

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

José Américo Zampar Júnior

Produção de provas em sede recursal

Mestrado em Direito

**São Paulo
2018**

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

José Américo Zampar Júnior

Produção de provas em sede recursal

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. João Batista Lopes.

**São Paulo
2018**

Banca Examinadora

*A Juliana que me incentiva a cada dia a trilhar o caminho
do Direito, esperando sempre poder retribuir o carinho
recebido e o amor dedicado.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a Nossa Senhora Aparecida que me concederam força e sabedoria.

Ao professor João Batista Lopes pela acolhida desde o primeiro dia no mestrado da PUC-SP. Sem seus preciosos ensinamentos e a liberdade de pensamento concedida não seria possível a realização deste trabalho.

Ao professor William Santos Ferreira que, com sua dinâmica e entusiasmo sobre a temática das provas, possibilitou-me algumas das reflexões que ora trago nas páginas seguintes.

À professora Thereza Arruda Alvim que muito me auxiliou na formação do pensamento e na crítica de nossas próprias opiniões, as quais saem fortalecidas e revigoradas.

Aos professores da PUC-SP que, durante os dois anos e meio deste curso de mestrado, dedicaram um pouco de si a nós, os quais nomeio em ordem alfabética sob pena de preterição indevida: Arlete Inês Aurelli, Cássio Scarpinella Bueno, Clarice von Oertzen de Araujo, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Francisco José Cahali, José Manoel de Arruda Alvim Netto, Nelson Luiz Pinto, Paulo de Barros Carvalho e Teresa Arruda Alvim.

Ao professor Nelson Nery Jr. que desde o bacharelado me incentiva à vida acadêmica.

Aos amigos que fizemos na PUC-SP e que transcenderam: Arthur Arsuffi, Bruna Kusumoto, Carolina Uzeda, Cristina Menezes da Silva, Eduardo Aranha, Fernanda Pitta, Delosmar Neto, Igor Martins Cunha, Leandro Lopes Genaro, Maria Helena Brito de Sousa, Marília Barros Xavier, Ricardo Amin Abrahão Nacle, Rosane Santos e Yrlanna Borges.

Aos colegas do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

A minha mãe Vera, minha irmã Patrícia, meu cunhado Lukas e minha sogra Fátima pelo apoio e incentivo.

A minha avó *Margarida* que mesmo ausente se fez presente, pois como nos ensina Paulo de Barros Carvalho: “*toda ausência é uma presença sentida*”.

Meu muito obrigado a todos!

C'è certamente qualche cosa di magico nel processo: un far ricomparire presente quello che è passato, un far tornare immediato quello che è sparito nella sua immediatezza, un far ripresentare vivi sentimenti che sono spenti, e insieme, più singolare ancora, far tornare integra una situazione che si è scomposta. Questo fa appunto quella speciale mediazione che è la procedura. Il processo è l'unico momento, in cui l'esperienza si ferma, ritorna sui suoi passi, ripensa quello che ha pensato, riflette pacatamente su quello che ha fatto nella immediata e ardente spensieratezza del suo primo erompere, e cerca di ricomporre le cose, di rifare se stessa secondo la ragione e la volontà obiettiva delta legge. Il processo è la vera e sola ricerca del tempo perduto che fa l'esperienza pratica: il tempo che si ripresenta, il fiume che risale verso la sorgente, la vita che si coglie nella sua lacerazione e si reintegra nella sua unità. (Giuseppe Capograssi)

RESUMO

ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. Produção de provas em sede recursal. 2018. 235f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

A presente dissertação teve como objetivo responder à questão se existe apenas um momento único e excludente de qualquer outro para a produção da prova no processo. Para responder à questão investigou-se a possibilidade de serem produzidas provas em sede de recursos. A pesquisa foi desenvolvida sob um viés teórico-doutrinário, analisando quatro aspectos distintos do fenômeno processual: as partes, o juiz, os recursos e as provas. Analisou-se quando as partes podem produzir provas em sede recursal, a atuação de ofício do juízo para a produção das provas, quais recursos comportam a produção de provas e quais provas comportam serem produzidas posteriormente à fase instrutória típica. O trabalho traça as balizas para que a prova possa ser produzida após o momento previsto para a instrução processual. Concluiu-se ser possível a produção de prova em sede recursal, todavia esta não é regra, mas exceção do sistema e se volta a aclarar e complementar o quadro fático-probatório do processo ou possibilitar que a decisão reflita o estado atual do objeto litigioso, com a inserção de fatos e provas supervenientes no processo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil. Provas. Recursos.

ABSTRACT

ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. Production of evidence in appeals. 2018. 235f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

The purpose of this dissertation was to answer the question whether there is only one single moment and no other moment to produce the evidence in the process. In order to answer the question, we investigated the possibility of producing evidence in appeals. The research was developed under a theoretical-doctrinal bias, analyzing four distinct aspects of the procedural phenomenon: the parties, the judge, the appeals and the evidence. It was analyzed when the parties can produce evidence in a court seat, the legal action of the trial for the production of evidence, which features involve the production of evidence and which evidence be produced after the typical investigation phase. This dissertation traces the beacons so that evidence can be produced after the time provided for procedural instruction. It was concluded that it is possible to produce evidence in a court seat, but this is not a rule, but an exception to the system and clarifies and complements the factual-evidential framework of the case or allows the decision to reflect the current state of the litigious object, with the insertion of facts and evidence supervenientes in the process.

KEYWORDS: Civil Procedural Law. Evidence. Appeal.

ABREVIATURAS

Ag	Agravo
AgInt	Agravo Interno
AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AP	Apelação
AREsp	Agravo no Recurso Especial
CPC/1939	Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939)
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EDcl	Embargos de Declaração
EDv	Embargos de Divergência
MS	Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	Regimento Interno do Supremo Tribunal Justiça
RJTJESP	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
RP	Revista de Processo
RT	Revista dos Tribunais
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
2 PANORAMA ATUAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO APÓS O ADVENTO DO CPC/2015.....	25
2.1 PRINCÍPIOS E REGRAS	25
2.2 MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO	32
2.3 O CPC/2015 E O PROCESSO JUSTO	37
2.4 DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	42
2.5 ACESSO À JUSTIÇA	43
2.6 BOA-FÉ	45
2.7 COOPERAÇÃO.....	47
2.8 CONTRADITÓRIO.....	50
2.9 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO.....	52
3 O DIREITO À PROVA NO PROCESSO CIVIL	55
3.1 PROVA E PROCESSO.....	55
3.2 A PROVA COMO DIREITO DA PARTE	57
3.3 O DESTINATÁRIO DA PROVA.....	60
3.4 PROVA E FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA	63
3.5 VALORAÇÃO DA PROVA	67
3.6 JULGAMENTO POR ÔNUS.....	69
3.7 FATOS NOTÓRIOS E MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA	74
3.8 DETERMINAÇÃO DE PROVAS <i>EX OFFICIO</i>	76
3.8.1 <i>Os limites da lide</i>	77
3.8.2 <i>Papel supletivo do juiz</i>	78
3.8.3 <i>Imparcialidade e neutralidade do juiz</i>	80
3.8.4 <i>Discricionariedade em matéria probatória</i>	82
3.8.5 <i>Limites aos deveres-poderes instrutórios do juiz</i>	83
3.9 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR.....	84

4	MOMENTO DE PRODUÇÃO DA PROVA	91
4.1	DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA AÇÃO	91
4.2	O ÔNUS DA AFIRMAÇÃO	94
4.3	MOMENTOS DA PROVA	97
4.4	PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	100
4.5	PRECLUSÃO PROCESSUAL E A PROVA	102
4.6	FATO NOVO E PROVA NOVA	109
5	PRODUÇÃO DA PROVA NOS TRIBUNAIS	119
5.1	O CAMINHO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DOS RECURSOS	119
5.1.1	<i>Efeitos recursais</i>	121
5.1.1.1	Efeito suspensivo	122
5.1.1.2	Efeitos devolutivo e translativo	124
5.1.2	<i>Apelação</i>	128
5.1.3	<i>Agravo de instrumento</i>	142
5.1.4	<i>Agravo interno</i>	152
5.1.5	<i>Embargos de declaração</i>	154
5.1.6	<i>Recursos para os Tribunais Superiores</i>	158
5.1.6.1	Recurso ordinário	158
5.1.6.2	Recursos excepcionais	162
5.1.7	<i>Outras hipóteses</i>	173
5.1.7.1	Recurso de terceiro prejudicado	174
5.1.7.2	Remessa necessária	175
5.1.7.3	Ampliação da colegialidade	176
5.2	O VEÍCULO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DOS MEIOS DE PROVA	181
5.2.1	<i>Documental</i>	183
5.2.2	<i>Testemunhal</i>	186
5.2.3	<i>Depoimento Pessoal, Confissão e Interrogatório Livre</i>	191
5.2.4	<i>Pericial</i>	194
5.2.5	<i>Inspeção judicial</i>	201
5.2.6	<i>Prova emprestada</i>	203
6	CONCLUSÃO	207
	REFERÊNCIAS	213

1 INTRODUÇÃO

Partindo do questionamento sobre a existência de “um momento próprio, excludente de qualquer outro, para o empreendimento da instrução da causa”¹, o presente trabalho analisa a possibilidade de produção de prova em sede recursal.

Seguindo um roteiro, o Código de Processo Civil dispõe sobre o processo a partir de um enredo encadeado em atos e cenas que se sucedem no tempo na busca de um desfecho alegórico para a trama narrativa que é construída a partir das falas das partes e das intervenções do Estado-juiz (narrador).

Dentro deste enredo, as partes devem procurar introduzir os fatos no processo, contando a história sob suas visões particulares dos acontecimentos, para que o narrador realize a síntese da história e conclua a quem pertence a razão. Os fatos devem ser demonstrados por meio das provas produzidas.

A produção das provas é realizada perante o juízo de primeira instância, aquele que se encontra próximo às partes e aos fatos, deles podendo tomar conhecimento de modo singular, emitir seu juízo e realizar a prestação jurisdicional.

Tal qual um rio caudaloso, cujas águas arrastam tudo em seu caminho rumo ao mar, o processo civil, em seu curso natural, não possibilita influxos que façam retornar as águas passadas. No entanto, as narrativas possibilitam que alguns braços deste rio, eventualmente, retornem suas águas a um instante anterior, fazendo com que refluem pelo mesmo caminho em um esforço de encontrarem o rumo adequado da justiça.

Assim, seja pela ocorrência superveniente de fatos, seja pelo conhecimento tardio dos fatos passados, pode ocorrer de as partes terem a necessidade de realizar a instrução do processo, reativamente a algum fato específico e pontual, em um momento posterior à sentença singularmente proferida. De igual modo, o juízo recursal, por sua experiência, pode perceber a necessidade de que seja produzida uma prova para que se esclareça alguma questão que não tenha restado adequadamente elucidada das narrativas realizadas.

Em qualquer destas hipóteses, abre-se a possibilidade da instrução tardia do processo, com a produção da prova em momento posterior àquele que ordinariamente se espera.

¹ MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 277.

Com a finalidade de se investigar a produção de provas em sede recursal, desenvolveu-se a pesquisa sob quatro elementos distintos, a partir de bases teórico-doutrinárias, socorrendo-se da casuística dos Tribunais para ilustrar os achados:

a) *produção de provas pelas partes*: questionou-se a possibilidade de as partes produzirem provas após encerrada a fase instrutória legalmente prevista, que vai desde a petição inicial/contestação, passando pelo saneamento e finda no instante anterior à prolação da sentença;

b) *produção de provas de ofício*: é sabido que aos juízes é conferido deveres-poderes instrutórios, os quais podem ser exercidos não apenas pelo magistrado singular, mas que restam presentes para os juízos colegiados. Analisou-se em que situações é possível ao juízo colegiado intervir no quadro fático-probatório delineado para a decisão pelo juízo *a quo* e modificá-lo por meio da instrução probatória para produzir seu acórdão.

c) *os recursos*: investigou-se se as diversas espécies de recursos previstas no CPC/2015 comportam a produção de provas ou se haveriam aquelas em que esta produção extrapolaria os limites próprios do instrumento processual, não se podendo admitir, ainda que pela via da instrumentalidade, a abertura da instrução.

d) *as provas*: analisou-se quais os meios de prova podem ser produzidos em sede recursal. Aqui não se trata apenas do local de produção da prova, se no juízo *ad quem* ou com o retorno dos autos ao juízo *a quo*, mas sim investigar se todas as espécies probatórias podem ser produzidas em sede de recursos.

Em sua redação final, o trabalho estruturou-se de forma a demonstrar quando é possível a produção de provas em recurso, iniciando sua narrativa com a explicitação do *Panorama atual do processo civil brasileiro após o advento do CPC/2015*, que fixou como marco teórico-interpretativo-político o modelo constitucional de processo trazido pela Constituição de 1988, o qual deve ser respeitado com a observância de princípios realçados pela parte geral do CPC/2015.

Após, tratou-se do *Direito à prova no processo civil*, investigando se esta seria um direito da parte, quem é o destinatário da prova produzida, o papel da prova na fundamentação da sentença, sua valoração e o julgamento por ônus, além de perquirir sobre os poderes instrutórios do juiz e o papel do juízo (singular e colegiado) na determinação da produção de provas *ex officio*.

O Capítulo 4 voltou-se ao *Momento de produção da prova*, discorrendo sobre a delimitação da ação posta em juízo, a necessidade de as partes fazerem introduzir no processo as questões de fato e de direito e controvertê-las (o ônus da afirmação), os

momentos da prova, sua antecipação, a preclusão processual quando não produzida a prova e a possibilidade de serem introduzidos no processo fatos novos (ou novos fatos) e provas novas (ou novas provas).

No Capítulo 5, a *Produção da prova nos tribunais*, traçam-se as balizas mínimas para que possa ser verificada a legitimidade da produção da prova em momento posterior àquele que ordinária e comumente espera a legislação processual. Restou o capítulo dividido em duas partes essenciais: *o caminho* e *o veículo*. Sintetiza-se *no caminho* uma análise de cada um dos recursos – apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recursos excepcionais e situações especiais –, tomando pela visão da finalidade própria dos instrumentos, a possibilidade de comportarem a dilação probatória e a largueza da via que abrem à cognição judicial. Quanto ao *veículo*, observa-se em cada um dos meios de prova – documental, testemunhal, depoimento pessoal, confissão, interrogatório livre, pericial, inspeção judicial e prova emprestada – a possibilidade de passarem pelos caminhos abertos, carregando novos elementos à decisão final.

2 PANORAMA ATUAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO APÓS O ADVENTO DO CPC/2015

O ordenamento jurídico tem por base uma norma abstrata da qual extrai seu fundamento de validade, eficácia e poder. Esta norma, além de conferir um modelo político de Estado, conforma os princípios e valores prevalentes na sociedade. Do mesmo modo que o Estado colhe seu poder desta norma, nela encontra os limites de seu exercício.

A CRFB/1988 irradia para o Estado Brasileiro, um modelo de Estado Democrático de Direito, consignando uma série de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos de modo que dela se extrai não só o fundamento do poder, seus limites como também a validade de todo o ordenamento jurídico, na medida em que determina as condições para aplicação do direito infraconstitucional.

Ao consignar um conjunto de regras e princípios, estabelece a CRFB/1988 requisitos necessários à validade do modelo jurídico posto, guiando a prática do Estado de modo democrática.

Este aspecto se reflete no âmbito processual na medida em que, para além de fixar direitos e garantias fundamentais das partes, o texto constitucional desenha um verdadeiro modelo geral de processo a ser seguido pelos diversos ramos, estabelecendo pautas de conduta e otimização de modo a assegurar os valores básicos do Estado¹.

2.1 Princípios e regras

O direito é uma ciência tecnológica²⁻³. É uma ciência posta à resolução dos problemas da vida cotidiana e como tal, tem um método, uma estrutura própria que não se confunde com a

¹ Neste sentido, Humberto Theodoro Jr. anota que: “Se é verdade que, pelo princípio da supremacia da Constituição, todo o ordenamento jurídico tem de conformar-se com as regras, princípios e valores presentes na Lei Maior, o fenômeno adquire dimensões mais notáveis no âmbito do direito processual. É que o acesso à tutela jurisdicional corresponde, por si só, a uma garantia fundamental, cuja força a Constituição tanto se preocupa em proclamar (CF, art. 5º, XXXV), como também se esmera em realçar os respectivos predicamentos com que a mesma tutela haverá de ser efetivamente prestada. A lei processual, nessa ordem de ideias, assume, em nosso tempo, as proporções de um instrumento destinado imediatamente a viabilizar a defesa dos direitos e garantias que a Constituição tem como fundamentais. Daí a convivência íntima entre os ditames constitucionais e a lei processual”. (THEODORO JR., Humberto. *Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. Revista de processo*, v. 285, p. 65-88, nov. 2018.).

² Trata-se da tecnologia não como fruto do desenvolvimento da modernidade informatizada, mas sim de seu sentido etimológico clássico, isto é, como o estudo de uma arte, como instrumento de resolução de problemas por meio da palavra. (Cf. BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 3915).

³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991. p. 46-49.

estrutura das ciências naturais, não sendo possível a mera transposição dos recursos instrumentais daquelas ciências ao estudo do direito⁴.

O direito é um modo de resolver casos concretos. Assim sendo, ele sempre teve uma particular aptidão para aderir à realidade [...]. A preocupação harmonizadora dos juristas romanos permitiu um passo da maior importância, que não mais se perderia: a procura incessante de regras pré-determinadas ou pré-determináveis para a resolução dos problemas.⁵

A ciência jurídica por envolver, em certo ponto, um jogo de valores éticos, morais e sociais estabelece uma relação própria entre seu intérprete e o objeto interpretado, o qual se correlaciona para além da pura argumentação lógica, mas entremeando-se na racionalidade humana.

Segue daí que, para o correto entendimento dos princípios jurídicos, é necessário compreender a diferença existente entre *valor* e *norma*, sendo esta última de mais fácil compreensão para o jurista que, pelo profundo enraizamento da teoria positivista na ciência jurídica, faz identificar o conceito de norma a partir da

[...] distinção de fonte kantiana entre *ser* e *dever-ser*, base de toda a teoria normativista de Kelsen, {que} se caracteriza pelo fato de conferir-se ao verbo “dever-ser” um sentido exclusivamente lógico, traduzindo uma conexão entre um pressuposto e uma consequência segundo leis imanentes ao pensamento em sua logicidade consequencial.⁶

O valor, conforme ensina Miguel Reale, “é o elemento de mediação dialética entre *fato* e *norma*, sendo ele mesmo a expressão de um desenvolvimento histórico no plano das estimativas”⁷. Traduz a essência daquilo que a ciência jurídica busca alcançar em sua concretização e faz a mediação para o intérprete entre o fato e o conteúdo normativo, fazendo do direito “uma integração normativa de fatos segundo valores”⁸.

Os valores estão essencialmente ligados a fatores históricos, cujo conteúdo e realização se fazem preencher a partir das circunstâncias político-sociais vividas pelo intérprete do direito no exato momento de sua aplicação. Embora não se olvide a existência de valores atemporais, como a justiça e a liberdade, seu conteúdo de concretização dependerá, essencialmente, de fatores como o reconhecimento da medida de sua intangibilidade pelo agente histórico.

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991. p. 11.

⁵ CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. XXIV-XXV.

⁶ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 93.

⁷ *Ibid.*, p. 153.

⁸ *Ibid.*, p. 97.

[...] o valor se distingue dos objetos ideais por algumas notas essenciais, que o vinculam ao processo histórico, quais sejam, a *realizabilidade* (valor que não se realiza é quimera, simples aparência de valor, enquanto um objeto ideal, como um círculo, não deixa de ser o que é, por jamais haver entes circulares perfeitos); a *inexaurabilidade* (por mais, p. ex., que se realize justiça, há sempre justiça a realizar); a *transcendentalidade* (uma sentença justa não é toda a justiça, pois o valor supera suas realizações históricas particulares); a *polaridade* (só se compreende um valor pensando-o na complementariedade de seu contrário, ou seja, positiva e negativamente, enquanto os objetos ideais são pensados independentemente de algo que necessariamente os negue etc.).⁹

Isto explica as razões de, em certos momentos históricos, a concretização da liberdade se aparentar justa a alguns enquanto que a escravidão se fazia a outros que, por sua condição pessoal, deixavam de ter, naquele contexto histórico, os atributos reconhecíveis pelo ideário de justiça de seu tempo.

Os valores refletem os elementos culturais que devem se entrelaçar com o direito para responder à questão posta à decisão, concedendo legitimação social à norma gerada. Judith Martins-Costa, comentando a acepção culturalista do direito, afirma que

[...] o a priori cultural, o qual não é, todavia, absoluto ou imutável: toda a cultura é histórica, constituindo, sempre, um processo de realização de valores que se compõem, continuamente, na dimensão do tempo cultural. Nesse universo cultural dinâmico, processual, integrativo e interdisciplinar, o Direito é, por sua vez, “uma espécie de experiência cultural”, “uma realidade que resulta da natureza histórica e social do homem”, apresentando-se sempre como “síntese ou integração do ser e do dever-ser, de fatos e de valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objetivados na história”.¹⁰

As normas tratam de imperativos categóricos genéricos, destinados a todos. Conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz Junior, “na doutrina dogmática [...] a norma jurídica é uma espécie de imperativo despsicologizado, isto é, comando no qual não se identifica o comandante e o comandado. [...] são comandos genéricos e universais”¹¹. Assim, embora as “normas jurídicas sejam coercivas, nem por isso necessariamente coativas. [...] A coercibilidade tem antes a ver com a relação de autoridade institucionalizada”¹².

Em razão destes elementos, “a dogmática analítica contemporânea tende a excluir a sanção como elemento necessário da estrutura da norma”¹³. Por esta razão, pode-se subdividir as normas em duas grandes categorias: *princípios* e *regras*.

⁹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 94.

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v.18, n.6, p. 21-34, jun. 2006. p.24.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.90.

¹² *Ibid.*, p.94.

¹³ *Ibid.*, p.94.

A diferença entre princípios e regras decorre de diferentes caracteres que se complementam mutuamente para a compreensão do fenómeno. J.J. Gomes Canotilho separou os fatores de *discriminem* em cinco grupos distintos, conforme as diversas anotações da doutrina:

- a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.
- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes do direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *Proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são “standarts” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larez); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- f) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função nomogenética fundamentante.¹⁴

Luís Roberto Barroso expressa a distinção entre princípios e regras em apenas três categorias: conteúdo, estrutura normativa e modo de aplicação. Sendo que, para o autor, estas categorias “não são complementares, nem tampouco são excludentes: elas levam em conta a realidade da utilização do termo princípio”¹⁵.

Quanto ao conteúdo, prossegue, os princípios vão expressar *decisões políticas fundamentais*, enquanto que as regras são a concretização destas políticas. Os princípios expressam “valores a serem observados em razão de sua dimensão ética [...]. Como consequência [...] podem referir-se tanto a direitos individuais como interesses coletivos”¹⁶.

Os princípios se diferenciam dos valores por serem normas deontológicas as serem seguidas, e não meros ideais etéreos a serem perseguidos (norma axiológica). Conforme explicitou Robert Alexy,

Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160-1161. (*sic*)

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 228.

¹⁶ *Ibid.*, p. 228.

diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. No direito o que importa é o que deve ser.¹⁷

Relativamente à estrutura, os princípios referem-se à ideais a serem almejados pelo intérprete do direito sem que, no entanto, a “norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida”, abrindo ao intérprete lacunas para que busque a melhor forma de concretizar os valores (normas axiológicas), servindo de ponto de abertura ao sistema, “permitindo que os diferentes argumentos e pontos de vista existentes na sociedade, acerca de valores básicos subjacentes à Constituição, ingressem na ordem jurídica e sejam processados segundo a lógica do direito”¹⁸.

As regras são imperativos categóricos que descrevem condutas dentro de um alto grau de precisão, concedendo ao intérprete um restrito espaço para ingerência em sua consequência. As regras operam mediante a concretização de raciocínios lógicos formais. O intérprete se expressa através do chamado “silogismo de determinação da consequência jurídica”¹⁹. Uma norma pode ser aplicada quando a sua “previsão P está realizada numa situação de facto concreta S, vale para S a consequência jurídica C”²⁰.

Por fim, o último critério traçado por Luís Roberto Barroso diz respeito ao modo de aplicação dos princípios e das regras. Talvez seja este o principal modo pelo qual se possa diferenciar, na prática, as categorias normativas. Ronald Dworkin, estudando a diferença básica entre princípios e regras, afirmou que

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...]. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão da importância. Quando os princípios se cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.²¹

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 153.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 229.

¹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 381.

²⁰ *Ibid.*, p. 380.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39-43.

Deste modo, “caberá ao interprete proceder a ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada”²², o que leva à afirmação de que os princípios são *mandamentos de otimização*²³, sendo realizados na máxima intensidade possível, o que torna a distinção entre princípios e regras uma distinção qualitativa e não meramente de grau²⁴, conforme pontua Robert Alexy em oposição à Ronald Dworkin.

A ponderação dos princípios somente ocorrerá quando existirem dois ou mais princípios concorrendo e opondo-se em face da solução de um conflito de fato. Assim, ao

[...] afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.²⁵

Conforme expôs Robert Alexy, a máxima necessidade e a máxima adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização, que devem ser realizados em razão do caso concreto, enquanto que a máxima proporcionalidade decorre do caráter fundamental dos princípios que não se invalidam mutuamente, mas permanecem válidos em medidas distintas no caso concreto.

A ponderação, lembra Humberto Ávila, “consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”²⁶, assim ganha relevo o entendimento histórico do interprete na realização dos valores constitucionais.

Para solução de eventuais conflitos entre princípios a *teoria da concretização* propõe que “os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material”, sendo que ainda, os princípios ganhariam “maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa e jurisprudencial”²⁷.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 231.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

²⁴ *Ibid.*, p. 91.

²⁵ *Ibid.*, p. 116-117.

²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 164.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1175.

J.J. Gomes Canotilho define que os conflitos entre princípios devem seguir uma estrutura posta pelo legislador originário, a partir da qual, se vai densificando o conteúdo dos princípios para se concretizar aquele de maior densidade dentro do sistema.

[...] o processo de concretização constitucional assenta, em larga mediada, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (*concretização legislativa*) e pelos órgãos de aplicação do direito [...] a problemas concretos. Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios jurídicos, isso não significa que sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (*imprevisibilidade dos princípios*); permitem, sim, projeções ou irradiações normativas com certo grau de discricionariedade (*indeterminabilidade*), mas sempre limitadas pela juridicidade objectiva dos princípios.²⁸

A teoria da concretização vem, em grande parte, resolver uma crítica quanto à insegurança jurídica trazida pela mera aplicação da ponderação de princípios sem a existência de outros lastros normativos, aumentando ao intérprete o dever de fundamentar e explicitar seu raciocínio, de modo a evitar questionamentos quanto à legitimidade da decisão tomada.

Todavia, a concretização dos princípios somente se dá após sua ponderação frente ao caso concreto, na medida de dois postulados que balizam sua ponderação: a razoabilidade e a proporcionalidade.

A razoabilidade faz uma correlação direta entre o mundo do dever-ser com o mundo do ser. O intérprete passa a considerar o comportamento da normalidade em sua decisão. Conforme pondera Humberto Ávila,

[...] a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável ao caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça.²⁹

Passa-se a exigir a existência de uma “relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada”³⁰, de modo que não haja uma desproporção entre aquilo que se almeja e o resultado alcançado, inviabilizando, por vezes, este último.

Todavia, a razoabilidade não se confunde com a proporcionalidade, pois enquanto esta “exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins,

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1183.

²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 176.

³⁰ *Ibid.*, p. 178.

meios adequados, necessários e proporcionais”³¹, a razoabilidade não exige a necessária correlação de causalidade entre meios e fins.

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessa hipótese, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação.³²

Assim, a razoabilidade faz a harmonização entre o direito e as condições externas a ele, de modo que haja uma congruência entre o critério de discriminação e a medida adotada. Há uma relação qualitativa, muito embora “uma qualidade não leve à media, mas seja critério intrínseco a ela”³³, logo a razoabilidade pressupõe um dever de equivalência, “de correspondência entre duas grandezas”³⁴.

A proporcionalidade traz uma relação direta entre meios utilizados e fins almejados. Aquele deve se adequar a este na exata medida de sua necessidade. É uma relação interna entre dois conceitos que se colocam diametralmente oposto na esfera jurídica. A penhora de todos os bens do devedor que possua diversos imóveis para a garantia de uma dívida de R\$1.000,00 não é proporcional. De igual modo, a penhora de um bem de 1 milhão para a garantia desta mesma dívida não é razoável. A adequabilidade das medidas deve se dar buscando bens em quantidade e valor suficiente para a garantia da execução sem que, com isso, se invada a esfera de dignidade do executado.

As normas fundamentais do CPC/2015 correspondem a princípios, ao traduzirem valores a serem concretizados pelo ordenamento jurídico e seus intérpretes, mas também correspondem a regras ao estabelecerem cláusulas gerais do sistema e conceitos jurídicos indeterminados, sobretudo aquela contida no art. 12, que estabelece formas procedimentais.

2.2 Modelo constitucional de processo

Eduardo Couture publicou em 1946 trabalho intitulado “*As garantias constitucionais do processo civil*” no qual expõe o direito de ação como decorrência do direito constitucional de petição, sendo a legislação processual a norma regulamentadora daquele direito e, após analisar a amplitude do direito de petição e das responsabilidades processuais, afirma que se

³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 180.

³² *Ibid.*, p. 181.

³³ *Ibid.*, p. 181.

³⁴ *Ibid.*, p. 182.

deve reformar as leis para “ajustar o sistema legal às exigências de liberdade consagradas na constituição”³⁵. Para Couture há uma ideia de necessária conexão entre os conceitos de ação e defesa com as garantias constitucionais que tutelam os direitos da pessoa humana no campo da tutela constitucional do processo³⁶, assim pontua que

Em seu desenvolvimento lógico, as premissas deste tema são as seguintes: a) a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana; b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico dos preceitos, deve instituir o processo; c) *mas a lei não pode instituir formas que tornem ilusória a concepção do processo consagrada na Constituição*; d) se a lei institui uma forma de processo que priva o indivíduo de uma oportunidade razoável de fazer valer seu direito, ela é inconstitucional; e) nestas condições, os meios de contestação que a ordem jurídica local institui para fazer valer o controle da constitucionalidade das leis devem entrar em jogo. [...] Em termos muito gerais, foi dito que esta garantia consiste em: a) que o demandado tenha sido devidamente notificado, de forma direta ou implícita; b) que lhe seja dada uma oportunidade razoável de comparecer e expor seu direito, inclusive o direito de prestar depoimento, apresentar testemunhas, documentos relevantes e outras provas; c) que o Tribunal perante o qual os direitos são questionados esteja constituído de modo conferir uma razoável garantia de sua honestidade e imparcialidade; d) que seja um Tribunal competente.³⁷

Continua, o autor uruguaio, afirmando não ser possível determinar uma teoria geral válida para todos os ordenamentos, pois resta dependente do direito positivo, mas que, a partir de uma casuística poderiam se listar algumas inconstitucionalidades como: a ausência de

³⁵ “[...] ajustar el sistema legal a las exigencias de la libertad consignadas en la Constitución”. (COUTURE, Eduardo J. *Las garantías constitucionales del proceso civil*. Lima: Instituto Pacifico, 2015. [e-book] p. 23. Tradução livre.).

³⁶ Em tradução livre: “A configuração técnica do ato jurisdiccional não é apenas um problema da doutrina. É um problema de segurança individual e proteção dos direitos humanos. [...] A função jurisdiccional em sua efetividade é, então, um meio de assegurar a continuidade necessária do direito. E o direito, por sua vez, é um meio de acesso aos valores que merecem a tutela do Estado”. No original: “La configuración técnica del acto jurisdiccional no es, solamente, un problema de doctrina. Es un problema de seguridad individual y de tutela de los derechos humanos. [...] La función jurisdiccional en su eficacia es, pues, un medio de asegurar la necesaria continuidad del derecho. Y el derecho, a su vez, es un medio de acceso a *los valores* que son, ésos sí, los que merecen la tutela del Estado”. (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p.31-40.).

³⁷ No original: “En su desenvolvimiento lógico, las premisas de este tema son las siguientes: a) la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana; b) la ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso; c) *pero la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constitución*; d) si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, seria inconstitucional; e) en esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el contralor de la constitucionalidad de las leyes. [...] En términos muy generales se ha dicho que esta garantía consiste en: a) que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita; b) que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el de declarar por sí mismo, presentar testigos, presentar documentos relevantes y otras pruebas; c) que el Tribunal ante el cual los derechos son cuestionados esté constituído de tal manera que dé una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; d) que sea un Tribunal competente”. (COUTURE, op. cit., 1958. p. 149-150. (*grifou-se*). Tradução livre.).

citação, a ausência de audiência, a privação à prova, a privação de recursos e à revisão das decisões (*due process of law*) e a inidoneidade do juiz³⁸.

Piero Calamandrei³⁹, após tratar de um sentimento de desilusão vivido pela doutrina processualística no pós-guerra, informa que o processo é o estudo do homem e que somente por ele – pessoa humana – com suas peculiaridades próprias é que o direito se sustenta⁴⁰. Prossegue reconhecendo o pioneirismo de Eduardo Couture quanto à necessidade de adoção de um modelo constitucional de processo, afirmando que foi o autor uruguaio já havia constatado “os estreitos nexos que unem o direito processual com o direito constitucional”⁴¹ e que é necessário que as garantias constitucionais sejam asseguradas por um processo.

³⁸ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 154-161.

³⁹ CALAMANDREI, Piero. *Processo e giustizia*. *Rivista di diritto processuale*, v. V, p. I, p. 273-290, 1950.

⁴⁰ Em tradução livre: “[...] se eu tivesse que resumir em uma única frase o programa para continuar com confiança renovada o nosso trabalho, eu diria apenas isso: lembre-se que o processo é essencialmente o estudo do homem: nunca esqueça que todas as nossas simetrias As sistemáticas, todas as nossas *elegantiae iuris*, tornam-se esquemas ilusórios, se não nos damos conta de que, abaixo deles, não há nada senão homens, com suas luzes, com suas virtudes e com suas aberrações: não a testemunha em abstrato, mas uma testemunha verdadeira ou medial; não o juramento, mas o escrúpulo religioso desse crente ou a indiferença cética daquele incrédulo que jura; não a sentença, mas aquele juiz com seu conhecimento e com sua consciência, com suas atenções e com suas distrações: criaturas vivas, isto é, não feitas de pura lógica, mas também de sentimento e paixão, e de instintos misteriosos.” No original: “[...] s'io dovessi riassumere in una sola frase il programma per continuare con rinnovata fiducia il nostro lavoro, direi soltanto questo: ricordasi che anche il processo è essenzialmente studio dell'uomo: non dimenticarsi mai che tutte le nostre simmetrie sistematiche, tutte le nostre *elegantiae iuris*, diventano schemi illusori, se non ci avvediamo che al disotto di essi di vero e di vivo non ci sono che gli uomini, colle loro luci, colle loro virtù e colle loro aberrazioni: no la testimonianza in astratto, ma quel testimone veritiero o medance; non il giuramento, ma lo scrupolo religioso di quel credente o l'indifferenza scettica di quel miscredente che giura; non la sentenza, ma quel giudice colla sua cienza e colla sua coscienza, colle sua attenzioni e colle sue distrazioni: creature vive, cioè impaste non di pura logica, ma anche di sentimento e di passione, e di misteriosi istintini.” (CALAMANDREI, op. cit., 1950.).

⁴¹ Em tradução livre: “Esse é o caminho pelo qual eles podem ser destacados, como já começou a fazer, em um ensaio magistral, o querido amigo uruguaio Eduardo Couture (que me dói não o ver presente entre nós) *os estreitos laços que unem o direito processual ao direito constitucional*: nessa parte inicial em que todas as Constituições se dos Estados livres se dedicam a garantir o respeito à pessoa humana e a liberdade dos cidadãos, o processo é de suma importância. Todas as liberdades são vãs se não podem ser reivindicadas e defendidas em juízo: se os juízes não são livres, educados e humanos, e se a ordem do juízo não se funda, ela própria, no respeito à pessoa humana, que em todo homem reconhece uma consciência livre, sozinha responsável por si mesma e, portanto, inviolável”. No original: “Questa é la strada attraverso la quale potranno esse messi in evidenza, come già ha cominciato a fare, in un suo saggio magistrale, il caro amico uruguaiano Eduardo Couture (che tanto mi duole non veder presente tra noi) gli stretti nessi che uniscono il diritto processuale al diritto costituzionale: in quella parte proemiale che in tutte le costituzioni degli Stati liberi è dedicata a garantire i rispetto della persona umana e la libertà dei cittadini, il processo ha una importanza preminente. Tutte le libertà son vane, se non possono essere rivendicate e difese in giudizio: se i giudici non sono liberi, colti ed umani, e se l'ordinamento del giudizio non è fondato, esso stesso, sul rispetto della persona umana, il quale in ogni uomo riconosce una coscienza libera, sola responsabile di sè, e per questo inviolabile.” (CALAMANDREI, op. cit., 1950.).

Também, Mauro Cappelletti ressalta a necessidade de se estudar o processo à luz da Constituição, tratando da constitucionalização das garantias, direitos e liberdades individuais, e da necessidade de proteção em face de uma possível violação⁴².

No Brasil, João Mendes Junior, em 1899, vislumbrando o processo como garantia de direitos individuais, assinalava a necessidade de ser observado os limites colocados pela Constituição, não podendo ser suprimidos direitos sem que houvesse ofensa às garantias constitucionais e à legislação federal⁴³.

José Frederico Marques, à luz do CPC/1939, comentando sobre a relação entre processo e Constituição anotava que “a garantia do *devido processo legal* faz das normas políticas contidas na Constituição fonte material do processo civil; e isto sem falar em normas constitucionais que se apresentam como fontes formais do Direito Processual”⁴⁴.

Ada Pellegrine Grinover, na década de 1970, assinalava a necessidade de o processo ser estudado à luz das garantias constitucionais, não sendo suficiente as garantias trazidas pelo processo liberal⁴⁵.

O desenrolar histórico do modelo constitucional de processo conduz João Batista Lopes⁴⁶ a afirmar ser esta uma *antiga novidade*, em crítica à doutrina que coloca este modelo de processo como algo trazido pelo CPC/2015. Para o autor, houve com o CPC/2015 uma

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: EJEJA, 1974. p. 531-532.

⁴³ “Ora, a *fôrma* da acção judiciaria consiste, como todas as *fôrmas*, em *actos*, que tendem a um fim, ordenadamente dispostos, procedendo sempre os posteriores dos anteriores (*pro*, adiante, *cedere*, ir, marchar), desde a citação inicial até o julgamento. Estes actos do processo, taes como a citação, a proposição da acção, a contestação, a réplica, a tréplica, a produção das provas, as allegações, a sentença, os recursos, cada um delles deve ser considerado *meio*, não só para chegar ao fim próximo, que é o *julgamento*, como ao fim remoto, que é a *segurança constitucional dos direitos*. Estes actos, quer sejam *ordinatorios*, quer *decisorios*, isto é, quer *sejam necessários á ordem do juizo*, quer *sejam necessários ao juizo* (Ord. liv. III, tit: 20, princ), quer sejam *da causa*, quer *do juizo* (Glos. do abb. Panorm. ao canon *Quoniam contra*),—estes actos diremos nós, não podem ser supprimidos, ou alterados, sem offensa da garantia constitucional da *segurança dos direitos* e da *execução das leis federaes*.” (MENDES JR., João. A nova phase da doutrina e das leis do processo brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 9, p. 101-126, 1899).

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v.1. p.62.

⁴⁵ “Princípios clássicos, como o da independência do juiz, da iniciativa da parte (*ne procedat iudex ex officio*), da imparcialidade do juiz (*ne iudex iudicet in re sua*) e do contraditório, que respondem às exigências de um processo ‘liberal’, podem não ser suficientes para garantir um processo ‘justo’: para tanto é necessário que as partes se encontrem não apenas em condição de igualdade jurídica, mas também de igualdade técnica e econômica. Trata-se, evidentemente, de questão constitucional, pois a crítica à concepção tradicional das liberdades processuais se insere na crítica mais vasta à concepção tradicional de todos os direitos clássicos de liberdade. [...] O processo serve, assim, como instrumento de atuação de certas fórmulas constitucionais, operando a transformação do *mero derecho declarado em derecho garantizado*”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 13-15).

⁴⁶ LOPES, João Batista. Modelo constitucional de processo: uma “antiga novidade”. In.: MARCATO, Ana Cândida Menezes, et. al. (Orgs.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO*. São Paulo: Verbatim, 2018. p.403-405.

“reafirmação de que o sistema brasileiro acolheu, definitivamente, o modelo constitucional de processo”⁴⁷, ocorrendo um giro epistemológico, quando

O direito processual civil, estudado no passado quase que exclusivamente a partir da legislação processual, passa a ter como ponto de partida e de chegada a Constituição Federal, que, em vários dispositivos, consagra princípios e estabelece garantias processuais. Assim, garantias antes estudadas no plano da legislação ordinária passam a ser regidas pela Constituição (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, juiz natural, publicidade dos atos processuais e proibição das provas ilícitas etc.).⁴⁸

Conforme pontua Cassio Scarpinella Bueno, o modelo constitucional “é verificar, na Constituição Federal, qual deve ser o ‘modo de ser’ do direito processual”⁴⁹, pois é ela, Constituição, que estabelece ao legislador infraconstitucional aquilo que será necessário ser implementado para que seja estabelecida a garantia e a assecuração dos direitos que prevê. Se o legislador, e a lei, se afastarem das diretrizes estabelecidas, outra não será a conclusão que não a inconstitucionalidade da lei⁵⁰.

O modelo constitucional de processo toma sua forma desde os fundamentos da República brasileira, ao se estabelecer como fundamentos do Estado a cidadania e dignidade da pessoa humana, elementos que, para além de argumentos teórico-retóricos, se prestam a legitimar e valorizar o indivíduo na concretização dos fins da república, figurando como pilares estruturantes fundamentais.

Segue pela tripartição de poderes, nos quais são garantidos papéis bem definidos a cada uma das funções do Estado, em um sistema de freios e contrapesos, estabelecidos de modo a garantir o exercício ponderado do poder, para que nenhuma das funções estatais se coloque sobre a outra, quebrando o equilíbrio previsto – aqui, por exemplo, verifica-se o limite do ativismo judicial: não é conferido ao Poder Judiciário invadir a esfera de atuação dos demais Poderes da República, legislando ou promovendo políticas públicas.

Estabelece os direitos e garantias individuais, a iniciar com a igualdade ou isonomia entre as partes, o respeito à coisa julgada como forma de conferir autoridade à decisão judicial que deve se formar à luz de um processo que respeite o devido processo legal, assegurada a ampla defesa e o contraditório, a produção de provas, sendo vedadas aquelas que forem

⁴⁷ LOPES, João Batista. Modelo constitucional de processo: uma “antiga novidade”. In.: MARCATO, Ana Cândida Menezes, et. al. (Orgs.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO*. São Paulo: Verbatim, 2018. p.404.

⁴⁸ Ibid., p. 404.

⁴⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9.ed São Paulo: Saraiva, 2018. v.1. p. 112.

⁵⁰ Ibid., p. 113.

obtidas por meios ilícitos, devendo o processo ser julgado pelo juiz natural, assegurada sua razoável duração e os meios que lhe garantam celeridade.

Mas não só entre os direitos e garantias fundamentais se verifica um desenho de modelo processual constitucional. Ao estabelecer uma estrutura básica ao Poder Judiciário – com a repartição da jurisdição e o estabelecimento de competências, a separação de júzos de primeira e segunda instância, assegurando a recorribilidade das decisões e o princípio da colegialidade das decisões de segunda instância, fixando-se a publicidade dos julgamentos que devem ocorrer a partir de decisões fundamentadas, sob pena de nulidade –, a Constituição Federal instituiu um modelo processual a ser observado pelas partes e pelo júzo, tendo por finalidade a consecução dos valores básicos da República Federativa à luz de um processo justo.

Contudo, conforme pontua João Batista Lopes, na aplicação deste modelo, é preciso ter em mente os riscos advindos de se maximizar a constitucionalização do processo, pois os princípios constitucionais não são absolutos. Este deve ser um método para se “estudar o processo civil tendo como ponto de partida e de chegada a Constituição, sem desprezar, porém, a legislação processual, indispensável para se alcançarem os fins da jurisdição”⁵¹. A legislação processual e sua interpretação devem conferir concretude e aplicabilidade aos valores constitucionalmente estabelecidos.

2.3 O CPC/2015 e o processo justo

O CPC/2015 buscou apoiar-se no modelo constitucional de processo ao estabelecer as regras processuais e procedimentais que devem ser seguidas pelas partes para resolverem seus litígios, reafirmando, em seu art. 1º, que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Fixa como normas fundamentais para o processo civil, nos artigos 1º a 11, um conjunto de princípios que buscam refletir os direitos e garantias fundamentais previstos na CRFB/1988, com uma função didática⁵², de repetição e reafirmação da necessidade de o intérprete do Código buscar conferir efetividade ao modelo constitucionalmente estabelecido

⁵¹ LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo*, v. 116, p. 29-39, jul./ago. 2004.

⁵² BUENO, Cássio Scarpinella. Art. 1º. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v.1. p.22.

de forma a que se garanta um processo justo e efetivo. Um processo justo, por assim dizer, é aquele que respeita o devido processo legal em toda sua amplitude, é “aquele que se forma, se desenvolve e atinge o provimento final de mérito, segundo os padrões do processo constitucionalizado”⁵³. Neste sentido, anota Humberto Theodoro Jr., ponderando sobre a supremacia da Constituição e o papel do processo, que:

A supremacia da Constituição, com reflexos sobre todos os ramos do direito, implantada na segunda metade do século XX nos países mais representativos da civilização ocidental, transformou o acesso à justiça e as garantias do processo em direitos fundamentais, e com isso fez evoluir o conceito de devido processo legal para o de processo justo. De mera técnica de solução de litígios, o processo se tornou garantia de justiça a ser implementada de acordo com as normas e valores consagrados pela Constituição, que, por sua vez, se acha inspirada, profundamente, em princípios éticos e morais. Por processo justo, nessa ordem de ideias, há de se entender aquele que se encarregue de dar realidade ao processo de acesso à Justiça formado, sobretudo, pelo somatório dos enunciados constitucionais que se ocupam da forma e do conteúdo da tutela jurisdicional.⁵⁴

A escolha do legislador pelas normas fundamentais do processo constantes dos artigos 1º a 12 do CPC/2015 reflete a opção pelo modelo constitucional de processo, erigido pela CRFB/1988, primando pela solução do conflito em respeito ao devido processo legal e à ampla defesa, em detrimento do formalismo excessivo presente nos regramentos anteriores. Conforme lembra Arlete Inês Aurelli,

As normas fundamentais insertas no novo CPC seriam, assim, a viga mestra, a base, a fundação sobre as quais devem estar alicerçadas todas as demais normas que compõem o sistema processual e que deverão orientar os profissionais do direito na interpretação das mesmas. Pode-se dizer que se constitui um mínimo necessário para realização da justiça com a devida manutenção do Estado Democrático de Direito.⁵⁵

Ao se repetirem os princípios cunhados na Constituição Federal no CPC/2015, a norma infraconstitucional atua reforçando a ideia de um modelo constitucional de processo, o qual deve ser respeitado. A função didática da repetição encontra-se explícita, repisando a necessidade da realização dos valores da Constituição e sua força normativa, tida esta não “apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser”⁵⁶. Em razão disto, ponderou a Comissão de Juristas, na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo CPC entregue ao Senado em 2010, “afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se

⁵³ THEODORO JR., Humberto. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*, v. 285, p. 65-88, nov. 2018.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ AURELLI, Arlete Inês. Normas fundamentais no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de processo*, v. 271, p. 19-47, set. 2017.

⁵⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p.18.

explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais”⁵⁷.

O princípio do contraditório, por exemplo, não diz mais respeito apenas à possibilidade de a parte se manifestar sobre o quanto alegado pela parte adversa – bilateralidade –, vai além. No processo civil constitucionalizado, configura-se como a possibilidade de a parte poder influir no desenvolvimento do processo e na formação da decisão judicial, se fazendo ouvir e levando ao julgador seus argumentos e modo de entender sobre o litígio. Ao final, conformando-se um processo justo.

João Batista Lopes anota que “a denominação *processo justo* pode, à primeira vista, causar alguma dúvida: a justiça deve ser atributo da sentença e não no processo propriamente dito”⁵⁸. Um processo justo, por assim dizer, é aquele que respeita o devido processo legal em toda sua amplitude.

A razoabilidade estabeleceu limites ao poder judicial e constituiu-se em um chamado ou advertência ao Estado no sentido de que este deve se ajustar não apenas às normas ou preceitos especificados na Constituição, mas também ao sentido de justiça nela contido, o que implica por sua vez, no cumprimento dos requisitos fundamentais de equidade, proporcionalidade e razoabilidade.⁵⁹

O processo justo deve, conforme informa Luigi Paolo Comoglio, incorporar as técnicas necessárias à garantia dos conteúdos mínimos essenciais dos direitos fundamentais, devendo levar em consideração todos os meios de prova necessários a essa adequada demonstração.

[...] o “processo justo” incorpora a técnica processual que é institucionalmente mais adequada para garantir e realizar plenamente os “conteúdos essenciais” dos direitos fundamentais da pessoa. Dito isto, é dever de todos os envolvidos na prestação de seus serviços a cooperação mais eficiente, a fim de garantir a dela pesquisa da “verdade jurídica objetiva”, trazendo todas as provas relevantes e a não extinção de uma fonte de prova disponível.

O direito de ação judicial e o direito de defesa são componentes essenciais, invioláveis e irreprimíveis do “processo justo”. Eles não podem, em nenhuma circunstância, serem negados, renegados ou, em qualquer caso, comprimidos de forma não razoável; de modo que o modo do seu exercício, no máximo, está sujeito às limitações (de implementação e caráter executivo) que não minem o seu “núcleo

⁵⁷ BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil elaborado pela Comissão de Juristas*. Brasília, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵⁸ LOPES, João Batista. Modelo constitucional de processo: uma “antiga novidade”. In.: MARCATO, Ana Cândida Menezes, et. al. (Orgs.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO*. São Paulo: Verbatim, 2018. p.405.

⁵⁹ No original: “La razonabilidad estableció límites a la potestad judicial, y constituyó un llamado o advertencia al Estado en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.” (GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 20-21. Tradução livre.)

substancial” e, mais importante, não coloque em contraste com as “premissas éticas e morais”, em que as tradições sócio-culturais das nações hispano-latino-americanas estão enraizadas. Além disso, às partes e aos terceiros envolvidos no julgamento – no exercício das suas funções e poderes da natureza pró-ativa e assertiva, defensiva ou de provas – deve ser eficazmente assegurada, em cada fase ou etapa do processo, a igualdade de oportunidades para influenciar na formação do convencimento decisório do juiz.⁶⁰

Os direitos de ação e defesa, juntamente com a imparcialidade do juiz, o contraditório efetivo, a adequada motivação das decisões judiciais e o tempo razoável passam, pois, a serem componentes essenciais de um processo justo, conformado a partir de um modelo constitucional. Lembra Humberto Theodoro Jr. que

A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal, art. 5º, incs. LIV e LV). É no conjunto dessas normas do direito processual que, de forma prática, se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses, e ao juiz, os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes. [...] O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais.⁶¹

João Batista Lopes afirma, com apoio na doutrina italiana, que o processo justo deve reunir os seguintes requisitos ou atributos:

[...] a) possibilidade de atuar em juízo garantida a todos os cidadãos; b) proteção aos direitos no âmbito jurisdicional e administrativo; c) direito de defesa em qualquer grau de jurisdição; d) assistência judiciária aos pobres; e) garantia do juiz natural; f) independência e autonomia da magistratura; g) fundamentação das decisões judiciais.

⁶⁰ No original “[...] il ‘processo giusto’ incorpora la tecnica processuale istituzionalmente più idonea a garantire e a realizzare appieno i ‘contenuti essenziali’ dei diritti fondamentali della persona. Ciò posto, è dovere di tutti i soggetti coinvolti nel processo prestare la loro più efficiente collaborazione, al fine di assicurare la ricerca della ‘verdad jurídica objetiva’, l’acquisizione o l’assunzione di tutte le prove rilevanti e la non dispersione delle fonti probatorie comunque disponibili. Ora, il diritto di azione giurisdizionale ed il diritto di difesa costituiscono componenti essenziali, inviolabili ed insopprimibili del ‘processo giusto’. Essi non possono in alcun caso essere negati e sconosciuti o, comunque, compressi irragionevolmente; sicché le modalità del loro esercizio soggiacciono tutt’al più a quelle sole limitazioni (di carattere attuativo ed esecutivo) che non vengano ad intaccare il loro “núcleo sostanziale” e, soprattutto, non si pongano in contrasto con le “premesse etico-morali”, su cui si radicano le tradizioni socio-culturali delle nazioni ispano-latinoamericane. Inoltre, alle parti ed ai terzi coinvolti nel giudizio - nell’esercizio delle rispettive funzioni ed attribuzioni, di natura propositiva ed assertiva, difensiva o probatoria - devono essere effettivamente assicurate, in ogni fase o momento del processo, eguali opportunità di influire sulla formazione del convincimento decisório del giudice”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*. v. 112, p. 159-176, out./dez. 2003.)

⁶¹ THEODORO JR., Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Páginas de Direito*, n. 1091, 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6336-processo-justo-e-contraditorio-dinamico>>. Acesso em 03 nov. 2017.

A essas características podem ser agregadas a garantia da publicidade dos atos processuais, a proibição das provas ilícitas e a paridade de armas.⁶²

O processo justo⁶³ e o modelo constitucional de processo, trazem em si, um grau de eticidade para o direito que deve se prestar à garantia da ordem jurídica tal qual foi colocada pelo legislador. Todavia,

Em nome da eticidade, não se admite que o provimento judicial se torne fonte primária de uma justiça paternalista e assistencial, alheia ou contrária aos preceitos editados pelo legislador. *Justo e injusto* medem-se, no processo, pelos padrões objetivos próprios de direito, e não pela ótica subjetiva e intimista da moral, mesmo porque não é possível na ordem prática quantificar e delimitar, com precisão, os valores e preceitos puramente éticos, em todo seu alcance *in concreto*. [...] No plano substancial, o processo justo deverá proporcionar a efetividade da tutela àquele a quem corresponda a situação jurídica amparada pela direito, aplicado à base de critérios valorizados pela equidade concebida, sobretudo à luz das garantias e dos princípios constitucionais.⁶⁴

O modelo constitucional de processo significa que “o processo com garantias constitucionais, constitui exigência inafastável para se alcançar a tutela jurisdicional adequada e efetiva”⁶⁵. O processo será efetivo quando desempenhar a eficiente prestação jurisdicional⁶⁶, logo “à luz da efetividade do processo, do instrumentalismo substancial, do processo civil de resultados, a ação deve garantir o direito ao devido processo legal e colimar o acesso à ordem jurídica justa”⁶⁷.

O processo justo, ético e efetivo não pode conceder margem ao autoritarismo judicial, devendo o juiz debater com as partes as soluções possíveis, dentro do aspecto do contraditório, decidindo à luz da ordem jurídica posta – leis, princípios etc.

⁶² LOPES, João Batista. Modelo constitucional de processo: uma “antiga novidade”. In.: MARCATO, Ana Cândida Menezes, et. al. (Orgs.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO*. São Paulo: Verbatim, 2018. p.405.

⁶³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, v. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

⁶⁴ THEODORO JR., Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Páginas de Direito*, n. 1091, 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6336-processo-justo-e-contraditorio-dinamico>>. Acesso em 03 nov. 2017.

⁶⁵ LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo*, v. 116, p. 29-39, jul./ago. 2004.

⁶⁶ “[...] querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente da realização do direito material.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, v. 105, p. 181-190, jan./mar. 2002.)

⁶⁷ LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 167.

2.4 Devido processo legal

Oswaldo Alfredo Gozáini anota que “o devido proceso é considerado como um conjunto de princípios incalculáveis que operam em qualquer tipo de procedimento como um tipo de orientação, ou diretamente como um dever”⁶⁸.

O princípio do devido processo legal “caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade”⁶⁹, ou seja, ninguém pode ter sua esfera de direitos afetada sem a sua prévia oitiva. Isto garante ao indivíduo uma proteção contra abusos. De igual modo, o princípio do devido processo legal não tem incidência restrita apenas ao processo, ele se manifesta em todos os campos do direito.

O devido processo legal substancial ou material deve ser entendido como limite ao Poder Estatal, o qual não pode editar leis ou atos administrativos contrários ao interesse público ou que restrinjam injustamente o exercício dos direitos fundamentais do indivíduo. Destaca-se que este princípio pressupõe a “igualdade na lei”⁷⁰ e não só perante a lei.

Por sua vez, o devido processo legal processual encontra-se ligado à tutela do direito material por meio do processo – judicial, administrativo, arbitral etc – e significa “a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”⁷¹, o que inclui a produção de provas.

Não é possível dizer da garantia do devido processo legal quando às partes é negado o direito de demonstrar a pretensão deduzida. A produção de provas e a demonstração das alegações realizadas deve poder ocorrer de modo amplo, sem injustas restrições por parte dos operadores do direito. Mitigações pontuais ao uso de determinado meio probatório ou fora ponderado pelo legislador, em abstrato, e resta consolidado pelo âmbito de proteção do procedimento⁷², ou deverá ser adequadamente demonstrado pelo intérprete, em concreto, que

⁶⁸ No original: “el debido proceso se considera como un conjunto de principios incanjeables que operan en cualquier tipo de procedimiento como una suerte de orientación, o directamente como un deber”. (GOZAINI, Oswaldo Alfredo. *El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 34. Tradução livre.).

⁶⁹ NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 108.

⁷⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 209, p. 7-18, jul./set. 1997.

⁷¹ NERY JR., op. cit., 2016. p. 114.

⁷² Neste sentido, tem-se, por exemplo, o mandado de segurança que se limita à prova pré-constituída ou as tutelas da evidência.

a realização daquele ato probatório será inútil, desnecessário ou conduzirá o processo à inutilidade⁷³.

Também, viola o devido processo legal o uso das provas ilícitas, ou seja, daquelas que, conforme pontua João Batista Lopes⁷⁴, em sentido lato, são contrárias à Constituição, às leis ordinárias e aos bons costumes e, em sentido estrito, ofendem disposições constitucionais e legais, sendo inadmissíveis no processo por força do art. 5º, inciso LVI, da CRFB/1988 e do art. 369 do CPC/2015, que adverte que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, para provar a verdade dos fatos. Poderá, todavia, ser livremente valorada pelo juiz⁷⁵ a prova ilegal, compreendida como aquela obtida sem observar o procedimento legal estabelecido, desde que não reste inserta na ilicitude constitucional ou viole o art. 369 do CPC/2015. O vício, aqui, deve ser meramente procedimental.

2.5 Acesso à justiça

O princípio do acesso à justiça informa a possibilidade das partes socorrerem-se do Poder Judiciário para a solução de seus litígios, obtendo, ao final e em tempo razoável, a justa solução de mérito com a entrega do bem da vida. A inafastabilidade do controle jurisdicional decorre do princípio do acesso à justiça, e diz que a lei não poderá afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Já o direito de ação não é um princípio, mas um direito subjetivo próprio da parte de movimentar o aparato estatal para solução de sua lide.

O acesso à justiça é garantido, em última instância, por meio da jurisdição Estatal na medida em que esta é a detentora da força de coerção para o cumprimento das decisões. Todavia, não é apenas ela que concretiza o acesso à justiça. A jurisdição privada – arbitragem – possibilita o acesso à justiça na medida em que medeia e soluciona a lide colocada por meio de uma decisão que se substitui à vontade das partes.

O CPC/2015, dentro de um modelo de processo constitucional, adotou um *modelo multiportas de solução de conflitos*, assim,

⁷³ LOPES, João Batista. Art. 370. In. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 248.

⁷⁴ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 96.

⁷⁵ JUNOY, Joan Picó i. *El derecho a la prueba em el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1996. p. 290-291.

[...] cada disputa deve ser encaminhada para a técnica ou meio mais adequado para a sua solução. A mediação e a conciliação passam a ser fortemente estimuladas, num esforço de aproximação das partes e de empoderamento dos cidadãos, como atores da solução de seus conflitos.⁷⁶

Nesta perspectiva, o Poder Judiciário passa a ter papel fundamental na decisão dos conflitos, para além da litigiosidade, devendo promover da melhor forma a pacificação social dos conflitos, incentivando a auto-composição das partes (art. 3º do CPC/2015).

[...] o Poder Judiciário não é mais um local apenas para o julgamento, mas para o tratamento adequado de conflitos. Tratamento adequado significa perceber as particularidades de cada caso e as potencialidades de cada técnica e meio. Não se trata de uma mera questão semântica, mas do próprio paradigma organizacional da justiça civil.⁷⁷

O CPC reservou, em seu art. 165, papel fundamental ao Conselho Nacional de Justiça na implantação deste novo modelo judiciário, concedendo-lhe o poder regulamentar essencial dos centros judiciários de solução consensual de conflitos.

A criação dos núcleos de conciliação se deu por determinação da Res. CNJ 125/10. São compostos por magistrados da ativa ou aposentados e por servidores que, preferencialmente, atuem na área. A função dos núcleos, pelo que se depreende do Res. CNJ 125/10, está mais voltada ao desenvolvimento e à condução de políticas públicas sobre conciliação e mediação. No Estado de São Paulo, existe um Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, bem como o Centro de Conciliação em Segunda Instância. A Res. CNJ 125/10 determina a criação de tais órgãos com a função de realizar as sessões de conciliação e mediação pré-processual. Os tribunais poderão optar em manter a conciliação e a mediação iniciadas no curso do processo no âmbito do juízo que conduz o processo, desde que atendidas as prescrições do Res. CNJ 125/10.⁷⁸

O art. 3º do CPC/2015 prevê, expressamente, a possibilidade de solução de conflitos não ligados ao Poder Judiciário. Há jurisdição privada na arbitragem, na medida em que se considera esta como a faculdade de se pronunciar o direito substituindo a vontade das partes. O ponto que se coloca é que, relativamente aos atos executivos, a arbitragem por carecer da força cogente para o cumprimento de suas decisões afastaria o caráter jurisdicional. Em que pese a crítica, a solução arbitral de conflitos não se subsume à mesma lógica posta para a decisão judicial em que a força estatal, como regra, será aplicada para a entrega do bem da vida. Na arbitragem a decisão deve ser cumprida espontaneamente pelas partes, modificando a lógica e o alcance da jurisdição.

⁷⁶ LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora? *Revista de Processo*, v. 244, p. 427-441, jun. 2015.

⁷⁷ *Ibid.* (sic)

⁷⁸ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 698-699.

O Código adota posicionamento há muito defendido por Ada Pellegrini Grinover quanto a necessidade de se reinterpretar o sentido de jurisdição na modernidade, de poder à função, atividade e garantia⁷⁹.

Mas o princípio do acesso à justiça não pode significar apenas o acesso (entrada) ao Poder Judiciário deve, também, significar o acesso ao processo justo, com superação de barreiras⁸⁰ (custas, tempo, adequação entre rito e o direito etc), com respeito ao devido processo legal e a paridade de armas, o que inclui o direito de ser ouvido e de produzir todas as provas necessárias à demonstração do direito pleiteado ou defendido em juízo, podendo influir na convocação judicial e, ao final, obter a uma decisão jurídica justa e adequada (saída), que respeite os preceitos e princípios do ordenamento jurídico e confira uma resposta à lide colocada em juízo. Mas não qualquer resposta, uma resposta que reflita o estado atual do objeto litigioso e que, por sua justiça, consiga realizar a pacificação social.

2.6 Boa-fé

A atuação das partes em juízo deve respeitar um mínimo ético, com uma conduta pautada pelos princípios da lealdade, probidade e correção processual. A boa-fé prevista pelo art. 5º do CPC/2015 é verdadeira norma de comportamento; comportamento este que deve ser observado pelo juiz durante todo o processo em relação ao agir das partes. Mas a norma que prevê um agir com boa-fé tem como destinatário não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional⁸¹.

Ao consubstanciar-se em regra de conduta para todos os sujeitos processuais, que extrapola os limites do art. 77 do CPC/2015⁸² – o qual coloca como deveres mínimos das

⁷⁹ “[...] a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual, é evidente que fica superado o conceito clássico de *jurisdição*. Definida como poder, função e atividade, verifica-se que não há exercício de poder na jurisdição consensual, onde o conflito é dirimido exclusivamente pelas partes. Os elementos que a definiam também mudam. No estudo tradicional, os elementos principais seriam a *lide*, a *substitutividade*, a *coisa julgada* e a *inércia*. [...] Jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas *função, atividade e garantia*. E, sobretudo, seu principal indicador é o da *garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça*”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p.18-20).

⁸⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. p.15-30.

⁸¹ Neste sentido os enunciados do FPPC: *Enunciado 375*. (art. 5º) O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva. *Enunciado 376*. (art. 5º) A vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional. *Enunciado 377*. (art. 5º) A boa-fé objetiva impede que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos.

⁸² BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9.ed São Paulo: Saraiva, 2018. v.1. p. 398.

partes expor os fatos em juízo conforme a verdade, não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento, não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito, cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação, não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso, dentre outros –, a boa-fé age como norma garantidora da segurança jurídica. Por exemplo, deferida a prova o juiz não poderá mais recusar sua produção, tendo sido criada uma expectativa legítima nos sujeitos que a prova será produzida.

A boa-fé vai impedir comportamentos e alegações incongruentes da parte também em relação a processos distintos, pois a exigência de comportamento pautado pela lealdade, probidade e honestidade irradia-se para além dos limites do processo. O *venire contra factum proprium*, informa que as partes e o juízo não devem agir de modo contraditório⁸³. Protege-se a credibilidade e expectativa gerada em função de atos pretéritos. Trata-se da vedação de dois comportamentos que, separados no tempo, frustram a legítima confiança depositada por uma parte na outra ao se surpreender com a conduta contraditória⁸⁴.

⁸³ Decidiu o Superior Tribunal de Justiça não ser possível determinar-se a extinção do processo por ausência de pagamento de custas quando determinou-se à parte seu recolhimento e esta o fez: “RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE - INEXISTÊNCIA - ART. 244, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ - PREPARO - AUSÊNCIA - INTIMAÇÃO PESSOAL - DESNECESSIDADE - PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR - PORÉM, DETERMINADA A INTIMAÇÃO PARA RECOLHIMENTO DO PREPARO E DEVIDAMENTE CUMPRIDO - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM) - DECISÃO QUE EXTINGUE A DEMANDA, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - OBSERVÂNCIA - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. [...] III - A jurisprudência desta Corte Superior proclama que, na hipótese de oposição de embargos do devedor, sem a comprovação do recolhimento de preparo, o Juiz deve determinar o cancelamento da distribuição do processo e o arquivamento dos respectivos autos, independentemente de intimação pessoal. IV – Todavia, na espécie, a conduta do Juízo a quo revela-se contraditória e viola o princípio insculpido na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, na medida em que anteriormente determinou – quando não precisava fazê-lo – a intimação para recolhimento do preparo e, ato contínuo, mesmo após o cumprimento de sua ordem, entendeu por bem julgar extinta a demanda, sem julgamento de mérito. V – Tal atitude viola o princípio da boa-fé objetiva porque criou, na parte autora, a legítima expectativa de que, após o recolhimento do preparo, dentro do prazo estabelecido pelo Magistrado, suas razões iniciais seriam examinadas, observando-se o devido processo legal. VI - Determinada a intimação para recolhimento do preparo e figurando este devidamente cumprido, em tempo e modo oportunos, não é o caso de extinção dos embargos à execução, com base no art. 267, IV, do CPC. VII - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.116.574 –ES*. Rel. Min. Massami Uyeda. j. 14 abr. 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 08 out. 2017).

⁸⁴ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1. p. 742. Anderson Schreiber delinea os pressupostos de sua aplicação do seguinte modo: “(i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 132).

Para Cassio Scarpinella Bueno não apenas o *venire contra factum proprium* deve ser aplicado ao processo, como também a *supressio* – impossibilidade da prática de um ato em razão da confiança gerada pela conduta anterior de que o mesmo não seria praticado –, a *surrectio* – direito surgido em razão de um ato praticado – e o *tu quoque* – introdução de elemento prejudicial à relação em razão de ato posterior da parte – sem, todavia, descuidar que “a boa-fé possa querer se sobrepor a institutos processuais seculares e que são plenamente dominados pela doutrina, pela jurisprudência e pela prática do direito processual civil”⁸⁵, os quais são disciplinados pelo CPC/2015. Exemplifica o autor, com o que concordamos, não ser possível falar-se em *supressio* quando a parte perde um prazo processual e resta acobertada pela preclusão.

A boa-fé, como regra de conduta, possibilita um controle mais amplo sobre o comportamento dos sujeitos processuais. Não um controle voltado a tolhir-lhes suas condutas, mas um controle que se volta a garantir um agir ético e comprometido com a lealdade que deve existir entre aqueles que se colocam com interesses contrapostos. Busca-se uma pauta de conduta que privilegie o alcance do fim último do processo que é a distribuição adequada da justiça almejada a partir de um agir esperado, disciplinado pelas regras processuais, de forma a se evitar surpresas que frustrem as legítimas expectativas de justiça.

2.7 Cooperação

A cooperação, como dever de conduta dos sujeitos processuais, tal qual a boa-fé, não se restringe a apenas um imperativo moral, representa o modelo adotado pelo legislador, que coloca o processo como uma comunidade de trabalho a ser estabelecida.

O dever de cooperação pode ter seu descumprimento avaliado pelo juiz, como, por exemplo, na hipótese do art. 77, inciso III do CPC/2015 que estabelece que as partes devem se abster de “produzir provas ou praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito”. A produção de provas inúteis ou meramente protelatórias deve ser coibida pelo magistrado, evitando-se o retardo no andamento processual.

O CPC/2015 traz, ainda, rol detalhado dos deveres e responsabilidades das partes, estabelecendo algumas condutas que podem ser consideradas como ato atentatório à

⁸⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9.ed São Paulo: Saraiva, 2018. v.1. p. 400.

dignidade da justiça ou litigância de má-fé, puníveis com aplicação de multa (arts. 77 e 81 do CPC/2015).

Para César Augusto Luiz Leonardo⁸⁶ a violação ao princípio da cooperação tem força suficiente para ocasionar a invalidade do ato processual, a preclusão de uma potestade processual, o dever de indenizar, o direito à tutela inibitória, uma sanção disciplinar, além de induzir à flexibilização das regras do ônus da prova e do tempo do processo, podendo chegar até a dispensa da produção de meios de prova requeridos pela parte, com o julgamento antecipado da lide.

O princípio da cooperação impõe deveres aos sujeitos do processo – partes e juiz –, transformando o processo em uma “comunidade de trabalho”⁸⁷, fazendo com que todos se tornem responsáveis pelos resultados do processo. Inclusive o terceiro deve cooperar com a atividade jurisdicional, esclarecendo fatos ou exibindo documentos (art. 378 c/c art. 6º)⁸⁸.

Incluiu-se, aqui, as atividades direcionadas ao mérito do processo. A cooperação como base concretizadora da boa-fé objetiva impõe aos sujeitos do processo a adoção de comportamentos que propiciem o julgamento de mérito, sem que o processo seja, desnecessariamente, extinto sem sua resolução. Isto não quer dizer que as partes, detentoras de interesses antagônicos, tenham de produzir provas umas às outras ou agir de modo a contrariar seu próprio interesse. A cooperação é com o juízo, na busca de uma decisão de mérito, evitando-se as artimanhas processuais.

A cooperação valoriza o contraditório ao objetivar a participação efetiva das partes e uma postura ativa do juiz para garantir esse direito, com o adequado uso dos instrumentos processuais. Pondera Eduardo Cambi que:

Esse dever de cooperação ou colaboração guarda estreita ligação com o princípio do contraditório. É possível dizer que cooperação e contraditório são, na verdade, dois elementos interdependentes no sentido de que um não existe plenamente sem o outro. Com efeito, a proposta contida no novo Código é a de um sistema que permita a construção da decisão judicial ao longo do procedimento e mediante a colaboração

⁸⁶ LEONARDO, César Augusto Luiz. *Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2013. p. 88.

⁸⁷ Arruda Alvim anota que: “É preciso resgatar no ambiente processual o equilíbrio na “divisão do trabalho”. Mais ainda, é preciso criar uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), na qual todos os sujeitos do processo cooperem para o seu resultado. Quer dizer, busca-se reconhecer que no processo, o juiz deve dialogar com as partes, pois nunca está só. O processo é uma conversação, consistente em manifestações e pronunciamentos; um intercâmbio de ataques e contra-ataques”. (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 248).

⁸⁸ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Das normas fundamentais no processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et. al. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 84.

de partes com magistrado e vice-versa. Não se trata mais daquele modelo em que o juiz, de forma solipsista, praticava um ato isolado de reflexão e decisão. A ideia agora é radicalmente outra. A conclusão judicial deve decorrer de uma necessária interação entre as partes e com o enfrentamento de todos os argumentos discutidos no processo.

Muito mais do que o direito de participar em contraditório, têm agora as partes o direito de exercer um contraditório efetivo, com poder de influenciar a tomada de decisão pelo juiz. Observe-se a diferença em relação ao sistema anterior. Não basta abrir a oportunidade para que as partes se manifestem, é preciso também considerar os argumentos trazidos por elas. As partes precisam, portanto, ser ouvidas. O magistrado tem o dever de considerar suas alegações a respeito de questões fáticas e jurídicas que possam influenciar a decisão. Consoante previsão dos arts. 9º e 10 do Código, está vedada a chamada decisão surpresa, ou decisão de terceira via. Tudo que for objeto da decisão deverá ser previamente discutido entre as partes. Só assim se pode manter o pressuposto de construção conjunta da decisão judicial⁸⁹

O dever de cooperação não impõe às partes o dever de agir de modo contrário aos seus próprios interesses, contribuindo para que a parte contrária vença. O comportamento que se espera das partes cinge-se à colaboração para com o juiz e não com a parte contrária, pois “obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. [...] A colaboração não implica de modo nenhum cooperação entre ‘todos os sujeitos do processo’”.⁹⁰ Desta forma, não deve ser atribuída a cada parte o dever de fazer prova em favor da parte contrária.

Mesmo a dinamização do ônus da prova (art. 373 do CPC) não prevê que a parte deva realizar a prova pelo adversário, mas tão somente deixar seu estado de inércia e trazer aos autos os elementos que demonstrem seu direito.

O modelo de processo adotado pelo CPC/2015 baseia-se na cooperação entre todos os sujeitos envolvidos na relação jurídico-processual, impondo deveres às partes e ao juiz e garantindo-se que, no desenvolvimento do processo, seja respeitado o devido processo legal, com a observância dos princípios da boa-fé, igualdade e contraditório. Isto quer dizer que se espera que o juiz seja ativo na condução do processo e não ativista de modo a transformar a comunidade de trabalho em um processo inquisitorial.

Arlete Aurelli⁹¹, após analisar se o princípio da cooperação, juntamente com o princípio da boa-fé, representa a possibilidade de ampliação do ativismo judicial, conclui que o princípio da cooperação se mostra como meio termo entre as duas correntes, ativismo e garantismo.

⁸⁹ CAMBI, Eduardo; et. al. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 69.

⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, a. XXXV, n. 126, p. 47-57, mai. 2015. p. 49.

⁹¹ AURELLI, Arlete Inês. A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual/ativismo judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 90, p. 73-85, abr./jun. 2015.

O dever de cooperação envolve também o juiz, que deverá firmar sua atuação como agente colaborador do processo, inclusive como participante ativo do contraditório, não mais se limitando a ser mero fiscal de regras. Em consequência, não mais se pode admitir o magistrado apático, que aguarda manifestações das partes para, somente então, atuar. [...] Na verdade, o princípio da cooperação, se for bem aplicado e compreendido pelos sujeitos do processo, impede que o juiz tenha ascendência sobre os interesses e ônus das partes, evitando os abusos de autoridade, abusos de poder, e propicia, inclusive, a observância do princípio dispositivo.⁹²

O juiz tem o dever-poder de cooperação no processo. É este dever que legitima sua atuação e seus deveres-poderes. Ao juiz são impostos deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. Deve indicar às partes os pontos que necessitam ser esclarecidos, determinar a oitiva de testemunha ou de terceiros, alertar do uso inadequado de instrumentos processuais antes de penalizar a parte, indicar o que necessita ser complementado na petição inicial e determinar, de ofício, as diligências necessárias ao seu esclarecimento, em auxílio às partes, após estas terem encerrado a instrução processual.

2.8 Contraditório

Os artigos 9º e 10 do CPC/2015 informam o princípio do contraditório, sendo o primeiro referente à regra geral e o segundo à vedação à decisão surpresa, materializando na legislação infraconstitucional a previsão constitucional do art. 5º, LV, derivada da garantia do devido processo legal. No âmbito do direito probatório o contraditório vai assumir duas facetas complementares: a) liga-se à possibilidade de a parte produzir a contraprova em razão de uma prova originalmente apresentada, contrapondo seu direito ao direito da parte adversa; e b) está relacionado à possibilidade de impugnação da própria prova produzida, indicando-lhe defeitos internos e externos que impedem sua validade.

O CPC/2015 ao propor um modelo de comunidade de trabalho às partes e trazer a ideia do contraditório participativo de todas os sujeitos, partes e juiz, visando à construção da decisão judicial, eleva-o à regra motriz do processo e o seu exercício pressupõe as dimensões de participação e de influência⁹³, constituindo-se em um “direito das partes e deveres do juiz”⁹⁴. Humberto Theodoro Jr. a

⁹² AURELLI, Arlete Inês. A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual/ativismo judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 90, p. 73-85, abr./jun. 2015.

⁹³ Antonio do Passo Cabral já destacava, ainda, sob a égide do CPC/1973, o caráter participativo do contraditório. (CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di diritto processuale*, v.60, n. 2, p. 449-464, abr./jun. 2005.).

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1. p. 517.

O contraditório, no sistema no novo CPC, envolve um diálogo não só entre as partes, mas que inclui também o juiz, de maneira que suas decisões não podem ignorar a contribuição de todos os sujeitos do processo: as partes têm, no debate processual, o direito de influir na construção do provimento, e o julgador tem o dever de responder a essa influência na motivação do decisório, mediante argumentos lógicos e jurídicos adequados, seja para acolher ou rejeitar a contribuição pertinente dos interessados.⁹⁵

No art. 10, que traz a vedação à decisão surpresa, o princípio do contraditório estabelece verdadeira regra de conduta ao poder judiciário e salvaguarda do devido processo legal, de modo que as partes “não sejam surpreendidas com decisões inesperadas, fundadas em premissas que não puderam, previamente, conhecer para tomar as medidas e precauções adequadas para o caso”⁹⁶⁻⁹⁷.

É de se observar que o contraditório atua em todas as fases e categorias processuais, inclusive no processo de execução. Conforme pondera Nelson Nery Jr.⁹⁸, o contraditório vai se conformar à espécie processual-procedimental adequada à asseguaração do interesse tutelado, assim, na execução o devedor deve ser notificado para falar sobre os atos processuais, como, por exemplo, uma atualização de cálculo, penhora, etc, o que ocorre é que este contraditório apenas restará limitado, por vezes, à espécie processual.

A mitigação do contraditório, todavia, poderá ocorrer em hipóteses especiais, como as dos incisos do parágrafo único do art. 9º do CPC/2015. O contraditório será diferido, e as decisões que são provisórias podem ser modificadas ao longo do processo. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ressaltam que “o denominador comum entre as três hipóteses – e que torna legítima a exceção, justamente porque não invade o núcleo duro do direito ao contraditório – é a provisoriedade da decisão”⁹⁹. Nesses casos, “a possibilidade de o tempo ou a atuação da parte contrária frustrar a efetividade da antecipação de tutela constitui pressuposto para postergação do contraditório no processo civil”¹⁰⁰. Há uma ponderação entre o contraditório efetivo e a boa-fé e o tempo razoável do processo.

⁹⁵ THEODORO JR., Humberto. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*, v. 285, p. 65-88, nov. 2018.

⁹⁶ NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 261.

⁹⁷ Analisando o art. 10 do CPC/2015, Nery aponta que o texto da legislação brasileira é oriundo de experiência estrangeira recente, citando como exemplo, a Alemanha (ZPO §139, 2), a Itália (CPC 183), França (CPC art. 16) e Portugal (CPC 2013, art. 3º). (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 223-225).

⁹⁸ *Ibid.*, p. 270-273.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. I. p. 166.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 166.

Ultrapassa-se a simples participação da parte no processo e concede-se a possibilidade de influenciar o convencimento judicial.

2.9 Dever de fundamentação

O art. 11 do CPC/2015 exige que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas. Esta exigência não é apenas uma formalidade do processo, mas tem implicação substancial, uma vez que o juiz deve fornecer as razões de seu convencimento, analisando as questões postas à decisão¹⁰¹.

O CPC/2015 explicitou a necessidade de que o julgamento do processo se dê de forma analítica, com base na análise das provas do processo e das argumentações das partes, demonstrando as razões que o levaram ao convencimento do julgador.

Conforme adverte Michele Taruffo¹⁰², o juiz não possui o dever de persuadir. Ao fundamentar sua decisão “não visa criar na mente de alguém um *status* psicológico correspondente à crença subjetiva (à persuasão) de que os fatos em questão são verdadeiros”. Por meio de seus atos, “deve indicar as razões pelas quais o juiz entendeu que os fatos resultaram provados segundo critérios objetivos e racionamente verificáveis; portanto as razões nas quais justifica sua decisão, fazendo referência às provas”.

Ponderam Cândido Dinamarco e Bruno Carrilho que a fundamentação “visa conferir *transparência* ao exercício do poder pelo juiz, para conhecimento pelas partes e possível controle pelos órgãos superiores da Magistratura e pela própria opinião pública”¹⁰³.

Ao explicitar os motivos objetivos pelos quais uma determinada decisão fora proferida, impõe-se limites ao livre convencimento, condicionando-o à motivação da decisão,

¹⁰¹ Sobre a explicitação da decisão anota Chaïm Perelman que “Nunca se deve perder de vista que o juiz, ao redigir uma sentença, não tem de exprimir uma opinião estritamente pessoal. Se sua íntima convicção lhe permite considerar como estabelecidos os fatos, estando conforme às prescrições da lei o procedimento concernente aos meios de prova – mais ainda, é necessário que essa convicção não pareça ser desarrazoada –, a qualificação dos fatos e as consequências jurídicas que deles extrai devem corresponder a uma opinião comum, de fato ou de direito. É necessário que a motivação da decisão demonstre suficientemente que esta é conforme ao direito em vigor, tal como é entendido pelas instâncias superiores e pela opinião dos juristas qualificados.” (PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.220.).

¹⁰² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 273.

¹⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 72.

porque “a fundamentação, na espécie, tem de ser construída, com racionalidade e juridicidade, sobre os elementos de fato e de direito deduzidos, comprovados e debatidos no processo”¹⁰⁴.

No campo das provas, “todo enunciado apresentado como verdadeiro deve ser confirmado pelas inferências probatórias”¹⁰⁵, do mesmo modo para aqueles que considerou não correspondentes à realidade e àqueles que não lhe formaram a convicção levando o julgamento a ser proferido por meio do ônus probatório. A fundamentação possibilita verificar se houve o contraditório, isto é, se as partes puderam influir na decisão que se formou:

É importante ter sempre presente que o contraditório assegurado pela Constituição compreende a possibilidade de efetiva influência de todos os sujeitos do processo (inclusive as partes) na formação do provimento pacificador do litígio. Sem a motivação adequada, não se poderá aferir se a sentença apreciou, realmente, as razões e defesas produzidas pelas partes, nem se permitirá o necessário controle do comportamento do julgador pelos interessados mediante mecanismos do duplo grau de jurisdição.¹⁰⁶

O juiz ao integrar o debate processual tem de demonstrar que avaliou as questões trazidas pelas partes quando profere a decisão. A fundamentação se mostra como uma das faces do exercício do contraditório, pois o juiz “deve demonstrar que as alegações das partes, somadas às provas produzidas, efetivamente interferiram no seu convencimento”¹⁰⁷.

O dever de fundamentação, emanado do modelo constitucional de processo, extrapola o simples dizer as razões pelas quais a decisão se manifesta em um determinado sentido e passa a constituir-se em ponto de verificação de sua adequação ao quanto debatido no processo, demonstrando que a decisão decorre de um processo justo, isto é, informado pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que a parte teve a oportunidade de participar e intervir no convencimento judicial e se respeitou a integralidade do direito vigente.

¹⁰⁴ THEODORO JR., Humberto. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*, v. 285, p. 65-88, nov. 2018.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 275.

¹⁰⁶ THEODORO JR., op. cit., 2018.

¹⁰⁷ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1247.

3 O DIREITO À PROVA NO PROCESSO CIVIL

O modelo constitucional de processo informa que o processo civil deve reger-se em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente erigidos e protegidos. Mas para que se possa colocar em marcha o *devido processo legal*, com respeito ao *contraditório* e à *ampla defesa*, não é possível que seja reservado às partes no processo apenas o exercer burocrático e formalizado dos instrumentos processuais postos à sua disposição.

É verdadeiramente necessário que a parte possa influir de modo significativo na esfera de convencimento judicial, colocando no processo seu modo de ser dos fatos, o que somente será possível a partir da possibilidade de demonstração e comprovação das alegações realizadas por meio das provas a serem produzidas, garantindo-se a concreta atuação do direito de ação¹. O direito à prova ganha importância primária na realização da tutela jurisdicional reconhecida pela Constituição, e se mostra como ponto central do processo².

3.1 Prova e processo

O processo civil é fortemente inspirado pelo princípio da inércia, momento no qual o Estado-Juiz espera ser provocado para que possa colocar em curso a jurisdição. Este modelo processual se coloca em frontal oposição ao modelo processual penal, no qual o exercício da jurisdição é cogente. Ocorrido um crime, não há espaço para que se perquiria sobre o início ou não da persecução penal, uma vez que os bens jurídicos protegidos se relacionam a interesses socialmente protegidos, de importância maior³.

O sistema processual penal brasileiro é, por força constitucional, nitidamente acusatório. É estabelecida a competência acusatória ao Ministério Público (art. 129, I da CRFB/1988), a de defesa à advocacia (art. 133 da CRFB/1988) e ao juiz a de julgar (art. 5º,

¹ DENTI, Vittorio. Il diritto di azione e la Costituzione. *Rivista di diritto processuale*, v. 19, n.1, p. 116-124, jan./mar. 1964.

² “Anche il diritto alla prova, infine, gode di un’importanza primaria, perché è un connotato imprescindibile per la realizzazione effettiva della tutela riconosciuta dalla Costituzione. Con specifico riguardo a quest’ultimo profilo, che la ricerca ossessiva della celerità processuale potrebbe porre in disparte, è bene rimarcare che l’attività probatoria rappresenta il momento centrale del processo, sia da un punto di vista topografico che per ragioni sistematiche, giacché attiene alla dimostrazione della verità o falsità dei fatti che sono stati dedotti o rilevati nel giudizio”. (SAVIO, Marco. *La semplificazione dei procedimenti dalla prospettiva dell’efficienza*. Tese (Doutorado em Direito) – Università Degli Studi di Milano, Milano, 2015-2016. p. 78-79).

³ Ressalvam-se raras exceções, como nos crimes de ação penal privada, quando o bem jurídico protegido liga-se mormente ao interesse particular do ofendido do que aos próprios interesses sociais.

XXXVII, LIII, LIV da CRFB/1988). Neste sistema não é admitido os *juízes de instrução*⁴, pois estes violariam o sistema acusatório adotado pela CRFB/1988; do mesmo modo é amplamente questionável a adoção dos *juízes de garantia*⁵, pois estes já teriam sua convicção formada anteriormente ao início da própria ação penal.

A produção de provas no processo de modelo acusatório, assim como no modelo processual civil, encontra-se vinculada estritamente ao princípio da correspondência, ou seja, as provas devem corresponder estritamente àquilo que fora alegado na inicial e na defesa.

No sistema acusatório, em contraposição ao sistema inquisitorial, questiona-se como poderia o juiz saber qual prova será necessária para a ação que será proposta se não há acusação processual. Critica-se, pois, o inciso I do art. 156 do CPP que permite ao juiz, *de ofício*, determinar a produção de provas mesmo antes da iniciada a ação penal. Conforme anota a professora Ada Pellegrini Grinover,

Não se confunda [...] poderes do juiz no processo e a sua iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase da investigação prévia. Esta não pode ser confiada ao juiz, sob pena de se retornar ao juiz-inquisidor do modelo antigo. Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares.⁶

Nas ações penais, em razão de o resultado do processo ligar-se a liberdade individual, o formalismo processual na busca da reconstrução dos fatos, presente na jurisdição civil, é mais facilmente superado. No processo civil, embora seu resultado objetive a entrega efetiva do bem da vida, suas regras comportam soluções formais, informada pelas regras do ônus da prova. No processo penal, todas as soluções formais indicam apenas a um resultado: a absolvição. A condenação penal somente é admitida quando o Estado-Juiz restar convencido da ocorrência dos fatos, tal qual passados.

José Rubens de Moraes⁷ aponta a existência de íntima correlação “entre a prova e as complexas atividades inerentes à formação do convencimento judicial” e embora aponte que

⁴ Os chamados *juízes de instrução*, típicos do sistema francês, são responsáveis pela colheita e busca da prova realizando a acusação e o juízo de culpabilidade, para que posteriormente o Tribunal fixe a pena. Este sistema tem em si um perfil altamente inquisitorial e encontra-se em pleno declínio, sendo mesmo que a maior parte dos países da Europa que adotavam tal sistema vem modificando suas legislações.

⁵ Há que se observar como faz a professora Ada Pellegrini Grinover que estes *juízes de garantia*, tipicamente italianos, não são propriamente juízes, mas sim membros do Ministério Público italiano. A confusão ocorre porque naquele país ambas as carreiras fazem parte de um mesmo quadro, de um mesmo órgão e seu ingresso e permutação são simultâneos devido à paridade de funções. Mas estes não são juízes em realidade, mas sim, como já afirmado, membros do *Parquet*. (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Que juiz inquisidor é esse? Boletim IBCCrim*, São Paulo, IBCCrim, a. 3, n. 30, p. 1, jun. 1995. E GRINOVER, Ada Pellegrini. *Que juízes são esses? Boletim IBCCrim*, São Paulo, IBCCrim, a. 2, n. 25, p. 1-2, jan. 1995).

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, a. 95, n. 347, p. 3-10, jul./set. 1999.

⁷ MORAES, José Rubens. *Sociedade e verdade: evolução histórica da prova*. São Paulo: EdUSP, 2015. p. 356.

“a busca pela verdade reflete um valor do qual o processo não pode prescindir e, ao mesmo tempo, trata-se de um dever, diante do qual o julgador não deve se omitir”, reconhece que nem todo processo acaba, “necessariamente, atingindo, de forma inexorável, a própria verdade. Aliás, nem mesmo o sistema processual trabalha com tal premissa”.

Será, portanto, na configuração do módulo probatório que ficarão evidenciadas as escolhas do legislador em permitir um maior ou menor elastério nos poderes conferidos ao Estado-Juiz na apuração da verdade, circunstância que não poderá se desvincular de seu contraponto: a questão da maior ou menor amplitude das liberdades dos indivíduos em suas relações com o poder.

Trata-se, pois, da opção pelo delineamento da feição do Estado de Direito que se pretende construir ou impor em determinada época.⁸

A República Federativa do Brasil se pretende um Estado Democrático de Direito, que, em suas feições, busca equilibrar os poderes do Estado na busca das provas com as liberdades e autonomias individuais. É neste pêndulo que a atuação instrutória do juiz deve se equilibrar sem violar as liberdades ou ferir o Estado de Direito instituído.

3.2 A prova como direito da parte

Os direitos são previsões exercitáveis desde logo enquanto que as garantias se prestam a assegurar o direito, garantindo-lhes o pleno exercício. Conforme ensina Luís Roberto Barroso, “direito é a possibilidade de exercer poderes ou de exigir condutas. Garantias são instituições, condições materiais ou procedimentos colocados à disposição dos titulares de direitos para promovê-los ou resguardá-los”⁹.

José Afonso da Silva ensina que “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são aos meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”¹⁰.

Por meio do direito é facultado a um indivíduo exigir uma determinada conduta de outra pessoa, enquanto que a garantia se presta como remédio posto ao titular do direito contra sua violação, conferindo-lhe meios de assegurar o exercício do próprio direitos.

Prevê a CRFB/1988, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, o direito ao devido processo legal, assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios a ela inerentes. A evolução do contraditório retira dele, na atualidade, o papel de mero aspecto da bilateralidade em

⁸ MORAES, José Rubens. *Sociedade e verdade: evolução histórica da prova*. São Paulo: EdUSP, 2015. p. 357.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 414.

audiência¹¹ para conferir-lhe um papel de maior importância, sendo assegurado à parte no processo judicial não apenas o direito a se manifestar, mas a influir positivamente nos rumos do processo e na formação do convencimento do julgador e, com isto, na própria decisão judicial.

O processo moderno, busca o contraditório efetivo, não basta o simples contraditório “*digam as partes*”. Decorrente do modelo constitucional de processo estabelecido pelo CPC/2015, este contraditório deve ser amplo, possibilitando às partes que discutam a questão de forma plena – inclusive com a ampla produção de provas –, para que a cognição judicial seja exauriente sob a questão, tanto horizontal, como verticalmente. José Roberto dos Santos Bedaque anota que o

Contraditório efetivo e defesa ampla, compreendem: o poder conferido à parte, de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos ou extintivos do direito afirmado. O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa.¹²

O direito da parte de produzir a prova é uma garantia constitucional decorrente do contraditório efetivo pois não haveria valor a declaração formal do contraditório e da ampla defesa se não fosse garantida a possibilidade de se demonstrar e formar a convicção sobre os fundamentos da pretensão deduzida¹³. O direito de acesso à ordem jurídica justa encontra-se atrelado ao direito à prova, “sendo ambos elementos intrínsecos do Estado Democrático de Direito”¹⁴.

O art. 369 do CPC/2015 estabelece que a prova é um direito das partes de utilizarem-se de todos os meios legais e os moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos em que se funda o direito pleiteado e influir eficazmente na convicção do juiz. Assim,

No ambiente acadêmico, é possível discutir se a *prova* constitui um *direito*, uma *garantia* ou um aspecto do *princípio do contraditório*. Qualquer que seja a posição adotada, o que se colhe da leitura do artigo é que as partes podem valer-se de *todos* os meios legais ou moralmente legítimos para provar suas alegações. O Código consagra, assim, o princípio da *universalidade dos meios*

¹¹ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 242-246.

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 168.

¹³ LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coords.). *Direito probatório*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 57.

¹⁴ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 56.

de prova: além dos meios de prova expressamente indicados na lei, as partes poderão valer-se de quaisquer outros meios que sejam moralmente lícitos.¹⁵

Flávio Yarshel, comentando a possibilidade da produção antecipada de prova sem caráter de urgência e desvinculado de uma declaração de direito material, destaca que

O direito à prova – com tal concepção – se afeiçoa não apenas ao escopo jurídico da jurisdição, mas especialmente ao escopo social, de pacificação pela superação da controvérsia: quanto melhor o interessado conhecer dados relativos à controvérsia, maior será a chance de propor uma demanda bem instruída; de deixar de fazê-lo; ou, de transigir. Nessa perspectiva, o direito à prova se afina com o componente preventivo que é inerente à inafastabilidade do controle jurisdicional e à adequada cognição.¹⁶

O direito à prova compreende não apenas o direito de produzi-la perante o Estado-juiz, mas também sua colocação em contraditório e a adequada valoração dos elementos produzidos, sendo instrumento essencial para que se garanta o direito de ação e de defesa, isto porque, conforme propõe Michele Taruffo,

No contexto do significado complexo de garantias, assume particular relevância este aspecto em relação às provas, já que o instrumento fundamental para a efetiva implementação do direito de agir e de defender-se em juízo é a possibilidade de utilizar os meios necessários para demonstrar da validade factual das demandas e das exceções. Assim, como princípio de hierarquia constitucional, surge o direito à prova.¹⁷

O direito à prova compreende o direito de produzir a prova e a contraprova, o direito de assumir e aceitar a prova produzida, o direito a valoração da prova e o direito a motivação¹⁸.

O *direito a produção da prova* implica não apenas a produção das provas com o emprego dos meios previstos na legislação processual, mas também a produção das provas atípicas, desde que moralmente legítimas, pois somente pode ser observado o pleno contraditório quando é conferido às partes a possibilidade de demonstrarem o seu direito em plenitude.

¹⁵ LOPES, João Batista. Art. 369. In. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 242.

¹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Da Produção Antecipada da Prova In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.1093.

¹⁷ No original: “Nell’ambito del complesso significato di queste garanzie assume particolare rilevanza l’aspetto di esse che riguarda le prove, poichè strumento fondamentale per l’attuazione efetiva del diritto dia gire e difendersi in giudizio è la possibilità di servirsi dei mezzi ocorrenti per dimostrare la fondatezza fattuale dele proprie domande ed eccezioni. Viene così a delinarsi, come principio di rango costituzionale, il *diritto ala prova*”. (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5.ed. Bologna: Mulino, 2011. p. 461-462. Tradução livre).

¹⁸ *Ibid.*, p. 462-463.

[...] o direito à prova impede o juiz de negar a produção de uma prova que possa influir sobre o seu convencimento, ainda que seja requerida pela parte que não tem o ônus da prova, pois o contrário seria admitir que o convencimento judicial depende apenas da atuação da parte onerada, pouco importando a prova que pode ser produzida pela parte contrária.¹⁹

O *direito a valoração da prova* implica no reconhecimento, pelo juiz, da prova produzida e desta influenciar, positiva ou negativamente, na decisão que venha a ser proferida, de modo livre.

Por sua vez, o *direito a motivação da decisão* corresponde a exposição, pelo julgador, do raciocínio lógico que o levou à tomada da decisão, de modo a permitir às partes o controle do ato, verificando se esta se baseou nas provas e argumentos deduzidos nos autos de modo a que possam assumir e aceitar a decisão proferida.

3.3 O destinatário da prova

A finalidade da prova é demonstrar que as afirmações de uma dada realidade fática podem ser tomadas como pressuposto lógico da pretensão deduzida e a síntese destas afirmações fundar a decisão a ser proferida. O fim básico da prova é “persuadir o espírito de uma verdade”²⁰, isto é, convencer as partes e o julgador de que uma afirmação de fato corresponde à realidade do fato. Pode-se concluir com Jeremy Bentham²¹ que “a arte do processo nada mais é do que a arte de se administrar as provas”.

Alguns autores, como Francesco Carnelutti²², atendo-se à processualística e aos conceitos puros, diziam que o fim da prova era a produção da verdade formal em oposição à verdade material. *Verdade formal* é “a representação intelectual da realidade obtida pela aplicação a certo caso das regras da prova legal ou dirigida”, enquanto que a *verdade real* seria a *veritas in re*, ou seja, a pleonasticamente chamada “verdade verdadeira”²³.

O conceito de verdade formal e o processo como expressão desta verdade formal – que por vezes corresponde à verdade material, por outras não – vem sendo repudiado por parte da doutrina que afirma ser o processo, como direito adjetivo, meio de realização do direito substantivo e, portanto, deve-se buscar a *veritas in re*. Restaria autorizado ao juiz deixar sua

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. VI. p. 233.

²⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1. p. 2.

²¹ No original: “the art of procedur is in reality nothing but the art of administering evidence”. (BENTHAM, Jeremy. *A treatise on judicial evidence*. London: The Law Journal, 1825. p. 2. Tradução livre.).

²² CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 73.

²³ MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961. p. 384-390.

posição meramente estática no processo e passar a uma atuação indagando não apenas se as afirmações de fato demonstradas nos autos são verdadeiras, mas se as provas são verdadeiras. E, através de um juízo próprio de verossimilhança, na hipótese de as afirmações de fato demonstradas não se aparentarem com a verdade mundana, poderia o juiz perquirir e buscar provas dos fatos acontecidos, para julgar com base na *verdade real*, perfazendo uma justiça equânime e não dependente, conforme a relação de direito material posta²⁴.

Jordi Ferrer Beltrán anota que “ou se abandona a relação conceitual entre prova e verdade – isto é, não se define a prova em termos de verdade dos enunciados –, ou se sustenta que é impossível conceitualmente provar um enunciado falso”²⁵, nesta última hipótese estar-se-á frente a um erro. Em qualquer hipótese, é necessário que a decisão possua autoridade jurídica.

Apesar da prova se destinar à formação do convencimento judicial, este varia de juiz a juiz, pois cada um possui uma formação sócio-econômico-cultural diferente o que influencia e faz pesar na decisão. Caso assim não o fosse, conforme advertem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart,

[...] diante de dois processos idênticos, em que foram produzidas as mesmas alegações e as mesmas provas, dois juízes distintos podem chegar a duas conclusões completamente antagônicas: é que a prova não se presta à reconstrução da verdade – caso em que as conclusões judiciais, como exercício de mero silogismo, deveriam ser, inexoravelmente, as mesmas [...].²⁶

As provas se prestam à demonstração da veracidade das afirmações de fato deduzidas no processo e quando o julgador faz a síntese destas afirmações, ante o binômio argumento-decisão, chega à sua conclusão de modo imparcial, ou seja, sem tender a favorecer alguma das partes, mas nunca de modo neutro, pois sempre que decide expõe um pouco do seu modo de ver o mundo e de seus valores pessoais²⁷.

Não apenas o juiz é o destinatário da prova no sistema do CPC/2015, as partes também passam a sê-lo, conferindo ao processo legitimidade e autoridade, pois as provas possibilitam o controle e o convencimento das partes de que a decisão proferida se encontra aderente à

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 137-138.

²⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 68.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 66-67.

²⁷ Sobre imparcialidade e neutralidade, vide adiante o item 3.8.3.

realidade de fato passada. Logo, pode-se afirmar que o processo é o destinatário da prova, que a absorve e reflete seus efeitos de forma indelével para todos os seus sujeitos²⁸.

O juiz deve apreciar a prova dos autos independentemente de quem as tenha produzido segundo o *princípio da aquisição e comunhão da prova* (art. 370)²⁹. A prova produzida não se presta apenas a convencer o juiz, mas também a parte adversa de que a posição sustentada é possível, lícita e adequada.

O CPC/2015 deu novo rendimento à produção antecipada de provas ao estabelecer sua admissibilidade nas hipóteses em que o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação (art. 381, III). Nesta hipótese, claramente, não é o juiz o primeiro destinatário da prova produzida. O juiz, neste momento, não emite qualquer juízo de valor sobre a prova produzida; somente a avaliará se e quando houver um processo no qual as provas produzidas antecipadamente poderão ser utilizadas. São as partes os nítidos interessados na prova e aqueles que, neste momento, produzirão sobre as provas antecipadas seu juízo pessoal de valor, podendo sustentar uma demanda ou realizar um acordo sobre a controvérsia eventualmente existente.

Júlio Lanes e Fabrício Pozzati³⁰ ressaltam que a prova não é mais destinada única e exclusivamente ao juiz, mas que “no Estado Constitucional de Direito, transcende o individual em favor da resposta devida e esperada não só pelo jurisdicionado em litígio, mas por toda a coletividade”, como condição necessária ao processo justo.

Os destinatários da prova são o processo, as partes e o juiz. O primeiro as recebe e incorpora como forma de documentar o debate havido. As partes as recebem como meio de verificação das alegações do adverso e constatação do que é debatido, podendo, assim, exercer o controle da decisão judicial que deve se fundar nos elementos do processo ou mesmo se convencer de que sua posição processual não é adequada e que o processo recebeu fim justo. O juiz, como prolator da decisão, recebe as provas e deve cuidar para que reflitam a

²⁸ “A prova tem um destino, o processo. Um *destinatário principal*, os integrantes do Judiciário ou de tribunais arbitrais, incumbidos de julgar a demanda. Inúmeros *destinatários indiretos* que utilizarão a prova produzida, não somente para julgar, mas para dar base aos seus argumentos no processo onde se encontram (partes e assistentes) ou para serem utilizadas em outro processo”. (FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 131).

²⁹ Conforme alerta William Santos Ferreira, quando se fala em aquisição valoriza-se o elemento objetivo – o processo –, mas quando se fala em comunhão, valorizado é o elemento subjetivo, as pessoas que se aproveitarão da prova. As demoninações expressam características da prova e se complementam, sendo indicado seu uso cumulativo. (FERREIRA, op. cit., p. 130-131).

³⁰ LANES, Júlio Cesar; POZZATI, Fabrício Costa. O juiz como o único destinatário da prova? In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coords.). *Direito probatório*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 97-112.

questão debatida e possam formar-lhe a convicção sobre os fatos passados e, assim, saber que profere, conforme a justiça, um pronunciamento que se adequa aos fins da jurisdição.

3.4 Prova e fundamentação da sentença

Atento à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, regra já prevista no art. 93, inciso IX, da CRFB/1988, o CPC/2015 trouxe materialidade ao que se considera uma decisão fundamentada, na qual o juiz analisará as questões de fato e de direito.

O art. 489, §1º estabelece parâmetros mínimos à elaboração da decisão judicial no tocante à sua fundamentação, dispondo que não se considerará fundamentada a decisão que *i)* apenas indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, deixando de explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; *ii)* utilizar de conceitos jurídicos indeterminados sem demonstrar a concretude de sua incidência; *iii)* utilizar-se de motivação genérica, que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; *iv)* não enfrentar todas as questões³¹ deduzidas no processo capazes de, em tese, possibilitar uma conclusão contrária à adotada; *v)* utilizar-se de precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes; e *vi)* deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado sem demonstrar a distinção daquele ao caso concreto ou sua superação.

Sobre a técnica adotada pelo Código ao estabelecer balizas mínimas à decisão, Arruda Alvim anota que é “salutar a fixação desses parâmetros, num contexto evolutivo do direito em que, cada vez menos, a literalidade do texto legal é capaz de, sem maiores esforços interpretativos, conduzir à solução a ser implementada nas hipóteses específicas”³².

Pondera João Batista Lopes que “a fundamentação das decisões judiciais é dever do magistrado e garantia dos jurisdicionados, revestindo-se de caráter objetivo, diversamente da motivação, que tem caráter subjetivo e, portanto, não integra a razão de decidir”³³. O art. 489

³¹ Embora o texto normativo se refira a argumentos – “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo*” –, tecnicamente não se trata de argumentos, mas de questões trazidas pelas partes para decisão. Pondera João Batista Lopes que “por *argumento*, entende-se a operação mental que conduz à indução ou dedução; diversamente, *questão* é ponto controverso ou duvidoso. [...] ao juiz cumpre examinar todas as *questões* suscitadas pelas partes, mas não todos os *argumentos* [...]”. (LOPES, João Batista. Art. 371. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 250-251).

³² ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1121.

³³ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Ed. Castro Lopes, 2016. p. 58.

do CPC/2015 traz questões objetivas de fundamentação e não de motivação, na medida em que expõe o caminho que a decisão necessita trilhar para que reste completa e adequada.

Com o regime das decisões vinculantes trazidas pelo CPC/2015 houve um aumento da responsabilidade dos magistrados no que se refere à necessidade de conteúdo adequado e completo na fundamentação das soluções dadas, pois “a decisão judicial é ato vinculado e não discricionário”³⁴ e “ao proferir decisões (decisão interlocutória e sentença) está o juiz vinculado aos preceitos constitucionais e legais, não lhe sendo lícito optar por um ou outro caminho por razões de conveniência e oportunidade”³⁵.

A fundamentação das sentenças é certamente uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão. Nesse caso, se a conclusão estiver errada, poder-se-á descobrir facilmente, através da fundamentação, em que etapa do seu caminho o juiz perdeu o rumo.³⁶

A sentença acometida de vício de fundamentação, nos termos do §1º do art. 489 do CPC/2015, possui um defeito extremamente grave que coloca em xeque todo o sistema jurídico processual. A sentença não fundamentada carece de ponto de controle e impossibilita a verificação de sua aderência aos liames processuais e constitucionais.

A fundamentação das decisões permite que a parte vencida exerça plenamente seu direito de defesa (em sentido amplo) interpondo os recursos cabíveis e fundamentando-os adequadamente. É que não basta a previsão genérica do direito de defesa, sendo de rigor que o sistema jurídico assegure aos jurisdicionados o pleno acesso à jurisdição. É a plenitude da jurisdição, que compreende o direito de recorrer, não pode prescindir da garantia da motivação, que permitirá ao recorrente impugnar as razões de fato e de direito adotadas na sentença.³⁷

Os regimes jurídicos das nulidades de direito material e de direito processual encontram substancial diferença na medida em que, para o primeiro, tendem a invalidar o ato praticado, enquanto que, para o segundo, busca-se salvar o ato. Conforme pondera Teresa Arruda Alvim, esta é “a característica mais marcante no sistema de nulidades do processo: a possibilidade de sanção do vício, no sentido de que se dê à parte chance de *consertar* o defeito, independentemente de sua gravidade”³⁸.

³⁴ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Ed. Castro Lopes, 2016. p. 152.

³⁵ *Ibid.*, p. 152.

³⁶ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 175.

³⁷ LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 170.

³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

As nulidades absolutas são aquelas que podem ser alegadas por qualquer pessoa, devem ser decretadas *ex officio* pelo magistrado no bojo do processo e não são ratificáveis pelas partes envolvidas em razão da gravidade do defeito. Por sua vez, as nulidades relativas ou anulabilidades “*não podem ser levantadas, a não ser pelo interessado; não podem ser decretadas de ofício; e são passíveis de ratificação*”³⁹. Em comum a ambas as categorias – absolutas e relativas – e outra distinção entre as nulidades no plano processual e material é que, neste último, “*toda invalidade processual tem de ser decretada pelo juiz. Inexistem invalidades processuais de pleno direito no processo civil*”⁴⁰.

Tendo como regra a sanabilidade, o Código de Processo Civil preceitua que se atingida a finalidade do ato restará superada a invalidade (art. 277 do CPC/2015), pois “*no âmbito do processo civil ou o vício é relevante e acarreta invalidade ou é irrelevante e é sanado*”⁴¹.

A relevância mede-se pelo prejuízo à parte afetada e pela impossibilidade de se superá-lo pela correção ou aproveitamento do ato defeituoso, com a minimização ou exclusão do prejuízo (atingimento da finalidade). Fredie Didier Jr. preceitua um roteiro a ser seguido para que se avalie se o defeito é relevante para que seja invalidado:

Há um roteiro a seguir: o juiz deve avaliar se o defeito é irrelevante, se não é possível aproveitar o ato como se fosse outro ou se não é possível corrigir o defeito; caso nada disso possa ser feito, então, e somente então, o ato deve ser invalidado.⁴²

No direito processual ocorre de modo diverso do direito material, onde havendo o defeito, não se perquire de sua relevância, aplica-se a consequência esperada. O vício de fundamentação, embora grave, dentro do sistema de nulidades processuais, pode ser sanado, caso não tenha trazido prejuízo às partes envolvidas.

De acordo com tendência que já vinha se esboçando de modo visível na processualística contemporânea e que se tornou ainda mais visível e incisiva no novo CPC, notadamente a partir do art. 277, no processo, *sempre que for possível*, os vícios processuais deverão ser sanados, *independentemente* de sua gravidade (não devendo o intérprete inspirar no Código Civil para tratar das nulidades processuais). Assim, as nulidades absolutas também poderão ser nadas, desde que (1) seja materialmente possível o “conserto” do vício e que (2) não haja ofensa a princípio constitucional ou processual algum. A distinção entre nulidades absolutas e relativas se presta, portanto, apenas para o estabelecimento do regime jurídico [...] ao qual elas se submetem (possibilidade de decretação ou não *ex officio* pelo juiz e a

³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p.121.

⁴¹ *Ibid.*, p.122.

⁴² DIDIER JR., Fredier. *Curso de direito processual civil*. 18.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.1. p.407.

ocorrência ou não de preclusão para as partes e para o magistrado), sendo que em ambos esses regimes, incide o princípio da sanabilidade dos atos processuais. [...] também com relação aos vícios da sentença por falta de relatório, fundamentação ou decisório, dever-se-á sempre cogitar a possibilidade concreta de que sejam efetivamente sanados.⁴³

José Rogério Cruz e Tucci⁴⁴, lembra que o próprio CPC/2015 dispôs sobre a sanção do vício ao possibilitar ao Tribunal, após verificado o defeito, proferir nova decisão sem a necessidade de remeter os autos à origem (art. 1.013, §3º, II a IV). A inobservância do art. 489, §1º acarreta a nulidade da decisão a qual pode ser sanada pelo Tribunal *se não houver prejuízo às partes, ao processo e aos princípios* que regem o Estado Democrático de Direito, podendo ser integrada a decisão pelo Tribunal, com a explicitação da fundamentação faltante, em complemento à decisão proferida.

Adverta-se que “nem sempre sentença bem fundamentada quer dizer sentença justa, e vice-versa”⁴⁵; a fundamentação de uma decisão não se liga à sua justiça, mas ao seu controle.

Piero Calamandrei⁴⁶ pondera que num sistema de provas tarifadas era simples a fundamentação da decisão, pois bastava que a soma total estivesse correta que a decisão estaria adequada. Em um sistema aberto, como o do CPC/2015, é por meio da fundamentação que se verifica o valor de cada uma das provas, pois a lei não lhe atribui nada além da possibilidade de produzirem um efeito sobre o espírito do julgador. Comenta, ainda, Mauro Cappelletti que

As rígidas tarifas matemáticas de valoração das provas - *testis unus testis nullus*, etc. - eram certamente de mais fácil aprendizagem e aplicação do que o critério do livre convencimento fundado na integral análise e valoração do fenômeno observado. No primeiro caso, ao juiz bastava levar em conta apenas uma ou algumas das manifestações daquele dado: por exemplo, o número de testemunhas, seu nível social, seu sexo *et similia*. Na segunda hipótese, ao contrário, as manifestações a serem valoradas podem ser infinitas, nem podem ser aprioristicamente indicadas e ‘pesadas’ pela lei.⁴⁷

As provas têm papel essencial na fundamentação da decisão, pois é nelas que o julgador apóia a premissa sobre a qual fará incidir o direito. É das provas que extrai seu convencimento. Sem a explicitação e o apoio das provas na fundamentação da decisão judicial não há a primeira premissa a ser considerada: os fatos. Sem estes não é possível

⁴³ ALVIM, Teresa Arruda. Art. 489. In. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2017. v.2. p. 436.

⁴⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. VIII. p. 114-115.

⁴⁵ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 180.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 180.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, p. 255-260, mar. 2002. p. 260.

existir decisão dentro de um processo regido pelo modelo constitucional, pois não haverá onde aplicar o direito.

A ausência de fundamentação da decisão à luz das provas dos autos não se trata de um mero vício a ser sanado. A fundamentação de uma decisão é o que legitima a atuação do Estado e “um processo que deve reunir os elementos justificadores para tal atuação, portanto o foco não está na conclusão (no *decisum*), mas na sua estrutura de base, na fundamentação descritivo-legitimadora”⁴⁸.

É por meio da fundamentação que se pode saber se as provas aportadas ao processo foram consideradas pelo julgador na formação de seu convencimento. Se consideradas se foram valoradas adequadamente. Se valoradas adequadamente se a decisão se formou em conformidade com o direito vigente, isto é, se o direito manifestado fora corretamente aplicado à espécie. Enfim, é possível se verificar o acerto ou o eventual erro do pronunciamento judicial em face da situação de fato debatida, é possível saber se houve um processo justo, apoiado sobre o modelo constitucional.

3.5 Valoração da prova

O julgamento do processo, embora possa parecer ocorrer de forma única, quando são avaliadas as provas, em realidade, ocorre em dois instantes distintos que podem ser separados para os fins da cognição: *exame do conjunto fático-probatório* e *valoração do conjunto fático-probatório*.

O *exame do conjunto fático-probatório* ou a *apreciação da prova* se dá pela avaliação do julgador dos fatos descritos no processo e invocados pela parte para fins de incidência de uma determinada prova. É o momento em que se verifica se uma determinada afirmação de fato corresponde à realidade objetiva passada, é a “operação mental de conta, pêso e medida”⁴⁹.

É neste momento em que o juiz verifica se as testemunhas agiram de modo adequado, se a prova pericial esclareceu se os fatos se passaram do modo como arguido pelas partes, se os documentos refletem as afirmações realizadas. Enfim, é o momento em que o juiz resta

⁴⁸ FERREIRA, William Santos. A prova pericial no Novo Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*. n. 126, p. 202-207, mai. 2015.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 57.420 EDv – Guanabara*. Rel. Min. Pedro Chaves. j. 10 fev. 1966. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 37, p. 480-483, set. 1966.

convencido se os fatos ocorreram e se ocorreram do modo como fora narrado pelas partes. O exame dos fatos é matéria a ser enfrentada e definida, de modo próprio, pelo juízo ordinário.

Um segundo momento é o da *valoração do conjunto fático-probatório* ou *valorização da prova*. É neste instante que o julgador procede à correlação lógico-argumentativa entre os fatos tidos como ocorridos e o direito invocado pelas partes, ou seja, verifica se os fatos demonstrados podem ser tomados como pressuposto lógico do silogismo judicial. Atribuição de valor e representatividade à prova produzida⁵⁰.

É pela valoração da prova que o juiz estabelece o juízo de motivação de sua decisão, é aqui que se correlacionam fatos-provas-direito. É o momento da construção lógica da decisão judicial. Neste momento não se perquire se os fatos ocorreram ou não ocorreram ou se ocorreram de tal ou qual modo, aceitam-se os fatos. O que se coloca é se o fato, tal qual ocorrido e provado, sustenta a decisão. O papel da fundamentação é crucial para demonstrar a logicidade e a sustentabilidade da decisão proferida, ou seja, o exame do conjunto fático-probatório e a valoração do conjunto fático-probatório.

A operação de valoração da prova é realizada nos juízos ordinários e nos extraordinários. Os primeiros podem questionar sobre a *verdade dos fatos*, isto é, reexaminar as provas. O juízo extraordinário⁵¹, como regra, aceita o fato, tal qual definido pelos juízos ordinários, e controla sua aplicação à luz da legalidade, podendo perquirir, conforme ponderou Arruda Alvim⁵², por exemplo, se “poderia o magistrado dispensar a imputação de verdade dada pela lei? Desrespeitar a dispensa de provas por ela impostas? Desconhecer a hierarquia existente no campo das provas?”, isto porque quando o juízo extraordinário “examina a valoração e a representatividade da prova, não está ele protegendo o interesse subjetivo das partes, e, sim, garantindo os princípios probatórios consagrados no Direito Positivo”.

Ao valorar a prova o julgador deve realizar o juízo de subsunção do fato à espécie normativa, bem como localizar cada uma das provas dentro do conjunto fático probatório, examinando suas correlações, contradições e respeito aos princípios e regras probatórias e do direito processual como um todo.

⁵⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Reexame do valor da prova. *Revista de Processo*, v. 6, p. 189-215, abr./jun. 1977.

⁵¹ Sobre valoração e análise dos fatos nos *recursos excepcionais*, vide item 5.1.6.2.

⁵² ARRUDA ALVIM, op. cit., 1977.

3.6 Julgamento por ônus

A finalidade do processo é dirimir a lide, promover a pacificação social e, por meio de uma decisão justa – respeitando os direitos e garantias constitucionalmente postos –, realizar a entrega do bem da vida àquele que seja o detentor do direito debatido.

O juiz deve analisar as situações de fato colocadas em juízo e, por meio do conjunto probatório, decidir quais afirmações aproximam-se da realidade objetiva e a representam, podendo serem tomadas como pressupostos da decisão que será proferida. Isto equivale a dizer que o juiz, no sistema processual brasileiro, deve restar convencido de que as afirmações de fato correspondem aos fatos ocorridos e preenchem, tal qual configurada, a *fattispecie* normativa.

Dois são os requisitos necessários para que uma afirmação de fato possa fundamentar uma decisão: *a)* que o juiz reste convencido de que a afirmação corresponde à realidade objetiva passada e *b)* que a afirmação, tal qual formulada e demonstrada, corresponda à hipótese normativa descrita.

Caso o juiz reste convencido de que a afirmação realizada não corresponde aos fatos passados ou que, tal qual demonstrada, não preenche os pressupostos para a incidência normativa pretendida, deverá proferir sua decisão de modo contrário à pretensão deduzida.

A prática forense, todavia, demonstra existirem situações em que a prova é de difícil realização, é feita de modo indiciário, é realizada a partir da demonstração da inocorrência de fatos que impediriam a realização do efeito pretendido ou mesmo a parte, simplesmente, acaba de modo negligente não demonstrando, à integralidade, a ocorrência fática de suas afirmações. Nestes casos, pode restar dúvida ao juiz sobre a situação de fato, não possuindo substrato fático apto a fundamentar uma base normativa que sustente sua decisão, seja para confirmar ou para negar o direito pleiteado.

Mas como decidir em situação de dúvida? Poderia o magistrado simplesmente proferir um *non liquet* e deixar o caso insolúvel? Poderia terceirizar sua decisão?

A CRFB/1988 estabelece como direito fundamental das partes a obtenção da adequada resposta do Poder Judiciário, respeitando-se o devido processo legal, em atenção às garantias do contraditório e da ampla defesa, de modo célere e em tempo adequado. É vedado aos Órgãos do Poder Judiciário negar jurisdição, deixando de decidir a lide e realizar a adequada prestação jurisdicional.

Como parte do devido processo legal, a legislação infraconstitucional estabelece critérios de decidibilidade para que o magistrado profira sua decisão nas hipóteses em que,

após o término da instrução processual, não reste claro o conjunto fático-probatório e não restem provas a serem produzidas, de modo que sem estas regras, a solução única seria o *non liquet*: são as regras de distribuição do ônus da prova.

Por meio das regras de distribuição do ônus da prova o sistema estabelece, como fórmula geral, que aquele que pleiteia um determinado direito e realiza uma afirmação de fato deve demonstrar sua ocorrência sob pena de ver a decisão ser proferida em seu desfavor. Ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

O CPC/2015, tal qual o CPC/1973, reafirma o brocardo romano *semper onus probandi ei incumbit qui dicit*⁵³, e coloca as regras do ônus da prova como regras de julgamento, ou seja, como regras práticas para a aplicação do direito, por meio das quais o magistrado não se pronuncia sobre a situação de fato, mas apenas coloca termo numa discussão infrutuosa⁵⁴.

O código não estabeleceu apenas uma regra geral de distribuição do ônus da prova, também positivou no sistema brasileiro uma abertura para que o magistrado, em face de situações específicas, possa modificar esta regra geral, adaptando-a às peculiaridades do caso concreto, de modo a sanar eventuais injustiças criadas pelo critério fixo de distribuição do ônus da prova.

Pode o magistrado 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 atribuir o ônus da produção de uma determinada prova à parte que, originalmente, restava desincumbida, evitando que, no momento em que for julgar o processo, se depare com uma situação de *non liquet*.

A modificação da regra geral do ônus da prova, em função dos deveres de lealdade, da boa-fé e da cooperação existentes, exige que a parte deva ser informada da modificação da estrutura do ônus probatório e, a ela, deve ser conferida a oportunidade de se desincumbir do encargo. É uma modificação na estrutura das regras procedimentais facultada pela lei para que se reequilibre uma posição processual desequilibrada, reestabelecendo a isonomia entre as partes do processo. Para este reequilíbrio, o legislador escolheu como o momento mais apropriado, mas não único, para que o juiz avalie a possibilidade de distribuir dinamicamente o ônus da prova o momento do saneamento do processo, no qual se solucionam as questões

⁵³ Dif., fr. 21, de *probat.*, XXII.

⁵⁴ VERDE, Giovanni. Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova. *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXVII, seconda serie, n.3, p. 438-463, jul./set. 1972. p. 451.

processuais pendentes e fixam-se os pontos controvertidos que serão objeto da adequada instrução processual.

A escolha deste momento, como regra geral, faz com se possa questionar se as regras sobre ônus da prova seriam regras de procedimento e não regras de julgamento, como verdadeiramente o são. Devendo o magistrado realizar a distribuição do encargo no momento do saneamento do processo teria-se uma regra de procedimento a nortear a conduta das partes e não mais uma regra de julgamento?

Provar é um *ônus*, ou seja, é uma atividade que se desempenha na busca de um resultado sem que haja uma necessária obrigação anterior, podendo este resultado vir sem que a atividade seja desempenhada ou deixar de se apresentar mesmo após o adequado desempenho da mesma⁵⁵. A parte que se desincumbe de um ônus não possui a certeza de que obterá o resultado esperado, mas sabe que não sofrerá caso ocorra uma situação em que se questione quem fora omissor.

As regras sobre o ônus da prova são normas de aplicação do direito, conforme pondera Robert Goldschmit⁵⁶, e somente terão incidência no momento em que o julgador necessitar aplicar o direito à espécie e restar ausente, propriamente, a espécie fática. É possível, conforme se pode verificar nas lições de Leo Rosenberg⁵⁷ e Hernando Devis Hechandiá⁵⁸, divisar nas regras de aplicação do direito um duplice caráter⁵⁹: *subjetivo*, voltado a pautar a conduta das partes que objetivam um determinado resultado, e *objetivo*, voltado a disciplinar a conduta do julgador – a própria aplicação do direito.

Em qualquer hipótese, sejam as regras gerais, estabelecidas previamente pela legislação, sejam as regras dinâmicas, estabelecidas pelo julgador com autorização da lei em momento posterior ao início do processo, ou sejam as regras convencionais, realizadas pelas partes por meio de negócio jurídico próprio, o caráter subjetivo poderá pautar a conduta e a estratégia processual da parte diligente durante o processo, sem que, com isto, se tenha violação ao devido processo legal – pela surpresa da aplicação de um direito diverso do

⁵⁵ Giacomo P. Augenti, comentando os escritos de Francesco Carnelutti, diferenciava obrigação de ônus: “obrigação e ônus tem em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, porém divergem quanto ao elemento substancial, porque quando medeia obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio e quando há ônus, para a tutela de interesse próprio”. (AUGENTI, Giacomo P. Apêndice. In: CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 255-256.)

⁵⁶ GOLDSCHMIT, Robert. *Derecho justicial material civil*. Buenos Aires: EJE, 1959. p.218-220.

⁵⁷ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956. p. 11-37.

⁵⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Tratado de derecho procesal civil*. Bogotá: Temis, 1967. p. 624.

⁵⁹ Este caráter foi acentuado pelo CPC/2015, conforme pudemos observar em ZAMPAR JR., José Américo. As teorias sobre o ônus da prova e o CPC/2015. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coords.). *Direito probatório*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 470.

esperado – ou se possa afirmar que a regra sobre o ônus da prova perdera – ou tivera modificada – sua natureza jurídica, voltando-se, agora, ao procedimento. Durante o procedimento instrutório a regra não atua, apenas pende sobre o processo esperando ocorrer o *non liquet* que lhe arrebe as amarras de suspensão e permita sua incidência.

Não restando provado o fato se fará presente no processo o caráter objetivo das regras de distribuição do encargo probatório. É na ausência de convencimento que as regras de distribuição efetivamente atuarão de modo a atingir o processo e determinar o julgamento a ser proferido, evitando-se a ocorrência do *non liquet*. Será a regra de aplicação do direito incidindo para a solução do litígio. Gian Antonio Micheli explica a questão pronunciando que a regra de julgamento

[...] oferece, portanto, o critério pelo qual o juiz deve julgar, quando os fatos permanecem desconhecidos, aos quais a lei objetiva reclama o efeito jurídico, reivindicado por uma parte em juízo. O princípio do ônus da prova, portanto, oferece ao órgão justificador os meios considerados mais apropriados, de modo que possa, em qualquer caso, emitir um julgamento de mérito.⁶⁰

Por oferecer os critérios à incidência jurídica, as regras de juízo poderão, no caso concreto, determinar o conteúdo da decisão⁶¹, não importando o ocorrido durante o procedimento ou a atuação da parte. Basta que não reste presente o fato para o julgador para que este, vedado de proferir um *non liquet*, se socorra das regras de julgamento para proferir sua sentença.

Giovani Verde analisando a problemática das regras de julgamento, em especial o ônus da prova, afirma que estas fornecem ao juiz a condição de não mais tratar como existente um fato inexistente, sendo necessárias, pois, para “possibilitar que o juiz declare a rejeição dos pedidos cujas condições de fato não estão comprovadas”⁶². Sua função pode ser descrita como a “consequência de uma escolha de civilidade, uma vez que o juiz é proibido de dar

⁶⁰ No original: “[...] offre dunque il criterio in base al quale il giudice deve giudicare, quando siano rimasti ignoti i fatti, cui il diritto obbiettivo ricollega l’effetto giuridico, vantato da una parte in giudizio. Il principio dell’onere della prova offre pertanto all’organo giusdicente il mezzo, ritenuto più idoneo, affinché quello possa in ogni caso emettere una pronuncia di mérito”. (MICHELI, Gian Antonio. *L’onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966. p. 216. Tradução livre.).

⁶¹ MICHELI, op. cit., p. 190.

⁶² No original: “[...] rendere possibile al giudice di pronunciare il rigetto delle richieste i cui presupposti di fatto non siano provati”. (VERDE, Giovani. Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull’onere della prova. *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXVII, seconda serie, n.3, p. 438-463, jul./set. 1972. p. 444-445. Tradução livre).

como existente fato que não lhe fora oferecida prova completa e convincente”⁶³. O juiz não intervém sobre a situação material, mas somente põe fim a uma discussão infrutuosa⁶⁴.

Veja-se que esta posição encontra abrigo no CPC/ 2015, pois embora majoritariamente o momento para que seja dinamizado o ônus seja o do saneamento do processo, poderá o juiz, após a instrução processual e durante o julgamento fazê-lo, desde que restem presentes os elementos autorizadores – indício de que a parte não onerada possuía condições de satisfazer a dúvida não dirimida. Todavia deverá, à luz dos princípios que norteiam o processo, reabrir a instrução e oportunizar à parte a possibilidade de desincumbir-se do ônus. Sendo mantida a situação de incerteza, é que o julgamento ocorre por ônus.

Proferido um julgamento pelo juízo *ao quo* pelas regras do ônus da prova, em sede de recurso, a confirmação desta decisão somente deve se dar após atenta revisão do conjunto fático probatório. Caso o juízo *ad quem* não consiga extrair das provas produzidas uma conclusão objetiva sobre os fatos do processo, antes de confirmar a decisão pelas regras do ônus da prova os julgadores devem se questionar se: *a)* todas as provas foram, efetivamente, produzidas; e *b)* do conjunto fático-probatório produzido, restam presentes elementos que demonstrem que a produção útil e prática de determinada prova não realizada e não dispensada pelas partes poderia conduzir a um julgamento de mérito. Positiva a resposta a qualquer destas questões, impõe-se o dever de diligenciar a produção da prova restante, à luz do dever de colaboração⁶⁵. Negativa, o sistema autoriza a confirmação do julgamento por ônus.

Não é forçoso lembrar, todavia, que a possibilidade da atuação dos julgadores em determinar a realização da prova ausente fica adstrita ao limite de atuação da parte. Exemplifiquemos com a hipótese de serem arroladas seis testemunhas para a prova de um fato e a parte dispensar três delas no momento da colheita da prova oral. Não será possível, em face do princípio dispositivo, que o julgador determine, *ex officio*, a oitiva das testemunhas dispensadas. Esta dispensa encontra-se no âmbito discricionário da parte que terá de suportar eventual ônus da ausência daquela oitiva. Situação diversa e autorizadora da determinação da produção da prova *ex officio* é quando uma testemunha não arrolada é mencionada nos

⁶³ No original: “[...] conseguenza di una scelta di civiltà, giacché si proibisce al giudice di dare per esistenti fatti di cui non gli sai stata offerta prova piena e convincente”. (VERDE, Giovanni. Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull’onere della prova. *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXVII, seconda serie, n.3, p. 438-463, jul./set. 1972. p. 444-445. Tradução livre.).

⁶⁴ VERDE, op. cit., 1972.

⁶⁵ Também compreendendo que o dever de colaboração deve balizar a atuação do juízo, não mitigando o papel das partes no processo: CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. Ativismo judicial e ônus da prova no processo civil. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 19, p. 221-229, jan./jun. 2007.

depoimentos colhidos ou nos documentos constantes dos autos. Neste caso não houve ato dispositivo da parte, como no caso da mãe em uma investigação de paternidade póstuma, quando não resta possível a produção da prova pericial (exame de DNA do suposto pai) e não é arrolada pelas partes; acertada a determinação da oitiva da genitora do investigando em sede de recurso, tal qual procedera o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ainda em 1985, sob a égide do CPC/1973⁶⁶.

Em síntese, as regras de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento que se afiguram como o último remédio a ser utilizado para colocar termo ao processo e entregar a prestação jurisdicional em face da ausência de demonstração objetiva da *fattispecie* invocada.

3.7 Fatos notórios e máximas de experiência

Somente os fatos que interessam diretamente no deslinde da controvérsia é que deverão ser provados, não sendo necessária a prova dos fatos notórios, dos irrelevantes à causa, daqueles incontroversos e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (art. 374 do CPC/2015). Leo Rosenberg⁶⁷ informa que o “objeto da prova são, regularmente, os fatos, as vezes as máximas de experiências e raramente os preceitos jurídicos”, e explicita cada um dos conceitos que devem ser objetos da prova:

Fato, nesse sentido, é tudo o que diz respeito à tipicidade dos preceitos legais aplicáveis e forma a proposição menor do silogismo judicial: são os acontecimentos e circunstâncias concretas, determinados no espaço e no tempo, passado e presente, do mundo exterior e da vida psíquica humana que o direito objetivo transformou em pressuposto de efeito jurídico. [...] Máximas de experiência são as regras da experiência geral e da cultura e as regras de experiência ou erudição em arte, ciência, ofício, profissão, comércio e trânsito [...]. Os preceitos legais raramente são sujeitos a provas: *Jura novit curia*.⁶⁸

⁶⁶ Neste sentido, colhe-se da jurisprudência a Apelação Cível nº 583040498, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Desembargador Galeno Vellinho de Lacerda, que no ano de 1985, julgando investigação de paternidade oriunda da comarca de Cachoeira do Sul restou assim ementado: “AÇÃO INVESTIGATORIA DE PATERNIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. NÃO PROVADAS AS RELAÇÕES DO INVESTIGADO COM A MÃE DO AUTOR. DECLARAÇÕES DESTA DE QUE O PAI SERIA OUTRO, EM DILIGÊNCIA DETERMINADA PELO RELATOR. APELAÇÃO PROVIDA”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 583040498*, 3.ª Câ. Cív., rel. Galeno Vellinho de Lacerda j. em 08 ago. 1985. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 21. set. 2017.).

⁶⁷ No original: “objeto de prueba son, por lo regular, los hechos, as veces las maximas de experiencia, rara vez los preceptos juridicos” (ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, 1955. t. 2. p. 209. Tradução livre.)

⁶⁸ No original: “Hecho, en este sentido, es todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del silogismo judicial: son los acontecimientos y circunstancias concretos, determinados en el espacio y el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana que el derecho objetivo ha convertido en pressuposto de un efecto jurídico. [...] Máximas de experiencia son tanto las reglas de la experiencia y cultura generales como las reglas de una pericia o erudición especiales en

As máximas de experiência decorrem da observação de um conjunto de acontecimentos (fatos) que se reiteram no tempo, fazendo com que se incorporem à cultura geral, tornando-se regra geral para uma determinada situação, não necessitando de prova, mas de explicitação e justificação de seu uso pelo julgador. Se legitimam a partir da fundamentação.

Os fatos notórios são aqueles que, por uma circunstância particular de sua ocorrência, são conhecidos no tempo e lugar em que se passaram – “a notoriedade é um conceito relativo”⁶⁹. João Batista Lopes⁷⁰ afirma que “é notório o fato conhecido por um número indeterminado de pessoas, em certo círculo social e em dado momento histórico” e adverte que este conceito “não se confunde com a *fama pública*”.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart os fatos notórios possuem a mesma importância dos demais fatos trazidos à juízo pelas partes, sendo que a notoriedade “é uma qualidade do fato que é conhecido no momento e lugar em que a decisão é proferida”⁷¹.

Adroaldo Fabrício informa que, como a notoriedade do fato pode restringir-se apenas ao local de seu acontecimento, pode ocorrer de o juízo *ad quem* não ter a adequada ciência dos mesmos, sendo necessária a conversão do julgamento em diligência para esclarecimento.

Pode suceder que a notoriedade do fato exista, mas restrinja-se ao âmbito *local*, de tal sorte que, conquanto admitida corretamente pelo juízo de primeiro grau, não se alargue ao lugar da sede do órgão recursal. Em tal hipótese, poderá tornar-se necessário converter o julgamento em diligência para produção da prova respectiva (prova da notoriedade ou do próprio fato). Note-se, entretanto, que esse não será o caso quando a parte, em cujo desfavor se afirma, o fato não tiver impugnado sua notoriedade na primeira oportunidade que teve para fazê-lo: sendo assim, ter-se-á tornado *incontroverso* o ponto, razão por si suficiente para a dispensa da prova.⁷²

A condição de notoriedade deve ser alegada no momento em que o fato é introduzido no processo e deve estar presente às partes e ao juízo. Se a condição de notoriedade restar ausente a qualquer das partes ou ao juízo será necessária a produção de prova. Não pode, aqui, o juízo dispensar a produção da prova de fato para ele notório se qualquer das partes não

arte, la ciencia, oficio, profesión, comercio y tráfico [...]. Rara vez son objeto de prueba los preceptos jurídicos: *Jura novit curia*”. (ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEA, 1955. t. 2. p. 209-212. Tradução livre.)

⁶⁹ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 32.

⁷⁰ LOPES, João Batista. Art. 374. In. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 260.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 135.

⁷² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 433-434.

reconhecer igualmente o fato como notório. A dilação probatória é a regra e os conhecimentos privados do juízo não se confundem com os fatos notórios⁷³, não podendo substituir a realização da dilação probatória no processo.

A condição de notoriedade não contestada pelas partes ou pelo juízo *a quo* poderá ser objeto de prova quando o fato não for notório ao Tribunal e do fato emanar perplexidade aos julgadores em razão deste não se passar conforme a situação de normalidade esperada. Nestes casos, a conversão do julgamento em diligência surge não para dirimir uma controvérsia, mas para esclarecer o Tribunal de que fato, efetivamente, corresponde e sobre ele pode se fazer incidir o direito.

Quanto ao que deve ser provado em relação ao fato notório, Marinoni e Arenhart advertem que se a dúvida recair sobre a circunstância de notoriedade do fato, esta mesma deverá ser objeto de prova, de outro modo, já se a dúvida recair sobre o fato em si mesmo considerado ou suas circunstâncias, pois “o réu pode afirmar a falsidade da convicção daqueles que têm o fato como verdadeiro, sem negar a existência de um conhecimento geral que o admite como verdadeiro”, pode o juiz “entender que o fato, ainda que notório, deve ser provado, quando então deverá ser provado o próprio fato, uma vez que sua notoriedade (conhecimento geral) é incontroversa”⁷⁴.

3.8 Determinação de provas *ex officio*

Quando alguém vai a juízo propor determinada ação para ver seu direito satisfeito deve mencionar os fatos que fundamentam o seu pedido. É através dos fatos descritos na inicial que se terá determinada a causa de pedir próxima do processo e que, por consequência, darão sustentação a *causa petendi* que implicará, propriamente, na determinação dos limites da lide, isto porque é vedado ao juiz decidir além ou aquém do que foi pedido pela parte. Na lição de Arruda Alvim,

[...] a *vontade* do autor é relevante na delimitação da área operativa ou “espacial” da atividade do juiz. Ainda, ao lado da vontade, devemos considerar como relevante a própria ciência de fatos (=fatos jurídicos) que o autor traz ao juiz. Isto é, ao juiz não é dado decidir a controvérsia, tendo em vista elementos de fato que o autor não

⁷³ LOPES, João Batista. Art. 374. In. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 260.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 136.

desejou aportar como embasamento do seu pedido. Respeita-se, pois, quer a vontade, como também a *ciência* desses fatos que o autor fornece ao juiz.⁷⁵

O autor não está obrigado a descrever os fatos em todas as suas circunstâncias, basta que descreva aqueles que fundamentam seu pedido. Por sua vez, deve o réu manifestar-se sobre os fatos narrados de modo preciso, apresentando as situações que fazem com que aquela determinada *fattispecie* se modifique ou se extinga, expondo os fatos que pretende sejam reconhecidos. É o chamado *ônus da impugnação específica*.

Deste modo, alegado pelo autor e contestado especificamente pelo réu um determinado fato, que pode ensejar a aplicação ou não dos efeitos pretendidos, tem-se que esta afirmação, para o processo, passa a ser considerada controvertida⁷⁶ e a sua veracidade deverá ser objeto de prova, integrando a *lide* posta à decisão.

A regra é que as partes devem produzir as provas dos fatos que trouxeram a juízo, demonstrando seu ser e modo de ser. A possibilidade de o julgador determinar a produção de provas *ex officio* é uma realidade que perpassa pelos limites da lide, pela supletividade instrutória do magistrado, pelo respeito ao princípio da imparcialidade do julgador, pela inexistência de discricionariedade e pelo respeito aos limites próprios dos deveres-poderes do juiz. O agir dentro de cada um destes parâmetros determinará a legitimidade da prova produzida *de ordem* pelo julgador e pela manutenção das garantias do processo constitucionalmente erigido.

3.8.1 Os limites da lide

O juiz deve respeitar os limites da lide definidos na inicial e na contestação pelas partes, não podendo modificá-lo. Todavia, tem papel essencial na precisa definição da controvérsia posta a julgamento durante o saneamento processual (art. 357) ao fixar os pontos controvertidos da demanda.

O princípio da inércia se refere à impossibilidade de o juiz agir de ofício, devendo aguardar a provocação da parte. A doutrina compreende que o efeito devolutivo é manifestação do princípio da inércia (dispositivo) na esfera dos recursos, pois “o juízo

⁷⁵ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. I. p. 92. (*grifos do autor*).

⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 33-66.

destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, encerradas com o *pedido de nova decisão*⁷⁷.

Caso a parte deixe de trazer aos autos os fatos com a inicial ou com a contestação, ter-lhe-á ocorrido preclusão. Não é dado ao juízo expandir os limites da lide colocada e dos fatos trazidos a juízo quando a parte, por ela mesma, resolveu deixá-los ao largo do processo.

O princípio da inércia não conflita, em absoluto, com os deveres-poderes instrutórios do juiz⁷⁸, pois é necessário que a parte traga, oportunamente, os fatos aos autos e demonstre sua plausibilidade, podendo o magistrado complementar os elementos de prova faltantes à sua adequada convicção. A chave está na colaboração configurada pelo trinômio informação-reação-diálogo⁷⁹.

Pode o juiz, ainda, agir de ofício, trazendo aos autos fatos não alegados, quando estes se correlacionarem diretamente com a lide posta em juízo e a lei o autorizar. É exceção ao princípio da inércia. A regra dos artigos 493 e 933 do CPC/2015 admitem, expressamente, a possibilidade de o juiz constando fato superveniente, determinar a produção de provas e a oitiva das partes a seu respeito, de modo a evitar julgamento pelo ônus e resolver do melhor modo possível a demanda. O juiz deve respeitar o limite da controvérsia inicialmente colocada para julgamento e a ocorrência de preclusões. Estes dispositivos não autorizam o juiz a ampliar os limites da lide, mas apenas conforma-la à atual realidade de fato do bem da vida para que a decisão corresponda ao efetivo estado do objeto litigioso.

3.8.2 Papel supletivo do juiz

Moacyr Amaral Franco, analisando o art. 130 do CPC/1973 (art. 370 do CPC/2015), admitia a possibilidade da instrução processual *ex officio*, afirmando que incumbia aos juízes “ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação ao seu objeto”⁸⁰.

Sobre os deveres-poderes instrutórios do juiz anota João Batista Lopes que a produção de provas incumbe, primordialmente, às partes, sendo esta uma função supletiva do juiz que

⁷⁷ NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 401. (grifos do autor).

⁷⁸ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 198-200.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 200.

⁸⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1983. v.1. p.494.

não deve pautar sua conduta na investigação dos fatos, mas sim na busca de elementos e esclarecimentos sobre os pontos já abordados pelas partes⁸¹⁻⁸², e afirma que

[...] não é razoável que o juiz substitua as partes na tarefa de apuração dos fatos premiando sua omissão. Vale, aqui, o dever de *colaboração*, que envolve as partes e o juiz, presente o interesse público na atividade jurisdicional. Importa ressaltar que o juiz não é um *convidado de pedra*, mas também não é o *senhor do processo*. Estudo histórico do direito probatório revela tendência de fortalecimento dos poderes do juiz, mas não atoriza convertê-lo em investigador [...].⁸³

Realizada a instrução processual, cabe ao juiz perquirir se todos os elementos dos autos foram suficientes para formar sua convicção. Em não o sendo, à luz do dever de cooperação, busca-se expor e dirimir suas dúvidas. Este papel supletivo se coloca no esclarecimento dos fatos, pois, por vezes, pode ocorrer de os elementos trazidos pelas partes serem contraditórios, trazerem perplexidade – ante a sua falta de correspondência com as situações de normalidade – ou mesmo estarem confusos.

O papel supletivo do magistrado ocorre no juízo *a quo* e, com maior força, no juízo *ad quem*, momento no qual a lide já resta delineada e instruída, sendo operado o rejuízo da demanda. Deve-se buscar o esclarecimento das questões colocadas ou a determinação das provas faltantes.

O limite da atuação do juízo esbarra na atuação das partes. Exceção à regra da supletividade é o dever posto pela legislação de o juízo conhecer dos fatos supervenientes, mesmo quando as partes se quedem silentes em relação aos mesmos. O papel do julgador em introduzir o fato no processo e a determinação das provas ocorre no silêncio das partes como principal e não supletivo.

⁸¹ No mesmo sentido, Vicente Miranda anota que a “atividade probatória oficial reveste-se de complementariedade em relação às partes. A estas é que incumbe o encargo de produzir as provas de suas alegações. Verificando, no entanto, o juiz que as provas oferecidas pelas partes mostram-se insuficientes para a formação de sua convicção, formação essa necessária para o ato obrigatório de decidir, pode ele completá-las, determinar de ofício outras provas necessárias”. (MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 217.).

⁸² Em sentido contrário, compreendendo ser possível ao juiz o exercício instrutório amplo, na busca da pacificação social, José Roberto dos Santos Bedaque anota, ainda sob a égide do CPC/1973, que “tal resultado, que corresponde ao ideal de justiça, jamais será atingido se o magistrado não participar ativamente da produção da prova. Daí porque o art. 130 do Código de Processo Civil deve ser interpretado da maneira mais ampla possível: *o juiz pode, em qualquer caso, determinar a realização de provas*. E as regras particulares [...] devem ser consideradas meramente explicitantes”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 174).

⁸³ LOPES, João Batista. Das provas. Art. 370. In. BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p.246.

3.8.3 Imparcialidade e neutralidade do juiz

Próprios do ato de decidir no Estado Democrático de Direito, os princípios da imparcialidade e da neutralidade do julgador devem se fazer presentes no momento em que se analisa a lide posta em juízo e se profere a decisão.

O princípio da imparcialidade informa que o magistrado não deve tender a qualquer das partes litigantes, ou seja, que deve permanecer afastado das partes não possuindo qualquer sentimento – seja de favorecimento ou desfavorecimento – em relação a qualquer daqueles que postulam em juízo.

A condução imparcial do processo leva o juiz a não adotar práticas ou atos tendentes a ferir a paridade de armas, auxiliando ou prejudicando qualquer das partes, seja com a determinação *ex officio* de qualquer ato processual de iniciativa da parte – atuando como se patrono da parte fosse – seja com o indeferimento de atos necessários ao processo.

Derivada dos princípios do *juiz natural* e do *contraditório*, a imparcialidade informa que ouvida uma parte, a outra também deve sê-lo, pois “somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*), o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético”⁸⁴. Há uma colaboração necessária para a formação da decisão judicial, sendo o contraditório a régua de medida da imparcialidade do juiz. “Somente através da garantia de um juiz imparcial, o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução dos conflitos interindividuais com justiça”⁸⁵.

A imparcialidade resta configurada quando o juiz se coloca em uma posição desinteressada do resultado da demanda, deixando seu espírito franco para receber as provas e os argumentos das partes, analisá-los livremente e formar seu convencimento sem preconceitos. É uma verdadeira garantia posta aos cidadãos de que haverá o desenvolvimento de um processo justo.

O princípio da neutralidade informa que o magistrado deve permanecer alheio e apartado das pressões externas à causa, decidindo apenas a partir da legalidade e do conteúdo colocado em juízo, não se deixando influenciar por suas paixões e crenças pessoais. Juiz neutro seria o juiz que não sofre influências ideológicas. Segundo este princípio, ao decidir a lide o magistrado deve afastar suas convicções próprias e, se a legislação indicar, decidir em sentido contrário às suas convicções, atendendo ao ordenamento jurídico vigente.

⁸⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26.ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010. p. 61.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 59.

Criticado, o princípio da neutralidade vem sendo rechaçado pela doutrina que informa ser impossível ao magistrado, enquanto ser social, afastar-se de suas convicções pessoais ao decidir a lide, não podendo, todavia, decidir contra a lei. Neste sentido, anota Calamandrei que

Representa-se escolarmente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente realizado com base em conceitos abstratos, ligados por inexorável concatenação de premissas e consequências; mas, na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões ilógicas, mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo o mais severo, consegue escapar?⁸⁶

O magistrado, ao determinar a prova, deve fundamentar seu ato e demonstrar a essencialidade ao processo, ou seja, que não ocorre em benefício exclusivo de uma parte. A mera determinação de uma prova não tem o condão de ferir a imparcialidade do julgador, pois conforme anota William Santos Ferreira,

[...] o juiz quando determina uma prova necessária (art. 370, *caput*) o faz como *diligências para melhor decidir*, o seu objetivo está voltado ao julgamento que precisará proferir, e cujo convencimento deverá ser demonstrado (art. 371). Portanto, uma prova não deixa de ser “necessária” porque uma parte não a requer. Não é a ausência de pedido que torna a prova desnecessária; o comando normativo do art. 370, *caput* permanece, mesmo diante da inércia ou até negligência da parte. O juiz pode ser tão ou mais parcial ao não determinar uma prova, do que ao determinar, até porque, nos países de *Civil Law* o juiz tem um compromisso com uma decisão justa (art. 6.º), nesta compreendida a melhor resposta à luz dos fatos e do ordenamento jurídico.⁸⁷

A manutenção de sua equidistância é elemento essencial para que o juiz possa analisar o processo e decidir a causa. Pondera-se que a inexistência da neutralidade, todavia, não pode levar ao malgrado da imparcialidade⁸⁸. Percebendo o julgador que suas posições e influências pessoais tem condição suficiente para interferir na imparcialidade do julgamento, deve se dar por impedido (art. 144) ou suspeito (art. 145) – conforme a situação concreta o exigir – e requerer sua substituição na condução e julgamento da lide.

⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 175-176.

⁸⁷ FERREIRA, William Santos. Art. 370. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1065.

⁸⁸ Santiago Sentis Melendo anota, comentando a obra de Chaïm Perelman, que “el concepto de juzgador, que no corresponde al de *neutro* sino al de *imparcial*; ‘ser *imparcial* no es ser *objetivo*, es formar parte de un mismo grupo que aquellos a quienes se jusga, sin haber tomado previamente partido por ninguno de ello” (MELENDO, Santiago Sentis. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: EJEJA, 1967. t. II p.415.).

3.8.4 Discricionarietà em matéria probatória

Debate-se se é conferido ao juiz a possibilidade de agir – decidir – de modo discricionário no bojo de um processo judicial. De um lado, a doutrina italiana, capitaneada por Alessandro Raselli⁸⁹, e mais modernamente por Luigi Comoglio⁹⁰, vão apontar a possibilidade de um agir discricionário do magistrado, ainda que de forma não absoluta. No Brasil, no mesmo sentido, Vicente Miranda⁹¹ e Barbosa Moreira⁹² vislumbravam a possibilidade de um agir discricionário do magistrado.

Se contrapondo a possibilidade de um agir discricionário do magistrado, José Roberto dos Santos Bedaque⁹³ e Teresa Arruda Alvim⁹⁴ apontam que ao julgador não é conferido um agir por sua própria vontade, mas sim um agir em conformidade com a legislação⁹⁵. Preenchidos os requisitos legais, não cabe perquirir se o ato é conveniente ou oportuno. Em matéria judicial perquire-se se o ato é necessário e se será útil. Este é o binômio a balizar a atuação do juiz: necessidade-utilidade.

Maria Elizabeth de Castro Lopes afirma que “embora disponha o juiz de poderes de direção e instrução do processo e também de certa margem de liberdade na interpretação das normas e avaliação dos fatos, suas funções não se confundem com a do administrador”⁹⁶ e, analisando os critérios relativos à atividade instrutória, informa que

[...] a lei estabelece é que cabe ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo e não aquelas que ele, *sponte propria*, achar convenientes ou oportunas. Além disso, a concessão de poder ilimitado para determinação de provas de ofício mesmo na hipótese de direitos disponíveis conflita com a ideia de que o juiz não é o único personagem da relação processual, que deve contar também com a participação do autor e do réu na tarefa de esclarecimento dos fatos.⁹⁷

⁸⁹ RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975. p. 257.

⁹⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2.ed. Torino: UTET, 2004. p. 140.

⁹¹ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 131-132, 217 e 239.

⁹² MOREIRA, José Carlo Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo (REPRO)*, n. 35, p. 178-184, jul./set. 1984.

⁹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 158-159.

⁹⁴ ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.189-198.

⁹⁵ No mesmo sentido: ABBOUD, Georges. *Discricionarietà administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *passim*.

⁹⁶ CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. Anotações sobre a discricionarietà judicial. In. MEDINA, José Miguel Garcia; et. al. (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 97.

⁹⁷ CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. Discricionarietà judicial em matéria probatória. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 90, p. 389-395, abr./jun. 2015.

João Batista Lopes nos ensina que “a decisão judicial é ato vinculado e não discricionário” e “ao proferir decisões (decisão interlocutória e sentença) está o juiz vinculado aos preceitos constitucionais e legais, não lhe sendo lícito optar por um ou outro caminho por razões de conveniência e oportunidade”⁹⁸. Há um dever-poder do juiz, balizado pela necessidade e pela utilidade, e não mera faculdade, situação que afasta a discricionariedade⁹⁹.

3.8.5 Limites aos deveres-poderes instrutórios do juiz

Os deveres-poderes instrutórios do juiz atuam, em regra geral, de modo supletivo às partes e sofrem algumas limitações para além da necessidade de restar adequadamente fundamentado o ato que determina a produção da prova.

Uma primeira limitação que se impõe aos deveres-poderes instrutórios é quanto aos fatos incontroversos. Neste sentido, ocorrendo a revelia ou restando incontroversos os fatos narrados na inicial pelo autor, não cabe ao magistrado determinar a produção de provas sobre os mesmos – exceção trazida pela própria legislação são as hipóteses de a petição inicial não estar acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato, as alegações de fato do autor serem inverossímeis ou estarem em contradição com prova constante dos autos (art. 345 CPC/2015). Nestes casos o juiz poderá determinar, *ex officio*, a produção da prova.

Também, como adverte José Roberto dos Santos Bedaque, a determinação de provas pelo juiz não pode ser motivo de entrave processual, ocasionando demora no andamento do processo, “se a produção da prova mostrar-se inviável ou ineficaz, deve o juiz contentar-se com o conjunto probatório existente nos autos”¹⁰⁰ decidindo conforme as regras do ônus da prova, se for o caso.

O sistema processual civil coloca como parâmetros o princípio da inércia e a possibilidade de as partes disporem de seus direitos, logo não pode o juiz determinar a produção de uma prova que as próprias partes tenham, por sua iniciativa, recusado a realização. Conforme pontua João Batista Lopes¹⁰¹, os deveres-poderes instrutórios não

⁹⁸ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Castro Lopes, 2016. p. 152.

⁹⁹ LOPES, João Batista. Cargas dinâmicas da prova no novo CPC. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, a. 16, n. 41, p. 33-41, jul./set. 2015.

¹⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 169.

¹⁰¹ LOPES, João Batista. Das Provas. Art. 370. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 247.

podem se confundir com poderes de investigação, assim, por exemplo, se arroladas três testemunhas e uma é dispensada pela parte por entender desnecessário, não poderá, depois, o juiz querer ouvi-la¹⁰²⁻¹⁰³.

A determinação da produção de prova pelo magistrado é um dever-poder dentro do sistema processual brasileiro. Um dever na medida em que deve restar convencido de que os fatos narrados correspondem à realidade passada; e um poder conferido para a concretização deste dever. Não um poder ilimitado, mas um poder que esbarra sua atuação nos limites da lide, na imparcialidade, no binômio necessidade-utilidade, além de respeitar outras condições impostas pelo legislador.

A atuação do magistrado na determinação das provas deve ser, em regra, supletiva – exceção aos artigos 433 e 933 do CPC/2015 –, de modo a aclarar o conjunto fático dos autos e legitimar a decisão que será proferida, garantindo que a mesma reste indene. É no dever de colaboração entre o juiz e as partes que a determinação da produção de provas *ex officio* encontra seu fundamento e é por esta colaboração que se legitima dentro do modelo constitucional de processo.

3.9 Os poderes instrutórios do relator

O CPC/2015 disciplina os deveres-poderes do relator em seu art. 932 estabelecendo matérias voltadas à decisão processual (incisos II a VI) e outras de cunho ligados à direção processual (incisos I, VII e VIII). Os deveres-poderes do relator encontram-se melhor desenhados no CPC atual quando comparados ao CPC/1973 e foram bastante ampliados¹⁰⁴.

¹⁰² Em igual sentido William Santos Ferreira anota que “uma prova pode permanecer necessária para o julgamento de mérito, mesmo que uma das partes não a requeira, contudo se não há informações nos autos acerca, por exemplo, de quem poderiam ser testemunhas, evidentemente não há dever do juiz na determinação de ofício, bem como nos casos em que necessária prova pericial e a parte não arca com os custos inerentes, impossibilitando a sua produção”. (FERREIRA, William Santos. Art. 370. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et. al. (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1065.)

¹⁰³ Esclareça-se ser esta situação diversa daquela em que as partes, por meio de negócio jurídico processual, limitam a cognição judicial excluindo, por exemplo, a incidência de um determinado meio de prova do processo. A disponibilidade, aqui, encontra óbice nas garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal. O princípio dispositivo não confere à partes a possibilidade de restringirem, a tal modo, a cognição judicial que possa, eventualmente, comprometer, a um lado, o direito de uma delas de realizar a prova e, de outro, do Estado-Juiz de prestar, adequadamente, a tutela jurisdicional. A limitação advém da lei e apenas por ela.

¹⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1336.; e ZANETI JR., Hermes. Art. 932 In: CABRAL, Antonio do

É certo que as decisões do Tribunal se pautam pelo princípio da colegialidade, ou seja, devem ser normalmente decididas por um conjunto de magistrados que analisam o feito. A legislação confere ao relator as atribuições necessárias de organização para que o processo, quando levado ao julgamento, esteja em plenas condições de ser avaliado por ele e por seus pares. Assim, “dentro do órgão fracionário competente o relator é o responsável pela direção do processo”¹⁰⁵, é quem deve verificar os requisitos de admissibilidade, solicitar diligências complementares, determinar a intimação daquele que não tenha sido intimado e deva intervir no processo como, por exemplo, o Ministério Público. O relator “é o integrante do Tribunal que, por sorteio ou prevenção, recebeu a incumbência de dirigir, ordenar, instruir e preparar o feito para ser julgado pelo colegiado”¹⁰⁶.

Bruno Dantas¹⁰⁷, analisando o art. 932 do CPC/2015, consigna que este dispositivo veio conferir racionalidade, previsibilidade, coerência e organicidade ao processo em contraposição à eventuais excessos ocorridos sob a égide do CPC/1973, quando a disciplina dos poderes do relator não era muito clara.

Vale notar que nessa gama de poderes se inclui – de modo não exaustivo – determinar quaisquer providências relativas ao andamento do feito, regularização da capacidade ou representação processual, requisição de informações ao juiz a quo, realização de diligência, autorização de juntada de documentos, autorização de perícia etc.¹⁰⁸

O inciso I do art. 932 do CPC/2015 estabelece incumbir ao relator dirigir e ordenar o processo no Tribunal, inclusive em relação à produção de prova¹⁰⁹. Comentando este dispositivo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, consignam que

Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários aos novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1354.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. XV.

¹⁰⁶ DANTAS, Bruno. Art. 932. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4. p. 61.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 59.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 61.

¹⁰⁹ A norma refletiu entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que entendia inexistir preclusão à produção probatória pelo julgador, podendo este determinar sua produção a qualquer momento, inclusive em sede recursal, para complementar o quadro dos fatos dos autos. Neste sentido: “PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - REALIZAÇÃO DE PROVAS POR INICIATIVA DO JUIZ - ARTIGO 130 DO CPC - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES STJ E STF.- O juiz tem o poder de iniciativa probatória, inclusive para determinar a produção das provas que julgar necessária à solução da lide. Esta prerrogativa pode ser utilizada em qualquer fase do processo.- Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 382.742-PR*. 2.T. rel. Min. Francisco Peçanha Martins. j. 16 fev. 2006. DJ 26 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2018).

Não há dúvida de que, nas instâncias ordinárias, isto é, nas Cortes de Justiça – Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais – é possível produzir prova, seja a requerimento da parte, seja por determinação do relator (arts. 370 e 932, I, CPC/2015). Isso porque, em primeiro lugar, juízes de primeiro grau e Cortes de Justiça têm o dever de dar tutela aos direitos em sua dimensão particular, o que impõe decidir o mérito do caso de forma justa e efetiva (art. 6.º, CPC/2015) – decisão justa que implica, de seu turno, adequada apuração da verdade das alegações de fato no processo. Em segundo lugar, porque sempre que for possível alegar fato novo perante o Tribunal, deverá igualmente ser possível prová-lo (arts. 342, 493 e 1.014, CPC/2015). Cuida-se de desdobramento evidente do direito de ação e do direito de defesa, porque de nada adianta ser possível alegar, se não for possível provar. Em terceiro lugar, porque a previsão de possibilidade de produção de prova documental a qualquer tempo constante do art. 435, CPC/2015, observadas as exigências legais, e de inspeção judicial, art. 481, CPC/2015, levam à necessidade de se admitir a produção de todo e qualquer meio de prova perante as Cortes de Justiça, sob pena de distinção arbitrária na admissão da prova.¹¹⁰

A atividade do relator, em relação às provas, não é apenas passiva. Conforme adverte William Santos Ferreira¹¹¹, o juiz na atualidade não possui apenas poderes instrutórios, mas deveres-poderes instrutórios no processo, não podendo restar inerte, devendo “exercer seus poderes instrutórios, mesmo se não houver pedido da parte”, inclusive em segundo grau.

Evidentemente, a tarefa instrutória é atribuição específica do juiz de primeira instância, as próprias regras inerentes à prova no Código de Processo Civil bem ilustram esta função, o que não afasta poderem (*rectius*, deverem) ser aplicadas, quando necessário à formação da convicção, em instância recursal responsável pela apreciação de questões fáticas (novas, p. ex.) ou reexame de questões já decididas. Não é porque para o juiz de primeira instância não é necessária determinada prova, ou uma segunda perícia, que, em segunda instância, estas não poderão ser determinadas. O que não se deve confundir é a *necessidade* de uma prova já na primeira instância, com a necessidade da prova para a formação da convicção judicial de segunda instância.¹¹²

O art. 932, inciso I, do CPC/2015 é completado, por exemplo, pela regra do art. 933 que admite, expressamente, a possibilidade de o juiz, constatando fato superveniente, introduzi-lo no processo e determinar a produção de provas e a oitiva das partes a seu respeito. Isto porque, conforme aduz Humberto Theodoro Júnior, “fatos novos e *ius superveniens* comparecem no campo processual como uma verdadeira dádiva a ser utilizada pelo julgador, como instrumento eficaz tanto para a *composição* de conflitos atuais como para a *prevenção* de novos e prováveis litígios”¹¹³.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. XV.

¹¹¹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 248.

¹¹² *Ibid.*, p. 259.

¹¹³ THEODORO JR., Humberto. Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professo Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editroa, 2005. p. 603.

Igualmente, tendo ocorrido o julgamento pelo ônus da prova, pode o colegiado, verificando existirem fatos não adequadamente demonstrados que possam influir em sua convicção, reabrir a instrução processual para complementá-la e proferir julgamento de mérito.

Mesmo em julgamento de recurso, é bom frisar, o Tribunal tem poder instrutório. Veja, por exemplo, o caso da apelação: não lhe cabe apenas reexaminar as provas que já foram colhidas em primeira instância; é possível que o Tribunal determine a produção de novas provas. Embora pareça desnecessário, cumpre afirmar que essas novas provas devem ser produzidas em contraditório.¹¹⁴

Os enunciados 645¹¹⁵ e 646¹¹⁶ do Fórum Permanente de Processualistas Civis confirmam entendimento pela possibilidade de ser conferido ao relator a possibilidade de determinar, com fundamento nos deveres-poderes instrutórios, a produção de provas. Contudo, devemos sempre estar atento à advertência realizada por Rogério Licastro Torres de Mello quanto à baliza legitimadora para a produção de prova em sede recursal, quando este comentou a atuação de ofício em grau recursal:

O fator fundamental a justificar a atividade de provas em grau recursal é proveniente da necessidade de confirmação, esclarecimento, de provas produzidas em instâncias inferiores e das quais não defluam elementos de convicção suficientes para o Tribunal. Esta, aliás, é a razão de ser da medida de conversão do julgamento em diligência, em cuja órbita entendemos por bem inserir a possibilidade de instrução probatória em grau recursal [...]¹¹⁷

Para a produção da prova no processo deve-se verificar se a mesma é necessária, útil e possível. Sendo, resta aberto o dever-poder instrutório do magistrado, inclusive ao juiz de segundo grau.

Advinda do art. 932, I, do CPC/2015 c.c. arts. 139, VI, 370, 493 e 933, do mesmo diploma, o fortalecimento da possibilidade de instrução probatória, *ex officio*, em sede recursal traz forte modificação ao sistema estabelecido sob o CPC/1973 na medida em que se foca na decisão de mérito com a efetivação da tutela jurisdicional.

A mencionada novidade possui um notável impacto prático na medida em que, sob a égide do CPC/1973, havia jurisprudência tranquila no sentido de que os tribunais não poderiam praticar atos de instrução do processo. Assim, considerava-se que os autos, como se encontravam, seriam a versão definitiva da pretensão posta perante o

¹¹⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 46

¹¹⁵ 645. (arts. 932, 933, 938 e 139) Ao relator se conferem os poderes e os deveres do art. 139.

¹¹⁶ 646. (arts. 932, I e 938, §3º) Constatada a necessidade de produção de prova em grau de recurso, o relator tem o dever de conversão do julgamento em diligência.

¹¹⁷ MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 284-285

Tribunal, de modo que a mera ausência de documento reputado como essencial era considerada razão suficiente para a inadmissão do recurso. Tratava-se de uma visão formalística, que enxergava o processo nos tribunais como estritamente documental.¹¹⁸

Sob a égide do CPC/1973 a possibilidade de ser determinada a produção de prova *ex officio* pelo relator não era pacífica, mas Vicente Miranda considerava que o poder instrutório, por não se submeter a preclusão, poderia se operar em segundo grau:

Outra nota característica desse poder instrutório oficial é sua não-preclusividade. Em qualquer fase do procedimento, na primeira e na segunda instâncias, poderá acontecer essa iniciativa probatória oficial. Tal não-preclusividade assenta na razão óbvia de que a necessidade de produção de provas poderá surgir em qualquer fase do processo até a sentença nos julgamentos de primeiro grau ou até o acórdão nos julgamentos de segundo grau. Assim, o juiz singular ou coletivo, na fase decisória, poderá converter o julgamento em diligência para a efetivação de provas necessárias à instrução da causa, ordenadas de ofício.¹¹⁹

O art. 933 do CPC/2015 dispõe que verificado o fato superveniente, o relator deverá intimar as partes para que se manifestem a respeito deste. Se a verificação se der em seção de julgamento, este será paralisado para oportunizar a manifestação das partes e, se verificado durante vistas dos autos, o processo será devolvido ao relator para oportunizar a manifestação das partes. Estas regras são a concretização dos princípios do contraditório e da vedação à decisão surpresa contidos nos artigos 9 e 10 do CPC/2015.

O CPC/2015 preocupou-se, na ordenação processual, com a ordem das matérias que devem ser decididas – primeiramente as preliminares e após o mérito do recurso – e informou que constatada a necessidade de produção de provas, o relator deve converter o julgamento em diligência para, somente após a conclusão da instrução, decidir o recurso (art. 938 e §§).

Sendo o relator o responsável pela organização do processo, o §3º do art. 938 do CPC/2015 informa que é perante ele que as provas devem ser produzidas, todavia faculta que também ocorram perante o juízo em primeiro grau de jurisdição. Esta faculdade deve ser analisada de forma restrita. Salvo exceções, onde o custo e a demora da produção da prova possam impactar sua realização perante o Tribunal, embora no CPC/2015 não vigore o princípio da identidade física do julgador, é mais adequado que o próprio órgão destinatário da prova detenha a condução de sua produção, pois terá melhores condições de verificar se foram devidamente aclarados os pontos necessários à tomada de decisão.

¹¹⁸ DANTAS, Bruno. Art. 938. In. BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4. p. 81.

¹¹⁹ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 218.

Na atualidade, recursos tecnológicos, como videoconferências, permitem a redução de distâncias de modo significativo e devem ser utilizados na produção de provas. Na perícia, a formulação de quesitos pelo juiz relator e por seus pares é medida que demonstra uma maior atenção à condução do processo, não sendo aconselhável sua delegação ao juízo singular que, em razão de sua atuação original, pode não ter a percepção da nuance que fez o colegiado baixar os autos em diligência.

O art. 938 especifica, em seu §4º, que caso o relator, *sponte propria*, não determine a produção da prova, deve o órgão colegiado fazê-lo.

Bruno Dantas, comentando a regra trazida pelo art. 938, informa que a clara possibilidade instrutória em segundo grau “é um alento para o jurisdicionado e para o advogado, evidenciando ainda mais a importância da prova no processo, não apenas para quem vai julgar, mas para a realização adequada da tutela jurisdicional”¹²⁰.

Para além do mérito recursal é necessário observar que os poderes instrutórios do relator na determinação de produção de provas ligam-se, também, à determinação da comprovação do preenchimento dos pressupostos de cabimento dos recursos, pois conforme dispõe o parágrafo único do art. 932 do CPC/2015, *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*.

Neste sentido, por exemplo, dispõe o art. 1.003, §6º, do CPC/2015 que o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso – entende-se por feriado local aqueles pelos quais não resta abrangido o órgão julgador do recurso; na interposição de uma apelação seriam os feriados instituídos por lei municipal, enquanto que em um recurso excepcional aqueles fixados em leis municipais ou estaduais. Esta norma objetiva facilitar ao órgão *ad quem* verificar a tempestividade da irresignação, possibilitando a admissibilidade do apelo, evitando a formação de jurisprudência defensiva¹²¹.

¹²⁰ DANTAS, Bruno. Art. 938. In. BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4. p.81.

¹²¹ Para os recursos excepcionais, a redação do art. 1.029, §3º, do CPC/2015 informa que os Tribunais Superiores corte poderão desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave, sem, no entanto, tratar da possibilidade da parte complementar a documentação exigida para o recebimento do recurso, como ocorre no art. 932. Realitivamente à comprovação do feriado local, a jurisprudência do STJ ora admitia a comprovação da tempestividade em sede de agravo regimental (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1462683/SP*. 4.T. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. j. 25 nov. 2014. DJe 02 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2017.) ora requeria a demonstração prévia (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 574.333/PE*. 2.T. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20 nov. 2014. DJe 28 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2017.). Por meio do AgInt no Ag em REsp nº 957.821 – MS, cuja relatora designada para o acórdão fora a Ministra Nancy Andrighi, a Corte Especial do STJ entendeu que “A intempestividade é tida

A instrução por parte do relator, tendente à regularização do processo, levou à superação do Enunciado de Súmula 115 do STJ, que dispunha que “*na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos*”, pela atual jurisprudência da Corte¹²² que tem determinado a intimação dos advogados para que supram o vício antes de não conhecer do especial.

O parágrafo único do art. 932 se afigura como importante instrumento voltado à concretização das decisões de mérito, possibilitando que o relator, mesmo em sede de juízo de admissibilidade dos recursos, promova a instrução de modo a sanar eventuais irregularidades e propiciar um julgamento de mérito, que responda aos anseios dos jurisdicionados e promova a efetiva pacificação social.

pelo Código atual como vício grave e, portanto, insanável. Daí porque não se aplica à espécie o disposto no parágrafo único do art. 932 do CPC/2015, reservado às hipóteses de vícios sanáveis. Seja em função de previsão expressa do atual Código de Processo Civil, seja em atenção à nova orientação do STF, a jurisprudência construída pelo STJ à luz do CPC/1973 não subsiste ao CPC/2015: ou se comprova o feriado local no ato da interposição do respectivo recurso, ou se considera intempestivo o recurso, operando-se, em consequência, a coisa julgada”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Ag em REsp nº 957.821 – MS*. Corte Especial. Rel.^a Min. Nancy Andrighi, j. 20 nov. 2017. DJe 19 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jan. 2018.). Quanto ao ponto, compreendemos que a tempestividade não se liga à mera comprovação da ocorrência do feriado. O recurso é tempestivo porque interposto a tempo adequado. Eventual ausência de comprovação da ocorrência de feriado é mero vício formal que pode ser superado, sobretudo à luz do CPC/2015 que busca o julgamento de mérito sobre as meras chicanas processuais. A falha é documental, instrumental. (BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso; ZAMPAR JR., José Américo. A aplicação do § 3º do art. 1.029 do CPC/2015: vício grave e a admissibilidade dos recursos excepcionais. *Revista de processo*, v. 285, p. 314-340, nov. 2018.). Concordamos com o posicionamento de Humberto Theodoro Jr. quando, tratando do que denomina “*mau exemplo pretoriano*”, afirma que “quando interposto sem a comprovação do feriado local, o recurso só por isso não se torna intempestivo. Respeitado o prazo legal, o que teria faltado seria apenas um documento para demonstrar a regularidade de sua contagem. O vício, portanto, situa-se no plano da documentação, e não do requisito da tempestividade. A ocorrência de descumprimento deste último requisito (a tempestividade), sim, seria insanável, não a falta da comprovação do feriado, que, como qualquer requisito documental do recurso pode ser cumprido posteriormente, em diligência expressamente prevista nos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3º, ambos do CPC/2015. É de se esperar, portanto, que o STJ reveja sua interpretação, para afinar sua jurisprudência com a letra e o espírito do CPC/2015 (LGL\2015\1656), acatando, como se deve, os princípios, de raízes constitucionais, da primazia da resolução de mérito e da efetividade da tutela jurisdicional” (THEODORO JR., Humberto. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*, v. 285, p. 65-88, nov. 2018.).

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no ARE no RE nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 804.142-MT*. Corte Especial. rel. Min. Humberto Martins. j. 04 abr. 2018. DJe. 09 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Ag em REsp nº 957.821 – MS*. Corte Especial. Rel.^a Min. Nancy Andrighi, j. 20 nov. 2017. DJe 19 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jan. 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AgInt no AREsp 1.053.466-MS*. 3.T. rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. j. 07 ago. 2018. DJe 13 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1.168.651-MG*. 3.T. rel. Min. Moura Ribeiro. j. 28 ago. 2018. DJe 31 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1.169.742-DF*. 2.T. rel. Min. Mauro Campbell. j. 12 jun. 2018. DJe. 20 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 ago. 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1.261.174-SP*. 4.T. rel. Min. Lázaro Magalhães. j. 23 ago. 2018. DJe. 29 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2018.

4 MOMENTO DE PRODUÇÃO DA PROVA

O processo civil brasileiro estabelece como um de seus princípios norteadores o princípio da inércia¹. Segundo este princípio é facultado às partes optar se levarão sua lide ao judiciário e quais fatos e pretensões restarão deduzidas, ficando o órgão julgador vinculado pelo princípio da adstrição ao quanto requerido, não podendo elastecer os limites definidos pelas partes.

O princípio da inércia vincula-se ao limite e disponibilidade do direito material que será exercido, não englobando os atos processuais necessários à formação da decisão de mérito do processo sob pena de restar afetada a própria integridade da decisão judicial. Se não alegado pela parte, na primeira oportunidade que possui em juízo – como regra na inicial pelo autor e na contestação pelo réu – restará preclusa a possibilidade de ser deduzido um determinado fato, restando compreendido que aquele aspecto se encontra albergado pela esfera de disponibilidade das partes.

Todavia, existe a possibilidade de o fato ter se sucedido posteriormente ao início da demanda ou sua contestação. Neste aspecto, a legislação faculta à parte, à luz da efetividade da justiça, trazer aos autos os novos acontecimentos de modo a influir na convicção do julgador, desde que respeitadas as regras e normas processuais à luz do modelo de processo estabelecido.

4.1 Delimitação do objeto da ação

Francesco Carnelutti ensina que ao “*conflicto actual de intereses se denomina litis*”², termo este que, por vezes, é utilizado de modo a significar não apenas o conflito de interesses existente, como também a ação e o próprio processo.

Aquele que possui um conflito e deseja vê-lo resolvido pode socorrer-se do Poder Judiciário exercitando, assim, seu direito de *ação*. A petição inicial é momento pelo qual o

¹ Adotou-se a nomenclatura *princípio da inércia* para identificar a possibilidade de a parte vir a juízo e deduzir sua pretensão em juízo em contraposição ao princípio dispositivo, que reservamos, especificamente, à seara probatória, pois conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco, “a doutrina menos atual aludia ao princípio da inércia como *princípio dispositivo*. De algumas décadas para cá passou-se a falar em princípio da inércia, reservando ao direito probatório as considerações sobre o direito dispositivo, ao qual se opõe o princípio inquisitivo – e é a contraposição entre esses dois princípios que permite distinguir entre provas necessariamente provocadas pelas partes e provas que o juiz pode (ou deve) produzir de-ofício”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 1º ao 69. São Paulo: Saraiva, 2018. v.1. p. 60)

² CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1959. v.1. p. 27.

autor traz a juízo sua demanda e apresenta os elementos necessários à individualização da lide – partes, causa de pedir e pedido –, do conflito atual de interesses que deverá ser resolvido pelo Poder Judiciário.

Dos elementos da ação, a identificação da causa de pedir do processo, que se compõe dos elementos de fato e de direito (art. 319, III, do CPC/2015³) necessário à identificação da demanda e sob os quais se funda o pedido formulado pela parte, tem profunda ligação com o tema desenvolvido. José Rogério Cruz e Tucci anotou que a “*causa petendi* é a locução que indica o fato ou conjunto de fatos que serve para fundamentar a pretensão (processual) do demandante: *ex facto oritur ius* – o fato gera um direito e impõe um juízo”⁴.

No direito brasileiro, assim como no italiano, duas teorias sobre a causa de pedir se assentam: a teoria da individualização e a teoria da substanciação. Conforme pontuou Paulo Lucon, “a teoria da individualização [...] prestigia a qualificação jurídica dos fatos, ao passo que a tese da substanciação entende como necessária, em todas as hipóteses, a menção do fato jurídico que dá origem à relação controvertida”⁵. Na teoria da individualização a causa de pedir constitui-se pela relação jurídica que é afirmada, e a alteração dos fatos constitutivos não se revela como alteração da demanda. Já para a teoria da substanciação a causa de pedir constitui-se do conjunto de fatos que levam o autor a juízo e suportam a demanda, logo a alteração destes fatos leva a alteração da ação⁶.

Moacyr Amaral Santos⁷⁻⁸ informa que o direito processual brasileiro, ao exigir que o autor exponha os fundamentos de fato e de direito da demanda adotara a teoria da substanciação. De outro modo, José Ignácio Botelho de Mesquita⁹⁻¹⁰, analisando as teorias,

³ É de se anotar que a identificação dos elementos de fato e de direito em que se fundamenta a demanda não é exigida apenas no direito brasileiro, como também em legislações estrangeiras como, a título de exemplo, o art. 339.1 da LEC espanhola, a regra 11 da *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos, as regras 16.2 e 16.4(1) do *Civil Procedure Rules*, do Reino Unido, o art. 163, 4 do CPC italiano e os arts. 5º e 186, 2, ‘a’, do CPC português.

⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 26.

⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2.ed. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2018. p. 64.

⁶ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Conteúdo da causa de pedir. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil: Direito de ação. Partes e terceiros. Processo e política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 156-175.

⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1. p. 160

⁸ No mesmo sentido: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 173. e GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v.1. p. 91.

⁹ MESQUITA, op. cit., p. 156-175.

¹⁰ No mesmo sentido Milton Paulo de Carvalho, para quem “o conteúdo da causa de pedir, derivado da aplicação dos preceitos legais inicialmente transcritos, foi-se definindo, no direito brasileiro, com os contributos das teorias da substanciação e da individuação, à margem da própria *letra* da lei (haja vista a conclusão de

pontua que o direito brasileiro teria adotado uma posição ponderada entre as teorias ao conceder importância aos fatos constitutivos e aos elementos de direito, na medida em que ambos se prestam a individualizar o objeto da demanda.

Para Arruda Alvim o autor necessita apresentar a correlação lógica existente entre os elementos da causa de pedir – fatos e fundamentos jurídicos – de modo a “demonstrar que os fatos descritos levam necessariamente à conclusão ou conclusões pedidas, isto é, à relação de causa e efeito”¹¹.

A parte, segundo nossa legislação, tem o dever de indicar o fundamento jurídico ao qual se subsumem os fatos, todavia, conforme adverte Paulo Lucon¹², a qualificação jurídica dos fatos não integra a causa de pedir em razão dos preceitos *iura novit curia* e *daha mihi factum dabo tibi ius*, os quais conferem “ao órgão julgador liberdade na qualificação jurídica dos fatos e na eleição da interpretação das normas aplicáveis ao caso”.

A qualificação jurídica se presta, embora de forma não exaustiva, a possibilitar que a parte adversa compreenda a conduta que dela se esperava e que fora tida por violadora do ordenamento jurídico, propiciando o pleno exercício do contraditório. O juiz, ao requalificar os fatos da demanda, deve evitar a ocorrência de surpresas no curso do processo, possibilitando às partes a manifestação sobre a nova qualificação jurídica, abrindo-se, assim, o contraditório sobre o ponto¹³.

É de se anotar que os fatos simples não integram a causa de pedir, pois “quando se fala de causa de pedir, está-se a indicar um fato jurídico essencial ou dotado de transcendência jurídica”¹⁴, um fato que seja capaz de receber os efeitos normativos atribuídos por um determinado texto legal de forma significativa e por si mesmo considerado.

Mesquita com apoio no art. 158, III, do Código de 39), no sentido de ser apurada a chamada causa próxima, ou fundamento jurídico, da conjugação da descrição do fato (causa remota) com a pretensão formulada”. (CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992. p. 92-93).

¹¹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.181.

¹² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2.ed. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2018. p. 68-69.

¹³ Paulo Lucon, anota que “deve-se evitar, contudo, surpresa no julgamento, o que ocorre quando este se apóia em questão não debatida previamente pelas partes, o que obriga o juízo à observância do contraditório a respeito da nova qualificação” (LUCON, op. cit., p. 70). No mesmo sentido “o Tribunal tem também o dever de consultar as partes, sempre que pretenda conhecer da matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem, porque, por exemplo, o Tribunal enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes ou porque esse órgão pretende conhecer oficiosamente certo fato relevante para a decisão da causa” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 338, p. 149-158, abr./jun. 1997.)

¹⁴ LUCON, op. cit., p. 70.

Resta parcialmente delimitado o objeto da ação por meio da petição inicial trazida pelo autor. Mas não é apenas na petição inicial que o conteúdo da demanda é determinado. A contestação tem papel fundamental no alcance do debate que será colocado. É por meio da defesa que o réu controverte os fatos trazidos pelo autor na petição inicial e delimita as causas que impedem, obstam ou extinguem a pretensão do autor. A lide se completa por meio da contestação que delimita as questões¹⁵ que serão objeto de debate no processo e deverão ser decididas pelo juiz.

4.2 O ônus da afirmação

O ônus da afirmação consistente no exercício que as partes realizam de introduzir no processo as afirmações de fato necessárias ao julgamento da lide. Os ônus processuais se coordenam, conforme anota João Batista Lopes¹⁶ à luz das lições de Emilio Betti, assim o ônus da afirmação decorre do ônus da demanda e precede o ônus da prova, mas com eles não se confunde.

Leo Rosenberg, em sua obra sobre o ônus da prova, analisando o que deve ser provado pelas partes, pontua que estas devem demonstrar os fatos necessários à decisão judicial para que não haja a incidência das regras sobre o ônus da prova. Mas não basta apenas provar os fatos, antes é necessário trazê-los ao processo por meio das afirmações formuladas, isto porque

[...] em um processo baseado no princípio dispositivo, as partes não apenas tem de provar os fatos necessários à decisão mas também devem introduzi-los no processo mediante sua afirmação, controvertendo-os de modo que possam se constituir em fundamentos da sentença.¹⁷

¹⁵ Conforme anotou Thereza Arruda Alvim, “‘questões’ pressupõem uma controvérsia, caso contrário dever-se-ia falar em mais acertadamente, em ponto (prejudicial, preliminar)” (ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 78), isto porque os pontos são matérias não controvertidas que se ligam ao mérito da ação – de forma prejudicial ou não. Igualmente, os meros argumentos das partes, isto é, as afirmações retóricas que se prestam ao convencimento não se encontram dentro dos limites da lide a ser decidida.

¹⁶ LOPES, João Batista. Art. 373. In. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 256.

¹⁷ No original: “en un procedimiento basado en la máxima dispositiva, las partes no sólo tienen que probar los hechos necesarios para la decisión sino que también introducirlos en el proceso mediante su afirmación convirtiéndolos de este modo en fundamentos de la sentencia” (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956. p. 45.)

O ônus da afirmação deve se referir “aos fatos juridicamente importantes, isto é, aos acontecimentos concretos, determinados no espaço e no tempo, assim como a situações do mundo exterior ou da vida humana interior”¹⁸.

O direito à prova surge quando os fatos são colocados no processo. A afirmação precede a prova. Não sendo afirmado um fato no processo, este não poderá ser provado, pois não integra a causa de pedir e, por consequência, o objeto da ação.

Diz-se de *ônus da afirmação*, pois ausente qualquer dos elementos necessários à prolação da decisão judicial, o juiz deve, primeiramente, questionar quem deveria ter trazido o fato ao processo para, posteriormente, debater sobre eventual ônus probatório sobre este fato¹⁹. Logo,

[...] igual ao ônus da prova, também o ônus da afirmação somente tem aplicação prática quando as partes tenham omitido uma afirmação. Aquela parte cujo pedido não pode obter êxito sem esta afirmação e, por esta razão, como se disse, suporta o ônus da afirmação, experimentando o prejuízo devido em razão de sua omissão.²⁰

Quando alguém vai a juízo deve trazer a causa de pedir – fatos e direito – na qual fundamenta o seu pedido. É por meio das afirmações de fato trazidas pelo autor que se determina a causa de pedir do processo. Conforme pondera Arruda Alvim,

[...] a *vontade* do autor é relevante na delimitação da área operativa ou “espacial” da atividade do juiz. Ainda, ao lado da vontade, devemos considerar como relevante a própria ciência de fatos (=fatos jurídicos) que o autor traz ao juiz. Isto é, ao juiz não é dado decidir a controvérsia, tendo em vista elementos de fato que o autor não desejou aportar como embasamento do seu pedido. Respeita-se, pois, quer a vontade, como também a *ciência* desses fatos que o autor fornece ao juiz.²¹

Vige o princípio da eventualidade que “consiste em alegar a parte, de uma só vez, todos os meios de ataque e defesa como medida de previsão”²². Autor e réu devem, pois, produzirem “as suas alegações, nos períodos correspondentes, *para a eventualidade* de que mais tarde lhes possam ser úteis, ainda que por momento não o sejam”²³. Podem, inclusive,

¹⁸ No original: “a *hechos* juridicamente importantes, esto es, a acontecimientos concretos, determinados en el espacio y en el tiempo, así como a situaciones del mundo exterior o de la vida humana interior” (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956. p. 45.)

¹⁹ ROSENBERG, op. cit., p. 44.

²⁰ No original: “e igual que la carga de la prueba, también la carga de la afirmación sólo tiene aplicación práctica, cuando las partes han *omitido* una afirmación. Aquella parte cuya petición no puede tener éxito sin esta afirmación y que por esta razón, como se dice, soporta la carga de afirmación, experimenta el perjuicio debido a la omisión”. (ROSENBERG, op. cit., p. 40.)

²¹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. I. p. 92. (*grifos do autor*)

²² MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. III. p. 198.

²³ *Ibid.*, p. 199. (*grifos do autor*)

serem elas incompatíveis entre si, pois, “no caso de não ser(em) acolhida(s) alguma(s), uma delas eventualmente o seja em ordem hierárquica e sucessiva de apreciação”²⁴.

O ônus da afirmação não se confunde com a causa de pedir do processo. É certo que incumbe à parte delimitar na causa de pedir o fato em que fundamenta seu pedido e suas circunstâncias – teoria da substanciação. Também é certo que o réu possui o ônus da impugnação específica, e não o fazendo sujeita-se aos efeitos da revelia. Todavia, pode ocorrer de ao serem narrados os fatos necessários à formulação da lide, da parte – autor ou réu – esquecer de alguma determinada circunstância de fato ou mesmo omiti-la propositalmente como parte de sua estratégia processual, uma vez que apenas necessita trazer aos autos os fatos que lhe favoreçam, não sendo obrigada a informar os contrários.

Pode uma lide formulada a partir de uma causa de pedir plenamente verificável, restar, ao final do processo, impossibilitada de receber decisão pois a parte deixou de trazer aos autos elemento necessário à sustentação de sua posição processual. Conforme alerta João Batista Lopes,

Sob a égide do princípio dispositivo, o juiz não deve tomar em consideração fatos não alegados pelas partes. Às partes incumbe, pois, a alegação dos fatos e das circunstâncias que os envolvem, não cabendo ao juiz, em princípio, investigá-los ou complementá-los.²⁵

Também, por vezes, os fatos aparentemente impertinentes, por não possuírem relação direta com a causa de pedir podem influir no convencimento do julgador e necessitar de prova²⁶.

Imagine uma ação onde se discuta a inserção do autor no cadastro de inadimplentes e se requeira o pagamento de danos morais pela inscrição. Alega o réu em defesa que a inscrição fora correta e que em razão deste fato não é devido dano moral. Configurada a causa de pedir e o pedido, são produzidas as provas. Em julgamento o juiz verifica que a inscrição fora indevida. Por ciência própria, sabe em razão de outros processos que possui no juízo que o autor é devedor contumaz. Este fato não fora alegado no processo, nem pôde ser provado por certidão de distribuição processual ou certidão de cadastro de inadimplentes, pois não presente nos autos²⁷. Relativamente ao dano pela inscrição indevida, embora o juízo

²⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. I. p. 97.

²⁵ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 38.

²⁶ LOPES, João Batista. Art. 369. In. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 240.

²⁷ Vigé, no ponto, a máxima de Giuseppe Chiovenda: “*quod non est in actis non est in mundo*”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v.II. p. 347).

verifique a citação da contumácia e a existência de outras negativas em nome do autor, por este fato não ter sido introduzido pelas partes no processo – afirmado –, não poderá ser conhecido e considerado quando do julgamento, fazendo incidir o ônus da afirmação.

4.3 Momentos da prova

Eduardo Couture²⁸ e Moacyr Amaral Santos²⁹ ensinam que a atividade probatória se desenvolve em três momentos (ou fases) distintos: oferecimento ou proposição, admissão ou recepção e produção ou execução. Contemporaneamente, Eduardo Cambi³⁰ aponta para a existência de um quarto momento (fase) da prova: *a valoração*.

A *propositura*, consequência do princípio dispositivo, é o ato da parte de propor as provas que entender necessárias à demonstração do fato e ao julgamento do processo. Seu momento deve ser a petição inicial para o autor, até mesmo porque algumas espécies de ações somente são admitidas se já houver prova preconstituída³¹, e a contestação para o réu; devendo, em qualquer caso, as provas já constituídas serem apresentadas ao processo na primeira oportunidade que a parte possuir para se manifestar.

Dentro do modelo constitucional de processo, no qual é vedado a surpresa e se proclama a colaboração e a boa-fé processual, devendo as partes participarem do processo com suas *armas* aparentes, a propositura da prova logo no primeiro instante em que a parte pode se manifestar no processo busca evitar embaraços ao direito de defesa, possibilitando o pleno conhecimento da demanda e propositura dos meios de defesa adequados – seja por meio de contestação, reconvenção ou mesmo réplica.

Conforme lembra João Batista Lopes, a propositura da prova “consiste na menção genérica dos meios de prova que a parte pretende produzir”³², elencados à luz dos elementos conhecidos da demanda. Excepcionalmente, as partes poderão propor provas fora deste momento: quando se verificar motivo de força maior, em razão da urgência, da superveniência de fatos ou dos poderes diretivos do juiz.

Proposta a prova, há a sua individualização, que decorre da especificação das provas que se pretende produzir. É a fase da *admissão* ou recepção das provas. Deve o juiz verificar se a

²⁸ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 249.

²⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5.ed. São Paulo: Saraiva. 1983. v. 1. p. 263.

³⁰ CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá. 2014. p. 313.

³¹ SANTOS, op. cit., p.266.

³² LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 60.

prova proposta pode ser admitida no processo, ou seja, se preenche os requisitos necessários, como ser lícita, não ser vedada por lei para a demonstração do fato³³, se é aceita dentro do rito procedimental escolhido³⁴ e se correlaciona-se com o fato a ser provado.

Este é “o momento da avaliação preventiva de sua utilidade”³⁵. O processo fundamenta-se no binômio necessidade-utilidade. Se a prova não for útil ou necessária ao deslinde da controvérsia não poderá ser admitida no processo. Assim, não é possível a demonstração da regularidade de um demonstrativo contábil apenas por meio de testemunho, será necessária perícia. O testemunho, na hipótese não poderá ser utilizado para a demonstração do fato principal, por inútil, mas apenas para a verificação de fatos acessórios.

O CPC/2015 dispõe que o momento adequado para a especificação – individualização – das provas propostas e que serão produzidas é o da organização e saneamento do processo (art. 357). Neste momento, o juiz, após ouvir as partes, deve fixar quais são as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios pelos quais esta ocorrerá. Também, este é o momento para que sejam resolvidas questões pendentes, fixadas as questões de direito controvertidas, promovida a distribuição dinâmica do ônus da prova e designada a audiência de instrução e julgamento, se for o caso.

O saneamento do processo pode ocorrer por meio de uma decisão de saneamento lançada nos autos ou, quando a complexidade da causa exigir, por meio de uma audiência de saneamento compartilhado, na qual as questões objeto de prova e debate judicial serão fixadas em acordo pelas partes (art. 357, §§1º a 3º).

Aceita a prova testemunhal será necessário que as partes apresentem o rol de testemunhas no prazo de até 15 (quinze) dias se o saneamento ocorrer por despacho ou na própria audiência de saneamento quando esta for designada (art. 357, §§4º a 7º). Findo o saneamento, surge o prazo para a produção da prova pericial (art. 357, §8º).

Propostas e admitidas as provas, segue o momento de sua *produção* ou *execução* no processo. Conforme lembra Maria Elizabeth de Castro Lopes³⁶, o CPC/2015 “[...] dispõe sobre o momento em que, ordinariamente, as provas devam ser produzidas [...]”. O momento

³³ Como era a hipótese da vedação à prova testemunhal para contratos cuja valor superasse o décuplo do salário mínimo nacional, no revogado art. 227 do Código Civil.

³⁴ Aqui, por exemplo, ocorre a vedação à prova pericial ou testemunhal no mandado de segurança que pressupõe a existência de prova préconstituída para a demonstração do direito líquido e certo do impetrante ou a vedação à realização de prova pericial ampla no rito dos juizados especiais (art. 35 da Lei nº 9.099/1995).

³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5.ed. São Paulo: Saraiva. 1983. v. 1. p.281.

³⁶ CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. Da produção antecipada da prova. In. BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 269.

de fazer com que o meio de prova produza seus efeitos, mediando a informação entre o juiz e a fonte de prova. Este é o momento ordinário.

A *prova documental* deve ser produzida na fase postulatória, podendo, excepcionalmente, ser produzida posteriormente (art. 434 e 435). Este é o meio de prova cuja produção no processo é o mais simplificado: *basta a juntada do documento aos autos*, razão pela qual acaba por restar admitido nos momentos em que os demais meios encontram óbices procedimentais ao seu desenvolvimento. Igualmente o contraditório a esta prova pode ser realizado por meio da juntada de outros documentos ou pelo incidente de falsidade documental (art. 430 do CPC/2015).

A *prova pericial* será produzida após o sanamento do processo (art. 357, §8º), com a nomeação de perito, designação de assistentes técnicos, apresentação de quesitos e submissão das conclusões do perito ao contraditório das partes e requerimento de esclarecimentos escritos pelo juiz.

As provas orais – testemunhal, depoimento pessoal e esclarecimentos do perito e dos assistentes técnicos – são produzidas na audiência de instrução e julgamento ou por carta (art. 361, 385 e 453). É o momento no qual o juiz colhe as informações orais das partes e as reduz a termo no processo.

Por fim, a *confissão*, o *interrogatório livre* e a *inspeção judicial* podem ser produzidos a qualquer tempo (art. 139, VI, 389 e 481), bastando, para a primeira, a vontade da parte, independentemente de forma pré-estabelecida, e, para as demais, que o juízo determine a sua execução em conformidade com o rito previsto, inclusive em sede de recurso.

Produzidas as provas, estas são valoradas³⁷ pelo juízo que realiza o julgamento da demanda, fechando o ciclo processual probatório – proposição, admissão, produção e valoração. Excepcionalmente, pode ocorrer de surgir a necessidade de produção da prova em momento posterior, fazendo reincidir o ciclo probatório em uma fase processual na qual ele não seria esperado – nos recursos³⁸.

³⁷ Sobre valoração da prova, tratamos anteriormente no Capítulo 3, item 3.5.

³⁸ Conforme pondera Rogério Licastro Torres de Mello, “[...] na esfera recursal, o órgão jurisdicional em regra recebe o acervo fático-probatório pronto, tal qual construído em primeiro grau de jurisdição, o que, de certa forma, permite-lhe apenas a revisão das concussões extraídas na instância inferior, sem que esteja avizinhado da prova e, sobretudo da produção desta prova” (MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 276). Pelo que, a realização do completo ciclo probatório na esfera recursal é medida de exceção.

4.4 Produção antecipada de provas

O CPC/2015 estabeleceu a possibilidade de a prova poder ser produzida antecipadamente, isto é, em momento anterior à propositura da ação judicial, como ação autônoma e não mais como cautelar antecedente, como ocorria no CPC/1973. Sobre o ponto informa Maria Elizabeth de Castro Lopes, que

A inovação introduzida pelo novo CPC não qualifica a produção antecipada de prova como medida cautelar e, partindo do pressuposto de que a prova constitui um direito autônomo, assegura sua produção independentemente da existência do *periculum in mora*.³⁹

Têm-se, aqui, um direito autônomo à prova⁴⁰, que caberá quando *a)* haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, *b)* a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito e *c)* o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

A produção antecipada passa a ser instrumento não apenas voltado à preservação da utilidade do processo que poderia não restar frutífero em razão do desaparecimento do objeto que deve ser objeto da prova como, também, para evitar litígios, na medida em que, tendo as partes os limites do quadro fático melhor delineado, podem avaliar suas responsabilidades e prospectar os resultados de uma futura demanda, possibilitando que busquem uma solução para o problema de forma consensual. Conforme anota Flávio Yarshell, “a prova é produzida essencialmente para que as partes possam dela extrair elementos a nortear sua conduta, fora e dentro de juízo”⁴¹.

A produção antecipada de provas é procedimento simplificado. Colhida a prova, seu contraditório restará reservado ao eventual futuro processo. Não cabe, neste procedimento, que o magistrado realize juízo de mérito sobre a prova colhida. É de se alertar, todavia, que a produção antecipada de provas não se substitui à ação principal⁴².

³⁹ CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. Da produção antecipada da prova. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 270.

⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 332-333.

⁴² Compreendemos que, nas hipóteses dos incisos II e III do art. 381, quando a prova a ser realizada se constituir no próprio mérito da demanda principal, esta não deveria ter lugar em face daquela. Assim, por exemplo, não cabe a produção antecipada de prova pericial, consituída em um exame de DNA, para se determinar a paternidade em momento antecedente à própria ação de reconhecimento da paternidade. Carece de utilidade a separação dos procedimentos. Flávio Yarshell, comentando a hipótese de a prova demonstrar cabalmente a razão de uma parte sobre a outra anotou, em sentido contrário a nosso entendimento, que “[...] tal avaliação,

A produção antecipada tem lugar na hipótese de se necessitar identificar os possíveis responsáveis por uma situação de fato, mas que as responsabilidades restarão atreladas a um processo futuro, submetido ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

Na inicial o autor deverá expor o fato que pretende provar e explicar os motivos pelos quais intenta a realização da prova, especificando o meio de prova que será realizado⁴³, de modo que o magistrado possa auferir sua legitimidade para a produção da prova e a daquele em face de quem a prova será produzida, bem como a utilidade da prova requerida para a demonstração do fato⁴⁴.

A prova produzida de forma antecipada a uma demanda poderá, por vezes, refletir em demanda em curso, hipótese na qual poderá ser admitida naquela causa, ingressando nela no estado em que se encontra e recebendo o valor apropriado pelo juízo. Imagine-se um processo no qual uma Empresa A debata com a Concessionária de Energia Elétrica problemas de fornecimento de energia, restando o processo em fase recursal. Uma produção antecipada de provas pela Empresa B, vizinha à Empresa A, sob a tensão da rede local e o fornecimento de energia, eventualmente, poderá ser utilizada como emprestada pelas partes do primeiro processo para sustentar sua posição processual, em complemento ao quadro fático dos autos ou em contraposição a ele.

nesse momento, compete às partes e não ao órgão judicial. Se os interessados, mesmo diante da eventual contundência da prova produzida, insistirem em fazer valer suas posições no subsequente processo declaratório, sua conduta deverá, então, para além do resultado desfavorável que lhes seja imposto, ser valorada sob a ótica do dever de veracidade. Nesse caso, além do desfecho desfavorável quanto ao ‘mérito’, a parte que insistir em litigar contra a prova produzida poderá e até deverá ser sancionada por sua conduta eticamente reprovável.” (YARSHELL, op. cit., p. 362).

⁴³ “A ação autônoma de produção antecipada de prova não é instrumento voltado ao reconhecimento do direito material, mas sim do direito à produção da prova, seja em razão da urgência, seja para fins de auxiliar a parte na sua análise sobre a viabilidade de demanda futura. Embora o requerente não precise indicar a ação “*principal*” que será proposta, pois é possível que nenhum processo venha a ser instaurado no futuro, deverá expor *com precisão* os fatos que pretende apurar, até para que o juiz possa impedir abusos e indeferir iniciativas inconsequentes. Mas essa exigência deve ser vista com algum temperamento, uma vez que não se pode desconsiderar o fato de que a ação está sendo proposta precisamente porque o interessado pretende se inteirar da exata dimensão dos fatos relacionados à determinada situação jurídica. Além de expor ao juiz qual o fato que busca provar, cabe ao requerente esclarecer a utilidade da prova, ou seja, o vínculo que o liga àquele fato e que faz com que a sua apuração lhe seja relevante, bem como especificar o meio de prova de que pretende se valer”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 735.)

⁴⁴ Não é útil – como regra –, por exemplo, a quebra do sigilo de correspondência pessoal da pessoa física, presidente de uma instituição bancária, quando se objetiva a produção de prova antecipada relativa à taxa de juros aplicada sobre uma determinada operação financeira realizada naquela instituição. De igual modo, carece de utilidade a apresentação dos demonstrativos contábeis e fiscais dos últimos 50 (cinquenta) anos de uma empresa – como produção antecipada de provas – quando se almeje verificar se um determinado produto desenvolvido há 2 (dois) anos detinha vício oculto ou de projeto.

4.5 Preclusão processual e a prova

José Roberto dos Santos Bedaque informa que a preclusão é a “perda, pela parte, da possibilidade de praticar os atos correspondentes a uma dessas posições subjetivas [...] – o que ocorre sempre que o legislador estabelece regras impondo essa consequência”⁴⁵, enquanto que Cândido Rangel Dinamarco entende que “as preclusões constituem expedientes técnico-jurídicos empregados em prol da abreviação dos processos e com o fito de impedir a sua duração indeterminada; com isso, favorecem os escopos sociais de pacificação e educação”⁴⁶.

Arruda Alvim diferencia preclusão de sanção processual, ao esclarecer que a “sanção é a consequência jurídica subsequente ao não cumprimento da norma jurídica”⁴⁷, enquanto que a preclusão “deriva da não prática de um ato, no prazo em que ele deveria ter sido praticado”⁴⁸.

A preclusão pode ser de três espécies: *consumativa* – pelo exaurimento da prática de um ato que não pode ser repetido –, *lógica* – ocorre pela prática de ato incompatível com aquele que se pretendia realizar – e *temporal* – ocorre pelo decurso do tempo para a prática do ato⁴⁹.

A preclusão pode atingir a todos os sujeitos do processo – as partes, os sucessores, terceiros e o juiz.

A preclusão não se restringe às faculdades das partes, porque alcança também as “questões decididas”, atingindo também o juiz⁵⁰.

A preclusão atinge o juiz, a quem não é dado retornar o processo. João Batista Lopes⁵¹ anota que tecnicamente não existe preclusão para o juiz, mas reconhece que a doutrina alude à

⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 128.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 246.

⁴⁷ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 658.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 658.

⁴⁹ “Diz-se temporal a preclusão quando um ato não é praticado no prazo existente para a respectiva prática e, por essa circunstância, não mais pode ser realizado. Diz-se lógica a preclusão quando um ato não mais pode ser praticado, pelo fato de se ter praticado outro ato que, pela lei, é definido como incompatível com o já realizado, ou que esta circunstância deflue inequivocamente do sistema. [...] Fala-se, finalmente, em preclusão consumativa, quando se pratica o ato processual previsto na lei. Não será possível, depois de consumado o ato, praticá-lo novamente”. (*Ibid.*, p. 660).

⁵⁰ BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 158, mar./abr. 1955, p. 59.

⁵¹ LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 23, p. 45-60, jul./set. 1981.

preclusão *pro judicato* – impedindo o juiz de redecidir questões já decididas –, e informa, de modo preciso, que o *nomen juris* é inadequado.

Daniel Neves⁵² entende que não se aplica ao juiz a preclusão temporal, sendo-lhe aplicável apenas a preclusão lógica e a consumativa. Didier Júnior discorda do entendimento, pois “não somente pelo fato de que os prazos para o juiz não podem ser anódinos, mas também diante de enunciados normativos expressos”⁵³.

Concordamos com Anissara Toscan, quando esta informa que apenas a preclusão consumativa seria aplicável,

[...] desde que a matéria analisada não diga respeito a poderes administrativos, instrutórios, coercitivos, entre outros, do juiz, e ainda assim, só se verificará quando se estiver diante de matéria dependente de oportuna arguição pela parte interessada para ser considerada, pois em se tratando de questão conhecida de ofício e a qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz rever seu entendimento caso se convença do contrário.⁵⁴

A luz do princípio da eventualidade, autor e réu devem trazer – na inicial e na contestação – todos os elementos que julgam aptos a fundamentarem suas posições processuais – ainda que contraditórios – sob pena de restarem impossibilitados de fazê-lo em momento posterior, pois conforme dispõe o art. 503 do CPC/2015, a decisão que julga o mérito “tem força de lei” nos exatos limites da questão expressamente decidida e, após o trânsito em julgado do processo, “considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido” – princípio do deduzido e do dedutível⁵⁵ (art. 508 do CPC/2015).

José Rogério Cruz e Tucci⁵⁶ anota que o “atual CPC recolheu, com extremo rigor, a regra da eventualidade”, estabelecendo um sistema de preclusões rígido que “constitui pressuposto da teoria da substanciação, ao exigir para ambas as partes o exaurimento de suas razões, respectivamente, na petição inicial e na contestação”.

⁵² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

⁵³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1. p. 437. O Autor cita como exemplo o art. 324, §2º, do Regimento Interno do STF, que disciplina a hipótese de julgamento implícito quando o ministro silenciar, após o prazo de 20 dias, sobre a existência de repercussão geral do recurso extraordinário.

⁵⁴ TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 70.

⁵⁵ Conforme pondera Fredie Didier Jr., “a coisa julgada torna preclusa a possibilidade de discutir o deduzido e torna irrelevante suscitar o que poderia ter sido deduzido (o dedutível)”. (DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários aos novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.782.).

⁵⁶ 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. 188-189.

Para Heitor Sica, deduzida a demanda na inicial, a parte fica adstrita aos termos propostos, ficando impedida de requerer, no mesmo processo, o que não pediu na inicial⁵⁷ (art. 319, III). Para Elio Fazzalari, é por meio da petição inicial que se fixam os elementos da demanda,

[...] do direito de que se busca proteção e da violação do mesmo, os fatos que o autor tem o ônus de vincular são, por um lado, aqueles que identificam o direito substantivo (em seus componentes objetivos e subjetivos), por outro lado, aqueles que integram a lesão do mesmo.⁵⁸

Relativamente ao réu o art. 336 do CPC/2015 dispõe que deve, na contestação, trazer toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido.

O CPC/2015, ao adotar o princípio da eventualidade, o fez, ainda, à luz de seus princípios fundamentais: boa-fé (art. 5º), cooperação (art. 6º) e não surpresa (art. 9º).

A possibilidade de modificação da demanda proposta é facultada ao autor por meio de aditamento à petição inicial. O CPC/2015 modificou o regime do aditamento da inicial para possibilitar não apenas a inclusão de novos pedidos, de modo expresso, como também para a alteração dos pedidos anteriormente feitos e a modificação, inclusive, da causa de pedir.

Até a citação não se coloca qualquer condição para o aditamento da inicial. Após a citação o Código estabelece que “a mudança é negócio bilateral: exige, também, o assentimento do réu”⁵⁹⁻⁶⁰, o qual pode se dar de maneira expressa – por meio de petição ou concordância em audiência – ou tácita – quando passa a se manifestar sobre os novos termos sem impugnar a alteração⁶¹.

⁵⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.166.

⁵⁸ No original: “[...] dal diritto di cui si chiede tutela e dalla violazione del medesimo, i fatti che l’attore ha l’onere di allegare sono, da um canto, quelli che individano il diritto sostanziale (nelle sue componenti oggettive e soggettive), dall’altro canto, quelli che integrano la lesione del medimo”. (FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinário di cognizione e la Novella del 1990*. Torino: UTET, 1991. p. 11. Tradução livre.).

⁵⁹ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v.II. p.307.

⁶⁰ No mesmo sentido é o Enunciado nº 490 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II).

⁶¹ “[...] a determinação do inciso II do mesmo art. 329 do CPC, inspirada, por certo, nos notórios escopos público e social do processo, faculta, com o consentimento do demandado, a emenda dos elementos objetivos da demanda até a decisão declaratória de saneamento (ou até antes da oferta de embargos do devedor na execução contra devedor solvente)”. (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. 130.).

O aditamento poderá modificar o pedido e a causa de pedir, mesmo que o réu seja revel no processo. O juiz deverá, todavia, citar o réu novamente para, querendo, concordar e apresentar defesa sobre os novos fatos e pedidos que lhe são imputados, pois ninguém poderá ser processado e condenado sem sua ciência. Assim, conforme leciona Humberto Theodor Jr., “deverá ser sempre assegurado o contraditório, mediante a possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, podendo, inclusive, requerer prova suplementar”⁶².

“Torna-se praticamente impossível, pela inarredável preclusão, a alteração voluntária dos elementos subjetivo e objetivo da demanda, em particular dos fatos e fundamentos então deduzidos, depois do encerramento da fase saneadora”⁶³, diz José Rogério Cruz e Tucci, até mesmo por força do próprio art. 357 do CPC/2015 que dispõe que delimitadas as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e as questões de direito relevantes para a decisão do mérito, no saneamento, após eventuais esclarecimentos das partes, a decisão se torna estável. No mesmo sentido, pondera Humberto Theodoro Junior que “nos termos da lei, o aditamento e a alteração do pedido terão de ser feitos somente até o saneamento do processo”⁶⁴.

Isto ocorre porque, no processo civil, “há mecanismos aptos a estabilizar a demanda que privilegiam a segurança jurídica e o encadeamento lógico-sistemático dos atos processuais”⁶⁵, não sendo possível que o processo se torne um rio cheio de curvas que desague em si mesmo.

Também ao réu somente será possível modificar sua defesa para alegar questões relativas a direito ou fato superveniente, questões que devessem ser conhecidas de ofício ou que por autorização legal possam ser arguidas a qualquer tempo (art. 342 CPC/2015).

É a questão controversa fixada e estabilizada que será objeto da dilação probatória e da decisão judicial. Não é outro o objeto e a função do processo neste momento que não o de esclarecer os fatos necessários à solução da lide. Um alterar de causas de pedir neste instante processual poderia trazer surpresas às partes, comprometendo-lhes o direito de defesa de seus interesses e direitos, prejudicando, significativamente, o contraditório processual, levando a um processo *injusto*.

⁶² THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.1. p.778.

⁶³ 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. 130.

⁶⁴ THEODORO JR., op. cit., p.778.

⁶⁵ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 131.

O CPC/2015 estabelece em seu art. 492, ser vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida. Exceção que se coloca à estabilização da demanda é a possibilidade de ser realizada a prova do fato superveniente (artigos 493 e 933), pois a decisão da causa deve refletir a situação atual do objeto litigioso, e do fato que, por motivo de força maior, a parte não possuía condições de trazer aos autos em momento oportuno (art. 1.014).

O art. 493⁶⁶ autoriza ao juiz considerar os fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito ocorridos, depois da propositura da ação que influam no julgamento do mérito, de ofício ou a requerimento da parte. Neste sentido, anotou José Rogério Cruz e Tucci que

O juiz, consoante dispõe o art. 493, no momento de proferir a sentença, deve considerar os fatos novos ou supervenientes que interferiram, de modo direto, no julgamento da causa, constituindo, modificando ou extinguindo o direito deduzido em juízo.

É de aduzir-se, outrossim, que o art. 342, I, do CPC também admite a arguição, em princípio, pelo réu, mas igualmente pelo autor, de *ius novorum*. Faz-se possível tanto ao autor quanto ao réu invocar os efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos produzidos por uma norma jurídica superveniente, seja de direito material, seja de direito processual, que tenham incidência sobre o caso pendente de julgamento.⁶⁷

Em todo caso, o juiz ouvirá as partes sobre este fato antes de decidir.

Ainda, em razão do princípio da eventualidade, devem as partes indicar na inicial e na contestação as provas que desejam produzir no processo. O art. 319, VI, do CPC/2015 específica como requisito da petição a necessidade de o autor indicar as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, igualmente o art. 336 do CPC/2015 determina ao réu que especifique as provas que pretende produzir.

Idênticos dispositivos constavam do CPC/1973 (arts. 282, VI e 300) e levaram os Tribunais, quando da entrada em vigor do Código até meados dos anos 2000, à luz do princípio da eventualidade, a indeferirem a produção probatória quando não especificados em momento próprio, pois restaria preclusa⁶⁸.

A doutrina, em contrapartida, afirmava que na inicial bastava ao autor o protesto genérico pela produção de provas, com a sabida fórmula “*pretende provar os fatos alegados por todos os meios em direito admitidos e os moralmente legítimos*”⁶⁹, sendo possível a

⁶⁶ Também no sistema processual italiano não se submetem ao regime da preclusão estabelecido pelo art. 183 do CPC *It os fatos supervenientes relevantes para a solução da lide.* (FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinario di cognizione e la Novella del 1990.* Torino: UTET, 1991. p. 20).

⁶⁷ 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. 135.

⁶⁸ RT 515/103 e RJTJESP 123/204.

⁶⁹ RTJ 106/157, RT 580/260, RT 495/83 e RP 5/295.

especificação em momento oportuno, inclusive com a indicação do rol de testemunhas, em razão de somente se ter a adequada dimensão do que será necessário demonstrar em juízo com a contestação do réu.

Herotides da Silva Lima⁷⁰, em 1929, Criticava a necessidade do protesto por provas com a inicial, ressaltando ser resquícios da Ordenação do Reino (Liv. 3º, Tit. 20, §2º⁷¹). Não considerava adequada a colocação do senador Alcantra Machado, na comissão do Código Estadual de Processo de São Paulo, ao afirmar que

[...] a especificação rigorosa das provas *in limine litis* é exigência descabida, porque muitas vezes só no correr da demanda se fará sentir a conveniencia de produzi-las; e que a praxe transformou a indicação das provas num protesto vago e indefinido.⁷²

Continuava, Herotides da Silva Lima, dizendo que “a prova é da essência da acção, na qual está implicitamente contida, não dependendo assim de avisos ou alterações”⁷³, logo

Quando a lei afirma que a todo direito corresponde uma acção que o assegura tacitamente já concede o recursp às provas, sem o que a acção nunca estaria assegurada. Quem acode ao chamamento judicial para vir responder em juízo, já espera que o adversário prove o que allega, e por sua vez ensa logo em provar o contrario. Quem é que, no estado actual das litas forenses, ainda poderia llegar ignorância ou surpresa, delante do gesto de um adversário que usa de todos os meios probatorios autorizados pelas leis? Teria o mesmo effeito de um exercito que allegasse a derrota porque o inimigo fez uso de todos os processos mortiferos empregados nas guerras modernas. A idéa de acção já contem em si a de prova; supérfluo é, pois, enuncial-a; e assim, o protesto previsto não tem effeito algum processual.⁷⁴

Firmou-se o posicionamento de que a preclusão para a produção da prova incide nas hipóteses em que, determinada a produção de provas pelo magistrado, em momento posterior à inicial, contestação e réplica, quedam as partes silentes quanto ao ponto, não sendo

⁷⁰ LIMA, Herotides da Silva. O protesto por provas e o Código do processo. *Revista dos Tribunaes*, v. 71, p. 8-10, ago. 1929.

⁷¹ *Ordenações Filipinas*: Livro 3 Tit. 20: Da ordem do Juizo nos feitos cíveis [...] 2. E ao autor pertence, antes que comece a demanda, haver conselho, se tem direito no que quer demandar, e se tem prova de testemunhas, ou scripturas no caso, em que testemunhas se não hão de receber, per que possa provar sua tenção. E assi buscar Procurador, que por elle haja de procurar em maneira que, antes que comece o feito, tenha prestes as cousas, que lhe são necessarias, sendo certo que lhe não será dado tempo para deliberar sobre o para que fez citar seu adversario, posto que o peça, salvo, se no prosseguimento do feito o réo allegar tal cousa, que o autor não tenha razão de saber, quando começou a demanda, porque neste caso lhe poderá ser dado tempo, se o pedir, para deliberar se prosseguirá a demanda ou desistirá dela. (ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações e leis do Reino de Portugal*. 14.ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. v.3. p. 587.).

⁷² LIMA, op. cit., 1929.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

suficiente o protesto geral realizado na petição inicial para salvaguardar o direito à dilação probatória⁷⁵.

Exceção comumente admitida no processo é a juntada de prova documental que, embora deva ser trazida com a inicial e com a contestação, é admitida a qualquer tempo por força do art. 435 do CPC/2015, inclusive na fase recursal⁷⁶ em razão dos menores transtornos que ocasiona ao processo. Por oportuno, alerta, todavia, João Batista Lopes, sobre a necessidade de serem combatidos exageros por parte da prática forense, na qual causídicos fazem juntar documentos indiscriminadamente aos autos processuais no curso da apelação.

Na prática do foro, tem havido tolerância na juntada extemporânea de documentos e na alteração da *causa petendi* em conflito aberto com os dispositivos citados. Trata-se, porém, de prática que contribui para o tumulto processual, razão porque cumpre ao magistrado exercer com plenitude os poderes que a lei lhe confere na condução do processo.⁷⁷

É certo que, conforme anotou Heitor Sica, “os poderes de requerer produção de provas estão sujeitos à preclusão se não forem exercitados, respectivamente, na inicial e na contestação”⁷⁸ em que pese estar ocorrendo franca flexibilização da incidência da preclusão nesta seara⁷⁹.

Esta flexibilização, a nosso ver, não se mostra desarrazoada em face dos princípios processuais dispositivo, da eventualidade e da inércia, pois ao mesmo tempo em que dá marcha ao processo, resguarda o direito das partes de produzir as provas, garantindo a amplitude de produção probatória, ínsito a um processo constitucional⁸⁰, uma vez que a necessidade da prova, por vezes, pode surgir posteriormente à manifestação na qual o meio probatório deveria ter sido indicado⁸¹.

⁷⁵ Neste sentido, ainda sob a égide do CPC/1973 “Prova – Produção – Prazo para a especificação decorrido *in albis* – Preclusão – Protesto genérico por provas – Inadmissibilidade. Nos termos do §2º do art. 311 do Código de Processo Civil, apesar de protestarem genericamente em suas manifestações, as partes, no momento em que indaga o juiz, devem especificar com justificativas quais provas serão produzidas, sob pena de preclusão.” (SÃO PAULO. 2ª Tribunal de Alçada Civil. AI 793.747-00/4, 10ª Câmara, rel. Juiz Nestor Duarte, j. 06 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 05 mai. 2018.).

⁷⁶ RT 484/93.

⁷⁷ LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2. p. 181.

⁷⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 171.

⁷⁹ Sobre a possibilidade de apresentação de rol de testemunhas a destempo: RT 424/179 e RT 746/290. Sobre a indicação de assistente pericial e formular quesitos: SÃO PAULO. 2ª Tribunal de Alçada Civil. AI 1.116.6680-3-SP. 28.Cam. Dir. Priv. Rel. Des. Julio Vidal. j. 04 set. 2007. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2018.

⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia de amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 151-189.

⁸¹ Neste mesmo sentido: TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.266.

4.6 Fato novo e prova nova

A questão da produção de provas em sede recursal surge, sobretudo, quando a parte necessita arguir fato novo ou apresentar prova nova, que ocorrera de forma superveniente ou que, por razões de força maior, encontrava-se impedida de trazer a julgamento em momento próprio. Anota Pontes de Miranda, que

Na jurisprudência, há certa confusão entre matéria nova e fato novo, isto é, entre o que só agora se alega, posto que pudesse ter sido alegado, e o que somente aconteceu depois do debate oral ou da conclusão. A matéria nova é excluída, se não houve razão que impediu o autor ou réu de alega-la ou prova-la. O fato novo propriamente dito, esse, por sua novidade, não precisa ser subordinado à prova de que não podia ter sido alegado ou provado: não havia acontecido.⁸²

Os fatos podem ser classificados em fatos novos ou fatos velhos, quando tomados à luz de referenciais do processo de conhecimento.

Pode-se dizer que um fato é *velho* quando ocorre em momento anterior à prática de ato processual no qual a parte deveria trazê-lo aos autos. A doutrina, adotando por referência o próprio processo, denomina, por vezes, os *fatos velhos* de *fatos inéditos*, ou seja, aqueles que embora preexistentes à ação não foram trazidos aos autos no momento oportuno. Já um *fato novo* ou *superveniente* é aquele que ocorre após a realização do ato processual que deve acompanhar, mas antes de proferida decisão relacionada à fase do processo.

Conforme se afirmou, os fatos que devem vir descritos na petição inicial e compõe a causa de pedir são fatos velhos para o processo, isto é, que tenham ocorrido anteriormente à propositura da ação.

A tutela ressarcitória identifica o ilícito cometido com o dano ocorrido e, após a ocorrência, busca repará-lo de modo a que as partes, seja por meio de uma obrigação de fazer, seja pelo pagamento de uma indenização, tenham suas esferas jurídicas inalteradas, encontrando-se diretamente relacionada com a possibilidade de se reduzir o bem da vida a um equivalente monetário, por meio do qual a lesão sofrida possa ser indenizada. Nesta espécie de tutela se associa o ressarcimento ao dano ocorrido e o dever de reparar por aquele que, por culpa ou dolo, tenha dado causa à sua ocorrência evitando que ocorra a qualquer uma das

⁸² PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VII. p. 218.

partes um enriquecimento ilícito e/ou o sofrimento de uma injusta redução de sua esfera patrimonial. O fato é o ilícito ocorrido e o dano gerado.

De modo diverso da tutela ressarcitória, interessante observar que nas ações propostas para se obstaculizar a ocorrência de um fato futuro – a realização de uma obra ou a concretização de uma ameaça –, o fato que leva às partes a juízo ainda não ocorreu. Igualmente não é aquele que poderia ocorrer hipoteticamente. São os indícios, as situações concretas que demonstram a possível e futura concretização do fato que se busca evitar. A tutela inibitória, uma das três espécies de tutela preventiva ao lado das tutelas cautelar e antecipada⁸³⁻⁸⁴, configura-se num *esse in futuro*, equivale dizer, não busca reparar o passado, mas sim evitar um futuro não querido. A tutela inibitória

[...] é decorrência necessária de uma das situações de crise do direito material e, por isso, a jurisprudência brasileira tem conferido a ela a relevância necessária para a garantia da efetividade do processo. Cuida-se, em verdade, de espécie de tutela jurisdicional diferenciada que possui características próprias, já que o autor não pretende reparação de lesão a direito, mas sim impedir que o réu pratique ato contrário ao ordenamento jurídico. [...] Sem embargo de não haver, no estatuto vigente, sistematização adequada da tutela inibitória, sua admissibilidade emerge da utilização do verbo *inibir* no parágrafo único do art. 497 [...].⁸⁵

Esta espécie de tutela, prevista pelo art. 497, parágrafo único do CPC/2015, volta-se a “inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito”, sendo irrelevante se perquirir se aquele que está prestes a praticar um ilícito agiu com culpa ou dolo.

A tutela inibitória preocupa-se, apenas, com a antijuridicidade do ato, entendida como a reprovação da conduta do agente no plano geral e abstrato em que a lei se coloca, numa primeira aproximação da realidade. Resposta-se ao fato do agente, à sua atuação, não ao efeito que dele promana, ou ainda às razões subjetivas da conduta praticada.⁸⁶

⁸³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.1280.

⁸⁴ A tutela inibitória, embora seja espécie de tutela preventiva, não se confunde com a ação cautelar – que tem por objetivo assegurar uma dada situação de fato para que, ao final do processo, se obtenha a proteção do direito material violado posto em juízo (assegura para proteger) – tampouco com a tutela antecipada – que adianta um ou alguns dos aspectos do provimento final do processo como forma de assegurar seu resultado final (protege para assegurar), pois a tutela inibitória tem por finalidade evitar que um ilícito (violação do direito) ocorra. Assim, objetiva “impedir de forma direta e principal, a violação do próprio direito material da parte”, sendo uma “providência judicial que veda, de forma definitiva, a prática de ato contrário aos deveres estabelecidos pela ordem jurídica” (SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 32).

⁸⁵ LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. In: BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coords.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1073 ao CPC/2015*. São Paulo; Saraiva, 2016. p. 218-219.

⁸⁶ SPADONI, op. cit., p. 57.

Na moderna doutrina jurídica, a ínsita relação entre o ilícito e o dano foi quebrada, podendo ocorrer o último sem que o primeiro, necessariamente, venha a ocorrer e vice-versa, embora o art. 186 do Código Civil a tenha mantido. Impõe-se a necessidade de prevenção objetiva dos direitos, como forma, inclusive, de prestigiar o disposto no art. 5º, XXXV da CRFB/1988, que assegura o direito de ação para reparar a lesão ou coibir a ameaça a direitos.

Na moderna sociedade de risco, onde os princípios da precaução e da prevenção passam a reger diversos aspectos do direito moderno, é por meio da tutela inibitória que o resguardo a propriedade intelectual e ao meio ambiente, por exemplo, encontram sua guarida com maior efetividade do que, propriamente, quando se objetiva o ressarcimento de um dano ocorrido.

A ameaça é fator que se encontra intrinsecamente ligado à tutela inibitória, pois é a partir da ameaça de que o ilícito ocorra que se abre margem para que se busque a salvaguarda do Poder Judiciário.

Importante frisar que aqui não se perquire sobre a possível ocorrência de um dano ou não a um direito, apenas o justo receio de que este venha a ser violado por meio de uma conduta já permite a promoção da tutela visando inibir o injusto. Todavia, a ameaça não pode se constituir em uma mera ilação ou suposição, deve ser real e concreta, objetiva.

A doutrina desenvolveu bem o conceito de ameaça ao tratar do justo receio para a concessão do mandado de segurança preventivo, no sentido de que “a ameaça será objetiva quando real, traduzida por fatos e ato, e não por meras suposições; e será atual se existir no momento, não bastando que tenha existido em outros tempos e haja desaparecido”⁸⁷, isto porque na ausência de ameaça estar-se-á tratando de mandado de segurança contra lei em tese, fato não admissível.

Todavia, a ameaça na ação inibitória é mais do que apenas aquela prevista para o mandado de segurança, pois uma vez concedida eventual tutela antecipada em sede inibitória, restar-se-á dúvida quanto a real existência da ameaça a fundamentar a concessão da tutela final. Exemplifiquemos: Caio ajuíza uma ação com pedido liminar em face da Rede ABC de Televisão objetivando que estes não divulguem fatos de sua vida pessoal no noticiário noturno. É concedida a liminar. A Rede ABC de Televisão nada divulga sobre Caio no noticiário noturno e contesta a ação dizendo que nada pretendia divulgar. Restará, pois, a dúvida se realmente existiu a ameaça que fundamentou a ação, não tendo sido praticado o ato em razão da liminar, ou se a ameaça nunca existira.

⁸⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 107-108.

Luiz Guilherme Marinoni reconhece a dificuldade da prova da ameaça para a tutela inibitória e assevera que nestes casos, quando

[...] se teme a prática de ilícito, e nenhum ilícito já foi praticado, o autor deverá alegar fatos que sejam suficientes para permitir ao juiz formar um juízo acerca da alegação de que provavelmente será praticado um ilícito. Ou seja, quando é considerada apenas a probabilidade da prática do ato (a ilicitude do ato temido não é discutida), devem ser alegados fatos que, uma vez demonstrados, possam levar o juiz a concluir que provavelmente ocorrerá a violação do direito.⁸⁸

Será necessário o uso de provas indiciárias, pois “a tutela inibitória depende da prova de fatos que já ocorreram e apontam para a probabilidade de que o fato temido venha a ser praticado”. Busca-se “provar fatos indiciários que confirmam ao juiz a oportunidade de ver a probabilidade da prática do ato que se deseja inibir”⁸⁹.

A ameaça nas ações inibitórias é o fundamento pelo qual o autor vai a juízo requerer a sua tutela, constitui-se na *causa de pedir*, isto é, as razões de fato e de direito do pedido, sendo a *causa de pedir remota* o direito que embasa o pedido do autor e a *causa de pedir próxima* a ameaça de lesão⁹⁰. A ameaça encontra-se jungida no “interesse processual imediato quer dizer, aquele que autoriza o autor a deduzir pedido em juízo”⁹¹, sua ausência ocasiona a falta de interesse e a extinção do processo sem julgamento do mérito nos termos do art. 485, VI do CPC/2015.

São considerados fatos velhos na tutela ressarcitória os efetivamente ocorridos e na tutela inibitória a presença do justo receio de que venham a ocorrer, provado este receio, no mais das vezes, por meio da prova indiciária.

Também são considerados fatos velhos aqueles que devem ser trazidos pelo réu em sua contestação.

Os fatos ocorridos entre a propositura da ação e a prolação da sentença são fatos novos, tomando como marco a petição inicial e a contestação. Proferida a sentença, estes fatos tornam-se, em fatos velhos, tenham ou não sido alegados pelas partes.

Rogério Licastro Torres de Mello comentando a distinção entre os fatos inéditos e fatos supervenientes ressalta que para uma adequada prestação jurisdicional, estes últimos sempre deverão ser considerados no momento da decisão judicial; por sua vez, sobre os fatos inéditos, por força do princípio da inércia (dispositivo), somente poderão ser considerados se

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 114.

⁸⁹ Ibid., p. 114.

⁹⁰ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 377.

⁹¹ Ibid., p. 964.

restar demonstrado que sua omissão não decorreu de dolo ou má-fé da parte que o argui, tendo havido justo impedimento para que o fosse feito.

Os chamados “fatos supervenientes” compõem-se de situações que inexistiam ao tempo do início da ação (e que advieram no seu curso); já os chamados “fatos inéditos” são preexistentes à ação judicial, apenas não tendo sido a esta carreados por motivo de força maior. No que toca à primeira categoria (“fatos supervenientes”), trata-se de situações fático-jurídicas que devem ser levadas em consideração pelo juízo recursal como imperativo da correta prestação jurisdicional, a despeito de não constarem anteriormente do processo. O advento de fato ou de direito superveniente ao início do processamento da ação e que influa no desfecho desta terá de ser levado em conta pelo órgão jurisdicional. A superveniência, no caso, permite a alteração da causa de pedir remota, e é admitida precisamente por não significar atuação desleal de qualquer litigante. De fato, não nos parece adequado “cristalizar-se” a atividade jurisdicional, imunizando-a de qualquer modificação a partir da propositura da ação de modo a impedir que sejam levados em consideração, como razão de decidir, fatos ulteriores que possam interferir decisivamente no julgamento da demanda. Já por “fatos inéditos”, temos que são fatos não suscitados no trâmite processual por questões alheias à vontade do litigante (força maior), que não pode, por justa causa, manejar em seus arrazoados fatos antecedentes ao início da demanda.⁹²

É possível à parte arguir fatos que deixara de fazer por motivo de força maior ou dos quais teve ciência supervenientemente ao momento oportuno para sua alegação. Observa-se que não se deve confundir fatos dos quais se teve ciência superveniente (art. 1.014) com fatos ocorridos de modo superveniente (art. 493 e 933), pois conforme pondera Flávio Cheim Jorge

Não se pode, todavia, confundir com o regramento do art. 1.014 do CPC/2015 a alegação, em sede de Tribunal, da existência de *fato superveniente*. É que este “fato deverá constituir, sempre, objeto de cognição espontânea, pelo órgão colegiado de segundo grau. Daí porque, relativamente a ele, será suficiente a comprovação de sua existência, para que se deva admitir a respectiva arguição”.

Com efeito, o fato superveniente, ao contrário do fato novo, é de existência recente, somente surgindo após o momento oportuno para a sua alegação. A diferença em relação ao fato novo, portanto, reside na circunstância de este último ser “velho”, mas de conhecimento “novo”.

Quanto ao fato superveniente se aplica integralmente o disposto no art. 493 do CPC/2015, o qual não deve ter incidência unicamente em relação ao juiz de primeiro grau, mas enquanto existir estado de pendência (litispendência). Assim é que, se algum fato modificativo, extintivo ou constitutivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao órgão julgador – e não somente ao juiz – levá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sua decisão (sentença ou acórdão).⁹³

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery destacam, relativamente à hipótese do art. 1.014, diferenciando-a da hipótese do art. 493, que

⁹² MELLO, Rogério Licastro Torres de. Apelação. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et. al. (Orgs.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2348-2349.

⁹³ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 382-383.

São os fatos que já haviam acontecido antes da sentença, mas que a parte não quis ou não os pôde arguir. Não pôde porque não os conhecia ou porque houve motivo de força maior que a impediu de os alegar. São eles o objeto do regulamento da norma sob exame. Só podem ser arguidos na apelação se a parte provar que deixou de o fazer no juízo de primeiro grau, por motivo de força maior. Não se confundem com os fatos supervenientes, que não poderiam ser alegados antes da sentença porque só aconteceram depois dela e que, portanto, podem ser alegados na apelação (CPC 493). A norma abre exceção e permite que se aleguem novas questões de fato, não propostas no juízo inferior, desde que a parte comprove que deixou de o fazer por motivo de força maior. A efetiva existência ou não da força maior autorizadora da exceção será avaliada pelo Tribunal em cada caso concreto.⁹⁴

Adotemos o exemplo de uma esposa casada com um caminhoneiro que transporta madeira na floresta amazônica e, em cada viagem, permanece fora de seu domicílio por diversos meses, incomunicável. Em uma destas viagens, a esposa recebe uma ação de cobrança, contrata um advogado e apresenta defesa, mas deixa de juntar aos autos o recibo, por não saber de sua localização. Retornando o marido ao lar, este informa que os recibos estão guardados em uma caixa sob a cama do casal. Estes recibos podem ser aceitos? O retorno do marido e a ausência de conhecimento da esposa do paradeiro dos recibos pode ser tida como fato apto a atrair a benesse do art. 1.014 do CPC/2015, pois a esposa estava impedida, por motivo de força maior – não possuía ciência de sua localização –, de apresentar o documento. Veja-se que esta aplicação é diversa para grandes conglomerados bancários, por exemplo, onde o grau de organização permite afirmar que estes documentos devem ser localizados de modo mais ágil – ao tempo da inicial ou da contestação.

William Santos Ferreira informa as seguintes exceções a que os fatos podem ser considerados:

Nas questões de fato teremos duas exceções:

- i) Hipóteses especificadas em que a lei autoriza sejam suscitadas, inclusive em grau recursal, como a prescrição (art. 193 CC);
- ii) Não sendo o caso da primeira exceção, o interessado deverá provar que deixou de apresentar a questão de fato no juízo inferior (não podendo apresentar nova *causa de pedir*), por motivo de força maior, que significa não ter a parte deixado de deduzi-la por desídia ou deslealdade, e podem, portanto, ser:
 - a) *Fato novo* – que ocorreu posteriormente ao momento em que alegado, logo não podendo ter sido apresentado antes (ex.: estudo científico novo publicado em revista especializada).
 - b) *Fato antigo e desconhecido* – que a parte não alegou, não por desídia ou deslealdade, mas sim porque o desconhecia (ex.: outras pessoas, até em proteção da parte contrária ou terceiro, guardavam segredo e não divulgavam, nem para a parte interessada, que somente depois tomou conhecimento do fato).
 - c) *Fato antigo que a parte estava impossibilitada de alegar* – a não realização em momento anterior deveu-se a impedimento alheio à vontade do interessado.⁹⁵

⁹⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2228.

⁹⁵ FERREIRA, William Santos. Art. 1.014. In. BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.446.

Concordamos com Flávio Cheim Jorge quando este diz que um dos elementos primordiais para a identificação da força maior, apta a possibilitar ao Tribunal o conhecimento de fatos velhos com documentos velhos, é que a parte demonstre sua diligência, ou de outro lado, que não agiu com desídia.

Quer dizer, somente excepcionalmente – diante da existência de força maior – é que o recorrente poderá lançar mão em seu recurso ordinário de questões de fato novas, não deduzidas em primeiro grau. Parece-nos que um elemento fundamental para a caracterização da força maior é que a parte não tenha agido desidiosamente, na busca da demonstração de todos os fatos no processo.⁹⁶

Isto porque, o objetivo é evitar

[...] a deslealdade processual, coibindo o intuito de ocultação e o desiderato de surpreender a parte contrária, com alegações de fato que não foram, oportunamente, apresentadas. É evidente, portanto, que o dispositivo concretiza o princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC), de sorte que somente se permite a inovação, na apelação, em matéria de fato, se efetivamente restar comprovado um motivo de força maior⁹⁷.

Leo Rosemberg⁹⁸, comentando o direito alemão de meados do século XX, apontava interessante possibilidade de as partes deixarem de trazer um fato à causa, com o objetivo de evitar o agravamento da demanda, sendo possível a sua colocação em sede de recurso quando fosse determinante a inversão do resultado.

Tal situação nos parece que não encontrava abertura sob a égide do CPC/1973. O CPC/2015, ao eleger o modelo constitucional de processo e buscar uma redução da litigiosidade entre as partes (art. 3. §§2º e 3º), faculta ao julgador, à luz dos princípios colocados em debate, considerar como razoável – e justificável para fins do art. 1.014 – que a parte deixe de trazer um fato no juízo *a quo* com o objetivo de reduzir a litigiosidade existente e aumentar as chances de solução do conflito. É possível que encontre melhor abrigo, tal qual exemplificou o autor alemão, nas causas de família⁹⁹ ou sucessões¹⁰⁰, na qual a divergência

⁹⁶ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 382.

⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 191.

⁹⁸ “δ) cuando se omitió la alegación en primera instancia por motivos procesales de carácter técnico, que sean tenidos por justificados por el Tribunal de apelación; por ej., porque la parte quería evitar la agravación del litigio com el adversário y podia opinar que bastaba la alegación existente, como en particular puede ocurrir em las contriversias matrimoniales o hereditarias o em otros procesos entre parientes, socios, etc.” (ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1955.p. 392.)

⁹⁹ Questões relacionadas à culpa da separação que podem afetar direitos de menor envolvido, possíveis alegações de alienação parental dentre outros fatos que, se não importam, diretamente, ao pedido da demanda, podem nele refletir.

¹⁰⁰ Como, por exemplo, fatos que possam ocasionar a indignidade da herança, numa disputa entre irmãos que não desejam perder os laços afetivos existentes ou agravar a situação, na busca de se evitar uma pendenga ou uma futura reconciliação.

severa entre as partes afeta não apenas o processo como também valores constitucionalmente garantidos – a própria família. Esta possibilidade deve ser vista com ressalvas à luz da boa-fé (art. 5º) e dependerá de uma nova percepção de nossos Tribunais do sistema processual, sendo que o uso desta estratégia representa um forte risco, à parte, de ver não conhecido o fato.

O Código exige-se respeito à fase processual durante a qual o fato superveniente ocorreria ou a parte tivera sua ciência, ocorrendo a preclusão caso não leve ao conhecimento tempestivo do Poder Judiciário¹⁰¹.

Repise-se que os requisitos que limitam a arguição de fatos novos, ficam restritos às partes, sobre as quais a inércia acarreta a preclusão, pois como advertia Sálvio de Figueiredo Teixeira “a iniciativa probatória do juiz pode ocorrer em qualquer fase, uma vez que não se sujeita à preclusão”¹⁰². Neste sentido, ainda,

É lícito ao órgão judicial determinar de ofício diligências probatórias que lhe pareçam necessárias para esclarecer fatos relevantes. O exercício desse poder não se submete às mesmas limitações temporais que vigoram para o exercício da faculdade, conferida às partes, de requerer a produção de provas.¹⁰³

O juízo de admissibilidade das alegações não pode ser realizado pelo juízo *a quo*, devendo ficar restrito ao relator e ao Tribunal no momento do julgamento da apelação. Pois conforme advertia Barbosa Moreira,

Nenhuma cognição tem o juiz *a quo* sobre as questões novas que a parte alegue ao arrazoar o recurso, nem sobre a admissibilidade delas. Não lhe é lícito indeferir a apelação pelo fundamento de que o apelante estaria inovando ilegitimamente. Toda essa matéria fica reservada à apreciação do Tribunal.¹⁰⁴

Os fatos novos, embora influam no resultado da demanda, não podem “mudar a substância da causa, quer quanto à ação, quer quanto à defesa, ou seja, o que se não pode é invocar a demanda, alterar o litígio”¹⁰⁵⁻¹⁰⁶.

¹⁰¹ “Se o alegado direito superveniente surgiu antes do julgamento da apelação, era imprescindível, para fins de recurso especial, sua apreciação pelo Tribunal recorrido, provocado, se fosse o caso, por embargos de declaração, sem o que se configurou a ausência de prequestionamento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRgAg 456.538-MG*. 1.T. rel. Min. Teori Zavascki. DJU 4 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2018.)

¹⁰² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de processo civil anotado*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 98.

¹⁰³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Ap. cível n. 1990.001.03067*. rel. Des. Barbosa Moreira, j. 18.09.1990. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 21. set. 2017.

¹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 457.

¹⁰⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5.ed. São Paulo: Saraiva. 1983. v.1. p. 491.

¹⁰⁶ Neste sentido, entendeu o STJ que se réu condenado pelo desaparecimento de um corpo cadavérico, posteriormente fica mantida a sentença por que o mesmo corpo fora cremado, não há violação ao princípio da vedação à inovação, pois o fato base – desaparecimento do corpo – é o mesmo somente tendo se alterado a

Tal qual os fatos, a prova sobre os fatos deduzidos na causa também pode sofrer classificação entre prova nova, prova velha e nova prova.

Alegado um fato em juízo e encerrada a instrução processual, as provas que deveriam ser trazidas a juízo pela parte com a inicial ou a contestação, são consideradas, como regra, provas velhas¹⁰⁷, pois já existiam à época da propositura da demanda ou a possibilidade de serem produzidas já existia e era de conhecimento das partes.

Outra diferenciação categórica que se pode observar está no jogo semântico existente entre a *prova nova* e a *nova prova*. A *prova nova* é aquela que recai, via de regra, sobre fatos novos, e é capaz de alterar a convicção judicial. A *nova prova* é aquela que recai sobre *fatos velhos*, mas que por circunstâncias próprias não se encontrava disponível à parte no momento da propositura da demanda ou da realização da instrução processual. Exemplo de prova nova é o recibo do pagamento realizado pela parte após o ajuizamento da ação de cobrança, enquanto que de nova prova seria a realização de exame de DNA em ações de paternidade propostas anteriormente ao surgimento da técnica ou a confissão superveniente feita no leito de morte.

O CPC/2015 ventila a possibilidade de serem conhecidos fatos supervenientes em seus artigos 493, 933 e 1.014, conferindo utilidade à prestação jurisdicional sem, no entanto, estabelecer qualquer marco temporal a que a parte o traga a juízo, possibilitando, assim, que a decisão do processo reflita o estado atual da coisa litigiosa. Neste sentido, anotou José Rogério Cruz e Tucci que

O novo CPC, seguindo, nesse particular, a mesma técnica do diploma revogado, não estabelece qualquer limite temporal para que o juiz considere, de ofício ou por provocação da parte, o fato superveniente capaz de interferir no julgamento do mérito. E, assim, nada impede que tal situação ocorra, em grau superior de jurisdição, antes do julgamento, por exemplo, da apelação ou do recurso especial.¹⁰⁸

Listam-se, pois, as seguintes situações em que estaria presente a possibilidade de ser admitida a introdução de fato no processo e, conseqüentemente, a realização de sua prova: *a)* superveniência de fato; *b)* ignorância do fato pela parte; *c)* impossibilidade de comunicação

sua circunstância a qual a parte teve ciência em sede de apelação. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *RESP 500.182-RJ*. 4.T. rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. 03 set. 2009. DJe 21 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2018.).

¹⁰⁷ Não quer dizer, todavia, que as provas já existissem, ou seja, que estivesse pré-constituídas – isto é formada e existente antes do processo. A existência de uma testemunha conhecida e sabida de sua presença no local dos fatos é uma prova velha, embora o depoimento somente seja constituído nos autos. De outro lado, a descoberta futura de que alguém presenciou o ocorrido debatido e pode testemunhar é prova nova.

¹⁰⁸ 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.

do fato pela parte ao advogado e ao juízo; d) impossibilidade de se provar o fato até a prolação da sentença¹⁰⁹.

Tem-se que é possível à parte arguir fatos novos e novos fatos em um processo e, por consequência, produzir as provas necessárias à sua demonstração. Para tanto, deve se atentar, para os novos fatos, que sua admissão no processo, assim como de provas velhas, fica condicionada à demonstração de que estava impossibilitado de trazê-los em momento oportuno. Relativamente aos fatos novos ou supervenientes, tem o juiz o dever de conhecê-los de ofício para que a decisão reflita o estado atual do objeto litigioso, devendo as partes arguí-los na primeira oportunidade.

¹⁰⁹ Em igual sentido, anotam Luiz Guilherme Mariononi e Sérgio Arenhart: “i) superveniência do fato (fato novo): indubitavelmente, se o fato é novo, tendo surgido apenas após a prolação da sentença, isto constitui motivo suficiente de força maior para que venha a ser ventilado exclusivamente no Tribunal *ad quem*. A fim de que essa hipótese se apresente, é preciso que o fato seja ulterior à publicação da sentença (se for anterior, deveria ter sido apresentado e examinado no juízo de primeiro grau, conforme prevê o art. 493), ainda que seja anterior à chegada dos autos ao Tribunal; ii) ignorância do fato pela parte (ciência nova de fato velho): ainda que o fato seja anterior à sentença, e desde que tenha ocorrido algum motivo objetivo que tenha gerado a impossibilidade de seu conhecimento pela parte, o fato há de ser considerado como fato novo, para os fins aqui examinados, autorizando-se sua dedução imediatamente perante o juízo superior; iii) impossibilidade efetiva de comunicar o fato ao advogado ou ao juiz a tempo: da mesma maneira do que sucede na situação anterior, aqui, não obstante o fato possa ser anterior à prolação da sentença, tornou-se, *por alguma causa objetiva*, impossível comunicar o fato ao juiz para que este pudesse considerá-lo em seu julgamento. Essa força maior, que impediu que o fato fosse levado ao conhecimento do magistrado a tempo, autoriza sua dedução perante o Tribunal, para consideração por ocasião do julgamento da apelação; e iv) impossibilidade de provar o fato até a sentença: entende a doutrina que a impossibilidade material de provar o fato equivale à impossibilidade de apontá-lo. Efetivamente, a simples alegação do fato novo, sem que se possa demonstrá-lo ao juiz, pode ser equiparado à ausência do fato, já que a regra do ônus da prova (art. 373) acarretará a aplicação da desconsideração dessa alegação de fato em prejuízo de quem alega diante da ausência de prova nos autos. *É necessário, contudo, que a questão seja bem entendida. A previsão da força maior pode, sim, estender-se à “prova nova”;* porém, a questão de fato deverá ser apresentada anteriormente, ainda que não se disponha de prova para a demonstração da alegação. Isso porque a função ativa do magistrado na produção de prova pode muito bem suprir a deficiência de prova da parte, fornecendo a prova (ou ao menos investigando a alegação) em busca da mais fiel construção dos fatos do processo. *Se, porém, o fato não é sequer apresentado, tudo isso fica inviabilizado.* Assim, ao que parece, a situação é válida, desde que bem entendida: *a parte que não dispõe de meios para comprovar certa alegação de fato tem, sim, o ônus de apresentá-la no juízo a quo, ainda que não tenha provas para demonstrá-la.* A prova nova, surgida após a prolação da sentença, poderá ainda ser oferecida diretamente ao Tribunal, para a avaliação daquela primitiva questão de fato, inserindo-se isso na previsão do art. 1.014.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p. 538-539).

5 PRODUÇÃO DA PROVA NOS TRIBUNAIS

A “busca pelo maior grau possível de acerto e justiça: essa a *ratio essendi* dos recursos”¹ que deve ser perseguida pelos Tribunais². Fixadas as balizas sobre a produção de provas pelas partes e pelo juízo, *ex officio*, em momento próprio ou de forma extemporânea, por meio dos autorizativos do Código (arts. 493, 932, I, 933, 938 e 1.014), passa-se a análise das hipóteses de admissão e legitimidade da produção de prova em sede recursal sobre dupla perspectiva: *o caminho* – recursos – e *o veículo* – meios de prova.

5.1 O caminho: uma análise sob a perspectiva dos recursos

O princípio do duplo grau de jurisdição, embora não esteja expresso na Constituição Federal de 1988, decorre do sistema constitucional na medida em que restam previstos os Tribunais e o sistema revisional. Com isto, não se torna um direito absoluto como era na Constituição do Império de 1824³⁻⁴. Sua disciplina resta reservada para a legislação infraconstitucional: a disciplina em matéria recursal, como a instituição de novos recursos⁵ ou sua supressão, restou inserta no âmbito da competência exclusiva da União (art. 22, inciso I, da CRFB/1988) por serem atos processuais. Também, por não ser o duplo grau de jurisdição um direito absoluto, a produção de provas em grau recursal não o viola, uma vez que este é o último momento disponível às partes para que tenham adequadamente debatida e configurada a situação fática do processo⁶.

¹ MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 276.

² Todavia, importante observar que embora o acerto seja o fim último do recurso, conforme pondera Rogério Licastro Torres de Mello, “o recurso traz ínsita a sua figura uma característica limitadora da interferência do órgão jurisdicional recursal relativamente ao caso concreto: em termos gerais, não é ensejada, na via recursal, instrução probatória que possibilite o reexame dos fatos da causa com a amplitude e profundidade típicas do primeiro grau”. (MELLO, op. cit., p. 276).

³ Art. 158. Para julgar as causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos povos.

⁴ NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 60.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 253.518-AgR*, rel. min. Marco Aurélio, j. em 9 mai. 2000, Segunda Turma, *DJ* 18 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁶ Também compreendendo que a produção de provas em grau recursal não viola o duplo grau de jurisdição, Rogério Licastro Torres de Mello anota que: “Considerando-se, de conformidade com o princípio do duplo grau de jurisdição, que os fatos da causa, e as provas respectivas, devem comportar exame e reexame com o escopo de se verem minimizados os erros judiciários, a admissão de instrução probatória em grau recursal frustraria os objetivos estampados no princípio em apreço, mormente porque, sendo certo que a esfera recursal ordinária é a última que comporta debate fático-jurídico [...], eventual atividade instrutória deflagrada somente em segundo grau estaria privada de um juízo de revisão. De nossa parte, acreditamos que nem um, nem outro óbice podem ser levantados relativamente à instrução probatória em segundo grau de jurisdição. [...] relativamente ao duplo grau de jurisdição, relembre-se que atualmente já se encontra

Conforme ensina João Monteiro, os recursos correspondem e satisfazem “a uma tendência irresistível da natureza humana; é a expressão legal do instinto que leva todo homem a não se sujeitar sem reação, ao conceito ou sentença do primeiro censor ou juiz”⁷.

Na lição de José Frederico Marques “recurso é um procedimento que se forma, para que seja revisto pronunciamento jurisdicional contido em sentença, decisão interlocutória, ou acórdão”⁸, mas conforme lembra o próprio autor, nem todos os meios de impugnação a uma decisão podem ser considerados recursos, pelo que pontua Nelson Nery Jr que “o conceito de recurso deve ser construído a partir do que estabelece o direito positivo”⁹.

O recurso fornece continuidade a uma relação processual que, de outro modo, não teria aquele determinado curso em razão da decisão judicial impugnada. Assim,

Recurso é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.¹⁰

Os recursos sujeitam o duplo grau de jurisdição à necessidade expressa de previsão legal – princípio da taxatividade¹¹ (art. 994 do CPC/2015) – tendo por característica devolver a matéria discutida à apreciação do Tribunal – efeito devolutivo – e sua decisão substitui a decisão atacada por uma nova decisão do juízo *ad quem* – efeito substitutivo. Ademais, devem atender ao princípio da singularidade¹², a vedação da *reformatio in peius*, aos princípios da dialeticidade¹³ e da voluntariedade, sendo-lhes accidental o efeito suspensivo (art. 995 do CPC/2015), uma vez que a interposição da insatisfação não impede a execução da decisão atacada, salvo por disposição legal ou decisão do relator.

consolidada a ideia de que não se trata de princípio constitucional absoluto [...]”. (MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 278).

⁷ MONTEIRO, João. *Programma do curso de processo civil*. 5.ed. São Paulo: Academica, 1936. p. 591.

⁸ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.3. p.113.

⁹ NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.198.

¹⁰ *Ibid.*, p. 208.

¹¹ “O princípio da taxatividade decorre do CPC 994, que se utiliza da expressão “são cabíveis os seguintes recursos”, de forma a indicar que a regra geral do sistema recursal brasileiro é a da taxatividade dos recursos. Isto quer significar que os recursos são enumerados pelo CPC e outras leis processuais em *numerus clausus*, vale dizer, em rol exaustivo. Somente são recursos os meios impugnativos assim denominados e regulados na lei processual”. (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2136).

¹² “[...] para cada decisão judicial recorrível é cabível um único tipo de recurso, vedado à parte ou interessado interpor mais de um tipo de recurso contra a mesma decisão. O dogma da singularidade não impede que seja interposto mais de um recurso da mesma espécie contra a mesma decisão judicial. Assim, vencidos recíproca e parcialmente autor e réu, cada qual poderá interpor recurso de apelação contra a sentença, sem que isto constitua ofensa ao princípio da singularidade”. (NERY JR.; NERY, op. cit., 2016. p. 2136).

¹³ “[...] o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão. Só assim a parte contrária poderá contra-arrazoá-lo, formando-se o imprescindível contraditório em sede recursal”. (NERY JR., op. cit., 2014. p.179).

Devolvido ao juízo a apreciação do processo, de modo que possa ser revisto o conteúdo da decisão atacada, importa verificar se o processo está em condições de ser decidido, abrindo-se a possibilidade de, caso necessário, serem realizadas novas instruções para que o processo possa atingir seu fim esperado. Passa-se à análise da produção de provas em sede recursal à luz dos efeitos dos recursos e de cada um dos recursos em espécie, verificando-se quando e em que medida comportam a reabertura da dilação probatória.

5.1.1 Efeitos recursais

Conforme leciona Flávio Cheim Jorge¹⁴ todos os atos processuais repercutem gerando efeitos naturais sobre o processo, os quais decorrem de sua mera ocorrência, como, por exemplo, a ampliação do procedimento com a extensão dos efeitos da litispendência e a impossibilidade de formação da coisa julgada. A doutrina se ocupou de estudar, classificar e sistematizar estes fenômenos, denominando-os de “efeitos dos recursos”.

Cássio Scarpinella Bueno¹⁵ classificou, para fins didáticos, os efeitos dos recursos em relação à *interposição do recurso* – efeito obstativo¹⁶, efeito suspensivo, efeito regressivo¹⁷ e efeito diferido¹⁸ - e ao *juízo do recurso* – efeito devolutivo, efeito translativo, efeito expansivo¹⁹ e efeito substitutivo²⁰.

Para o objeto do presente trabalho, interessa-nos uma análise mais detida dos efeitos suspensivo, devolutivo e translativo.

¹⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 333-335.

¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 711.

¹⁶ Este efeito impede a formação do trânsito em julgado da decisão em razão da interposição da insatisfação.

¹⁷ Também denominado de efeito modificativo, é a possibilidade de o juiz rever sua decisão em face do juízo de retratação.

¹⁸ Ocorre quando a admissibilidade de um recurso se vincula à de outro. No CPC/2015 este efeito resta limitado à hipótese do recurso adesivo.

¹⁹ “[...] corresponde às consequências do julgamento do recurso com relação à decisão, a outros atos do processo e, até mesmo, a outros sujeitos processuais”. (BUENO, op. cit., 2017. p. 711.)

²⁰ Conforme ensina Nelson Nery Jr, ocorre quando “a decisão a respeito do *mérito* do recurso substitui integralmente a decisão recorrida”, somente ocorrendo quando o recurso for conhecido e julgado no mérito. (NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 466.)

5.1.1.1 Efeito suspensivo

O efeito *suspensivo* é aquele que impede que a decisão produza seus efeitos regulares²¹ e, no que se convencionou denominar de modalidade ativa, ocasiona a antecipação dos efeitos da tutela recursal pretendida.

José Carlos Barbosa Moreira²² critica o conceito doutrinário de que o efeito suspensivo impede a execução da decisão atacada e pondera que as decisões meramente declaratórias e as constitutivas, que não são exequíveis, também não produzem efeitos. A suspensão é da eficácia da decisão e não do título executivo que se forma.

Para Nelson Nery Jr “a suspensividade respeita mais propriamente à recorribilidade”²³, pois o efeito suspensivo inicia-se com a prolação da decisão e perdura até que se finde o prazo recursal ou até o transito em julgado da decisão.

Cássio Scarpinella Bueno, atento a estas peculiaridades, promove uma relação entre o efeito suspensivo dos recursos e a disciplina da tutela provisória no CPC/2015, e coloca a suspensão da decisão como uma espécie de tutela cautelar e o efeito suspensivo ativo como tutela antecipada recursal:

Esta dupla concepção do efeito suspensivo, aplicável a todos os recursos, harmoniza-se, faço questão de frisar, com a dicotomia que o CPC de 2015 preservou ao disciplinar a tutela provisória. O efeito suspensivo, no sentido de suspender os efeitos da decisão recorrida, traz à lembrança a função de tutela cautelar, de evitar riscos, assegurando a fruição futura da pretensão, ainda que recursal, no estilo do art. 301. O efeito suspensivo ativo, por seu turno, é a inequívoca manifestação de tutela antecipada, no sentido de viabilizar, de imediato, a fruição da pretensão recursal, nos termos, friso, do art. 297.²⁴

²¹ Para Flávio Cheim Jorge o efeito suspensivo não decorre do recurso, mas da própria decisão, pois “o que existem são decisões que admitem eficácia imediata e outras que não admitem eficácia imediata (são ineficazes)”. Para o autor “não é o recurso que cria o estado de ineficácia da decisão. Prolonga-se, assim, uma situação que já existia”. (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 387).

²² Diz-se que o recurso tem efeito suspensivo quando a sua interposição impede a produção imediata dos efeitos da decisão. Seria impróprio aludir, em termos restritos, ao fato de não se pode promover a execução; esse é o traço mais saliente, mas não esgota o conceito, pois as decisões meramente declaratórias e as constitutivas, que não comportam execução (no sentido técnico do direito processual), também podem ser impugnadas mediante recursos de efeito suspensivo. Salvo exceção consagrada na lei (...), a suspensão é de toda a eficácia da decisão, não apenas de sua possível eficácia como título executivo. (...) na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusse o recurso”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 251).

²³ NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 427.

²⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 714-715.

O efeito suspensivo opera como regra na apelação²⁵. Todos os recursos podem receber o efeito suspensivo e, conforme pondera Teresa Arruda Alvim, a regra prevista no art. 1.019, I do CPC/2015 “embora diga respeito ao agravo de instrumento se aplica a todos os recursos, é regra geral”²⁶⁻²⁷.

Este efeito recursal, ao suspender a produção dos efeitos da decisão, ao mesmo tempo que busca congelar a situação da coisa litigiosa no momento em que se encontrava com a propositura da ação, dá azo a que, com o transcorrer do tempo, fatos supervenientes venham a modificar a situação da coisa litigiosa, ainda que involuntariamente, possibilitando a reabertura da instrução processual de modo que a decisão final da lide corresponda ao real estado da coisa.

Normalmente, quando se trata de ações condenatórias, cujo resultado é o pagamento de uma quantia em dinheiro, o estado da coisa litigiosa se mantém – o credor não recebe seu crédito e o devedor permanece com seu patrimônio incólume.

Em ações em que se busca uma obrigação de fazer ou de não fazer – como na realização de obras para a preservação do patrimônio histórico ou na não realização de uma construção que possa obstruir uma servidão – ou de entrega de coisa certa – como de uma safra ou de um animal – o efeito suspensivo poderá ocasionar o perdimento do bem pelo decurso do tempo, uma vez que o sabido tempo processual brasileiro²⁸, por vezes, faz com que os processos perdurem mais que os bens neles debatidos.

Nesta situação, a modificação da coisa litigiosa, ocasionará a necessidade de adequação do provimento jurisdicional, não mais para que determine a entrega da coisa ou a realização da obra, mas sim para que se promova a indenização à parte contrária pelos danos

²⁵ Rogério Licastro Torres de Mello tece franca crítica ao efeito suspensivo automático na apelação, com a qual concordamos, ponderando que o sistema brasileiro deveria ter deixado a suspensão dos efeitos da decisão a cabo das tutelas provisórias recursais. Ao final, propõe que o relator, em uso de seus poderes, retire o efeito suspensivo do recurso de apelação por meio de antecipação da tutela recursal. (MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Apelação cível no Brasil, efeito suspensivo ope legis e sua exclusão por meio das tutelas provisórias em grau recursal*. In: MARCATO, Ana Cândida Menezes, et. al. (orgs.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO*. São Paulo: Verbatim, 2018. p. 695-707.).

²⁶ ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 52.

²⁷ No mesmo sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 713-715.; e CÂMARA, Alexandre Freire. *O novo processo civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 539-540.

²⁸ O tempo médio do processo brasileiro é medido pelo Conselho Nacional de Justiça e divulgado anualmente por meio do Relatório Justiça em Números. Segundo o levantamento de 2018, um processo leva em média 2 anos e 2 meses para receber uma sentença e permanece no acervo por 5 anos e 1 mês. A série histórica indica uma redução no tempo de acervo, com uma melhora no tempo de julgamento. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 30 set. 2018).

ocasionados. Será necessário que os fatos supervenientes sejam trazidos aos autos por meio da reabertura da instrução processual em sede recursal, restando demonstrada a efetiva situação²⁹. É a ineficiência procedimental promovendo o prolongamento da situação litigiosa e do processo, ao criar a potencialidade de reabertura da instrução.

Este aspecto do efeito suspensivo, se não intervém diretamente na produção de provas em sede de recursos, tem a potencialidade de modificar a situação litigiosa a tal modo que seja necessário a reabertura da instrução.

5.1.1.2 Efeitos devolutivo e translativo

O efeito *devolutivo* é intrínseco aos recursos, pois o objetivo primário do recurso é devolver aos Tribunais a análise da matéria objeto de impugnação. Não é recurso se não devolve a matéria já decidida e impugnada. Para José Carlos Barbosa Moreira, “chama-se devolutivo ao efeito consistente em transferir o recurso ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição”³⁰.

Este efeito tem por fundamento o princípio da voluntariedade, que informa que somente serão analisadas pelo julgador as matérias objeto de impugnação. O recurso é um direito subjetivo da parte, exercitável conforme sua mera liberalidade. A parte pode deixar de recorrer se encontrar-se satisfeita com o resultado do processo. José Frederico Marques³¹, coloca o ato de recorrer como um ônus processual da parte, que se sujeita aos efeitos da coisa julgada caso não exerça seu direito ao recurso.

O princípio inércia refere-se à impossibilidade de o juiz agir de ofício, devendo aguardar a provocação da parte. O efeito devolutivo é manifestação do princípio da inércia na esfera dos recursos, pois “o juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o

²⁹ Também reconhecendo que o efeito suspensivo pode ocasionar danos irreparáveis: MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Apelação cível no Brasil, efeito suspensivo ope legis e sua exclusão por meio das tutelas provisórias em grau recursal*. In: In.: MARCATO, Ana Cândida Menezes, et. al. (orgs.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO*. São Paulo: Verbatim, 2018. p. 706-707.

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 253.

³¹ “Há o direito subjetivo de recorrer, ou o *direito ao recurso*, que consiste em pedir reexame do pronunciamento jurisdicional. Todavia, o ato de recorrer, com que se exerce o direito de interpor recurso, se caracteriza, também, como ônus processual, uma vez que, não praticado o ato, a decisão ficará insusceptível de reexame, passando em julgado ou se tornando preclusa”. (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.3. p.113.).

recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, encerradas com o *pedido de nova decisão*³².

Nelson Nery Jr. analisando os recursos identifica que estes são compostos por dois elementos (a) um *volitivo*, da parte se insurgir contra a decisão, e (b) um *racional*, quando são expostos os motivos da insatisfação, sendo, pois, manifestação do princípio da inércia (dispositivo - eventualidade) na fase recursal³³.

O efeito devolutivo possui duas dimensões identificadas pela doutrina – horizontal e vertical. Em sua dimensão horizontal, possuindo a decisão dois capítulos e tendo a parte impugnado apenas um deles, o outro não poderá, automaticamente, ser objeto de análise pelo Tribunal, pois não fora objeto de irresignação. A dimensão horizontal dos recursos, assim, limita o conhecimento da matéria recorrida aos capítulos impugnados.

É manifestação do princípio dispositivo, impedindo que o Tribunal conheça de matéria que não foi objeto de pedido do recorrente (CPC 141 e 1013). O recurso interposto devolve ao Tribunal *ad quem* a matéria efetivamente impugnada. O Tribunal só pode julgar o que estiver contido nas razões de recurso, nos limites do pedido de nova decisão (*tantum devolutum quantum appellatum*).³⁴

Já sua dimensão vertical diz respeito ao âmbito da devolutividade das matérias, ou seja, poderão ser examinadas em profundidade, todos os argumentos e fatos que levaram à decisão, independentemente de serem objeto do recurso ou não. O juízo de cognição é pleno sobre a matéria objeto da impugnação.

O CPC/2015 estabeleceu em seu art. 1.013, *caput* e §§1º e 2º, a possibilidade de serem objeto de apreciação e julgamento pelo Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, e todos os fundamentos do pedido ou da defesa quando a sentença se calcar em apenas um deles, *desde que relativas ao capítulo impugnado da sentença*.

A disposição amplia a profundidade do efeito devolutivo e a este se liga diretamente na medida em que vincula o conhecimento de todas *questões suscitadas ao capítulo impugnado*. Não autoriza o julgador tratar de questões não suscitadas no processo ou mesmo

³² NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 401. (grifos do autor).

³³ “O recurso se compõe de duas partes distintas sob o aspecto do conteúdo: a) declaração expressa sobre a insatisfação com a decisão (elemento volitivo); b) os motivos dessa insatisfação (elemento de razão ou descritivo). Essa insatisfação, geradora da vontade de recorrer, nada mais é do que u’a manifestação do princípio dispositivo em fase recursal. Esta é a razão pela qual se aplica aos recursos o princípio *ne procedat iudex ex officio*”. (NERY JR., op. cit., 2014. p.181).

³⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.2143.

relativas à capítulos não impugnados. Neste mesmo sentido, apontam Nelson Nery Jr. e Rosa Nery ao afirmarem que

[...] o processo é informado pelo *princípio dispositivo*, somente se devolve ao Tribunal o reexame da matéria efetivamente impugnada. Questão ou matéria *dispositiva*, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, não pode ser reexaminada pelo Tribunal em nome do efeito devolutivo. Tenha-se presente, entretanto, o CPC 1013, que inclui no conteúdo do efeito devolutivo as matérias suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha resolvido (CPC 1013, § 1º), mas desde que a matéria principal tenha sido devolvida (CPC 1013, *caput*), porque o parágrafo sempre se subordina ao *caput*, como é curial.³⁵

Enquanto o efeito devolutivo se vincula à vontade das partes em devolver ao Tribunal a matéria impugnada, o *efeito translativo* decorre do princípio inquisitório do processo e possibilita ao Tribunal analisar todas as matérias a que tenha o dever de fazê-lo de ofício – matérias de ordem pública –, independentemente da arguição das partes.

Assim, as matérias cognoscíveis *ex officio* não alegadas pelas partes e, portanto, não devolvidas a análise do Tribunal, tem seu juízo trasladado ao órgão *ad quem* por força da lei e do sistema processual³⁶.

Parte da doutrina³⁷ tende a associar o *efeito translativo* com a *dimensão vertical do efeito devolutivo* em razão desta última devolver ao órgão *ad quem* a análise de todos os aspectos do capítulo impugnado. Rodrigo Barioni anota que inexistiria o efeito translativo, pois o conhecimento de matérias cognoscíveis de ofício afigura-se como desdobramento do efeito devolutivo:

A nosso ver, o efeito devolutivo deve ser considerado da forma mais ampla possível englobando tanto as matérias impugnadas pelo recorrente, quanto aquelas levadas à cognição do órgão julgador de maneira oficiosa. A possibilidade de novo julgamento de determinadas matérias decorre, inexoravelmente, do fato de haver recurso admissível. Em última análise, o efeito devolutivo do recurso fixa os limites da cognição do órgão julgador do recurso, o que encerra a conclusão de que tudo aquilo que é transferido à apreciação do órgão julgador por conta do recurso interposto, seja relativo à matéria impugnada, seja *ex officio*, o é por força do efeito devolutivo do recurso.

O efeito translativo, do qual parte autorizadíssima da doutrina tem preconizado a adoção, nada mais é do que uma espécie do gênero efeito devolutivo. Esse efeito aparece da divisão do efeito devolutivo: de um lado, surgem as matérias

³⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.2145.

³⁶ Relativamente aos capítulos não impugnados, o CPC/2015, ao autorizar o trânsito em julgado por capítulos da sentença, introduz modificação no regime dos recursos, reduzindo o âmbito de incidência do efeito translativo dos recursos, pois ainda que se reconheça, de ofício, uma prescrição em sede recursal, esta não poderá afetar os capítulos não impugnados, pois restariam transitados em julgado. Restando sua impugnação restrita à eventual ação rescisória.

³⁷ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 340-342. e MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 445-447.

cognoscíveis *ex officio*, por força do denominado efeito translativo, que decorre do princípio do inquisitivo; de outro, as matérias cuja apreciação está vinculada à manifestação de vontade do recorrente, por força do efeito devolutivo em sentido estrito, que é decorrência do princípio dispositivo. São dois desdobramentos do próprio efeito devolutivo do recurso.³⁸

Não concordamos pois o efeito devolutivo decorre de ato de vontade das partes e limitará o Tribunal, como regra, apenas a análise das matérias vinculadas ao capítulo impugnado, ainda que em profundidade, enquanto que o *efeito translativo* melhor explica a possibilidade de o órgão *ad quem* analisar e redecidir matérias de ordem pública *não suscitadas*³⁹, além de outras que deva conhecer de ofício.

Ademais, é de se anotar que o efeito devolutivo não admite a *reformatio in peius*, pois ofenderia ao princípio da inércia (dispositivo) que rege a matéria recursal, enquanto que o efeito translativo, por não se vincular à vontade das partes, mas ao interesse público, abre a possibilidade desta ocorrer.

A norma do art. 1.013 não admite a reforma para pior da situação processual das partes⁴⁰. Ela confere a possibilidade de o Tribunal conhecer as demais questões postas no processo para a decisão da matéria, mas não autoriza a redução da situação processual daquele que recorreu se, a outra parte, do mesmo modo não o fizer. Exceção são as matérias de ordem pública que, devolvidas em razão do efeito translativo, por dizerem respeito ao interesse que suplanta as individualidades, autoriza a adequação do processo ao interesse geral.

Tem-se que, ao devolver ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada, o efeito devolutivo abre as portas a que o Tribunal também possa revisar o conjunto fático-probatório e, por consequência, determinar a produção, o esclarecimento ou a complementação destes

³⁸ BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 42.

³⁹ 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. 390-391 e 401.

⁴⁰ “É a reforma para pior, ou seja, ocorre quando o Tribunal piora a situação processual do único recorrente. Há a) *reformatio in peius* proibida – ofensa ao princípio dispositivo –, bem como há a b) permitida – incidência do princípio inquisitório, como, por exemplo, quando o Tribunal tiver de decidir questão de ordem pública não devolvida ao seu exame pelo efeito devolutivo do recurso, mas trasladada à análise do Tribunal pela incidência do efeito translativo do recurso. O sistema recursal do processo civil brasileiro não admite a *reformatio in peius* quando a questão depender de alegação da parte para poder ser apreciada. O recurso devolve ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. Não poderá o Tribunal decidir mais do que lhe foi pedido pelo recorrente (CPC 1013). Se o autor pediu 100 e obteve 80 da sentença de primeiro grau, no julgamento de sua apelação pretendendo os outros 20, sem que tenha havido apelação do réu, o Tribunal somente poderá manter a sentença, mas não reduzir a condenação para 70. Se ambos apelaram, aí sim é lícito ao Tribunal dar provimento ao recurso do réu e reduzir a condenação, ou julgar improcedente o pedido. Quando houver questão de ordem pública a ser analisada no juízo recursal, essa análise deve ser feita *ex officio*, porque o exame das questões de ordem pública é consequência do efeito translativo do recurso, razão pela qual pode o Tribunal resolvê-la, e se o fizer contrariamente aos interesses do recorrente, terá ocorrido, assim, *reformatio in peius* permitida.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2137-2138).

elementos no processo. Pode, ainda, conhecer de fato superveniente ligado ao capítulo impugnado, adequando o provimento jurisdicional à sua ocorrência.

Como o conhecimento de fato superveniente e a produção de provas no âmbito dos recursos não pode alterar a causa de pedir do processo, ao realizar nova prova ou prova nova o Tribunal está agindo dentro do limite colocado à decisão da causa pelo efeito devolutivo do recurso.

A produção de provas em sede recursal, quando realizada pelo juiz como forma de complementar a instrução realizada pelas partes em primeira instância, de modo a esclarecer, aclarar ou demonstrar circunstância de fato não provada previamente liga-se ao efeito devolutivo da apelação em sua dimensão vertical, ao possibilitar ao Tribunal aprofundar sua cognição, ampliando o conhecimento sobre a causa posta em juízo para decisão.

Também o efeito translativo comporta a dilação probatória, ao transladar ao Tribunal o conhecimento de matérias cognoscíveis *ex officio*, permite que o órgão julgador as conheça de modo pleno, inclusive produzindo provas para ter a plena convicção sobre sua ocorrência.

Se a parte apela para debater a ocorrência de um pagamento e o Tribunal verifica eventual ocorrência de prescrição ou de decadência do direito de cobrança, poderá determinar que se esclareça o marco inicial. Retirar a possibilidade de instrução quanto a estas matérias equivaleria a colocar um cavalo manco para correr o páreo.

5.1.2 Apelação

Recurso por excelência⁴¹, a apelação possui origem que remonta ao instituto do direito romano da *appellatio*⁴². Foi introduzida no direito lusitano por D. Afonso III⁴³⁻⁴⁴. Passou às

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 406.

⁴² Conforme ensinou João Monteiro, quando Themis passou a empunhar a balança e não apenas a espada, com a estruturação da justiça dos magistrados em face da antiga justiça privada, quando o direito se desenvolveu na *jus* e na *actio*, passaram a ser desenvolvidas as formas pelas quais as partes podiam insurgir-se contra as decisões proferidas. Inicialmente de forma limitada e sob rígidas sanções, uma vez que se concebia a insurgência como se esta se voltasse em face da própria autoridade, detinha um caráter de “querela contra a pessoa do juiz”; após de forma limitada, restrita a fases ou decisões; até que “chegou a época em que o recurso da *appellatio* se tornou vulgar”, passando o julgamento do recurso do poder do príncipe aos magistrados. Assim, “a *appellatio* tomou assento sobre preceitos, que ainda agora constituem outras tantas bases de sua organização legal e doutrinária: que imposta a *appellatio* – a) cessa o *officium* do *juls appellado*, b) nada é lícito inovar no feito, c) não se dá, em regra, execução á sentença; que a *appellatio* é comum aos litiscontortes; que pela *appellatio* se devolve ao juiz superior o conhecimento da causa em toda a sua integridade. Foi assim, com uma ou outra modificação de detalhe, através do direito romano e do canônico, que a *appellatio* chegou ao direito português [...]”. (MONTEIRO, João. *Programma do curso de processo civil*. 5.ed. São Paulo: Academica, 1936. p. 657-660).

Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas e chegou ao direito brasileiro, assim como está presente nas legislações modernas, como corolário do direito ao duplo grau de jurisdição e do devido processo legal.

Conforme explicita o art. 1.009 do CPC/2015, *da sentença cabe apelação*. A apelação é o recurso voltado à impugnação das sentenças – decisões proferidas pelos juízes, nos termos do art. 485 ou 487 do CPC/2015 que colocam término à fase de conhecimento do processo, ou na dicção do art. 203 do CPC/2015: “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”. Também se encontra no âmbito da apelação a impugnação das decisões interlocutórias não recorríveis, estabelecendo o CPC/2015 ser este o momento adequado para sua arguição, sob pena de preclusão da matéria (art. 1.009, §1º).

Conforme lembra João Batista Lopes, comentando a apelação sob os ditames do CPC/1973, este recurso se presta à impugnação de qualquer tipo de sentença e recebe sua máxima amplitude em nosso sistema, todavia, nem sempre foi deste modo, pois “no Código de 1939, a apelação só era admissível contra sentença de mérito”⁴⁵, enquanto que as sentenças terminativas eram recorríveis por meio de agravo de petição⁴⁶.

⁴³ “A introdução da apelação no Direito lusitano ocorre com a edição da lei de D. Afonso III. Quando, exatamente, dimanou do selo real, os documentos silenciam. Mas é certo que se deu entre 1254, e destes dez anos para a frente, pois os manuscritos repetem: Leiria, Coimbra, Lisboa, sendo esta última cidade o local para onde D.Afonso vai transferindo em caráter permanente a sede de seu reino. Não há, também, provas concretas de que a lei tenha resultado diretamente das queixas formuladas pelos povos. É mais provável tenha partido da iniciativa dos legistas da Corte, que muitas as elaboraram nesse período, imprimindo nelas o crivo do Direito justinianeu. Não se pode desprezar, contudo, o influxo provocado pelos homens bons, que pretendiam melhor ver assegurados os seus direitos; esta prática é comum nas cortes dos Reinos Ibéricos, desde épocas anteriores ao reinado de D. Afonso III, e era lógico passasse também a Portugal. Ora, a estes homens deveria inquietá-los e, muitos, a impossibilidade ou dificuldade de se insurgirem contra a justiça dos senhores ou juízes da terra; por isso, tinham interesse lhes fosse concedido o direito de livremente expressarem suas queixas contra os gravames recebidos e sofridos. Direito este que, como se viu, acaba se traduzindo num recurso inédito, que se ajusta a um tempo novo e a uma nova visão da política administrativa e jurisdicional. Este recurso, é a apelação”. (AZEVEDO, Luiz Carlos de. Ainda a origem e introdução da apelação no direito lusitano. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, v. 90, p. 67-82, 1995.).

⁴⁴ Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *A origem e introdução da apelação no direito lusitano*. São Paulo: Fieo, 1976. p.104.

⁴⁵ LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. v.2. p. 178.

⁴⁶ A exposição de motivos do CPC/1973 após tecer críticas a atecnicidade do CPC/1939 explicitava os motivos pelos quais eliminava o agravo de petição do sistema recursal, dispondo que “Duas razões principais nos levaram a eliminar o agravo de petição. A primeira é que deixou de ser um recurso próprio e específico, passando a recurso de conteúdo genérico e variável. [...] Carecendo de precisão terminológica e de individualização científica, aplica-se indiferentemente a uma pluralidade de decisões, constituindo por isso fonte de graves incertezas. A segunda razão é que o Código vigente admitiu apelação de sentença definitiva (artigo 820) e agravo de petição, de decisão terminativa (artigo 846). O elemento que aproxima e, ao mesmo tempo, exclui os dois recursos é o mérito da causa. Quando o juiz o decide, cabe apelação; quando põe termo ao processo sem decidi-lo, cabe agravo de petição. O critério é lógico, mas não prático. Definir o que seja o mérito é um dos problemas mais árduos da ciência do processo, e tendo o Código adotado um critério

No CPC/2015 a questão preliminar poderá consistir no mérito do recurso, como por exemplo na apelação que impugna decisão interlocutória não recorrível por agravo de instrumento. É possível que a matéria objeto da insatisfação, exposta em preliminar de razões ou contrarrazões, seja, de fato, uma questão preliminar ao julgamento do recurso. Nada impede, contudo, que seja uma questão prejudicial ou uma questão absolutamente autônoma, sem qualquer vínculo com o recurso interposto contra a sentença, como, por exemplo, a impugnação às multas por comportamento abusivo e/ou litigância de má-fé aplicadas no curso do processo.

Conforme preceitua Thereza Arruda Alvim, “a lide somente existe no processo; é aquilo que, do conflito de interesses, é levado, perante o Estado-juiz pelo autor, que lhe fixa os contornos para a aplicação da vontade concreta da lei”⁴⁷, ou seja, é o mérito da fase de conhecimento do processo: o conflito levado a juízo e que deverá ser decidido. O mérito, no plano dos recursos, não se identifica, necessariamente, com o mérito do processo. O mérito no plano recursal é o conteúdo da impugnação à decisão recorrida, isto é, o fundamento do recurso, “saber se o recorrente tem ou não razão quanto ao objeto do recurso”⁴⁸

O CPC/2015 preservou a apelação como recurso de impugnação à sentença de forma ampla tal qual dispunha o CPC/1973, mas com a restrição da recorribilidade das decisões interlocutórias, abriu a possibilidade deste recurso prestar-se também ao seu ataque, seja como preliminar ou contrarrazões de apelação (art. 1.009, §1º), fazendo surgir nova classe de decisões: as denominadas “decisões interlocutórias apeláveis”⁴⁹. Assim, “de acordo com o CPC/2015, a apelação pode impugnar tanto sentença quanto decisão interlocutória, desde que esta não seja impugnável por agravo de instrumento”⁵⁰.

O recurso de apelação não limita o órgão *ad quem* quanto ao conhecimento das questões de fato ou de direito, relativas ao capítulo impugnado pois, conforme nos informa o art. 1.013, §1º do CPC/2015, serão objeto de apreciação e julgamento pelo Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas. Verifica-se uma vinculatividade ao princípio dispositivo, vigendo a máxima *tantum*

distintivo entre esses dois recursos, de índole eminentemente conceitual, manteve dúvidas que não foram dissipadas ao longo de 30 anos de sua aplicação” (BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil: histórico da lei*. Brasília-DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v.I. t.I. p.27-28).

⁴⁷ ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 9.

⁴⁸ NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 239.

⁴⁹ FERREIRA, Willian Santos. Da Apelação. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.) *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4. p. 423.

⁵⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 907.

devolutum quantum appellatum, porque o Tribunal não pode conhecer de capítulo diverso do impugnado.

Resta presente o efeito devolutivo do recurso de apelação, tanto em extensão quanto em profundidade. Deve o julgador observar os limites do recurso, isto é, ao quanto requerido pela parte, não podendo, de modo oficioso, reformar a decisão para pior sem que a parte contrária tenha interposto seu próprio recurso. Incide, pois, a vedação da *reformatio in peius*. Exceção são as matérias de ordem pública, que, submetidas ao efeito translativo e relativas ao interesse e à ordem pública, admitem a reforma da decisão para sua adequação ao ordenamento vigente.

Interessante questão que se coloca em relação aos limites da devolutividade é quando a parte deixa de interpor recurso próprio, mas, em sede de contrarrazões, suscita matéria que poderia ser objeto de recurso, mas não o é em razão de ter sido vencedora no mérito. Típica hipótese de quando o juiz indefere uma determinada prova no curso da instrução e a sentença resta favorável à parte.

Nesta hipótese, parte da doutrina aponta que as contrarrazões assumem natureza recursal, na medida em que impugnam uma decisão⁵¹⁻⁵².

⁵¹ “A parte eventualmente prejudicada por uma decisão interlocutória não agravável poderá, tendo em vista a interposição de apelação pela outra parte, recorrer contra esta decisão interlocutória, nas contrarrazões que apresentar à apelação da parte adversária. Em outras palavras, as contrarrazões veiculam um recurso do apelado. Elas consistem num instrumento por meio do qual o apelado poderá recorrer contra uma interlocutória não agravável. Essa é a *primeira premissa* para a compreensão correta deste dispositivo: a “suscitação”, pela parte vencedora, nas contrarrazões, das decisões interlocutórias não agraváveis, é um recurso. [...] Assim, as contrarrazões, nesse caso, tornam-se instrumento de dois atos jurídicos processuais: (a) a resposta à apelação da parte adversária; (b) o recurso contra as decisões interlocutórias não agraváveis proferidas ao longo do procedimento”. (DIDIER JR., 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).

⁵² Daniel Granado também reconhece a natureza recursal das contrarrazões de apelação quando se presta a impugnar decisão interlocutória não agravável, todavia, para o autor, não devem receber a alcunha de recurso em razão do princípio da taxatividade. Anota que “a finalidade das contrarrazões do recurso de apelação é de verdadeiro recurso, se forem utilizadas para veicular decisões interlocutórias nos termos do art. 1.009, §1º, do CPC/2015. Só não denominamos as contrarrazões de recurso diante da falta de taxatividade (art. 994 do CPC/2015)”. Defende, ainda, em razão da natureza recursal que atribui às contrarrazões que o interesse no seu exame existe “ainda que a apelação seja inadmissível [...]. Em outros termos, as contrarrazões de apelação utilizadas com o propósito de impugnar interlocutórias nos termos do art. 1.009, §1º, não guardam dependência com o recurso de apelação propriamente dito.” (GRANADO, Daniel Willian. *Recurso de apelação no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 124-125.). Em sentido contrário quanto a autonomia das contrarrazões, Fredie Didier Jr as chama de “apelação do vencedor” e indica que este recurso possui duas peculiaridades: é subordinado e condicionado, pelo que deve se submeter à sorte do recurso principal. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3. p. 170). Atribuindo o regime jurídico do recurso adesivo às contrarrazões, FERREIRA, William Santos. Art. 1.009. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v.4 p. 425.

Não nos parece ser esta a melhor compreensão da norma inserta no art. 1.009, §1º do CPC/2015. Primeiramente porque se recurso fosse, as contrarrazões estariam sujeitas ao preenchimento de todos os pressupostos intrínsecos (cabimento, legitimidade para recorrer e o interesse recursal) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo) dos recursos, inclusive com o recolhimento custas, o que não nos parece o caso⁵³. Segundo, porque, assim como na contestação, as contrarrazões terão o papel de integrar o objeto do recurso interposto, estando ligadas ao âmbito de devolutividade inicialmente proposto – para a impugnação de outros capítulos da sentença ter-se-á, neste momento, a porta do recurso adesivo –, não se tratando de verdadeiro recurso. Neste sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery anotam que

[...] é de se considerar que uma questão preliminar está sempre conectada, integrada a uma peça principal, como seu próprio nome indica. O que o sistema parece indicar é a possibilidade de que o objeto da apelação seja expandido para abarcar não só a sentença, naquilo que foi objeto de irrisignação do apelante, mas também outras questões que não puderam ser objeto do agravo de instrumento ao longo do trâmite do feito em primeiro grau.⁵⁴

A abrangência da impugnação restará limitada à manutenção do quanto concedido em sentença, não se prestando para melhorar a situação processual da parte que não recorreu. A melhora da posição processual deverá, nestes casos, ser buscada ou por meio de recurso próprio ou por meio de recurso adesivo⁵⁵. O interesse de ter revista a decisão interlocutória refere-se ao que parte da doutrina denomina de interesse recursal condicionado ou eventual, pois somente surgiria caso revista a decisão principal⁵⁶.

⁵³ Neste sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. *Normas fundamentais no novo CPC*. Notas de aula. PUC: São Paulo, 2017.

⁵⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2206.

⁵⁵ Anota Luis Guilherme Aidar Bondioli que “O fato de as contrarrazões servirem de veículo para conduzir ao Tribunal matéria objeto de decisão interlocutória não a transforma em recurso. As contrarrazões continuam sendo mera resposta ao recurso apresentado pelo adversário, incapaz de sozinho levar adiante a relação jurídica processual. Se a parte conquistou em primeira instância tudo o que podia obter no processo, ela sequer tem interesse em recorrer. Já se a sua conquista não teve toda essa amplitude, o caso não é de meras contrarrazões, mas sim de recurso. Por isso, quando um recurso não é provido e o Tribunal simplesmente mantém o resultado do julgamento em primeira instância, a questão prévia veiculada nas contrarrazões tende a ficar em segundo plano. Todavia, quando o Tribunal se vê na iminência de alterar o prévio deslinde da causa, o exame dessa questão é obrigatório na instância recursal.” (BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos recursos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. XX. p. 92).

⁵⁶ Pontua Carolina Uzeda, em obra sobre o interesse recursal ser “permitido, também, aquele que teve seu pedido provido – vencedor na sentença e sem qualquer interesse em modificá-la, recorrer das interlocutórias em preliminar de suas contrarrazões. [...] Sendo assim, aquele que teve contra si o indeferimento da prova, vitorioso na sentença, não terá interesse na interposição do recurso, seja contra a sentença, seja contra a decisão interlocutória. Com a sentença de procedência, seu interesse recursal para impugnar a decisão interlocutória não é complementado, logo, não surge. Caso o vencido apele, a situação se altera, uma vez que existe possibilidade de revisão da sentença. O risco da reforma e de uma nova decisão desfavorável ao então

É de se observar, ainda dentro desta temática, qual deve ser a ordem para julgamento das questões suscitadas, pois as contrarrazões trazem questões prévias ao mérito recursal, mas que, em teoria, apenas terão utilidade se provido o recurso.

Como ordem lógica, primeiramente devem ser alegados e apreciados os vícios procedimentais, os quais impediram a adequada formação da decisão recorrida e, na sequência, os vícios de juízo, que podem levar à reforma do mérito após superados os vícios de forma (art. 938, *caput*, do CPC/2015)⁵⁷.

No processo em que seja proferida uma eventual decisão indeferindo a produção de provas – oitiva de uma testemunha – mas que, ao final, a parte prejudicada sagrou-se vencedora, se arguida a preliminar de indeferimento de provas em contrarrazões, esta deverá ser apreciada antes do mérito do recurso ou somente após? Se apreciada antes do mérito e provida, resta prejudicada a decisão de mérito por cerceamento do direito de defesa? Mas que utilidade teria esta cassação?

A produção da prova é um direito da parte. Direito este exercitável para que possa ser atingida a decisão de mérito. Ele conduz à decisão de mérito. Embora a parte não possua interesse imediato na produção da prova, pois restou vencedora no mérito do processo, possui interesse mediato, uma vez que cassada a decisão singular, a prova pode se fazer necessária ao seu reestabelecimento.

Suscitada a violação ao direito à prova, diferentemente do defendido por Carolina Uzeda⁵⁸, para quem deve ser julgado o recurso e somente se a decisão originária for cassada passa-se à apreciação das preliminares de contrarrazões, compreende-se que deve o julgador apreciar todas as preliminares suscitadas – em apelação e em contrarrazões – desde logo. Observada a violação ao direito de produzir a prova, antes de se determinar o retorno dos autos à instância originária ou produzir-se a mesma perante o Tribunal, conforme seja sua complexidade, deve-se verificar, através de um juízo de probabilidade, se sua ausência influirá no julgamento do mérito recursal.

vencedor traz para ele a possibilidade de interpor o recurso e buscar rever a decisão interlocutória, mas apenas se provido o recurso do vencido. Trata-se de interesse que, além de complexo, é condicionado”. (UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: JusPodvm, 2018. p. 208-210).

⁵⁷ Os vícios de atividade – *error in procedendo* – relacionam-se ao procedimento, isto é, às falhas processuais havidas pelo juízo *a quo* e que podem levar à anulação/invalidação da sentença a depender de sua gravidade. Por sua vez, os vícios de juízo – *error in iudicando* – fazem menção à própria justiça da decisão, a qual não aplicara de forma adequada o direito ao fato concreto ou não avaliara de modo adequado o conjunto fático probatório, levando, assim, o juízo *ad quem* ao rejuízo do mérito processual.

⁵⁸ UZEDA, op. cit., 2018. p. 210.

Se a prova indeferida possuir o condão de influir na decisão a ser proferida, deve o Tribunal determinar a reabertura da instrução processual para sua integração e nova decisão. De forma contrária, segue no julgamento pois o retorno da fase processual poderia não ser útil ou necessária à hipótese. O provimento da preliminar deve ficar condicionado ao juízo de necessidade-utilidade dos recursos e ao regime das nulidades do CPC/2015, pois se não teve ou terá o condão de ocasionar prejuízo à parte, pode ser superada.

Ainda quanto ao interesse recursal, observamos que ante a impossibilidade da interposição de agravo de instrumento em face de algumas decisões interlocutórias – como, por exemplo, aquelas que aplicam pena de litigância de má-fé –, caso a parte prejudicada reste vencedora no mérito da causa, ostentará interesse recursal próprio para impugnar a decisão interlocutória que lhe prejudica. Entende-se pela possibilidade da interposição da apelação autônoma – ou ainda adesiva – como remédio processual para o ataque àquela decisão, pois a parte não pode restar prejudicada em face de uma inércia inexistente, quando aguardava o momento adequado – que ao final nunca chegara – para atacar o ato decisório. Trata-se do exercício do direito recursal à luz de interesse próprio, independente e específico, plenamente exercitável nos termos do art. 996 do CPC/2015⁵⁹⁻⁶⁰.

Também, no recurso de apelação, não restando adequadamente delineado o conjunto fático probatório, poderá ser determinada a realização de diligência para fins de complementação da instrução processual. Neste sentido, a casuística do Tribunal de Justiça de São Paulo mostra exemplos, como no caso a Apelação nº 0049233-96.2006.8.26.0602⁶¹, na qual se discutia eventual ocorrência de erro médico ocorrido durante procedimento de parto, quando fora convertido o julgamento em diligência para realização de prova pericial; ou na Apelação nº 0013365-2010.8.26.0053⁶², na qual se discutia acidente de trabalho, sendo convertido o julgamento em diligência para a oitiva de testemunhas.

⁵⁹ FERREIRA, Willian Santos. Da Apelação. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.) *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 926 a 1.072. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4. p. 425.; e LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Apelação exclusivamente contra decisão interlocutória. A ausência injustificada à audiência de conciliação ou mediação e o recurso contra a multa arbitrada*. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

⁶⁰ Neste sentido o Enunciado 67 da I Jornada de Direito Processual Civil DO CJF: “Enunciado 67 – Há interesse recursal no pleito da parte para impugnar a multa do art. 334, § 8º, do CPC por meio de apelação, embora tenha sido vitoriosa na demanda”.

⁶¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0049233-96.2006.8.26.0602*. 1. Cam. Dir. Priv. rel. Des. Enéas Costa Garcia. j. 25 set. 2018. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2018.

⁶² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 0013365-2010.8.26.0053*. 16. Cam. Dir. Pub. rel. Des. Cyro Bonilha. j. 18 set. 2018. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2018.

No recurso de apelação é vedado às partes a dedução de nova causa. No direito romano, ao tempo de Ulpiano, era possível o *ius novorum* em sede de apelação, uma vez que o recurso era direcionado ao príncipe, responsável pela distribuição da justiça em sua onipotência, sendo ilimitada sua força ou compreensão (Ulpiano – fr 3 §3º de appel, XLIX, I). Ainda, ao tempo de Deocleciado e Maximiano, se permitia deduzir no recurso aquilo que não se alegara no primeiro julgamento, pois o objetivo do processo não era outro que, senão, o de se obter a justiça (const. 6ª de appel. VII 62).

Com Theodosio, Arcadio e Honorio⁶³ se estabeleceu mais claramente no processo romano o recurso de apelação, fixando a impossibilidade de serem levadas à decisão questões não colocadas em primeira instância (L. 25 C34 de appell.). A vedação a inovação em sede recursal, com uma aproximação ao modelo estabelecido modernamente, veio com Justiniano (“Rep et temp”, VII, 63) que limitou o recurso aos fatos já decididos inicialmente.

O direito brasileiro volta-se a repelir a inovação processual em sede recursal. Anteriormente ao Código de Processo Civil de 1939 a doutrina debatia sobre a possibilidade da ocorrência do *ius novorum* na apelação, ponderando, a um lado a justiça e de outro a segurança jurídica, tendo prevalecido em nosso direito a impossibilidade de se inovar em sede recursal.

João Monteiro⁶⁴ informa que nosso sistema, partindo da regra *tantum devolutum quantum appellatum*, coloca o recurso de apelação como meio para “novo exame da mesma causa, aos juízes superiores não é lícito julgar além do que foi debatido e julgado, ou de modo que a segunda senta altere a substancia da primeira quanto ao fundo da demanda”, diferentemente do sistema da *appellatio extinguit iudicatum*, quando a apelação é considerada nova ação. Justifica o autor sua posição à luz do princípio do *duplo grau de jurisdição* e afirma que “fazer através das alegações e provas produzidas na primeira instância, novo exame do *judgado* pra o fim de resolver definitivamente o pleito – tal é a função do juízo *ad quem* consoante o systema do duplo grau de jurisdição”.

A vedação ao *ius novorum* em sede recursal se liga à lealdade processual, pois do contrário a parte poderia guardar seus argumentos e fatos, de forma desleal e somente trazê-los aos autos caso não obtivesse sucesso em sua pretensão, provocando verdadeiro novo processo em segunda instância.

⁶³ MONTEIRO, João. *Programma do curso de processo civil*. 5.ed. São Paulo: Academica, 1936. p. 699-700.

⁶⁴ MONTEIRO, op. cit., p. 697-698.

William Santos Ferreira⁶⁵ anota que o sistema brasileiro é bastante refratário à inovação processual, e aponta como motivos a vedação a estratégias processuais desleais e a garantia ao contraditório e a ampla defesa, impedindo o retorno de fase superadas. No mesmo sentido, Nelson Nery Jr e Rosa Nery anotam que

Por *inovação* entende-se todo elemento que pode servir de base para a decisão do Tribunal, que não foi arguido ou discutido no processo, no procedimento de primeiro grau de jurisdição [...]. Não se pode inovar no juízo de apelação, sendo defeso às partes modificar a causa de pedir ou o pedido (nova demanda). Todavia, a norma comentada permite que sejam alegadas questões novas, de fato, desde que se comprove que não foram levantadas no primeiro grau por motivo de força maior. Pela proibição do *ius novorum* prestigia-se a atividade do juízo de primeiro grau [...]. O sistema contrário, ou seja, o da permissão de inovar no procedimento da apelação, estimularia a deslealdade processual, porque propiciaria à parte que guardasse suas melhores provas e seus melhores argumentos para apresentá-los somente ao juízo recursal de segundo grau [...]. Correta a opção do legislador brasileiro pelo sistema da proibição de inovar em sede do recurso de apelação.⁶⁶

Além de valorizar a lealdade processual, a vedação à inovação processual em matéria de provas busca valorizar a atividade do juízo singular, na medida em que se estimula que as partes debatam os fatos como um todo. O sistema do CPC/2015 reforça este posicionamento ao tentar marcar as Cortes Superiores como Tribunais de tese em contraponto com os Tribunais Estaduais, a quem compete aplicar o direito aos fatos.

A parte não alegando, oportunamente, as situações de fato que necessita para obter sua pretensão, contra ela opera-se a preclusão, não podendo fazê-lo em momento posterior, salvo se demonstrar que não o fez por motivo de força maior⁶⁷.

[...] como regra geral, não se admite o *ius novorum*, isto é, a inovação dos fundamentos fáticos em sede de apelação. [...] Fundamentos fáticos novos, porém – pouco importando se são essenciais ou não –, só podem ser suscitados na apelação se ficar demonstrado que não foram deduzidos no primeiro grau de jurisdição por motivo de força maior.

Extrai-se deste art. 1.014 que a apelação não é, portanto, um “novo processo”, mas um mecanismo de reexame daquilo que tramitou perante o primeiro grau de jurisdição. Incumbe ao Tribunal rejulgar a causa, fazendo-o a partir das mesmas bases em que se tenha apoiado o julgamento de primeiro grau, analisando as mesmas questões de fato e valorando as mesmas provas.⁶⁸

⁶⁵ FERREIRA, William Santos. Art. 1.014. In. BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v.4. p.445-446.

⁶⁶ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2227.

⁶⁷ Aqui, remetemos, novamente, às observações realizadas no item 4.6 *supra*, sobre a possibilidade a ser construída pela prática forense à luz do CPC/2015, a hipótese de a parte deixar de trazer um fato a juízo com o intuito de reduzir a litigiosidade processual. Colocando-o apenas em sede recursal, se demonstrar que, efetivamente, agiu de boa-fé e que evitara trazer o fato a juízo com o intuito de não agravar o litígio.

⁶⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Art. 1.014. In. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários aos novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1516-1517.

Ressalva-se às questões de direito, que por força da máxima *da mihi factum dabo tibi ius*, o magistrado de segunda instância não se encontra adstrito aos fundamentos do juízo *a quo*, podendo decidir livremente o direito sobre os fatos colocados, sem que, com isto, infrinja a vedação do *ius novorum*.

Finalmente, calha lembrar que a alteração na qualificação jurídica dos fatos já apresentados, ou a inclusão de novo fundamento de direito, anteriormente não presente, não pode ser considerada como “questão nova”. As questões de direito, ou a modificação na qualificação jurídica dos fatos já apresentados, porque dizem respeito apenas à interpretação do direito – sendo incumbência do juiz aplicar corretamente o direito aos fatos postos (*da mihi factum dabo tibi ius*) –, podem ser aportadas ao processo a qualquer tempo, não se havendo de cogitar de apresentação de questões novas, proibidas ao juízo *ad quem*. Desde que submetida previamente ao contraditório, a nova visão jurídica do caso é plenamente admissível em grau de apelação.⁶⁹

Isto não significa que o processo esteja estanque a ocorrências supervenientes a seu início, podendo a parte trazer aos autos os fatos conferidos pela dinâmica cotidiana, que de outro modo, não eram possíveis de serem verificados quando do início da ação – porque não ocorridos.

Modernamente, sendo o recurso voltado ao rejuízo da causa, a apelação objetiva devolver ao Tribunal a matéria decidida pelo juízo singular, possibilitando que este reanalise as bases fáticas e jurídicas da decisão e profira sua decisão, isto porque “o órgão *ad quem*, desde que conheça da apelação, não julga a *sentença*: rejuízo a matéria nela decidida e impugnada pelo apelante”⁷⁰. Comentando sobre o *ius novorum* Barbosa Moreira anotou que “a concessão do *beneficium nodum deducta deducendi, nondum probata probandi*, como bem se compreende, enfraquece e desprestigia o juízo de primeiro grau, enquanto a exclusão do *ius novorum*, pelo contrário, põe sobre ele a tônica do processo”⁷¹.

José Frederico Marques⁷² ensina que a parte, em caso de força maior, pode trazer novas questões de fato, igualmente poderá produzir as provas necessárias à demonstração de suas afirmações. Todavia, para que sejam admitidas novas defesas e, conseqüentemente, suas provas, é necessário que os fatos nos quais se apoiam as novas questões trazidas já estejam contidos no processo, do contrário estar-se-á frente ao *ius novorum*, somente admitido em

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p. 540.

⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 457.

⁷¹ *Ibid.*, p. 453.

⁷² MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 4. p. 151.

nosso sistema caso demonstrado que a defesa arguida não o fora realizada anteriormente em razão de força maior.

Logo, o fato superveniente poderá ser alegado pela parte no processo e deverá ser conhecido quando guardar íntima relação com o “fato inicialmente apontado como representativo do fundamento jurídico do pedido que é a causa de pedir, seja constituindo-a, seja modificando-a, seja extinguindo-a. Pois, se não participar de nenhuma dessas formas será demanda diversa”⁷³ e deverá ser trazido ao judiciário de forma autônoma, ainda que, de certo modo, possa relacionar-se à demanda originalmente proposta.

No Brasil, a possibilidade de serem deduzidos fatos supervenientes no juízo *ad quem* não é nova, sendo que já ao tempo das Ordenações Filipinas dispunha-se no Título 83 do Livro III esta possibilidade⁷⁴. Assim, as Ordenações não apenas deduziam esta possibilidade, mas informavam ainda da preclusão, caso não fosse alegado o fato ou requerida a produção de provas, estabelecendo a necessidade de se instaurar o contraditório sobre o ponto⁷⁵.

Já no final do século XIX, a Consolidação Ribas⁷⁶, seguindo a tradição do direito português vigente, anotava que “as partes poderão allegar e provar na segunda instância qualquer razão nova que na primeira não tenham allegado, posto que a não houvessem de novo” (art. 1569).

Igualmente, os Códigos estaduais admitiam a possibilidade de serem deduzidos novos fatos no juízo de apelação desde que não se pudesse ter sido feito em primeira instância. Neste sentido, o art. 1.112 do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 2.421/1930⁷⁷) estabelecia que somente seria admitida alegação de circunstâncias não realizadas em primeira instância se decorressem de fatos novos e viessem acompanhadas, de modo incontinente, de sua prova.

Seguindo esta tradição, o processo civil reunificado em um Código nacional, de competência privativa da União para legislar sobre a matéria, trouxe nos diplomas de 1939, 1973 e 2015, de modo bastante similar, dispositivos que autorizam as partes à produção de

⁷³ CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: SérgioFabris, 1992. p. 158.

⁷⁴ “Quando os litigantes podem alegar e provar na causa da appellação ou agravo, o que não tiverem allegado na causa principal. As partes litigantes podem alegar e provar na causa da appellação, qualquer razão nova, que em outra instancia não tenham alegada, e fazer artigos [...]”. (ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações e leis do Reino de Portugal*. 14.ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. v.3. p.693.).

⁷⁵ “E será avisado assi o appellante como o appellado, quando a primeira vez cada hum houver vista da appellação, ou do feito do agravo, que não faça artigos em lugar das razões, somente alegue de seu direito per razões e nelas poderá alegar a razão, de que quer fazer artigos”. (Ibid.)

⁷⁶ RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879. v.2. p. 474.

⁷⁷ Art. 1.112 - Só se admitirão os embargos: [...] II - Quando fôrem articulados factos novos, com prova offerecida *in continenti*.

provas em razão de fatos supervenientes à propositura da demanda (art. 64, §2º do CPC/1939⁷⁸, art. 462 do CPC/1973⁷⁹ e art. 493 e 933 do CPC/2015) e a propositura de fatos novos no juízo de apelação por motivo de força maior (art. 824, §1º do CPC/1939⁸⁰, art. 517 do CPC/1973⁸¹ e art. 1.014 do CPC/2015).

Rogério Licastro Torres de Mello⁸², comentando o CPC/1973, cujas lições podem ser transpostas ao CPC/2015, adverte para que seja observada a diferença entre o conteúdo dos artigos 493 e 1.014 do CPC/2015, pois enquanto o primeiro se refere a fatos supervenientes à propositura da demanda, o segundo diz respeito a fatos pretéritos que podem ser arguidos desde que a parte demonstre sua boa fé (art. 5º do CPC/2015) para que sejam admitidos.

O art. 435 do CPC/2015, que trata da juntada de documentos, serve de regra geral e guia para a admissibilidade da prova ao informar que cabe à parte que produzir o documento extemporâneo comprovar o motivo que a impediu de juntá-lo anteriormente e ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º, e dirigir a produção da prova nos termos dos artigos 932, I, e 938, §3º do CPC/2015⁸³.

Barbosa Moreira aponta que o juízo de primeira instância, por estar mais próximo das fontes de prova – salvo os documentos –, teria melhor condição de conhece-las e valorá-las do que o Tribunal. Informa que a produção da prova apenas em segundo grau tem o condão de encarecer e tornar mais moroso o processo, além do que “a permissão de inovar em grau de apelação estimula a deslealdade processual, induzindo as partes à reserva dos seus trunfos

⁷⁸ Art. 64 A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que fôr aplicável, o disposto no art. 55. [...] § 2º Se a sentença se basear em fato ou direito superveniente, o juiz levará em conta essa circunstância para o efeito da condenação nas custas e nos honorários.

⁷⁹ Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

⁸⁰ Art. 824. A apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na ação, salvo a hipótese prevista no art. 811. § 1º As questões de fato não propostas na instância inferior sómente poderão ser suscitadas no processo de apelação, se as partes provarem que deixaram de fazê-lo por motivo de força maior.

⁸¹ Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

⁸² “[...] são inconfundíveis os chamados fatos e direitos supervenientes do art. 462 do CPC com os fatos indicados no art. 517 da mesma codificação: se os primeiros atinem a situações que inexistiam ao tempo do início da demanda (e que advieram no seu curso), os segundo são preexistentes à ação judicial, apenas não tendo sido a esta carreados por motivo de força maior. [...] Estes fatos preexistentes são considerados fatos novos para o processo, mas não supervenientes. São fatos inéditos para a causa, conquanto não sejam supervenientes a esta”. (MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 212).

⁸³ No mesmo sentido: BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos recursos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. XX. p. 118-119.

para exibição unicamente perante o órgão *ad quem*”⁸⁴, razão pela qual, concluímos, deve ser recebida com cautela. Comentando a norma do art. 517 do CPC/1973, de idêntico teor ao atual art. 1.014, anota que “a função processual do dispositivo sob exame é complementar a função exercida pelas regras atinentes ao efeito devolutivo: aquele e estas, em conjunto, fixam os lindes dentro dos quais o Tribunal há de exercer cognição”⁸⁵.

Embora se admita que se proponham fatos novos, não trazidos ao juízo *a quo*, estes não podem modificar a *causa petendi* do processo, logo deverão ser simples ou secundários em relação ao autor, ou extintivos, modificativos ou impeditivos em relação ao réu. Ricardo de Barros Leonel anota, a propósito, que haverá,

[...] em sede de recurso, sempre a possibilidade de alteração do objeto do processo (material sujeito à cognição judicial), mas não do objeto litigioso do processo, posto que tanto o pedido (estritamente considerado) como a causa de pedir (fatos principais, que fundamentam o exercício da demanda) restarão inalterados.⁸⁶

O Tribunal encontra-se vinculado ao princípio da inércia (dispositivo), sob a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*. Os limites impostos à sua cognição restam adstritos, como regra, às matérias – capítulos da decisão – invocadas pela parte na irresignação. A matéria fica limitada ao capítulo impugnado e não aos fundamentos da decisão. Caso a parte tenha requerido um dado provimento pelos motivos A, B e C, o juízo tenha indeferido pelo motivo D, e a parte tenha recorrido pelo motivo A, todas as questões suscitadas e discutidas serão devolvidas à análise do Tribunal e não apenas as decididas⁸⁷.

O art. 515, §3º do CPC/1973 autorizava o Tribunal a julgar o mérito diretamente quando nas causas somente de direito, reformasse sentença proferida sem julgamento do mérito. O §3 do art. 1.013 do CPC/2015 é mais abrangente que a previsão do Código revogado. Sob o sistema anterior admitia-se o julgamento pelo Tribunal nas hipóteses do novo texto legal. O CPC/2015, na medida em que devolve ao Tribunal a possibilidade de julgar o processo cuja sentença tenha sido reformada, devolve, também, a possibilidade de complementar a instrução processual para o esclarecimento de fatos ou circunstâncias do fato que restam ausentes. Conforme nos lembra Barbosa Moreira, é

⁸⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 453.

⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 454.

⁸⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 408.

⁸⁷ NERY JR; NERY, Nelson; Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2222.

[...] de todo impróprio enxergar na sentença apelada o objeto da atividade cognitiva do Tribunal. Com ressalva dos casos em que se impugna, por *error in procedendo*, [...] o órgão *ad quem*, desde que conheça da apelação, não julga a *sentença*: rejulga a matéria nela decidida e impugnada pelo apelante.⁸⁸

Veja-se que estar-se-á ante dispositivo que propugna pela teoria da causa madura para julgamento, ou seja, o processo deve ter tido seu regular desenvolvimento estando em condições para que possa receber uma decisão de mérito. Não se abre a instrução ampla, nestes casos deve o processo retornar ao juízo *a quo* para o correto prosseguimento do curso processual.

Na hipótese do art. 1.013, §3º, a instrução pode ser reaberta pelo julgador de forma subsidiária e suplementar. Verificada a ausência de algum elemento menor, a necessidade de complementação da prova ou mesmo a necessidade de esclarecimento para que reste dirimida dúvida ou contradição presente nos autos, o juízo *ad quem* promove a reabertura pontual da instrução para integrar o conjunto fático-probatório.

A causa é revista à luz do princípio do duplo grau de jurisdição, pelo que normalmente se espera que a prova dos fatos seja desenvolvida na instância ordinária. Todavia, compreendendo a dinâmica dos fatos, o CPC/2015 faculta sejam suscitados fatos supervenientes em sede recursal e, de igual modo, produzida a prova em sede recursal, sem que, com isto, se verifique violação ao princípio do duplo grau de jurisdição⁸⁹.

O fato superveniente e a prova nova são admissíveis “para que o instrumento sirva a seu fim (para que o processo sirva como meio útil e efetivo para a composição de conflitos e solução da crise operada na vida de relação e no direito material)”⁹⁰.

Servindo o recurso de apelação ao rejuízo da demanda, como controle da atividade jurisdicional de primeira instância, evitando-se *error in iudicando* ou *in procedendo*, é o recurso que, em maior amplitude, comporta a produção de provas. Admite-se todos os meios de prova permitidos em direito – típicos ou atípicos – desde que moralmente legítimos. Restando a possibilidade de admissão do fato ou da prova não trazidos no juízo *a quo* balizada por dois fatores ou: a) a prova se presta à complementação da instrução originalmente realizada, ou seja, é subsidiária e tem por objetivo aprimorar o conjunto fático-

⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 457.

⁸⁹ Neste sentido MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 278.

⁹⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 408.

probatório; ou *b*) se presta a atualizar a demanda, sem modificá-la, para que a entrega da prestação jurisdicional seja efetiva e reflita a situação atual da coisa. Em qualquer hipótese, deve ser verificada a boa-fé das partes na instrução processual, não sendo ofendido o duplo grau de jurisdição em razão da análise restar realizada apenas em segunda instância.

5.1.3 Agravo de instrumento

O recurso de agravo tem suas origens, com os traços que se conhece em nossa legislação atual, nas Ordenações Afonsinas⁹¹. Historicamente o agravo foi concebido para impugnar decisões das quais não se cabia recurso⁹², surgindo quando D. Afonso IV proibiu a interposição de apelações em face de sentenças interlocutórias⁹³, conforme ensina Barbosa Moreira,

Não se conformavam as partes com decisões [...] que lhes causavam, às vezes, prejuízo irreparável. Insistiam em pleitear a imediata correção do *agravo* sofrido. Começaram, então, a valer-se do expediente de dirigir petições ao Rei (querimas ou queimônias), requerendo “cartas de justiça”, cuja eficácia ficava subordinada à cláusula de serem verdadeiras as alegações do requerente.⁹⁴

No direito brasileiro, o CPC/1939 previa três formas de agravo: *agravo de petição*, *agravo de instrumento* e *agravo nos autos do processo*. O agravo de petição era o instrumento utilizado para a insurgência da parte em face das sentenças terminativas⁹⁵ (art. 846 do CPC/1939⁹⁶). O *agravo de instrumento* era interponível em face de decisões interlocutórias; o CPC/1939 trazia rol com suas hipóteses de cabimento, além dos casos previstos em leis extravagantes (art. 842⁹⁷). O CPC/1939 admitia, de modo expresse, que o agravo de

⁹¹ BUZAID, Alfredo. Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 36.

⁹² Sobre o aspecto histórico do agravo de instrumento, por todos: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 25-49.

⁹³ THEODORO JR., Humberto. O Problema da Recorribilidade das Interlocutórias no Processo Civil Brasileiro. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 09 jan. 2008.

⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 483.

⁹⁵ “A distinção entre decisão definitiva e terminativa não era fácil de se estabelecer, pois se assenta no conceito de mérito, e a esse respeito não eram unânimes nem doutrina, nem jurisprudência, e, no Código de Processo Civil revogado, inexistia dispositivo similar ao art. 269 do Código em vigor {CPC/1973}.” (WAMBIER, op. cit., p. 58)

⁹⁶ Art. 846 Salvo os casos expresso de agravo de instrumento, admitir-se-á agravo de petição, que se processará nos próprios autos, das decisões que impliquem a terminação do processo principal sem lhe resolverem o mérito.

⁹⁷ Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões: I, que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; II, que julgarem a exceção de

instrumento fosse instruído com documentos novos (art. 845, §4º), devendo a parte contrária ser ouvida sobre os mesmos (art. 848). O *agravo nos autos do processo* prestava-se a evitar a ocorrência da preclusão, sendo julgado em preliminar de apelação, podendo ser interposto das decisões que (I) julgarem improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada; (II) não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado; (III) concederem, na pendência da lide, medidas preventivas; (IV) considerarem, ou não, saneado o processo (arts. 851 e 852).

O CPC/1973 modificou o regime dos agravos, revogando o de petição e o nos autos do processo⁹⁸, ampliando as hipóteses de cabimento dos agravos de instrumento e passando a prever o agravo retido. A regra era o agravo ser interposto de instrumento, devendo, para que ficasse retido, que houvesse pedido expresso da parte (art. 522, §1º do CPC/1973).

O sistema do agravo no CPC/1973 recebia muitas críticas da doutrina, da jurisprudência e da vida forense, tendo sofrido reformas nos anos de 1995⁹⁹ (Lei n.º 9.139/1995), 1998¹⁰⁰ (Lei n.º 9.756/1998), 2001¹⁰¹ (Lei n.º 10.352/2001) e 2005¹⁰² (Lei 11.187/2005).

incompetência; III, que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; IV, que não concederem vista para embargos de terceiros, ou que os julgarem; IV - que receberem ou rejeitarem “*in limine*” os embargos de terceiro. V, que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade, VI, que ordenarem a prisão; VII, que nomearem ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamentário ou liquidante; VIII, que arbitram, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamentários; IX, que denegarem a apelação, inclusive de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção; X, que decidirem a respeito de erro de conta ou de cálculo; XI, que concederem, ou não, a adjudicação, ou a remissão de bens; XII, que anularem a arrematação, adjudicação, ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido; XIII, que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos; XIV (revogado) XV, que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; XVI, que negarem alimentos provisionais; XVII, que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens.

⁹⁸ Exposição de motivos do CPC/1973: “Embora reconheçamos que esse recurso [agravo nos autos do processo] se ajuste aos princípios fundamentais que estruturam o Código, pareceu-nos melhor conceder, para os casos que ele especifica, o agravo de instrumento, que apresenta sobre o agravo no auto do processo algumas vantagens dignas de realce. Nenhuma dessas figuras de agravo suspende o andamento do processo principal. O agravo no auto do processo, ínsito no bojo dos autos, aguarda a ascensão da causa ao Tribunal, onde será conhecido como preliminar, no julgamento da apelação (Código de Processo Civil, artigo 877). Só então é que se reparará o gravame. O agravo de instrumento, sem interromper a marcha do processo, assegura, todavia, a verificação da decisão impugnada antes que o juiz profira sentença definitiva. O Tribunal corrigirá os erros cometidos pelo juiz, em cada oportunidade, sem embaraçar o andamento da ação”. (BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil: histórico da lei*. Brasília-DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v.I. t.I. p.28-29).

⁹⁹ Amplia-se o prazo para interposição do recurso de 05 para 10 dias; o agravo retido independe de preparo; passa a ser necessária a reiteração do agravo retido na apelação; o agravo de instrumento deve ser interposto diretamente no Tribunal; a formação do instrumento passa a ser responsabilidade do agravante; e o agravante deve apresentar cópia do agravo de instrumento na primeira instância no prazo de 03 dias.

¹⁰⁰ Modificam-se os poderes do relator para indeferir não apenas o agravo, mas qualquer recurso, monocraticamente. O recurso de agravo passa a ser, por lei, o interponível em face desta decisão (art. 557),

¹⁰¹ Possibilita a inadmissibilidade do recurso se não for informado ao juízo singular no prazo de três dias e modifica os poderes do relator no agravo, podendo o agravo de instrumento ser convertido em agravo retido.

Com as reformas que se sucederam no regime de agravo do CPC/1973 a regra passou a ser a apresentação do recurso em sua forma retida em face de decisões interlocutórias, independentemente do recolhimento de preparo, sendo que em casos de lesão à parte ou se estivesse relacionado à apelação (referente ao recebimento e aos efeitos em que foi recebida), poderia ser de instrumento. Constava também que a parte poderia intentar agravo de instrumento, mas se fosse compreendido que o caso não era exceção (passível de causar dano à parte), o recurso era convertido em agravo retido (art. 527, II), e esta decisão de conversão seria irrecorrível.

O CPC/2015 retira de nosso sistema o recurso de agravo retido e retoma, parcialmente, a disciplina do recurso de agravo de instrumento do CPC/1939, ao prever as hipóteses de cabimento do recurso de agravo em rol expresso, ressaltando outros casos previstos expressamente em lei. Pelo sistema do Código, as decisões não impugnáveis por meio de agravo de instrumento tem sua recorribilidade diferida¹⁰³, devendo serem alegadas como preliminar de apelação (art. 1.009, §1º)¹⁰⁴.

Debate-se quanto a natureza do rol trazido pelo art. 1.015, se este seria taxativo ou exemplificativo, sobretudo na hipótese de a decisão interlocutória possuir potencialidade de causar imediato gravame irreparável ou de difícil reparação. Formaram-se três correntes doutrinárias a respeito da suposta taxatividade do rol do art. 1.015.

A *primeira corrente*¹⁰⁵ compreende o rol como exemplificativo, pois esta situação não pode ficar insuscetível de controle judicial.

A *segunda corrente doutrinária*¹⁰⁶ entende pela taxatividade do rol com interpretação ampla ou extensiva. Para Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr. “uma das

¹⁰² Com a reforma processual que promove o processo sincrético, o agravo retido torna-se regra no sistema.

¹⁰³ FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade. In: MARCATO, Ana Cândida Menezes, et. al. (Orgs.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO*. São Paulo: Verbatim, 2018. p. 852.

¹⁰⁴ São exceções ao sistema, não comportando recurso: a) a aceitação da intervenção de terceiro *amicus curiae* (art. 138); b) as decisões proferidas em produção antecipada de provas (art. 382, §4º); c) em arguição de inconstitucionalidade, a decisão que determina a manifestação de outros órgãos e entidades (art. 950, §3º); d) a decisão que releva a pena de deserção (1.007, §6º); e) a decisão sobresta o julgamento do recurso especial em razão de prejudicialidade do recurso extraordinário (art. 1.031, §2º); e) decisão do STF que considerar que não haver prejudicialidade e determina o retorno do recurso especial ao STJ (art. 1.031, §3º) e f) a decisão que não conhece de recurso extraordinário por ausência de repercussão geral (art. 1.035).

¹⁰⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Comentário ao art. 1.015 do CPC. In: ASSIS, Araken de; LEITE, George Salomão; ALVIM, Angélica Arruda (Coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1175. GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 370. REICHELDT, Luis Alberto. Sistemática recursal, direito ao processo justo e o novo Código de Processo Civil: os desafios deixados pelo legislador ao intérprete. *Revista de Processo*, n. 244, p. 15-30, jun. 2015.

interpretações corretivas, entre as quais se destaca a extensiva, que é um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra”¹⁰⁷.

A terceira corrente¹⁰⁸ defende que o rol é taxativo e que deve ser interpretado restritivamente, pois a finalidade do novo Código foi a de reduzir as vias recursais.

De modo singular, William Santos Ferreira, embora adote a terceira corrente, compreende que é necessário conferir o adequado rendimento ao sistema recursal, havendo hipóteses em que aguardar-se para recorrer apenas em sede de apelação pode ocasionar a inutilidade do recurso, razão pela qual o recurso de agravo de instrumento passa a ser cabível em três situações:

- i) de recorribilidade imediata necessária prevista em lei (ex. incisos, I, III, V, VI, VII, VIII, IX, X e parágrafo único do art. 1.015);
- ii) de recorribilidade imediata por conveniência política (ex. incisos II, IV, VI, XI do art. 1.015) [...];
- iii) de recorribilidade imediata necessária por inutilidade prospectiva – ausência de interesse recursal na apelação (que é taxativa, pois é p que se pode dizer de “outros casos expressamente referidos em lei”, já que basta correlacionar a “recorribilidade geral das interlocutórias” (§1º do art. 1.009) com o disposto (sic) que exige e garante (!) interesse recursal (art. 996), o que assegura que a lei não pode afastar do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inc. XXXV do art. 5º, da CF) e o art. 1.015, XIII).¹⁰⁹

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2017. p. 1091. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 522. BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 3. ed. São Paulo Saraiva, 2017 (livro eletrônico). MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1531. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 9.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1661. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al.) *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1614. CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 40, n. 242, p. 273-282, abr. 2015. MARANHÃO, Clayton. Agravo de instrumento no código de processo civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, n.256, p. 147-168, jun. 2016.

¹⁰⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. *Revista de Processo*, n. 242, p. 273-282, abr. 2015.

¹⁰⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 2333. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2 [e-book]. OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. Comentário ao artigo 1015 do CPC. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca (et. al.). *Execução e Recursos: comentários ao CPC de 2015, Vol. 3*. São Paulo: Método, 2017. p. 1070.

¹⁰⁹ FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade. In: MARCATO, Ana Cândida Menezes; et. al. (Orgs.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO*. São Paulo: Verbatim, 2018. p. 854.

O Superior Tribunal de Justiça vem debatendo sobre a taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC/2015. Por meio do Recurso Especial nº 1.679.909-RS¹¹⁰ decidiu-se que embora o CPC/2015 não preveja, expressamente, o cabimento do recurso de agravo para impugnar decisão que viola a regra do juiz natural (competência), por meio de interpretação extensiva das hipóteses do art. 1.015. Todavia, no REsp 1.700.500 o ministro Marco Aurélio Bellizze decidiu que “a pretensão do requerente esbarra na vedação expressa do art. 1.015 do Código de Processo Civil/2015, visto que a decisão que reconhece a conexão não está inserida no rol daquelas que podem ser objeto de agravo de instrumento”.

A requerimento da ministra Nancy Andrighi encontram-se afetados para julgamento no sistema de recursos repetitivos os REsp 1.704.520-MT e REsp 1.696.396-MT, anotados como Tema 988, assim ementado:

Definir a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do novo CPC.

É necessário que o processo ganhe um fluxo célere, de modo a que o sistema trazido pelo CPC/2015 ganhe rendimento, ficando restrita a recorribilidade às hipóteses trazidas pelo legislador no rol do art. 1.015 e em outros dispositivos como os artigos 101 (gratuidade da justiça); 354, parágrafo único (extinção parcial do processo); 356, §5º (julgamento antecipado

¹¹⁰ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS PROCESSUAIS. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO CABÍVEL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 1 DO STJ. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA COM FUNDAMENTO NO CPC/1973. DECISÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. DIREITO PROCESSUAL ADQUIRIDO. RECURSO CABÍVEL. NORMA PROCESSUAL DE REGÊNCIA. MARCO DE DEFINIÇÃO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU EXTENSIVA DO INCISO III DO ART. 1.015 DO CPC/2015. 1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (*tempus regit actum*), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. 2. No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo n. 1 do STJ. 3. No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal a quo. 4. A publicação da decisão interlocutória que dirimir a *exceptio* será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual. 5. Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma *ratio* -, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda. 6. Recurso Especial provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.679.909-RS. Rel. Min. Luis Filipe Salomão, 4ª Turma, DJe 01/02/2018).

parcial do mérito); 1.027,§1º (processos em que for parte Estado estrangeiro); 1.037, §13 (*distinguishing*); e 1.042 (agravo em recurso especial e extraordinário). A tônica do CPC/2015, além de promover a celeridade processual, é reduzir a litigiosidade, por meio de um sistema multiportas de acesso à justiça, devendo os recursos às decisões serem vistos sob esta perspectiva¹¹¹.

Sendo o agravo de instrumento o recurso processual adequado para impugnar-se as decisões interlocutórias recorríveis de imediato, verificando-se que a definição de decisão interlocutória é obtida por meio de exclusão a partir do conceito de sentença, ou seja, é considerada decisão interlocutória toda decisão que não coloque fim à fase cognitiva do processo (art. 203, §2º).

Aqui, o CPC/2015 utilizando-se de um critério utilitarista não perquire se a decisão interlocutória versa sobre o mérito do processo ou apenas sobre questões incidentes, basta que esta não tenha o condão de colocar fim à fase de cognição processual ou de execução. Supera-se antigo debate existente sob a égide do CPC/1973 quanto à recorribilidade das decisões, pois no sistema anterior, definida sentença, pela reforma trazida pela Lei nº 11.232/2005, como todo *ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC/1973*, haviam decisões que não colocavam fim à fase cognitiva, mas que pela dicção do art. 162 do CPC/1973 poderiam ser consideradas como sentenças – como por exemplo na

¹¹¹ Na hipótese de, eventualmente, ser verificado verdadeiro risco de dano grave, de difícil reparação, restará aberta a via do uso do mandado de segurança, como sucedâneo recursal apto a corrigir a decisão. Devem, pois, estar presentes a impossibilidade de ser apresentado qualquer outro recurso naquele momento processual e o ato indicado como coator viole direito líquido e certo da parte. Note-se, todavia, que esta é via excepcional. Rodrigo Barione admite a possibilidade do uso do mandado de segurança e exemplifica que “Na prática, contudo, é fácil antever situações para as quais não foi previsto o agravo de instrumento e, ao mesmo tempo, não há interesse recursal em impugnar por meio da apelação. Para esses casos, a solução é permitir a impugnação pela via do mandado de segurança. Assim sucede, por exemplo, no caso de decisão que determine a suspensão do processo em virtude de suposta prejudicialidade externa (art. 313, V, a, do CPC/2015). A decisão não consta no rol dos atos impugnáveis por meio do agravo de instrumento. Tampouco fará sentido impugná-la por meio da apelação, pois logicamente pressupõe que tenha encerrado o período de suspensão do processo. Assim, somente por meio do mandado de segurança a decisão interlocutória poderá ser impugnada” (BARIONI, Rodrigo. Preclusão diferida, o fim do agravo retido e a ampliação do objeto da apelação no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 243, p. 269-280, mai. 2015.). Neste mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou agravo de instrumento em hipótese de prejudicialidade externa, informando que os remédios adequados seriam a apelação ou o mandado de segurança (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento n.º 2134819-78.2016.8.26.0000*, rel. Des. Moreira Viegas, DJ 18 ago. 2016. Disponível: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 25 set. 2018.). Em que pese o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, embora concordemos com a possibilidade do ajuizamento da ação constitucional como sucedâneo recursal, na hipótese especificamente exemplificada, entendemos que a decisão que suspende o processo por prejudicialidade externa se subsume ao conceito de decisão de mérito do inciso II do art. 1.015, pois a decisão não apenas suspende o processo, mas reconhece a prejudicialidade, matéria que, nitidamente, deve versar sobre o mérito do processo para gerar-lhe a suspensão. Se a prejudicialidade fora reconhecida por meio de uma decisão anterior ou restara incontroversa e a suspensão determinada por decisão posterior, adequado o manejo da ação constitucional.

decisão que exclui litisconsorte do processo e decide questão incidente sobre outro¹¹² –, recorríveis por meio de *agravo de instrumento*.

Para que não restasse dúvida quanto ao critério utilizado, o CPC/2015 fixou a recorribilidade das decisões que extinguem parte do processo (art. 354) e decidem parcialmente antecipadamente o mérito (art. 356) – decisões interlocutórias de mérito – por meio do recurso de agravo de instrumento. Nestas hipóteses, embora o recurso seja de agravo, seu comportamento será como o de uma apelação que não possui, *a priori*, efeito suspensivo¹¹³.

A complementação, se necessária, do conjunto fático-probatório deve se dar em relação à matéria decidida pelo juízo *a quo*, aplicando-se, aqui, os comentários tecidos ao recurso de apelação quanto à produção de provas – deve ocorrer de forma subsidiária e complementar.

Em sede de cautelar de busca e apreensão, o Extinto 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, determinou a conversão do julgamento do agravo de instrumento nº 737.601-0/0 em diligência para realização de perícia judicial, com o objetivo de conhecimento do valor dos bens objeto do processo¹¹⁴.

É possível questionar, ainda, a incidência do art. 1.013, §§3º e 4º do CPC/2015 ao agravo de instrumento nos casos de extinção do processo com fundamento no art. 485 ou 487, inciso II, do CPC/2015 ou mesmo na hipótese do 356. Compreende-se que o agravo atrai a regra do art. 1.013 do CPC/2015, todavia esta deve receber interpretação restritiva para

¹¹² No ponto, divergiam Nelson Nery Jr. e José Carlos Barbosa Moreira. Para o primeiro, a decisão era interlocutória – devendo-se adotar o critério finalístico – e desafiava agravo em razão do princípio da singularidade, que informa que para cada decisão é cabível apenas um recurso, posição a que coadunamos. Já para o segundo, a decisão seria uma sentença, em relação à parte que excluí o litisconsorte, recorrível por meio de apelação, e decisão interlocutória em relação às demais questões, recorrível por meio de agravo de instrumento, constituindo-se em exceção ao princípio da singularidade das decisões. (NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 135-137. e MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 249, nota 27.).

¹¹³ Sobre o problema da ausência de efeito suspensivo no recurso das decisões antecipadas parciais de mérito, Viviane Siqueira Rodrigues pondera este efeito deverá ser verificado pelo relator do agravo em sede de antecipação da tutela recursal, uma vez “que não se esgota a fase de conhecimento, porque remanesce(m) pedido(s) a serem examinados, o recurso cabível contra a decisão parcial de mérito é o agravo de instrumento. Desdobramento dessa regra é a falta de efeito suspensivo automático do recurso que enfrenta a decisão parcial de mérito, o que a torna eficaz assim que proferida, independentemente do decurso do prazo para interposição de agravo. Caberá ao relator do recurso deliberar sobre eventual tutela de urgência para assegurar a pretensão veiculada no agravo de instrumento, de acordo com o art. 1.019, I, do CPC; mas a ausência de efeito suspensivo é a regra; a tutela de urgência, a exceção que depende de exame pelo relator” (YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao Código de processo civil*: arts. 334 a 368. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. V. p. 272).

¹¹⁴ SÃO PAULO. 2º Tribunal de Alçada Civil. *AI 737.601-00/0*. 7. Cam. rel. Américo Angélico. j. 6 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2018.

possibilitar o rejuízo do processo, em verdadeira técnica de aceleração do procedimento¹¹⁵, assim, somente será possível que o Tribunal decida novamente a matéria se todos os elementos já estiverem presentes nos autos; do contrário, será necessário que o processo retorne ao juízo *a quo* para que prossiga seu curso natural quanto à esta parcela, com a abertura da fase instrutória. Somente se a causa estiver madura para julgamento é que será possível a decisão¹¹⁶.

A necessidade de dilação probatória para a determinação do *fato probando* afasta a possibilidade de julgamento do processo pelo Tribunal, sendo necessário o retorno dos autos em atenção ao princípio da ampla defesa. Isto não significa que este procedimento não comporte qualquer dilação probatória, como aqueles complementares, que objetivam o esclarecimento de fatos acessórios ou a mera elucidação de circunstâncias do fato já demonstrado.

Relativamente às demais decisões interlocutórias, é certo que o processo se desenvolve por meio do impulso oficial, ou seja, praticado um ato pelo magistrado, salvo a ocorrência de fato superveniente ou a adequada autorização legislativa, não pode retornar a praticá-lo. É o que se denomina de preclusão *pro judicato* a qual, conforme anotou João Batista Lopes, é “espécie particular e imprópria de preclusão, que consistiria no impedimento ou barreira antepostos ao juiz, a fim de que ele não decida u’a mesma, questão mais de uma vez”¹¹⁷.

Perquire-se: se decidida uma questão interlocutória, como, por exemplo, a concessão de uma tutela antecipada, poderia o juiz redecidi-la após o prazo para o juízo de retratação, ou somente por meio de agravo de instrumento esta questão poderá ser revista? Mais, havendo prova nova ou fato superveniente, estaria o juiz singular autorizado a rever a matéria? Poderia o Tribunal, para decidir o recurso determinar a dilação probatória?

João Batista Lopes ensina, no âmbito das tutelas de urgência, que “a concessão da medida é *rebus sic stantibus* e, portanto, deve perdurar enquanto se revelar necessária ao

¹¹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 70-77.

¹¹⁶ Teresa Arruda Alvim anotava quanto a incidência do art. 515, §3º do CPC/1973 ao recurso de agravo de instrumento que “Inclinamo-nos pela admissibilidade de aplicação do art. 515, §3º, também ao agravo de instrumento. Frisamos, no entanto, que a observância dos requisitos estabelecidos no referido dispositivo legal deve ser rigorosa, a fim de não se causar prejuízo às partes – já que o julgamento célere da demanda não é pretexto para que se violem as garantias do contraditório e da ampla defesa. O Tribunal poderá julgar o mérito da causa quando a decisão agravada tiver conteúdo de sentença [...]” (WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC Brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 350).

¹¹⁷ LOPES, João Batista. Breves comentários sobre o instituto da preclusão. *Revista de Processo*, v. 23, p. 45-60, jul./set. 1981.

cumprimento de sua finalidade”¹¹⁸. A perda do *fumus boni iuris* ou a descaracterização do *periculum in mora*, por eventual fato superveniente que interfira na tutela concedida, pode ser alegado tanto em primeira instância, quanto no bojo do agravo de instrumento em curso, pois não há preclusão para que o juízo *a quo* decida matéria não decidida. A modificação da decisão provisória acarretará a perda de objeto do recurso, nada mais.

Relativamente à possibilidade de o relator ou a turma julgadora determinar a produção de provas no bojo do agravo de instrumento, é necessário verificar sua utilidade e necessidade. Como se trata de um recurso voltado, majoritariamente, à resolução de questões incidentes, ligadas ao curso do processo, a necessidade de ampla dilação probatória, por vezes, vem demonstrar que a questão decidida pelo juízo *a quo* não estava em condições de ser adequadamente decidida ou que era necessária uma melhor avaliação das condições alegadas na instância de origem, devendo, em qualquer caso, privilegiar-se o caminho que melhor se adegue aos ditames do processo constitucional. Por exemplo, se o juiz decide incidente de desconsideração da personalidade jurídica por vislumbrar a ocorrência de fraude, mas os julgadores pensam que para sua demonstração é necessária a realização de perícia contábil, não há que se falar na produção desta prova no bojo do agravo, ele não comporta esta produção.

Deve-se verificar, pontualmente, de que modo restam privilegiados os princípios da celeridade, do contraditório e da ampla defesa, para que o processo siga seu curso de modo eficiente.

Outro exemplo é quando, em um processo onde reste rejeitada a gratuidade da justiça e a parte tenha alegado que suas rendas não são suficientes para arcar com os custos do processo, porque suporta além das despesas de sua própria família e as de sua mãe idosa, que perceberia pequenos rendimentos previdenciários, juntando recibos médicos da idosa e de contas diárias. Eventual dúvida suscitada quanto ao montante da renda da idosa pode ser dirimida em sede de agravo sem que, com isto, reste violada a ampla defesa e o contraditório, pois na hipótese, a mera juntada de um informe de rendimentos é suficiente para dirimir a dúvida, não sendo necessário o retorno dos autos ao juízo *a quo*.

Diferentemente do recurso de apelação, no qual a cognição é plena – em extensão e profundidade –, a cognição no recurso de agravo de instrumento, por atacar, em regra, decisões interlocutórias, no mais das vezes não possui a mesma abrangência daquela realizada

¹¹⁸ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Ed. Castro Lopes, 2016. p. 190.

na apelação em relação à matéria de fundo. Embora a cognição sobre o fato não seja plena, a cognição sobre a prova produzida é realizada de modo pleno, em profundidade. O juiz analisa a prova colocada no processo de forma irrestrita. A necessidade de esclarecimento de situações complementares ou acessórias – as chamadas circunstâncias do fato – é plenamente comportável em sede de agravo. O fato está alinhavado, a necessidade é de mera complementação, com a demonstração simplificada de pontos que restam não plenamente elucidados – é a complementação do quadro presente no processo.

O recurso de agravo por tratar-se de meio de impugnação de decisão de um processo que está em curso, tem âmbito de produção de provas reduzido. Sendo necessária a produção de prova do próprio fato, este deverá ser realizado no juízo *a quo*, cabendo, aqui, apenas, a complementação dos elementos dos autos de modo a permitir o acerto da decisão do juízo *ad quem*.

O âmbito da devolutividade do agravo de instrumento se restringe às matérias alegadas pelas partes, enquanto configuradas no processo. Se inadequadamente demonstradas, deve-se retornar o processo para o juízo *a quo* para que reste adequadamente instruído e processado.

Cabe observar, por oportuno, que o agravo de instrumento comporta, ainda, a sua instrução para sanção de eventual vício, na forma do parágrafo único do art. 932, podendo ser complementado com a documentação necessária ao julgamento do processo que o Tribunal entenda ausente¹¹⁹, ainda que peça essencial ao conhecimento do recurso.

Também, sobre o agravo de instrumento, opera o efeito translativo dos recursos, trasladando ao Tribunal a matéria de ordem pública, sobre a qual não há preclusão e que o órgão judicial pode e deve conhecer de ofício (art. 485, § 3º). Observado, pois, o contraditório, ao conhecer do agravo, o Tribunal poderá reconhecer eventual causa que enseje a extinção do processo. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim anotou no CPC/1973 que

Na mesma linha de raciocínio, entendemos que o Tribunal, desde que se trate de conhecer de matéria de ordem pública cuja constatação possa ser feita *icto oculi*, pode extinguir o processo com base no art. 267, em julgando um *agravo*, em que a matéria não tenha sido ventilada.

Pensamos, assim, que, por exemplo, o Tribunal pode, julgando um agravo interposto pelo réu, contra decisão que concedeu liminar em favor do autor, extinguir o processo sem julgamento de mérito por ilegitimidade deste.

¹¹⁹ Rogério Licastro Torres de Mello, ainda sob a égide do CPC/1973, indicava o caminho da sanabilidade da ausência de instrução do recurso ao afirmar que “Nada obsta que, nessa hipótese, em vez de decidir pelo improvimento do agravo de instrumento por conta da não apresentação de documento relevante para o julgamento do recurso, determine o tribunal a apresentação de tal peça facultativa pelo recorrente, de modo que seja erguido o cenário fático-probatório suficiente ao julgamento recursal”. (MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 299).

Trata-se, evidentemente, de situação delicada. Veja-se que, na verdade, o processo, nesses casos, fica sem sentença. Mas, a rigor, isto ocorre também nos casos em que o Tribunal, julgando agravo interposto de “despacho” saneador, acolhe preliminar e extingue o processo (cf. arts. 329 e 331, § 3º), este último na redação da Lei n. 10.444/2002).

Poder-se-ia objetar: mas o juízo *a quo* nem terá chegado a se manifestar sobre o mérito. Mais isto pode ocorrer, por exemplo, num processo em que *nada* seja dito em 1º grau acerca da legitimidade da parte, em que o juiz também não toque neste ponto na sentença, e, apesar disso, o Tribunal conhecendo da matéria, extinga o processo sem julgar a lide.¹²⁰

Todavia, se para que reste adequadamente configurada a matéria a ser decidida *ex officio*, como a prescrição, for necessária a dilação probatória, pensamos não ser adequado que o Tribunal a decida desde logo – salvo se a prova a ser produzida for meramente documental e suplementar. Como regra, não comporta o recurso de agravo de instrumento a produção de provas em amplo espectro, hipótese na qual o processo deve seguir seu curso normal. A produção de provas em agravo é complementar e não principal, pois há um processo *in itinere* apto a suportar a dilação probatória, com todo o privilégio do contraditório e da ampla defesa.

5.1.4 Agravo interno

Substituindo a norma do art. 557 do CPC/1973 e prevendo, expressamente, recurso voltado à impugnação das decisões monocraticamente proferidas pelo relator do processo, o art. 1.021 do CPC/2015 resolveu antiga divergência quanto à constitucionalidade do recurso de *agravo regimental*¹²¹, uma vez que a Constituição Federal não atribui competência aos Regimentos Internos dos Tribunais para a instituição de recursos não previstos em lei, sendo de competência privativa da União legislar sobre direito processual¹²² (art. 22, I da CF/1988).

¹²⁰ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 340-341.

¹²¹ Neste sentido: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2270-2271. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.1624-1625.

¹²² Processo e procedimento não se confundem, embora possam ser as faces de uma mesma moeda. O processo possui uma noção teleológica, voltada a uma finalidade – é o “instrumento através do qual a jurisdição se opera” – enquanto que o procedimento é seu aspecto formal, uma sucessão Coordenada de atos; assim procedimento é “o meio extrínseco pelo qual se instaura, se desenvolve e termina o processo; é a manifestação extrínseca do processo [...] procedimento é o mero aspecto formal do processo.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 301-302.).

O CPC/2015 trouxe cabimento amplo ao recurso de agravo interno, não restando limitado às decisões que não conhecerem do recurso, negarem-lhe provimento ou o decidirem desde logo, como ocorria com o art. 557 do CPC/1973. Caberá de todas as decisões monocraticamente proferidas.

Luiz Henrique Volpe Camargo, comentando o art. 1.021 informa que este terá cognição ampla, ou seja, “no agravo interno interposto em 2º grau é possível buscar a revisão da interpretação dos fatos e do direito”¹²³, sendo limitada apenas nas hipóteses em que o recurso restar indeferido pela aplicação de decisão ou entendimento vinculante, hipótese na qual restará adstrito à realização da distinção entre o caso dos autos e o fundamento da decisão guerreada.

Dentro do âmbito de cognição do recurso, voltado à desconstituição da decisão monocraticamente proferida, poderá o agravante produzir prova tendente a demonstrar, por exemplo, a presença dos requisitos de admissibilidade do recurso, como a comprovação da existência de feriado local ou do preparo. Também, os fatos supervenientes poderão ser objeto de apreciação, bem como a produção de prova relativamente ao próprio mérito recursal quando este for julgado no bojo do agravo interno.

O agravo interno se presta, ainda, a responder a crítica da doutrina à instrução probatória em sede recursal, quando esta apontava a ausência de recorribilidade das decisões proferidas pelo relator no curso deste procedimento – embora este não fosse um problema peremptório¹²⁴. Prestando-se ao controle das decisões monocráticas, o agravo interno se presta a sanar os vícios procedimentais que por ventura possam existir e possibilita à parte o controle dos atos do relator, sejam estes tomados *ex officio* ou por provocação.

¹²³ 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, 2016. p. 2364-2365.

¹²⁴ Sobre o ponto anotava Rogério Licastro Torres de Mello que “Poder-se-ia aduzir, também, que um dos prolemas da instrução probatória empreendida diretamente em grau recursal seria a recorribilidade das decisões proferidas ao longo desta instrução. Neste caso, pensamos que pronunciamentos decisórios, adotados ao longo da instrução lavrada em segundo grau, comportariam recurso ao órgão colegiado respectivo, tal qual ocorre com as deliberações do relator passíveis de impugnação a ser julgada pelo colegiado por este integrado”. (MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 289).

5.1.5 Embargos de declaração

Recurso de fundamentação vinculada, previsto no art. 994, IV do CPC/2015, os embargos de declaração têm por finalidade sanar eventuais problemas decorrentes de obscuridade, contradição, omissão ou erro material que estejam presentes na decisão judicial – despacho¹²⁵, decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos – (art. 1.022 do CPC/2015). Volta-se ao esclarecimento ou correção da decisão judicial em privilégio ao devido processo legal, com a adequada prestação jurisdicional e o dever de decidir do magistrado.

Embora parcela da doutrina conteste sua natureza recursal¹²⁶, recurso é aquele que a lei informa e, na moderna processualística, os recursos não se voltam necessariamente a devolver a matéria à decisão de um órgão jurisdicional de instância diversa – embora o sejam em sua maioria –; eles se prestam a proporcionar a revisão do quanto decidido de modo a possibilitar que as partes recebam uma decisão adequada à lide colocada em juízo.

O efeito devolutivo possibilita a revisão do pronunciamento para sanção do defeito verificado e a integração da decisão com o esclarecimento de seu conteúdo, a eliminação da contradição, a supressão da omissão ou correção de eventual erro.

Da decisão dos embargos pode ocorrer de a correção da impropriedade fazer com que o pronunciamento integralizado direcione-se em sentido diverso daquele primeiro, havendo a

¹²⁵ Sobre a possibilidade de serem interpostos embargos de declaração de despachos, sobretudo quando estes contiverem teor decisório capaz de causar prejuízo às partes: FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 52-54.

¹²⁶ A discussão quanto à natureza recursal dos embargos de declaração não é nova em nosso sistema, remontando a período pretérito ao CPC/1939. João Monteiro informava que os embargos não seriam “propriamente um recurso em sentido técnico de remédio, sinão o único meio de, logicamente, desbravar a execução de dificuldades futuramente prováveis” (MONTEIRO, João. *Programa do curso de processo civil*. 5.ed. São Paulo: Acadêmica: 1936. p. 616.). Sob o CPC/1939, também negando a natureza recursal dos embargos de declaração, Machado Guimarães ensinava que estes era um procedimento de interpretação (GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Universitária, 1969.). Modernamente, Luiz Guilherme Bondioli Aidar, embora reconheça o conceito formal de recursos, contesta a natureza recursal dos embargos de declaração ponderando que “sempre serão formalmente tratados como recursos, mas somente desempenharão função essencialmente recursal nos casos em que tiverem aptidão para a remoção de sucumbência ou prejuízo; [...] Trata-se, pois, de um recurso *sui generis*.” (BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos recursos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. XX. p. 160-161). Por sua vez, José Frederico Marques, acompanhado de Pontes de Miranda, Seabra Fagundes e Carvalho Santos, admitia a natureza recursal dos embargos de declaração, afirmando que neles existe “[...] um pedido de reparação do gravame, resultado da obscuridade, omissão própria, ou contradição, não determinados por erro material manifesto e incidentes em pronunciamentos sentençiais irretratáveis. [...] A sentença ou acórdão que se embarga é objeto desse *remedium juris* por conter um gravame contra o embargante. Não fosse isso o interesse lhe faltaria para provocar as emendas do julgado. E como os embargos de declaração constituem meio e instrumento para obter a reparação do gravame, indiscutível o seu caráter de recurso. Dos embargos, é esse recurso o que mantém o caráter de pedido de retratação, de maneira mais acentuada [...]” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. IV. p.220.).

modificação da decisão original com a manifestação dos *efeitos infringentes* dos embargos de declaração.

O embargante não objetiva a reforma da decisão, mas a sanção do vício. Com este fato, eventualmente, poderá ocorrer a reforma da decisão. Assim, imagine-se que o juízo tenha se omitido quanto a preliminar de prescrição arguida, condenando a parte no pagamento de valores. Opostos os embargos para se obter o pronunciamento quanto à prescrição, seu eventual acolhimento poderá levar, excepcionalmente, à modificação da decisão.

Os efeitos infringentes dos embargos, embora admitidos, são alvo de controvérsia e se manifestam de forma excepcional¹²⁷, normalmente nos casos de eliminação de contradição ou de supressão de omissão da decisão, pois no primeiro caso não se tinha a certeza do caminho que a decisão, verdadeiramente, seguia e, no segundo, a decisão fora omissa, podendo a apreciação da questão omissa intervir no resultado do julgado como um todo. João Batista Lopes, comentando sobre os efeitos infringentes dos embargos de declaração, concluiu que

É admissível, excepcionalmente, a alteração do julgado em sede de embargos declaratórios, quando houver, no acórdão, contradição entre o fundamento e o decisum ou em caso de manifesto erro material, cujo reconhecimento não implique reexame de prova ou da tese jurídica adotada na decisão embargada.¹²⁸

Os embargos de declaração são recurso de natureza vinculada, ou seja, somente são admissíveis nas estritas hipóteses legais, não havendo liberdade às partes para o debate amplo da causa. João Batista Lopes¹²⁹, comentando sobre a utilização dos embargos de declaração para a sanção de erro de fato, diz que este recurso não comporta o reexame de provas, pelo que somente cabível nas hipóteses de erro material da decisão¹³⁰. Isto ocorre porque ao juiz é vedado decidir novamente questões já decididas e, como regra, deve apenas integrar a decisão sanando seu vício.

¹²⁷ “Inexistindo na decisão embargada omissão a ser suprida, nem dúvida, obscuridade ou contradição a serem aclaradas, rejeitam-se os embargos de declaração. Afiguram-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração à modificação da substância do julgado embargado. Admissível, excepcionalmente, a infringência do *decisum* quando se tratar de equívoco material e o ordenamento jurídico não contemplar outro recurso para a *correção do erro fático* perpetrado, o que não é o caso. Impossível, via embargos declaratórios, o reexame de matéria de direito já decidida, ou estranha ao acórdão embargado” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EmbDcl 13845*.rel. Min. César Rocha, j. 29 jun. 1992. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 15 mai. 2018.)

¹²⁸ LOPES, João Batista. Alteração do julgado em embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, v. 643, p. 224-227, mai. 1989.

¹²⁹ LOPES, op. cit., 1989.

¹³⁰ Em sentido contrário, entendendo ser possível a utilização dos embargos de declaração para a correção de erro de fato: FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.102-105 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. [e-book].

Pode ocorrer que entre a prolação da decisão pelo órgão julgador e a fluência do prazo para a interposição de embargos de declaração ocorra fato superveniente que possa modificar a compreensão do órgão julgador. Neste ínterim, caberia à parte trazer a matéria já em sede de embargos de declaração ou somente poderia alegar a novidade em sede de recurso de apelação?

O fato superveniente à propositura da ação e que deveria ser considerado e apreciado pelo julgador na decisão embargada e não o foi, pode ser suscitado pela parte em sede de embargos de declaração, de modo a que o órgão jurisdicional supra a omissão e não haja eventual supressão de instância¹³¹, inclusive para fins de prequestionamento¹³². Quanto ao ponto, Luiz Guilherme Aidar Bondioli pondera que

[...] em matéria de termos cognoscíveis de ofício e de impositivos legais a omissão embargável se caracteriza pelo simples silêncio da decisão a seu respeito, independentemente da prévia veiculação do assunto pelas partes no processo. Por isso, pode acontecer de o assunto ser debatido pela primeira vez na relação jurídica processual em sede de embargos de declaração. Também pode acontecer de um fato superveniente [...] ser debatido ineditamente por ocasião dos embargos de declaração. Basta que o juiz esteja em condições de conhecê-lo já no julgamento embargado ou que os embargos por qualquer motivo levem a uma reabertura do julgamento.¹³³

Pondera Humberto Theodoro Junior que

[...] parece evidente a utilidade dos embargos de declaração para provocar a apreciação do fato ou norma superveniente, que não tenham sido levados em conta pela decisão judicial, e que deveriam ter influído no julgamento da causa, por sua força constitutiva, modificativa ou extintiva sobre o direito disputado.¹³⁴

Defende, ainda, que a omissão não se limita a não solução das questões postas pelas partes, mas que deve ser verificada em face de todos os pressupostos lógicos e jurídicos que deveriam ter sido enfrentados, inclusive os de ordem pública, ocorridos anteriormente ou posteriormente à propositura da ação. Logo, em situações de

¹³¹ Em sentido contrário, João Batista Lopes entende que “[...] não se deve admitir, nos embargos, arguição de fatos novos ou reapreciação de provas. É que a função precípua desse recurso é o esclarecimento da decisão e, só por exceção, sua modificação, nas hipóteses de omissão ou contradição [...]”. (LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. v.2. p. 192-193.).

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRgAg 456.538-MG*. 1.T. rel. Min. Teori Zavascki, DJU 4 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹³³ BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos recursos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. XX. p. 170.

¹³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professo Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editroa, 2005. p. 615.

[...] superveniência de norma ou fato extintivo, ou modificativo, do direito acolhido pela sentença, o princípio da instrumentalidade do processo e os desígnios do *processo justo*, que correspondem ao denominado *devido processo substancial*, restariam frustrados se o juiz se recusasse a conhecer o *ius superveniens* pela simples razão de não ter havido arguição do tema antes da sentença ou acórdão.¹³⁵

É possível ao órgão julgador o conhecimento de questões supervenientes enquanto não esgotada sua jurisdição (art. 493 do CPC/2015) e o recurso de embargos de declaração é hipótese de prorrogação da jurisdição na medida em que possibilita a sanção do vício da decisão. Neste sentido a jurisprudência contém exemplos¹³⁶, inclusive sendo afastada multa imposta por embargos supostamente protelatórios¹³⁷.

A submissão das alegações ao efetivo contraditório e a primazia da decisão de mérito facultam ao magistrado, após o conhecimento do recurso, o acolhimento do fato e sua análise.

É necessário, porém, frisar que, como um recurso de natureza vinculada, sua admissão somente pode se dar se presente uma das hipóteses do art. 1.022, I a III do CPC/2015. É preciso que se abra a via dos embargos para que o fato seja conhecido pelo juízo. Optando a parte por trazer a matéria já em sede de embargos de declaração e sendo estes admissíveis, o julgador, para apreciar a questão, deverá possibilitar às partes o contraditório e a produção de provas. Hipótese singular e excepcional.

A tecnicidade pode, por vezes, ceder lugar à instrumentalidade, com a possibilidade de a parte trazer o fato superveniente em sede de embargos de declaração, mesmo com a inocorrência de vício na decisão embargada. Em que pese o atecnicismo empregado, a instrumentalidade das formas pode levar o julgador a admitir os embargos e integrar a decisão

¹³⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professo Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editroa, 2005. p. 615.

¹³⁶ “RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Cabíveis embargos declaratórios para sanar omissão de acórdão que não aplicou, de ofício, direito superveniente (art. 462 c/c 535, II, do CPC)”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 5.708 – SP*. 1. T. Rel. Min. Gomes de Barros. DJU 30 set. 1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jan. 2018.) e “Fato ou direito superveniente. Muito embora função dos EDcl seja apenas a de aclarar ou completar decisão judicial, devem ser acolhidos em razão de fato ou direito superveniente, modificando o julgado embargado. Assim, decretada a procedência do pedido de intervenção estadual no município por não pagamento de precatório, feito o depósito integral não mais subsiste a razão para a intervenção, de sorte que é possível extinguir-se o processo dando-se provimento a embargos de declaração nos quais se comprovou o fato superveniente” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *EDcl no Pedido de Intervenção Estadual 34345-0/8-00*. O.E. rel. Des. Cunha Bueno, j. 21 out. 1998. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 05 mai. 2018.).

¹³⁷ “[...] por entender que a decisão administrativa juntada após a prolação da sentença poderia ser conhecida pela instância de origem com o acolhimento dos embargos, independentemente da mudança do resultado do julgamento, afastamento de multa de 0,5% (meio por cento) imposta ao apelante por não vislumbrar o caráter protelatório”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº175849-11.2008.8.26.0000-SP*. 5. Cam. Dir. Pub. Rel. Des. Nogueira Diefenthaler. j. 29 ago. 2011. DJ. 01 set. 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 05 mai. 2018.)

como medida de economia processual, sem que, com isto, a parte seja apenada pelo seu uso inadequado do instrumento. Conforme aduz Humberto Theodoro Junior,

O momento final para o conhecimento do fato superveniente identifica-se com aquele imediatamente anterior à decisão final. Isto quer dizer que poderá ser alegado a qualquer tempo e em qualquer fase do processo, desde que pendente a lide de decisão final na instância em que se encontra. Se ainda cabem os embargos de declaração, não há motivo para recusar-lhes a aptidão para provocar o juiz ou Tribunal a examinar o *factum* ou o *ius superveniens*. não terá, ainda, sido dada a prestação jurisdicional definitiva.¹³⁸

Mas, caso a parte não argua a matéria superveniente em sede de embargos, reservando-a ao recurso apropriado, não incidirá em preclusão.

A admissibilidade da alegação do fato superveniente, em sede de embargos de declaração, pode ocorrer, assim, excepcionalmente, quando: *a)* o fato ocorreu supervenientemente à propositura da ação e a decisão silenciou-se sobre ele, sendo omissa; *b)* o fato ocorreu posteriormente à prolação da decisão, hipótese em que, admissível os embargos, abre-se à parte a possibilidade de deduzir o fato superveniente para apreciação judicial como medida de economia e celeridade, embora a melhor técnica indique que deva se aguardar o recurso próprio para os fatos sejam conhecidos.

5.1.6 Recursos para os Tribunais Superiores

Os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores dividem-se em duas espécies: os *recursos ordionários* e os *recursos excepcionais* – *recurso extraordinário* para o Supremo Tribunal Federal e *recurso especial* para o Superior Tribunal de Justiça.

5.1.6.1 Recurso ordinário

Recurso de fundamentação livre, que se presta a levar a insurgência da parte de modo amplo e não limitado ao conhecimento do órgão *ad quem*, o recurso ordinário em matéria não penal encontra seu fundamento nos artigos 102, inciso II, alínea ‘a’ e 104, inciso II, alíneas ‘b’ e ‘c’ da CFRB/1988 e art. 1.027 do CPC/2015.

Cabe recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal da decisão que denega mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção decididos em única instância pelos

¹³⁸ THEODORO JR., Humberto. Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professo Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editroa, 2005. p. 617.

Tribunais Superiores, ou seja, aqueles com sede na capital federal, com jurisdição em todo o território nacional e que possuem maior hierarquia em cada um dos ramos em que a justiça brasileira fora dividida pela CFRB/1988 – Superior Tribunal de Justiça (art. 104 c.c. art. 105, inciso I, alíneas ‘b’ e ‘h’ da CRFB), Tribunal Superior do Trabalho (art. 111, inciso I c.c. art. 114, inciso IV, alínea ‘b’ da CRFB c.c. art. 690 da CLT), Tribunal Superior Eleitoral (art. 118 inciso I c.c. art. 120, §3º da CRFB c.c. art. 12, I c.c. art. 22, inciso I, alínea ‘e’ da Lei nº 4.737/1965 – Código Eleitoral) e Superior Tribunal Militar (art. 112 c.c. art. 124 da CRFB).

O recurso ordinário poderá ser interposto ao Superior Tribunal de Justiça em face das decisões denegatórias dos mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal e Territórios (art. 104, inciso II, ‘b’ da CRFB e art. 1.027, inciso II, alínea ‘a’ do CPC/2015) ou em face das decisões 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 (art. 104, inciso II, ‘c’ da CRFB e art. 1.027, inciso II, alínea ‘b’ do CPC/2015).

É de se observar que o cabimento do recurso ordinário pelo inciso I e alínea ‘a’ do inciso II do art. 1.027 do CPC/2015 somente ocorre quando houver decisão denegatória de uma ação constitucional julgada em única instância por um Tribunal. A expressão *quando denegatória a decisão* não deve ser interpretada em seu sentido técnico estrito, mas forma ampla, não se referindo apenas ao mérito das ações constitucionais, como, também, à sua admissibilidade¹³⁹⁻¹⁴⁰. Igualmente, é requisito necessário para a interposição deste recurso que o processo tenha sido julgado em única instância, ou seja, originariamente por Tribunal, pelo

¹³⁹ No mesmo sentido: BONDIOLI, Luiz Guilherme Aida. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos recursos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. XX. p. 205; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. XVI. p. 232; e NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.2301.

¹⁴⁰ O Supremo Tribunal Federal tem decidido que “[...] A locução constitucional – ‘quando denegatória a decisão’ – tem sentido amplo, pois não só compreende as decisões dos Tribunais que, apreciando o *meritum causae*, indeferem o pedido de mandado de segurança, com também abrange aquelas que, sem julgamento do mérito, operam a extinção do processo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg no MS nº 21.112-1 – PR*. Plen. Rel. Min. Celso de Mello. j. 07 jun. 1990. DJ. 29 jun. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 13 out. 2018). Igualmente o Superior Tribunal de Justiça: “[...] A expressão “denegatória de segurança”, inserta na alínea “b” do inciso II do art. 105 da CF/1988 e na letra “a” do inciso II do art. 539 do CPC, deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo tanto o acórdão denegatório da ordem como aquele que extingue o processo, sem julgamento do mérito”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 20.627– SP*. 1.T. Rel. Min. José Delgado. j. 07 mar. 2006. DJ. 03 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 out. 2018).

que pressupõe a existência de decisão colegiada¹⁴¹, não sendo cabível de decisões monocráticas, as quais desafiam agravo interno.

O recurso ordinário é de devolutividade ampla, comportando o efeito translativo¹⁴². Voltando-se a impugnar a denegação das ações constitucionais, a cognição nesta espécie recursal, embora não vinculada como nos recursos excepcionais, esbarra no rito procedimental do *mandado de segurança*, do *habeas data* e do *mandado de injunção*. Estes ritos procedimentais fundamentam-se em prova pré-constituída para sua admissibilidade e julgam, como regra, matéria de direito.

Para a interposição de mandado de segurança, o impetrante deve demonstrar que possui, por meio de prova documental, direito líquido e certo o qual restara violado por ato da autoridade dita como coatora. A prova do direito líquido e certo deve vir com a petição inicial, não cabendo a ampla dilação probatória para a sua demonstração, salvo se o documento estiver em poder de autoridade ou terceiro que se recuse a fornecê-lo, hipótese na qual o juiz ordenará a sua exibição (art. 6º, §1º da Lei nº 12.016/2009). Se não restar verificado desde logo o direito líquido e certo alegado, carecendo de perícia ou maiores dilações para sua demonstração, não será hipótese de ser admitida a ação constitucional. De outro modo, admitida a ação, a autoridade coatora presta informações quanto a legalidade de seu ato e é justamente este ponto, a legalidade ou ilegalidade do ato praticado frente ao direito afirmado que será objeto do julgamento de mérito do mandado de segurança – *questão de direito* –, havendo questões de fato a serem resolvidas será hipótese de eleição de via mais ampla para a ação movida. De igual modo o *habeas data* (artigos 8 a 10 da Lei nº 9.507/1997), quando se observa a injusta negativa de fornecimento ou correção de dados, ou o *mandado de injunção* (Lei nº 13.300/2016), que se volta à ausência de norma reguladora, não preveem em seu rito a dilação probatória.

Em razão da limitação da cognição imposta pelo rito das ações, restará possível: *a*) à parte a prova de eventual fato superveniente, documentalmente comprovado, de modo a que a decisão reflita o estado do objeto litigioso no momento da decisão; e *b*) ao juízo o pedido de complementação da prova, em qualquer caso, de modo a aclarar circunstância do fato.

Relativamente à hipótese de cabimento do recurso ordinário nos processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro,

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. XVI. p. 233.

¹⁴² MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 234.; e NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2302-2303.

Município ou pessoa residente ou domiciliada no País, a cognição recursal será ampla, funcionando o recurso ordinário como uma apelação¹⁴³ e, a ele, se aplicando os comentários tecidos relativamente à apelação¹⁴⁴.

Por fim, o CPC/2015 dispôs sobre a aplicabilidade da teoria da causa madura aos recursos ordinários¹⁴⁵⁻¹⁴⁶, ao prever, expressamente, no §2º do art. 1.027 a aplicação do §3º de

¹⁴³ Interessante observar que o Regimento Interno do STJ, anteriormente à Emenda Regimental nº 24/2016, nominava esta hipótese de cabimento do recurso ordinário impropriamente de apelação: redação original do inciso III do art. 13: “julgar as *apelações* e os agravos nas causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;” (nova redação dada pela Emenda Regimental nº 24/2016: art. 13, inciso III: “julgar os recursos ordinários e os agravos nas causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional de um lado e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no país”);).

¹⁴⁴ O Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis editou o enunciado 357 dispondo: “(arts. 1.013, 1.014, 1.027, §2º) Aplicam-se ao recurso ordinário os arts. 1.013 e 1.014. (Grupo: Recursos)”.

¹⁴⁵ Nelson Nery Jr nega a possibilidade da aplicação do art. 1.013, §3º ao recurso ordinário, alegando inconstitucionalidade do §2º do art. 1.027 do CPC/2015. Para o autor, o §3º do art. 1.013 “confere *competência originária* ao Tribunal *ad quem* para julgar o mérito da causa, quando afastar a carência da ação objeto do recurso de apelação (ou do recurso ordinário). Como a competência originária do STF e do STJ é dada somente pela CF, não pode a lei ordinária (CPC) atribuir-lhe competência, motivo pelo qual não incide a regra do julgamento imediato do mérito (CPC 1013 § 3.º) quando, no STF ou STJ, é provido o RMS para afastar-se a carência do *mandamus*. Neste caso, ao prover o RMS, o STF ou o STJ remete os autos de volta ao Tribunal a quo, para que, prosseguindo no julgamento, resolva o mérito da impetração” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2303). Entendo pela constitucionalidade e aplicabilidade do §3º do art. 1.013 aos Recursos Ordinários: ARRUDA ALVIM, Eduardo. Art. 1.027. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4. p. 486.; BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil*: dos recursos. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. XX. p. 207.; FONSECA, João Francisco Naves da. Art. 1.027. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2394; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TERMER, Sofia. Art. 1.027. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários aos novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1542-1543.; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.1650-1651.

¹⁴⁶ É de se observar a existência de divergência jurisprudencial durante a década de 2000 entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça relativamente ao julgamento imediato do mérito da ação quando reformasse a decisão. Considerava o STF que em razão da competência própria atribuída pela Constituição Federal para julgamento do recurso, seria necessária a devolução dos autos ao juízo *a quo* para julgamento do processo. Neste sentido, sobre a impossibilidade da aplicação do art. 515, §3º do CPC/1973, atual art. 1.013, §3º do CPC/2015, dentre outros: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS nº 22.180-5-DF*. 1.T. rel. Min. Eros Grau. j. 22 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *EDclRMS nº 24.309-4-DF*. 1.T. rel. Min. Marco Aurélio. j. 17 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018. e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS nº 29.914-DF*. 2.T. rel. Min. Teori Zavascki. j. 10 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018. Já o STJ, por considerar o recurso ordinário como uma apelação, compreendia pela possibilidade de aplicação analógica do art. 515, §3º do CPC/1973 (art. 1.013, §3º do CPC/2015). Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 15.877-DF*. 1.T. rel. Min. Teori Zavascki. j. 05 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018. e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 15.877-DF*. 1.T. rel. Min. Teori Zavascki. j. 05 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018. No início da década de 2010, o STJ promoveu uma revisão de seu entendimento para se alinhar ao STF e negar a aplicabilidade da teoria da causa madura aos recursos ordinários sob o argumento de se evitar a supressão de instância. Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RMS 19.261-MA*. 6.T. rel. Min. Nefi Cordeiro. J. 21 ago.

seu art. 1.013 a esta espécie recursal, o que leva à possibilidade de ser reaberta a instrução pelo julgador de forma subsidiária e suplementar.

5.1.6.2 Recursos excepcionais

Os recursos ordinários – apelação, agravo etc – objetivam realizar a tutela do interesse da parte vencida de reformar a decisão que lhe é desfavorável, enquanto que os recursos excepcionais – especial e extraordinário – estão relacionados à manutenção da integridade da lei federal e/ou da Constituição¹⁴⁷.

Critica-se esta classificação em razão da natureza jurídica do recurso, pois, no Brasil, os recursos são interpostos dentro da mesma relação jurídico processual, constituindo-se em um prolongamento do exercício do direito de ação, de modo diverso do que ocorre em alguns países, em que é necessário a ocorrência do trânsito em julgado do processo para que se abra a via dos recursos extraordinários¹⁴⁸.

O *recurso extraordinário* encontra sua previsão e hipóteses de cabimento dispostas no art. 102, inciso III, alíneas ‘a’ a ‘d’ da CRFB/1988, ou seja, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recuso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CRFB/1988 ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

O *recurso especial* extrai sua previsão e hipóteses de cabimento do art. 105, inciso III, alíneas ‘a’ a ‘c’ da CRFB/1988, dispondo que compete ao Superior Tribunal de Justiça 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 contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

2014. DJe 04 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RMS 44.688-DF*. 3.T. rel. Min. Sidnei Beneti. DJe 13 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RMS 20.651-RS*. 4.T. rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. j. 16 out. 2012. DJe 29 out. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018. e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RMS 49.329-MS*. 2.T. rel. Min. Mauro Campbell Marques. j. 17 dez. 2015. DJe 18 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018.

¹⁴⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2-3.

¹⁴⁸ NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 223.

Veja-se que os recursos excepcionais são de cabimento vinculado, estabelecendo a CRFB/1988 estreitos limites para cada um deles. Neste sentido, anotamos, em concordância com o posicionamento de Nelson Nery Jr e Rosa Nery¹⁴⁹, que a função dos Tribunais Superiores no Brasil é a de manter a integridade do ordenamento jurídico rejugando a causa decidida nas instâncias ordinárias e não de serem Tribunais de teses.

O conceito de causa decidida não é outro senão que o de *lide julgada*. A *causa decidida*, prevista no inciso III, do art. 102, e inciso III do art. 105, ambos da CRFB/1988, refere-se ao pronunciamento do Poder Judiciário final das instâncias ordinárias, que examinou as questões de fato e de direito.

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery¹⁵⁰ ensinam que o julgamento dos recursos excepcionais ocorre em três fases distintas: admissibilidade, cassação e revisão¹⁵¹.

Assim como a petição inicial, primeira manifestação do direito de ação, o recurso também deve ser pautado por requisitos formais mínimos e a avaliação da presença de tais requisitos faz-se no juízo de admissibilidade.

¹⁴⁹ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1962-1972.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 2311-2312.

¹⁵¹ No mesmo sentido, embora reconheça que a prática dos Tribunais Superiores “não abona inteiramente o significado da natureza revisional dos recursos extraordinários”, consignou o Min. Teori Zavascki: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NATUREZA REVISIONAL. TÉCNICA DE JULGAMENTO. DEMANDA COM MAIS DE UM FUNDAMENTO. ACOLHIMENTO DO RECURSO PARA AFASTAR UM DELES. INDISPENSABILIDADE DE APRECIÇÃO DOS DEMAIS. SÚMULA 456/STF. 1. Em nosso sistema processual, o recurso extraordinário tem natureza revisional, e não de cassação, a significar que “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (Súmula 456). Conhecer, na linguagem da Súmula, significa não apenas superar positivamente os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, mas também afirmar a existência de violação, pelo acórdão recorrido, da norma constitucional invocada pelo recorrente. 2. Sendo assim, o julgamento do recurso do extraordinário comporta, a rigor, três etapas sucessivas, cada uma delas subordinada à superação positiva da que lhe antecede: (a) a do juízo de admissibilidade, semelhante à dos recursos ordinários; (b) a do juízo sobre a alegação de ofensa a direito constitucional (que na terminologia da Súmula 456/STF também compõe o juízo de conhecimento); e, finalmente, se for o caso, (c) a do julgamento da causa, “aplicando o direito à espécie”. 3. Esse “julgamento da causa” consiste na apreciação de outros fundamentos que, invocados nas instâncias ordinárias, não compuseram o objeto do recurso extraordinário, mas que, “conhecido” o recurso (vale dizer, acolhido o fundamento constitucional nele invocado pelo recorrente), passam a constituir matéria de apreciação inafastável, sob pena de não ficar completa a prestação jurisdicional. Nada impede que, em casos assim, o STF, ao invés de ele próprio desde logo “julgar a causa, aplicando o direito à espécie”, opte por remeter esse julgamento ao juízo recorrido, como frequentemente o faz. 4. No caso, a parte demandada invocou, em contestação, dois fundamentos aptos, cada um deles, a levar a um juízo de improcedência: (a) a inexistência do direito afirmado na inicial e (b) a prescrição da ação. Nas instâncias ordinárias, a improcedência foi reconhecida pelo primeiro fundamento, tornando desnecessário o exame do segundo. Todavia, em recurso extraordinário, o Tribunal afastou o fundamento adotado pelo acórdão recorrido, razão pela qual se impunha que, nos termos da Súmula 456, enfrentasse a questão prescricional, ou, pelo menos, que remetesse o respectivo exame ao Tribunal recorrido. A falta dessa providência, que deixou inconclusa a prestação jurisdicional, importou omissão, sanável por embargos declaratórios. 5. Embargos de declaração acolhidos”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *EDcl no AgRg no RE 346.736-SF*. 2.T. Rel. Min. Teori Zavascki. j. 4 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 abr. 2018).

No juízo de admissibilidade, o órgão jurisdicional verifica se estão presentes os requisitos imprescindíveis à apreciação do mérito do recurso. Tais requisitos de ordem formal se prestam a garantir, dentre outros direitos, o contraditório. Nesta fase serão analisados os pressupostos intrínsecos (cabimento, legitimidade para recorrer e o interesse recursal) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo) do recurso.

Especificamente para os recursos excepcionais, conforme previsão constitucional, são requisitos para que sejam admitidos que a causa tenha sido decidida em única ou última instância, que tenha sido prequestionada a matéria e que se enquadre em uma das hipóteses dos artigos 102, III, ou 105, III, da CRFB/1988 e, especificamente para o recurso extraordinário, que esteja presente a repercussão geral.

A jurisprudência – dotada de uma razão utilitarista – e a doutrina – de uma razão científica – debatem sobre a eventual sobreposição entre o juízo de admissibilidade e de mérito dos recursos. Enquanto a primeira o afirma, a segunda o nega.

Na jurisprudência, conforme anota José Carlos Barbosa Moreira, há o costume de afirmar esta confusão em face dos recursos extraordinários, enquanto a distinção é adequadamente realizada nos recursos ordinários¹⁵². E prossegue o doutrinador observando que a jurisprudência, como regra, somente realiza esta confusão em relação a alínea ‘a’ do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, não o fazendo em relação à demais. Quanto ao ponto, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery anotam que

A pretensão recursal nos recursos excepcionais é, em primeiro plano, a *cassação*, a *anulação* da decisão írrita, que contenha um dos vícios mencionados na CF 102 III, 105 III e CLT 896. Cassada a decisão recorrida, a segunda parte da pretensão recursal deduzida no RE, no REsp ou no RR é o *rejulgamento* da questão subjetiva que ensejou a interposição dos recursos excepcionais. Portanto, a *efetiva* violação da CF ou da lei federal, é o mérito consubstanciado no juízo de cassação, porquanto enseja a anulação da decisão viciada. É incorreto referir-se ao *conhecimento* do RE/REsp/RR quando o STF/STJ/TST entende que houve efetiva violação da CF ou da lei federal. Isso é mérito e importa *provimento* do recurso.¹⁵³

¹⁵² “[...] há distinção nítida entre admissibilidade e mérito, ao passo que nestes ela se esfuma, se torna evanescente; por conseguinte, quando o recorrente não tem razão, se o recurso é ordinário, deve o órgão *ad quem* dizer que lhe nega provimento, mas, se o recurso é extraordinário (*lato sensu*), o que deve dizer o órgão *ad quem* é que dele não conhece” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa conhecer de um recurso, *Revista Jurídica*, v. 224, p. 5-17, jun. 1996).

¹⁵³ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2340.

Teresa Arruda Alvim¹⁵⁴ informa que o que existe é um juízo de viabilidade, que ainda que, superficialmente, analisa-se se existe a provável questão de mérito (ofensa à Lei federal ou à Constituição e outras alíneas dos artigos 102, III e 105, III da CF). Num superficial juízo de mérito (juízo de viabilidade) constata-se a falta de interesse de agir para recorrer.

Superado este primeiro momento, passa-se a cassação do julgado, isto é, passa-se a verificação se a decisão atacada contrariou dispositivo a Constituição Federal ou contrariou lei federal ou negou-lhe vigência.

Negar vigência é realizar manifestação omissiva, não aplicar a lei cabível à hipótese. *Contrariar* é decidir (comissivamente) em sentido contrário ao sentido normativo ou do modo como comumente é interpretado. Ao se contrariar se está negando vigência, pois decidir de modo contrário a uma norma equivale a negar que aquela lei seja aplicada. Mas negar vigência, ou seja, deixar de aplicar uma norma não, necessariamente, conduz à contrariedade de seu sentido normativo. Comentando as hipóteses de cabimento do recurso especial Marcelo Abelha faz a seguinte distinção entre contrariar e negar vigência:

Verifica-se que a primeira hipótese de cabimento, é de a decisão contrariar ou negar vigência a tratado de lei federal. Deve-se resguardar que negar vigência a uma norma é declarar que a mesma se encontra revogada ou, deixar de aplica-la
Por sua vez, contrariar uma norma é ir de encontro com a letra da lei, ou com seu significado. Assim, na primeira hipótese a lei, ou tratado, não é aplicada ao caso, enquanto na segunda, será aplicada erroneamente.¹⁵⁵

Tanto na fase de admissibilidade como na de cassação dos recursos excepcionais, deve ser verificado seu cabimento à luz dos elementos constantes dos autos. Neste momento são recursos de estrito direito, ou seja, não avaliam o conjunto fático probatório, avaliam apenas a *questão de direito*, pois os fatos são dispensáveis para análise do caso naquele momento processual. Anotam Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim que

Ter-se-á, por exemplo, uma questão quase que exclusivamente jurídica, se o *foco de atenção do raciocínio do juiz* estiver situado em *como* deve ser entendido o texto normativo, dado que estariam “resolvidos” os aspectos fáticos (= que fatos ocorreram e como ocorreram) e o mecanismo de subsunção.¹⁵⁶

E por este motivo não são cabíveis os recursos excepcionais para o *mero reexame de provas* – expressão que indica quando a análise do recurso demanda o enfrentamento de *questões de fato*. Têm-se o reexame das provas quando o julgador se debruça sobre os fatos

¹⁵⁴ 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. 430-431.

¹⁵⁵ ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 1461.

¹⁵⁶ WAMBIER; DANTAS, op. cit., p.349.

indicados e avalia se este restou demonstrado no processo. João Batista Lopes pontua que o “reexame consiste em nova apreciação do conteúdo da prova produzida, ou seja, dos elementos carreados pelas partes para a demonstração de suas alegações”¹⁵⁷.

Embora as questões de direito não estejam totalmente dissociadas das questões de fatos, entende-se que não é possível voltar ao processo para verificar os fatos que ocorreram ou não. Conforme anotam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas

O mero reexame da prova é o exame mais minucioso, atento e vagaroso das provas constantes dos autos, que deveria levar ao mesmo resultado: à solução de que a subsunção deu-se de modo equivocado. No mero reexame as provas são examinadas e reavaliadas individualmente. [...] essa atividade, que a jurisprudência tem chamado de (mero) reexame de provas, não se admite realize-se em recurso especial ou em recurso extraordinário.¹⁵⁸

Neste sentido, adequado o entendimento das Súmulas 7¹⁵⁹ do Superior Tribunal de Justiça e 279¹⁶⁰ do Supremo Tribunal Federal ao fixarem não ser cabível o recurso para o simples reexame de provas, uma vez que as cortes de vértice são de função nomofilática.

As funções dos Tribunais Superiores são, classicamente, a nomofilática e a função uniformizadora. Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas¹⁶¹, com apoio em Calamandrei, informam que embora a função uniformizadora se preste para aclarar e integrar a função nomofilática, não são necessariamente idênticas.

A *função nomofilática* decorre da busca de unidade do direito e não somente da letra da lei. Na interposição de um Recurso Especial ou um Recurso Extraordinário busca-se não apenas a cassação da decisão, mas que seja conferida a adequada interpretação à norma jurídica.

A *função uniformizadora* tem por finalidade conferir tratamento igualitário – uniformizar – casos semelhantes, em atenção aos princípios da igualdade e legalidade. Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas informam que a função uniformizadora direciona o exercício da função nomofilática. A função nomofilática atua em momento anterior à função uniformizadora, pois primeiro se analisa o direito posto e depois lhe é conferida a interpretação uniforme a casos semelhantes.

¹⁵⁷ LOPES, João Batista. Recurso Especial – Distinção entre reexame e reavaliação da prova – Diferença entre fato e qualificação jurídica do fato. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 60, p. 113-119, mar. 2008.

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ *Súmula 7*: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

¹⁶⁰ *Súmula 279*: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

¹⁶¹ WAMBIER; DANTAS, op. cit., p. 308.

Sem essa função, estaríamos diante da produção de efeitos jurídicos os mais diversos a partir do mesmo suporte fático relevante e a incidência da mesma norma jurídica, o que, se é tolerado pelo sistema, evidentemente não pode ser considerado como saída mais adequada. No Brasil, o que vem ocorrendo nas últimas décadas, é sabido, ultrapassou em muitos os limites da tolerabilidade¹⁶².

Parte da doutrina identifica, contemporaneamente, as funções *dikelógica* e paradigmática. Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas¹⁶³ compreendem que estas questões não seriam, propriamente, novas, mas que ganharam relevo quando o exercício das atribuições ganhou dinamismo, ainda que não previstas pelo sistema. A *função dikelógica* liga-se ao *ius litigatoris*, isto é, ao interesse da parte em ver sua situação melhorada por meio de uma melhor aplicação do direito. Já a *função paradigmática*, indica que as decisões dos Tribunais Superiores devem servir de guia para as demais instâncias.

Embora não caiba para o reexame de provas, é cabível a interposição do recurso excepcional para a *reavaliação da prova* dos autos. Conforme fixou-se anteriormente, valorar a prova é atribuir-lhe valor jurídico, isto é, avalia-se se a aplicação normativa sobre o fato fixado foi adequada.

A “reavaliação é questão concernente ao direito probatório, ou seja, envolve discussão sobre critérios jurídicos de que se vale o juiz no exercício de seu mister”¹⁶⁴. É por meio da reavaliação da prova que se verifica se o juízo de subsunção entre fato e norma fora adequadamente realizado, como, por exemplo, saber se o contrato é de mútuo ou comodato¹⁶⁵. A qualificação jurídica dos fatos é, pois, questão que se encontra no âmbito da valoração¹⁶⁶.

Não se realiza, na reavaliação dos fatos, uma análise sobre sua ocorrência ou veracidade. Este juízo restou superado. Aceitam-se os fatos tal qual delineados pelas instâncias ordinárias. Não se questiona sobre sua verdade. O que se refaz, na hipótese, é a aplicação do direito à espécie. Conforme pondera Rodrigo Barioni, a reavaliação da prova trata-se de *questão de direito*¹⁶⁷.

¹⁶² 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. 312.

¹⁶³ Ibid., p. 314-316.

¹⁶⁴ LOPES, João Batista. Recurso Especial – Distinção entre reexame e reavaliação da prova – Diferença entre fato e qualificação jurídica do fato. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 60, p. 113-119, mar. 2008.

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 5663-SP*. 4.T. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. j. 15 out. 1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.

¹⁶⁶ LOPES, op. cit., 2008.

¹⁶⁷ BARIONI, Rodrigo Otávio. *Ação rescisória e recurso para os tribunais superiores*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 240.

Na reavaliação da prova¹⁶⁸, verifica-se se a dispensa de uma prova fora adequada, em conformidade com a lei de regência, se o magistrado atribuiu ou deixou de atribuir o adequado valor de verdade conferido pela lei a uma prova, se fora respeitada a hierarquia, ainda que tácita, existente entre as diversas provas do processo – como na hipótese de o juiz deixar de atribuir o adequado valor a uma perícia em razão do depoimento de uma testemunha¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

Todas as hipóteses de valoração da prova são hipóteses típicas de aplicação da norma jurídica aos fatos e integram o controle da decisão ordinária. Quando o STJ realiza a reavaliação de uma prova, para verificar se sua licitude encontra-se em conformidade com o ordenamento jurídico, por exemplo, não está questionando se os fatos ocorreram ou não. Realiza-se o controle do processo e dos atos à luz da regra que veda a admissão da prova ilicitamente colhida. Uma escuta telefônica não autorizada ou a quebra do sigilo de correspondência não podem servir para sustentar uma decisão judicial, é contrário às regras do sistema posto. A ilicitude da prova afeta sua capacidade de produção de efeitos. Anote-se, por fim, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores admite de modo pacífico a interposição dos recursos excepcionais para a reavaliação das provas¹⁷¹⁻¹⁷².

Nos recursos excepcionais ocorre um duplo juízo de mérito na medida em que a análise da insatisfação é dividida em cassação e revisão ou rejuízo. Na cassação a Corte

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 695.127-DF*. rel. Min. Paulo Furtado. j. 17 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 307.238*. rel. Min. Eliana Calmon. j. 18 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 614.580-RS*. rel. Min. Humberto Martins. j. 30 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.

¹⁶⁹ Tenha-se presente, aqui, conforme adverte William Santos Ferreira, com apoio nas lições de Moacyr Amaral Santos que “o juiz não fica vinculado ao laudo pericial, sob pena do perito transformar-se em ‘juiz técnico’. O perito não fornece a prova, mas sim elementos a serem examinados pelo juiz” (FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 324). Neste sentido, o art. 479 do CPC/2015 informa que “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”, isto é, é livre a valoração da prova pericial, podendo, mesmo, esta ceder em face de outros elementos constantes dos autos. Todavia, para tanto, é necessário que a sentença esteja adequadamente fundamentada com a exposição das razões técnico-jurídicas que fizeram com que o magistrado retirasse valor probante da perícia.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.110.005-DF*. 1.T. rel. Benedito Gonçalves. j. 05 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.664.907*. rel. Min. Nancy Andrighi. j. 12 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.584.404*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.369.571*. rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva. j. 28 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 78.036*. rel. Min. Aliomar Baleeiro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 2 out. 2018.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 79.932*. rel. Min. Xavier de Albuquerque. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 2 out. 2018.

se ocupa de verificar a adequação da decisão atacada e de retirá-la do mundo jurídico caso não seja adequada, enquanto que somente se cassada a decisão, passar-se-á, num segundo momento, ao juízo de revisão, rejuizando a causa. Neste sentido ponderam Nelson Nery Jr. e Rosa Nery que

O sistema brasileiro dos recursos excepcionais (RE, REsp e RR) confere dupla competência recursal ao Tribunal *ad quem* (STF, STJ e TST), que tem *simultaneamente* competência para proferir os juízos de cassação e de revisão. Isso significa que o Tribunal superior analisará, num primeiro momento, a regularidade da decisão judicial recorrida, proferindo *juízo de cassação*. Caso a decisão recorrida esteja incorreta, o Tribunal superior dará provimento ao recurso e *cassará* a referida decisão porque, *v.g.*, ofendeu a CF (RE e RR) ou negou vigência à lei federal (REsp e RR). Somente depois de haver dado provimento ao recurso excepcional, cassando a decisão judicial recorrida, é que o Tribunal superior analisará, num segundo momento, o direito posto em causa, proferindo *juízo de revisão*, rejuizando a causa.¹⁷³

A redação do art. 1.034 do CPC/2015 inovou no sistema legislativo brasileiro, positivando os antigos Enunciado de Súmulas 292¹⁷⁴, 456¹⁷⁵ e 528¹⁷⁶ do Supremo Tribunal Federal. O CPC/2015 passa a prever expressamente que, provido¹⁷⁷ o *recurso extraordinário* ou o *recurso especial*, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, julgará o processo, aplicando o direito, sendo que se o recurso for admitido por um fundamento, restar-se-á devolvido ao Tribunal Superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas entendem que o art. 1.034 ampliou o leque de possibilidades de apreciação dos recursos especial e extraordinário:

¹⁷³ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2312.

¹⁷⁴ *Súmula 292*: Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros.

¹⁷⁵ *Súmula 456*: O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

¹⁷⁶ *Súmula 528*: Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal a quo, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.

¹⁷⁷ Embora a lei utilize a expressão *admitido o recurso*, adequada a crítica quanto a atecnia legislativa que deveria ter utilizado *provido o recurso*, pois trata o *caput* do juízo de cassação dos recurso. Neste sentido, ponderam Nelson Nery Jr. e Rosa Nery que “Oportuna a inclusão no texto legal da expressa previsão para o *juízo de revisão*, competência que têm o STF (RE), o STJ (REsp) e o TST (RR). Contudo, apesar das críticas e observações da doutrina, a lei não corrigiu a impropriedade técnica constante do verbete da súmula do STF e do dispositivo regimental do STJ, nos quais se deve ler “*provendo o*” em vez de “*conhecendo do*”. Quando o CPC 1034 fala em “*admissão*” do recurso, está repetindo a ideia incorreta que aparece no STF 456. Conhecido o RE, o REsp ou o RR, podem ser *improvidos*, situação que não ensaja a “*aplicação do direito à espécie*”. Por isso é que o defeito do texto ora comentado é *grave* e se deu pela atecnia, comum mesmo nos tribunais superiores, no tratamento da diferença entre *conhecer* e *prover* o recurso. Perdeu-se ótima oportunidade para corrigir-se o equívoco sumular e regimental.” (NERY JR; NERY, op. cit., p.2339).

O NCPC transformou em lei a opinião que chamaríamos de “intermediária” com relação ao sentido da Súmula 456. O rejulgar a causa pode, a nosso ver, à luz do NCPC, (a) ensejar o conhecimento de matéria de ordem pública, mesmo que não alegada pelas partes; (b) levar à cognição das demais causas de pedir ou dos demais fundamentos da defesa.¹⁷⁸

Apontam que quando o Tribunal Superior tiver que decidir a outra causa de pedir ou o outro fundamento da defesa o Órgão não estará, necessariamente, reexaminando fatos, mas alterando-lhes a qualificação jurídica. Não haverá uma análise do processo, mas somente do acórdão recorrido, de forma que os fatos lá constantes poderão ser analisados para conferir outra qualificação jurídica.

Por outro lado, tem-se, com razão, considerando ser matéria de direito a adequação da “subsunção” dos fatos à solução normativa encontrada pelo juiz. A qualificação jurídica dos fatos não é questão de fato, mas questão de direito, que, como tal, se sujeita ao controle dos Tribunais Superiores.¹⁷⁹

Para Humberto Theodoro Jr. o julgamento da causa perante os Tribunais Superiores possui sentido mais restrito do que aquele conferido aos Tribunais de origem, que podem analisar todas as questões de fato e de direito. Os Tribunais Superiores apenas avaliam as questões de direito logo, “fixada a tese de direito, esta será simplesmente aplicada sobre os fatos acertados no decisório originário, para que o re julgamento da causa se realize”¹⁸⁰. Na hipótese de ser necessária a produção de provas, compreende o autor que será necessário a devolução dos autos à origem para que as colha e decida a causa.

É importante, todavia, respeitar-se o direito à prova, o contraditório e a ampla defesa. Se para avançar sobre a solução de questões não apreciadas pelo Tribunal a quo, o STF depende de provas ainda por colher, ou se o processo ainda não está maduro, por inexistência de debate adequado sobre as questões novas a enfrentar, não lhe compete julgá-las. A Corte Superior, depois de provido o extraordinário, haverá de remeter o feito à instância originária, atribuindo-lhe a incumbência de completar a instrução probatória ou o contraditório, bem como de julgar a causa novamente, segundo as exigências do devido processo legal.

Somente em casos especiais, os recursos extraordinários e especiais levam em conta fatos não avaliados pela instância anterior. [...] tendo o Tribunal de origem julgado apenas questão processual própria de sentença terminativa, não teria o STF ou o STJ como enfrentar o mérito da causa. Não tendo havido nem mesmo começo de exame das questões de mérito na instância de origem, faltaria o pressuposto do prequestionamento, ou seja, não se estaria diante de *causa* decidida em única ou última instância (CF, arts. 102, II, e 105, III).¹⁸¹

¹⁷⁸ 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. 393.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 395-396.

¹⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.1122.

¹⁸¹ *Ibid.*, p.1122-1123.

De outro modo, Luis Guilherme Bondioli anota que nas condições do art. 1.034 do CPC/2015 os Tribunais Superiores deixam de ser cortes de cassação e passam a ser verdadeiras cortes de revisão, aptas a aplicarem o direito à espécie, rejulgando a causa. Todavia, compreende que a Súmula 7 do STJ e a 279 do STF os impedem de “rever os acontecimentos assentados pelo Tribunal *a quo* para o julgamento da causa”¹⁸², o enfrentamento dos fatos se daria apenas para “conferir-lhes novo enquadramento jurídico, para valorar novamente a prova em abstrato e até para integrar às razões de decidir eventos supervenientes”¹⁸³.

Concordamos parcialmente, pois se é dado ao Tribunal rejulgar a causa, não há qualquer limitação legal a que faça, neste momento, o reexame das provas dos autos. De modo diverso é no juízo de cassação conforme expusemos anteriormente. Pondera Nelson Nery Jr. que superada a primeira fase de julgamento dos recursos excepcionais, isto é, o juízo de cassação, na segunda fase ou “juízo de revisão, os tribunais superiores passam a ter a mesma competência dos tribunais de apelação (TJ e TRF), podendo rejulgar a causa inclusive com reexame da prova, do direito local (estadual e municipal)”¹⁸⁴.

De uma leitura conjunta dos artigos 933 e 1.034, extrai-se que o Tribunal Superior pode, plenamente, conhecer de fato superveniente para proferir sua decisão, uma vez que as Cortes de origem já encerraram sua jurisdição¹⁸⁵.

Logo, seria inócuo dizer que se pode conhecer do fato superveniente, mas não pode apreciar sua prova. Se é fato superveniente, seu exame e de sua demonstração – prova – ocorrerá pela primeira vez perante o Tribunal Superior. Como poderia valorá-lo sem apreciá-lo inicialmente? Não há razão a que se vede, neste momento, o exame da prova.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁶ estabelece expressamente, em seu art. 115, incisos II e III¹⁸⁷, a possibilidade da juntada de novos documentos na fase

¹⁸² BONDOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos recursos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. XX. p.242.

¹⁸³ *Ibid.*, p.242.

¹⁸⁴ NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 466.

¹⁸⁵ No mesmo sentido Rodrigo Cunha Lima Freire anota que “Portanto, fazendo uma interpretação conjunta entre os arts. 933 e 1.034, parágrafo único, do CPC/2015 entendemos que os fatos supervenientes e as matérias cognoscíveis de ofício podem ser apreciadas de ofício em recurso especial e em recurso extraordinário, desde que o recurso seja admitido”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.2185).

¹⁸⁶ O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça possuía idêntico dispositivo (Art. 141. Nos recursos interpostos na instância inferior, não se admitirá juntada de documentos, após 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 decisão em processo conexo, os quais possam influenciar nos direitos postulados; III - em cumprimento de despacho fundamentado do relator, de determinação da Corte

recursal para prova de fatos supervenientes, inclusive decisões em processos conexos, que afetem ou prejudiquem os direitos do recorrente, ou por ordem do relator, reafirmando seu poder instrutório, sempre preservado o exercício do direito ao contraditório pela parte adversa¹⁸⁸⁻¹⁸⁹.

Todavia, temos que concordar que a produção de provas em sede de recursos excepcionais é medida especial. Sua utilidade deve ocorrer, mormente, na complementação do quadro probatório existente, de modo que a prova a ser produzida venha a complementar, esclarecer ou dirimir eventual contradição presente no quadro fático já existente.

Observando a casuística do Superior Tribunal de Justiça pode-se colher interessante exemplo da análise dos fatos do processo pelo Tribunal quando, no bojo do Recurso Especial nº 1.672.501-SP, que trata da ausência de realização de exame de DNA para fins de reconhecimento de paternidade, foi determinada a conversão do julgamento em diligência, com fundamento no art. 932, I do CPC/2015, pela Ministra Nancy Andrighi¹⁹⁰.

Também, o Tribunal da Cidadania admite a necessidade de ser analisada a prova dos autos, em seu rejuízo, nas hipóteses de recurso que verse sobre o *quantum* indenizatório em sede de danos morais quando este se revele irrisório ou exorbitante¹⁹¹, chegando a

Especial, da Seção ou da Turma. § 1º A regra e as exceções deste artigo aplicam-se, também, aos recursos interpostos perante o Tribunal. § 2º Após o julgamento, poderão ser devolvidos às partes os documentos que tiverem sido juntados “por linha”, salvo deliberação de serem anexados aos autos), que fora revogado pela Emenda Regimental nº 22/2016, sendo que a proposição, admissão e produção de provas no Tribunal deverão observar as leis processuais (art. 139 RISTJ), pelo que não vedada a juntada de documentos. Ainda, o RISTJ dispôs em seu art. 143, com redação dada pela Emenda Regimental nº 22/2016, sobre a expressa necessidade de a parte ser chamada a se manifestar sobre os documentos juntados, que reforça a possibilidade: “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”.

¹⁸⁷ 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. (*destacou-se*)

¹⁸⁸ RISTF: Art. 117. A parte será intimada por publicação no Diário da Justiça ou, se o Relator o determinar, pela forma indicada no art. 81, para falar sobre o documento junto pela parte contrária, após sua última intervenção no processo.

¹⁸⁹ No mesmo sentido o art. 143 do RISTJ.

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.672.501-SP*. Decisão Monocrática. rel. Min. Nancy Andrighi. d. 26 mar. 2018. DJe 03 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.189.465-SC*. 3.T. rel. Min. Nancy Andrighi. j. 26 out. 2010. DJe 09 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 out. 2018.

Ministra Eliana Calmon a afirmar no Agravo Regimental interposto em face de decisão que negou seguimento ao Recurso Especial nº 343.904-PR, que

Sobre o valor das indenizações, este Tribunal registra precedentes que, *saindo inteiramente do seu diapasão técnico, mergulham na prova* para avaliar a razoabilidade e a moderação da condenação em indenização de dano moral, diante da dificuldade relativa à quantificação, a partir da inexistência de dispositivo legal específico. Daí porque afastou a aplicação da Súmula 7/STJ.¹⁹²

Complementou a Ministra Relatora, quando do julgamento do próprio Recurso Especial nº 343.904-PR, que

Na avaliação quantitativa do dano moral é imprescindível que se desça aos detalhes do suporte fático, como constante dos autos, o que redundaria em violação ao contido na Súmula 7/STJ. Entretanto, esta Corte, pela Seção de Direito Privado, inaugurou posição peculiar que se firmou como jurisprudência, ao admitir o exame da quantificação do dano moral, mesmo que para isto seja necessária a reapreciação da prova. Assim está contido em diversos arestos [...].¹⁹³

Outrossim, sendo requisito de cabimento do recurso que a causa tenha sido decidida, aplicar-se-á aos recursos excepcionais a teoria da causa madura. Logo, não tendo sido decidida a questão pelas instâncias ordinárias em razão de solução meramente processual para o feito, sendo necessária a instrução do processo, não houve causa decidida, devendo o processo retornar à origem para que seja instruído, submetido ao contraditório e julgado, sob pena de se verificar a supressão de instância.

5.1.7 Outras hipóteses

Reuni-se, sob este título, e hipóteses singulares em que poder ocorrer a produção de prova pelo juízo *ad quem*: o *recurso de terceiro prejudicado* – verdadeiro recurso que se subsume às regras do recurso originário –, a *remessa necessária* – sucedâneo recursal – e a *ampliação da colegialidade* – técnica de julgamento.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 343.904-PR*. rel. Min. Eliana Calmon. d. 07 jun. 2002. DJ 25 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 out. 2018.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 343.904-PR*. 2.T. rel. Min. Eliana Calmon. j. 01 out. 2002. DJe 24 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 out. 2018.

5.1.7.1 Recurso de terceiro prejudicado

O art. 996 do CPC/2015 atribui interesse recursal ao terceiro que possa, eventualmente, ser prejudicado pela decisão do processo, cabendo-lhe demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

Para que seja admissível o recurso por terceiro prejudicado é necessário que o terceiro demonstre seu *interesse no recurso* – consistente “no nexo de interdependência entre seu interesse em impugnar a decisão e a relação jurídica por ela decidida”¹⁹⁴ em prejuízo do terceiro –, sua legitimidade para recorrer e observe a tempestividade.

O terceiro prejudicado tem o mesmo prazo para recorrer que as partes (art. 1.003 do CPC/2015), não lhe sendo conferida a possibilidade de interpor recurso quando tome ciência da decisão em momento futuro¹⁹⁵. Este entendimento privilegia a segurança jurídica, impedindo que o terceiro disponha do recurso a qualquer tempo.

Possui legitimidade recursal “aquele que tem *interesse jurídico* em impugnar a decisão, isto é, aquele que poderia ter ingressado no processo como assistente simples ou litisconsorcial”¹⁹⁶ e não foi. A norma em comento traduz uma ideia restritiva pois podem haver

[...] terceiros que podem sofrer reflexos de decisões proferidas em processos alheios, e que não poderiam ter sido assistentes. Pense-se, por exemplo, na situação daquela que moveu ação de investigação de paternidade contra o pai falecido, e pede reserva de quinhão no inventário. Julgada procedente a ação, é terceira prejudicada para recorrer da partilha em que seu quinhão não foi reservado. Também é terceiro prejudicado para recorrer, o litisconsorte necessário que não foi citado no processo. Ele tem legitimidade e interesse para apresentar recurso, na condição de terceiro e impugnar a decisão que o atinge diretamente.¹⁹⁷

Pondera Luis Guilherme Bondioli que não basta “interferência de ordem fática ou econômica; a interferência tem que ser jurídica, assim como tem que ser jurídico o interesse para legitimar a intervenção do assistente no processo (art. 119, *caput*, do CPC/2015)”¹⁹⁸.

¹⁹⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.2163.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1.373.821-MA*, 1. T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. j. 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.

¹⁹⁶ NERY JR.; NERY, op. cit., p.2163.

¹⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1582.

¹⁹⁸ BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos recursos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. XX. p.39.

Ingressando no processo no estado em que se encontra não é lícito esperar que o terceiro não pudesse produzir provas de suas alegações. Neste sentido, não há qualquer vedação ao terceiro prejudicado a produção de provas em sede de seu recurso. Todavia, conforme pondera Vicente Greco Filho “o recurso de terceiro prejudicado é puro recurso, em que se pode pleitear a nulidade da sentença por violação de norma cogente, mas não acrescentar nova lide ou ampliar a primitiva”¹⁹⁹. Prevalece, aqui, a vedação *ius novorum* em sede recursal.

5.1.7.2 Remessa necessária

Optou-se por tratar da eventual produção de provas em remessa necessária dentro do capítulo destinado aos recursos, em razão de uma análise sistêmica, todavia é necessário anotar que a *remessa necessária* é um *sucedâneo recursal*²⁰⁰, isto é, embora não seja recurso, faz as vezes de. Seguindo as lições de José Frederico Marques,

Não se pode falar em recurso quando o vencido não impugna a decisão que lhe foi desfavorável. Se o reexame de segundo grau se opera *ex vi legis*, não há recurso. Só se compreende este, quando o interessado declara sua inconformidade com a decisão e pede ao Juízo *ad quem* a reforma total ou parcial da sentença que lhe trouxe gravame e prejuízo.²⁰¹

Na remessa necessária “o juiz não tem o ônus de remeter, mas o dever. Não há trânsito em julgado sem a confirmação ou a reforma da sentença pelo Tribunal superior. [...] esse instituto tem natureza jurídica de condição de eficácia da sentença”²⁰²⁻²⁰³, afirma Nelson Nery Jr., não havendo a incidência do princípio da voluntariedade²⁰⁴.

¹⁹⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 103.

²⁰⁰ Historicamente o termo *sucedâneo recursal* foi empregado por José Frederico Marques para tratar do problema das formas de impugnação a decisões interlocutória irrecorríveis no CPC/1939, quando “[...] se procurou uma válvula escapatória destinada a ventilar a sufocante atmosfera oriunda do princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, com os sucedâneos recursais. [...] Não é de se admirar, por isso, que as correções parciais, os procedimentos disciplinares de reclamação e o mandado de segurança viessem suprir, embora oblíqua e inadequadamente, a falha e erro do legislador.” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. IV. p.292).

²⁰¹ MARQUES, op. cit., p.285.

²⁰² NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.93.

²⁰³ Observe-se, por oportuno, que Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, na mais recente edição de seu Curso de Direito Processual Civil, modificaram sua opinião, deixando de entender que a remessa necessária seria condição de eficácia da sentença para, alinhando-se à vetusta corrente doutrinária, defender que o instituto possui natureza recursal. Para tanto, argumentam os autores, não ser possível definir um instituto por seus efeitos, sendo que o deveria sê-lo feito em razão de suas características intrínsecas. Os autores focam sua definição nos aspectos de que a remessa provocaria o reexame da matéria e impugnaria a decisão recorrida, pontos focais, para eles, na definição do que seria recurso. Mitigam, ainda, a questão posta pela doutrina majoritária de que para ser recurso há a necessidade de se atender a taxatividade. (DIDIER JR.,

Como condição de eficácia da sentença proferida em face da Fazenda Pública, que precisa ser confirmada pelo Tribunal, a remessa necessária leva ao Tribunal a análise de todas as questões e argumentos trazidos aos autos, ainda que não decididas expressamente.

A remessa necessária, na medida em que se trata apenas de verificação da validade da decisão proferida, não pode levar à *reformatio in peius* para o Estado, pois se as partes dispuseram do direito de buscar uma melhora em sua situação jurídica, o objetivo da remessa necessária é servir de ponto de controle para a sentença singular²⁰⁵⁻²⁰⁶. Verificando-se que, ao ser proferida, a decisão *a quo* acabou por lesar a ordem pública, pode ser revista com vias à proteção do bem maior em detrimento do individual.

Como o Tribunal tem de rejulgar a causa para que possa confirmar a decisão singular, verificando que o quadro fático não se encontra adequadamente constituído, pode determinar todas as diligências e a produção das provas necessárias à adequada instrução do processo para julgamento, complementando omissões e esclarecendo obscuridades no conjunto probatório, ou mesmo determinando o retorno dos autos ao juízo *a quo* para complementação do quadro fático-probatório. Não se esbarra nos limites da devolutividade existente no âmbito recursal.

5.1.7.3 Ampliação da colegialidade

O CPC/2015 eliminou de nosso sistema recursal os embargos infringentes, trazendo em seu lugar uma técnica de julgamento que a doutrina denominou de ampliação da colegialidade, a qual objetiva o aprimoramento do julgamento final e a maior eficiência na prestação jurisdicional, incidindo quando a decisão colegiada não for unânime. Na nova técnica processual, utilizada de forma automática e obrigatória, a eficácia do acórdão não unânime está diretamente condicionada à imediata suspensão do julgamento para a sua reanálise por uma quantidade ampliada de julgadores.

Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p.401-404.)

²⁰⁴ “[...] não se pode conferir à remessa obrigatória o caráter de recurso, pois o juiz não manifesta ‘vontade de recorrer’ ao determinar a subida dos autos à superior instância para o reexame necessário”. (NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.182).

²⁰⁵ Súmula 45 do STJ: “No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”.

²⁰⁶ Entendo que a *remessa necessária* pode agravar a situação da Fazenda Pública por vincular-se ao princípio inquisitivo: NERY JR., op. cit., p. 189-191.

A previsão legislativa é alvo de diversas críticas na doutrina²⁰⁷ que aponta, entre outros argumentos, para o surgimento de uma espécie de “embargos infringentes com remessa necessária”, o aumento da quantidade de trabalho nos tribunais, e a maior abrangência da técnica, por não exigir a reforma da sentença.

O instituto não é recurso, pois além de não haver iniciativa da parte, é uma técnica que será aplicada quando o julgamento está em curso e o resultado ainda é parcial. Não é possível às partes praticarem atos dispositivos em relação à sua incidência, porque se trata de “uma técnica de julgamento que provoca alteração da competência e por isso não pode ser objeto de negócio jurídico processual”²⁰⁸.

O julgamento colegiado abre possibilidade a entendimento diversos sobre uma mesma questão. Pode ocorrer, por vezes, de os julgadores concordarem com a solução a ser conferida divergindo sobre os modos como alcançar o resultado almejado. Isto, contudo, não vai significar a impossibilidade de se formar a decisão judicial.

É importante que ao se realizar um julgamento se tenha fixado qual a questão é objeto do debate, possibilitando, na divergência de julgamentos, que ao final se determine qual o resultado almejado pelo colegiado.

As decisões plurais – também conhecidas como decisões fragmentadas ou decisões por agregação – são aquelas que a ausência de necessidade de enfrentamento dos pontos e das questões da causa à luz dos mesmos fundamentos gera a impressão de que o colegiado constitui a simples soma de três posições individuais sobre determinado ponto ou questão. Por essa razão as decisões plurais tendem a ter *fundamentos concorrentes* ao invés de fundamentos compartilhados, isto é, diferentes fundamentos que servem à solução da mesma questão. O que interessa é o acordo quanto ao dispositivo, sendo uma questão menor o acordo concernente aos fundamentos utilizados para obtê-lo.²⁰⁹

A norma do art. 941 do CPC/2015 determina ao presidente do colegiado que colha os votos e determine o resultado da votação. Ponderam Nelson Nery Jr e Rosa Nery que deverá prevalecer o voto intermediário entre as posições adotadas:

Terminado o julgamento, com o último voto dado pelos integrantes do órgão colegiado, compete ao presidente da sessão colher os votos e proclamar o resultado. Havendo dúvida quanto ao conteúdo dos votos, o presidente deve indagar do relator e dos demais votantes qual o resultado de cada voto. Havendo divergências, deverá o presidente declarar qual a tese vencedora para anunciar o resultado. Se a divergência for de tal ordem que não haja maioria de votos, prevalecerá o *voto*

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz; HERZL, Ricardo Augusto. O que é isto - Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra... *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em: 14 ago. 2017.

²⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ampliação da colegialidade, os "novos" embargos infringentes! *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>> Acesso em: 14 ago. 2017.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 926 a 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. XV. p. 239.

médio. Importante frisar que a competência para anunciar o resultado é do presidente, mas, havendo dúvida, ele deve consultar obrigatoriamente os julgadores. Qualquer dos juízes pode mudar o seu voto durante o julgamento, podendo fazê-lo até o momento imediatamente anterior à proclamação do resultado. Anunciado o resultado, tem-se por terminado o julgamento.²¹⁰

Informam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que, nestas hipóteses, não haverá a formação de um precedente judicial, pois para a identificação do precedente é necessário que se identifique a *ratio decidendi*²¹¹, a qual restará impossibilitada.

[...] num julgamento pode haver maioria em relação ao resultado ou ao provimento do recurso, mas não existir maioria quanto aos fundamentos que determinaram o resultado. Ou seja, dois ou mais fundamentos podem ter sustentado o resultado ou o provimento do recurso, sem com que nenhum deles tenha sido compartilhado pela maioria dos membros do colegiado. Se no primeiro caso há resolução do recurso, no segundo resta clara a impossibilidade de elaboração de precedente. Significa que nem toda decisão recursal leva a um precedente. Ora, o precedente diz respeito ao fundamento ou à questão que, solucionada pelo colegiado, determina o resultado do recurso. Tal distinção exige ter clara a função que a Corte exerce ao julgar o recurso. Note-se que, saber qual é o fundamento para se declarar a contrariedade de uma norma não tem relevância quando importa apenas saber se a norma foi ou não contrariada. Se a maioria entende que a norma X foi contrariada, a Corte entende que essa norma foi negada, ainda que a partir de diversos fundamentos. Se a função da Corte é analisar a eventual contrariedade a norma, *com o fim de resolver uma disputa entre recorrente e recorrido*, uma maioria de votos que declare a negação da norma, ainda que por motivos vários, é suficiente para o provimento do recurso. [...] Uma *ratio decidendi*, enquanto significado que revela o sentido de um texto legal ou mesmo constitui regra editada pela Corte para resolver um caso, só pode ser formada pela maioria do colegiado.²¹²

A divergência de fundamentos não se liga a divergência no resultado, preconizada pelo art. 942 do CPC/2015, apta a suscitar a ampliação da colegialidade. Nestes casos não se trata do fundamento da procedência ou da improcedência, mas da discordância própria em relação à procedência ou improcedência da decisão.

²¹⁰ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1999.

²¹¹ O precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica – também conhecido como holding do caso. A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz. Em uma linguagem própria à tradição romano-canônica, poderíamos dizer que a *ratio decidendi* deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da justificação da decisão judicial. É preciso perceber, contudo, que *ratio decidendi* não é sinônimo de fundamentação – nem, tampouco, de raciocínio judiciário. A fundamentação – e o raciocínio judiciário que nela tem lugar – diz com o caso particular. A *ratio decidendi* refere-se à unidade do direito. Nada obstante, tanto a *ratio* como a fundamentação são formadas com material recolhido na justificação. E justamente por essa razão a *ratio* toma em consideração as questões relevantes constantes dos casos. A *ratio* é uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do caso. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p. 651-652).

²¹² *Ibid.*, p. 655-656.

Verifica-se, da dicção do art. 942 do CPC/2015, que para que incida a técnica de ampliação da colegialidade é necessário que o resultado da apelação não seja unânime, ou seja, julgada por uma turma de três julgadores, dois decidam em um determinado sentido – reforma ou não da decisão – e o outro de modo diverso. Quando o Código trata de resultado, informa que a decisão deve prover ou negar o recurso interposto. A mera alteração do fundamento da decisão não enseja a incidência da técnica recursal.

Em que pesem posições doutrinárias tendentes a limitar a incidência da ampliação da colegialidade apenas às sentenças de mérito²¹³ ou a que a decisão não unânime se volte à reforma da sentença de primeiro grau²¹⁴, compreende-se que a lei não exigiu que houvesse reforma da sentença ou que esta fosse de mérito para que ocorra o cabimento da técnica de ampliação da colegialidade. Não sendo possível trazer as limitações dos antigos embargos infringentes à nova técnica de julgamento ou mesmo querer ampliar as restrições contidas no §3º do art. 942 para hipóteses não expressas pela lei²¹⁵. Neste sentido, o Tribunal de Justiça de Pernambuco julgou o Incidente de Assunção de Competência nos autos da Ação Rescisória nº 0469197-0 fixando como sexta tese: “*No recurso de apelação, incidirá o art. 942, do Código de Processo Civil, sempre que o julgamento for não unânime, independentemente do seu conteúdo*”²¹⁶.

O CPC/2015 dispõe que o julgamento continuará com número suficiente de julgadores para que se possa garantir a inversão do resultado inicial. Ao colocar que o julgamento continuará, observa-se que este não teve seu resultado proclamado ainda, mas que colhidos os votos dos julgadores designados – turma, seção etc – verificou-se que o resultado seria não unânime, razão pela qual, não se proclama o resultado e prossegue-se o julgamento com a convocação de outros magistrados, em quantidade suficiente para que seja garantida a possibilidade de inversão do resultado e o julgamento possa ser terminado.

A lei nada tratou relativamente à distinção entre os capítulos do julgamento, assim, por exemplo, tendo o julgamento mais de um capítulo é possível que em alguns haja unanimidade

²¹³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Moderno*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1255.; NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2002.; e FREIRE, Rodrigo Cunha da Lima. *A técnica de complementação do julgamento da apelação no Novo CPC*. Disponível em: <portalprocessual.com/a-tecnica-da-complementacao-do-julgamento-da-apelacao-no-novo-cpc/>. Acesso em: 05 dez. 2016.

²¹⁴ NUNES, Dierle; DUTRA, Victor Barbosa; OLIVEIRA JR, Délio Mota de. Honorários no recurso de apelação e questões correlatas. In: COELHO, Marcos Vinicius Furtado; CARMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Honorários advocatícios*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 636.

²¹⁵ Observa-se que haverá, aqui, contradição entre o julgamento da apelação e do agravo de instrumento quando este se insurgir em face de decisão parcial ou antecipada de mérito, todavia é esta a regra legal.

²¹⁶ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Incidente de Assunção de Competência em Ação Rescisória nº 0469197-0*. Rel. Dês. Frederico Ricardo de Almeida Neves. DJE 26 out. 2018.

e, em outros, divergência. Ao prosseguir o julgamento, os juízes convocados terão a possibilidade de se manifestarem sobre o *totum* da demanda, pois não houve o pronunciamento do resultado, sendo, ainda, possível, àqueles que já votaram modificarem seu voto – e isto somente pode ocorrer porque o julgamento não se findou, uma vez que o CPC veda a alteração da decisão pelo próprio magistrado após a proclamação do resultado (art. 941, §1º). Neste sentido, anotam Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que

O art. 942, CPC/2015, não circunscreve a ampliação do julgamento apenas às questões de mérito. Qualquer julgamento não unânime – quer verse questões de direito material, quer verse questões de direito processual – pode ser subjetivamente ampliado.

Como se trata de simples prosseguimento, sem que tenha havido a proclamação do resultado, incide a regra que permite a todo e qualquer componente do órgão fracionário mudar a sua opinião enquanto não encerrado o julgamento (art. 941, CPC/2015). Diante da ausência de unanimidade, ainda, é preciso ter presente que a mudança de opinião de quaisquer dos julgadores não está cifrada apenas à matéria que foi objeto de divergência: toda e qualquer questão é suscetível de novo julgamento, inclusive questões acessórias, como aquelas concernentes às despesas processuais, em especial em relação aos honorários advocatícios. Vale dizer: o novo juiz natural, a partir da ausência de unanimidade, é o colegiado ampliado.²¹⁷

Em igual sentido foi a sétima tese fixada pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco no bojo do Incidente de Assunção de Competência nos autos da Ação Rescisória nº 0469197-0: “Os julgadores convocados para o julgamento ampliado de apelação e agravo de instrumento, não estarão limitados ao capítulo da divergência, podendo votar sobre todo o objeto do recurso”²¹⁸.

É possível que os novos julgadores, ao analisarem o processo sintam a necessidade de complementação da instrução processual inicialmente realizada. Suponha-se que as partes debatam a validade de um contrato. Alega-se que este seria apenas uma situação pré-negocial, pois não teria sido assinado, sendo a firma do documento inidônea, e supletivamente, questiona-se o *quantum* a ser pago para seu adimplemento, em razão de haver rasura no documento apresentado. O julgamento sobre a validade do contrato se deu de forma unânime relativamente a sua assinatura, em razão de depoimento de testemunhas trazidas pelo autor. Houve divergência entre os julgadores em relação ao *quantum*. Ampliada a colegialidade, o quarto julgador requereu fosse realizada a prova pericial, pois não se sentia convencido das provas produzidas nos autos.

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. XV. p. 242.

²¹⁸ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Incidente de Assunção de Competência em Ação Rescisória nº 0469197-0*. Rel. Dês. Frederico Ricardo de Almeida Neves. DJE 26 out. 2018.

Para que a prova seja produzida, será necessário que haja concordância do colégio de julgadores e não apenas o sentir individualizado de um de seus membros. Apenas o relator, antes do início do julgamento, possui o dever-poder de determinar a produção de provas por si mesmo, após o início do julgamento, somente por meio de deliberação colegiada que poderá ser produzida a prova. “O pronunciamento do órgão colegiado, marcado pela mesma natureza e objeto, é ato composto, porque se forma pela co-participação de mais de um integrante do órgão, em momentos sucessivos”²¹⁹. O CPC/2015 confere ao relator, individualmente, o poder de determinar a complementação da instrução probatória (art. 932, I e 938, §3º) ou ao colegiado (art. 938, §4º), mas não a um julgador votante, individualmente.

5.2 O veículo: uma análise sob a perspectiva dos meios de prova

Comentando as pandectas, Glück²²⁰ disse que o conceito jurídico de prova – *beweis* – já anunciava que este é “o convencimento da verdade jurídica de uma circunstância de fato”²²¹, o qual se divide em três esferas: *a*) os atos processuais utilizados pela parte para formar o convencimento do juiz – “*beweisführung [somministrazione di prova]*”; *b*) o local de onde deriva o convencimento do juiz – “*beweismittel [mezzo di prova]*”; e *c*) a verdade ou não verdade resultante – *Unwahrheit* – produto dos meios de prova – “*beweisgrund [fondamento di prova]*”.

João Monteiro²²², apoiado nas lições de Mittermaier, afirma ser a prova “a somma dos meios productores da certeza”. Hernando Devis Echandía, numa definição instrumental do que seriam as provas judiciais, afirma ser o “conjunto de regras que regula a admissão, produção, assunção e valoração dos diversos meios de prova que podem ser utilizados para se levar o juiz à convicção sobre os fatos que interessam ao processo”²²³.

Michele Taruffo, com o termo prova, designa “todos os meios de conhecimento que sejam empregados no processo com a finalidade de se chegar a uma decisão sobre a verdade

²¹⁹ CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos*: art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4.

²²⁰ GLÜCK, Federico. *Commentario alle pandette*. Milano: Società Editrice Libreria: 1906. Libro XXII, p. 210-211.

²²¹ No original: “*il convincimento della verità giuridica di una circostanza di fatto*” (GLÜCK, Federico. *Commentario alle pandette*. Milano: Società Editrice Libreria: 1906. Libro XXII, p. 210).

²²² MONTEIRO, João. *Programa do curso de processo civil*. 5.ed. São Paulo: Acadêmica, 1936. p. 339.

²²³ No original: “conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Tratado de derecho procesal civil*: parte general de la prueba. Bogotá: Temis, 1967. t.V. p. 8. Tradução livre).

ou falsidade de uma afirmação relativa a um fato relevante da demanda”²²⁴. Luigi Comoglio, comentando a definição de Michele Taruffo diz, que dela já se pode observar que a prova não mais recai sobre a existência ou inexistência de um fato, mas sim, sobre a verdade ou não da afirmação de fato com a qual a parte assume, ou não, a existência do fato considerado²²⁵.

Provar é uma atividade que se constitui dos meios (testemunhos, documentos etc) utilizados pelas partes para demonstrar que as afirmações de uma dada realidade fática podem ser tomadas por elas, partes, e pelo julgador como o pressuposto lógico da pretensão deduzida – pois aderentes a realidade objetiva – e, assim, sua síntese fundar a decisão proferida sobre a controvérsia instaurada.

Definida a largura do caminho pelo qual pode seguir o caminhão que leva as provas, ao se analisar em que medida é admitida a produção probatória pelas partes e pelos juízes em sede de recurso e, mais, quais recursos admitem dilação probatória. Cabe agora perquirir se todos os meios de prova podem ser realizados no juízo *ad quem* e quais suas eventuais restrições. Moacyr Amaral Santos afirmou que

Todos os meios de prova em direito admissíveis podem ser propostos, para a demonstração das questões de fato suscitadas, cabendo ao juiz *ad quem* admiti-los, desde que o fato probando não seja causa que altere a substância da demanda e não tenha sido suscitado no juízo de primeiro grau por motivos que se possam afinar à força maior.²²⁶

Em qualquer hipótese, é necessário que seja concedido o contraditório amplo sobre a prova produzida. Também é interessante notar que a prova pode ser produzida, pelo sistema do Código atual, diretamente no Tribunal ou em diligência perante o juízo *a quo*, conforme se demonstrar mais oportuno, não sendo mais necessário, por disposição própria (art. 938, §3º), o socorro aos dispositivos que regem a ação rescisória (art. 972). Anotam Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha que

A prova da nova alegação pode ser feita por documentos. Nesse caso, impõe-se instaurar o contraditório, intimando-se a parte contrária para sobre eles pronunciar-se em quinze dias (CPC, art. 437, §10). Se, todavia, a prova for feita por outro meio, poderá ser produzida ou colhida no próprio Tribunal, pelo relator (art. 932, I, CPC),

²²⁴ No original: “tutti i mezzi di conoscenza che vengono impiegati nel processo al fine di formulare una decisione intorno allà veridicità o falsità delle affermazioni relative ai fatti rilevanti della controvérsia” (COMOGLIO, FERRI, TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*. 5.ed. Bologna: Mulino, 2011. p. 457. Tradução livre.).

²²⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2.ed. Torino: UTET, 2004. p. 4.

²²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5.ed. São Paulo: Saraiva. 1983. v.1. p. 493.

o qual poderá, alternativamente, delegar a um juízo de primeira instância a tarefa [...].²²⁷

Passa-se, pois, à análise do cabimento de cada um dos meios de prova em si considerados, em sede recursal.

5.2.1 Documental

Enquanto o processo penal é o reino das testemunhas, o processo civil é o reino dos documentos²²⁸. Moacyr Amaral Santos²²⁹ ensina que documento “significa uma coisa que *docet*, isto é, que tem em si a virtude de fazer conhecer”. Na Alemanha, Leo Rosenberg²³⁰ afirma de modo sintético que documento é “toda materialização de um pensamento”, ou seja, todo pensamento concretizado em um suporte – escrito, desenhado ou gravado em áudio, vídeo ou audiovisual.

João Batista Lopes²³¹ alerta para a distinção entre *documento* – “toda representação de um fato ou de um ato” – que pode receber a forma de um documento escrito, mas também de uma fotografia ou ser gravado não em papel, mas em madeira ou metal, para *declaração* – que “consiste no ato de vontade que pode, ou não, constar de documento” – e *instrumento*, que é uma espécie do gênero documento.

À luz do conceito de documento, cabe observar com Maria Elizabeth de Castro Lopes, que a ata notarial, que se presta a atestar ou documentar a existência e o modo de existir de algum fato, a requerimento do interessado, embora não tenha sido incluída pelo CPC/2015 “no capítulo relativo à prova documental [...] é inquestionável que ela deve ser qualificada como *documento público*”²³², possuindo presunção *iuris tantum* de veracidade.

Tendo o documento como todo meio hábil a registrar e preservar a memória de um ato ou fato pretérito, pode-se verificar nas lições de Miguel Ángel Moreno Navarrete²³³ que o documento é uma prova racional, parcial, histórica, indireta, móvel – que se pode carregar – e

²²⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 191.

²²⁸ AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 7.ed. Navarra: Civitas, 2012. p. 280.

²²⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. v. 4. p. 37.

²³⁰ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1955. t. 2. p. 244.

²³¹ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 112.

²³² CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. Da ata notarial. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v.2. p.273.

²³³ NAVARRETE, Miguel Ángel Moreno. *La prueba documental: estudio histórico-jurídico y dogmático*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 26-31.

representativa, não sendo, necessariamente, pré-constituída, tendo por elementos autoria, um conteúdo, um suporte, uma data e uma subscrição.

Michele Taruffo informa que a doutrina admite um conceito bastante amplo de prova documental que se constitui de provas que geralmente se referem “a todas as coisas que parecem adequadas para documentar um fato, isto é, para narrá-lo, representá-lo ou reproduzi-lo”²³⁴.

Juan Montero Aroca adverte que “se os meios de prova consistem na atividade que se tem de realizar para que uma fonte de prova adentre ao processo, tratando-se de documentos, esta atividade consiste na apresentação dos mesmos”²³⁵.

Por ser o meio de prova de mais fácil produção perante o processo, a lei processual admite sua juntada a qualquer tempo aos autos, ao dispor ser *lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos*²³⁶, desde que estes se destinem a provar fatos ocorridos após aqueles articulados nos autos ou para contrapô-los aos que foram produzidos (art. 435 do CPC/2015²³⁷).

Não apenas os documentos novos podem ser juntados, também se admite a juntada de documentos posterior à inicial ou à contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, desde que a parte comprove o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar se a conduta da parte encontra-se em conformidade com a boa-fé²³⁸.

A juntada posterior de novos documentos, que deveriam ter sido trazidos com a inicial ou na primeira oportunidade é medida excepcional, vinculada à existência de caso fortuito ou força maior aptos a impedir o exercício desta faculdade em momento oportuno, pois se assim não o fosse transformar-se-ia o processo em um campo minado de armadilhas, premiando-se a conduta desleal e surpreendente, não compatível com o sistema processual brasileiro.

²³⁴ No original: “Alla categoria delle prove documentali si riconducono in genere tutte le cose che appaiono idonee a documentare un fatto, ossia a narrarlo, a rappresentarlo o a riprodurlo”. (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: il processo ordinário di cognizione*. 5.ed. Bologna: Mulino, 2011. p.511. Tradução livre).

²³⁵ No original: “Si los medios de prueba consisten en la actividad que hay que realizar para que una fuente de prueba acceda al proceso, tratándose de los documentos esa actividad consiste en la presentación de los mismos”. (AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 7.ed. Navarra: Civitas, 2012. p. 291).

²³⁶ Recibo datado posteriormente ao ajuizamento da demanda: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap. 0004636-51.2007.8.26.0038. rel. Des. Mendes Pereira. j. 20.02.2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 01 out. 2018.

²³⁷ Art. 223 do CPC/1939 e Art. 397 do CPC/1973

²³⁸ Juntada tardia de documentos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 41.158*. Rel. Min. Menezes Direito. Dj. 20.08.1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

Anotam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha sobre a possibilidade da juntada de novos documentos ao processo:

[...] no art. 435 do CPC há previsão da possibilidade de produção de prova documental a qualquer tempo, desde que atendidas as exigências ali previstas. Nada justifica que apenas a prova documental possa ser produzida em fase recursal, até mesmo porque o próprio CPC prevê a possibilidade de o juiz (qualquer juiz) determinar a produção de outros meios de prova. Realmente, o órgão julgador pode, em qualquer fase do processo (inclusive em instância recursal), inspecionar pessoalmente pessoas ou coisas (móveis, imóveis e semoventes), a fim de esclarecer-se sobre fato que interesse à decisão da causa (art. 481, CPC).²³⁹

Vedação à produção de documento novo será em relação àqueles que, essenciais à causa, não foram trazidos com a inicial ou nela se tenha justificado sua ausência – seja pela inacessibilidade, no caso de um antigo extrato bancário em posse do réu, seja pela urgência na propositura da demanda, para se evitar prescrição ou decadência. Assim, possível a juntada de laudo pericial, documento não essencial à propositura da ação, mas complementar em sede de recurso²⁴⁰. Os Tribunais são receptivos à juntada de documentos em sede de recurso desde que respeitado o contraditório e ausente a má-fé da parte:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUNTADA DE DOCUMENTO COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 397 DO CPC. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO (...). A jurisprudência desta Corte tem admitido a juntada de documentos que não os produzidos após a inicial e a contestação, em outras fases do processo, até mesmo na via recursal, desde que respeitado o contraditório e ausente a má-fé. Não é absoluta a exigência de juntar documentos na inicial ou na contestação. A juntada de documentos em sede de apelação é possível, tendo a outra parte a oportunidade de sobre eles manifestar-se em contrarrazões (...)²⁴¹

É de se observar, conforme já se pontuou, que a juntada de documentos novos não pode alterar a substância da demanda, sendo mesmo vedado o *ius novorum* em sede recursal. Também, pela simplicidade de sua produção – pela simples juntada aos autos –, não há forma recursal que não suporte a sua produção, estando dentro do âmbito de devolutividade da matéria objeto do recurso. Possível será sua produção. Quanto ao ponto, decidiu o Ministro Luiz Felipe Salomão no AgRg no AREsp 294.057/SP, ainda sob a égide do CPC/1973, que

²³⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 46-48.

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 181.627*. Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira. J. 18 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 780.396-PB*. 1.T. rel. Min. Denise Arruda. DJ. 19 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

O recurso de apelação ostenta ampla devolutividade, podendo em certas situações, extrapolar os limites nos quais está adstrito e assim adentrar na análise de novas questões de fato, nas hipóteses em que ou vieram a ser implementadas de forma tardia, no curso da lide – e, portanto, não eram passíveis de resenha inicial (art. 462 do CPC) – ou não puderam ser propostas no juízo primevo, por motivo de força maior, nos termos do art. 517 CPC.²⁴²

Possibilitada a juntada do documento, seu contraditório deverá ocorrer na forma dos artigos 436 e 437 do CPC/2015, ou seja, deverá ser concedida a oportunidade de a parte contrária se manifestar sobre estes podendo ela, além de manifestar-se sobre o conteúdo do documento, impugnar sua admissibilidade, impugnar sua autenticidade ou suscitar sua falsidade, com ou sem deflagração do incidente de arguição de falsidade.

Ademais, é possível que a parte não esteja em poder do documento que deseja juntar na fase recursal ou ao qual o juiz teve ciência, ocasião em que se valerá o magistrado do expediente da exibição de documento ou coisa (art. 396 e ss do CPC/2015), determinando a parte – sob pena de confesso²⁴³ – ou terceiro²⁴⁴ que o apresente nos autos, ou da requisição perante repartição pública (art. 438) conforme o caso.

5.2.2 Testemunhal

João Monteiro ensina que “toda prova é uma testemunha: atesta a existencia de um facto”²⁴⁵. Moacyr Amaral Santos explicitando o conceito jurídico de testemunha diz que “testemunha é a pessoa chamada a assistir ao cumprimento de atos jurídicos com o fim de dar-lhes solenidade” ou, ainda, “a pessoa que declara em juízo acerca de um fato, ou suas circunstâncias, para provar-lhe a existência ou inexistência”²⁴⁶, logo, deduz que “prova

²⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 294.057-SP*. 4. T., j. 19 set. 2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

²⁴³ Incide, ainda, a possibilidade de o juiz, valendo-se do previsto no art. 139, inciso IV c.c. inciso VI, determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial quando, em relação à parte, a pena de confesso não for suficiente para o deslinde da questão. Imagina-se, por exemplo, a hipótese de o documento ser necessário para a elucidação de um *quantum* contábil que, sem ele, mesmo que à parte seja aplicada a pena de confesso não poderá ser determinada a liquidação do valor, restando a decisão a ser proferida inócua. Nestes casos, o uso das medidas previstas no art. 139 do CPC/2015 pode se demonstrar de valia exemplar na solução da demanda.

²⁴⁴ No caso de o documento estar em posse de terceiro o juiz poderá expedir mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão. (art. 403)

²⁴⁵ MONTEIRO, João. *Programma do curso de processo civil*. 5.ed. São Paulo: Academica, 1936. p. 464.

²⁴⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad. 1972. v.3. p.44.

testemunhal é a fornecida por pessoa capaz, estranha ao feito, chamada a juízo para depor o que sabe sobre o fato litigioso”²⁴⁷.

Sobre a prova testemunhal, João Batista Lopes anota que é aquela “que é produzida mediante inquirição de pessoas estranhas ao processo, que têm conhecimento de fatos ou atos cuja demonstração interessa à solução da causa”²⁴⁸.

Seguindo a concepção de João Batista Lopes e, com apoio nas lições de Juan Montero Aroca²⁴⁹, podemos listar os requisitos que essenciais deste meio de prova: *a*) que seja realizado por *pessoa física*, pois sendo um meio de prova pessoal, os fatos devem ter sido verificados com apoio nos sentidos – visão, audição, tato, olfato, paladar (art. 447, §1º do CPC/2015) – o que não se afigura possível à pessoa jurídica (ficção que designa uma entidade detentora de direitos e obrigações); *b*) que a testemunha seja *terceiro* em relação ao processo, isto é, que seja pessoa desinteressada no resultado da demanda e não possua vínculo direto com as partes – seja de parentes, amizade ou inimizade – (art. 447, §§ 2º e 3º); *c*) informa sobre *fatos* (art. 443 a 445), ocorridos no passado, fora do processo, dos quais, normalmente, foi expectador, e para sobre os quais não possuía a necessidade de conhecimentos técnicos específicos. Moacyr Amaral Santos, anota que “a narração da testemunha pode compreender não só o efeito imediato que o fato produziu sobre os seus sentidos, como também as conclusões lógicas que deduziu daquela impressão”²⁵⁰; e *d*) deve ocorrer na forma prescrita pela legislação processual civil.

Admitida a prova testemunhal e, não ocorrendo sobre ela a preclusão uma vez que requerida em momento oportuno e não tendo sido expressamente dispensada a testemunha por uma das partes, é de se verificar a inexistência de óbices legais a que esta prova seja colhida em sede de recurso, seja porque *i*) as partes somente tiveram ciência de sua existência naquele momento, *ii*) referida no processo, passou despercebida pelas partes e pelo juízo *a quo*, e é intimada a depor *ex officio* pelo juízo *ad quem*, *iii*) deseja-se uma complementação do depoimento anteriormente colhido, para a elucidação de circunstância necessária, ou *iv*) oitiva de testemunha²⁵¹ ou resposta à pergunta eventualmente indeferida.

²⁴⁷SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. (arts. 332 a 475). 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 243.

²⁴⁸ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 141.

²⁴⁹ AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 7.ed. Navarra: Civitas, 2012. p. 390-393.

²⁵⁰ SANTOS, op. cit., 1986. p. 239-240.

²⁵¹ Na hipótese, não se vislumbra óbice, por exemplo, que arrolada pessoa com deficiência como testemunha e sendo indeferida sua oitiva em 1º Grau à luz do CPC/2015, que o Tribunal venha a querer ouvi-la, considerando a expressa revogação desta impossibilidade no bojo do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa

Em que pese a distância que possa existir entre a vontade da lei e a prática forense quanto à oitiva de testemunha em segunda instância, é certo que o espírito do CPC/2015 informa que esta prova deve ser produzida diretamente no Tribunal, sendo a delegação ao juiz de primeira instância um fato extraordinário.

Isto se observa da combinação dos artigos 449, 932, inciso I, 938, §3º que informam que a testemunha deverá ser ouvida na sede do juízo e o relator “poderá” e não “deverá” delegar a colheita da prova ao juízo *a quo*. A colheita da prova em segunda instância trata-se de atribuição própria do relator e, mais, do órgão julgador colegiado na medida em que o relator é o responsável por organizar e sanear os atos para julgamento.

A prova testemunhal não se afigura apenas das meras palavras proferidas pelas testemunhas e reduzidas a termo com registro em ata. Embora no CPC/2015 não vigore o princípio da identidade física do juiz, a prova testemunhal somente atinge sua máxima potencialidade quando o magistrado pode ter contato pleno com seu conteúdo, o que equivale dizer com as palavras, o tom de voz, os gestos, os sentimentos externados, os jeitos e trejeitos da pessoa que testemunha em juízo²⁵². Neste sentido, anota Mauro Cappelletti que

Por outro lado, há de se ter em mente que seria fruto de uma deplorável simplificação da análise considerar o testemunho como uma *mera* declaração-narração representativa. Em realidade, dita declaração acompanha a toda uma série de atos, de comportamentos, de dados, em suma, os quais, ainda que não propriamente representativos do fato a provar, são, porém, susceptíveis de valer

com Deficiência (norma posterior ao CPC/2015), hipótese na qual sua oitiva poderá ser processada, integralmente, na esfera recursal.

²⁵² Em sentido contrário, reduzindo o papel do testemunho e buscando afastar os elementos de percepção do juiz por considera-los modo de convencimento que se afasta da razão, Vitor de Paula Ramos anota que “a ideia de que o juiz pudesse avaliar uma testemunha com base no tom de voz, no nervosismo, na forma de mover a cabeça ou mesmo em contradições da testemunha é simplesmente falsa, já que nenhum desses sinais é um indicativo seguro da mentira. Quanto a isso, aliás, como também demonstrado, vale salientar que nem mesmo os anos de experiência de um determinado juiz podem fazer com que a capacidade de detecção de mentiras seja elevada significativamente. Como largamente demonstrado, a fala de uma testemunha poderá refletir fielmente a sua memória, mas não corresponder ao que efetivamente ocorreu; isto é, pode ser sincera, mas falsa. Isso poderá redundar, por exemplo, em uma narrativa contraditória, em que uma parte será *verdadeira* e outra será *falsa*, mas ambas serão sinceras (por corresponderem à memória da testemunha). E, seja sobre erros honestos, seja sobre mentiras, o juiz, em geral, não terá mais condições do que o lançamento de uma moeda para detecção. O direito atual, em verdade, sustentando o mito de que o juiz teria condições concretas de avaliar testemunhas e “descobrir” mentiras, acaba por ter como “resolvidos” todos os problemas que circundam a prova testemunhal, deixando assim de enfrentá-los. Afinal, não seria necessária qualquer preocupação com a mentira, pois o juiz seria capaz de, em tempo real, evitá-la; da mesma forma, não seria necessária qualquer preocupação com eventuais erros honestos, pois, da mesma forma, o juiz seria capaz de, em tempo real, preveni-los. Assim, por mais duro que possa parecer, o que o estado atual da ciência demonstra é que a ideia de que o juiz pudesse olhar para uma testemunha e “saber” se ela está mentindo ou se está cometendo erros honestos não tem mais valor epistêmico do que quando na idade média se “verificava” que alguém era culpado mediante a prova do *ferro incandescente*, ou do duelo. É, isso sim, uma forma de “obtenção” de “conhecimento” tão irracional quanto.” (RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico, ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 132-133)

como 'provas indiretas', ou seja, como indícios da veracidade da testemunha e da verdade do fato narrado por ele narrado: trata-se do modo como a testemunha narra os fatos, da subjetiva *credibilidade* do narrador, da objetiva *verossimilhança* do fato narrado etc. Esses indícios [...] tem muitas vezes uma tal eficácia de convencimento que deles se descurar significaria fechar os olhos para a verdade. Mas é claro que todos ou quase todos esses indícios terminam necessariamente por não serem valorizados no sistema da escritura, no qual o juiz que sentencia não tem, por um lado, contato com as testemunhas e com as partes, não podendo, por outro, produzir e valorizar os importantes indícios que acompanham a narração da testemunha. Por isso, o conceito de testemunho, entendido como 'representação dos fatos', revela-se falso e irreal, fruto daquele singelo método de raciocínio, que não considera o dado fenomênico em toda sua complexa realidade.²⁵³

William Santos Ferreira, comentando sobre a máxima eficiência da prova testemunhal e a possibilidade de serem gravadas as oitivas como meio de se perpetuar o testemunho em todos os seus aspectos, anota que

Se a parte dispuser de meios para gravação de áudio e vídeo este deve ser admitido, porque a imagem amplia e não restringe a quantidade e qualidade das informações tiradas de um depoimento, mantendo a fidelidade do depoimento. O registro das respostas pelo juiz é um instrumento importante, até como síntese, mas para aclarar determinado ponto, ressaltar uma postura da testemunha, do juiz, do advogado ou das partes durante a audiência, é de grande importância a gravação integral do depoimento.²⁵⁴

Este aspecto sensorial e psicológico da prova testemunhal, que não pode ser captado pelo papel é essencial na formação do convencimento do julgador e no valor probante do testemunho. Da jurisprudência pode-se colher interessante exemplo de oitiva de pessoas pelo júízo *ad quem*, em exemplo trazido da prática forense por José Carlos Barbosa Moreira:

Lembro-me de um caso em que o fato de ter chamado os menores e de tê-los ouvido me proporcionou uma das maiores satisfações que tive durante todo o período do exercício da judicatura. Tratava-se de saber se esses menores, que estavam confiados à guarda de um parente, depois da separação dos pais, deviam passar as férias, ou a maior parte delas, com o pai ou com a avó materna. A causa chegou-me como relator já em grau de embargos infringentes. E eu, sinceramente, não conseguia saber qual era a melhor solução; só com a leitura dos autos não era possível. E decidi-me - contrariando um pouco a praxe - a chamar os menores e ouvi-los. Achei que a melhor fonte eram os próprios menores. Eram dois adolescentes; afinal, tenho quatro filhos, e não é uma coisa inédita para mim conversar com adolescentes. Chamei-os aqui, levei-os primeiro ao bar, dei-lhes sorvete, mostrei-lhes a paisagem, a ponte, para, ganhar confiança. Depois, falei sobre futebol... Levei uma tarde, mas valeu a pena, porque, quando eles estavam já mais descontraídos, o que disseram me deu a convicção sólida de que a avó era uma autêntica "megeira". Eles preferiam tudo a passar as férias em casa dela. Os menores não eram partes no feito, nem foram ouvidos como testemunhas; mas foi uma oportunidade magnífica para mim de obter informações imprescindíveis para que se pudesse dar uma solução justa. No dia da sessão do Grupo, evidentemente, expus o que tinha ouvido dos menores, e a

²⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, p. 255-260, mar. 2002. p. 259-260.

²⁵⁴ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 201.

solução foi reduzir ao mínimo possível a permanência deles em casa da "megera". Eis aí um exemplo que, provavelmente, deve ter tido análogos na experiência judicante de muitos dos que estão aqui presentes.²⁵⁵

Reduzir e substituir a prova testemunhal a uma ata, impossibilitando que o juiz *ad quem* não tenha contato direto com a fonte de prova, equivale a não conferir a máxima potencialidade e a máxima eficiência/efetividade a este meio de prova, reduzindo-lhe a um mero e frio documento. A prova testemunhal é quente! É viva!

Outrossim, não só a gravação, mas outros meios tecnológicos se colocam à disposição do Poder Judiciário e facilitam a aproximação entre a prova e o magistrado, quando a estes não possam se fazer presentes face a face, tal como as videoconferências e recursos de *streaming* e *living streaming*²⁵⁶.

O CPC/2015 não veda a realização de atos processuais por este meio, ao contrário, expressamente os autoriza e estimula²⁵⁷ seu uso ao dispor que *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. 236, §3º) e, especificamente à oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo, que *esta poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento* (art. 453, §1º)²⁵⁸⁻²⁵⁹.

²⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista de processo*. v. 76, p. 114-126, out./dez. 1994.

²⁵⁶ *Streaming* é uma tecnologia criada para tornar as conexões mais rápidas, que envia informações multimídia – áudio, vídeo etc – por meio da transferência de dados, utilizando-se, para tanto, de uma rede de computadores, em especial a *internet*. São exemplos do emprego deste tipo de tecnologia *sites* como *www.youtube.com* e *www.vimeo.com*. O *living streaming* é a transmissão de dados “ao vivo”.

²⁵⁷ João Batista Lopes anota que este meio chegará primeiro aos grandes centros, mas que o estímulo trazido pela legislação serve ao Judiciário reivindicar recursos para sua modernização e aponta que “A inovação legislativa tem sido recebida com reservas por alguns sob o argumento de que o contato físico direto do juiz com as partes e as testemunhas é indispensável para que o princípio da oralidade, em sua configuração clássica, seja cumprido. Contudo, não há como obstar a utilização de novas técnicas de captação de imagens e sons sobretudo nas grandes cidades, em que a mobilidade urbana é um grave problema. Já a eficácia do § 2º pode ser posta em dúvida considerando que a maioria das comarcas brasileiras enfrenta dificuldades financeiras, como é público e notório. De qualquer modo, o dispositivo serve de apoio para que o Judiciário reivindicar recursos financeiros para a modernização de suas instalações e equipamentos”. (LOPES, João Batista. Subseção II - Da Produção da Prova Testemunhal. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério, et. al. (Coords.). *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2018. p. 757).

²⁵⁸ Eduardo Cambi anota, quanto ao ponto, que “Para facilitar a produção da prova e evitar que outro magistrado colha o depoimento da testemunha, o Novo Código de Processo Civil inovou para permitir que o depoimento seja realizado por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real. A oitiva na forma do art. 453, § 1.º, deve ocorrer, preferencialmente, durante audiência una e contínua de instrução e julgamento (art. 365 do CPC), realizada no juízo deprecante, para otimizar a prática dos atos processuais, aproveitando que as partes e seus advogados se fazem presentes. Nesse sentido, o CPC seguiu a experiência exitosa do art. 222, § 3.º, do CPP, que já admitia a utilização da videoconferência para a oitiva de testemunhas que residem fora dos limites territoriais da comarca ou da seção judiciária. Ainda, a Res. 105, de 06.04.2010, do CNJ, ao tratar da documentação de depoimentos por

Com o intuito de conferir efetividade à realização de atos processuais por meio digital, a Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento nº 75, de 06 de setembro de 2018, por meio do qual determina que todas as unidades jurisdicionais de primeiro e segundo graus e de Tribunais Superiores, com exceção do Supremo Tribunal Federal, deverão estar dotadas com equipamentos necessários à transmissão de voz e imagens em tempo real, até 09 de novembro de 2018, e caso haja impossibilidade técnica de cumprimento do cumprimento no prazo consignado deve apresentar as razões acompanhadas de plano de ação que leve à superação da dificuldade em até 180 (cento e oitenta) dias. Embora este mecanismo esteja, primeiramente, voltado à comunicação entre a Corregedoria Nacional de Justiça e as unidades jurisdicionais, é um passo promissor na integração e facilitação da prática de atos por meio de videoconferência.

É certo, que a oitiva de testemunhas em sede de recursos não será regra em nosso sistema, nem poderia sê-lo em razão de a prova ser produzida, originariamente em primeira instância, mas também é certo que quando houver esta necessidade, não pode ser subtraído do juízo *ad quem* o contato direto com a fonte de prova.

5.2.3 Depoimento Pessoal, Confissão e Interrogatório Livre

Denomina-se de depoimento pessoal o testemunho da parte. Ainda sob a égide do CPC/1939, José Frederico Marques consignou que “o depoimento pessoal é o ato processual destinado ao interrogatório das partes em juízo. A finalidade dessa prova é conseguir a confissão *coram judicem* da parte”²⁶⁰⁻²⁶¹, embora ao final esta possa não ocorrer sem que, com isto, se possa dizer que o ato não atingiu sua finalidade²⁶².

meio do sistema audiovisual e da realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência, procurou estimular o desenvolvimento e a disponibilização a todos os Tribunais, de sistemas eletrônicos de gravação dos depoimentos e de realização de inquirição de testemunhas por videoconferência (art. 1.º). A existência desses recursos tecnológicos é acentuada pelo art. 453, § 2.º, do CPC, inclusive para efetivar a garantia constitucional da duração razoável do processo (arts. 5.º, LXXVIII, da CRFB/1988, 4.º e 139, II, do CPC).” (CAMBI, Eduardo. Das provas. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes; CAMBI, Eduardo; BOCHENEK, Antonio César (Coords.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [e-book].).

²⁵⁹ No mesmo sentido: MOLLICA, Rogério. Da prova testemunhal. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v.2. p. 348-349; AURELLI, Arlete Inês. A produção da prova oral por videoconferência no âmbito do processo civil. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo (Coords.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 74.

²⁶⁰ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 344.

A confissão, considerada a mais importante das provas²⁶³, tem por finalidade o reconhecimento de uma parte a outra da veracidade do quanto alegado em juízo. A confissão tem o potencial de tornar pacífica a questão de fato e desnecessária a dilação probatória.

É por meio da confissão que uma pessoa assume ter realizado ou deixado de realizar alguma ação que dela era esperado. Se a confissão real (art. 389) ou ficta (art. 385, §1º) estiver em contrariedade à prova pré-existente nos autos será necessário ao juiz realizar a ponderação entre os elementos e, por meio de seu convencimento, determinar qual deve prevalecer, não acarretando a confissão a direta sucumbência da ação. A confissão não se opera em relação à direitos indisponíveis (art. 392).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart notam significativo avanço na disciplina do depoimento pessoal trazida pelo CPC/2015 ao desvinculá-lo do interrogatório livre²⁶⁴⁻²⁶⁵, que “não tem o objetivo de constituir prova no processo (confissão), mas sim o de esclarecer o juiz dos fatos da lide”²⁶⁶⁻²⁶⁷. Sobre o interrogatório livre e sua distinção em relação ao depoimento pessoal da parte, ensina João Batista Lopes que

²⁶¹ Este sentido restou preservado na doutrina até os dias atuais: SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. (arts. 332 a 475). 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 64. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.102. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 442-443. NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.1106.

²⁶² Para William Santos Ferreira a confissão é apenas uma das finalidades do depoimento pessoal. A dissociação do depoimento com a confissão auxiliaria na evolução deste meio de prova, possibilitando que a parte mesmo requeresse seu próprio depoimento, pois este meio de prova “não tem titular [...] como também não impede a identificação de sua real função que é o esclarecimento dos fatos – e não a obtenção da confissão – das formas mais aptas ao alcance destes objetivos” (FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 212).

²⁶³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1983. v. 1. P. 78.

²⁶⁴ “O depoimento da parte não se confunde com o interrogatório livre. O CPC/1973 confundia abertamente as duas situações, tratando do interrogatório livre como uma forma de depoimento da parte, no seu art. 342. Entretanto, tanto por se sujeitarem a regimes diversos, como por possuírem finalidades diferentes, o tratamento conjunto dos institutos era criticado por larga parte da doutrina nacional. Em virtude disso, o CPC/2015 separou o tratamento das figuras, disciplinando o interrogatório livre no art. 139, VIII, e o depoimento da parte a partir do art. 385”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 432.).

²⁶⁵ Também apontando o acerto legislativo: OLIVERIA NETO, Olavo. Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v.1., p. 629.

²⁶⁶ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 441.

²⁶⁷ Isto, contudo, não significa que a parte não possa confessar durante a realização deste ato. Apenas não restará possível a pena de confissão ficta caso a parte não compareça. Neste sentido: BENEDEZZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 70 ao 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p. 287.; MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 624.

[...] em relação ao interrogatório de esclarecimento, a parte escolhe entre comparecer a juízo, para prestar os esclarecimentos que o juiz julgar convenientes ou sujeitar-se às conseqüências de sua omissão, vale dizer, ter a causa julgada sem esses esclarecimentos, além da sanção aplicável ao litigante de má-fé, se for o caso. O certo, porém, é que o juiz não poderá caminhar adiante da lei, constringendo a parte ao comparecimento ou aplicando-lhe sanção não prevista no ordenamento jurídico.²⁶⁸

No CPC/2015, o interrogatório livre restou abarcado pelo art. 139, inciso VII, que dispõe que o juiz dirigirá o processo, podendo 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. Torna-se nítido meio de esclarecimento juízo, que pode ocorrer uma única vez ou diversas vezes ao longo do curso processual, sempre que o magistrado verificar sua necessidade²⁶⁹.

Questão que se debate é sobre a possibilidade de a parte requerer ao juízo seu depoimento pessoal ou seu interrogatório livre, como meio de levar ao juiz diretamente, sem o intermédio de seu advogado, os fatos e circunstâncias que a afligem, uma vez que a parte, melhor do que ninguém, os conhece e com eles convive. William Santos Ferreira propugna por esta possibilidade²⁷⁰. Não se dissente em todo deste entendimento, todavia observa-se que, provavelmente, terá pouca utilidade no processo, pois o magistrado, ao ouvir a parte, terá seu espírito armado em face de eventuais jogos de cena, reduzindo a efetividade do ato. A justiça, em seu atual estágio, voltado à persuasão racional, não se coaduna com as antigas suplicas ao bom rei.

²⁶⁸ LOPES, João Batista. O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro. *Revista de Processo*, v. 13, p. 86-108, jan./mar. 1979.

²⁶⁹ Neste sentido: “Em termos amplos, pode-se dizer que o interrogatório livre é antes uma forma de esclarecimento de que se vale o juiz para melhor inteirar-se dos fatos do processo do que propriamente um meio de prova. [...] Portanto, a oitiva que se faz por meio do interrogatório livre não sujeita a parte depoente à confissão ficta. Ao contrário, o depoimento da parte (ou pessoal, conforme a nomenclatura empregada pelo CPC) tem nítido e específico fim probatório, já que normalmente o seu objetivo primário é obter a confissão da parte adversa. Disso decorrem tratamentos específicos para cada um dos institutos, dos quais podem ser tidos como mais evidentes: o interrogatório é medida adotada de ofício pelo juiz, podendo ser determinado em qualquer fase do processo (art. 139, VIII, CPC/2015); ao contrário, o depoimento da parte tem momento próprio no *iter* processual (audiência de instrução e julgamento) e exige o requerimento da parte contrária (art. 385, CPC/2015). Também em consequência dessa distinção, no interrogatório livre, em princípio, apenas ao juiz é dado o poder de iniciativa no questionamento, não havendo participação nem do advogado da parte inquirida, nem do representante do polo contrário; diversamente, no depoimento pessoal, há a oportunidade para que o advogado da parte contrária formule perguntas ao depoente, na forma do art. 459, *caput*, CPC/2015. Por fim, diante daquela mesma finalidade, conclui-se que o interrogatório livre pode ser *único* ou *múltiplo*, no sentido de que a parte pode ser ouvida várias vezes em um único processo; já o depoimento pessoal é sempre *único*, realizado, normalmente, na audiência de instrução e julgamento.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 432-433.)

²⁷⁰ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 212.

Transportando estes institutos para a fase recursal do processo, tem-se que o depoimento pessoal deve ser requerido pela parte (art. 385), razão pela qual se este depoimento não fora requerido em momento oportuno – na petição inicial ou no momento aberto à especificação das provas – restará à parte precluso o direito a este meio probatório.

De outro modo, caso requerida a realização do ato oportunamente e, por motivo de força maior, este não se tenha realizado; julgado o processo, poderá a parte, em recurso de apelação, reiterar o pedido de depoimento pessoal, hipótese na qual poderá ser realizado o depoimento diretamente perante o Tribunal.

Também o recurso de agravo de instrumento pode comportar a realização do depoimento pessoal, na medida em que, debatendo uma antecipação de tutela ou uma cautelar, se busque, por meio deste, demonstrar a situação litigiosa de urgência. Embora exceção, esta prova não se mostra incompatível com o sistema das tutelas de urgência quando outra não restar outro meio hábil à demonstração do fato.

Já a confissão pode ocorrer a qualquer momento, judicial ou extrajudicialmente (art. 389). Neste sentir, se a parte confitente desejar pode confessar diretamente nos autos, de forma espontânea, por si mesma ou por seu procurador com poderes para tanto (art. 390, §1º). A confissão extrajudicial deverá ser trazida aos autos, ingressando no processo como documento.

Por fim, o interrogatório livre da parte pode ocorrer a qualquer momento²⁷¹, perante o relator do processo (art. 139, VIII, c.c. art. 932, I, c.c. art. 938, §3º do CPC/2015) ou perante o órgão julgador. Prestando-se ao esclarecimento dos fatos e ao aprimoramento da justiça.

5.2.4 Pericial

A ciência²⁷² é um conjunto sistemático e organizado de conhecimentos, experimentáveis e verificáveis, descritos por meio de uma linguagem precisa²⁷³.

²⁷¹ Neste sentido, Beneduzi anota que: “Este *interrogatório* das partes, determinável *ex officio* e em qualquer momento do processo, mesmo em fase recursal, não se confunde com o eventual depoimento pessoal da parte em audiência. Não se trata, a rigor, de um *meio de prova*, mas de um instrumento à disposição do juiz que lhe permite estabelecer um contato pessoal com as partes quando este contato lhe parecer útil ou necessário, independentemente da fase em que se encontrar o processo. Mesmo fora, portanto, da fase instrutória. A oralidade e a imediatidade permitem-lhe assim uma leitura mais precisa e direta da realidade dos fatos, sem o intermédio do *filtro* que as petições escritas redigidas por advogados representam.” (BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 70 ao 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p. 287).

²⁷² O Círculo de Viena apresenta a “[...] concepção científica do mundo, como algo a ser conquistado mediante uma série de medidas entre elas: a) colocar a linguagem do saber contemporâneo sob rigorosas bases

O conhecimento é um “procedimento” pelo qual se afere um “objeto”, ou seja, o conhecimento é um meio ou forma de se descrever, calcular ou prever um fato, uma coisa, uma realidade, um acontecimento ou mesmo um pensamento de modo verificável²⁷⁴. O “conhecimento científico” traduz o procedimento a um método reproduzível (*metodologia*), de modo que um *alter* possa, ao repetir o processo de experimentação, confirmar o resultado verificado.

Um discurso científico estaria assim caracterizado pela existência de um feixe de proposições linguísticas, relacionadas entre si por leis lógicas e unitariamente consideradas em função de convergirem para um único domínio, o que dá aos enunciados um critério de significação objetiva.²⁷⁵

Lúcia Santaella adverte, à luz do pensamento de Pierce, que

[...] ciência é corpo sistematizado de conhecimento e a maioria das classificações da ciência baseia-se em conhecimento sistematizado e estabelecido. Entretanto, segundo Pierce, isso não passa da exumação da ciência viva. O que caracteriza as versões convencionais de ciência é que as verdades cuidadosamente estabelecidas são catalogadas e colocadas nas prateleiras e na mente de cada cientista para serem usadas nas ocasiões convenientes. Entretanto, o mero conhecimento, embora sistematizado, é memória morta.²⁷⁶

O conhecimento somente é apreensível a partir de um conhecimento anterior e pressupõe um canal de comunicação entre o sujeito e o objeto, qual seja, a linguagem. Neste sentido, para que um sujeito cognoscente possa apreender uma determinada realidade é necessário que ele tenha condições de compreendê-la e de discorrer sobre ela.

O pensamento humano se forma a partir do padrão linguístico utilizado para descrever as coisas de nossa inteligência, existindo direta relação entre os padrões linguísticos e as

intersubjetivas; b) assumir uma orientação absolutamente humanista, reafirmando o velho princípio dos sofistas: o homem é a medida de todas as coisas; e c) deixar assentado que tanto a Teologia quanto a Filosofia não poderiam ostentar foros de genuína validade cognoscitiva, formando, no fundo, um aglomerado de pseudoproblemas. De tal concepção emergem dois atributos essenciais: 1º) todo o conhecimento fica circunscrito ao domínio do conhecimento empírico; e 2º) a reivindicação do método e da análise lógica da linguagem, como instrumento sistemático da reflexão filosófica” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 23-24.).

²⁷³ “A língua é um fenômeno que organiza, sob um código, os sons e gestos de forma a permitir a comunicação entre os indivíduos pertencentes a um mesmo grupo. Constitui-se em uma das formas de linguagem, sendo esta uma forma social/cultural de comunicação e significação que inclui, além da língua (linguagem verbal), outras formas codificadas como a escrita, a culinária, a moda e o próprio direito. A linguagem, por sua vez, constitui-se na capacidade inerente aos seres humanos de expressar e transmitir informações, por meio da língua, propiciando a troca de mensagens entre pessoas”. (ZAMPAR JR., José Américo. *Modus ponens e a decisão judicial*. In: BRITO, Maria Helena; GENARO, Leandro Lopes; ZAMPAR JR., José Américo (Coords.). *Estudos de processo tributário*. São Paulo: Lualri, 2017. p. 61-62).

²⁷⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 205.

²⁷⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 30.

²⁷⁶ SANTAELLA, Lucia. A relevância da semiótica para a construção do conhecimento. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 77-101. p. 82.

reações semânticas dos falantes, pois os signos enquanto não interiorizados pelos membros do grupo social não se tornam uma linguagem. As hipóteses estruturais implícitas numa língua se refletem no comportamento dos indivíduos²⁷⁷.

Na medida em que as categorias devem contemplar as classes de pensamento que uma inteligência pode aprender, acaba por recorrer na determinação da conduta do indivíduo, sendo, portanto, categorias de organização da língua.

O diagrama básico do signo, submetido às exigências e às restrições da experiência possível, dará lugar a classes de signos que deverão contemplar em seus componentes essenciais todas as classes de pensamento que uma inteligência capaz de aprender, e, conseqüentemente, com experiência, recorre na determinação da conduta.²⁷⁸

A comunicação por meio da linguagem só ocorre quando o receptor de uma mensagem partilha do mesmo código de seu emissor, possibilitando que o segundo traduza o signo em código e o primeiro tenha a capacidade de decodificar o sinal recebido novamente em signo, formando a mensagem como resultado desta decodificação.

[...] a comunicação social ocorre entre dois comunicadores, que são ao mesmo tempo emissores e receptores. A essa relação, nos parece, refere-se Miguel Reale, ao reconhecer na “bilateralidade” uma qualidade de toda ação humana social. Esta – diz ele – dirige-se sempre a um “alter” [...].²⁷⁹

O emissor da mensagem deve utilizar-se do código de modo adequado, produzindo relações sintáticas e semânticas em conformidade com os padrões estabelecidos previamente e conhecidos pelos usuários do código, para que a comunicação ocorra de modo adequado.

Sem qualquer conhecimento anterior da linguagem, não é possível o início do processo de semiose, de modo que ao se ouvir pessoas falando em uma língua estrangeira que não conhecemos, não teremos a apreensão daquele conteúdo. É impossível a comunicação se o repertório for distinto, sem um certo repertório de possibilidades preconcebidas ou de representações pré-fabricadas.

A conotação e a denotação são processos de associação de significado dentro de um signo; assim, ao se realizar um processo de concreção, faz-se a semiose entre o objeto e o signo, formando-se um interpretante.

²⁷⁷ HAYAKAWA, S.I. O que significa estrutura aristotélica de linguagem? In: CAMPOS, Aroldo de. *Ideograma: lógica, poesia, linguagem*. São Paulo: EDUSP, 2000. p.229-230.

²⁷⁸ SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. *Curso de semiótica geral*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.38.

²⁷⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.81.

Não será possível haver o processo de descrição de um determinado objeto se a linguagem detida não for capaz de descrever este objeto. O limite daquilo da compreensão traduzível em uma linguagem torna-se como uma barreira posta ao indivíduo na compreensão da realidade objetiva e subjetiva que o rodeia. Ludwig Wittgenstein propõe, ainda, que

5.61 A lógica preenche o mundo: os limites do mundo são também seus limites. Na lógica, portanto, não podemos dizer: há no mundo isso e isso, aquilo não. Isso aparentemente pressuporia que excluíssemos certas possibilidades, o que não pode ser o caso, pois, do contrário, a lógica deveria ultrapassar os limites do mundo: como se pudesse observar esses limites também do outro lado. O que não podemos pensar, não podemos pensar; portanto, tampouco podemos *dizer* o que não podemos pensar.²⁸⁰

Com isto, delinea-se claramente o limite daquilo que podemos conhecer como aquilo que para nós existe; ainda que possamos negar, conhecemos e logo, permeia o mundo. O mundo somente é observável de dentro para seu limite e não de fora dele para dentro.

O que está fora do limite do cognoscível está fora do mundo apreensível do sujeito.

O conhecimento dos códigos de linguagem e sua compreensão permitem expandir ou reduzir os limites do mundo de um indivíduo a partir de sua apreensão. Contribuem, também para a delimitação do conteúdo apreensível a precisão da linguagem utilizada, pois quanto maior for sua imprecisão, menor será a compreensão do mundo e o poder de representação do indivíduo deste mundo.

5.631 O sujeito que pensa, representa não existe.
[...]
5.632 O sujeito não pertence ao mundo, mas é um limite do mundo.
5.633 Onde no mundo se há de notar um sujeito metafísico?
Você diz que tudo se passa aqui como no caso do olho e do campo visual. Mas o olho você realmente não vê.
E nada no campo visual permite concluir que é visto a partir de um olho.
[...] 5.634 [...] Tudo que podemos em geral descrever poderia ser diferente.
Não há uma ordem *a priori* das coisas.
[...] 5.641 [...] O eu entra na filosofia pela via de que “o mundo é meu mundo”.
O eu filosófico não é o homem, não é o corpo humano, ou a alma humana, de que trata a psicologia, mas o sujeito metafísico, o limite – não uma parte – do mundo.²⁸¹

A linguagem ao traduzir um conjunto de objetos cognoscíveis também se coloca como o limite cognoscente do indivíduo, não permitindo a consciência para além daquilo que se pode apreender pela linguagem.

A linguagem pode ser classificada e organizada em diversos níveis: *vulgar*, *técnico*, *científico* e *filosófico*. O nível de linguagem *vulgar* é aquele que não respeita os padrões

²⁸⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. 3.ed. São Paulo: EdUSP, 2001. p. 245.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 245-247.

sintáticos e semânticos de uma língua e se presta à comunicação pelos falantes do idioma. O nível *técnico* diz respeito a um sistema codificado, com significados próprio e relação exata que se presta a descrição de um objeto previamente definido. Se aproxima do nível *científico*, mas com este não se confunde, pois este se presta à regulação daquele na medida em que busca resolver os problemas colocados por aquele, concedendo-lhe um padrão verificável a qualquer momento e resolvendo-lhe as ambiguidades. Por sua vez, o nível *filosófico* explica o funcionamento dos demais níveis de linguagem, explicando-lhes a sintática, semântica e pragmática.

Conforme pondera Paulo de Barros Carvalho, o dado jurídico é uma linguagem técnica, e pode ser examinado por todos os outros níveis de linguagem, seja o vulgar, científico ou filosófico.

O direito positivo é um falar técnico. Influi na linguagem ordinária e inspira-se na linguagem científica, onde vai buscar os fundamentos teóricos de suas estratégias de aplicação. Cabe ao cientista, em face dos problemas técnicos que lhe são submetidos, ajustar o funcionamento do modelo para atingir os fins pretendidos na prática. [...] Sempre que os esquemas de sua ciência apresentarem dúvidas, deverá socorrer-se da linguagem filosófica, discutindo a dinâmica de suas teorias, para que elas possam alimentar os técnicos e estes últimos fazerem boa aplicação na linguagem da realidade social.²⁸²

É a partir de cada um dos demais níveis de linguagem que o direito vai buscar seu significado e apresentar seu conteúdo, sendo necessário para sua interpretação um amplo leque de análise, a partir da significação traduzida pelos diversos níveis da linguagem.

Conforme demonstrou-se, o juiz não pode deter em si todos os conhecimentos do mundo, pois enquanto sujeito cognoscente restará limitado pela linguagem que detém domínio.

Existirão casos trazidos para seu julgamento que a matéria debatida exigirá conhecimentos que extrapolam aqueles de um homem médio normal²⁸³. Nestas hipóteses “não pode o magistrado valer-se de conhecimentos pessoais, de natureza técnica, para dispensar a perícia”²⁸⁴, isto porque se assim o fizer estará se utilizando de seus conhecimentos particulares para sentenciar e sua sentença não será mais imparcial, mas sim, em um certo grau, revestida de suspeição²⁸⁵. Deve o julgador socorrer-se dos conhecimentos técnicos de terceira pessoa isenta, aptos fornecer a ele, julgador, e às partes os esclarecimentos

²⁸² CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e Positivização no Direito*. São Paulo: Noeses, 2016. v.3. p. XVIII.

²⁸³ AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 7.ed. Navarra: Civitas, 2012. p. 332.

²⁸⁴ RT 606/199.

²⁸⁵ KISCH, W. *Elementos de derecho procesal civil*. 2.ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1940. p. 196.

necessários dentro do ramo próprio de conhecimento, alguém que por seus estudos e atividades seja perito.

A doutrina não é unanimidade quanto à definição do que é a perícia. Moacyr Amaral Santos chega mesmo a dizer que os autores não definem o que seja perícia, mas apenas a conceituam e após análise das diversas doutrinas afirma que a “perícia consiste no meio pelo qual, no processo, pessoas entendidas e sob compromisso verificam fatos interessantes à causa, transmitindo ao juiz o respectivo parecer”²⁸⁶.

Para João Batista Lopes, a perícia “trata-se da espécie de prova produzida mediante o concurso de profissionais especializados ou pessoas experientes (não necessariamente profissionais de nível universitário)”²⁸⁷, sendo-lhe espécies o exame, a vistoria, a avaliação e o arbitramento.

Cabe a realização da prova pericial quando *a)* a prova do fato depender de conhecimento especial de técnico; *b)* for necessária em vista de outras provas produzidas; *c)* a verificação for possível (art. 464, §1º).

“Os detentores do conhecimento específico (perito e assistentes) têm um papel fundamental, especialmente porque contribuem com informações que os demais participantes do processo usualmente não seriam capazes de obter”, lembra William Santos Ferreira²⁸⁸ antes de indicar que “a prova pericial não é exclusivamente o laudo pericial, mas sim todo o conjunto de atos processuais especificamente voltados à apresentação de elementos para a busca da solução de questões fáticas técnicas ou científicas”, que podem ser aportados aos autos não apenas pelo perito, como também pelos assistentes técnicos e pelas partes.

O CPC/2015 manteve a possibilidade de ser realizada a perícia (prova técnica, na expressão do Código) simplificada (art. 464, §§2º e 3º), que consiste na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico, e a da não realização da perícia quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que o juiz considere suficiente à elucidação da questão (art. 472).

É facultado, ainda, a determinação de uma segunda perícia pelo magistrado (art. 480), quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida, a qual deve recair sobre os mesmos

²⁸⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 1949. v. 5. p. 41.

²⁸⁷ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 130.

²⁸⁸ FERREIRA, William Santos. A prova pericial no Novo Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*. n. 126, p. 202-207, mai. 2015.

fatos da primeira, com a finalidade de corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados. É de se ressaltar que a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra. Paulo Henrique Lucon²⁸⁹ comenta que se trata de providência excepcional facultada ante a perplexidade no resultado da prova, devendo este esclarecimento ser imprescindível à solução do processo.

Não há óbice à determinação da realização de prova pericial pelo órgão julgador para melhor elucidar a questão de fato debatida no processo. Colhe-se da jurisprudência, por exemplo, a conversão do julgamento em diligência para a determinação do valor de um automóvel furtado de uma oficina mecânica, nos idos da inflação alta e da flutuabilidade do valor do automóvel que, por vezes, não correspondia ao das tabelas oficiais²⁹⁰, e para a determinação de danos decorrentes de acidente automobilístico²⁹¹. Também, no caso de ações previdenciárias, é comum a determinação da realização de perícia para se verificar a permanência do estado incapacitante, apto a determinar a concessão do benefício.

Todavia, nem todos os recursos comportam, em seu âmbito de devolutividade, a determinação da realização de perícia, como no caso dos recursos de embargos, que se limitam à sanção de vício da própria decisão. O agravo de instrumento, por sua vez, embora comporte a realização deste meio de prova, deve recebê-lo com ressalvas, pois, por vezes, o fluxo normal do processo responderá à questão que foi decidida sob o estado que se apresentava ao juiz, sendo a matéria debatida aquela apta a verificação de seu cabimento, sobretudo na forma simplificada.

Em sentido amplo, o recurso de apelação comporta a determinação da realização da perícia em todas as suas espécies e modos, inclusive sendo-lhe possível a determinação da realização da segunda perícia para melhor elucidar os julgadores. Até mesmo os recursos

²⁸⁹ “O Código de Processo Civil autoriza, então, se necessária, a realização de uma segunda perícia sobre os mesmos fatos objeto da primeira prova. A providência pode ser determinada de ofício ou a requerimento da parte, mas só será cabível se a matéria não parecer bem esclarecida aos olhos do julgador. Ou seja, trata-se de providência excepcional e só deve ser autorizada quando as provas realizadas nos autos, notadamente a pericial, deixarem o juiz em estado de perplexidade quanto aos fatos controvertidos. Uma nova perícia tem a única e exclusiva finalidade de afastar dúvida em torno do *tema probandum*, não esclarecida pela prova técnica já realizada. Porém, deve resultar imprescindível para julgamento do feito. Do contrário, não poderá ser realizada”. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 267, p. 211-223, mai. 2017.).

²⁹⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Ap. cível n. 1989.001.00766*. rel. Des. Barbosa Moreira, j. 16.05.1989. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 21. set. 2017.

²⁹¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ap. Cível s/ Rev. n° 1.109.406-0/9*. 35. Cam. Dir. Priv. rel. Des. Carlos Von Admaek. j. 06 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2018.

excepcionais, no juízo de rejulgamento comportam a determinação da realização da prova pericial, como no caso do exame de DNA – *ex officio*²⁹².

É de se observar que a prova pericial pode ser conduzida diretamente pelo relator do processo, a partir dos ditames art.932, I, c.c. art. 938, §3º, do CPC/2015, ou ser delegada ao juízo *a quo*. É certo que, sendo a dúvida do juízo *ad quem*, tanto maior será o rendimento da prova quanto estes apresentarem os quesitos que desejam ver respondidos e as questões que pensam necessitam serem elucidadas, de forma a se conceder, na expressão de William Santos Ferreira, a máxima efetividade²⁹³ a este meio de prova.

5.2.5 Inspeção judicial

Para João Batista Lopes a inspeção judicial não é um meio de prova em rigor técnico²⁹⁴, “o juiz não se vale de instrumentos ou pessoas para obter elementos necessários à formação de seu convencimento, mas procede às verificações e exames *ictu oculi*, sem intermediários”²⁹⁵. Na inspeção judicial o julgador tem contato direto com as fontes de prova que “são as pessoas ou os objetos sobre os quais recaem as alegações das partes que precisam ser demonstradas”²⁹⁶, não se utilizando de interposto instrumento – meio de prova – para obter a informação de que necessita²⁹⁷.

O CPC/2015 (art. 481) informa que a inspeção judicial pode ocorrer de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer fase do processo, podendo serem inspecionadas pessoas ou coisas, a fim de que o juiz possa se esclarecer fato que interesse à decisão da causa.

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp*. 218.302. Rel. Min. Barros Monteiro. Dj. 29 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

²⁹³ “[...] a prova pericial, se deferida, deve reunir meios eficientes para o esclarecimento de tudo que se objetivou quando de sua designação, do contrário, estaria atendendo apenas a um oco requisito formal de realização, sem que efetivamente seja um meio na busca de dados e informações relevantes para o momento o julgamento [...]”. (FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 217).

²⁹⁴ Moacyr Amaral Santo, seguindo as lições de Liebman, considera a inspeção judicial um “meio de prova de que se serve o juiz para certificar-se de qualidades, caracteres ou circunstâncias de fato controvertido entre as partes, a fim de formar sua convicção sobre o mesmo. A convicção sobre o fato é o que, em boa técnica, se chama prova. Os meios utilizados para a formação dessa convicção, são os meios de prova”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. (arts. 332 a 475). 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 356.). Também considerando a inspeção judicial como meio de prova: AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 7.ed. Navarra: Civitas, 2012. p. 434-436.

²⁹⁵ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 159.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 95.

²⁹⁷ Entendendo não ser a inspeção judicial meio de prova: RICCI, Francesco. *Delle prove*. Torino: UTET, 1891. p. 2-3.; SABATÉ, L. Muñoz. *Técnica probatória*. Barcelona: Praxis, 1967. p. 141.; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove civile*. 2.ed. Milano: UTET, 2004. p. 614-615.; SPINELLI, Michele. *Las pruebas civiles*. Buenos Aires: EJE, 1973. p.58-62.

É certo que as partes podem requerer a realização da inspeção com a petição inicial, ou no momento em que devam especificar as provas, quando vislumbrarem que, por outro meio, o juiz não possa ter a exata compreensão da questão posta. Logo, não será possível à parte, em razão da preclusão, requerer a realização da inspeção apenas perante o Tribunal.

Para os magistrados não ocorre a preclusão, sendo possível a determinação da realização de inspeção judicial, *ex officio*, a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição. A inspeção tem por finalidade apoiar o convencimento do magistrado, auxiliando-lhe na elucidação de questões que não restaram adequadamente claras. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart anotam que

Quando de ofício, a inspeção assume característica completamente distinta, e por isso pode ser determinada antes ou depois da produção de qualquer prova, mesmo após o fim da audiência de instrução. Além disso, por ter natureza de instrumento posto a serviço do juiz para se esclarecer sobre os fatos, a inspeção judicial pode ser determinada de ofício no Tribunal, ainda que nessa ocasião não possa ser objeto de requerimento da parte.²⁹⁸

William Santos Ferreira²⁹⁹, tratando da máxima eficiência dos meios probatórios, propõe que o contraditório, na inspeção judicial, seja diferido quando o elemento surpresa tornar-se essencial à adequada realização do ato de inspeção, situação com a qual concordamos alertando, todavia, que esta situação pode se tornar complexa no Tribunal ao se ter que deslocar um grande aparato de pessoas para a realização da inspeção.

Exemplo de inspeção judicial no juízo *ad quem* colhe-se do julgamento da Apelação Cível nº 1988.001.03920, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Discutia-se nos autos a suspensão da exibição do espetáculo intitulado Olga e o Cavaleiro da Esperança, peça que retrata a vida de Olga Benário Prestes e do autor da ação, Luiz Carlos Prestes, por suposta ofensa à privacidade e a honra de ambos, além de reparação de danos morais e materiais. A Câmara julgadora, após apreciar as preliminares, por unanimidade converteu o julgamento em diligência “para que a 1ª apelante realizasse exibição privada” de espetáculo de teatro objeto da lide “para os membros da E. Câmara, partes e advogados”, abrindo-se, em sequência à realização da inspeção a oportunidade do contraditório. Restou consignado no acórdão proferido, quanto à delimitação da questão fática, que importa a percepção do magistrado da peça assistida, mais do que, propriamente, do roteiro lido. É a encenação que dá vida ao texto

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 886.

²⁹⁹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 220-221.

e só por meio dela pôde o juiz verificar a inocorrência da ofensa alegada, tendo a inspeção se mostrado essencial para o deslinde da causa³⁰⁰.

Verifica-se a utilidade da inspeção judicial no esclarecimento do magistrado quanto ao fato debatido. Ao se ter contato direto com o fato, abre-se ao magistrado a oportunidade de formar sua convicção de forma pura, sem qualquer influência que intermédio meio probatório poderia ter, como uma testemunha cujas impressões pessoais interferem no depoimento ou as palavras escolhidas para a redação de um documento.

5.2.6 Prova emprestada

A terminologia *prova emprestada* não possui a melhor precisão técnico-semântica com aquilo que se deseja denominar, pois não se pretende o empréstimo da prova de um processo a outro, mas sim realizar sua *transferência* de um processo a outro de modo que possa produzir, no segundo processo, os mesmos efeitos sobre o convencimento do julgador que produzira no primeiro processo, pelo que melhor seria o uso da expressão *prova transferida*³⁰¹.

Jeremy Bentham a considerava como prova inferior no sistema, pois não é possível ao órgão julgador aplicar-lhe as garantias que lhe assegure a exatidão e plenitude, o que reduziria, para o autor, sua força probante, e a conceituava como aquela que estabelecida em uma causa é dela retirada para que seja aplicada na causa em questão³⁰².

³⁰⁰ “[...] importa verificar se existe razão para admitir, na hipótese, a ocorrência de lesão à honra ou à privacidade do Autor e de Olga Benário Prestes. Semelhante avaliação deve ser feita, de maneira precípua, à luz do que se pôde ver e ouvir no ensejo da exibição privada. Esses dados têm primazia sobre quaisquer outros, inclusive sobre os que ministra a leitura do roteiro constante dos autos. Na verdade, uma representação teatral vale essencialmente por aquilo que mostra, na sua dinâmica peculiar, aos espectadores. Ninguém ignora que ao mesmo texto escrito podem corresponder representações de todo em todo díspares; ouq eu, particularizando o discurso, é possível converte texto inócuo, e até edificante, em espetáculo carregado de significação pejorativa, maliciosa, quiçá obscena, assim como dar tratamento cênico delicado, sutil, decoroso, a texto que, lido, suscite o receio de queda no vulgar ou no impudico. [...] o resultado relevante é o da encenação, e não o da leitura. [...] Ofensa à honra do Autor ou de Olga, cabe sem hesitação afirmar que nem o roteiro, nem a encenação contém.” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Ap. cível n. 1988.001.03920*. rel. Des. Barbosa Moreira, j. 14.03.1989. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 21. set. 2017.).

³⁰¹ Em igual sentido, LOPES, João Batista. Art. 372. In. BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v.2. p.253.

³⁰² “Borrowed or transferred evidence, is evidence already established judicially, but established in another cause, from which it is brought to be applied to the cause in question.” (BENTHAM, Jeremy. *A treatise on judicial evidence*. London: The Law Journal, 1825. p.191.)

No Brasil, Moacyr Amaral Santos³⁰³ preceituava que as provas emprestadas são aquelas oferecidas em um processo, mas produzidas em outro. Também, Eduardo Talamini consigna que “a prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram”³⁰⁴.

Eduardo Cambi, escrevendo sobre o tema, conceitua a prova emprestada como aquela que é “produzida em um processo, para nele gerar efeitos, sendo depois, transportada, documentalmente, a um *outro* processo, onde visa a gerar efeitos”, sendo “constituída de *translados da documentação* da prova constituída em outro processo”³⁰⁵.

O CPC/2015 a regulamentou em nosso sistema (art. 372) informando que “*o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório*”

Prova transferida é, pois, aquela constituída em um determinado processo – com a finalidade de formar a convicção e amparar a decisão a ser proferida – no qual, ao menos, a parte em face de cujos interesses se pretende produzir a prova tenha integrado a lide e é carreada ao novo processo para a demonstração de um mesmo fato probando.

Ela não se constitui em um verdadeiro *meio de prova* – que são os meios pelos quais uma fonte de prova aporta sua informação ao processo – mas sim em um dos *modos* (forma) pelos quais a prova já produzida por um meio próprio – testemunhal, pericial etc. – ingressa em outro processo para produzir efeitos sem que haja uma ligação direta do processo com a fonte de prova.

A prova emprestada pode ser levada ao processo em sede recursal, seja pelas partes, seja pelo órgão julgador.

Quando aportada pelas partes ao processo, é importante observar se esta configura-se como uma novidade em face do momento adequado para a parte produzir a prova, ou seja, se a prova fora produzida em outro processo em momento posterior àquele ao qual a parte deveria produzir no processo em curso.

Se a resposta é negativa, é necessário investigar se a parte que pretende emprestar a prova somente obteve a sua ciência após encerrado o momento oportuno para a adequada instrução processual. Isto ocorre porque a prova emprestada não pode servir de coringa, que

³⁰³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p.351.

³⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, v. 91, p. 92-114, jul./set. 1998.

³⁰⁵ CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá. 2014. p. 69 (grifos no original).

somente é utilizado quando os demais elementos se demonstrem desfavoráveis. O dever de lealdade e de boa-fé impelem a parte, em nosso sistema, a trazer todos os seus argumentos e elementos na primeira oportunidade, sob pena de preclusão.

Se trazida pelo juízo, de outro processo do qual julgou, é necessário que no processo em curso reste presente uma situação necessária, servindo esta produção probatória como meio de completar o processo e fornecer, aqui, um julgamento de mérito.

A prova trazida de processo no qual nenhuma das partes litigantes no processo no qual a prova ingressa não tenham participado não será prova transferida – isto é, não possuirá o mesmo valor probante da prova produzida no processo originário (testemunhal, pericial, etc) – mas mero documento que ingressa e será valorado com tal à luz do quadro fático probatório existente no processo receptor. Esta situação pode ocorrer nas hipóteses em que, pela identidade da situação fática, um grupo de pessoas seja atingido, mas, no processo, as responsabilidades se delineiam de modo diverso.

Exemplifica-se, por exemplo, que pode haver em um processo trabalhista o pedido do pagamento de adicional de periculosidade em razão de grande tanque de combustível que alimenta um gerado de emergência instalado no subsolo do Edifício A. No processo em que um empregado do Edifício A litiga com o condomínio pleiteando o adicional de insalubridade, produz-se a prova pericial e julga-se o mérito. Todavia, o empregado da Empresa X, que tem sede no Edifício A, pleiteando o mesmo adicional de periculosidade em face de seu empregador, em razão do local de trabalho, poderá utilizar-se do laudo produzido no processo entre o Condomínio e seu Empregado, como mero documento e não como prova pericial. De igual modo, por exemplo, o empregado da Empresa Y, localizada no Edifício B, vizinho ao Edifício A. Embora haja um princípio de prova no caso das Empresas X e Y, será necessária a produção de prova pericial específica para individuar a situação.

A prova transferida somente o é quando produzida em um processo no qual, ao menos, uma das partes integrou a lide onde fora produzida³⁰⁶, do contrário não se trata de prova emprestada, mas mero documento, devendo ser valorado como tal e não com o valor do meio de prova do processo no qual fora produzido.

Interessante questão que se coloca em relação à prova emprestada em sede recursal diz respeito à uniformização dos pronunciamentos para questões de fato similares. Pode ocorrer de havendo mais de um processo, envolvendo partes diversas, que tratem da mesma situação

³⁰⁶ Neste sentido defendemos em: BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso; ZAMPAR JR., José Américo. Anotações sobre a prova emprestada no CPC/2015. *Revista Forense*, v. 427, p. 291-307, jan./jun. 2018.

de fato, do conjunto probatório de ambos os autos indicarem soluções contraditórias de um a outro – por exemplo, com perícias para um mesmo fato em sentidos opostos. O CPC/2015 intenta que a jurisprudência seja uniforme e estável, mas apenas em relação a matérias de direito, não trazendo soluções para as divergências factuais. Em princípio, não nos afigura possível ao juízo trazer uma prova emprestada para modificar, de modo determinante, o resultado do processo. Este papel incumbe à parte! Está em âmbito de dispositividade. Na hipótese, vendo-se frente a duas provas contraditórias em ações próximas, compreendemos que o julgador poderia trazer a perícia de um processo a outro como prova emprestada e, à luz do novo elemento, determinar a realização de novo exame, com o intuito de unificar a solução de fato ou esclarecer-lhes as peculiaridades que indiquem respostas diversas.

Em síntese, podem as partes e o juízo realizar a produção da prova emprestada com o intuito de complementar e elucidar o conjunto fático probatório.

6 CONCLUSÃO

Em face de todo o quanto se expôs podemos apresentar as seguintes sínteses conclusivas:

1. O CPC/2015 adotou o modelo constitucional de processo.
2. O modelo constitucional de processo não é uma novidade trazida pelo CPC/2015, mas decorre de todo um desenvolvimento da ciência do direito realizada desde o pós-guerra à atualidade.
3. O modelo constitucional de processo informa uma necessidade de os institutos processuais serem estudados à luz dos direitos e garantias fundamentais, tendo-os como ponto de partida e de chegada.
4. O processo justo não pode conceder margem ao autoritarismo judicial, devendo o juiz debater com as partes as soluções possíveis, dentro do aspecto do contraditório, decidindo à luz da ordem jurídica posta.
5. Um processo justo somente ocorre com o respeito ao devido processo legal, este compreendido como aquele que assegura o contraditório e a ampla defesa, dentro dos primados da legalidade.
6. O acesso à justiça não significa apenas a possibilidade da parte pedir ao judiciário a prestação jurisdicional, mas também o de recebe-la de forma adequada, em tempo e modo.
7. A boa-fé, em todas as suas dimensões, age como pauta de conduta das partes e do juízo, possibilitando o controle sobre o comportamento dos sujeitos processuais, de modo a garantir um agir ético e comprometido com a lealdade.
8. O CPC/2015 busca formar uma comunidade de trabalho, na qual as partes possam cooperar com o juízo na busca da solução do litígio.
9. O dever de cooperação não impõe às partes o dever de agir de modo contrário aos seus próprios interesses, contribuindo para que o adverso vença.
10. Ao juiz são impostos deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio.
11. O contraditório passa a extrapolar a simples participação da parte no processo para se demonstrar como o poder de influência na formação da decisão.
12. Todas as decisões devem ser adequadamente fundamentadas, sendo demonstrado pelo juízo que avaliou as questões, pontos e argumentos trazidos pelas partes.
13. A fundamentação se mostra como uma das faces do exercício do contraditório.

14. É por meio da fundamentação que se pode saber se as provas aportadas ao processo foram consideradas pelo julgador na formação de seu convencimento.
15. A prova é um direito da parte, garantido constitucionalmente, que se volta a possibilitar o pleno exercício do direito de ação.
16. O direito à prova compreende o direito a produção da prova, à valoração da prova e a motivação da decisão à luz das provas.
17. A República Federativa do Brasil se pretende um Estado Democrático de Direito, que, em suas feições, busca equilibrar os poderes do Estado na busca das provas com as liberdades e autonomias individuais.
18. Os destinatários da prova são o processo, as partes e o juiz.
19. A valoração da prova não se confunde com a apreciação da prova.
20. Em razão do princípio da inércia, incumbe às partes trazerem ao processo os elementos necessários à solução da lide, sendo vedado ao juiz estender seus limites.
21. Em razão do princípio da eventualidade, sobre as partes recai o ônus da afirmação, ou seja, a necessidade de se introduzir no processo todos os fatos e questões necessários à solução da lide.
22. O juiz ao determinar a produção de provas deve se balizar pelo binômio utilidade-necessidade.
23. O juiz não atua com discricionariedade.
24. O juiz tem o dever-poder de determinar provas *ex officio*.
25. O julgamento por ônus deve ser exceção em nosso sistema processual.
26. O relator possui poderes instrutórios.
27. Os fatos notórios são aqueles que, por uma circunstância particular de sua ocorrência, são conhecidos no tempo e lugar em que se passaram.
28. Os fatos notórios podem receber a prova do fato em si ou da sua notoriedade.
29. Dispondo a parte da realização de uma prova, sem que, com isto, interfira ou limite a cognição judicial sobre uma questão, resta limitado o poder instrutório do juiz.
30. As provas devem ser propostas em momento oportuno pelas partes – com a inicial, com a contestação ou no momento para sua designação.
31. A atividade probatória possui os seguintes momentos: *a)* oferecimento ou proposição; *b)* admissão ou recepção; *c)* produção ou execução; e *d)* valoração.
32. É possível a introdução de fatos posteriormente a inicial ou a contestação.
33. É possível a proposição e produção de prova em momento superveniente, quando o fato for superveniente ou quando a parte demonstrar que deixou de trazê-lo ao processo e requerer

a prova, de boa-fé, por restar impedida de fazê-lo no momento próprio ou por que somente teve ciência posteriormente.

34. A introdução de fatos em sede recursal é exceção no sistema, e não regra.

35. É possível a produção de prova em sede de recurso, à luz dos arts. 932, I, 933, 938 e 1.014 do CPC/2015.

36. A produção de provas em sede recursal ampara-se nos efeitos devolutivo e translativo dos recursos.

37. Todos os recursos comportam a produção de provas em maior ou menor medida.

38. O recurso de apelação é aquele que admite a produção de provas em sua maior amplitude.

39. Se a prova indeferida possuir o condão de influir na decisão a ser proferida, deve o Tribunal determinar a reabertura da instrução processual para sua integração e nova decisão.

40. A vedação à inovação processual em matéria de provas busca valorizar a lealdade processual e a atividade do juízo singular, na medida em que se estimula que as partes debatam os fatos como um todo.

41. A possibilidade de admissão do fato ou da prova não trazidos no juízo *a quo* é balizada por dois fatores ou: *a)* a prova se presta à complementação da instrução originalmente realizada, ou seja, é subsidiária e tem por objetivo aprimorar o conjunto fático-probatório; ou *b)* se presta a atualizar a demanda, sem modificá-la, para que a entrega da prestação jurisdicional seja efetiva e reflita a situação atual da coisa litigiosa.

42. Deve ser verificada a boa-fé das partes na instrução processual, não sendo ofendido o duplo grau de jurisdição em razão da análise restar realizada apenas em segunda instância.

43. O recurso de agravo, por tratar-se de meio de impugnação de decisão de um processo que está em curso, tem âmbito de produção de provas reduzido. Sendo necessária a produção de prova do próprio fato, este deverá ser realizado no juízo *a quo*, cabendo, aqui, apenas, a complementação dos elementos dos autos de modo a permitir o acerto da decisão do juízo *ad quem*.

44. A produção de provas em agravo é complementar e não principal, pois há um processo *in itinere*, apto a suportar a dilação probatória, com todo o privilégio do contraditório e da ampla defesa.

45. Dentro do âmbito de cognição do agravo interno, voltado à desconstituição da decisão monocraticamente proferida, poderá o agravante produzir prova voltada a demonstrar os requisitos de admissibilidade do recurso originário.

46. A admissibilidade de fato superveniente, em sede de embargos de declaração, pode ocorrer excepcionalmente, quando: *a)* o fato ocorreu supervenientemente à propositura da

ação e a decisão silenciou-se sobre ele, sendo omissa; *b*) o fato ocorreu posteriormente à prolação da decisão, hipótese em que, admissível os embargos, abre-se à parte a possibilidade de deduzir o fato superveniente para apreciação judicial como medida de economia e celeridade.

47. O recurso ordinário possui devolutividade ampla, comportando, ainda, o efeito translativo.

48. A cognição no recurso ordinário e, por consequência, a produção de prova resta limitada pelo rito das ações na qual está incerto o recurso – mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção.

49. No recurso ordinário, nos processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País, a cognição recursal será ampla, funcionando o recurso ordinário como uma apelação.

50. Os recursos excepcionais não cabem para reexame de provas, apenas para reavaliação de prova.

51. Embora não caiba recurso especial para o reexame da prova, admite-se o reexame da prova em seu juízo de rejuízo.

52. É possível a produção de prova nos recursos excepcionais, embora esta seja medida especialíssima.

53. O terceiro, quando interpõe recurso, pode produzir a prova necessária à demonstração de suas alegações.

54. A remessa necessária, enquanto sucedâneo recursal, admite a determinação de prova *ex officio* em caráter amplo, não subsidiário.

55. A ampliação da colegialidade devolve todas as matérias ao julgamento do colegiado ampliado, podendo o colegiado solicitar a complementação da prova processual.

56. É possível a propositura de todos os meios de prova em grau recursal.

57. A prova documental, por sua facilidade, será admitida em todos os meios recursais.

58. A prova testemunhal pode ser admitida em todos os meios recursais, sendo aconselhável que sua colheita seja realizada diretamente no juízo *ad quem*.

59. O uso de novas tecnologias, que se prestam a reduzir as distâncias físicas, facilitam a produção da prova oral em segundo grau de jurisdição.

60. É possível a confissão em sede recursal.

61. É possível a realização de interrogatório livre a qualquer momento, inclusive em sede de recurso.

62. É possível a realização de perícia no segundo grau de jurisdição, não havendo óbices a que a prova pericial seja dirigida pelo relator do processo.
63. A prova pericial é comportada pela apelação, pelo recurso de agravo e pelo recurso ordinário. Excepcionalmente pode ser realizada no recurso especial.
64. É possível a realização de inspeção judicial pelo colegiado que julgará a causa.
65. É possível a produção de prova emprestada em sede de recursos.
66. A produção de provas em sede recursal, *frise-se*, é exceção no sistema, e não regra. Se presta a garantir a adequada prestação jurisdicional.

Enfim, embora a prova deva ser produzida perante o juízo singular, no momento estabelecido pelo Código, que medeia o saneamento e a sentença, podemos afirmar que este momento não é único e excludente de qualquer outro para a produção da prova no processo, podendo a prova ser produzida em sede recursal, sem prejuízo ao duplo grau de jurisdição e como medida de entrega da prestação jurisdicional célere e adequada.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

ABBOUD, Georges. *Discrecionabilidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

ABRAHÃO, Jorge. Valor do depoimento de uma testemunha na convicção do juiz. *Revista de Processo*, n. 20, p. 250-254, out./dez. 1980.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações e leis do Reino de Portugal*. 14.ed. Rio de Janeiro : Typ. do Instituto Philomathico, 1870. 5.v.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, v.73, p. 7-14, jan./mar. 1994.

ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ARAÚJO, Luciano Vianna. Apelação cível no Código de Processo Civil 2015. *Revista de Processo*, n. 261, p. 281-312, nov. 2016.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 7.ed. Navarra: Civitas, 2012.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Reexame do valor da prova. *Revista de Processo*, v. 6, p. 189-215, abr./jun. 1977.

_____. *Tratado de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. I.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 [e-book]

_____.; LEITE, George Salomão; ALVIM, Angélica Arruda (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

AURELLI, Arlete Inês. A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual/ativismo judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, n. 90, p. 73-85, abr./jun. 2015.

_____. A produção da prova oral por videoconferência no âmbito do processo civil. In.: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo (Coords.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013.

_____. Normas fundamentais no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de processo*, n. 271, p. 19-47, set. 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *A origem e introdução da apelação no direito lusitano*. São Paulo: Fieo, 1976.

_____. Ainda a origem e introdução da apelação no direito lusitano. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, v. 90, p. 67-82, 1995.

BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 52, n. 158, mar./abr. 1955.

_____. *Do mandado de segurança*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recurso para os tribunais superiores*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Preclusão diferida, o fim do agravo retido e a ampliação do objeto da apelação no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 243, p. 269-280, mai. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In.: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2.

BENTHAM, Jeremy. *A treatise on judicial evidence*. London: The Law Journal, 1825.

BERMUDES, Sérgio. Considerações sobre o efeito suspensivo dos recursos cíveis. *Revista da EMERJ*, n. 11, p. 66-71, 2000.

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos recursos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. XX.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 30 set. 2018.

BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil elaborado pela Comissão de Juristas*. Brasília, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. _____. *Código de Processo Civil: histórico da lei*. Brasília-DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v.I. t.I.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Ag em REsp nº 957.821 – MS*. Corte Especial. Rel.^a Min. Nancy Andrichi, j. 20 nov. 2017. DJe 19 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. _____. *AgInt no AgInt no AREsp 1.053.466-MS*. 3.T. rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. j. 07 ago. 2018. DJe 13 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. _____. *AgInt no AREsp 1.074.009-SP*. 4.T rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. 19 set. 2017. DJe 27 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. _____. *AgInt no AREsp 1.102.343-RJ*. 4.T rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. 19 abr. 2018. DJe 02 mai. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. _____. *AgInt no AREsp 1.168.651-MG*. 3.T. rel. Min. Moura Ribeiro. j. 28 ago. 2018. DJe 31 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. _____. *AgInt no AREsp 1.169.742-DF*. 2.T. rel. Min. Mauro Campbell. j. 12 jun. 2018. DJe. 20 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

_____. _____. *AgInt no AREsp 1.261.174-SP*. 4.T. rel. Min. Lázaro Magalhães. j. 23 ago. 2018. DJe. 29 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. _____. *AgRg no AREsp 294.057-SP*. 4. T., j. 19 set. 2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. _____. *AgRg no AREsp 574.333/PE*. 2.T. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20 nov. 2014. DJe 28 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. _____. *AgRg no REsp 343.904-PR*. rel. Min. Eliana Calmon. d. 07 jun. 2002. DJ 25 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. _____. *AgRg no REsp 1.462.683/SP*. 4.T. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. j. 25 nov. 2014. DJe 02 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. _____. *AgRg no RMS 19.261-MA*. 6.T. rel. Min. Nefi Cordeiro. J. 21 ago. 2014. DJe 04 set. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018.

_____. _____. *AgRg no RMS 20.651-RS*. 4.T. rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. j. 16 out. 2012. DJe 29 out. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018.

_____. _____. *AgRg no RMS 44.688-DF*. 3.T. rel. Min. Sidnei Beneti. DJe 13 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018.

_____. _____. *AgRg no RMS 49.329-MS*. 2.T. rel. Min. Mauro Campbell Marques. j. 17 dez. 2015. DJe 18 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018.

_____. _____. *AgRgAg 456.538-MG*. 1.T. rel. Min. Teori Zavascki, DJU 4 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. _____. *EmbDcl 13845*.rel. Min. César Rocha, j. 29 jun. 1992. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 15 mai. 2018.

_____. _____. *EDcl no ARE no RE nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 804.142-MT*. Corte Especial. rel. Min. Humberto Martins. j. 04 abr. 2018. DJe. 09 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. _____. *REsp 5.663-SP*. 4.T. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. j. 15 out. 1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.

_____. _____. *REsp 5.708 – SP*. 1. T. Rel. Min. Gomes de Barros. DJU 30 set. 1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. _____. *REsp 41.158*. Rel. Min. Menezes Direito. Dj. 20.08.1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. _____. *REsp. 181.627*. Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira. J. 18 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. _____. *REsp. 218.302*. Rel. Min. Barros Monteiro. Dj. 29 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. _____. *REsp 307.238*. rel. Min. Eliana Calmon. j. 18 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.

_____. _____. *REsp 343.904-PR*. 2.T. rel. Min. Eliana Calmon. j. 01 out. 2002. DJe 24 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. _____. *REsp 382.742-PR*. 2.T. rel. Min. Francisco Peçanha Martins. j. 16 fev. 2006. DJ 26 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. _____. *REsp. 500.182-RJ*. 4.T. rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. 03 set. 2009. DJe 21 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. _____. *REsp 695.127-DF*. rel. Min. Paulo Furtado. j. 17 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.

_____. _____. *REsp 614.580-RS*. rel. Min. Humberto Martins. j. 30 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.

_____. _____. *REsp. 780.396-PB*. rel. Min. Denise Arruda. DJ. 19 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. _____. *REsp 1.110.005-DF*. 1.T. rel. Benedito Gonçalves. j. 05 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.

_____. _____. *REsp 1.116.574 –ES*. Rel. Min. Massami Uyeda. J. 14 abr. 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 08 out. 2017.

_____. _____. *REsp 1.189.465-SC*. 3.T. rel. Min. Nancy Andrighi. j. 26 out. 2010. DJe 09 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. _____. *REsp 1.369.571*. rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva. j. 28 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018

_____. _____. *REsp 1.584.404*. 3.T. rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. j. 13. set. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.

_____. _____. *REsp 1.659.536-SP*. 6.T. rel. Min. Nefi Cordeiro. DJe 17 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 ago. 2018

_____. _____. *REsp 1.664.907*. rel. Min. Nancy Andrighi. j. 12 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 2 out. 2018.

_____. _____. *REsp 1.672.501-SP*. Decisão Monocrática. rel. Min. Nancy Andrighi. d. 26 mar. 2018. DJe 03 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

_____. _____. *REsp nº 1.679.909-RS*. 4.T. Rel. Min. Luis Filipe Salomão. DJe 01 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. _____. *RMS 15.877-DF*. 1.T. rel. Min. Teori Zavascki. j. 05 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018.

_____. _____. *RMS 20.627– SP*. 1.T. Rel. Min. José Delgado. j. 07 mar. 2006. DJ. 03 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *EDcl no AgRg no RE 346.736-SF*. 2.T. Rel. Min. Teori Zavascki. j. 4 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

_____. _____. *AgRg no RMS 21.112-1 – PR*. Plen. Rel. Min. Celso de Mello. j. 07 jun. 1990. DJ. 29 jun. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 13 out. 2018.

_____. _____. *AI 253.518-AgR*, rel. min. Marco Aurélio, j. em 9 mai. 2000, Segunda Turma, *DJ* 18 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. _____. *RE 57.420 EDv – Guanabara*. Rel. Min. Pedro Chaves. j. 10 fev. 1966. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 37, p. 480-483, set. 1966.

_____. _____. *RE 78.036*. rel. Min. Aliomar Baleeiro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 2 out. 2018.

_____. _____. *RE 79.932*. rel. Min. Xavier de Albuquerque. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 2 out. 2018.

_____. _____. *RMS 22.180-5-DF*. 1.T. rel. Min. Eros Grau. j. 22 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018.

_____. _____. *RMS 24.309-4-DF ED*. 1.T. rel. Min. Marco Aurélio. j. 17 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018.

_____. _____. *RMS 29.914-DF*. 2.T. rel. Min. Teori Zavascki. j. 10 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 13 ago. 2018.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo Tribunal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. 4v.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9.ed São Paulo: Saraiva, 2018. v.1.

_____. *Manual de direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Normas fundamentais no novo CPC*. Notas de aula. PUC: São Paulo, 2017.

_____. *Novo código de processo civil anotado*. 3. ed. São Paulo Saraiva, 2017. [e-book].

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1967.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956.

CABANES, Antonio Valmaña. El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, n.2, p.2-31, abr. 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di diritto processuale*, v.60, n. 2, p. 449-464, abr./jun. 2005.

_____.; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários aos novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. Il processo come giuoco. *Rivista di diritto processuale*, v. V, p. I, p. 23-51, 1950.

_____. Proceso e giustizia. *Rivista di diritto processuale*, v. V, p. I, p. 273-290, 1950.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. a. X, n.3, p. 164-192, jul./set. 1955.

CÂMARA, Alexandre Freire. *O novo processo civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

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

_____. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá. 2014.

_____. Das provas. In.: CUNHA, José Sebastião Fagundes; CAMBI, Eduardo; BOCHENEK, Antonio César (Coords.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [e-book].

_____.; et al. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In.: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPO, Hélio Márcio. *O Princípio dispositivo em direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo scienza verità. *Rivista di diritto processuale*, v. V, p. I, p. 1-22, 1950.

CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, p. 255-260, mar. 2002.

_____. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

_____.; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1959.

_____. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1938.

_____. *Teoria generale del diritto*. 3.ed. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1951.

_____. *Trattato del processo civile: diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958.

CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio). *Rivista di Diritto Processuale*, a. LVI, seconda série, n.1, p. 73, jan./mar. 2001.

_____. Prova e convincimento del giudice nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. a. LVIII, segunda série, n.1, p. 27-64, jan./mar. 2003.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2017.

CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos: art. 557 do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e Positivização no Direito*. São Paulo: Noeses, 2016. v.3.

_____. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. Ativismo judicial e ônus da prova no processo civil. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 19, p. 221-229, jan./jun. 2007.

_____. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In. MEDINA, José Miguel Garcia; et. al. (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Discricionariedade judicial em matéria probatória. *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, n. 90, p. 389-395, abr./jun. 2015.

_____. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

CAVALLONE, Bruno. Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda). *Rivista di Diritto Processuale*, a. LXI, n. 2, p. 417-432, abr./jun. 2006.

CERINO-CANOVA, Augusto. *Le impugnazioni civili*. Struttura e funzione. Padova: CEDAM, 1973.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1965. 3.v.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. Tese (Cátedra) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 1986.

_____.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, v. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

_____. Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*. v. 112, p. 159-176, out./dez. 2003.

_____. *Le Prove civile*. 2.ed. Milano: UTET, 2004.

_____.; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5.ed. Bologna: Mulino, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1.

_____. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

COSTA, Moacir Lobo. A revogação da sentença. (Perfil histórico). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 72, p. 359-375, 1977.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

_____. *Las garantías constitucionales del proceso civil*. Lima: Instituto Pacifico, 2015. [e-book]

CRUZ e TUCCI, José Rogério, et. al. (Coords.). *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2018.

_____. *A causa petendi no processo civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação. *Revista do Advogado*, v. 40, p. 39-43, jul. 1993.

_____. *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.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. VIII.

CUNHA, José Sebastião Fagundes; CAMBI, Eduardo; BOCHENEK, Antonio César (Coords.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [e-book].

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. *Revista de Processo*, n. 242, p. 273-282, abr. 2015.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Ajuris*, n. 46, p. 97-115, jul. 1989.

DENTI, Vittorio. Il diritto di azione e la Costituzione. *Rivista di diritto processuale*, v. 19, n.1, p. 116-124, jan./mar. 1964.

_____. L'Evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. In: *Studi in onore di Antonio Segni*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1967. vol. 2

_____. *Le Prove nel processo civile*. Milano: AG, 1973.

DIAS, Luciano Souto. *Poderes instrutórios do juiz na fase recursal do processo civil – em busca da verdade*. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.1.

_____.; 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.

_____.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3.

_____.; et. al. (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013-2014. 3.v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1º ao 69*. São Paulo: Saraiva, 2018. v.1.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1.

_____.; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1970.

_____. *Tratado de derecho procesal civil*. Bogotá: Temis, 1967.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In.: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professo Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinario di cognizione e la Novella del 1990*. Torino: UTET, 1991.

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FERREIRA, William Santos. A prova pericial no Novo Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*. n. 126, p. 202-207, mai. 2015.

_____. A prova pericial no Novo Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*. n. 126, p. 202-207, mai. 2015.

_____. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade. In.: MARCATO, Ana Cândida Menezes, et. al. (orgs.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO*. São Paulo: Verbatim, 2018.

_____. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. XLII, n. 3, p. 780-795, set. 1988.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 209, p. 7-18, jul./set. 1997.

_____. Os Princípios constitucionais do processo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2, p. 256-265, 1993.

FREIRE, Rodrigo Cunha da Lima. *A técnica de complementação do julgamento da apelação no Novo CPC*. Disponível em: <portalprocessual.com/a-tecnica-da-complementacao-do-julgamento-da-apelacao-no-novo-cpc/>. Acesso em: 05 dez. 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; et. al. (Coords.). *Execução e Recursos: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2017. v. 3.

_____. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GLÜCK, Federico. *Commentario alle pandette*. Milano: Società Editrice Libreria: 1906. Libro XXII.

GOLDSCHIMIT, Robert. *Derecho justicial material civil*. Buenos Aires: EJEA, 1959.

GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

GRANADO, Daniel Willian. *Recurso de apelação no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Direito processual civil brasileiro*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v.1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, a. 95, n. 347, p. 3-10, jul./set. 1999.

_____. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. Que juiz inquisidor é esse? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, IBCCrim, a. 3, n. 30, p. 1, jun. 1995.

_____. Que juízes são esses? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, IBCCrim, a. 2, n. 25, p. 1-2, jan. 1995.

GUIBO, Antonio Rugero. *A imutabilidade da causa de pedir e o fato superveniente no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2005.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Universitária, 1969.

HAYAKAWA, S.I. O que significa estrutura aristotélica de linguagem? In: CAMPOS, Aroldo de. *Ideograma: lógica, poesia, linguagem*. São Paulo: EDUSP, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JUNOY, Joan Picó i. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1996.

_____. El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español. In.: MAC-GREGOR Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tutela judicial y derecho procesal*. México-DF: Marcial Pons, 2008. t. X. p. 527-565.

_____. *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*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

KISCH, W. *Elementos de derecho procesal civil*. 2.ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1940.

LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 21, p. 13-20, 1983.

LANDI, Pasquale. Il processo civile come conoscenza logica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. XLII, n. 3, p. 1191-1238, set. 1988.

LANES, Júlio Cesar; POZZATI, Fabrício Costa. O juiz como o único destinatário da prova? In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (coords.). *Direito probatório*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p.91-112.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LEITE, J. Oswaldo de Oliveira. Direito superveniente à propositura da ação. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 16, p. 127-132, out./dez. 1978.

LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco: parte prima: il procedimento di cognizione*. Napoli: Morano, 1962

LEONARDO, César Augusto Luiz. *Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2013.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

_____. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição. In.: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora? *Revista de Processo*, v. 244, p. 427-441, jun. 2015.

LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba em derecho civil*. 4.ed. Madrid: REUS, 1957.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Apelação exclusivamente contra decisão interlocutória. A ausência injustificada à audiência de conciliação ou mediação e o recurso contra a multa arbitrada*. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

LIMA, Herotides da Silva. O protesto por provas e o Código do processo. *Revista dos Tribunaes*, v. 71, p. 8-10, ago. 1929.

LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. In: BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coords.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1073 ao CPC/2015*. São Paulo; Saraiva, 2016.

_____. *A prova no direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Alteração do julgado em embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, v. 643, p. 224-227, mai. 1989.

_____. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 23, p. 45-60, jul./set. 1981.

_____. Cargas dinâmicas da prova no novo CPC. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, a. 16, n. 41, p. 33-41, jul./set. 2015.

_____. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. v.2.

_____. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coords.). *Direito probatório*. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p.55-64

_____. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo*, v. 116, p. 29-39, jul./ago. 2004.

_____. Futuro CPC: breves anotações sobre a parte geral. *Revista de Processo*, v. 214, p. 219-225, dez. 2012.

_____. Hierarquia das provas – fato provado por documento. *Revista de Processo*, v. 6, p. 293-296, abr./jun. 1977.

_____. Modelo constitucional de processo: uma “antiga novidade”. In: MARCATO, Ana Cândida Menezes; et. al. (Orgs.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO*. São Paulo: Verbatim, 2018. p. 401-409.

_____. O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro. *Revista de Processo*, v. 13, p. 86-108, jan./mar. 1979.

_____. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, v. 35, p. 24-67, jul./set. 1984.

_____. Recurso Especial – Distinção entre reexame e reavaliação da prova – Diferença entre fato e qualificação jurídica do fato. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 60, p. 113-119, mar. 2008.

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Ed. Castro Lopes, 2016.

_____.; ASSIS, Carlos Augusto de. *Tutela provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada*. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2018.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 267, p. 211-223, mai. 2017.

_____. *Relação entre demandas*. 2.ed. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2018.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARANHÃO, Clayton. Agravo de instrumento no código de processo civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 41, n.256, p. 147-168, jun. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário. *Revista de Processo*, v. 130, p. 19-38, dez. 2005.

_____. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção – art. 497, parágrafo único, CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____.; _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. VI.

_____.; _____.; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2.

_____.; _____.; _____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____.; _____.; _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. I.

_____.; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. XV e XVI.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. 5.v.

_____. *Manual de direito processual civil*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v.18, n.6, p. 21-34, jun. 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual moderno*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Direito processual moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo código de processo civil comentado*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Novo CPC não deve adotar conceito sobre condições para a ação. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-25/cpc-nao-adotar-conceito-condicoes-acao>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

MELENDO, Santiago Sentis. *La Prueba: los grandes temas del derecho probatório*. Buenos Aires: EJEJA, 1978.

_____. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: EJEJA, 1967. t. II

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Apelação cível no Brasil, efeito suspensivo *ope legis* e sua exclusão por meio das tutelas provisórias em grau recursal. In: MARCATO, Ana Cândida Menezes; et. al. (Orgs.). *Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015: uma contribuição dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO*. São Paulo: Verbatim, 2018. p. 695-707.

_____. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva. 2010.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.

MENDES JR., João. A nova phase da doutrina e das leis do processo brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 9, p. 101-126, 1899.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Conteúdo da causa de pedir. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil: Direito de ação. Partes e terceiros. Processo e política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.1.

_____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil: Direito de ação. Partes e terceiros. Processo e política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.1.

MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966.

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

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, a. XXXV, n. 126, p. 47-57, mai. 2015.

_____. Direito fundamental ao processo justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 45, p. 22-34, nov./dez. 2011.

MONTEIRO, João. *Programa do curso de processo civil*. 5.ed. São Paulo: Typographia Academica: 1936

MORAES, José Rubens. *Sociedade e verdade: evolução histórica da prova*. São Paulo: EdUSP, 2015.

MOREIRA, José Carlo Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, n. 35, p. 178-184, jul./set. 1984.

_____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Revista de Processo*, v. 35, p. 231-238, jul./set. 1984.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 16, p. 111-125, out./dez. 1978.

_____. A nova definição de sentença. *Revista de Processo*, n. 136, p. 268-276, jul. 2006.

_____. Anotações sobre o título "Da Prova" do novo código civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Sintese, v.6, n. 36, p. 5-18, jul./ago. 2005.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Revista de Processo*, v. 40, p. 7-12, out./dez. 1985.

_____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, v. 105, p. 181-190, jan./mar. 2002.

_____. Provas atípicas. *Revista de processo*. v. 76, p. 114-126, out./dez. 1994.

_____. Que significa conhecer de um recurso, *Revista Jurídica*, v. 224, p. 5-17, jun. 1996.

NAVARRETE, Miguel Ángel Moreno. *La prueba documental: estudio histórico-jurídico y dogmático*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____.; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, António Castanheira. *Questão-de-fato–Questão-de-direito*. Ou o problema metodológico da juridicidade. (ensaio de uma reposição crítica) Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Manual de direito processual civil – volume único*. 9.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

NUNES, Dierle; DUTRA, Victor Barbosa; OLIVEIRA JR, Délio Mota de. Honorários no recurso de apelação e questões correlatas. In.: COELHO, Marcos Vinicius Furtado; CARMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Honorários advocatícios*. Salvador: JusPodivm, 2015.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coords.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013.

PASSOS, J.J. Calmon de. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 17, p. 123-141, dez. 1980.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Incidente de Assunção de Competência em Ação Rescisória nº 0469197-0*. Rel. Dês. Frederico Ricardo de Almeida Neves. DJE 26 out. 2018. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2018.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VII.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo*. Do isolamento científico, ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REICHELDT, Luis Alberto. Sistemática recursal, direito ao processo justo e o novo Código de Processo Civil: os desafios deixados pelo legislador ao intérprete. *Revista de Processo*, v.244, p. 15-30, jun. 2015.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879. v.2.

RICCI, Francesco. *Delle prove*. Torino: UTET, 1891.

RICCI, Gian Franco. Prove e argomenti di prova. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. XLII, n. 4, p. 1.036-1.104, dez. 1988.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Ap. cível n. 1988.001.03920*. rel. Des. Barbosa Moreira, j. 14.03.1989. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 03 set. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 21. set. 2017.

_____.; _____. *Ap. cível n. 1989.001.00766*. rel. Des. Barbosa Moreira, j. 16.05.1989. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 21. set. 2017.

_____.; _____. *Ap. cível n. 1990.001.03067*. rel. Des. Barbosa Moreira, j. 18.09.1990. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 21. set. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 583040498*, 3.Câm. Cív., rel. Galeno Vellinho de Lacerda j. em 08 ago. 1985. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 21. set. 2017.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

ROSENBERG, Leo. *La Carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEJA, 1956.

_____. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1955.

SABATÉ, L. Muñoz. *Técnica probatória*. Barcelona: Praxis, 1967.

SANTAELLA, Lucia. A relevância da semiótica para a construção do conhecimento. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. (arts. 332 a 475). 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. V. 1.

_____. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5.ed. São Paulo: Saraiva. 1983. v.1.

_____. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. v. 3 e 4.

_____. *Prova judiciária no cível e no comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949. v. 5.

SÃO PAULO. 2º Tribunal de Alçada Civil. *AI 737.601-00/0*. 7. Cam. rel. Américo Angélico. j. 6 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 05 set. 2018.

_____. _____. *AI 793.747-00/4*, 10. Cam. rel. Juiz Nestor Duarte, j. 06 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 05 mai. 2018.

_____. _____. *AI 1.116.6680-3-SP*. 28. Cam. Dir. Priv. Rel. Des. Julio Vidal. j. 04 set. 2007. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento n.º 2134819-78.2016.8.26.0000*. rel. Des. Moreira Viegas. DJ 18 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 05 mai. 2018.

_____. _____. *Ap. 0004636-51.2007.8.26.0038*. rel. Des. Mendes Pereira. j. 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 05 mai. 2018.

_____. _____. *Ap Cível s/ Rev. nº 1.109.406-0/9*. 35. Cam. Dir. Priv. rel. Des. Carlos Von Admaek. j. 06 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. _____. *Apelação nº 0013365-2010.8.26.0053*. 16. Cam. Dir. Pub. rel. Des. Cyro Bonilha. j. 18 set. 2018. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. _____. *Apelação nº 0049233-96.2006.8.26.0602*. 1. Cam. Dir. Priv. rel. Des. Enéas Costa Garcia. j. 25 set. 2018. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. _____. *Apelação nº 175849-11.2008.8.26.0000-SP* 5ª Cam. Dir. Pub. Rel. Des. Nogueira Diefenthaler. j. 29 ago. 2011. DJ. 01 set. 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 05 mai. 2018.

_____. _____. *EDcl no Pedido de Intervenção Estadual 34345-0/8-00*. OE. rel. Des. Cunha Bueno. v.u., j. 21 out. 1998. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 05 mai. 2018.

SAVIO, Marco. *La semplificazione dei procedimenti dalla prospettiva dell'efficienza*. Tese (Doutorado em Direito) – Università Degli Studi di Milano, Milano, 2015-2016.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. *Curso de semiótica geral*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOBRINHO, Elicio de Cresci. Fatos supervenientes. *Revista de Processo*, v. 93, p. 318-322, jan./mar. 1999.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 338, p. 149-158, abr./jun. 1997.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SPINELLI, Michele. *Las pruebas civiles*. Buenos Aires: EJEJA, 1973.

STRECK, Lenio Luiz; HERZL, Ricardo Augusto. O que é isto - Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra... *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em: 14 ago. 2017.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 260, p. 75-101, out. 2016.

_____. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, v. 91, p. 92-114, jul./set. 1998.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TEDESCHI, Augusto. Sui poteri dell'istruttore in apelo in ordine all'ammissione di nuove prove. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. IV, n. 1, p. 559-566, mar. 1950.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, J. A. Prisco. Ônus da prova e poderes instrutórios do juiz. *Especiarias: Revista da UESC*, v.1, n. 1, p. 35-52, 16 abr. 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de processo civil anotado*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.3.

_____. *Curso de direito processual civil*. 56.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.1.

_____. Embargos de declaração. Remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens* (art. 462 do CPC). In.: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professo Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editroa, 2005.

_____. O Problema da Recorribilidade das Interlocutórias no Processo Civil Brasileiro. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 09 jan. 2008.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Páginas de Direito*, n. 1091, 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6336-processo-justo-e-contraditorio-dinamico>>. Acesso em 03 nov. 2017.

_____. Princípios informativos e a técnica de julgar no processo civil. *Revista Forense*, v. 268, p. 103-109, out./dez. 1979.

_____. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*, v. 285, p. 65-88, nov. 2018.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v.II.

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

UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

VERDE, Giovani. Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova. *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXVII, seconda serie, n.3, p. 438-463, jul./set. 1972.

_____. Processo, giudice, giustizia. *Rivista di Diritto Processuale*, a. XLVII, seconda serie, n.4, p. 746-760, out./dez. 1992.

VIGO, Rodolfo L. Argumentación constitucional. *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*. Cancún, mai. 2008. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et. al. (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Ampliação da colegialidade, os "novos" embargos infringentes! *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>> Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____.; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____.; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WITTGENSTEINS, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. 3.ed. São Paulo: EdUSP, 2001.

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

_____.; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao Código de processo civil: arts. 334 a 368*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. V.

ZAMPAR JR., José Américo. As teorias sobre o ônus da prova e o CPC/2015. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). *Direito probatório*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 447-474.

_____. *Modus ponens e a decisão judicial*. In.: BRITO, Maria Helena; GENARO, Leandro Lopes; ZAMPAR JR., José Américo (coords.). *Estudos de processo tributário*. São Paulo: Lualri, 2017.

_____.; BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. A aplicação do § 3º do art. 1.029 do CPC/2015: vício grave e a admissibilidade dos recursos excepcionais. *Revista de processo*, v. 285, p. 314-340, nov. 2018.

_____.; _____. Anotações sobre a prova emprestada no CPC/2015. *Revista Forense*, v. 427, p. 291-307, jan./jun. 2018.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello: Art. 490-491 C.P.C.* Milano: Società Editrice Libreria, 1916.