



Limites da atividade instrutória em grau recursal

(Limits of the probative activity in the appeal courts)

Marco Aurélio Scampini Siqueira Rangel¹

Resumo: A atividade instrutória encontra campo fértil, em nosso ordenamento, e no dia a dia forense, para a sua concretização no primeiro grau de jurisdição. No entanto, quando se aborda o tema relativo à produção de provas nos tribunais, ainda se encontra resistência. Por tal motivo é que o presente artigo se presta a identificar os limites da atividade instrutória em grau recursal. Para tanto, se buscará identificar a amplitude dos poderes instrutórios do juiz no segundo grau e delimitar algumas balizas para a condução da instrução nas cortes recursais.

Palavras-chaves: Processo Civil; Provas; Atividade instrutória; Instância recursal.

Abstract: The evidence production, in our procedural system and in the courts, is well adapted to be developed before the singular judge. However, when the theme related to the evidence gathering it's projected to the Appeal Courts, it suffers resistance. For this reason this article aims to identify the limits of the evidence gathering in the

1. Master's degree in Civil Procedural Law from the Federal University of Espírito Santo. PhD student in Civil Procedural Law from the Faculty of Law of the University of São Paulo. Member of CEAPRO. Public employee.

Appeal Courts. And, to do this, in the present article will be identified the breadth of the evidence production powers of the Appeal Court Judges and set the boundaries to the evidence gathering conduction in the Appeal Courts.

Keywords: Civil Procedure; Evidence; Probative Activity; Appeal Courts.

Sumário: 1. Introdução; 2. Poderes Instrutórios do Juiz; 2.1. Poderes instrutórios do juiz de segundo grau; 2.1.1. Baixa dos autos em diligência; 2.1.2. Produção de provas em segundo grau; 3. O sistema processual civil e a produção de provas em grau recursal; 3.1. Alegação de fatos novos (art. 1.014 do CPC/15); 3.2. Julgamento imediato do mérito (art. 1.013, §3º do CPC/15); 3.3. Não cabimento de agravo de instrumento da decisão que indefere a produção de provas; 4. Vantagens da produção probatória em grau recursal; 4.1. Valorização da oralidade; 4.2. Efetividade; 4.3. Preservação da imparcialidade na condução da instrução; 5. Falsos óbices à produção probatória em grau recursal; 5.1. Organização do Código de Processo Civil; 5.2. Ofensa ao duplo grau de jurisdição; 5.3. Recorribilidade das decisões; 5.4. Aumento do trabalho dos tribunais; 6. Limites da atividade instrutória em grau recursal; 6.1. Quanto ao momento de prolação da decisão recorrida; 6.2. Quanto ao meio de prova; 6.3. Quanto ao direito material tutelado; 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Não é nova a discussão sobre a possibilidade de produção de provas em grau de recurso.² Da mesma maneira que não é nova a resistência encontrada nos Tribunais, e na Doutrina, em admitir que se possa atribuir a condução da atividade instrutória aos juízes de segundo grau. E nesse ponto está o primeiro obstáculo que se enfrenta ao analisar dogmaticamente a questão, qual seja, o aspecto cultural.

O direito, bem como seus operadores e estudiosos, é refratário a mudanças no estado das coisas. E isso fica evidente em situações como a entrada em vigor do CPC/15, na qual diversas das discussões travadas têm como pano de fundo a aversão à mudança. Da mesma forma, a análise da atividade instrutória em grau recursal encontra resistência sob as mais diversas justificativas de ordem prática, como o excessivo volume de recursos, a ausência de estrutura física nos tribunais, o aumento na demora dos processos em segundo grau, entre outras.

Atualmente, a importância da análise dos poderes instrutórios do juiz em grau recursal, ganhou relevo com as diversas modificações advindas com o CPC/15, em especial, aquelas introduzidas pelo art. 1.013, §3º, que ampliou as hipóteses de julgamento de imediato da causa pelo tribunal. Bem como, em razão da ausência de

2. CARVALHO, Everardo Viriato de Miranda. A conversão do julgamento em diligência e o limite do arbítrio do juiz. *Revista dos Tribunais*. RT 99/304. Jan. 1936.

previsão de agravo de instrumento contra decisão que indefere a produção de prova no rol do art. 1.015, também do CPC/15, como será visto no desenvolvimento do presente artigo.

A despeito da importância do tema, a doutrina pouco se interessa, havendo poucos trabalhos que enfrentem frontalmente a questão.³ Por esse motivo é que se mostra ainda mais relevante a discussão do tema, para que se possa, além de voltar a ventilar o tema após a vigência do CPC/15, aparelhar os operadores do direito com critérios minimamente estabelecidos sobre os limites da atividade instrutória em grau recursal.

Diante de tais considerações, o presente artigo irá se dividir, essencialmente, em três partes principais: a) A fixação de premissas referentes ao poder instrutório do juiz, de primeiro e de segundo grau; b) Os aspectos que contornam a produção probatória em grau de recurso, como os elementos do sistema processual que interferem na questão, além das vantagens e dos supostos óbices à adoção do quanto proposto; c) Por fim, uma tentativa de delimitação inicial dos limites à atividade instrutória em grau recursal, sob a perspectiva dos aspectos reputados mais relevantes.

2. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Historicamente o estudo dos poderes instrutórios do juiz possui inafastável relação com a premissa ideológica sobre a qual está fundamentado o direito posto. Em outras palavras, “restringir a atividade do juiz na formação do conjunto probatório ou conceder-lhe maiores poderes de investigação constituem alternativas técnicas fundadas em premissas ideológicas diversas”⁴.

Sob uma visão mais privatista do processo civil, - a qual já se mostrou insuficiente, por limitar demasiadamente o papel do juiz e relativizar além do aceitável a apreciação da verdade por julgador⁵ - há que se admitir um juiz mais passivo, cuja atividade probatória limitar-se-ia ao controle da admissibilidade das provas produzidas, e eventualmente, em casos excepcionais, à complementação das provas insuficientemente produzidas. Na doutrina clássica, diversas vozes defendiam posição, também adotada por Moacyr

3. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Correção de nulidade processual e produção de prova em sede de apelação. *Revista de Processo*. Vol. 145. Mar/2007. p. 173.
4. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 10.
5. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Ajuris*. Vol. 90. p. 55/83.

Amaral Santos, no sentido de que a atividade probatória do juiz é meramente supletiva.⁶ Ou seja, caberia ao juiz tão somente complementar a prova quando aquelas produzidas pelas partes gerasse dúvida relevante, capaz de impor a necessidade de complementação da prova já realizada.

Por outro lado, em se admitindo maior ênfase ao caráter publicístico do processo, é imperioso atribuir ao magistrado um papel mais ativo na instrução probatória. E, nesse sentido, vem indicando a legislação processual brasileira, conforme previa o art. 130 do CPC/73 e prevê, atualmente, o art. 370 do CPC/15, que atribuem, expressamente, ao juiz o poder-dever de, *ex officio* ou a requerimento da parte, determinar a produção das provas necessárias ao julgamento do mérito.

Bem como, ao elencar os poderes e deveres do juiz na condução do processo, o CPC/15 dispõe no art. 139 que o juiz poderá, além de alterar a ordem de produção dos meios de prova, determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa.

Em um sistema processual que prevê o respeito ao contraditório e a cooperação ente todos os sujeitos do processo como normas fundamentais, dos quais o direito à prova⁷ é componente inafastável,⁸ a consolidação do papel do juiz como figura ativa na instrução probatória é consequência lógica se o que se pretende é assegurar o respeito a tais disposições. Até mesmo porque, a ideia de cooperação implica um juiz ativo,⁹ e atuando juntamente com as partes em busca da solução mais justa para o caso posto.

Representando posição moderada sobre o tema, João Batista Lopes¹⁰ dispõe que não se deve superestimar os poderes instrutórios do juiz sob pena de torná-lo verdadeiro investigador dos fatos. No entanto, em obra bem mais recente e sem os mesmos pudores, Paulo Osternack Amaral é categórico ao afirmar que “o julgador possui amplos poderes instrutórios, o que lhe permite não apenas controlar a pertinência e admissibilidade das provas pretendidas pelas partes, mas também determinar de ofício a produção das provas que repute necessárias à formação de seu convencimento”.¹¹

6. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 309.
7. “Diritto, questo, che si traduce nella possibilità della parte di impiegare tute le prove di cui dispone al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la propria pretesa e che investe la prova in tutte le sue proiezioni dinamiche, tanto in fase di ammissione, di assunzione e, in relazione all’onere di motivazione, anche in sede decisoria” (VANZ, Maria Cristina. *La circolazione della prova nei processi civili*. Milano: Giuffrè Editore, 2008. p. 43/44).
8. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ob. cit.* p. 26.
9. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Ajuris*. Vol. 90. p. 55/83.
10. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
11. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 40-41.

Da mesma forma que Alexandre Freitas Câmara, em posicionamento que se mostra mais consentâneo com os que se espera do Processo Civil atualmente, afirma

“(...) não vejo, na atividade probatória desenvolvida por determinação *ex officio*, algo capaz de romper com a necessária imparcialidade do juiz. Afinal, quando o juiz determina de ofício a produção de uma prova, não tem ele conhecimento de a qual parte tal prova beneficiará. Ademais, se o juiz que determina a produção de uma prova fosse parcial (em favor daquele a quem a prova beneficiará), o juiz que permanecesse passivo e não determinasse a produção da prova também seria parcial (em favor daquele a quem a prova prejudicaria). Isto mostra o equívoco do entendimento oposto”.^{12,13}

Por fim, e não em outro sentido, Lucas Buril e Ravi Peixoto asseveram que “o magistrado tem ampla liberdade para produção de provas que julgue relevantes à busca da verdade, elucidando o fato probando e com fito numa prestação jurisdicional adequada ao direito material e justa”.¹⁴

Importante frisar que não se trata de poder discricionário do juiz¹⁵, que, ao determinar de ofício a produção de uma prova, deverá fundamentar suficientemente as razões que o levaram a decidir dessa maneira, a fim de que se possa exercer eventual controle sobre a atividade por ele realizada, como ocorre com toda e qualquer decisão proferida no curso de um processo – interpretação que se extrair, a *contrario sensu*, do parágrafo único do art. 370 do CPC/2015.

Além disso, os poderes instrutórios do juiz não estão sujeitos à preclusão. Embora as partes tenham o momento adequado para o requerimento de provas, esta oportunidade, via de regra, preclui o seu direito de exigir a produção de prova não requerida previamente, efeitos que não recaem sobre o magistrado. Isso porque, como firmado acima, ao magistrado não cabe tão somente o deferimento das provas requeridas pelas partes. Como prevê o art. 370 do CPC/15, o juiz poderá determinar a produção da prova de ofício. E, exatamente no que concerne à sua atividade instrutória de ofício é que se afasta a ocorrência da preclusão.

Razão pela qual é possível concluir que, embora a preclusão faça com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada, “não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido”.¹⁶

12. CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*. Vol. 153. p. 33. Nov./2007.

13. Nesse sentido também: JUNOY, Joan Picó i. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1986. p. 242.

14. MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua sistematização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 98.

15. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ob. cit.* p. 164.

16. *Ibidem*. p. 22.

2.1. Poderes instrutórios do juiz de segundo grau

O art. 370, bem como o art. 139, VI e VIII, ambos do CPC/15, não fazem qualquer ressalva quanto ao grau de jurisdição em que atua o juiz ao atribuir poderes instrutórios. Pelo contrário, ao dispor sobre a inquirição pessoal das partes sobre fatos da causa, o código é claro ao afirmar que esta poderá ocorrer “a qualquer tempo”.

No mesmo sentido, e de maneira bem mais direta, o art. 438 do CPC dispõe que o juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição as certidões ou procedimentos administrativos indicados em seus incisos. Além disso, não há qualquer justificativa para afastar do juiz de segundo grau os poderes instrutórios que detém o juiz de primeiro grau. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover é certa ao afirmar que são plenos os poderes instrutórios do tribunal.¹⁷

É inegável que o primeiro grau de jurisdição é o ambiente propício para a produção das provas. Nas palavras de Rogério Licastro, “é o juízo de primeiro grau o naturalmente vocacionado à (i) delimitação dos fatos exigentes de instrução probatória e (ii) à determinação das espécies probatórias que serão produzidas”.¹⁸ Inclusive, por se tratar do ambiente em que são trazidas, pela primeira vez, as alegações das partes é natural que seja também, nesse contexto, que serão produzidas as provas, como regra.

No entanto, o fato de não ser o segundo grau o cenário principal da instrução probatória, ou, o fato de não ser parte do dia-a-dia forense a produção de provas não afasta, de maneira alguma, os poderes instrutórios do magistrado de segundo grau. Os quais possuem os mesmos limites e a mesma abrangência que os poderes instrutórios dos juizes de primeiro grau.

Assim, em sede recursal, caberá ao relator determinar a instrução toda vez que houver necessidade de produção de provas sobre determinado fato que não foi produzida em primeiro grau ou que tenha sido desconsiderada pelo convencimento do juiz de piso.¹⁹ E a produção dessa prova poderá se dar, essencialmente, de duas maneiras: a) baixa dos autos em diligência; b) produção da prova em segundo grau.

2.1.1. Baixa dos autos em diligência

Hipótese mais comum de manifestação dos poderes instrutórios do juiz de segundo grau, a determinação de retorno dos autos ao primeiro grau para que seja produzida a prova pretendida, também conhecida como baixa dos autos em diligência,

17. GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 52-53.

18. MELLO, Rogério Licastro Torres de. Ob. cit. . p. 277.

19. SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação. In: DIDIER JR, Fredie [et al.]. *Direito Probatório*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 380.

“é outro campo fértil que aproveita o exercício das iniciativas probatórias, ainda que em segundo grau de jurisdição”.²⁰

Por meio desse expediente, o relator do processo em segundo grau, reputando necessária a dilação probatória, determina que a sua produção se dê no primeiro grau pelo juízo originário. Embora mais frequente, mesmo que não sejam muitas as decisões nesse sentido, traz consigo alguns inconvenientes, os quais serão abordados mais detidamente em tópico seguinte, mas, cuja indicação pode ser feita a título ilustrativo, quais sejam: maior custo na produção da prova, prejuízo à imediatidade do órgão julgador com relação à prova a ser produzida, condução da instrução por juiz cuja imparcialidade fora afetada e a maior demora na realização de uma mesma prova.

Como se vê, a determinação de produção de prova pelo juízo originário, embora mais facilmente observável nos tribunais brasileiros, talvez até mesmo pelo aspecto cultural apontado alhures, apresenta inconvenientes que são supridos quando se adota a produção da prova diretamente em segundo grau.

2.1.2. *Produção de provas em segundo grau*

Mais uma vez é importante destacar que a proposta aqui apresentada parte da abstração das questões estruturais de cada Tribunal de Justiça. Até mesmo porque não seria possível, em um país de proporções continentais e realidades tão diversas quanto possíveis, basear uma análise teórica em elementos instáveis e incertos como a realidade fática das Cortes brasileiras.

Dito isso, no desenvolvimento do presente artigo, ficou definida a premissa de que o julgador em grau recursal tem plenos poderes instrutórios. Se assim o é, e não há razões para concluir em sentido contrário, deve ele também poder conduzir a produção probatória sem a necessidade de determinação de retorno dos autos ao primeiro grau, para que os atos instrutórios sejam executados pelo juízo originário.

No direito comparado, a “Ley de Enjuiciamiento Civil” Espanhola prevê expressamente a possibilidade de instrução probatória em grau recursal. Dispondo sobre o assunto em seu art. 464, conforme colacionado abaixo:

“Artículo 464. Admisión de pruebas y señalamiento de vista.

1. Recibidos los autos por el Tribunal que haya de resolver sobre la apelación, si se hubiesen aportado nuevos documentos o propuesto prueba, acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días. Si hubiere de practicarse prueba, el Secretario judicial señalará día para la vista, que se celebrará, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

20. CASTRO, Daniel Penteadó. *Poderes instrutórios do juiz: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 322.

2. Si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida, podrá acordarse también, mediante providencia, la celebración de vista siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o el Tribunal lo considere necesario. En caso de acordarse su celebración, el Secretario judicial señalará día y hora para dicho acto”.

A despeito de inexistir previsão análoga no ordenamento brasileiro, a conclusão de que a instrução probatória pode se dar em sede recursal encontra amparo nos poderes instrutórios do juiz, como dito anteriormente, e na ausência de vedação ou justificativa plausível, que não de ordem prática, para a sua concretização.

Como sempre a frente de seu tempo, Barbosa Moreira, enquanto Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conduziu a instrução probatória em segundo grau por diversas vezes, em precedentes pioneiros na jurisprudência. Um deles, por exemplo, julgado no ano de 1989, envolvia a análise de alegação de ofensa a honra de Luiz Carlos Prestes (autor da ação) e sua falecida esposa, Olga Benário, por peça a ser encenada pela Companhia “Dança de Câmera do Rio de Janeiro Ltda.”. Na hipótese, Barbosa Moreira, na condição de relator, determinou a reprodução da peça, em caráter privado, para a turma julgadora, a fim de que se formasse o convencimento sobre o fato.²¹

Como se vê no emblemático precedente destacado por Rogério Licastro²², há mais de vinte anos, o grande mestre Barbosa Moreira não só entendia possível a realização de instrução probatória em segundo grau, a ser conduzida pelo próprio relator do recurso, como determinou que houvesse uma encenação privada de um espetáculo teatral para os membros da turma julgadora definirem se havia ou não violação à honra e à intimidade dos autores. Trata-se de mais completa demonstração dos poderes instrutórios do juiz de segundo grau que poderia haver.

Daí fica evidenciado que, havendo o reconhecimento da necessidade da produção probatória em segundo grau, poderá o relator conduzir a produção da prova pretendida sem a necessidade de retorno dos autos ao primeiro grau, com a prática de atos desnecessários e dispêndio de mais tempo.

Em reforço, o art. 932, I do CPC/15 dispõe que “incumbe ao relator (...) dirigir e ordenar o processo no tribunal, *inclusive em relação à produção de prova*, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes”. O referido artigo

-
21. “Espetáculo que se proibiu, como lesivo da honra e do direito à preservação da intimidade do autor e de sua falecida mulher. Condenação da empresa teatral à reparação de danos morais. Julgamento de apelação convertido em diligência para exibição privada da peça. Verificada a inexistência de ofensa à honra, tampouco se reconhece violação da privacidade, uma vez que os fatos mostrados são do conhecimento geral, ou pelo menos acessíveis a todos os interessados, por outros meios não excepcionais, como a leitura do livro para cuja redação ministrara informações o próprio titular do direito que se alega lesado. Reforma da sentença, para declarar improcedentes os pedidos”. (TJRJ, Apelação nº 1988.001.03920, Rel. Des. Barbosa Moreira, julgado em 14/03/1989).
22. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Ob. cit.*, p. 277.

não deixa dúvidas sobre quem deverá conduzir a produção probatória em segundo grau, mais ainda, não deixa dúvidas quanto à essa possibilidade, visto que o relator deverá dirigir e ordenar o processo “no tribunal”, inclusive em relação à produção de prova.

Embora não se trate de interpretação necessária, visto que não é possível concluir que a produção das provas deve ser dar exclusivamente em segundo grau, até em razão do exposto no tópico anterior, o disposto no art. 932, I se presta a afastar a afirmação de que tal medida não seria possível, de que não seria admissível a instrução probatória em segundo grau.

3. O SISTEMA PROCESSUAL CIVIL E A PRODUÇÃO DE PROVAS EM GRAU RECURSAL

A atividade instrutória em grau recursal, além de decorrer diretamente dos poderes instrutórios dos juízes, inclusive os de segundo grau, além de possuir previsão indicando que a condução da produção de provas em segundo caberá ao relator, conforme o art. 932, I do CPC/15, também decorre dos contornos do sistema processual civil. Em especial de disposições relativas à esfera recursal, como a possibilidade de alegação de fatos novos, prevista no art. 1.014 do CPC/15, a ampliação das hipóteses de julgamento imediato do mérito pelo Tribunal (art. 1.013, §3º do CPC/15) e a exclusão do cabimento de agravo contra decisão que indefere a produção da prova em primeiro grau de jurisdição (art. 1.015 do CPC/15).

3.1. Alegação de fatos novos (art. 1.014 do CPC/15)

O Código de Processo Civil autoriza, através do disposto no art. 1.014, que, havendo motivo de força maior, - que deve ser provado - as questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação.

Em comentário ao art. 517, cuja redação equivalia ao atual art. 1014, Barbosa Moreira afirma que “a regra é a da exclusão do *ius novorum*, nos termos acima expostos; por exceção admite a lei que a parte – apelante ou apelado – suscite questões novas (não, porém, que invoque uma nova *causa petendi!*), desde que prove que deixou de suscitá-la, perante o órgão *a quo*, ‘por motivo de força maior’.”²³

Como se extrai do comentário do celebrado processualista carioca, bem como da própria redação do dispositivo, a autorização inculpada no art. 1.014 (517 do CPC/73) impõe o reconhecimento do direito de a parte produzir prova, em grau de recurso, sobre dois fatos: a) a existência de motivo de força maior impeditivo da suscitação de questão de fato no juízo inferior; b) o próprio fato suscitado.

23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 456.

Essa conclusão encontra respaldo ainda nas lições de Barbosa Moreira que reconhece, que “provado o motivo de força maior, abre-se naturalmente à parte o ensejo de produzir provas do(s) fato(s) a que se refere a arguição”.²⁴

Ora, seria medida absolutamente desconforme com o ordenamento jurídico vigente, se não se admitisse que de fato alegado a parte não pudesse produzir provas²⁵, visto que “a toda alegação fática deve ser assegurada a viabilidade de instrução, inclusive no procedimento recursal, sob pena de cerceamento de defesa”²⁶ e de violação do próprio direito de ação.²⁷

Além disso, seria impossível a suscitação de fato novo, se também não fosse aceita a produção de prova tendente a demonstrar a ocorrência de motivo de força maior. Pois, mesmo que a demonstração do motivo de força maior se dê pela via documental, o que deverá ocorrer na maior parte das vezes, há a produção da prova em sede recursal.

3.2. Julgamento imediato do mérito (art. 1.013, §3º do CPC/15)

Quando da introdução da “teoria da causa madura” no sistema recursal brasileiro por meio do art. 515, §3º do CPC/73 operou-se verdadeira alteração na estrutura do sistema recursal, que se limitava, via de regra, à ideia de *revisio priori instantiae* e passou a admitir, com mais abrangência, a existência de um *ius novorum*.²⁸ Houve uma ampliação no papel do recurso, que passou a figurar, nas hipóteses previstas em lei como mecanismo apto a permitir um julgamento integral do mérito pelo tribunal.

Se essa já era a visão que se tinha do nosso sistema recursal quando da vigência do CPC/73, com mais razão ainda deve-se observar a preocupação do legislador com a modificação do papel dos tribunais ao ampliar as hipóteses de julgamento imediato do mérito, com o art. 1.013, §3º do CPC/15. Referido aumento amplia, ainda mais, a devolutividade da apelação²⁹, e possibilita que o tribunal julgue

24. *Ibidem*. p. 456.

25. Admitindo a ampla produção probatória com relação a fatos novos na seara recursal: “A prova em tal hipótese, deverá ser obrigatoriamente permitida, qualquer que seja sua natureza”. (JORGE, Flávio Cheim. *Ob. Cit.*, p. 344)

26. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ob. cit.* p. 137.

27. “(...) il diritto alla prova è una manifestazione essenziale della garanzia dell’azione e della difesa, la cui attuazione concreta – per così dire – sta e cade in funzione della possibilità che le parti abbiano di fornire in giudizio la prova delle rispettive pretese”. (TARUFFO, Michele. *Il diritto alla prova nel processo civile. Rivista di diritto processuale*. Padova, CEDAM, a. 39 (II série), n. 4, p. 74-120, out./dez. 1998. p. 75).

28. SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A aplicação da “teoria da causa madura” no sistema recursal do novo código de processo civil. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. [et al.] *Recursos e duração razoável do processo*. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 500; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 99.

29. JORGE, Flávio Cheim. *Ob. cit.* p. 326.

integralmente o mérito, e aprecie questões que não foram apreciadas pelo juízo de primeiro grau.

Assim, embora nessa hipótese não se admita falar em instrução probatória em grau recursal, já que o art. 1.013, §3º limita o seu cabimento ao processo estar em condições de imediato julgamento, não havendo a necessidade de produção de provas, é inegável que, se a devolutividade foi ampliada até este ponto, “muito mais razoável é admitir que o órgão superior apenas complemente o que já foi decidido, produzindo as provas que entender necessárias a reforçar os elementos de convicção, sem precisar, para tanto, anular a sentença e devolver o processo ao juiz inferior”.³⁰

3.3. Não cabimento de agravo de instrumento da decisão que indefere a produção de provas

Outro ponto que indica que a atividade instrutória em grau recursal decorre dos contornos adotados pelo sistema processual atual é a vedação ao cabimento de agravo de instrumento de decisão que indefere a produção de provas.

Pois bem. O legislador optou por um rol taxativo de decisões impugnáveis por agravo de instrumento, conforme consta do art. 1.015 do CPC/15. Dentre as hipóteses de cabimento previstas, as únicas decisões ligadas à matéria de provas que admitem a interposição do agravo de instrumento são as que versarem sobre “exibição ou posse de documento ou coisa” (inciso VI) e “redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º” (inciso XI). Assim, ficou excluída do referido rol a decisão do juiz que indefere a produção da prova.

Ainda conforme o §1º do art. 1.009³¹ do CPC/15, as questões resolvidas na fase de conhecimento, contra as quais não caiba a interposição de agravo de instrumento, deverão ser devolvidas à apreciação do tribunal, na forma de preliminar de apelação. Dessa maneira, a discussão sobre eventual cerceamento de defesa, decorrente do indeferimento indevido de prova essencial ao deslinde do feito, foi transferida outro momento, qual seja, a impugnação como preliminar de apelação.

Por via de consequência, é inegável que deverá ocorrer uma maior incidência de anulação de decisões por cerceamento de defesa, visto que, no regime anterior, parte dessas questões poderiam ser solucionadas em sede meio de agravo de instrumento,³² evitando a nulidade de sentença posteriormente prolatada.

30. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ob. cit.* p. 144.

31. “Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

32. Sobre a admissibilidade de agravo de instrumento contra decisão que indefere a produção de provas, sob a égide do CPC/73, o TJ/SP possui vasta jurisprudência: Agravo de Instrumento nº 2125586-28.2014.8.26.0000; Relator(a): Fabio Tabosa; Comarca: Itanhaém; Órgão julgador: 29ª

Sob essa ótica, uma ampliação da atividade instrutória em grau recursal evitaria o retorno dos autos ao primeiro grau, para a realização da instrução probatória e prolação de nova sentença, a qual estaria novamente sujeita ao recurso de apelação e retornaria para análise do tribunal. O que seria sobremaneira prejudicial para a efetividade da prestação jurisdicional, considerando que é razoável esperar que haja um acréscimo no número de sentenças anuladas por cerceamento de defesa.

4. VANTAGENS DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA EM SEGUNDO GRAU

Até o presente momento ficou demonstrada a possibilidade da produção probatória em segundo grau de jurisdição, bem como que os contornos dados pelo legislador ao sistema processual brasileiro são favoráveis à admissibilidade da instrução probatória pelos tribunais. Contudo, a produção de provas no segundo grau não se limita a uma questão exclusiva de possibilidade, ou de mero capricho de um ou outro juiz que pretende proceder dessa forma.

Em verdade, há vantagens sensíveis na produção de prova pelo próprio órgão recursal, que reforçam a necessidade de quebra com a tradição de limitação dos atos de instrução do processo à primeira instância.

4.1. Valorização da oralidade

A oralidade, naturalmente mitigada em sede recursal, consiste no contato pessoal e imediato do juiz com as partes³³, bem como com as provas, dando ao juiz a oportunidade de, além de presidir a produção da prova, ouvir e sentir as partes e as testemunhas.³⁴ Embora não consista em princípio inafastável do processo, admitindo a sua mitigação em diversos momentos, é evidente que, sendo possível assegurar ao juiz a proximidade com as partes e as provas, isso deverá ser feito, como maneira de buscar uma prestação jurisdicional mais justa e próxima da realidade dos fatos.

Trata-se de aspecto tão relevante da atividade jurisdicional que Marinoni e Arenhart chegam a afirmar que

“não há como negar que o contato direto com a prova contribui para uma melhor compreensão dos fatos. Diante disso, é correto supor que o segundo juízo sobre o

Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/09/2014; Data de registro: 11/09/2014; Agravo de Instrumento nº 2072284-21.2013.8.26.0000; Relator(a): Helio Faria; Comarca: Jaboticabal; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/04/2014; Data de registro: 15/04/2014; Agravo de Instrumento nº 2024863-35.2013.8.26.0000; Relator(a): Presidente da Seção de Direito Privado; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 16/12/2013; Data de registro: 18/12/2013;

33. CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milão: Giuffrè, 1974. p. 17

34. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 389.

mérito, isto é, aquele que vem posteriormente ao juízo feito pelo juiz que teve contato direto com a prova, e se funda exclusivamente nos retratos que documentam a prova, em regra não é feito por juízes que estão em melhores condições do que aquele que decidiu em primeiro lugar”.³⁵

Na mesma linha, Fernando Cais afirma que “é possível concluir que nosso sistema recursal praticamente anula os princípios da imediação e da identidade física do juiz, o que é um indicativo de que o julgador de segundo grau perderá muitos elementos no momento de julgar o recurso”.³⁶

Sob essa perspectiva, a produção da prova em segundo grau, notadamente a prova testemunhal, ganha enorme importância. A percepção que o juiz terá dos fatos relatados na inicial como base na transcrição de audiências de instrução realizadas por outro magistrado não se compara àquela advinda do contato direto com a parte e com as testemunhas.

Não se nega que alguns tribunais têm buscado atenuar essa limitação com a gravação das audiências de instrução e disponibilização do conteúdo digital nos autos, possibilitando que o juiz de segundo grau veja e ouça os depoimentos e testemunhos produzidos em audiência. Mas, embora seja um grande avanço, ainda não é capaz de substituir a condução direta pelo próprio magistrado da prova.

Trata-se, portanto, de situação que evidencia a vantagem de produção da prova, especialmente testemunhal, em segundo grau de jurisdição, em detrimento da determinação de baixa dos autos para a produção da prova pelo juiz que originalmente conheceu da causa.

4.2. Efetividade

Outro aspecto que evidencia a vantagem de produção da prova em grau recursal é a efetividade da condução da instrução pelo próprio relator do recurso em que se pretende a produção probatória.

Imagine-se, para fins de demonstração, que em uma demanda versando sobre concessão de adicional de insalubridade para servidor público, paire dúvida, ainda em grau recursal, sobre o percentual que deve ser concedido, e que o juiz *a quo* não tenha realizado a prova pericial.

Diante de tal situação, o relator teria duas alternativas: a) baixar os autos em diligência, remetendo ao juiz de primeiro grau, para que este nomeie perito, intime as partes para apresentar quesitos, designe dia e hora para a realização da perícia, e,

35. Ibidem. p. 390-391.

36. CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Reflexões sobre a limitação do direito de recorrer no sistema recursal brasileiro. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. [et al.] *Recursos e duração razoável do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

após, determine o retorno ao segundo grau, para, enfim o relator ter contato com a prova; b) Nomear o perito, com a intimação das partes para apresentar quesitos, e designar dia e hora para a realização da perícia.

Veja que na hipótese acima relatada, a prova pericial é essencial para o adequado deslinde do feito, e a realização da instrução no primeiro grau de jurisdição acarreta maior dispêndio de tempo³⁷ e de recursos pelo Poder Judiciário para a prática de um ato que, se realizado em segundo grau, alcançaria o mesmo resultado, ou melhor – tendo em vista que o próprio relator é que conduziria a produção da prova –, em, provavelmente, menos tempo e com a utilização de menos recursos, sejam eles estruturais, financeiros ou humanos.

4.3. Preservação da imparcialidade na condução da instrução

Além dos pontos levantados nos tópicos anteriores, há questão de extrema relevância que deve ser considerada a favor da produção da prova em grau recursal, qual seja, a interferência na imparcialidade do juiz de primeiro grau decorrente da prolação de decisão sobre o mérito da demanda.

O juiz *a quo*, a quem se atribui a condução da instrução no caso de retorno dos autos ao primeiro grau, já formou, anteriormente, seu convencimento sobre, entendendo, eventualmente, pela desnecessidade de produção de mais provas para o deslinde da causa. Tanto é que pode, hipoteticamente, ter julgado antecipadamente o mérito por entender que não há a necessidade de produzir outras provas.

Nesse caso, o juiz já ultrapassou seu momento de imparcialidade na condução da causa, e, ao decidir a favor de uma das partes se posicionou sobre a questão a ele submetida. Assim, será que tal juiz teria a imparcialidade necessária para a condução da prova testemunhal, por exemplo, formulando perguntas às testemunhas e conduzindo os trabalhos da audiência?

Não se pretende afirmar que o juiz seja parcial, no sentido de buscar beneficiar intencionalmente alguma das partes ou que tenha interesse pessoal na solução do conflito. Mas, tão somente constatar que exigir do juiz que encare o processo e a instrução, que ele mesmo reputou desnecessária, com a mesma imparcialidade que encarou a demanda em seu primeiro contato, é irrazoável.

Discorrendo sobre a questão, Trícia Navarro Xavier Cabral pontua dos problemas graves na condução da prova pericial, *v.g.*, pelo juiz que já está convencido sobre os fatos: “i) o juiz não saberia como conduzir a oitiva da pessoa, por não vislumbrar exatamente o que seria capaz de ensinar o convencimento do colegiado; e o que é

37. Nesse sentido: “Ademais, qualquer ato que implique em baixar os autos em diligência para a produção de provas demanda mais tempo no deslinde da questão, o que muitas vezes não interesse nem mesmo às próprias partes envolvidas no litígio, que aguardam anos para resolver suas pendências judiciais”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ob. cit.*. p. 136).

pior, ii) o juiz estaria numa posição de parcialidade frente à lide, pois já tomou sua decisão quanto à controvérsia”.³⁸

Como se vê, portanto, além de uma questão relativa à potencial parcialidade do juiz originário perante a causa, há a redução na qualidade da prova produzida, visto que as questões que se pretende esclarecer com a produção da prova se referem à convicção do juiz de segundo grau, que não irá conduzir a instrução, e poderá ver sua pretensão de esclarecimentos frustrada.

Sobre esse ponto, e na hipótese de anulação da sentença, Bruno Campos Silva sugere que “ao invés de anular a sentença e determinar a produção de nova prova em primeira instância, o tribunal deveria reformar a mencionada decisão e exercer o seu dever-poder instrutório, vez que o juiz de primeira instância, viciado ‘enfeitado’ por seu ‘livre convencimento (pseudo)motivado’, remotamente alterará o conteúdo de sua nova sentença”.³⁹

Assim, seja anulando a decisão e determinando que o juiz de primeiro grau retome a instrução, seja baixando os autos em diligência para a produção de provas voltadas a julgamento a ser concretizado em segundo grau, a condução da instrução pelo juiz que decidiu a causa anteriormente se mostra comprometida.

Sendo, preferencial, que tais providências sejam adotadas pelo próprio relator, sem prejuízo, é claro, de remessa dos autos ao primeiro grau, quando a sua produção em segundo grau for muito onerosa, especialmente para as partes, por exemplo, em razão do deslocamento.

5. FALSOS ÓBICES À PRODUÇÃO PROBATÓRIA EM GRAU RECURSAL

Antes de finalmente passarmos às proposições relativas aos limites da atividade instrutória em segundo grau, faz-se oportuno rechaçar, de antemão, alguns dos possíveis óbices que poderiam ser apontados em relação à instrução probatória em grau recursal.

5.1. Organização do Código de Processo Civil de 2015

O momento mais propício para a produção de provas se dá no primeiro grau de jurisdição. Isso fica evidente pelo fato de que é nesse momento que as partes formulam suas alegações, e sobre elas passam a pretender a produção da prova a fim de tornar provados os fatos alegados.

Inclusive, o Código de Processo Civil de 2015 dispõe o “Capítulo XII - Das Provas” dentro do “Título I - Do Procedimento Comum” do “Livro I - Do Processo de

38. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ob. cit.* p. 138.

39. SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação. In: DIDIER JR, Fredie [et al.]. *Direito Probatório*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 381.

Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”, passando a dispor sobre o segundo grau em livro distinto, o “Livro III - Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”. Assim, o que se vê é que “a própria organização do CPC, no que se respeita às diversas fases da atividade jurisdicional, ilustra com vivas cores a divisão sólida que se estabelece em nossa processualística no sentido de afastar claramente a fase instrutória da fase recursal”.⁴⁰

No entanto, tal constatação, ao invés de infirmar a ideia defendida no presente artigo, vai ao encontro de tudo quanto tem sido afirmado até o presente momento. Isso porque, não se pretende negar a vocação do primeiro grau à instrução probatória, notadamente quando o processo ainda não foi remetido para segundo grau de jurisdição e o juiz não se manifestou sobre o mérito da demanda. Porém, isso não quer dizer que a vocação do primeiro grau para a produção probatória e a nítida estruturação do procedimento de conhecimento para que a instrução se dê no primeiro grau será bastante para permitir concluir que a colheita de provas não poderá se dar diretamente no segundo grau, conduzida pelo próprio relator.

É nítido que o exercício dos poderes instrutórios do juiz de segundo grau somente se fará necessário quando o juiz de primeiro grau, por má condução do processo, ou por ter se convencido da questão posta em juízo de maneira a reputar necessária a produção da prova, deixar de produzir prova essencial ao esclarecimento da questão devolvida ao órgão *ad quem*.

5.2. Duplo Grau

Como destacado por Rogério Licastro, “de se afirmar, *en passant*, que outro óbice poderia ser erguido à possibilidade de instrução probatória em grau recursal: o princípio do duplo grau de jurisdição”.⁴¹

Princípio da mais alta importância para o nosso sistema processual, o duplo grau de jurisdição busca, essencialmente, “assegurar ao jurisdicionado a possibilidade real e efetiva de obter uma segunda análise da questão de mérito”.⁴² Mas, embora não se possa suprimir o duplo grau em caráter absoluto, justamente por se tratar de diretriz extraível da Constituição Federal,⁴³ ele admite limitação⁴⁴, como se deu, *v.g.*, com a introdução no ordenamento do art. 535, §3º do CPC/73, atual 1.013, §3º do CPC/15.

40. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Ob. cit.* p. 278.

41. *Ibidem.* p. 278.

42. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Duplo Grau de Jurisdição: Princípio Constitucional?. *Revista de Processo*. vol. 162. Ago./2008. p. 362.

43. SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A aplicação da “teoria da causa madura” no sistema recursal do novo código de processo civil. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. [et al.] *Recursos e duração razoável do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

44. Nesse sentido, Dinamarco afirma que o duplo grau seria uma orientação dada: “(a) ao legislador, no sentido de que evite confinar causas a um nível só, sem a possibilidade de um recurso amplo e

Dito isso, tem-se que o duplo grau, como princípio que é, não é absoluto e admite limitações, as quais estão espalhadas pelo ordenamento jurídico, sendo o art. 1.013, §3º somente uma das hipóteses em que o duplo grau é relativizado.

Logo, nada impede que se admita também a produção de prova sobre fato que será apreciada em única instância, em nome de outros princípios também caros ao sistema processual, como o princípio da duração razoável do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da CF/88.

Em verdade, nos parece que no caso vertente, sequer haveria ofensa ao duplo grau de jurisdição, pois, como se verá adiante, em todas as hipóteses que se admite a produção da prova em segundo grau de jurisdição, terá havido análise do mérito pelo juízo *a quo*, razão pela qual, mesmo que sob fundamento diverso, a questão fora analisada pelo juiz de piso. Tal conclusão, amparada nos limites que serão fixados, fulmina de morte a alegação de violação ao duplo grau.

5.3. Recorribilidade das decisões

Outro aspecto que também poderia provocar questionamentos está relacionado à recorribilidade das decisões que versem sobre matéria probatória em segundo grau. Em primeiro lugar, é importante destacar que o CPC/2015 diferiu para a apelação a maior parte das decisões em matéria de prova, esse questionamento fica seriamente comprometido.

Mas, de qualquer maneira, poder-se-ia ainda alegar que já houve a interposição da apelação e, diante disso, não haveria recurso previsto para atacar as decisões proferidas pelo relator no curso da condução da instrução probatória.

No entanto, também não procede tal argumento, uma vez que o art. 1.021 é explícito ao dispor que “contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal”. Ora, o *caput* do art. 1.021 não faz qualquer ressalva quanto à natureza da decisão proferida pelo relator que é recorrível por agravo interno, assim, a questão relativa à recorribilidade fica absolutamente rechaçada.

Em verdade, o que se poderia afirmar é que, diferentemente do que ocorre no primeiro grau, as decisões proferidas ao longo da instrução probatória sediada no grau recursal são recorríveis de imediato, já que cabível o agravo interno. Assim, sob esse viés, haveria, inclusive, uma vantagem para as partes em relação à recorribilidade, que não ocorria em primeiro grau de jurisdição. Trata-se de consequência colateral

(b) ao juiz, para que, em casos duvidosos, opte pela solução mais liberal, inclinando-se a afirmar a admissibilidade do recurso. Essa é a função dos princípios – nortear legislador e juiz, em busca de coerência no sistema e justiça nas decisões, sem se impor de modo absoluto”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. O efeito devolutivo da apelação e de outros recursos. In: *Nova era do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 169).

do sistema processual, mas que, ao final, torna ainda mais vantajosa para as partes a produção probatória diretamente no segundo grau.

5.4. Aumento do trabalho dos Tribunais

Por fim, há ainda a alegação de que a produção probatória encontraria óbice no fato de acarretar um aumento na carga de trabalho dos Tribunais, que já se encontram excessivamente abarrotados.

Em primeiro lugar, o excesso de trabalho não pode ser utilizado como argumento para afastar mecanismos de prestação da tutela jurisdicional, sob pena de chegarmos à absurda conclusão de que caberia também ao juízo *a quo* indeferir a produção de prova com fundamento no excesso de trabalho. Assim fosse, não haveria mais a designação de audiência de instrução e julgamento com fundamento no excesso de audiências pautadas em cada uma das varas.

Em segundo lugar, não há qualquer levantamento empírico sobre as consequências práticas da adoção, como regra, da instrução probatória em segundo grau. Como afirma Barbosa Moreira, em uma das diversas vezes que criticou a falta de números confiáveis em matéria processual, “Infelizmente, estatísticas judiciárias não são o nosso forte: ou simplesmente inexistem, ou, quando existem, nem sempre se mostram acessíveis e fidedignas”.⁴⁵

Tal colocação se faz pertinente, visto que a prática já mostrou⁴⁶ que, em se tratando de processo civil, não são previsíveis as consequências da adoção de determinada conduta na condução do processo, seja ela perpetrada por meio de alteração legislativa, seja por mudança na mentalidade dos operadores do direito.

Portanto, não é possível afirmar que haverá aumento na carga de trabalho dos juízes de segundo grau.

Até mesmo porque, não seria um cenário impossível que houvesse, na verdade, um decréscimo na carga de trabalho, pelo fato de que o processo seria resolvido definitivamente em segundo grau, por meio da instrução probatória e o julgamento subsequente. Evitando, através de atos de instrução, que o mesmo processo retorne ao tribunal por meio de nova apelação e imponha a apreciação de um novo recurso, que pode se mostrar mais trabalhoso que a determinação da produção de uma prova pericial, diretamente pelo relator.

45. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reformas processuais e poderes do juiz*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_58.pdf. Acesso em: 05/06/2017.

46. Exemplificando a afirmação, estudo elaborado por Fernanda Pantoja e Leslie Ferraz, que mostra que, a contrário do que se esperava quando da introdução do julgamento singular em sede recursal pelo relator por meio da Lei 9.139/1995, “que 2/3 dos julgados proferidos pelos relatores encerram a demanda, sem qualquer revisão por parte do colegiado”. (PANTOJA, Fernanda. FERRAZ, Leslie. Julgamento singular e agravo interno: uma análise empírica. *Revista de processo*. n. 211, pp. 61 ss.).

6. LIMITES À ATIVIDADE INSTRUTÓRIA EM GRAU RECURSAL

Enfim, superadas tais questões, passaremos a tratar dos limites impostos à atividade instrutória em grau recursal.

Inicialmente, e sem maiores delongas, é importante frisar que aos poderes instrutórios em segundo grau se aplicam os mesmos limites que se impõe aos poderes instrutórios exercidos pelo juiz em primeiro grau de jurisdição. Assim, os elementos objetivos da demanda constituem, *ab initio*, uma limitação à atividade instrutória (arts. 141 e 492, CPC/2015)⁴⁷, pois não poderá o juiz buscar a produção de provas sobre fatos que não foram submetidos ao contraditório e que não dizem respeito à causa que se deve analisar.

Da mesma forma que também o são o contraditório (art. 5º, LIV, CF/1988; arts. 9º e 10, CPC/2015) e a necessidade de fundamentação da decisão (art. 93, IX, CF/1988; arts. 11 e 489, §§ 1º e 2º, CPC/2015), visto que, necessários para que se possa controlar a atividade jurisdicional e evitar eventuais abusos e autoritarismos, que poderiam acarretar efeitos nefastos se perpetrados usando como pressuposto o poder instrutório do juiz.

Além desses limites, também o art. 374 do CPC dispõe sobre fatos que não dependem de provas, quais sejam: notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos no processo como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Sobre tais fatos, Marinoni e Arenhart afirmam que “em princípio, o juiz está dispensado de formar uma convicção sobre tais fatos, enquanto fatos individuais”.⁴⁸ Não é absolutamente preciso afirmar que se trata de um limite aos poderes instrutórios do juiz, tendo em vista que em verdade há a desnecessidade de produção da prova e não a sua vedação.

Entretanto, considerando que nesses casos, até mesmo em tese é difícil justificar a necessidade de instrução probatória, e a justificação da necessidade de produção da prova por meio da motivação é, essa sim, um limite aos poderes instrutórios, é correto afirmar que as consequências, ao final serão bem aproximadas. Ou seja, a atividade instrutória do juiz, perante tais fatos, também resta restrita.

Por fim, o juiz, seja ele de primeiro ou de segundo grau, também pode esbarrar em limitações no seu poder instrutório, fundadas nas especificidades do procedimento, como ocorre com a Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais e limita a produção da prova pericial.⁴⁹

6.1. Quanto ao momento de prolação da decisão recorrida

O primeiro dos limites, e talvez o mais relevante para o presente trabalho, está ligado ao momento processual em que foi proferida a decisão objeto de recurso. Isso

47. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ob. Cit.* p. 165.

48. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Ob. cit.* p. 135.

49. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ob. Cit.* p. 168.

porque o Código de Processo Civil de 2015 possibilita ao juiz que profira sentença em diversos momentos ao longo do processo.

Em um breve apanhado, cronologicamente postado, é possível identificar: a) Antes da citação do réu, pelo indeferimento da inicial (art. 330) ou improcedência liminar do pedido (art. 332); b) Imediatamente após a fase postulatória, por meio do julgamento antecipado do mérito (art. 355) ou antecipado parcial do mérito (art. 356); c) Após o saneamento e a fase instrutória, com o julgamento do mérito (art. 487).

A partir desses três marcos temporais que se estabelecerão as balizas.

Em primeiro lugar, quanto à sentença proferida após o saneamento e a fase instrutória, com julgamento do mérito, não há dúvida de que nessa hipótese os poderes instrutórios do juiz de segundo grau não encontrarão maiores limites que aqueles impostos, e já citados, ao juiz de primeiro grau.

Isso porque o contraditório pleno foi exercido em primeiro grau, ambas as partes puderam expor suas razões e produzir as provas que pretendiam sobre os fatos alegados. Bem como o juiz teve a oportunidade de determinar a produção de ofício das provas que reputava necessárias para o deslinde do feito. Em situação como a descrita, o papel do juiz de segundo grau será o de complementar a instrução probatória caso a entenda insuficiente ou necessite de esclarecimento quanto a algum dos fatos alegados pelas partes, inclusive se quanto a ele já houver sido produzida prova, que demande complementação.

Em segundo lugar, no que tange à sentença prolatada imediatamente após a fase postulatória, por meio do julgamento antecipado do mérito, começam a surgir questões que poderiam obstaculizar a atividade instrutória no segundo grau. Isso porque, nesse momento o juiz ainda não saneou o processo, deixando livre o caminho para a fase instrutória. Já que “o despacho saneador cumpre, em regra, sua função de entregar à audiência, isolado e livre de obstáculos, o próprio mérito da controvérsia”.⁵⁰

Ocorre que, muito embora se trate de afirmação verdadeira, a ausência de saneamento do feito em primeiro grau não justifica o impedimento da atividade instrutória em segundo grau.

A questão é solucionada pela análise da profundidade do efeito devolutivo, prevista no art. 1.013, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, que permite ao tribunal conhecer de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, bem como todos os fundamentos sobre os quais se baseiam o pedido ou a defesa, respeitada a extensão do efeito devolutivo (*tantum devolutum quantum appellatum*). Inclusive, é a profundidade do efeito devolutivo que permite que ao

50. LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. *Revista dos Tribunais*. Vol. 767. Set./1999. p. 737.

tribunal apreciar todas as questões de ordem pública, mesmo que o juízo *a quo* não tenha a respeito delas feito qualquer análise.⁵¹

Conforme exposto, a profundidade do efeito devolutivo permite conhecer de todas as questões suscitadas e discutidas, ainda que não tenham sido solucionadas. Tal disposição se aplica perfeitamente à hipótese relativa à ausência de saneamento. Não haveria qualquer usurpação de competência do juízo *a quo*, por se tratar de matéria regularmente devolvida ao tribunal pelo recurso interposto. Além disso, o juiz de primeiro grau teve, de certa maneira, seu juízo de valor sobre a necessidade de produção de novas provas, optando pelo julgamento imediato sem a dilação probatória, por reputá-la desnecessária.

Isto posto, mesmo que não tenha havido saneamento do feito e a subsequente abertura da fase instrutória, o Tribunal poderá proceder à instrução do feito, caso entenda que o julgamento nos termos do art. 355 foi equivocado, e deve ser produzida prova quanto aos fatos alegados.

Lembre-se que, a essa altura do processo as partes já indicaram as provas que pretendem produzir e controverteram os fatos alegados, cabendo ao juiz somente delimitá-los, e deferir as provas requeridas ou determinar a sua produção de ofício.

Essa hipótese, por sinal, é uma das situações em que o reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz de segundo grau se mostra mais relevante, visto que não houve produção de provas, além das documentais juntadas pelas partes em suas primeiras manifestações, e o juiz já firmou seu entendimento quanto ao mérito da demanda, reputando, inclusive, absolutamente desnecessária a produção de provas sobre os fatos alegados pelas partes. O que levaria aos problemas apontados alguns parágrafos atrás, sobre a falta de qualidade da prova remetida para ser produzida nessas condições pelo juiz *a quo* e a mácula à sua imparcialidade, quando já se manifestou sobre o próprio mérito da causa.

Em terceiro e último lugar, é na sentença proferida sem a citação do réu, seja ela de improcedência liminar ou de indeferimento da inicial, que encontramos um limite intransponível aos poderes instrutórios do juiz de segundo grau. Problema esse que reside na ausência de citação, nos termos do art. 334 c/c 335.

Quando o réu é citado para integrar a relação processual, após o recebimento da petição inicial e a superação das questões relativas à sua regularidade formal, sobre ele recai o ônus previsto no art. 336 e de alegar as matérias previstas no art. 337 do CPC/15, sob pena de presumirem-se verdadeiras as alegações sobre fatos não impugnados, nos termos do art. 341.

Por outro lado, quando o réu é citado da interposição de recurso contra sentença de improcedência liminar do pedido (art. 332, §4º) ou contra sentença

51. JORGE, Flávio Cheim. *Ob. cit.*. p. 330.

que indefere a petição inicial (331, §1º), o ônus imposto pela lei é diverso, qual seja: o de responder o recurso. E, nesses termos, poderá o réu limitar as suas alegações à manutenção da improcedência liminar, ou do indeferimento da inicial. Não há qualquer imposição legal, nessa hipótese de alegação de toda matéria de defesa, como decorreria da previsão do art. 336, caso a citação se desse em momento anterior à prolação de sentença.

Assim, o que se constata é que nessa hipótese, não há sequer a delimitação da controvérsia pela interposição de contestação pelo réu, nos termos do art. 336 do CPC. Dessa forma, as questões que podem surgir no processo ainda não se concretizaram, carecendo o processo de uma manifestação integral sobre o mérito do réu, citado, até então, somente para contrarrazoar o recurso.

Por tal motivo, este o momento a partir do qual o juiz de segundo grau – e nem mesmo o juiz de primeiro grau – poderia atuar seus poderes instrutórios. Pelo simples fato de que, antes da apresentação de contestação propriamente dita os fatos ainda não foram controvertidos, e não se sabe, sequer, sobre quais fatos será necessário produzir prova.

6.2. Quanto ao meio de prova

Superada a questão mais controversa sobre os limites da atividade instrutória em grau recursal, a questão relativa ao meio de prova não apresenta maiores dificuldades.

Quanto à prova documental, até mesmo aqueles que são resistentes à produção de prova em grau de recurso devem admitir que não há, em sua natureza, qualquer característica que impeça a sua realização, por meio da juntada aos autos. Da mesma maneira, embora exija um pouco mais do juiz de segundo grau, a prova pericial, não apresenta característica que justifiquem a oposição à sua formação em sede recursal, visto que o procedimento insculpido nos artigos 464 a 480 se amolda sem maiores dificuldades, até mesmo à estrutura das cortes nacionais.

Questão mais interessante se mostra quando a apreciação da questão passa à prova testemunhal e à inspeção, pois, além de exigirem uma atuação mais direta do juiz que conduz a instrução, impõem, no caso da prova testemunhal, uma estrutura física, que, dada nossa cultura de limitação da instrução ao primeiro grau, não está disponível na maioria dos tribunais brasileiros.

A questão estrutural e de ordem prática não é capaz de afastar ou impedir o exercício dos poderes instrutórios do juiz de segundo grau, haja vista o precedente firmado pelo Desembargador José Carlos Barbosa Moreira que, enxergando a relevância da causa, determinou que se encenasse uma peça de teatro para a turma julgadora, a fim de que se pudesse ter o verdadeiro contato com a prova dos fatos. Assim, tanto a prova testemunhal quanto a inspeção judicial são plenamente cabíveis em grau de recurso, cabendo ao magistrado, que reputou tal prova necessária, providenciar junto ao seu tribunal os meios para a sua concretização.

Por exemplo, um instrumento que tem auxiliado muito em alguns tribunais para a coleta de interrogatório de presos,⁵² tem sido a videoconferência, que pode facilmente ser estendida para a realização de audiências em segundo grau, sem que haja a necessidade de deslocamento da parte ou testemunha a ser ouvida até a sede do tribunal, que poderá ficar a distâncias consideráveis do domicílio das partes ou testemunhas a depender do Estado em que os autos tramitam e a cidade na qual tais pessoas moram.

Por fim, discussão interessante de ser travada gira em torno da necessidade ou não de toda a turma julgadora participar da colheita da prova testemunhal ou da inspeção judicial. Referido questionamento não se justifica na prova pericial ou documental em razão da forma como tais provas são apreciadas, pela via documental, não sendo relevante, na maioria dos casos, para a apreciação da prova o contato direto do juiz com a sua produção. No entanto, em se tratando de inspeção, cuja imediatidade é ínsita à sua natureza, e à prova testemunhal, pelas razões já expostas neste artigo, o julgamento por órgão colegiado pode ensejar tal questionamento.

No entanto, a resposta é facilmente encontrada no Código de Processo Civil de 2015, que dispõe, em seu art. 932, I “Incumbe ao relator dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, (...)”. Assim, como é do relator a atribuição de dirigir e ordenar o processo, mesmo em relação à produção da prova, somente a sua presença é indispensável para a colheita das provas em questão. O que não afasta a possibilidade de os outros integrantes acompanharem a produção da prova testemunhal ou a inspeção judicial, de maneira a formar seu convencimento por meio do contato imediato com a prova.

6.3. Quanto ao direito material tutelado

No tocante à relação do direito material tutelado com os limites dos poderes instrutórios do juiz em segundo grau, a despeito do entendimento esposado pelo Min. Sálvio Teixeira, quando do julgamento do REsp 43.467⁵³, não nos parece adequado admitir a interferência do direito material em poderes eminentemente processuais.

52. Segundo informa Trícia Navarro, o Tribunal do Espírito Santo já contaria com tal ferramenta. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ob. Cit.* p. 139.)

53. “Direitos civil e processual. Investigação de paternidade. Determinação de ofício de audiência de testemunhas. Possibilidade. Direito indisponível. Art. 130, CPC. Direito de família. Evolução. Hermenêutica. Precedentes. Recurso desacolhido. I - Na fase atual da evolução do direito de família, e injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II - diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, e certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. III - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por

Nesse sentido a doutrina já afirmou que “a iniciativa probatória de ofício não se vincula ao direito sub judice, é instituto processual que não deve ser confundido com o direito material”.⁵⁴ Entendimento que segue a linha do quanto defendido por José Roberto dos Santos Bedaque, que afirma: “A relação processual rege-se sempre por princípios atinentes ao direito público, tendo em vista sua finalidade, o seu objetivo. A natureza da relação a ser decidida pelo juiz não influiria, portanto, nos poderes instrutórios a ele conferidos”.⁵⁵

Assim, muito embora se reconheça a existência de direitos subjetivos de grande importância que carecem de proteção do Estado, não há porque se admitir que nesses casos o juiz deverá ter poderes instrutórios mais amplos que nas outras demandas, visto que não teriam o condão de interferir na sua constituição.

7. CONCLUSÃO

De todo o exposto no presente artigo, algumas conclusões podem ser extraídas:

I. Os poderes instrutórios do juiz de segundo grau possuem a mesma amplitude que os poderes instrutórios do juiz de primeiro grau, não fazendo a lei qualquer distinção entre eles.

II. As formas pelas quais o juiz de segundo grau exerce seus poderes instrutórios são a baixa dos autos em diligência e a produção de provas diretamente no segundo grau.

III. Uma vez que o juiz de segundo grau possui plenos poderes instrutórios, ele poderá conduzir a produção probatória sem a necessidade de retorno dos autos ao primeiro grau.

IV. O sistema processual, embora estruturado para a produção das provas em primeiro grau de jurisdição, possui alguns contornos que impõe a admissão da possibilidade de produção de prova diretamente em grau recursal, como a possibilidade de alegação de fatos novos – que implica a necessidade de produção probatória -, a ampliação das hipóteses de julgamento imediato do mérito sob a “teoria da causa madura” e o não cabimento de agravo de instrumento da decisão que indefere a produção de prova.

V. Além de se tratar de medida possível, a produção de provas diretamente no segundo grau ainda possui vantagens sensíveis, como a valorização da oralidade e da efetividade. Bem como a preservação da imparcialidade do juiz na condução da

objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes”. (REsp 43.467/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/1995, DJ 18/03/1996, p. 7568)

54. MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ob. cit.* p. 99.

55. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ob. Cit.* p. 101.

instrução, tendo em vista que o juízo *a quo* já se pronunciou sobre o mérito, o que implica, inclusive, em menor qualidade da prova por ele produzida.

VI. Não se sustentam as alegações de violação ao duplo grau, nem tampouco aquelas relativas à existência de uma conformação geral do sistema tendente a afastar a instrução dos atos instrutórios no segundo grau de jurisdição. Além de serem desprovidos de fundamento os questionamentos quanto à recorribilidade das decisões e eventual aumento do trabalho nos tribunais.

VII. Os limites impostos ao juiz de primeiro grau quanto aos elementos objetivos da demanda, a observância do contraditório, a necessidade de fundamentação e as restrições do art. 374, se aplicam também ao juiz de segundo grau, sem qualquer ressalva.

VIII. O juiz de segundo grau somente poderá avançar à instrução probatória se houver citação do réu para oferecimento de contestação nos moldes do art. 336 do CPC, devendo ser afastados – tal qual ocorreria com o juiz de primeiro grau – quando sequer houve a formação da controvérsia sobre os pontos aduzidos à inicial. Não suprimindo tal exigência as citações dos arts. 332, §4º e 331 §1º do CPC/15.

IX. Por fim, quanto aos meios de prova e o direito material tutelado não há razões para o estabelecimento de qualquer limite à atividade instrutória em segundo grau, que deverá ser conduzida pelo relator, mas poderá contar com o acompanhamento direito da turma julgadora.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.
- CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Reflexões sobre a limitação do direito de recorrer no sistema recursal brasileiro. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. [et al.] *Recursos e duração razoável do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*. Vol. 153. p. 33. Nov./2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milão: Giuffrè, 1974.
- CARVALHO, Everardo Viriato de Miranda. A conversão do julgamento em diligência e o limite do arbítrio do juiz. *Revista dos Tribunais*. RT 99/304. Jan. 1936.
- CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes instrutórios do juiz: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O efeito devolutivo da apelação e de outros recursos. In: *Nova era do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- JUNOY, Joan Picó i. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1986.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. *Revista dos Tribunais*. Vol. 767. Set./1999.
- MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua sistematização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reformas processuais e poderes do juiz*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_58.pdf. Acesso em: 05/06/2017.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Duplo Grau de Jurisdição: Princípio Constitucional?. *Revista de Processo*. vol. 162. Ago./2008. p. 362.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Ajuris*. Vol. 90. p. 55/83.
- OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Correção de nulidade processual e produção de prova em sede de apelação. *Revista de Processo*. Vol. 145. Mar/2017. p. 173.
- PANTOJA, Fernanda. FERRAZ, Leslie. Julgamento singular e agravo interno: uma análise empírica. *Revista de processo*. n. 211, pp. 61 ss.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação. In: DIDIER JR, Fredie [et al.]. *Direito Probatório*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A aplicação da “teoria da causa madura” no sistema recursal do novo código de processo civil. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. [et al.] *Recursos e duração razoável do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova, CEDAM, a. 39 (II série), n. 4, p. 74-120, out./dez. 1998.
- VANZ, Maria Cristina. *La circolazione della prova nei processi civili*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.