONVOLAÇÃO DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. INCERTEZA QUANTO À EXISTÊNCIA EFETIVA DE VAGAS. NECESSIDADE DE MAIOR INVESTIGAÇÃO A FIM DE SANAR A DÚVIDA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA (ART. 938, § 3º, DO CPC). (TJSC, Incidente de Assunção de Competência n. 0301481-23.2015.8.24.0076, de Turvo, rel. Jaime Ramos, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 27-02-2019).

⁵²⁷ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS. RECONVENÇÃO EM QUE SE ALEGA A EXISTÊNCIA DE CRÉDITOS. IMPROCEDÊNCIA DESTA E PROCEDÊNCIA DAQUELA NA ORIGEM. RECURSO DA PARTE RÉ PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA DEMONSTRADA ATRAVÉS DA PROVA DOCUMENTAL ACOSTADA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM A FALTA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. PRESUNÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DERRUÍDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 99, § 2º, DO CPC. NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA BENESSE. ISENÇÃO DO PREPARO. ALEGADA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL PARA O FIM DE COMPROVAR O PAGAMENTO DOS ALUGUÉIS ANTERIORES AO FALECIMENTO DO DE CUJUS E A INCIDÊNCIA DE DESCONTO A CONTAR DA LOCAÇÃO DO PISO SUPERIOR A TERCEIRO. INSUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. TESE DEFENSIVA QUE IMPRESCINDE DE PROVA DOCUMENTAL, INEXISTENTE NA ESPÉCIE. PARTE QUE ADMITE CONCORDÂNCIA COM A LOCAÇÃO A TERCEIRO, INDEPENDENTEMENTE DA REDUÇÃO NO VALOR DO ALUGUEL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. POSSÍVEL EXISTÊNCIA DE CRÉDITOS EM FAVOR DO REQUERIDO. SUPOSTO PAGAMENTO A MAIOR DE FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. TESE SUBSISTENTE. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE OPORTUNIZAR A PRODUÇÃO DA PROVA REQUERIDA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À CELESC. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. EXEGESE DO § 3º DO ARTIGO 938 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO ART. 116 DO REGIMENTO INTERNO DESTA TRIBUNAL. ANÁLISE MOMENTANEAMENTE PREJUDICADA DAS RAZÕES DO APELO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301843-44.2015.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 04-09-2018).

(Estrada Antônio Torquato, 549, Porto Branco, Praia do Estaleiro, Balneário Camboriú/SC, CEP 88334-090) e o número de identificação de cada uma, bem como para exibir ficha financeira da Unidade nº 19524728 desde abril de 2011.

A questão envolvia pedido de reconhecimento de violação à ampla defesa pela não produção de prova testemunhal apta a demonstrar a incidência de desconto no aluguel a partir da locação, contudo, este pedido foi afastado e reconhecida a necessidade de se aprimorar a documentação dos autos.

Isso se deve ao fato de que a documentação acostada aos autos não era suficiente para apurar a realidade da afirmação de que o Réu pagava a conta de energia elétrica de todas as cinco casas, razão pela qual acolheu-se o pedido de diligência junto à CELESC, a fim de esclarecer quantas unidades consumidoras estavam instaladas no endereço e o número de identificação de cada uma, bem como para exibir ficha financeira da Unidade nº 19524728 desde abril de 2011.

Por conta de tal divergência, a Quinta Câmara de Direito Civil determinou, com fundamento nos artigos 31, inciso IV, e 116 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a conversão do julgamento em diligência, determinando a expedição de ofício à CELESC, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, informasse quantas unidades consumidoras estavam instaladas no endereço do imóvel. Posteriormente, após o complemento das informações, houve a determinação para retorno dos autos para julgamento do recurso de apelação.

Além destas questões, outro ponto verificado foi a expressa determinação, em alguns casos, para que o processo não fosse remetido ao primeiro grau, consideração que torna a conclusão do feito mais clara.

No caso da apelação cível nº 0016816-66.2010.8.24.0033, o julgamento foi convertido em diligência para intimação da parte Ré para juntar aos autos cópia de ação principal de separação consensual, em especial de acordo firmado naqueles autos. A conversão do julgamento ocorreu com a menção expressa para que os autos não fossem remetidos ao primeiro grau, concedendo o prazo de 15 dias para cumprimento da determinação.⁵²⁸

⁵²⁸

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO FIRMADO ENTRE PARTICULARES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. 1. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTOS À DEVIDA INSTRUÇÃO DO FEITO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 938, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM VIGOR. 2. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. (TJSC, Apelação Cível n. 0016816-66.2010.8.24.0033, de Itajaí, rel. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 13-10-2016).

Ponto de relevância é, também, a possibilidade de realização da conversão do julgamento em diligência de ofício pelo Tribunal de Justiça. No caso analisado, havia discussão sobre o valor dos extratos existentes no processo, em ação discutindo os expurgos inflacionários em conta poupança.

Deste modo, por entender pela inexistência de dados precisos sobre os valores depositados e supostamente sacados de três contas poupanças nos períodos dos planos econômicos Collor I e II, a Terceira Câmara de Direito Comercial entendeu plausível o encaminhamento dos autos à contadoria do Tribunal para melhor esclareça as dúvidas acerca da existência ou não de valores devidos a título de expurgos inflacionários.⁵²⁹

Após a análise foi possível concluir que, em relação à prova documental, não há um padrão na designação e condução de prova pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, pois do total de 32 decisões estudadas,⁵³⁰ nove determinaram a conversão do julgamento, em diligência realizada no próprio segundo grau, para juntada de documento sem determinar qualquer prazo; uma decisão para juntada de documento – também a ser realizada no Tribunal – no prazo de cinco dias; duas decisões autorizando a produção de prova no prazo de dez dias; sete decisões ampliando o prazo para conclusão da juntada de documento em quinze dias; dez decisões determinando a conversão do julgamento em diligência, a ser cumprida em trinta dias; e uma decisão determinando a remessa dos autos ao primeiro grau, para cumprimento em noventa dias.

Nada obstante, conforme demonstrado no tópico anterior, não há impossibilidade de admissão de documentos em momentos diversos do processo, desde que ocorra a intimação da parte adversa para se manifestar, impugnar sua admissibilidade e questionar sua falsidade,

⁵²⁹ Apelação cível. Ação de cobrança. Expurgos inflacionários em contas poupança. Fase de cumprimento de sentença. Extinção do processo, por inexigibilidade do título (artigo 475-L, II, do CPC). Insurgência do autor. Pretensa manutenção do quantum exequendo por ele apontado, ao argumento de o banco réu não ter apresentado todos os extratos que lhe incumbia. Presunção de correção do cálculo, porém, relativa. Penalidade processual que deve ser aplicada de forma cautelosa, diante da peculiaridade do caso. Imprescindibilidade de exame criterioso da conta matemática utilizada pelo credor que, até então, entendia imprescindível a juntada de outros documentos pelo executado. Decisão recorrida genérica que reputou correto o saldo zero encontrado pela contadora do Juízo a quo, sem, contudo, considerar a informação de insuficiência de dados. Necessidade de elucidação de quantia efetivamente devida. Conversão, de ofício, do julgamento em diligência Remessa dos autos à contadoria judicial deste Tribunal, nos termos do artigo 938, § 3º, no novo Código de Processo Civil. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.065090-2, de Caçador, rel. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 14-04-2016).

⁵³⁰ Dois processos analisados tramitaram sob o segredo de justiça, por versarem sobre questões de guarda e de fixação de alimentos, razão pela qual não foi possível encontrar se houve determinação de prazo, ou não, mas apenas a conclusão do julgamento para autorizar a juntada de documento.

contudo, não há motivo para impedir a produção diretamente em segundo grau, conforme será demonstrado nos tópicos subsequentes.

A questão analisada neste próximo momento é a conversão de julgamento em diligência para produção das provas orais, sejam elas colhidas em audiência de instrução e julgamento, ou apenas depoimento das partes ou de testemunhas não ouvidas em outros momentos do processo.

Para realização da conversão do julgamento em diligência relacionada a produção de prova oral e de audiência de instrução e julgamento, foram encontradas sete decisões e, novamente, não restou verificado nenhum padrão na realização deste procedimento.

No processo envolvendo um condomínio comercial e uma administradora de bens, a discussão versava sobre a alegação de cerceamento de direito de defesa, na medida em que o julgamento antecipado impossibilitou a produção de prova oral, com a qual demonstraria que o condomínio utiliza os serviços disponibilizados a todos os condôminos.

Entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por meio da Quinta Câmara de Direito Civil, que a produção de prova oral requerida pelo condomínio era adequada ao julgamento da demanda, pois necessário o mínimo de certeza sobre os fatos alegados, no afã de entregar a melhor prestação jurisdicional.

Desta forma, foi determinada a inquirição de testemunhas, cujo rol nem sequer havia sido autorizado pelo juízo singular, pois essencial para a elucidação dos fatos, uma vez que a controvérsia envolvia a utilização ou não de determinados serviços disponibilizados pelo condomínio e as testemunhas poderiam esclarecer os pontos controvertidos.

Assim o julgamento foi convertido em diligência para oportunizar a realização de prova oral pelas partes, especificamente quanto à utilização de serviços disponibilizados pelo condomínio. Entretanto, pelo fato de o condomínio se localizar em município diverso daquele sediado o Tribunal de Justiça, os autos foram remetidos ao Juízo de origem a oitiva das testemunhas oportunamente arroladas pelas partes.⁵³¹

⁵³¹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO CONDOMÍNIO RÉU. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE QUE A PROVA TESTEMUNHAL É ESSENCIAL PARA A ELUCIDAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. ACOLHIMENTO. NECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DA PROVA ORAL POSTULADA PELO DEMANDANDO, COM O FIM DE COMPROVAR A UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DISPONIBILIZADOS NO EDIFÍCIO PELA AUTORA. INSTRUÇÃO IMPERATIVA À ADEQUADA RESOLUÇÃO DA LIDE, HAJA VISTA A CAUSA DE PEDIR ESTRAR ATRELADA À ILEGITIMIDADE DA CLÁUSULA QUE DIVIDE AS DESPESAS EM PROPORÇÕES EQUÂNIMES. EXEGESE DO ART. 938, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Divergindo, em parte, da posição acima por considerar que a oitiva pode ser realizada diretamente em segundo grau de jurisdição, a Quarta Câmara de Direito Comercial reconheceu a possibilidade a colheita diretamente no Tribunal, contudo, ressaltou a tradição de fazê-lo em primeiro grau de jurisdição.⁵³²

Neste mesmo caso, há importante menção para diferença entre suprir eventual deficiência e dirimir dúvidas surgidas a partir da produção de prova documental, pois necessário esclarecer os pontos obscuros para prestar a tutela jurisdicional baseada em elementos de convencimento que permitam a correta solução do litígio.

É justamente pela correta solução do litígio e pelas evidências insuficientes acostadas aos autos aptas a formular qualquer conclusão segura, que o juízo a quo franqueou às partes a inquirição de testemunhas, mas nenhuma das litigantes se valeu dessa oportunidade, porque não apresentaram tempestivamente o rol de pessoas a serem inquiridas.

Em função destas dúvidas e com base nestas justificadas que, de modo acertado, entendeu a Quarta Câmara de Direito Comercial prudente a conversão do julgamento em diligência, para que proceda à colheita de provas, sobretudo orais.

Situação em que a diligência foi ampliada ocorreu no caso dos autos 0300738-55.2015.8.24.0159, em que o Tribunal entendeu que as alegações de defesa eram genéricas e que nenhuma das partes trouxe elementos consolidados, como os contratos realizados entre partes.

Assim, diante deste contexto, mostrou-se necessário o depoimento pessoal do autor, a fim de verificar se houve a contratação do serviço e sua conseqüente quitação, além do esclarecimento acerca se possui estabelecimento comercial no endereço declinado no documento, bem como se os números de telefone lá informados são de sua propriedade.

CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. (TJSC, Apelação n. 0307879-86.2017.8.24.0020, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 24-03-2021).

⁵³² APELAÇÃO CÍVEL. CPC/2015. AÇÃO MONITÓRIA. COMPRA E VENDA DE COMBUSTÍVEL. EMBARGOS JULGADOS PROCEDENTES. DÚVIDA SOBRE A PROVA PRODUZIDA. PRINCÍPIO DA INVESTIGAÇÃO E DA VERDADE REAL. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, QUE SERÁ REALIZADA EM PRIMEIRO GRAU. De acordo com o disposto no art. 932, I, do CPC/2015, compete ao relator dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova. De outro lado, o art. 938, § 3º, estabelece que, "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". (TJSC, Apelação Cível n. 0302311-11.2014.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Janice Goulart Garcia Ubialli, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 04-09-2018).

O resultado do julgamento foi, então, a conversão do julgamento em diligência para encaminhamento dos autos para o primeiro grau para designar audiência instrutória, objetivando a oitiva da parte autora, sob pena de confissão, contudo, sem designação de qualquer prazo.⁵³³

Além de designação de audiência de instrução e julgamento, o Tribunal de Justiça avançou no tema e determinou a expedição de carta precatória para o Estado do Paraná, para converter o julgamento em diligência em primeiro grau e ouvir prestador de serviço de fornecimento de mão de obra, para que esclareça relação com os litigantes, sobretudo no período entre março e agosto de 2016.⁵³⁴

A conversão do julgamento em diligência também se mostrou relevante no caso analisado pela Sexta Câmara de Direito Civil do TJSC, em que se discutia o dano decorrente de incêndio ocorrido no município de São Francisco do Sul. A sentença julgou procedente os pedidos, por entender que a autora residia em local em que se encontrava a parcela populacional da cidade que sofreu com o ocorrido, mesmo fundamentada em comprovante de residência em nome de terceiro.

Em primeira decisão, foi reconhecido que os documentos não eram capazes de comprovar a residência da parte autora, pois o comprovante de residência carreado aos autos, encontrava-se ilegível, sendo possível apenas verificar que era em nome de pessoa estranha ao

⁵³³ AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA RETIRADA DE NOME DO ROL DE INADIMPLENTES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. 1. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DÚVIDA QUANTO À EXISTÊNCIA OU NÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE OS LITIGANTES, DIANTE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA RÉ E IMPUGNADOS GENERICAMENTE PELO AUTOR. IMPRESCINDIBILIDADE DO DEPOIMENTO PESSOAL DO REQUERENTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 938, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM VIGOR. 2. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. (TJSC, Apelação Cível n. 0300738-55.2015.8.24.0159, de Armazém, rel. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 24-11-2016).

⁵³⁴ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA A PAVIMENTAÇÃO DE CALÇADA. INSTRUMENTO QUE PREVÊ O FORNECIMENTO DE INSUMOS E MÃO DE OBRA. REQUERIDA QUE, EM CONTESTAÇÃO, SUSTENTOU A ALTERAÇÃO DO OBJETO, DE FORMA VERBAL, PARA O SIMPLES APROVISIONAMENTO DE MATERIAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DEPOIMENTO DO MESTRE DE OBRAS. PROVA ESSENCIAL À ELUCIDAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. RECIBOS JUNTADOS POR AMBAS AS PARTES NO QUAL O PRESTADOR DE SERVIÇOS FIGURA COMO BENEFICIÁRIO. INSTRUÇÃO IMPERATIVA. EXEGESE DO ART. 938, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. (TJSC, Apelação Cível n. 0301885-11.2017.8.24.0042, de Maravilha, rel. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 06-10-2020).

feito, sem qualquer demonstração de vínculo familiar com o aludido terceiro ou juntada de declaração de residência por este firmada.

Deste modo, ao invés de julgar improcedente o feito, e considerando a ocorrência de cerceamento de defesa, tendo em vista que o juízo não oportunizou à parte a complementação da prova para atestar seu direito, mesmo existindo o requerimento expresso de produção de prova na petição inicial e na contestação, a sentença restou cassada, com o retorno dos autos para instrução processual.⁵³⁵

Ato contínuo, com o retorno dos autos ao primeiro grau, a parte autora foi intimada para a juntada de documento apto a atestar sua residência no local do infortúnio. A determinação foi acolhida reiterando a documentação já acostada aos autos, especialmente pela inexistência de outros documentos. Contudo, houve o requerimento expresso de produção de prova oral para comprovar o local de residência.

O juízo singular julgou improcedente o feito, fundamentado na ausência de comprovante de residência de titularidade da autora, mas apenas de pessoa estranha ao feito, nem sequer demonstrando vínculo familiar com o aludido terceiro.

Com a improcedência, houve novo recurso de apelação, que reconheceu a mácula do julgado, na medida em que impediu à parte a produção da prova oral. Entretanto, diferente da primeira decisão, a Sexta Câmara de Direito Civil reconheceu que, pelo princípio da razoável duração do processo e da efetividade processual, ao invés da pura e simples anulação do feito, dever-se-ia converter o julgamento em diligência com amparo no artigo 938, § 3º, do CPC/2015.⁵³⁶

⁵³⁵ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INCÊNDIO OCORRIDO EM DEPÓSITO DE FERTILIZANTES RESULTANDO EM FUMAÇA TÓXICA E ATINGINDO DIVERSAS LOCALIDADES DO MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO SUL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA FUNDAMENTADA EM COMPROVANTE DE RESIDÊNCIA EM NOME DE TERCEIRO E EM ENDEREÇO CONTIDO EM RECEITUÁRIO MÉDICO. APELO DAS RÉS. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA RESIDÊNCIA. SUBSISTÊNCIA. DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS QUE NÃO DEMONSTRAM O LOCAL DE RESIDÊNCIA DA PARTE AUTORA. TODAVIA, NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. DEMANDANTE QUE REQUEREU NA INICIAL E NA RÉPLICA A PRODUÇÃO DE TODOS OS MEIOS DE PROVA, ESPECIALMENTE A OITIVA DE TESTEMUNHAS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. JUÍZO QUE NÃO OPORTUNIZOU À PARTE A COMPLEMENTAÇÃO DA PROVA PARA ATESTAR SEU DIREITO. GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SENTENÇA CASSADA. (TJSC, Apelação Cível n. 0301493-19.2014.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 28-11-2017).

⁵³⁶ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCÊNDIO OCORRIDO EM DEPÓSITO DE FERTILIZANTES RESULTANDO EM FUMAÇA TÓXICA E ATINGINDO DIVERSAS LOCALIDADES DO MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO SUL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA FUNDAMENTADA NA INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA RESIDÊNCIA DA

Em primeiro grau, a parte autora informou que obteve os documentos e comprovantes necessários que demonstram a localização de sua residência, razão pela qual a audiência restou cancelada. Deste modo, com a juntada dos documentos os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça, que deu provimento ao recurso de apelação de julgou procedente o pedido inicial.⁵³⁷

Este último caso analisado demonstra a importância da conversão do julgamento em diligência, pois apenas na terceira oportunidade restou comprovado o endereço da parte, fato que levou à procedência do pedido.

Após verificar as decisões que determinaram a conversão do julgamento em diligência para fins de produção de prova oral, é possível concluir pela existência de um padrão no encaminhamento dos autos para o primeiro grau, mas sem qualquer orientação para o tempo a ser realizado, ou pelo menos determinando como se dará a diligência e a audiência para oitava das testemunhas e do depoimento pessoal.

A questão central da conversão do julgamento em diligência ocorre na prova pericial, pois é aqui que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina mais se debruçou sobre o tema. Foram 166 decisões que determinaram a conversão do julgamento em diligência para fins de produção de prova pericial. Foi possível estabelecer uma linha que mostrou a existência de 15 padrões na designação de prazo para conversão do julgamento em diligência

DEMANDANTE. RECURSO DA AUTORA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. REQUERENTE QUE POSTULOU, REITERADAMENTE, A PRODUÇÃO DE PROVA ORAL PARA COMPROVAR A LOCALIZAÇÃO DE SUA RESIDÊNCIA E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, OS DANOS SOFRIDOS. JULGAMENTO DA LIDE SEM TAL PROVA QUE SE APRESENTA INVIÁVEL. INOBSERVÂNCIA AO DECISUM PROFERIDO POR ESTE COLEGIADO, ANULANDO ESTE MESMO FEITO, POR IDÊNTICO MOTIVO. DEFESA CERCEADA. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO DO FEITO QUE SE IMPÕE. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, NA FORMA DO § 3º DO ARTIGO 938 DO CPC. (TJSC, Apelação Cível n. 0301493-19.2014.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 24-07-2018).

⁵³⁷ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCÊNDIO OCORRIDO EM DEPÓSITO DE FERTILIZANTES RESULTANDO EM FUMAÇA TÓXICA E ATINGINDO DIVERSAS LOCALIDADES DO MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO SUL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. DANO AMBIENTAL CARACTERIZADO PELA POLUIÇÃO DO AR. FATO INCONTROVERSO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA COM APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL. PRECEDENTES DO GRUPO DE CÂMARAS DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE RECURSOS REPETITIVOS. DANO E NEXO DE CAUSALIDADE REVELADOS. AUTORA QUE COMPROVOU RESIDIR NO BAIRRO ACARÁI, AFETADO PELO INFURTÚNIO. OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA RECONHECIDA. CONDENAÇÃO DAS RÉS AO PAGAMENTO DE REPARAÇÃO POR ABALO MORAL À AUTORA NA IMPORTÂNCIA DE R\$ 1.500,00 (UM MIL E QUINHENTOS REAIS) RECURSOS PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301493-19.2014.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 20-10-2020).

na prova pericial. O que será demonstrado nas próximas laudas é, justamente, a divergência existente nesses padrões e a necessidade de estabelecimento de uma única diretriz.

Neste primeiro (e único) caso, que envolvia a discussão sobre cobrança de securitária contra seguradora, com a complementação do pagamento administrativo de indenização relativa aos danos sofridos em acidente de trânsito, o Tribunal de Justiça determinou a conversão do julgamento em diligência por entender que era necessário que o perito prestasse esclarecimentos acerca da situação, de modo a especificar se somente parte do membro superior fora afetado ou na sua integralidade.⁵³⁸

Percebe-se que pelo fato de já existir perícia e a questão a ser elucidada versava tão somente sobre um esclarecimento simples, não havia motivo razoável para determinar o retorno dos autos ao primeiro grau e proceder com a intimação do perito, bastando sua intimação no próprio Tribunal, no prazo de 15 dias.

Estabelecendo outro padrão, em que pese a situação fática permitir adotar saída semelhante, a Primeira Câmara de Direito Público, em caso envolvendo pedido de adicional de insalubridade, formulado por servidora pública do Município de Cerro Negro, determinou a realização de nova perícia, contudo, com o retorno do processo ao primeiro grau.

Em resumo, havia a alegação de cerceamento de defesa, pois os quesitos complementares formulados foram indeferidos, razão pela qual não se esclareceu se os equipamentos de proteção individual eram suficientes para neutralizar os agentes químicos que está exposta durante as suas atividades.

Diante deste quadro, houve o reconhecimento de que havia dúvida razoável em torno da presença de agentes insalubres nas atividades desempenhadas pela autora, o que impediu o imediato julgamento do feito e justificou a realização de nova perícia como fator decisivo para a lide.

A medida se justificou no artigo 370 do CPC/2015 e no próprio §3º do artigo 938 do CPC/2015, e a determinação foi para realização com profissional diverso daquele que firmou o laudo anterior, com a resposta de todos os quesitos já constantes nos autos, esclarecendo notadamente se a autora encontra-se exposta à agentes insalubres nas suas atividades como

⁵³⁸

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. 1. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA ACOLHIDA. LAUDO INCONCLUSIVO. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTOS POR PARTE DO EXPERT ACERCA DA PROVA PRODUZIDA. 2. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. ARTIGO 938, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (TJSC, Apelação Cível n. 0302730-63.2015.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 25-01-2018).

merendeira, bem como se os equipamentos de proteção individual fornecidos pelo Município eram suficientes para neutralizar a eventual nocividade causada por agentes nocivos à saúde no exercício das atividades laborais da servidora.⁵³⁹

Por outro lado, ao invés de determinar a realização de nova perícia, a Segunda Câmara de Direito Público do TJSC, converteu o julgamento em diligência, com o encaminhamento dos autos ao primeiro grau, tão somente para que o perito prestasse novas respostas e esclarecesse pontos sobre o laudo.

A questão fática dos dois casos é muito similar, pois neste caso a discussão envolvida também versava sobre ação previdenciária de concessão de auxílio-acidente ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Assim, com a conversão do julgamento em diligência o perito foi intimado para se manifestar sobre a juntada do exame pericial realizado nos autos da ação trabalhista n. 0000489-70.2020.5.12.0036, que comprovou as mazelas psíquicas aventadas pelo autor em relação à atividade de vigia de carro forte.

O acórdão, nesse caso, converteu o julgamento em diligência, com a consequente remessa dos autos à primeira instância para complementação da perícia médica judicial, para que o perito responda os quesitos já apresentados pelas partes considerando também as mazelas psíquicas.

Dois pontos chamam atenção, o primeiro é que os esclarecimentos prestados poderiam ser respondidos diretamente no segundo grau, sem a necessidade de retorno dos autos, em especial pelo fato de que a juntada do exame aos autos ocorreu também em segundo grau. O segundo ponto, é a ausência de fixação de prazo para o cumprimento da diligência, situação que mitiga uma célere prestação jurisdicional.⁵⁴⁰

⁵³⁹ APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. MERENDEIRA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA QUE ATESTA A INEXISTÊNCIA DE EXPOSIÇÃO À AGENTES INSALUBRES. APARENTE CONTRADIÇÃO ENTRE A PERÍCIA E O LAUDO ELABORADO PELA MUNICIPALIDADE. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO SE A AUTORA NÃO ESTÁ EXPOSTA A AGENTES QUÍMICOS OU SE A SUPOSTA UTILIZAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL FORNECIDOS PELO MUNICÍPIO SÃO SUFICIENTES À NEUTRALIZAÇÃO DOS AGENTES NOCIVOS. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE À FORMAÇÃO DE UM JUÍZO SEGURO DE CONVICÇÃO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA A REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. ART. 938, § 3º DO CPC. (TJSC, Apelação n. 0300078-45.2019.8.24.0216, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. 27-04-2021).

⁵⁴⁰ PREVIDENCIÁRIO. CAUSA ACIDENTÁRIA. JULGAMENTO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA PARA A COMPLEMENTAÇÃO DA PERÍCIA. LAUDO PERICIAL QUE ANALISOU OS QUESITOS APENAS À LUZ DAS SEQUELAS FÍSICAS DO AUTOR, DEIXANDO DE ANALISAR AS MAZELAS PSÍQUICAS TAMBÉM OCASIONADAS PELO ACIDENTE. DOCUMENTOS NOVOS QUE DEMONSTRAM QUADRO DE SÍNDROME DO PÂNICO E TRANSTORNO DEPRESSIVO. NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DA PERÍCIA PARA ANÁLISE DO

Aprimorando o padrão acima, mas também confirmando a ausência de padrão na condução, determinação e produção de prova pelo segundo grau, ainda da Segunda Câmara de Direito Público do TJSC, é a decisão que determinou o esclarecimento da perícia, com a remessa dos autos ao primeiro grau, porém fixou o prazo de 15 dias para as partes se manifestarem após a apresentação do laudo.

O caso em análise versava também sobre ação de concessão de benefício acidentário contra Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, envolvendo laudo médico pericial para verificar se o autor possuía condições de retornar às atividades habituais (servente de limpeza), mesmo exigindo esforço físico, flexão constante da coluna, deambulação constante, manuseio de cargas e elevação de ombros com emprego de força.

As razões de decidir, portanto, foram as novas provas apresentadas e a possibilidade de terem piorado os sintomas das patologias apresentadas pela segurada, razão pela qual nos termos do artigo 370 do CPC/15 e artigo 938, § 3º, o julgamento foi convertido em diligência.⁵⁴¹

Comprovando, novamente, a ausência de padrão na condução da produção de prova no segundo grau, a decisão do processo nº 0300320-69.2015.8.24.0175, proferida pela Primeira Câmara de Direito Civil do TJSC, determinou a intimação do perito judicial, para, no prazo de 30 (trinta) dias, complementar o laudo pericial de engenharia a qual a edificação foi submetida.⁵⁴²

QUADRO DE SAÚDE DA PARTE SEGURADA. PROVA IMPRESCINDÍVEL AO DESLINDE DO FEITO. APLICAÇÃO DO ART. 370 C/C 938, § 3º, DO CPC/15. RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR A CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

(TJSC, Apelação n. 0301061-41.2019.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 13-07-2021).

⁵⁴¹ PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA PARA A COMPLEMENTAÇÃO DA PERÍCIA. CONCLUSÃO DO PERITO À ÉPOCA DO EXAME FÍSICO QUE DIFERE DOS DOCUMENTOS MÉDICOS APRESENTADOS ATUALMENTE PELA REQUERENTE. NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DA PERÍCIA PARA ANÁLISE DO QUADRO DE SAÚDE DA SEGURADA. PROVA IMPRESCINDÍVEL AO DESLINDE DO FEITO. APLICAÇÃO DO ART. 370 C/C 938, § 3º, DO CPC/15. RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR A CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

(TJSC, Apelação n. 0302247-56.2018.8.24.0081, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 16-03-2021).

⁵⁴² APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO RESIDENCIAL. RECURSO DO AUTOR. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INCÊNDIO. IMPUGNAÇÃO À PERÍCIA NÃO ANALISADA. CONCLUSÕES FINAIS DO AUTOR E DO LOUVADO CONVERGENTES NA DEPRECIÇÃO INTEGRAL DA ESTRUTURA DA EDIFICAÇÃO. ELEMENTOS E CARÊNCIAS TÉCNICAS APARENTEMENTE INOBSERVADAS PELO EXPERTO PARA ESTIMATIVA DO CUSTO DE RECONSTRUÇÃO DO IMÓVEL. IMPERIOSA CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA COMPLEMENTAÇÃO DA PERÍCIA. APLICABILIDADE DOS ARTS. 370, 938, § 3º, E 932, I, DO CPC/15, E ART. 132, I, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL.

Mesmo com similar encaminhamento, tendo em vista que a matéria versa sobre a conversão do julgamento em diligência para cumprimento no prazo de 30 dias, os autos nº 0300206-39.2018.8.24.0042 foram além e estabeleceram os pontos sobre os quais o perito deveria se manifestar e esclarecer os pontos imprecisos.⁵⁴³

Deste modo, por considerar que os esclarecimentos eram essenciais para a resolução da discussão, o julgamento foi convertido em diligência com a intimação do perito que atuou no feito para responder, de forma clara e objetiva, os quesitos formulados.⁵⁴⁴

Apenas reduzindo o prazo para manifestação do perito – quinze dias –, mas determinando a conversão do julgamento em diligência, foi o caso do acórdão proferido nos autos do processo nº. 0302592-46.2018.8.24.0073, envolvendo ação de cobrança de seguro obrigatório.⁵⁴⁵

(TJSC, Apelação Cível n. 0300320-69.2015.8.24.0175, de Meleiro, rel. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 24-09-2020).

⁵⁴³ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ACIDENTÁRIA. DISCOPATIA LOMBAR COM PROTUSÕES. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. DESIGNAÇÃO DE PERÍCIA NO PRIMEIRO GRAU. LAUDO COM CONCLUSÃO DIVERGENTE DO ESTUDO REALIZADO EM AÇÃO TRABALHISTA MOVIDA PELO AUTOR. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS JUSTIÇAS DO TRABALHO E ESTADUAL. IMPRESCINDIBILIDADE, CONTUDO, DE ELEMENTOS CLAROS E OBJETIVOS PARA COMPREENDER E ACOLHER O EXAME ELABORADO NA CAUSA. APLICAÇÃO DO ART. 938, § 3º, DO CPC. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO EXPERT QUE ATUOU NO PROCESSADO PARA RESPONDER A QUESITOS QUE SE APRESENTAM RELEVANTES À SOLUÇÃO DA DEMANDA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. (TJSC, Apelação n. 0300206-39.2018.8.24.0042, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, j. 22-10-2020).

⁵⁴⁴ 1) Quais os exames a que foi submetido o segurado? 2) Quais as lesões ou moléstias encontradas? 3) As lesões ou moléstias constatadas são definitivas? 4) As lesões ou moléstias portadas pelo segurado decorreram do exercício da sua profissão habitual? 5) As lesões ou moléstias acima referidas foram agravadas pelo trabalho desenvolvido pelo segurado? 6) As lesões ou moléstias identificadas tornaram o segurado total e permanentemente incapacitado para o desempenho de atividade que lhe garanta a subsistência? Neste caso, carece o segurado inválido, da assistência permanente de outra pessoa? 7) As lesões ou moléstias que acometem o segurado impedem, temporariamente, o desempenho da sua atividade profissional habitual? 8) O segurado, em virtude das lesões ou moléstias encontradas, apresenta-se definitivamente incapacitado para o desempenho da sua atividade profissional habitual? 9) O segurado poderá ser reabilitado para o exercício de outra atividade laborativa do mesmo nível de complexidade que aquela exercida à época do acidente? 10) As lesões ou moléstias identificadas reduzem a capacidade do segurado, de forma permanente, para o desempenho da sua atividade profissional habitual? Neste caso, possível identificar o grau de incapacidade? 11) As lesões ou moléstias encontradas exigem maior esforço ou necessidade de adaptação do segurado para o exercício da sua atividade profissional habitual?

⁵⁴⁵ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. RECURSO DA RÉ. 1. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA ACOLHIDA. NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DO LAUDO PERICIAL. 2. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, NOS TERMOS DO ART. 938, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (TJSC, Apelação Cível n. 0302592-46.2018.8.24.0073, de Timbó, rel. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 20-02-2020).

Por outro lado, adotando uma posição mais conservadora a Quarta Câmara de Direito Civil, em acórdão de relatoria do Desembargador Hélio David Vieira Figueira dos Santos, converteu o julgamento em diligência, com o fim de encontrar a situação realmente evidenciada, conferiu o prazo de 60 dias para o esclarecimento da questão envolvendo a limitação sobre o membro inferior esquerdo do autor, com o consequente retorno dos autos, cumprida a diligência, para julgamento do recurso.⁵⁴⁶

O prazo concedido pela Primeira Câmara de Direito Público demonstrou-se maior que o supracitado, na medida em que a unanimidade o prazo é de 90 dias para determinar a realização da nova prova por carta de ordem, com o processo suspenso no sistema informatizado.⁵⁴⁷

A ausência de padrão é perceptível com os casos analisados pela Terceira Câmara de Direito Público, que concedeu, em uma oportunidade, o prazo de 120 dias para o esclarecimento da perícia,⁵⁴⁸ e em outra – mesmo envolvendo a conversão do julgamento para tratar de prova pericial – o prazo de 180 dias.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT. PEDIDO VOLTADO PARA A COMPLEMENTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. JUIZ QUE ACOLHEU O LAUDO PERICIAL, QUE APUROU INVALIDEZ PERMANENTE SOBRE O MEMBRO INFERIOR DIREITO, E JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO. RECURSO DA AUTORA. PLEITO PELA INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE À LESÃO DE AMBOS OS MEMBROS INFERIORES. PROVA TÉCNICA QUE, CONQUANTO ATESTE A EXISTÊNCIA DE INVALIDEZ SOBRE A PERNA DIREITA, RECONHECE A EXISTÊNCIA DE LIMITAÇÕES TAMBÉM NA PERNA ESQUERDA. ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA COMPLEMENTAÇÃO DA PERÍCIA. ART. 938, §3º, DO CPC. (TJSC, Apelação n. 0302188-48.2016.8.24.0078, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Helio David Vieira Figueira dos Santos, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 15-07-2021).

⁵⁴⁷ PREVIDENCIÁRIO. MARCENEIRO. SEQUELAS DE FRATURA DE COLUNA VERTEBRAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORAL. APTIDÃO PARA O TRABALHO ATESTADA PELO EXPERTO MÉDICO. DOCUMENTOS CARREADOS PELO SEGURADO QUE, TODAVIA, COLOCAM EM DÚVIDA A CONCLUSÃO. AFIRMAÇÃO DE QUE HÁ LIMITAÇÕES LABORAIS. REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA COM MÉDICO ESPECIALISTA EM ORTOPEDIA. ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS PARA O DESLINDE SEGURO DA CAUSA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. EXEGESE DO ART. 938, § 3º, DO CPC/2015. (TJSC, Apelação n. 0007635-78.2013.8.24.0019, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 13-07-2021).

⁵⁴⁸ ADMINISTRATIVO. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA E RECONVENÇÃO DO ENTE PÚBLICO DEMANDADO. TERMO DE ADITIVO CONTRATUAL NÃO ADIMPLIDO PELO MUNICÍPIO DE CAMPO BELO DO SUL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DA PROVA PERICIAL. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA (ART. 938, § 3º, CPC). EXPEDIÇÃO DE CARTA DE ORDEM AO JUÍZO DE ORIGEM. (TJSC, Apelação Cível n. 0300118-32.2016.8.24.0216, de Campo Belo do Sul, rel. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 10-09-2019).

⁵⁴⁹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE AJUIZADA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA. ALEGAÇÃO DE QUE A ÁREA OCUPADA PELO DEMANDADO CORRESPONDE A BEM PÚBLICO. PROVA PERICIAL REALIZADA. CONTROVÉRSIA NÃO ESCLARECIDA SOBRE SE O IMÓVEL DISCUTIDO NO PROCESSO PERTENCE OU NÃO AO

Denota-se que muitas vezes o prazo concedido para esclarecimento de perícia demonstra-se muito similar ao aplicado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina também na determinação e designação de realização de nova perícia, concedendo sem parâmetro, prazos de 30, 45, 60, 90, 120 e 180 dias, mesmo todos os casos tendo por objeto a prova pericial e o esclarecimento ser mais simples do que uma nova prova pericial.⁵⁵⁰

Além dos casos em que há fixação de prazo para realização de nova perícia e de esclarecimento, foram encontradas situações em que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina determinou uma nova instrução processual, em especial nos casos envolvendo reconhecimento de união estável e fixação de verba alimentos.

Nestes processos, pelo fato de a situação sociofamiliar estar em constante modificação, para melhor compreender a realidade dos fatos, as decisões tendem a determinar, quando ausente atualizado estudo social, bem como a avaliação psicológica das partes envolvidas, a conversão do julgamento em diligência, para que aporrem provas que ofereçam elementos ao exame do recurso, para a melhor proteção da criança.⁵⁵¹

ENTE PÚBLICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA PROVA PERICIAL. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA (ART. 938, § 3º, DO CPC). (TJSC, Apelação n. 0685174-74.2004.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 22-06-2021).

⁵⁵⁰ (TJSC, Apelação Cível n. 0501002-32.2010.8.24.0008, de Blumenau, rel. Domingos Paludo, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 26-01-2017). (TJSC, Apelação Cível n. 0303283-25.2018.8.24.0020, de Criciúma, rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 13-10-2020)

(TJSC, Apelação n. 0301013-53.2015.8.24.0078, de Urussanga, rel. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 03-05-2016). TJSC, Apelação Cível n. 0500068-03.2012.8.24.0009, de Bom Retiro, rel. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 21-03-2017). TJSC, Apelação Cível n. 0300721-06.2015.8.24.0034, de Itapiranga, rel. Bettina Maria Maresch de Moura, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 19-06-2017). (TJSC, Apelação Cível n. 0001224-98.2009.8.24.0135, de Navegantes, rel. Stanley da Silva Braga, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 14-11-2017). (TJSC, Apelação Cível n. 0001649-21.2011.8.24.0050, de Pomerode, rel. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 16-07-2019).

⁵⁵¹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. JULGAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL EM FAVOR DA MÃE E DA VERBA ALIMENTAR EM PROL DO INFANTE EM 10% DO SALÁRIO-MÍNIMO, ACRESCIDO DE PLANO DE SAÚDE E DESPESAS DE COPARTICIPAÇÃO. APELO DO GENITOR CONTRA A FIXAÇÃO DE GUARDA E OS ALIMENTOS ARBITRADOS. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SOBRE A SITUAÇÃO SOCIOFAMILIAR ATUAL DAS PARTES. NECESSIDADE DE ESTUDO PSICOLÓGICO E SOCIAL DA MENOR E DOS GENITORES PARA MELHOR APURAÇÃO DOS FATOS. INCIDÊNCIA DO ART. 938, § 3º, DO CPC/2015. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. Ausente atualizado estudo social, bem como a avaliação psicológica das partes envolvidas, necessária torna-se a conversão do julgamento em diligência, para que aporrem provas que ofereçam elementos ao exame do recurso, e, assim, permitam eficiente prestação jurisdicional, no resguardo da melhor proteção da criança. (TJSC, Apelação Cível n. 0300910-82.2017.8.24.0011, de Brusque, rel. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 30-07-2020).

Além destes casos, em algumas discussões envolvendo concurso público, houve a determinação de nova instrução, com o retorno dos autos ao primeiro grau para produção de prova pericial e documental, como nos autos nº. 0336776-23.2014.8.24.0023, em que foi necessária a complementação da instrução probatória, com a juntada da mídia audiovisual e realização do laudo pericial acerca da aptidão da candidata na prova física do certame.⁵⁵²

Com a análise das 166 decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, foi possível perceber a ausência de um padrão na designação, condução e determinação de prova em segundo grau, principalmente por encontrar – na mesma situação fática – decisões divergentes quanto à forma de concessão de prazo e de local para realização da perícia – em segundo, ou primeiro grau.

Ao invés de encontrar um padrão para cada situação, por exemplo um padrão para os casos de nova perícia e um padrão para o caso de apenas esclarecimentos da perícia; ou ainda, um padrão de prazo para a realização, foram encontrados 15 padrões apenas em relação a determinação de prova pericial.

Apenas em um caso o esclarecimento da perícia ocorreu diretamente em segundo grau; por outro lado, foram quinze decisões em que foi necessário o encaminhamento dos autos para o primeiro grau para o esclarecimento da perícia, todas elas sem qualquer determinação de prazo; ainda sobre o esclarecimento, duas decisões concederam o prazo de quinze dias, seis decisões o prazo de 30 dias, sete decisões o prazo de 60 dias, dez decisões o prazo de 90 dias.

Para os casos de determinação de nova prova pericial, os padrões foram assim encontrados: cinco acórdãos concedendo o prazo de 30 dias; uma decisão determinando a realização da perícia no prazo de 45 dias; 26 decisões remetendo os autos para o primeiro grau e concedendo o prazo de 60 dias; 37 acórdãos determinando o cumprimento da diligência no prazo de 90 dias; cinco decisões concedendo o prazo de 120 dias; e quatro decisões determinando a realização de nova perícia em 180 dias.

Por outro lado, também foram encontradas 39 decisões que apenas determinaram a nova prova pericial, mas sem conceder qualquer prazo para cumprimento da designação, fato que impede uma célere prestação jurisdicional. No mesmo sentido, quatro decisões

⁵⁵² ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL N. 2-12 DISIEP/DP/CBMSC/2012. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. CANDIDATA CONSIDERADA INAPTA NA PROVA FÍSICA DO CERTAME. NECESSIDADE DE ANÁLISE DA MÍDIA AUDIOVISUAL POR PERÍCIA TÉCNICA. JULGAMENTO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA PARA A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. APLICAÇÃO DO ART. 370 C/C 938, § 3, DO CPC/15. (TJSC, Apelação Cível n. 0336776-23.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 22-10-2019).

determinam uma nova fase instrutória, inclusive pericial, sem conceder qualquer prazo para seu cumprimento. Por fim, outras quatro decisões apenas determinaram o retorno dos autos para esclarecimento e nova fase instrutória, sem quaisquer outras informações.

Ao final, o que se verificou com a análise dos casos de conversão do julgamento em diligência para realização de prova pericial foi a ausência de padrão na designação e na condução da produção de prova e aplicação do §3º do artigo 938 do CPC/2015, existindo hipóteses de total conflito entre as câmaras do Tribunal.

Além das situações envolvendo a produção de produção de prova pericial, foram analisadas outras 31 decisões que envolveram mais de uma prova típica, como a conversão completa do julgamento em diligência para nova fase instrutória, sem menção ao tipo de prova que deveria ser produzida.

No caso da apelação cível nº 0312140-60.2018.8.24.0020, a Segunda Câmara de Direito Civil do TJSC, em matéria envolvendo usucapião de sala comercial na cidade de Criciúma, decidiu pela necessidade de conversão do julgamento em diligência para melhor formar a convicção do julgador, com a oitiva dos réus e produção de prova sobre a posse mansa e pacífica do imóvel.⁵⁵³

No mesmo sentido foi a conclusão da Quarta Câmara de Direito Público ao analisar ação civil pública de improbidade administrativa decorrente de aquisição de veículo em valor acima de mercado. A matéria posta para análise do TJSC foi a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e por supressão de fase processual, no caso a fase instrutória.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por sua Promotoria de Justiça, em sede de inquérito civil, tomou por termo as declarações de três dos membros da comissão de licitação, do pregoeiro e de um dos réus. Ocorre que, tanto na manifestação prévia apresentada, como na própria contestação, há requerimento expresso de provar o alegado por todos os meios de provas admitidos em direito, especialmente com os documentos juntados, prova testemunhal e pericial.

Mesmo com o requerimento expresso, o juízo singular não realizou audiência de instrução e tampouco permitiu a coleta de outras provas, adiantando-se em prolatar a sentença

⁵⁵³ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DOS AUTORES. QUESTÃO DE ORDEM. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 938, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM. (TJSC, Apelação n. 0312140-60.2018.8.24.0020, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 24-06-2021).

amparada exclusivamente no acervo testemunhal e documental colhido no procedimento preparatório.

Deste modo, o relator, Desembargador Nelson Juliano Schaefer Martins, reconheceu a necessidade de se superar a verdade formal e almejar a verdade real face a publicização do processo e converteu o julgamento em diligência, para remeter os autos ao juízo de primeiro grau para a realização das provas pretendidas no prazo razoável de 60 dias.⁵⁵⁴

A ausência de um padrão é demonstrada quando analisamos outra decisão da Quarta Câmara de Direito Público, desta vez envolvendo ação condenatória decorrente da interrupção no fornecimento de energia, mas também com o reconhecimento da preliminar de cerceamento de defesa.

Concluiu o relator, Desembargador Paulo Ricardo Bruschi, pela necessidade de produção de prova, convertendo o julgamento em diligência para a conclusão da instrução, remetendo os autos para o primeiro e concedendo o prazo de 90 dias para a realização da nova fase instrutória.⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO, POR MEIO DE LICITAÇÃO, PARA UTILIZAÇÃO PELO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE QUILOMBO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA APONTADA POR DOIS DOS AUTORES ORA APELANTES. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PROVAS TESTEMUNHAIS COLHIDAS NO INQUÉRITO CIVIL SEM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, INC. LV. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PERSUASÃO RACIONAL E DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. BUSCA DA VERDADE REAL E DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CPC/2015, ARTS. 370 E 932. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. CPC/2015, ART. 938, § 3º. DEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DAS PROVAS PRETENDIDAS PELOS DEMANDADOS. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO PARA INSTRUÇÃO. "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 de apelação será decidido (art. 938, §§ 3º e 4º). Nesse caso, o que a lei quer é que não se anule 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 apelação" (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR em Código de processo civil anotado, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1024). (TJSC, Apelação n. 0000868-87.2011.8.24.0053, de Quilombo, rel. Nelson Schaefer Martins, Quarta Câmara de Direito Público, j. 23-06-2016).

⁵⁵⁵ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. INTERRUÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PARECER TÉCNICO CARREADO AOS AUTOS QUE, EMBORA VÁLIDO, NÃO EXAURE A MATÉRIA FÁTICA DISCUTIDA NA LIDE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA COMPLEMENTAR FORMALMENTE REQUERIDA NA CONTESTAÇÃO. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO E JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INVIABILIDADE. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. CPC 2015, ART. 938, § 3º. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO PARA INSTRUÇÃO. "Nas ações em que a Celesc for demandada por eventuais prejuízos causados ao fomicultor em decorrência da interrupção do fornecimento de energia elétrica, somente será admissível o julgamento antecipado quando a concessionária não oferecer defesa, ou apresentar contestação genérica, sem contestar, pontual e objetivamente, o laudo técnico extrajudicial elaborado pelo autor da

Com essas considerações foi possível perceber que, do mesmo como verificado com a prova pericial, não há um padrão na designação da determinação de nova fase instrutória, nem mesmo em decisões da mesma câmara.

Tecidos os comentários acerca das decisões analisadas, pode concluir neste segundo tópico, que a produção de prova em segundo grau é muito utilizada em questões envolvendo a prova pericial, com destaque especial às Câmaras de Direito Público, porém muito aquém do padrão que poderia ser adotado.

Além disso, há uma limitação nos meios de prova utilizados, pois, em que pese ser possível a conversão do julgamento em diligência para todos os tipos de prova, verificou-se que o Tribunal de Justiça adota apenas em questões de prova documental, necessidade de nova citação, produção de prova pericial e designação de nova fase instrutória, o que, nos demais casos, impede o jurisdicionado de receber um julgamento célere no seu caso.

Do mesmo modo, a ausência de padrão – mesmo em casos idênticos – demonstra que o instituto precisa de um aprimoramento, com um estudo sobre o alcance nos meios de prova e nos recursos em espécie, considerando que não se pode limitar apenas ao recurso de apelação e a prova documental, testemunhal e pericial, devendo o padrão alcançar também outros meios.

Desta forma, no próximo tópico, serão pontuados os eventuais empecilhos para utilização da produção de prova recursal, com levantando de possíveis problemas e questionamentos, para, no derradeiro tópico, demonstrar qual o padrão para designar, conduzir e produzir a prova em segundo grau de jurisdição.

ação ou, ainda, quando não formular a produção de provas de forma específica e com dedução expressa da finalidade. A dilação probatória, quando pertinente, deverá ser realizada na fase de conhecimento, para prolação de sentença líquida" (Enunciado n. VIII, do Grupo de Câmaras de Direito Público).

"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 de apelação será decidido (art. 938, §§ 3º e 4º). Nesse caso, o que a lei quer é que não se anule 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 apelação" (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR em Código de processo civil anotado, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1024). (TJSC, Apelação Cível n. 0004078-35.2013.8.24.0035, de Ituporanga, rel. Paulo Ricardo Bruschi, Quarta Câmara de Direito Público, j. 11-10-2016).

3.3 A DIFÍCIL REALIDADE: OS ASPECTOS OPERACIONAIS DA PRODUÇÃO DE PROVA NO TRIBUNAL

Em todos esses casos, o juiz não pode se limitar a ler no Código a solução já preparada em hipótese em um artigo de lei; mas deve buscar, no seu íntimo senso de justiça, a solução do caso a caso, fabricada, por assim dizer, não em série, mas sob medida.

Piero Calamandrei.⁵⁵⁶

Inicia-se este tópico com a citação de Piero Calamandrei, pois se encaixa perfeitamente no assunto que será discutido nas próximas laudas, as formas de enfrentar os possíveis problemas encontrados na produção de prova em segundo grau de jurisdição. Ao adotar a solução indicada pelo CPC/2015, o relator tão somente converterá o julgamento em diligência e, pela análise das decisões proferidas, encaminhará os autos para o primeiro grau.

O que se percebeu, conforme alinhavado no tópico anterior, é que o encaminhamento dos autos para o primeiro grau, não necessariamente será a melhor solução, na medida em que é possível produzir a prova em sede recursal e permitir que o jurisdicionado tenha um amplo acesso à justiça, respeitando os princípios consagrados na CRFB/1988 e assegurando uma decisão de mérito em um prazo razoável.

Ao longo do estudo foram levantados os alguns pontos que possuem discussão na produção de prova em segundo grau de jurisdição. Sem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas pontuar possíveis saídas para os problemas indicados, serão debatidos neste tópico o impacto em outros capítulos da decisão, a ocorrência de preclusão, a possibilidade de realização pelo meio virtual, as decisões interlocutórias não recorríveis de imediato, a questão envolvendo o assistente simples, os limites para aplicação no julgamento no agravo de instrumento e o potencial impacto no enunciado da súmula 07 do STJ

Há que se discutir, mas não se vislumbra impossibilidade, sobre a conversão do julgamento ocorrer apenas em um dos capítulos da decisão. Sabe-se que desde o advento do artigo 356 do CPC/2015, que possibilitou o fracionamento do mérito do processo, ocorreu a quebra do dogma da unicidade da decisão. Assim, o artigo 356 permitiu uma nova fase na

⁵⁵⁶

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 40.

sistemática processual civil, pois além de romper com o dogma da unicidade, autorizou o parcelamento das decisões.⁵⁵⁷

Em relação a conversão do julgamento em diligência, a quebra do dogma permite que se um dos capítulos estiver apto para julgamento, mas os demais necessitem de dilação probatória, não há óbice à aplicação da conversão em diligência em apenas um dos capítulos.

Pode-se tratar um paralelo, inclusive, com o reconhecimento da aplicação do artigo 356 diretamente pelos Tribunais, pois se é permitido que o processo seja julgado de modo fracionado em segundo grau, não deve existir qualquer empecilho para a conversão do julgamento em diligência para apenas um capítulo da decisão.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em decisão da Terceira Turma, reconheceu que a aplicação do artigo 356 do CPC/2015 pelos Tribunais está de acordo com a produção de prova em segundo grau, com a complementação da instrução processual, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição.⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ MORAES, Arthur Bobsin de. **Julgamento antecipado parcial do mérito**: a aplicação do artigo 356 do CPC/2015 na prática forense. Florianópolis: Emais, 2020. p. 88

⁵⁵⁸ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO PELOS TRIBUNAIS. POSSIBILIDADE. CAUSA EXCLUSIVA DA VÍTIMA OU CONCORRÊNCIA DE CAUSAS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. EXCESSIVIDADE NÃO CONSTATADA. JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. EVENTO DANOSO. COMPLEMENTAÇÃO DE PROVAS PELO TRIBUNAL. VIABILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA SUCUMBÊNCIA. SÚMULA 7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA DECISÃO PARCIAL DE MÉRITO. CABIMENTO.

JULGAMENTO: CPC/2015. 1. Ação de compensação de danos materiais e extrapatrimoniais ajuizada em 13/07/2011, da qual foram extraídos os presentes recursos especiais interpostos em 21/03/2019 e 28/03/2019 e conclusos ao gabinete em 20/11/2019. 2. O propósito recursal é dizer sobre a) a possibilidade de o Tribunal, no julgamento de recurso de apelação, valer-se da norma inserta no art. 356 do CPC/2015, b) a causa do evento danoso e a comprovação dos danos materiais, c) o cabimento da revisão da indenização por danos extrapatrimoniais, d) o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre o valor da indenização, e) a possibilidade de a Corte local determinar a complementação das provas, f) a ocorrência de sucumbência recíproca e g) a viabilidade de condenar o vencido ao pagamento de honorários advocatícios quando da prolação de decisão parcial do mérito. 3. O art. 356 do CPC/2015 prevê, de forma clara, as situações em que o juiz deverá proceder ao julgamento antecipado parcial do mérito. Esse preceito legal representa, portanto, o abandono do dogma da unicidade da sentença. Na prática, significa dizer que o mérito da causa poderá ser cindido e examinado em duas ou mais decisões prolatadas no curso do processo. Não há dúvidas de que a decisão interlocutória que julga parcialmente o mérito da demanda é proferida com base em cognição exauriente e ao transitar em julgado, produz coisa julgada material (art. 356, § 3º, do CPC/2015).

4. No entanto, o julgador apenas poderá valer-se dessa técnica, caso haja cumulação de pedidos e estes sejam autônomos e independentes ou, tendo sido deduzido um único pedido, esse seja decomponível. Além disso, é imprescindível que se esteja diante de uma das situações descritas no art. 356 do CPC/2015. Presentes tais requisitos, não há óbice para que os tribunais apliquem a técnica do julgamento antecipado parcial do mérito. Tal possibilidade encontra alicerce na teoria da causa madura, no fato de que a anulação dos atos processuais é a ultima ratio, no confinamento da nulidade (art. 281 do CPC/2015, segunda parte) e em princípios que orientam o processo civil, nomeadamente, da

Assim, sob o aspecto do formalismo valorativo e de uma decisão de mérito célere e justa, não há qualquer óbice para a conversão do julgamento em diligência apenas para um dos capítulos do acórdão, com o seguimento do julgamento para os demais pedidos, reconhecendo o efetivo acesso à justiça.

Outro dos temas reconhecidos como polêmicos envolvendo a produção de prova em segundo grau, é a existência do fenômeno da preclusão. A preclusão é o ato de encerrar ou impedir que alguma coisa prossiga, como o encerramento do ato processual, impedindo que ele prossiga.⁵⁵⁹

São três as hipóteses de preclusão: a primeira, preclusão temporal, ocorre quando há impossibilidade de se praticar determinado ato pela inobservância do momento processual adequado. A segunda, lógica, quando o magistrado pratica atos de desenvolvimento do processo, impedindo-o de proceder de forma diversa. A terceira, consumativa, é quando o juiz

razoável duração do processo, da eficiência e da economia processual. 5. A alteração da conclusão alcançada pela Corte de origem, no sentido de que o acidente de trânsito foi causado exclusivamente pelo preposto da segunda recorrente e que houve comprovação dos danos materiais, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, o que é obstado pela Súmula 7/STJ. 6. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a modificação do valor fixado a título de danos morais e estéticos somente é permitida quando a quantia estipulada for irrisória ou exagerada. Na hipótese, o montante fixado não se revela excessivo. Ainda, o fato de haver precedentes nos quais a indenização foi arbitrada em patamar inferior não é suficiente para justificar a redução da verba. Isso porque, em cada hipótese, é necessário ponderar as peculiaridades. 7. Nos termos da Súmula 54/STJ, em hipóteses de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios devem incidir desde a data do evento danoso. 8. Os arts. 932, inc. I e 938, § 3º, do CPC/2015, autorizam a complementação da prova pelos Tribunais. Na mesma linha, a jurisprudência desta Corte Superior é uníssona quanto à faculdade do juiz de determinar a complementação da instrução processual, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição. Precedentes. 9. Não é possível a apreciação da existência de sucumbência mínima ou recíproca, e a fixação do respectivo quantum, por demandar incursão no suporte fático da demanda (Súmula 7/STJ). Precedentes. 10. É verdade que os arts. 85, caput e 90, caput, do CPC/2015, referem-se exclusivamente à sentença. Nada obstante, o próprio § 1º, do art. 90, determina que se a renúncia, a desistência, ou o reconhecimento for parcial, as despesas e os honorários serão proporcionais à parcela reconhecida, à qual se renunciou ou da qual se desistiu. Ademais, a decisão que julga antecipadamente parcela do mérito, com fundamento no art. 487 do CPC/2015, tem conteúdo de sentença e há grande probabilidade de que essa decisão transite em julgado antes da sentença final, a qual irá julgar os demais pedidos ou parcelas do pedido. Dessa forma, caso a decisão que analisou parcialmente o mérito tenha sido omissa, o advogado não poderá postular que os honorários sejam fixados na futura sentença, mas terá que propor a ação autônoma prevista no art. 85, § 18, do CPC/2015. Assim, a decisão antecipada parcial do mérito deve fixar honorários em favor do patrono da parte vencedora, tendo por base a parcela da pretensão decidida antecipadamente. Vale dizer, os honorários advocatícios deverão ser proporcionais ao pedido ou parcela do pedido julgado nos termos do art. 356 do CPC/2015. 11. Recurso especial de Nobre Seguradora do Brasil S/A conhecido e desprovido e recurso especial de Expresso Maringá Ltda parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (REsp 1845542/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 14/05/2021)

559

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 2., p. 418

ao praticar determinado ato impede de praticar outro, tendo em vista a questão já estar consolidada pelo tempo.⁵⁶⁰

O interesse do tema da preclusão atinge a produção de prova no seguinte aspecto, se o juiz deferir a prova requerida pelos litigantes e posteriormente, em outro momento processual, revogar o deferimento, é possível? O inverso também comporta situação delicada, pois poderia o juiz indeferir a prova e, sem qualquer recurso, deferir sua produção? Por fim, deferindo uma prova de ofício, poderia, sem provocação de qualquer parte, indeferir e revogar a medida? E como esta questão é afetada com a produção de prova em segundo grau de jurisdição?

Como dito nos tópicos anteriores, há um direito fundamental a prova que, após o deferimento e designação pelo juízo, nasce para parte que a requereu ou para qual foi deferida, não somente para formar a convicção do julgador, como também do órgão colegiado que irá analisar a matéria.

A segunda situação pode ser explicada do seguinte modo, ao mencionar que o juiz ao indeferir a produção de prova oral, em um primeiro momento, o magistrado poderá, após realizada a prova pericial, por exemplo, determinar a realização de prova oral, em especial para esclarecer a prova pericial colhida.⁵⁶¹

Por fim, a última situação também garante a prestação jurisdicional para a parte, na medida em que após o deferimento de ofício da prova, sua realização será útil para ambas as partes, não vinculando para cada litigante de forma individual, mas apta a formar o convencimento do magistrado na solução do litígio.

José Manoel de Arruda Alvim explica que o conceito de preclusão pode ser dividido em três espécies: temporal, lógica e consumativa. A preclusão temporal é aquela que ocorre pelo decurso do tempo, quando um ato não é praticado no prazo existente. A lógica é aquela que o ato não mais pode ser praticado, não necessariamente pelo decurso do prazo, mas pela prática de ato incompatível com o aquele que se pretendia realizar. Por fim, a preclusão consumativa quando um ato é praticado e não pode ser mais repetido.⁵⁶²

⁵⁶⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012, p. 154

⁵⁶¹ AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidney. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006. p. 99

⁵⁶² ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 660

Ao analisar o instituto da conversão do julgamento em diligência, denota-se que não há preclusão alguma para o Tribunal, pois este segue com os mesmos poderes/deveres conferidos ao magistrado.⁵⁶³ A ressalva é de que a decisão que converte o julgamento deva ser motivada, principalmente quando versar sobre questões de fato e elucidar qual será o objeto da prova determinada, para que as partes tenham tempo de se preparar e exercer o contraditório.

Em relação à preclusão na produção de prova, a preclusão ocorre nas hipóteses em que, após a determinação da produção de provas pelo juiz, posteriormente à inicial, contestação e réplica, e as partes deixam de se manifestar, ocorre o fenômeno da preclusão. Por outro lado, na hipótese de prova documental, o próprio artigo 435 do CPC/2015 autoriza a juntada a qualquer tempo, mesmo em sede recursal.⁵⁶⁴

A preclusão processual ocorre, portanto, quando as partes deixam de exercê-los no momento oportuno, mas há uma flexibilização da preclusão nestas situações, em especial pela relativização e respeito aos princípios processuais constitucionais, que resguarda o direito das partes de produzir provas, garantindo um amplo contraditório.⁵⁶⁵

Deste modo, entende-se que eventual entendimento de preclusão não aparente ser a melhor compreensão, na medida em que é lícito às partes fazerem prova de suas alegações, inclusive de fatos ocorridos após o momento processual oportuno. Aliás, se as partes podem juntar documentos para comprovar um fato novo, o que as impede de produzir outras provas para fazer valer suas alegações.

A questão é superada também com a própria análise pelos julgadores quando da realização da sessão de julgamento, pois se o relator entendeu que havia necessidade de se converter o julgamento em diligência para melhor entendimento, a produção e o esclarecimento é fato novo a ser considerado, pode a parte comprovar e esclarecer o tema.

O mandamento do artigo 493 do CPC/2015 confirma os pontos acima aventados, isso porque sua redação é clara ao permitir que após a propositura da ação, se surgir algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

⁵⁶³ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 47

⁵⁶⁴ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 107

⁵⁶⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 171.

Outra situação que permite discussão, refere-se à realização dos atos processuais – em especial a produção de prova testemunhal na audiência de instrução de julgamento – por meio eletrônico, pontuado como potencial óbice para a realização da diligência diretamente em segundo grau.

Uma opção indicada por Trícia Navarro Xavier Cabral é o local em que a prova oral (oitiva de testemunha, informante, interrogatório ou depoimento pessoal) deve ser realizada. Há a possibilidade de a colheita ser feita no juízo originário, por questão de praticidade, por ser mais cômodo e econômico, evitando que o sujeito do processo se desloque até o tribunal para prestar os esclarecimentos necessários. Contudo, há que se ressaltar e questionar acerca da utilidade de o juiz singular ser o responsável pela colheita da prova determinada pelo tribunal de justiça, isso porque o magistrado de primeiro grau já firmou seu convencimento e não vislumbrou qualquer necessidade de sua produção, situação que poderá ensejar um não esclarecimento dos membros do colegiado.⁵⁶⁶

A solução é simples e permite que o relator, que vislumbrou a importância de um esclarecimento dos fatos, acompanhe e conduza a realização do ato processual, pois com o advento da tecnologia e dos sistemas eletrônicos dos tribunais, em especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, há possibilidade de realização de todos os atos de modo virtual, inclusive as audiências de instrução e julgamento, bem como colheita dos depoimentos pessoais.

Um exemplo é a resolução conjunta GP/CGJ n. 24 de 28 de agosto de 2019 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina,⁵⁶⁷ que estabeleceu e regulamentou o uso do sistema de vídeo audiência no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.

O artigo primeiro da referida resolução permite, inclusive, que outro órgão julgador conduza o ato processual:

Art. 1º Esta resolução conjunta regulamenta o uso de videoaudiência no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.

Parágrafo único. Para os efeitos desta resolução, considera-se:

I - sala de videoaudiência ativa: a que se situa na sede do juízo processante ou do órgão julgador que preside o ato processual; e

II - sala de videoaudiência passiva: a que se situa em outros juízos ou órgãos públicos, onde as partes, os custodiados, as testemunhas ou os procuradores devam comparecer para participar do ato processual.

⁵⁶⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012. p. 170

⁵⁶⁷ Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=176175&cdCategoria=1>, acesso em 16 de outubro de 2021 às 19h29min.

Percebe-se que a norma permite que, não apenas o juízo processante participe de vídeo audiência, mas também o órgão julgador que preside o ato processual. Desta forma, se o relator entender por bem em converter o julgamento em diligência, há total capacidade de não se remeterem os autos ao primeiro grau, pois o ato processual pode ser realizado por vídeo conferência com a presidência do próprio relator.

Ainda da mesma norma, relevante destacar o artigo 7º,⁵⁶⁸ que estabeleceu que a própria oitiva de testemunhas, acareação e depoimento pessoal de partes residentes em outra comarca, será feita por vídeo audiência, sem necessidade de expedição de carta precatória.

Aliás, no período de enfrentamento da pandemia causada pela Covid-19, o Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina elaborou a Orientação nº 12, de 15 de abril de 2020,⁵⁶⁹ que orientou sobre a realização de audiências de instrução e julgamento e demais atos processuais por videoconferência no âmbito do Primeiro Grau de Jurisdição, estabelecendo procedimentos para realização do ato processual.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Art. 7º A oitiva de testemunhas, a acareação e o depoimento pessoal de partes residentes fora do juízo se farão por videoaudiência. § 1º A expedição de carta precatória ou de carta de ordem será reservada aos casos excepcionais em que: I - as limitações técnicas que impossibilitem a realização da videoaudiência não puderem ser superadas em lapso temporal razoável; ou II - a pessoa não residir no Estado de Santa Catarina.

⁵⁶⁹ Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/728949/5312358/Orienta%C3%A7%C3%A3o+n.12-2020+%28V03%29/36a5f34f-cc97-5988-1be9-6ad489d4cf05>, acesso em 16 de outubro de 2021, às 19h46min

⁵⁷⁰ 3.1 A intimação das partes e testemunhas ocorrerá na forma da legislação processual vigente, vedada a atribuição de responsabilidade aos procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais, nos termos do art. 6º, § 3º, da Resolução n. 314/2020-CNJ. 3.2 O Ministério Público e a defesa técnica serão intimados da decisão que determinar a realização de audiência por videoconferência com antecedência mínima de 10 (dez) dias. 3.3 As partes serão intimadas da realização da audiência de instrução e julgamento por videoconferência por meio de seus procuradores. 3.4 Para que se possibilite o envio do link de acesso à sala virtual da audiência de instrução e julgamento, as partes e os participantes deverão fornecer, preferencialmente, o endereço de correio eletrônico (e-mail) dos participantes do ato, ou número de telefone, de WhatsApp ou de outro aplicativo similar, se referidas informações já não constarem nos autos. 3.5 O magistrado ou servidor por ele designado organizará a audiência por videoconferência, com a criação de sala virtual. 3.6 Nos atos de intimação deverá constar, além dos requisitos legais, que: a) o ato ocorrerá por sistema de videoconferência, com consequente comunicação, desde então, do link de acesso para ingresso no dia e hora designados e das informações sobre a forma de acesso; e b) todos os participantes, no dia e horário agendados, deverão ingressar na sessão virtual pelo link informado, com vídeo e áudio habilitados e com documento de identidade com foto. 3.7 Na ocasião do envio do link aos participantes, também poderão ser encaminhados, se existentes, manuais internos de orientação sobre a participação em audiências por videoconferência e a utilização do sistema. 3.8 Deverá ser criado link individualizado para cada audiência ou ato a ser realizado por videoconferência. 3.9 O convite para a audiência por videoconferência não dispensa a intimação respectiva, a qual ocorrerá, sempre que possível, por meio não presencial, observado o item 3.10, sem prejuízo das normas processuais aplicáveis. 3.9.1 A serventia do juízo encarregada da intimação deverá certificar o número de telefone indicado e, sempre que possível, questionar se o

Além da referida resolução, ainda do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, é também a resolução conjunta GP/CGJ n. 29 de 11 de dezembro de 2020, que instituiu o Juízo 100% Digital no Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, regulamentando a realização de todos os atos processuais exclusivamente por meio eletrônico e remoto, por intermédio da rede mundial de computadores e demais recursos tecnológicos disponíveis.⁵⁷¹

Somadas as três resoluções acima, há ainda a resolução conjunta GP/CGJ n. 17 de 23 de junho de 2021,⁵⁷² que além de reestabelecer o retorno gradual do atendimento presencial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, indicou que as audiências deveriam ser realizadas preferencialmente por videoconferência, inclusive mediante a utilização das salas de videoaudiência passivas instaladas em outros juízos ou órgãos públicos, nos termos dos atos normativos e das orientações internas incidentes, expedidos pelo Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina e pelo Conselho Nacional de Justiça.

Para fins de adequação ao sistema virtual, o próprio Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina⁵⁷³ sofreu adaptações para permitir a realização de sessões presenciais por videoconferência e totalmente virtuais.⁵⁷⁴

Deste modo, a problemática de a colheita da prova oral ser realizada no juízo originário é superada com a leitura dos atos normativos expedidos pelo Poder Judiciário

intimado possui aparelho eletrônico e conexão com a internet que permita a sua oitiva por videoconferência, garantindo, ainda, possibilidade de contato caso ocorra queda de sinal durante o ato. 3.9.1.1 Caberá ao participante informar, de imediato, que não dispõe dos recursos previstos no item 3.9.1. 3.9.2 É importante que o magistrado ou servidor por ele designado, sempre que possível, disponha do contato telefônico das partes para informá-las imediatamente, na hipótese de falha na conexão, sobre eventual continuidade ou redesignação da audiência

571 Disponível em:
<http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=179254&cdCategoria=1>,
 acesso em 16 de outubro de 2021, às 19h35min.

572 Disponível em:
<https://www.tjsc.jus.br/documents/37870/5647413/Resoluc%CC%A7a%CC%83o+Conjunta+GP-CGJ+n.+17-2021.pdf/12c07e35-554e-5512-17e0-3c5967db6458?t=1624485198145>, acesso em 16 de outubro de 2021, às 19h39min.

573 Disponível em:
<https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99>, acesso em 16 de outubro de 2021, às 19h49min

574 CAPÍTULO I-A DAS SESSÕES PRESENCIAIS FÍSICAS, PRESENCIAIS POR VIDEOCONFERÊNCIA E TOTALMENTE VIRTUAIS (Acrescentado pelo art. 2º da Emenda Regimental TJ n. 5, de 15 de julho de 2020) Art. 142-A. Aos órgãos julgadores do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina é facultada a realização de sessões: (Acrescentado pelo art. 2º da Emenda Regimental TJ n. 5, de 15 de julho de 2020) I – presenciais físicas; (Acrescentado pelo art. 2º da Emenda Regimental TJ n. 5, de 15 de julho de 2020) II – presenciais por videoconferência; e (Acrescentado pelo art. 2º da Emenda Regimental TJ n. 5, de 15 de julho de 2020) III – totalmente virtuais. (Acrescentado pelo art. 2º da Emenda Regimental TJ n. 5, de 15 de julho de 2020)

Catarinense, devendo ser posteriormente regulamentada, conforme será pontuado no próximo tópico.

Conforme pontuado em tópico anterior, a dinâmica do recurso de agravo de instrumento passou por novas alterações no CPC/2015, em especial pela taxatividade das hipóteses de sua interposição. Esse aspecto estabeleceu a regra que aquelas questões resolvidas na fase de conhecimento, que não comportarem agravo de instrumento, devem ser suscitadas em preliminar de apelação, ou ainda, nas contrarrazões.

O problema que surge em relação a conversão do julgamento em diligência e a necessidade de produção de prova em segundo grau, é a natureza de recurso assumida pelas contrarrazões de apelação, permitindo, inclusive, a produção de prova.

Deve-se reconhecer que as questões preliminares suscitadas em contrarrazões estabelecem um cenário que as contrarrazões veiculam um recurso do apelado, pois consistem em um instrumento por meio do qual o apelado poderá recorrer de uma decisão interlocutória.⁵⁷⁵

Desta forma, uma típica hipótese de decisão interlocutória não recorrível por agravo de instrumento, é o indeferimento de uma determinada prova no curso da instrução, como por exemplo a oitiva de uma testemunha.

Imaginemos, portanto, caso de sentença de procedência, mas que no curso de processo houve o indeferimento da prova testemunhal para parte que se sagrou vencedora. A preliminar de cerceamento de defesa alegada em contrarrazões apenas será analisada caso o recurso da apelante seja provido, pois, caso contrário, não há utilidade na prova.

Nessas hipóteses, por se tratar de típico caso de conversão do julgamento em diligência para colheita da prova testemunhal, poderá o relator determinar a produção de prova diretamente em segundo grau, para formação do convencimento e análise antes do julgamento da apelação.

Aspecto levantado pela doutrina acerca da problemática da produção de prova recursal, são seus efeitos em relação ao assistente simples, em especial pela dicção do artigo 119 do CPC/2015, que não deixa dúvidas que a assistência será admitida em qualquer

⁵⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Apelação contra decisão interlocutória não agravável**: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. Revista de Processo, v. 241, p. 231-242, mar/2015. p. 235.

procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre.⁵⁷⁶

Assim, a questão que aparece é se o assistente simples ingressa no processo após a fase instrutória e apresenta requerimento de produção de prova, inclusive com fundamento no artigo 493 do CPC/2015, poderá o juiz reabrir a instrução? Além disso, caso o juiz indefira as provas requeridas pelo assistente, este poderá em sede de apelação requerer a conversão do julgamento em diligência para produzir as provas anteriormente especificadas? E ainda, aplica-se a preclusão neste caso, considerando que o momento oportuno de produção de prova já se encerrou?

A saída que melhor se adequa com os princípios constitucionais do processo e com a busca de uma decisão de mérito, parece ser aquela que permite a produção de prova para o assistente simples em grau recursal.

Isso porque com a possibilidade de produção de prova em apelação, o assistente simples poderá intervir no processo e requerer a devida instrução, requerendo a produção de novas provas, e se não o fizer, será atingido pela justiça da decisão, nos termos do artigo 123 do CPC/2015,⁵⁷⁷ pois o processo ainda lhe facultava a produção de provas.⁵⁷⁸

Assim, percebe-se que no caso do assistente simples, para fins de garantir o direito fundamental à prova, deve-se resguardar o direito de se converter o julgamento em diligência.

Há divergência – e pode ser considerado um ponto sensível – na conversão do julgamento em diligência no caso do recurso de agravo de instrumento, isso porque algumas questões impactam sua utilidade e necessidade.

A primeira das questões versa sobre eventual supressão de instância no caso de conversão do julgamento em diligência. A possibilidade de dilação probatória em sede de agravo de instrumento pode criar uma situação que a parte produza provas em segundo grau

⁵⁷⁶ Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.
Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre.

⁵⁷⁷ Art. 123. Transitada em julgado a sentença no processo em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que: I - pelo estado em que recebeu o processo ou pelas declarações e pelos atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; II - desconhecia a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

⁵⁷⁸ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 139

de jurisdição e que nem sequer foram analisadas pelo juízo singular, caracterizando, sem dúvidas, uma típica supressão de instância.

Neste caso, há que se verificar a utilizada da decisão, pois como o recurso é voltado, em sua maioria, para questões incidentes, a necessidade de conversão do julgamento em diligência demonstra que a matéria não estava em condições de análise. Por exemplo, se o juiz decide sobre incidente de desconsideração da personalidade jurídica por vislumbrar eventual fraude, e o relator percebe que é necessária perícia para sua comprovação, não há que se falar em necessidade desta prova.⁵⁷⁹

Por outro lado, situação em que se afigura perfeitamente possível para conversão do julgamento em diligência e realização diretamente no Tribunal de Justiça é a necessidade de complementação de provas para comprovar a ausência de recursos para pagamento das custas iniciais, bastando a parte demonstrar que faz jus ao benefício da justiça gratuita.

A cognição no recurso de agravo de instrumento não é, tal qual no recurso de apelação, plena e com profundidade, mas sim remota, pois o recurso é voltado para decisões interlocutórias sem abrangência da sentença. Mesmo assim, perfeitamente possível a complementação e esclarecimentos dos fatos postos a análise do relator.

Eventual supressão de instância pode ser mitigada e afastada quando a juntada dos novos documentos ocorrer com a interposição do recurso, nos termos do §5º do artigo 1.017⁵⁸⁰ e do artigo 1.018, na medida em que após a interposição, é possível informar ao juízo *a quo* a cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso, de modo que se o juiz não reconsiderar a decisão com base nos documentos ali postos, confirma a decisão e análise dos documentos, autorizando o Tribunal a conhecê-los.

Há um aspecto que merece destaque na conversão em julgamento e realização da produção de prova em segundo grau de jurisdição, o impacto no reexame de provas e da matéria fática pelos Tribunais Superiores.

⁵⁷⁹ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 159

⁵⁸⁰ Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída: § 5º Sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-se as peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia. Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso.

É fato que o Superior Tribunal de Justiça não é autorizado a reexaminar prova por meio de recurso especial, vide enunciado da súmula 07,⁵⁸¹ tampouco o Supremo Tribunal Federal é apto a conhecer de recurso extraordinário e julgá-lo quando versar apenas sobre questão fática, conforme enunciado da súmula 279.⁵⁸²

A dúvida que surge, portanto, é nos casos em que a conversão do julgamento em diligência versar sobre produção de prova, haverá uma possível limitação na recorribilidade, tendo em vista que ser incabível recurso para discutir a valoração da referida prova.

Em um dos casos analisados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em que a sentença reconheceu a incapacidade laboral da parte e o julgamento restou convertido em diligência para nova realização de nova perícia, é possível encontrar a seguinte situação: o novo laudo pericial será objeto de análise apenas do órgão colegiado, e não do juiz singular. Desta forma, mesmo que a parte tenha participado do ato e o contraditório tenha sido respeitado, não haverá recurso cabível para discutir o novo laudo, na medida em que eventual irresignação não será conhecida em função dos enunciados da súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça e do enunciado da súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

Em tese, a discussão nestes casos, estará limitada a necessidade de conversão do julgamento em diligência ou não, pois a valoração da prova nova produzida em diligência não poderá ser discutida por outra instância.

A saída para esta situação é que eventual recurso especial ou extraordinário, é que os fatos postos são os mesmos já analisados pelo juízo singular, pois a matéria devolvida ao Tribunal não pode alterar a causa de pedir do processo, assim o relator ao determinar a complementação da instrução e esclarecer circunstância de fato não provada, apenas aprofunda o conhecimento sobre a causa já posta em juízo.

O mero reexame de prova é um exame minucioso e profundo das provas constantes nos autos, com o objetivo de verificar se a solução posta no caso ocorreu de modo correto, com a avaliação e exame de todas as provas individualmente, situação inadmitida em sede de recurso especial ou extraordinário.⁵⁸³

Em resumo, o potencial recurso especial ou extraordinário poderá discutir a reavaliação da prova, que, diferentemente de reexaminar a prova, é atribuir o valor jurídico no

⁵⁸¹ A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial

⁵⁸² Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

⁵⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 399.

caso concreto, verificando se a aplicação normativa foi adequada. No caso, não se busca a análise da ocorrência ou veracidade, mas sim uma verificação se a subsunção do fato à norma foi adequada no caso concreto.

No caso citado anteriormente – elaboração laudo pericial de incapacidade – o juiz não está obrigado a seguir a prova pericial, na medida em que não está vinculado às razões do perito, pois o auxiliar do juízo apenas fornece elementos a serem analisados pelo juízo, e não a prova propriamente dita.⁵⁸⁴

Assim, eventual questionamento sobre reexame de prova não impede a conversão do julgamento em diligência, pois ausente violação à recorribilidade, na medida em que persiste a possibilidade de valoração da prova, justamente para verificar sua conformidade com o ordenamento.

Neste tópico procurou-se demonstrar as eventuais problemáticas encontradas na conversão do julgamento em diligência e respectiva produção de prova em grau recursal, de modo a elaborar no tópico seguinte, uma proposta de padrão para aplicação na conversão do julgamento em diligência.

3.4 O ESTABELECIMENTO DE UM PADRÃO PARA O TJSC NA DESIGNAÇÃO, DETERMINAÇÃO E CONDUÇÃO NA CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA

Tu mesmo podes ver o texto da lei. Pois, como tu clamavas por justiça, podes estar seguro de que terás mais justiça do que querias.

O mercador de Veneza, de William Shakespeare.⁵⁸⁵

O mercador de Veneza é mais uma das peças de William Shakespeare com forte tons jurídicos, inclusive com o ponto alto da história ocorrendo em um julgamento. Para o presente trabalho, a passagem acima se justifica pela necessidade de se estabelecer um padrão para o julgamento para que as partes tenham assegurado o direito a uma decisão de mérito justa,

⁵⁸⁴ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 324

⁵⁸⁵ SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 109.

diferente do que ocorreu com *Shylock*, considerando o claro impedimento de Pórcia no julgamento.⁵⁸⁶

O objetivo deste último tópico é construir um padrão no procedimento de conversão do julgamento em diligência e na produção de prova em segundo grau, utilizando as premissas postas nos tópicos anteriores. O que se pretende construir é a possibilidade de que em casos similares, ou envolvendo o mesmo recurso em espécie, ou a mesma prova típica, um padrão seja utilizado no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Atualmente o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina prevê, em seu artigo 132, inciso I, que é de competência do relator ordenar e dirigir o processo, inclusive em relação à produção de provas.⁵⁸⁷

Ocorre que o mesmo Regimento Interno é silencioso em relação ao procedimento e a uma eventual padronização, razão pela qual o estudo das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça é relevante para o estabelecimento de um padrão.⁵⁸⁸

A prova não se destina unicamente ao juízo de primeiro grau, mas também aos próprios membros dos tribunais de segundo grau, que podem entender pela necessidade de complementação do acervo probatório e de esclarecimento das alegações para fins de formação do convencimento.⁵⁸⁹

Para o melhor entendimento deste tópico, a sugestão de designação de um padrão se dará inicialmente com as provas em espécie, reconhecendo qual o alcance da conversão do julgamento em diligência para cada uma delas. No segundo momento, será estudada a possibilidade de estabelecimento de padrão nos recursos previstos pelo diploma processual. Por fim, conjugando os dois tópicos, a última análise será de acordo com o procedimento, sugerindo-se a redação de um provimento para o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

⁵⁸⁶ No julgamento, Shylock pede o cumprimento do acordo firmado, situação que coloca os juízes em face de uma dificuldade, pois há que se cumprir a lei veneziana, mas no caso do cumprimento, um cidadão veneziano será prejudicado. Pórcia, disfarçada de um jovem jurista convidado para resolver o caso, apresenta uma solução: o contrato será cumprido com a retirada de uma libra de carne de Antônio, nem mais nem menos, mas sem o derramamento de sangue. A saída pela tangente impede, por corolário, o cumprimento do próprio contrato e salva a vida de Antônio.

⁵⁸⁷ Art. 132. São atribuições do relator, além de outras previstas na legislação processual: I – ordenar e dirigir o processo no Tribunal de Justiça, inclusive em relação à produção de provas, e, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

⁵⁸⁸ Sobre os Regimentos Internos dos Tribunais, conferir: OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Regimentos internos como fontes de normas processuais: o poder normativo dos Tribunais**. Salvador: Juspodivm, 2020.

⁵⁸⁹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 448

Conforme pontuado no capítulo anterior, as provas típicas estabelecidas pelo CPC/2015 são a prova emprestada, a ata notarial, o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, os documentos eletrônicos, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial

Após analisar as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, percebeu-se que a conversão em julgamento ocorreu apenas em relação ao depoimento pessoal, prova documental, prova testemunhal e pericial, sem menção às demais provas típicas. De qualquer sorte, o padrão de designação deve abranger todas as provas previstas no CPC/2015, especialmente para que nos próximos julgamentos, seja possível aplicá-lo.

Inicialmente, em relação à prova emprestada é fato que seu cabimento pode ocorrer por conversão do julgamento em diligência, desde que observado o contraditório. Em sede recursal, tanto as partes como o julgador podem levá-la aos autos, além disso plenamente possível sua transferência diretamente em segundo grau de jurisdição, não havendo, pelo menos em tese, necessidade para o retorno dos autos para o primeiro grau.

Entendendo o julgador necessária a transferência de uma prova de um processo para outro, como no caso de uma perícia, poder-se-ia determinar a realização de uma nova perícia ao se deparar com um laudo produzido em um processo, mas com a mesma situação fática.⁵⁹⁰

Além disso, por se tratar de prova já produzida em outro processo, também é possível estabelecer o padrão de fornecimento de prazo para cumprimento da diligência, adotando como regra o prazo geral de 30 dias previsto no artigo 352 do CPC/2015 para saneamento de vícios.⁵⁹¹

A ata notarial, uma prova documental por excelência, também é possível, pela visão adotada neste trabalho, de ser produzida diretamente em segundo grau de jurisdição, em especial pelo fato de que para fins de cumprimento da conversão do julgamento em diligência, basta carrear o documento aos autos.

Há apenas uma questão no estabelecimento de prazos para cumprimento da diligência, em especial pelo fato de que se a ata notarial ainda necessita ser redigida pelo tabelionato, não há como ter certeza em qual prazo será finalizada sua lavratura, mas, de qualquer forma, impõe-se a aplicação novamente da regra geral prevista no artigo 352 do

⁵⁹⁰ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 221

⁵⁹¹ Art. 352. Verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

CPC/2015, concedendo o prazo de 30 dias para cumprimento, reconhecendo a dificuldade de operacionalizar tal situação.

Para fins didáticos, a ordem da exposição dos meios de prova não seguirá a lógica posta no CPC/2015, considerando que a ata notarial é, ao fim e ao cabo, um documento, passar-se-á para análise do padrão da prova documental.

Conforme analisado nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, não foi possível encontrar um padrão na conversão do julgamento em diligência para produção de prova documental, com decisões concedendo prazos diversos e diligências sendo realizadas tanto em primeiro, como em segundo grau de jurisdição.

Entende-se que, em primeiro lugar, que a conversão do julgamento em diligência para juntada de prova documental é perfeitamente possível de ocorrer em segundo grau de jurisdição, em especial por reconhecer que a prova documental é o meio mais fácil de produção perante o processo, autorizando o próprio CPC/2015 sua juntada a qualquer tempo, conforme mandamento do artigo 435 do diploma processual.⁵⁹²

A juntada de documentos não pode, contudo, alterar a substância da demanda, e, além disso, também pela simplicidade de sua produção, não há forma recursal que impeça sua produção, desde que a matéria esteja no âmbito da devolutividade do recurso.⁵⁹³

Deste modo, a sugestão de padrão indicada neste estudo para cumprimento de diligência de prova documental, é a realização em segundo grau de jurisdição em prazo não superior a 15 dias, em especial pela possibilidade de o documento já estar em posse da parte e, não sendo o caso, poderá o juiz requerer a exibição de documento ou coisa, ou requisitá-lo em repartição pública.

Ainda com a vigência do CPC/1973, não existiam maiores dificuldades para conversão do julgamento em diligência para produção de prova documental, podendo sua juntada ocorrer em segunda instância com o cumprimento pela parte incumbida do encargo.⁵⁹⁴

⁵⁹² 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.

⁵⁹³ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 199

⁵⁹⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012. p. 169

Este padrão citado acima também é aquele a ser adotado nos casos de exibição de documento, com a ressalva de concessão do prazo padrão estabelecido no já citado artigo 352 do CPC/2015 de 30 dias, considerando que o documento não está em posse de quem tem o poder de juntá-lo. A realização da diligência poder ser realizada diretamente em segundo grau de jurisdição, com a condução pelo próprio relator.

Do mesmo modo, os documentos eletrônicos, previstos no artigo 439 do CPC/2015, também merecem o mesmo tratamento, isso porque, à luz do conceito de documento já explorado no presente trabalho, o documento eletrônico também se presta a comprovar, atestar ou documentar a existência de algum fato ou seu modo. Mesmo se tratando de forma ainda mais simples que o documento físico, o prazo para cumprimento da diligência deve ser o mesmo, devendo o relator conceder 15 dias para a realização da diligência.

O próximo padrão envolve as provas típicas relacionadas com o depoimento e colheita de prova testemunhal, considerando que ambas necessitam de presença das partes e das testemunhas face a face, seja presencial ou por vídeo conferência.

Conforme pontuado no capítulo anterior, a regra geral é a tomada do depoimento da parte durante a audiência de instrução e julgamento, contudo, o próprio CPC/2015 permite sua realização em momento diverso da audiência, como no caso de residentes em outras comarcas, por meio de vídeo conferência, com fundamento no §3º do artigo 236 e §3º do artigo 385.⁵⁹⁵

Nada obstante, a possibilidade de esclarecimento dos fatos por meio do depoimento pode ser requerida pelo juiz a qualquer tempo e modo e, inclusive, em mais de uma oportunidade, conforme atribuição dos poderes do juiz prevista no inciso VIII do artigo 139 do CPC/2015.⁵⁹⁶

Assim, inclusive para melhor esclarecimento dos fatos, é prudente que a conversão do julgamento seja conduzida pelo relator, até pelo fato de que o requerimento para o

⁵⁹⁵ Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial. [...] § 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício. [...] § 3º O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento

⁵⁹⁶ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VIII - 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.

depoimento parte de requerimento do juízo *ad quem*. Em relação ao prazo, para fins de viabilizar a possibilidade de colheita do depoimento e não impedir sua realização, bem como com base nas decisões analisadas e já proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, pensa-se que o melhor prazo deve ser o de 60 dias.

De modo similar, a produção da prova testemunhal é importante momento processual e deve ser conduzida pelo juízo que a deferiu, ou no caso de conversão do julgamento em diligência, pelo juízo que a determinou.

A observância dos artigos 449, inciso I do artigo 932 e §3º do artigo 938 cumulados permite compreender que a testemunha deve ser ouvida na sede do juízo e, no caso de segundo instância, trata-se de atribuição do relator, bem como do órgão colegiado, na medida em que é o próprio relator responsável por organizar e conduzir o processo no julgamento.⁵⁹⁷

Fundamento relevante para justificar a realização diretamente em segundo grau de jurisdição, diferentemente do que ocorreu nos casos analisados e julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, é a máxima eficiência deste meio probatório.⁵⁹⁸ Para William Santos Ferreira, para se obter a máxima eficiência da oitiva das testemunhas, deve-se permitir a realização por meio de vídeo conferência, mantendo a fidelidade do depoimento, em especial para que o juiz que conduz o processo acompanhe a íntegra da prova testemunhal.⁵⁹⁹

Assim, para se obter o máximo da eficiência probatória, não é suficiente a conversão em julgamento com a remessa dos autos para realização em primeiro grau, mas sim a colheita do depoimento com a presença do relator que entendeu necessário o esclarecimento a realização da referida prova.

Conforme pontuado no tópico anterior, pelo menos em tese, não há que se falar em impossibilidade técnica ou legal para realização do ato desta forma, até porque o próprio Poder Judiciário Catarinense já autorizou, orienta e estimula que os depoimentos sejam colhidos de modo virtual.

⁵⁹⁷ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 201.

⁵⁹⁸ Sobre a máxima eficiência dos meios probatórios: FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no Direito Probatório. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório** 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 573-589, 2018.

⁵⁹⁹ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 201.

Desta forma, por mais que a oitiva de testemunhas em sede de recurso não seja regra, entende-se que o padrão a ser adotado deve ser a realização de modo virtual e pelos sistemas com transmissão simultânea a ser conduzido pelo próprio relator, com o prazo de cumprimento, também, de 60 dias, assim como no caso do depoimento pessoal.

Prova típica que mais apareceu nos julgamentos convertidos em diligência pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, um total de 166 decisões, é a prova pericial. Após a análise das decisões mencionadas, verificou-se a existência de 15 padrões na designação de prazo para conversão do julgamento em diligência na prova pericial.

Este fato comprova a necessidade de se adequar a conversão do julgamento em diligência para um único padrão de acordo com cada situação fática envolvida, como, por exemplo, realização de nova perícia, ou esclarecimento sobre o laudo pericial já realizado.

O primeiro aspecto que merece destaque é a diferenciação entre a aplicação da conversão do julgamento em diligência para realização de nova prova pericial e o mero esclarecimento da prova pericial já produzida e carreada aos autos. A primeira situação – nova fase pericial – foi encontrada em inúmeras oportunidades e cada câmara, conforme demonstrado acima, adotou um padrão em sua realização.

Sob este prisma, demonstra-se razoável que a condução do esclarecimento da perícia ocorra diretamente no Tribunal, pois é certo que, sendo a dúvida do relator, ele é que saberá quais os pontos obscuros que necessitam novos apontamentos pelo auxiliar do juízo. Além disso, afigura-se razoável – conforme poucas decisões realizaram – a indicação expressa pelo próprio relator, dos pontos controvertidos e obscuros que deve recair a conversão do julgamento em diligência.

Sabe-se que não há óbice para realizar a determinação de esclarecimento acerca da prova pericial já produzida, em especial se o relator entendeu necessário a conversão do julgamento em diligência para elucidar questão de fato decidida no processo, inclusive com espeque no inciso II do artigo 470 do CPC/2015.⁶⁰⁰

Deste modo, nos casos em que o relator determinar a conversão do julgamento em diligência para esclarecimento da prova pericial já produzida, entende-se que deve ocorrer a intimação do perito, em segundo grau de jurisdição, com a suspensão do julgamento até a apresentação dos devidos esclarecimentos, que deverão ser fornecidos no prazo de 15 dias,

⁶⁰⁰ Art. 470. Incumbe ao juiz;
[...] II - formular os quesitos que entender necessários ao esclarecimento da causa.

conforme mandamento do §2º do artigo 477 do CPC/2015.⁶⁰¹ Os demais atos, como manifestação das partes, deverão seguir o procedimento de prova pericial estabelecidos pelo CPC/2015.

Por outro lado, nas situações em que o relator entender que há necessidade de novo laudo pericial, ou, ainda, de primeiro laudo pericial ainda não realizado, o prazo deve ser diferenciado.

O CPC/2015 prevê o procedimento de realização de laudo pericial, devendo o perito apresentar o laudo até 20 dias antes da audiência de instrução de julgamento. O fato é que ao ser realizada em diligência, a prova pericial não está vinculada a realização de audiência, o que torna o prazo ali previsto, atípico. Por outro lado, o fato de atipicidade pode ser razoável para adoção de um padrão, pois permite uma abrangência maior e mais adequada a cada caso concreto.

Considerando que não são todos os casos em que há designação de audiência, entende-se que ao converter o julgamento em diligência, o relator assume um papel de protagonista na produção de prova, podendo, inclusive, determinar a realização de uma segunda perícia, conforme disposição do artigo 480 do CPC/2015.⁶⁰²

Novamente o ponto em questão volta-se ao julgador que irá conduzir a nova elaboração de laudo pericial. Um dos principais argumentos é justamente o limite da atuação do juiz singular, isso porque quando o juiz de primeiro grau profere sua sentença, é pelo fato de entender que o feito estava apto ao julgamento e satisfatoriamente instruído, o que leve ao ponto de o convencimento já estar formado.⁶⁰³

Deste modo, conclui-se que para fins de cumprimento da conversão do julgamento em diligência nos casos de prova pericial há a necessidade de concessão do prazo de 60 dias para o perito apresentar o novo laudo, devendo o resto do procedimento adotar as regras previstas nos artigos relacionados à prova pericial.

⁶⁰¹ Art. 477. O perito protocolará o laudo em juízo, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento. [...] § 2º O perito do juízo tem o dever de, no prazo de 15 (quinze) dias, esclarecer ponto: I - sobre o qual exista divergência ou dúvida de qualquer das partes, do juiz ou do órgão do Ministério Público; II - divergente apresentado no parecer do assistente técnico da parte.

⁶⁰² Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida. § 1º A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu. § 2º A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira. § 3º A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

⁶⁰³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012, p. 72

Além disso, não se vislumbra necessária a remessa dos autos para o primeiro grau de jurisdição, isso porque o laudo pericial é realizado pelo auxiliar do juízo, que poderá fazê-lo dentro do prazo estabelecido, sem impacto na tramitação do processo pelo segunda grau de jurisdição, bastando o julgamento permanecer suspenso pelo período necessário para realização do parecer.

Há ainda o caso da inspeção judicial, mas que, contudo, não foram encontradas decisões judiciais envolvendo esta prova típica. Este tipo de prova envolve a percepção do juiz sobre fato que interessa a causa, podendo ser realizada de ofício ou a requerimento da parte.

Soa natural, portanto, que se o relator entendeu necessário converter o julgamento em diligência para realização de inspeção judicial, não há como delegar para o juiz singular a realização deste ato processual, pois o próprio relator julgou necessário a melhor verificação dos fatos. Assim, entende-se que a inspeção judicial deve ocorrer em segundo grau de jurisdição, com a condução pelo relator, e no prazo de 60 dias.

Superado o estabelecimento de padrão nos casos das provas típicas, cumpre tecer breves comentários sobre a padronização da conversão do julgamento em diligência nos recursos em espécie, em especial sobre qual o alcance da produção de prova em segundo grau.

Conforme indicado em tópico anterior, o legislador estabeleceu no CPC/2015, no artigo 944, o seguinte rol de recursos: apelação; agravo de instrumento; agravo interno; embargos de declaração; recurso ordinário; recurso especial; recurso extraordinário; agravo em recurso especial ou extraordinário; embargos de divergência. É sobre eles que o próximo tópico será dedicado.

Com a análise das decisões que optaram por converter o julgamento, verificou-se a incidência em 96% dos casos no recurso de apelação e os outros 4% em agravos de instrumento. Não foram encontradas decisões em outros recursos previstos no CPC/2015, mas entende-se possível seu cabimento, também.

O recurso de apelação, recurso por excelência, apresenta a maior incidência de conversões do julgamento em diligência em função de alguns fatores. O primeiro deles é sua fundamentação livre, não impondo o CPC/2015 óbices para sua fundamentação, como ocorre, por exemplo, no caso dos embargos de declaração. O segundo é a ampla devolutividade prevista para o recurso de apelação, o que autoriza o julgador de segundo grau analisar com profundidade o tema posto para julgamento, situação que o torna mais suscetível de diligência que o agravo de instrumento. O terceiro é sua revisão à luz do duplo grau de jurisdição,

permitindo uma ampla análise dos fatos e prova, hipótese que não se aplica nos recursos excepcionais.

José Américo Zampar Júnior explica que o recurso de apelação permite o rejuízo da matéria, evitando-se tanto o *error in iudicando* como o *error in procedendo*, pois comporta maior amplitude e autoriza a produção de provas recursal, admitindo todos os meios de prova em direito permitidos, desde que moralmente aceitos e a prova se preste à complementação da instrução realizada ou o esclarecimento da demanda, sem modificar a causa de pedir.⁶⁰⁴

Deste modo, entende-se ser possível estabelecer um padrão na conversão do julgamento em diligência no caso do recurso de apelação, permitindo sua ampla produção de prova em segundo grau, sem limites para aplicação das provas típicas.

O próximo recurso previsto pelo CPC/2015 é o recurso de agravo de instrumento, que possui hipótese de cabimento limitada e uma devolutividade restrita a matéria impugnada na decisão agravada que, em regra, versa apenas sobre decisão interlocutória proferida no curso do processo, como no caso do indeferimento da assistência judiciária gratuita ou de tutela de urgência.

Há que se fazer uma ressalva: caso o agravo de instrumento em questão seja o interposto em face da decisão proferida com fundamento no artigo 356 do CPC/2015, entende-se que a regra e o padrão devem ser o mesmo do recurso de apelação, não devendo existir diferenciação entre os procedimentos.

Entretanto, nos demais casos pensa-se que o padrão deve respeitar os limites do agravo de instrumento e, em especial, a análise do juízo singular. Um exemplo torna a situação mais didática. Em um caso envolvendo o indeferimento do pedido de justiça gratuita, entende-se não existir óbice nenhum para conversão do julgamento em diligência, a ser realizada no Tribunal, para juntada de documentos aptos a comprovar a necessidade.

Por outro lado, em situação envolvendo o fornecimento de medicamento, entende-se que se o relator do processo quando dá análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, poderá solicitar um esclarecimento ao perito de confiança do juízo e, neste caso, o próprio relator analisar o caso. Medida diversa, será quando a diligência versar sobre novo laudo pericial, devendo os autos retornarem para o primeiro grau.

⁶⁰⁴ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 147.

A métrica a ser estabelecida no agravo de instrumento é, portanto, vinculada ao nível de análise que o Tribunal de Justiça poderá fazer. Por exemplo, nos casos em que a matéria foi analisada pelo juízo *a quo*, mas há a necessidade de esclarecimento de algum ponto, todas as provas podem ser admitidas e sua realização ocorrer em segundo grau. Entretanto, caso este esclarecimento envolva nova matéria ou avance na análise realizada pelo primeiro grau, a saída parece ser o retorno dos autos para colheita em primeiro grau.

Ao avançar nos demais recursos, percebe-se que a fundamentação começa a se tornar cada vez mais vinculada e a possibilidade de se produzirem provas novas se limita. De qualquer sorte, analisar-se-ão os pontos abaixo.

No caso do recurso de agravo interno, a possibilidade de conversão do julgamento em diligência possui como um dos objetivos demonstrar a necessidade de o julgamento retornar para o agravo principal, razão pela qual sua cognição volta-se a rever a interpretação dos fatos e do direito.

Os embargos de declaração, por seu turno, possuem hipóteses de cabimento restritas e fundamentação vinculada, não sendo o recurso cabível para reformar decisão, mas sim para aclarar, sanar vício, adequar a prestação jurisdicional e complementar a decisão embargada.

Deste modo, por mais que o debate e a discussão sobre a prova seja limitada no âmbito dos embargos de declaração, é de fácil compreensão a possibilidade de, em havendo um fato superveniente e de importância relevante à resolução da questão, é autorizado a parte informar o juízo e fazer prova desta alegação.

Este é, inclusive, o mandamento do artigo 493 do CPC/2015,⁶⁰⁵ que permite ao julgador o conhecimento das questões supervenientes enquanto não esgotada sua jurisdição, inclusive adicionando uma utilidade aos embargos de declaração, servindo como oportunidade para indicação de fatos supervenientes que não tenham sido levados na conta na decisão judicial.

Com efeito, para fins de padronização na conversão do julgamento em diligência, entende-se que sua utilização no caso dos embargos de declaração encontra certa limitação, podendo ser aplicada, por exemplo, nos casos de esclarecimento dos fatos indicados.

Até este ponto entende-se que a produção de prova recursal, por meio da conversão do julgamento em diligência, é uma possibilidade de valorizar a instrumentalidade das formas e o

⁶⁰⁵ Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.
Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

próprio formalismo valorativo, contudo, conforme já pontuado em tópico anterior, os demais recursos previstos encontram forte limitação para produção de prova, o que pode obstar sua adequada utilização.

O recurso ordinário é interposto em face das decisões de ações constitucionais que exigem prova pré-constituída, como os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Nesse primeiro aspecto, o padrão a ser adotado pode ser limitado, por exemplo para esclarecer ponto de fato superveniente. Por outro lado, nos casos de processos em que forem parte Estado estrangeiro, a instrução recursal será ampla, como nos casos típicos do recurso de apelação.

Tanto o recurso especial, como o recurso extraordinário, por possuírem cabimento vinculado, sua fundamentação é restrita e com impossibilidade de reexame de provas, pois buscam a unidade do direito, adequada interpretação jurídica e uniformizar e conferir tratamento igualitário para casos semelhantes.

Assim, por não se realizar, em sede destes recursos o reexame do arcabouço fático probatório, mas uma (re)avaliação dos fatos com base nas provas já produzidas e comprovadas, assim como nos embargos de declaração, há uma tendência de a conversão do julgamento em diligência ocorrer nos casos de esclarecimento de fato novo.

Por outro lado, se o Tribunal Superior reconhecer que houve, eventualmente, cerceamento de defesa e violação ao contraditório, a conversão do julgamento em diligência poderá ocorrer, mas com a remessa ao tribunal de origem para análise das provas.

Os demais recursos já explorados no presente estudo - agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência – do mesmo modo possuem seu cabimento em situações de difícil produção de prova, e, por conseguinte, sua utilização também é limitada. Nestes três casos, assim como nos embargos de declaração entende-se que a conversão do julgamento em diligência permite, principalmente, esclarecer fato.

Este último tópico teve como objetivo demonstrar a possibilidade de estabelecimento de um padrão para a produção de prova recursal, bem como a conversão do julgamento em diligência, em especial após a análise e o estudo das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Durante a elaboração deste capítulo, percebeu-se a inexistência de um padrão de na condução e produção de prova em sede recursal, com designação de prazos e procedimentos diversos, mesmo envolvendo situações fáticas e provas típicas idênticas.

Assim, vê-se necessário, como o derradeiro ponto deste estudo, propor uma alteração de redação para o inciso I do artigo 132 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, considerando que a possibilidade de produção de prova recursal é autorizada, também, por este artigo.

Atualmente a redação do referido artigo é posta desta forma:

Art. 132. São atribuições do relator, além de outras previstas na legislação processual:

I – ordenar e dirigir o processo no Tribunal de Justiça, inclusive em relação à produção de provas, e, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

Após a realização do estudo e análise das decisões, propõe-se que o artigo seja complementado, estabelecendo diretrizes para produção de provas no Tribunal, com a seguinte sugestão de redação:

Art. 132. São atribuições do relator, além de outras previstas na legislação processual:

I – ordenar e dirigir o processo no Tribunal de Justiça, inclusive em relação à produção de provas, e, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II – converter o julgamento em diligência que será realizada no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, preferencialmente, de acordo com o padrão de designação para fins recursais estabelecidos nas seguintes alíneas:

a) nos casos envolvendo recurso de apelação, a conversão do julgamento em diligência será realizada, preferencialmente, em segundo grau de jurisdição;

b) nos casos envolvendo recurso de agravo de instrumento, a conversão do julgamento em diligência será realizada, preferencialmente, em segundo grau de jurisdição;

III – converter o julgamento em diligência que será realizada no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, preferencialmente, de acordo com o padrão de designação para fins de provas estabelecidos nas seguintes alíneas:

a) nos casos envolvendo prova emprestada, a conversão do julgamento em diligência será realizada, preferencialmente, em segundo grau de jurisdição;

b) nos casos envolvendo prova documental e documentos eletrônicos, será concedido, preferencialmente, o prazo de 15 dias para conclusão da diligência;

c) nos casos envolvendo exibição de documento ou coisa e de ata notarial, será concedido, preferencialmente, o prazo de 30 dias para conclusão da diligência;

d) nos casos envolvendo prova testemunhal e depoimento pessoal, será concedido, preferencialmente, o prazo de 60 dias para conclusão da diligência, podendo ser realizada por meio virtual;

e) nos casos envolvendo prova pericial, será concedido, preferencialmente, o prazo de 15 dias para conclusão da diligência de esclarecimento do laudo pericial e de 60 dias para elaboração de novo laudo pericial;

f) nos casos envolvendo inspeção judicial, será concedido, preferencialmente, o prazo de 60 dias para conclusão da diligência;

A inclusão dos incisos II e III, bem como das respectivas alíneas, no artigo 132 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina demonstra a possibilidade de se estabelecer um padrão na designação e na condução da produção de prova recursal, por meio da conversão do julgamento em diligência, com aplicação do §3º do artigo 938 do CPC/2015.

Relevante ponderar que, não obstante o trabalho indicar sugestões de realização da conversão do julgamento em diligência diretamente em segundo grau de jurisdição, como nos casos da prova testemunhal e pericial, a inclusão destas regras no Regimento Interno do Tribunal de Justiça pode criar situações que ultrapassem o limite do próprio Regimento Interno, razão pela qual indicou-se apenas o prazo para conclusão da diligência.

O estabelecimento deste padrão conclui e encerra o presente capítulo, que procurou demonstrar a necessidade de se estabelecer, após estudar as decisões judiciais envolvendo a matéria, um padrão e uma orientação necessária para assegurar o tratamento igualitário entre as partes nos processos, pois ao longo do presente capítulo restou demonstrada a inexistência de encaminhamentos similares, mesmo em situações em que a diligência versava sobre prova em espécie idêntica.

3.5 SÍNTESE DO TERCEIRO TÓPICO

Este capítulo tinha um grande objetivo: demonstrar que é possível estabelecer um padrão na condução e na designação da produção de prova, por meio da conversão do julgamento em diligência, em segundo grau de jurisdição.

Após o estudo sobre o sistema recursal, pois fundamental para entender os limites da produção de prova em cada recurso, foi possível compreender a dinâmica de cada recurso, em especial a existência de fundamentação vinculada e qual a amplitude de sua devolutividade, pontos que impactam diretamente na produção de prova em sede recursal.

Talvez o ponto fundamental, e que permitiu a conclusão do presente estudo, tenha sido o tópico 3.2 deste trabalho, pois foi neste tópico que o estudo de caso foi efetivamente realizado, na medida em que todas as decisões que aplicaram o artigo 938 do CPC/2015, por meio dos termos “938” e “julgamento em diligência” foram estudadas.

Com a análise de todas as 252 decisões encontradas, foi possível perceber a ausência de uma padronização do sistema de produção de prova em grau recursal, com concessões de

prazos diversos para a mesma prova e inúmeros casos em que o processo era remetido ao primeiro grau de jurisdição sem que houvesse necessidade, em especial diante dos atos normativos do TJSC que permitem a realização de atos virtuais.

Este estudo permitiu encontrar outros problemas com a produção de prova recursal, que foram enfrentados no tópico seguinte, como a produção de prova parcial em segundo grau, ou a incidência da preclusão, o impacto dos meios virtuais na realização da diligência, entre outros aspectos destacados.

Em posse das conclusões encontradas com a análise das decisões, bem como com as ponderações sobre os problemas práticos levantados, pode-se chegar às verificações destes dados, estabelecendo-se o padrão de designação procurado desde o início do trabalho. Ao mesmo tempo, ainda no último tópico, foi indicado uma sugestão de redação para o artigo 132 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, consolidando o estudo do presente trabalho.

Além destes aspectos, este último tópico fez prova da necessidade de se estabelecerem os padrões, justamente por respeitar a busca por uma decisão de mérito justa em um prazo razoável, pois ao inexistir um procedimento próprio, casos idênticos serão julgados de modo diverso, rompendo com a ideia de uniformização da jurisprudência, ocasionando situações de desigualdade entre os jurisdicionados.

A conclusão deste tópico permite responder ao problema indicado no início deste trabalho, qual seja a possibilidade de se estabelecer um padrão na designação, determinação e condução da produção de prova pelos tribunais, com o objetivo de construir ensinamentos para orientar condutas e futuras decisões, garantindo que o direito fundamental à prova seja aplicado de forma a respeitar a identidade entre os casos e as provas postas à análise do juízo.

4 CONCLUSÃO

Este trabalho foi pensado com base em algumas premissas e questionamentos. O principal deles era tentar entender o padrão utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina na conversão do julgamento em diligência e consequente produção de prova em segundo grau de jurisdição.

A razão de existir da presente pesquisa foi, portanto, analisar a sistemática processual civil sob uma ótica voltada à efetividade na tramitação dos processos, respeitando o próprio jurisdicionado, buscando soluções que mitiguem a longa espera por uma decisão de mérito justa e efetiva.

Ao se iniciar este estudo uma questão foi posta inicialmente para resposta: é possível estabelecer um padrão de designação, determinação e condução da produção de provas pelos tribunais? Após esta longa pesquisa, a conclusão é de que, desde que fixadas algumas premissas, torna-se possível o estabelecimento de um padrão, que traz segurança jurídica ao jurisdicionado.

Constatou-se que o acesso à justiça é tema sempre pertinente, pois diuturnamente todos os jurisdicionados, em virtude de relativa facilidade que se tornou o acesso ao Poder Judiciário, tem pouca efetividade nos julgamentos, criando-se uma situação em que há um acesso ao judiciário, mas não um efetivo acesso à justiça.

Além disso, pode-se perceber que os jurisdicionados buscam o resultado de mérito em seu processo, não apenas o julgamento de procedência. Finalmente com o Código de Processo Civil de 2015 foi inserido na legislação a primazia do julgamento do mérito, o que, além de demonstrar a atualidade e oportunidade do tema, serviu de premissa a orientar a produção de prova em sede recursal.

A divisão do trabalho em três partes foi fundamental para demonstrar a linha constante de argumentação, iniciando-se com premissas básicas e fundamentais para construir a possibilidade de um padrão na designação da produção de prova recursal e finalizar o trabalho com a sugestão de alteração do regimento interno do TJSC.

Os tópicos iniciais do presente estudo demonstram a importância de uma conscientização de um Código de Processo Civil elaborado sob um regime democrático e da própria interpretação conforme a constituição. Do mesmo modo, na sequência dos degraus do primeiro capítulo, a forte relação entre processo e Constituição, atingindo a incidência da

atual fase metodológica do formalismo valorativo, permitiu fixar a base do que se entende, no presente estudo como como vetor essencial de interpretação.

O trabalho defendeu que, após as inúmeras alterações e reformas estruturais sofridas pelo revogado diploma, bem como dos códigos anteriores, o CPC/2015 finalmente buscou harmonia do sistema, estabelecendo correspondência e uma linha de interpretação entre os artigos, unificando nomenclaturas e homogeneizando o sistema processual civil, buscando possíveis graus de acertos e de justiça.

Ainda nas primeiras páginas, o foco voltou-se ao mecanismo de interpretação que o sistema deve ter, bem como que o intérprete deve nortear sua atuação, em especial ao aplicar as normas previstas na Constituição. A relação de harmonia entre processo e constituição foi explorada, sob pena de se esvaziar a sintonia entre normas.

Sobre o tema, o trabalho buscou levar ao conhecimento a ideia da própria tutela constitucional do processo, pensada como um mecanismo para garantir e preservar o funcionamento dos próprios institutos processuais, em especial aqueles princípios que nascem da Constituição e são transferidos, pelo legislador, ao CPC/2015, para que o próprio processo reflita as bases do regime democrático.

Mais do que demonstrar a relação entre o processo civil e a Constituição, foi preciso discorrer sobre as fases do processo: desde o período da práxis até a instrumentalidade e o formalismo valorativo. A razão desta perspectiva foi a necessidade de se observar o próprio julgamento do mérito, na medida em que se percebeu ao longo deste trabalho que o formalismo valorativo deve ser farol na observação e condução dos procedimentos.

Embora a ideia principal deste trabalho não tenha sido estudar amplamente o direito de prova, no segundo capítulo foi possível entender os principais aspectos da prova no processo civil brasileiro, inclusive com a pesquisa sobre o direito fundamental à prova, base para avançar na necessidade de conversão do julgamento em diligência, pois indispensável para o entendimento dos direitos e dos deveres dos sujeitos do processo na instrução do feito.

Para poder seguir adiante, neste mesmo capítulo foram tecidos comentários que permitiram analisar o alcance das provas típicas e atípicas, na medida em que o trabalho avançou no estudo da produção de prova em segundo grau. A relevância deste tópico mostrou que é possível estabelecer um padrão na condução da produção de prova recursal, pois foram conhecidas as particularidades e principais aspectos das provas no CPC/2015.

O próximo degrau do presente trabalho versou sobre os poderes do juiz, em especial com foco nos principais aspectos e o impacto destes poderes na condução das provas. Aqui a

análise voltou-se para a necessária atuação firme do magistrado, para que faça valer a atividade jurisdicional, legitimando a condução do processo na busca pela verdade processual, em uma medida mais próxima da possível justiça.

Foi possível perceber, ainda neste mesmo tópico, a necessidade do convencimento do juízo por meio dos poderes instrutórios na condução e produção das provas típicas e atípicas, reconhecendo os limites, mas a necessidade de uma cooperação entre os sujeitos do processo.

Também se tornou elemento de percepção do presente estudo esta possibilidade de o magistrado adotar uma postura mais firme quanto à instrução processual, reconhecendo que não há qualquer violação ao princípio da igualdade das partes, ou da própria ampla defesa, considerando que durante o curso da demanda a instrução do juiz guarda idêntica atuação entre as partes. Ao aceitar determinada prova, ou determinar a produção delas, o juiz não sabe qual parte será beneficiada com o seu resultado, o que permite o respeito a paridade de armas e ao próprio contraditório.

Após fixar as premissas acima, chegou-se ao ponto principal deste trabalho, o estudo de caso propriamente dito. Foi neste tópico em que as decisões do TJSC foram estudadas e analisadas, para, então, procurar o padrão procedimental na produção de provas em sede recursal.

Neste tópico é que foi possível entender os limites da produção de prova em cada recurso, compreendendo a dinâmica do sistema recursal, com destaque para os recursos em espécie e as formas distintas de sua fundamentação, se vinculada ou livre, bem como a amplitude da devolutividade.

Para responder o propósito do presente estudo de caso, buscou-se estudar todas as decisões proferidas pelo TJSC que converteram o julgamento em diligência, por meio da pesquisa com os termos “938” e “julgamento em diligência”, totalizando 252 decisões.

Esta análise permitiu compreender que não há um padrão na condução da produção de prova no tribunal, por meio da conversão do julgamento em diligência, principalmente por terem sido encontradas concessões de prazos diversos para a mesma prova, situações em que, mesmo versando sobre idêntica questão material, o processo era remetido para primeiro grau e outro era decidido pelo próprio tribunal.

Percebeu-se que o encaminhamento dos autos para o primeiro grau, não necessariamente será a melhor solução para o caso, pois se é possível produzir a prova em

sede recursal, o jurisdicionado pode ter um amplo acesso à justiça, respeitando os princípios consagrados na CRFB/1988.

Alguns pontos de estrangulamento foram levantados no presente trabalho, principalmente aqueles que questionam a produção de prova em segundo grau de jurisdição. Foram apresentados e enfrentados, os problemas em outros capítulos da decisão, a ocorrência de preclusão, a possibilidade de realização pelo meio virtual, as decisões interlocutórias não recorríveis de imediato, a questão envolvendo o assistente simples, os limites para aplicação no julgamento no agravo de instrumento e o potencial impacto no enunciado da súmula 07 do STJ.

Percebeu-se que muitas vezes a conversão do julgamento em diligência ocorre em primeiro grau por uma questão de tradição e de praticidade, momento em que a pesquisa não deixou de tecer críticas, pois a comodidade impede que o juiz que requereu a diligência participe do ato e dirija a produção daquela prova.

Além disso, um dos argumentos indicados para realização da prova em primeiro grau é, além da comodidade, a economia, principalmente nos casos de a testemunha não precisar se deslocar até o tribunal para colheita do depoimento.

Ocorre que com advento da tecnologia, conforme pontuado no presente caso, a solução é muito mais simples e demonstra que a diligência pode perfeitamente ocorrer no tribunal. Os próprios atos normativos do TJSC permitem a realização de atos virtuais, situação que permite ao próprio desembargador, que entendeu necessária a diligência para formar seu convencimento, conduza o ato.

Além disso, o trabalho demonstrou que para fins de efetividade no cumprimento da diligência, é recomendado que a produção de prova ocorra no tribunal, pois afasta a condução pelo juízo singular que, inclusive, já formou seu convencimento pela matéria. Qual a razão de o mesmo juiz que já atuou no caso e entendeu que o processo estava em condições de julgamento, atuar novamente?

Novamente, há que se questionar se seria o juiz que já decidiu a causa, imparcial o suficiente para conduzir e produzir a nova fase instrutória, que este, inclusive, já considerou irrelevante. Este estudo demonstrou que há risco e possibilidade de vício no segundo julgamento, pois o juiz de primeiro grau apenas está instruindo o feito por ordem de decisão judicial, comprometendo a própria função jurisdicional.

O trabalho defendeu, ainda, que não se mostra razoável que o mérito do recurso não seja julgado, razão pela qual há que abandonar a visão e atuação mecanicista dos julgamentos,

identificando o compromisso do CPC/2015 com a primazia do julgamento do mérito, inclusive nos recursos.

Prova disso, é mandamento do próprio §3º do artigo 938 do CPC/2015, que impõe uma verdadeiro comando ao julgador, não se tratando de mera faculdade, pois ao perceber que se faz necessária a produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência. Ou seja, há uma determinação para buscar o mérito do recurso.

Em resposta aos problemas indicados no início do estudo, concluiu-se, ainda, que deve o julgar observar a relevância da prova a ser produzida, sendo necessário que seja de grande valia para o julgamento, evitando o gasto temporal desnecessário para sua realização, fato que pode prejudicar a própria solução do litígio.

Após enfrentar os pontos de estrangulamento e com o levantamento das decisões judiciais, percebeu-se que há a possibilidade de se estabelecer um padrão de designação na produção de prova, procurado desde o início do trabalho.

Para evitar a desigualdade entre os jurisdicionados, os tópicos finais deste estudo fizeram prova da necessidade de se estabelecerem os procurados padrões, por respeitar a busca por uma decisão de mérito justa em um prazo razoável, pois ao inexistir um procedimento próprio casos idênticos serão julgados de modo diverso.

Para se buscar a máxima instrução no processo, a primazia do julgamento do mérito deve nortear a condução da conversão do julgamento em diligência, ultrapassando as soluções básicas postas ao julgador.

Assim, este estudo de caso procurou avançar nas soluções já postas, entendendo que o grande avanço está em analisar como os gabinetes designaram, determinaram e conduziram a produção de prova, pois assim será possível aplicar a mesma métrica em processos pendente de julgamento em determinado gabinete, o que será um marco relevante no contexto da área inserida, com estabelecimento de padrões decisórios.

O que se mostrou necessário foi, justamente, o estabelecimento de mecanismos eficazes instituídos de acordo com a realidade de cada tribunal. No presente estudo, a análise das decisões permitiu compreender que o procedimento específico no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina foi a criação de uma solução que se adequasse aos sistemas tecnológicos já disponíveis, por exemplo.

Em Santa Catarina, pode-se citar a própria resolução conjunta GP/CGJ n. 24 de 28 de agosto de 2019 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que estabeleceu e regulamentou o

uso do sistema de vídeo audiência no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, bem como a Orientação nº 12, de 15 de abril de 2020, que orientou sobre a realização de audiências de instrução e julgamento e demais atos processuais por videoconferência. Ainda há outra inovação, como a resolução conjunta GP/CGJ n. 29 de 11 de dezembro de 2020, que instituiu o Juízo 100% Digital no Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.

Percebeu-se que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina prevê, em seu artigo 132, inciso I, a competência de o relator ordenar e dirigir o processo, inclusive em relação à produção de provas, mas nada se manifesta em relação ao procedimento e a uma eventual padronização, razão pela qual o estudo das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça se mostrou relevante para o estabelecimento de um padrão.

Por entender que a prova não se destina unicamente ao juízo de primeiro grau, mas também aos próprios membros dos tribunais de segundo grau, se estabeleceu um padrão de acordo as provas em espécie, reconhecendo qual o alcance da conversão do julgamento em diligência para cada uma delas, bem como buscou-se o mesmo padrão nos recursos previstos pelo diploma processual.

Ao final de todo este trabalho, percebeu-se a inexistência de um padrão na condução e produção de prova em sede recursal, razão pela qual se propôs uma alteração de redação para o inciso I do artigo 132 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, considerando que a possibilidade de produção de prova recursal é autorizada, também, por este artigo.

A sugestão de redação levou em consideração as dificuldades práticas de operacionalizar a condução da conversão do julgamento em diligência diretamente em segundo grau de jurisdição, razão pela qual ao indicar uma nova redação ao dispositivo, optou-se por incluir apenas os recursos de apelação e o agravo de instrumento, bem como indicar o prazo para conclusão da diligência.

Deste modo, após a elaboração de todo o trabalho, é possível afirmar que a ausência de padrão estabelece contradições com casos semelhantes, situação que prejudica o jurisdicionado, pois a análise do caso concreto ganha contornos diferentes a depender de qual câmara o processo será distribuído.

Assim, após estabelecidas as premissas inicialmente fixadas no presente estudo – a interpretação conforme a constituição, a necessidade de se analisar o processo sob o viés do formalismo valorativo, o direito fundamental à prova, os níveis de devolutividade dos recursos e o estudo das decisões proferidas pelo TJSC – é fato que os Tribunais devem buscar

um padrão e uma orientação necessária para assegurar o tratamento igualitário entre as partes nos processos.

Com isso, o objetivo e o questionamento formulado na introdução, em especial os de se construírem ensinamentos para orientar condutas e futuras decisões quanto a conversão do julgamento em diligência a posterior produção de prova em segundo grau, foram respondidos. É desta forma, com um padrão que traga segurança jurídica, tempestividade da tutela jurisdicional, a harmonia do sistema, o direito fundamental à prova e a necessidade de um padrão decisório, que os Tribunais devem designar, conduzir e produzir a prova em segundo grau de jurisdição.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento processual no novo CPC: Mecanismos para gestão cooperativa da instrução**. Salvador: Juspodivm, 2019.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro. 17. ed. Forense, 2015.
- AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2006.
- ANDRADE, Odilon de. **Os poderes do juiz no processo civil**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 37, n. 84, p. 3-14, out. 1940.
- ARONE, Bruno da Costa. **Reflexões sobre a oralidade no processo eletrônico**. Revista eletrônica de direito processual, ano III, vol. 3, jan.-jun. 2009, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21676>, acesso em 06.03.2022.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Dogmática jurídica e o novo código de processo civil**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 1, p. 85-133, jan-mar. 1976.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. III.
- ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo**, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 140-150, 1985.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A garantia do contraditório na atividade de instrução**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 231–238, abr./jun., 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990, v. 5.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Il codice di procedura civile dello stato della città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano*. **Temas de direito processual civil**. 5. Série, São Paulo: Saraiva, 1994
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 25. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O problema da divisão de trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos**. In: Temas de direito processual. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. In Temas de direito processual: quarta série. São Paulo, 1989, p. 45-52
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Provas atípicas**. Revista de Processo. N. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 1994.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual: nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARIONI, Rodrigo. **Efeito devolutivo da apelação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BERMUDES, Sérgio. **A reforma do judiciário pela emenda constitucional nº. 45: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BONAGURA, Anna Paola de Souza. A possibilidade de reavaliação da prova pelas cortes superiores e a necessidade de adequada motivação das decisões judiciais. In: DIDIER

JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 1043-1050, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL, Congresso Nacional **Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001**.

BRASIL, Congresso Nacional. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

BRASIL, Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL, Congresso Nacional. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto-lei nº 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

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 12.322, de 9 de setembro de 2010**. Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível:

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994.** Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18952.htm

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001.** Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110352.htm

BRASIL. **Consolidação das Leis do Processo Civil.** Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220533>

BRASIL. **Ordenações Filipinas.** Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (**AgRg no Ag 750.021/SP**, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 12/11/2007, p. 222)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (**REsp 11.630/PR**, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/1997, DJ 27/10/1997, p. 54808)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (**REsp 1845542/PR**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 14/05/2021)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (**STJ, REsp 1121031/MG**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 22/11/2010)

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Apelação cível:** teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUONCRISTIANI, Dino. **L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici.** Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis:** ilustrações doutrinárias e jurisprudenciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. Brasília. Gazeta Jurídica, 2012.
- CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. 1, p. 164-192, 1955.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo; Atlas, 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes instrutórios do juiz e o processo civil democrático**. *Revista de Processo*, São Paulo, v.153, p. 33-46, 2007.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Agravo interno**. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2.361-2.374, 2016.
- CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- CAPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Parte I. Milão: Giuffrè, 1974.
- CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidade y las pruebas en el proceso civil**. Trad. por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1972.
- CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milão: Giuffrè, 1962.
- CARBONI, Fernando Machado. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: o primeiro caso julgado no Brasil**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução de julgamento e audiências preliminares**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. **A prova cível**. Lisa Pary Scarpa (trad.). 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Editora Pilhars, 2015. (Título original: *Come si fa un processo*).

CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio, certezza. Rivista di Diritto Processuale*, 2ª série, n. 20, Padova, Cedam, 1950

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO, Caio Augusto Nunes de. Provas ilícitas no direito brasileiro In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 165-199, 2018.

CARVALHO, Fabiano. **Poderes do relator nos recursos: art. 557 do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

CAVALLONE, Bruno. **Critica della teoria delle prove atipiche. Il giudice e la prova nel processo civile**. Padova: Cedam, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1943.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo civil**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

COUTURE, Eduardo Juan. **Mandamentos do advogado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1979.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Comentários ao código de processo civil: procedimento comum (disposições gerais até a audiência de instrução e julgamento)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. VII.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo**. Regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DANTAS, Bruno. Art. 932. In: BUENO, Cássio Scarpinella. (Coord.) **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 926 a 1.072 – parte especial. Processos nos tribunais e recursos e disposições finais e transitórias. São Paulo: Saraiva, p. 54-89, 2017, v. 4.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 2.

DIAS, Luciano Souto. **Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil**: em busca da verdade. Salvador, JusPodivm, 2018.

DIDER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 16. ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Apelação contra decisão interlocutória não agravável**: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor. Revista de Processo, v. 241, p. 231-242, mar/2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 16. ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER JÚNIOR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura novit curia e causa de pedir**: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo cível brasileiro. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Fatos notórios e máximas da experiência**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, William Santos; HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. **Por uma nova oralidade no processo civil: cooperação judiciária, eficiência e sincronicidade**. Revista eletrônica de direito processual, ano 16, vol. 23, jan.-abr. 2022, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/64406>, acesso em 06.03.2022.

FERREIRA, William Santos; LECCIOLLI, Willian. **Audiência de saneamento e organização instrutória participativa (case management)**. Revista de Processo, São Paulo, n. 303, p. 111-137, jul./ago. 2020

FERREIRA, William Santos. **A prova pericial no novo código de processo civil**. Revista do Advogado (AASP). São Paulo, v. 35, n. 126, p. 204–209, maio, 2015. p. 205.

FERREIRA, William Santos. **Cabimento de agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade: o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias**. Revista de Processo, n. 263, jan. 2017, p. 193-203.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, William Santos. Transições paradigmáticas, máxima eficiência e técnicas executivas típicas e atípicas no Direito Probatório. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 573-589, 2018.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 19

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Gestão de conflitos nos estados unidos e no brasil**. Revista eletrônica de direito processual, ano 12, vol. 19, set.-dez. 2018, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/39174>, acesso em 06.03.2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento não acabou no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 231-235, 2018.

- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC.** In: Vários autores. O novo código de processo civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, p. 135-155, 2015.
- GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação do direito e princípios).** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- KARAM, Munir. **Princípio distributivo do ônus da prova na organização judiciária romana.** Revista de Processo, São Paulo, ano VI, n. 24, out/dez, 1981.
- LANES, Júlio César; POZZATI, Fabrício Costa. O juiz como o único destinatário da prova? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório** 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 97-108, 2018.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile – Principi.* 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992, v. 1.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis.** 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1976.
- LINS, Artur Orlando. **A primazia do julgamento de mérito no processo civil brasileiro: fundamentos, concretização e limites dogmáticos.** Salvador: JusPODIVM, 2018.
- LIRA, Gerson. Evolução da teoria da ação. Ação material e ação processual. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 127-142, 1997.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil.** São Paulo: Atlas, 2006. v. 2.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo.** São Paulo: RT, 2006.
- LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional: análise de sua autonomia, natureza e elementos.** São Paulo: Atlas, 2013.
- MACHADO, António Montalvão. **O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARCATO, Antônio Carlos. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5, t. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao código de processo civil: artigos 1º ao 69**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Coleção comentários ao código de processo civil; v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1990.

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

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Iniciativa probatória o juiz e o princípio do contraditório no processo civil**. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). Prova cível. Rio de Janeiro: Forense, p. 119-135, 1997.

MEDEIROS, Maria Lúcia L.C. de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Julgamento imediato pelos tribunais: a regra do §3º do art. 515 do CPC**. In: MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. MANOEL ABREU, Pedro (coord.). **Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito, p. 791-804, 2007.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito, 2015.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Poderes do relator e agravo interno: causa e consequência**. In: NERY JÚNIOR, Nelson. ARRUDA ALVIM, Teresa. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. (Coord.) **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e afins: volume 14**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, p. 375-397, 2018.

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

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid**. Revista de Processo, São Paulo, v. 183, p. 165-196, mai./2010.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MORAES, Arthur Bobsin de. **Julgamento antecipado parcial do mérito: a aplicação do artigo 356 do CPC/2015 na prática forense**. Florianópolis: Emais, 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. **Theoria das provas e sua aplicação aos atos**

civis. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacinto, 1917.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **O interrogatório de testemunhas**: sua prática na advocacia. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Regimentos internos como fontes de normas processuais**: o poder normativo dos Tribunais. Salvador: Juspodivm, 2020.

ONODERA, Marcus Vinícius Kiyoshi. **Gerenciamento do processo e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey. 2017.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de Direito processual civil**: roteiros de aula – processo de conhecimento. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VII.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. t. 4.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. t. V, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 1, p. IX.

RAATZ, Igor. **Técnica processual e (de)limitação dos poderes do juiz**: contributos de uma leitura hermenêutica do processo civil. Revista eletrônica de direito processual, ano 12, vol. 19, jan.-abr. 2018, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/30717/23723>, acesso em 06.03.2022.

REGO, Hermenegildo de Sousa. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório** 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 35-46, 2018.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Florianópolis: Elsevier, 2012.

RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de divergência no CPC 2015**. Salvador: JusPodivm, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Há limites para o julgamento monocrático do relator?**. In: CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; BUENO, Cássio Scarpinella Bueno; DANTAS, Bruno; NOLASCO, Rita Dias (coord.). Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação autônoma e mecanismos de uniformização da jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 139-149, 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0336776-23.2014.8.24.0023**, da Capital, rel. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 22-10-2019).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Agravo de Instrumento n. 4016229-60.2019.8.24.0000**, de Lauro Müller, rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 23-06-2020).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0004078-35.2013.8.24.0035**, de Ituporanga, rel. Paulo Ricardo Bruschi, Quarta Câmara de Direito Público, j. 11-10-2016).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0501002-32.2010.8.24.0008**, de Blumenau, rel. Domingos Paludo, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 26-01-2017).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0303283-25.2018.8.24.0020**, de Criciúma, rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 13-10-2020).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação n. 0301013-53.2015.8.24.0078**, de Urussanga, rel. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 03-05-2016).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0001224-98.2009.8.24.0135**, de Navegantes, rel. Stanley da Silva Braga, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 14-11-2017).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0001649-21.2011.8.24.0050**, de Pomerode, rel. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 16-07-2019).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação n. 0301061-41.2019.8.24.0023**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 13-07-2021).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação n. 0302247-56.2018.8.24.0081**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 16-03-2021).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação n. 0312140-60.2018.8.24.0020**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 24-06-2021).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação n. 0000868-87.2011.8.24.0053**, de Quilombo, rel. Nelson Schaefer Martins, Quarta Câmara de Direito Público, j. 23-06-2016).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0300738-55.2015.8.24.0159**, de Armazém, rel. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 24-11-2016).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0300118-32.2016.8.24.0216**, de Campo Belo do Sul, rel. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 10-09-2019).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação n. 0300206-39.2018.8.24.0042**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, j. 22-10-2020).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0302592-46.2018.8.24.0073**, de Timbó, rel. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 20-02-2020).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0301885-11.2017.8.24.0042**, de Maravilha, rel. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 06-10-2020).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 2011.065090-2**, de Caçador, rel. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 14-04-2016).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0301843-44.2015.8.24.0005**, de Balneário Camboriú, rel. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 04-09-2018).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0301493-19.2014.8.24.0061**, de São Francisco do Sul, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 24-07-2018).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0301493-19.2014.8.24.0061**, de São Francisco do Sul, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 20-10-2020).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0300910-82.2017.8.24.0011**, de Brusque, rel. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 30-07-2020).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação n. 0685174-74.2004.8.24.0023**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 22-06-2021).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação n. 5001374-45.2021.8.24.0079**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Jaime Machado Junior, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 23-09-2021).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação Cível n. 0302311-11.2014.8.24.0080**, de Xanxerê, rel. Janice Goulart Garcia Ubialli, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 04-09-2018).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Apelação n. 0307879-86.2017.8.24.0020**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 24-03-2021).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, **Incidente de Assunção de Competência n. 0301481-23.2015.8.24.0076**, de Turvo, rel. Jaime Ramos, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 27-02-2019).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>, acesso em 24.03.2021, às 16h14min.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=176175&cdCategoria=1>, acesso em 16 de outubro de 2021 às 19h29min.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJSC, **Apelação Cível n. 0500068-03.2012.8.24.0009**, de Bom Retiro, rel. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 21-03-2017).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJSC, **Apelação Cível n. 0300721-06.2015.8.24.0034**, de Itapiranga, rel. Bettina Maria Maresch de Moura, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 19-06-2017).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC, **Apelação n. 0302188-48.2016.8.24.0078**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Helio David Vieira Figueira dos Santos, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 15-07-2021).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC, **Apelação Cível n. 0305924-35.2018.8.24.0036**, de Jaraguá do Sul, rel. José Maurício Lisboa, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 01-10-2019).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC, **Apelação Cível n. 0302730-63.2015.8.24.0058**, de São Bento do Sul, rel. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 25-01-2018).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC, **Apelação Cível n. 0300320-69.2015.8.24.0175**, de Meleiro, rel. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 24-09-2020).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC, **Apelação Cível n. 0016816-66.2010.8.24.0033**, de Itajaí, rel. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 13-10-2016).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC, **Apelação Cível n. 0301493-19.2014.8.24.0061**, de São Francisco do Sul, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 28-11-2017).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC, **Apelação n. 0300078-45.2019.8.24.0216**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. 27-04-2021).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC, **Apelação n. 0007635-78.2013.8.24.0019**, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 13-07-2021).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (TJSC, **Mandado de Segurança n. 0313282-27.2017.8.24.0023**, da Capital, rel. Luiz Fernando Boller, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 25-07-2018).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Orientação n. 12, de 15 de abril de 2020**. Disponível em
: <https://www.tjsc.jus.br/documents/728949/5312358/Orienta%C3%A7%C3%A3o+n.+12-2020+%28V03%29/36a5f34f-cc97-5988-1be9-6ad489d4cf05>, acesso em 16 de outubro de 2021, às 19h46min

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Regimento Interno do Tribunal do Estado de Justiça de Santa Catarina**. Disponível em:
<https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99>, acesso em 16 de outubro de 2021, às 19h49min

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Resolução conjunta GP/CGJ n. 29 de 11 de dezembro de 2020**. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=179254&cdCategoria=1>, acesso em 16 de outubro de 2021, às 19h49min

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Resolução Conjunta GP/CGJ N. 17 de 23 de junho de 2021**. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/37870/5647413/Resoluc%CC%A7a%CC%83o+Conjunta+GP-CGJ+n.+17-2021.pdf/12c07e35-554e-5512-17e0-3c5967db6458?t=1624485198145>, acesso em 16 de outubro de 2021, às 19h39min.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 4.

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

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, v. 4.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2020.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutório do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 477-494, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **O processo constitucional**. In BAZÁN, Victor (Coord.) Defensa de la constitución, garantismo y controle. Buenos Aires: Ediar, p. 753-765, 2003.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Processo civil contemporâneo: elementos para um novo paradigma processual. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 11-24, 1997.

SIQUEIRA JÚNIOR. Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **A prova em processo civil: ensaio sobre o raciocínio probatório.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:**

STRECK, Lênio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). **Grandes Temas do direito probatório.** 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 113-119, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. UMA ANÁLISE HERMENEUTICA DOS AVANÇOS TRAZIDOS PELO NOVO CPC. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 144-167, jul. 2016. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/39/47>>. Acesso em: 30 jan. 2022. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v2i1.39>.

SUASSUNA, Ariano. **Auto da compadecida.** 39. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

TALAMINI, Eduardo. **Prova emprestada no processo civil ou penal.** Revista de Processo. São Paulo: RT, 1998, n. 91.

TARUFFO, Michele. ***Simply la verdad: el juez y la construcción de los hechos.*** Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid, Marcial Pons, 2010. (Título original: ***La semplice verità – il giudice e la costruzione dei fatti.*** Bari: Laterza, 2009)

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz na construção dos fatos.** Tradução de *La semplice verità: Il giudice e la costruzione dei fatti.* São Paulo: Marcial Pons, 2016. teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo código de processo civil anotado.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento e procedimento comum.** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

VASCONCELOS, Ronaldo. CARNAÚBA, César Augusto Martins. **Efeito suspensivo do agravo de instrumento contra decisão parcial de mérito.** In: NERY JÚNIOR, Nelson. ARRUDA ALVIM, Teresa. MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. (Coord.) Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e afins: volume 14. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, p. 525-541, 2018.

VERDE, Giovanni. **Prova legale e formalismo.** Il Foro Italiano, parte V, colunas 465-474.

VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa fé no processo civil.** São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

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

ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de prova em sede recursal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações ente processo e constituição**. 2. ed. São

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório**. Revista de Processo, São Paulo, n. 116, p. 335-371, jul./ago. 2004

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.