

PRODUÇÃO DE PROVAS EM FASE RECURSAL¹

Paulo Osternack Amaral

Doutor e mestre em direito processual pela USP. Professor do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, do Instituto Paranaense de Direito Processual - IPDP e do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr. Autor das obras *Arbitragem e Administração Pública* (Fórum, 2012) e *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade* (RT, 2ª edição, 2017). Advogado.

Resumo: o texto versa sobre a possibilidade de o julgador em grau recursal determinar, no âmbito do tribunal, a produção de provas necessárias à formação de seu convencimento para o julgamento do recurso. Serão analisados os poderes probatórios do juiz, a sua incidência em fase recursal, os casos em que seria admissível a produção de provas em fase recursal, os meios de prova que se reputam

1 Parte das ideias contidas no presente texto consiste na síntese do que foi aprofundado na 2ª edição da obra *“Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade”*, de minha autoria, publicada pela editora Revista dos Tribunais.

admissíveis de serem produzidos no âmbito do tribunal e a definição do procedimento para sua colheita.

Palavras-chave: provas – poder probatório – fase recursal.

1. Introdução

No passado se afirmava que a atividade probatória integraria o leque de atividades desempenhadas pelo juiz e pelas partes exclusivamente no curso do processo em primeiro grau.

Em sede recursal, o tribunal apenas receberia o conjunto probatório já formado perante o juízo *a quo* e exerceria uma análise revisora à luz de tais provas. Caso se identificasse a necessidade de produção de uma prova adicional para o correto julgamento da causa, a solução seria invalidar a sentença e determinar a colheita daquela prova pelo juiz singular, com a consequente prolação de nova sentença, desta vez amparada em contexto probatório mais amplo. Somente então o processo retornaria ao tribunal mediante a interposição de novo recurso.²

Tal solução nunca pareceu ser a mais adequada. Mesmo à luz do CPC/73 havia julgados esparsos admitindo a

2 GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 662.

produção de provas em sede recursal. Em tais casos, se fosse detectada em sede recursal a necessidade de produção de uma prova adicional, a solução mais frequente consistia na conversão do julgamento em diligência e a determinação de que tal prova fosse colhida pelo juízo singular.³ Talvez por dificuldades estruturais ou acúmulo de trabalho, mesmo na vigência do CPC/15, alguns julgados ainda se mostraram resistentes à ideia de promover a colheita da prova diretamente no âmbito do tribunal⁴.

O objetivo do presente ensaio será demonstrar que, se ainda havia alguma dúvida quanto à admissibilidade da produção de provas em sede recursal, o CPC/15 resolveu definitivamente a questão. Há uma série de motivos que justificam (e até estimulam) o desenvolvimento da atividade probatória em fase recursal. O desafio será identificar os casos em que tal iniciativa probatória seria adequada, quais meios de prova seriam admissíveis e qual o procedimento a ser adotado.

2. A amplitude dos poderes instrutórios do juiz

O julgador possui amplos poderes instrutórios, o que lhe permite não apenas controlar a pertinência e a admis-

3 “(...) de ordinário, os integrantes do tribunal não se mostram propensos a desenvolver suas antigas atividades de juízo de instrução e remetem os autos ao primeiro grau. Cumprida a diligência, retomar-se-á o julgamento” (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 444).

4 TJPR, 17ª C.Cível, Apelação Cível 1.727.530-2, Rel. Des. Lauri Caetano da Silva, j. 31.01.2018.

sibilidade das provas pretendidas pelas partes,⁵ mas também determinar de ofício a produção daquelas que repute necessárias à formação de seu convencimento.⁶⁻⁷ Tal como

5 Osvaldo Alfredo Gozaíni ensina que pertinência e admissibilidade da prova influem no grau de eficácia que ela tem de influir na convicção do julgador. Esse aspecto se denomina “*atendibilidad*” da prova (GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. La prueba en el Código General del proceso. In: MORELLO, Augusto M. (coord.). *La prueba*: libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo. La Plata: Platense, 1996. p. 94)

6 Dispõe o *caput* do art. 370 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. O parágrafo único do art. 370 determina que o “juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Na Argentina, promoveu-se uma reforma processual por meio da Lei 25.488, que introduziu no art. 36, IV, do CPC o dever de o juiz ordenar as diligências necessárias a esclarecer a verdade dos fatos controvertidos. A doutrina argentina noticia que tal determinação já se encontrava assentada em sede jurisprudencial, a partir dos casos “Colalillo” e “Oilher”, em que se estabeleceu que “las antiguas facultades de esclarecimiento que tenían los jueces eran verdaderos deberes cuando la prueba omitida por las partes era esencial para la solución del litigio” (ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*. 3. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012. t. I, p. 92 e 420). Ainda sobre o poder-dever probatório do juiz, Mario Masciotra informa que a *Corte Suprema de Justicia de Colombia* tem decidido que a omissão do juiz quanto à determinação de provas de ofício, em determinados casos, configura erro de direito, passível de correção por meio de recurso de cassação (MASCIOTRA, Mario. *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea, 2014. p. 314 e 423-424). Na Itália, no entanto, o art. 115 do CPC consigna que o juiz, como regra, deve julgar com base nas provas produzidas pelas partes ou pelo Ministério Público. O juiz só determinará provas de ofício em casos excepcionais, expressamente previstos em lei (LEANZA, Piero; BATTISTUZZI, Andrea; BRUNO, Sabrina. CAMINITI, Emanuele; INFANTINO, Daniela. *Le prove civili*. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 45-46).

7 “Ao juiz é *facultada* a determinação de provas necessárias à instrução do processo, sem ficar atado ao requerimento da parte. Essa faculdade, porém, jamais se transmudará em obrigação. O que cabe ao juiz afastar

em França,⁸ esses poderes probatórios são extraíveis da lei, além de serem congruentes com a premissa de que o juiz é o destinatário principal da prova. É a ele que as partes precisam convencer por meio da atividade probatória. Portanto, cabe também a ele a avaliação acerca das provas existentes no processo e a eventual necessidade de determinar a produção de outras provas.

A partir do Código de Processo Civil de 2015 é possível compreender-se também os poderes instrutórios do juiz, na perspectiva do dever de colaboração, previsto no art. 6º, o que impõe ao órgão julgador o dever de diálogo com as partes⁹, incluindo sua participação na produção das

por todos os meios são as dúvidas que lhe assaltem sobre as provas das afirmações” (SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Introdução ao estudo da prova. *Revista Forense* n. 247, p. 38, Rio de Janeiro, jul./set. 1974).

8 Os arts. 10, 144 e 770 do CPC francês, em síntese, determinam que o juiz tem o poder de ordenar de ofício todas as medidas probatórias legalmente admissíveis. A doutrina francesa confirma tal viabilidade: CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013. p. 427 e 429; PIERRE-MAURICE, Sylvie. *Leçons de procédure civile*. Paris: Ellipses, 2011. p. 181; DOUCHY-OUTDOT, Méline. *Procédure civile*. 5. ed. Paris: Gualino, 2012. p. 223; COUCHEZ, Gérard; LAGARDE, Xavier. *Procédure civile*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 375; GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*. 31. ed. Paris: Dalloz, 2012. p. 445. Todavia, ressalva-se que na prática os juízes não se utilizam muito desse poder, de modo que a grande maioria das medidas probatórias são determinadas a partir de um requerimento das partes (HÉRON, Jacques; LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2012. p. 223-224).

9 A doutrina em geral aponta quatro deveres correlatos ao dever de colaboração: a) dever de prevenção ou advertência, que impõe a necessidade de se prevenir as partes quanto a irregularidades processuais, possibilitando-lhes a devida correção; b) dever de esclarecimento, impondo-se ao

provas necessárias à formação de seu convencimento.¹⁰

O processo, assim, torna-se um ambiente propício ao estabelecimento de uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*)¹¹, na qual os sujeitos – partes e juiz – participam de forma ativa e colaborativa em sua formação e desenvolvimento.

Nada impede, à luz dos poderes de instrução, que o juiz determine mais de uma medida instrutória. Todavia, espera-se do juiz a sensibilidade de determinar mecanis-

órgão julgador a necessidade de se esclarecer junto às partes quanto às suas alegações no processo, possibilitando a adequada interpretação dos pedidos e fundamentos da demanda; c) dever de consulta, que impõe o dever de se ouvir as partes antes da prolação de qualquer decisão; d) dever de auxílio, com o necessário apoio às partes na superação de obstáculos ao exercício de seus direitos ou cumprimento de ônus e deveres (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65-68). Ainda: MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 69-70; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra Editora, 2010, p. 15-21.

10 Para Miguel Teixeira de Sousa, o dever de colaboração alcança o dever de produção de provas, extraível do art. 519, 1º, do CPC português (atual art. 417, do novo CPC português), segundo o qual “Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”, vinculando inclusive a parte “que não está onerada com a prova” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 64). O art. 378 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 apresenta disposição semelhante: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

11 FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 168.

mos probatórios que sejam adequados à solução do litígio e ao mesmo tempo representem o caminho menos oneroso.¹²

2.1. A questão da preclusão

Não há preclusão temporal para o juiz em matéria de prova, não apenas porque os prazos fixados para o juiz são impróprios (cujo descumprimento não gera consequências processuais), mas também em virtude de o art. 370 do CPC não estabelecer nenhum prazo para o juiz “determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

Ainda em matéria probatória, a preclusão consumativa incide para o juiz apenas no caso de prova já deferida – hipótese em que não poderá alterar o seu posicionamento e resolver indeferi-la.¹³⁻¹⁴ Todavia, nada impede que o juiz de ofício determine a produção de prova já indeferida, pois tal conduta não implicará negar nenhum direito das partes.¹⁵

12 GUINCHARD, CHAINAIS e FERRAND, *Procédure...*, p. 458.

13 Na França, entretanto, o entendimento parece ser outro. A doutrina parte da premissa de que toda medida probatória ordenada pelo juiz da fase instrutória é executada sob o seu controle (art. 777 CPC). Disso decorreria que o juiz pode modificar a medida anteriormente ordenada ou prescrever outra medida aplicável que lhe pareça oportuna (PIERRE-MAURICE, Sylvie. *Leçons de procédure civile*. Paris: Ellipses, 2011. p. 181).

14 Nesse sentido, o enunciado 514 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O juiz não poderá revogar a decisão que determinou a produção de prova de ofício sem que consulte as partes a respeito”. Em sentido contrário: STJ, AgInt no AREsp 118.934/PR, 1ª T., j. em 22.11.2016, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 06.12.2016.

15 AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 41; FER-

Contudo, registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, de forma ampla, possui entendimento de que a iniciativa probatória do julgador, em segunda instância, não se sujeita a preclusão.¹⁶

2.2. Inexistência de atuação supletiva, prestígio à isonomia e irrelevância da natureza do direito material em discussão

O juiz não possui uma função supletiva (complementar) quanto à produção de provas, em que ele só atuaria de forma subsidiária, diante da inércia de uma das partes em relação à atividade probatória. Tampouco é admissível que o julgador adote conduta assistencialista a uma das partes, determinando a produção de provas com o objetivo de equilibrar eventuais disparidades entre os litigantes.¹⁷ A atuação de ofício em relação à produção de provas contém amparo legal e sua legitimidade submete-se apenas à diretriz geral de motivação dos atos jurisdicionais.¹⁸

REIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 91-92. Na jurisprudência, confira-se: STJ, AgRg no AgRg no AREsp 416.981/RJ, 4.^a T., j. 08.05.2014, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, *DJe* 28.05.2014.

16 STJ, AgRg no AgRg no AREsp 359106/MG - Quarta Turma - Rel.: Ministra Maria Isabel Gallotti - Unânime - J. 15/05/2014 - Publicação 28/05/2014.

17 Em sentido contrário, confira-se: YARSHELL, *Curso...*, vol. 1, p. 99-100 e 116; XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz em tema de prova. *Revista de Processo*. n. 159. p. 185 e 196, maio 2008; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O aprimoramento do Processo Civil como pressuposto de uma Justiça melhor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 134.

18 Eduardo Cambi considera que os poderes instrutórios do juiz são com-

A atividade probatória oficial também não caracteriza ofensa à isonomia nem ao chamado princípio dispositivo.

A produção de provas de ofício pelo juiz extrapola o eventual interesse das partes. Destina-se a prestigiar o interesse do Estado na correta solução do litígio. Logo, a produção de provas de ofício, em princípio, não ofenderá a exigência de igualdade processual. Ao contrário, como regra, terá o objetivo de aprofundar a investigação de modo a permitir a formação mais adequada da convicção judicial. Afinal, a imparcialidade não pode funcionar como fundamento para que se oculte a verdade.¹⁹ A investigação aprofundada – dentro dos limites da causa – entregará às partes uma decisão justa e adequada.

Também não convence o argumento de que tal iniciativa oficial ofenderia o princípio dispositivo, amparado na ideia de que se o direito for disponível a atuação oficial seria bastante restrita, e caso o direito material fosse indisponível, aí sim os poderes probatórios do juiz seriam amplos. Rigorosamente, a amplitude dos poderes instrutórios não se altera em razão do direito material discutido no processo. Não há dispositivo legal que autorize essa conclusão.²⁰ Atualmente prevalece a concepção publicista, que vê no processo o exercício da jurisdição estatal, orientado à

plementares ou integrativos, tendo em vista que a atividade probatória principal é das partes (CAMBI, Eduardo. Capítulo XII. Das provas. CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). *Código de Processo Civil comentado...*, p. 640).

19 MASCIOTRA, *Poderes-deberes...*, p. 419.

20 BEDAQUE, *Poderes...*, p. 138.

pacificação social por meio da justa e correta aplicação do direito material.²¹ Alie-se a isso a orientação contida no art. 370 do CPC, que determina, independentemente do direito material em litígio, que o juiz atue ativamente em relação à produção de provas sempre que repute necessário à formação adequada do seu convencimento sobre a causa.²²

2.3. Poderes instrutórios e direito à prova

Os poderes instrutórios devem ser compreendidos em consonância com o direito à prova, que permite às partes produzir contraprova, prova diversa das determinadas pelo julgador ou ainda lhes confere a oportunidade de se pronunciar sobre elas antes do julgamento.

Portanto, os poderes probatórios conferem ao juiz a atribuição de atuar de forma ativa²³, *compartilhando* com as

21 ECHANDÍA, *Compendio...*, vol. I, p. 51; MASCIOTRA, *Poderes-deberes...*, p. 417-419; DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. vol. 1, p. 527.

22 Gian Franco Ricci afirma que o processo civil italiano contempla várias hipóteses gerais em que o juiz pode atuar de ofício em relação à atividade probatória – como por exemplo na inspeção e na requisição de informações –, o que permite reconhecer atualmente a persistência do tradicional *principio dispositivo temperato* do Código de 1940. Mais adiante, conclui que os poderes probatórios de ofício incidem (de forma ampla) apenas em processos especiais, mas com a constante preocupação de identificar dentro de quais limites tal atuação deve ocorrer (RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 342-343, 346-347 e 361-362).

23 De acordo com BUZAID, o Código de Processo Civil brasileiro está em harmonia com a evolução processual, que substituiu o juiz inerte pelo

partes o encargo de produzir todas as provas que repute adequadas para a correta formação de seu convencimento.²⁴⁻²⁵

É importante perceber que essa atuação do juiz se destina à formação do seu convencimento acerca dos fatos trazidos aos autos pelas partes. Portanto, não se permite que o juiz funcione como investigador, intro-

juiz ativo, conferindo-lhe atividade instrutória de modo a permitir a formação de seu convencimento a respeito da causa, e não para auxiliar uma das partes (BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. vol. 1, p. 78). No mesmo sentido: BEDAQUE, *Poderes...*, p. 111-112; THEODORO JR., Humberto. Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*. n. 3. p. 11. Porto Alegre, out.-dez. 1999. Em sentido contrário: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. In: Cruz e Tucci, José Rogério (coord.). *Processo civil: estudos em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 249. À luz do processo civil francês, confira-se: JEULAND, Emmanuel. *Droit processuel general*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 2012. p. 266.

24 Ivan Righi reconhece a ampla iniciativa probatória do juiz, “exercível inclusive no caso de inércia das partes, e mais: exercível até mesmo contra a vontade das partes” (RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. *Jurisprudência Brasileira*. n. 169. p. 45. Curitiba, jan.-mar. 1993). Luiz Eduardo Boaventura Pacífico entende que os poderes instrutórios do juiz mitigam a necessidade de as partes produzirem provas no processo, o que caracteriza relativização do conceito de ônus subjetivo da prova (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 174).

25 Nesse sentido, William Santos Ferreira destaca que, enquanto no Código de Processo Civil de 1973 “o sistema gravitava em torno do juiz”, no CPC de 2015 “são ampliados sobremaneira os poderes das partes, sua participação antes, durante e posteriormente à produção e valoração das provas” (FERREIRA, William Santos. Capítulo XII. Das Provas. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.115).

duzindo fato jurídico novo, diverso dos extraíveis dos autos.²⁶ A sua atuação probatória se restringirá ao contexto fático estabelecido no processo e a intensidade dessa atuação dependerá do contexto probatório existente nos autos. Será irrelevante a condição das partes ou a natureza do direito envolvido.

Disso decorre que a opção legislativa foi conferir ao julgador a atribuição de determinar provas de ofício quando reputar necessário ao atingimento da correta solução do litígio.

2.4. Poder instrutório do julgador na esfera recursal

Tal poder instrutório recai não apenas sobre o juiz de primeiro grau, mas também sobre o julgador no âmbito dos tribunais, no exercício de competência recursal (por exem-

26 CARNELUTTI, *La prueba...*, p. 9 e 45; THEODORO JR., *Prova...*, p. 12; SILVA, *Introdução...*, p. 34. Merece destaque também a ponderação de Righi, segundo o qual o juiz “não deve é sair em busca do nome de pessoas que tenham conhecimento dos fatos da causa, como se fosse um investigador policial qualquer”; mas se o juiz toma conhecimento do nome da pessoa por meio de documento constante nos autos, poderá determinar de ofício a inquirição dessa pessoa (RIGHI, *Os poderes...*, p. 45). O art. 452 do CPC argentino contempla expressamente tal possibilidade: “El juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa”.

plo, Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal).²⁷⁻²⁸

É o que se extrai do art. 370 do CPC, que assegura a qualquer julgador (independentemente da instância) o poder de produzir provas de ofício, bastando que ele as repute necessárias ao julgamento do mérito.

Essa diretriz é confirmada pela regra do art. 932, inc. I, do CPC, que impõe ao relator a tarefa de conduzir o processo no âmbito do tribunal, “*inclusive em relação à produção de prova*”. Obviamente que o poder do relator com relação à produção da prova não significa uma singela autorização para promover o controle da pertinência de determinado meio de prova, quando tal tema for objeto de um recurso submetido à sua apreciação. Não seria necessária uma autorização especial para que o julgador realizasse tal controle. Bastaria que o recur-

27 STJ, 3ª Turma, REsp 1.102.306/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 28/04/2009, DJ 07/05/2009; STJ, 2ª Turma, REsp 382.742/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 16/02/2006, DJ 26/04/2006; TJPR, 12ª C. Cível, Apelação Cível 1.223.128-6, Rel. Des. Joeci Machado Camargo, j. 02.09.2015; TJPR, 16ª C. Cível, Apelação Cível 1.743.115-5, Rel. Des. Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, j. 13.12.2017. Na doutrina, confira-se: DI-DIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, vol. 3, p. 47.

28 Os poderes instrutórios do juiz também recaem sobre os ministros dos tribunais superiores. Contudo, não há dúvida de que serão menos frequentes os casos em que será admissível e adequada a determinação da produção de provas adicionais no âmbito de Cortes Superiores, considerando-se as naturais restrições de matérias admissíveis nos recursos submetidos a tais tribunais. Aparentemente, tal atividade probatória encontrará campo fértil nas causas de competência originária dos tribunais superiores, hipótese que não integra o objeto deste ensaio.

so veiculasse insurgência em relação ao tema para que o relator analisasse a correção da decisão singular que determinou ou rejeitou determinada prova. O comando contido no inciso I do art. 932 é específico: caracteriza autorização expressa do poder instrutório do relator no âmbito dos tribunais.

Portanto, os julgadores que atuam nos tribunais (ou no âmbito das turmas recursais dos juizados) detêm os mesmos poderes instrutórios que os juízes singulares.²⁹ Isso lhes permite determinar a produção de uma prova adicional, caso a repute necessária à correta formação de seu convencimento para o julgamento do recurso. Estes poderes instrutórios também asseguram às partes o direito de produzir contraprova em sede recursal, que tenha se revelado necessária em virtude da prova determinada de ofício em grau recursal. Em qualquer caso, a determinação da prova (e da eventual contraprova) em sede recursal deverá ser fundamentada e a sua produção observará o contraditório. Somente assim tais provas poderão ser validamente admitidas no momento do julgamento do recurso.

3. Necessidade de provas em grau recursal

O reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz na esfera recursal assume especial relevância quando forem submetidas alegações fáticas ao tribunal, que até então não haviam sido suscitadas no processo.

29 ASSIS, *Manual...*, p. 442-443.

Evidentemente que não será toda e qualquer alegação fática superveniente que desencadeará uma atividade probatória no âmbito recursal. Exige-se que a alegação seja controvertida e verse sobre fato relevante para a solução do litígio. Se o fato for impertinente, a produção de prova a seu respeito será inútil ao desfecho do recurso (art. 370, parágrafo único). Já se o fato for alegado por uma parte e não impugnado pelo adversário, a lei expressamente dispensa a realização de atividade probatória a respeito de tal ponto (art. 374, III).³⁰

De um lado, admite-se expressamente alegação de fatos supervenientes à fase postulatória (art. 342, inc. I e art. 493). Após o estabelecimento do contraditório, tais temas deverão ser tomados em consideração pelo julgador caso tenham a potencialidade de repercutir sobre o julgamento. Nada impede que o julgador constate de ofício – em primeiro ou segundo grau – algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo. Nesse caso, deverá ser concedida vista às partes (art. 493, par. único), de modo a estabelecer o

30 Há, todavia, certas hipóteses em que, muito embora os fatos estejam incontroversos, ainda assim eles carecem de comprovação. Trata-se dos fatos: a respeito dos quais não se admita confissão (CPC, art. 341, I); para cuja prova a lei exija documento público (CPC, arts. 341, II e 345, III); que estejam em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto (CPC, art. 341, III); que interessem à defesa do réu defendido por advogado dativo, por curador especial ou defensor público (CPC, art. 341, parágrafo único); contestados por apenas um ou alguns litisconsortes (CPC, art. 345, I); relativos a direitos indisponíveis (CPC, art. 345, II); inverossímeis alegados pelo autor ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos (CPC, art. 345, IV).

prévio e indispensável contraditório acerca de tal alegação (arts. 9º e 10), para somente então enfrentá-lo na decisão.

Por outro lado, deve-se considerar a hipótese de a parte suscitar em sede de apelação questões fáticas inéditas. Trata-se do caso em que a parte alega em apelação fatos antigos em grau recursal, que por algum motivo não invocou anteriormente. A admissibilidade de tais alegações (de fatos antigos) dependerá da demonstração de que foi impedida de fazê-lo “*por motivo de força maior*” (art. 1.014).³¹ Caso o relator admita as alegações fáticas inéditas veiculadas no recurso de apelação, não há dúvida de que a sua elucidação poderá exigir atividade probatória adicional.

Todavia, não será apenas na hipótese de fatos novos que o tribunal estará autorizado a desempenhar atividade probatória em sede recursal. Ao analisar o contexto probatório estabelecido nos autos, o relator (ou o órgão colegiado) poderá detectar que faltou a produção de uma prova essencial à correta solução do litígio.³² Nesse caso, valendo-se de seus poderes de instrução, o julgador determinará a realização da prova necessária à formação do seu convencimento, o que lhe permitirá julgar adequadamente o mérito do recurso.

31 O direito espanhol admite a produção de prova em segunda instância, em hipótese equivalente à prevista no art. 1.014 do CPC brasileiro. Sobre o tema, confira-se: FENOLL, Jordi Nieva. *Derecho procesal II*. (Proceso Civil). Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 318.

32 PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 21ª ed. Buenos Aires; Abeledo Perrot, 2017, p. 681.

4. Amplitude das provas admitidas em grau recursal

Aspecto que poderia gerar dúvida consiste na identificação de quais meios de prova seriam admissíveis no âmbito recursal.

A prova documental é o meio de prova mais frequente no processo – e, conseqüentemente, no âmbito recursal. Não há dúvida de que a prova documental disponível deverá ser trazida aos autos junto com a petição inicial e com a contestação, desde que indispensáveis à comprovação da admissibilidade da demanda ou da defesa (art. 434)³³. Entendem-se como indispensáveis à propositura da ação aqueles documentos aptos a demonstrar o cumprimento das condições da ação e dos pressupostos processuais.³⁴

Todavia, tem-se aceitado a juntada de documentos a qualquer tempo, inclusive com recurso ou em sede recursal, desde que a fase do procedimento admita, seja observado o contraditório (art. 437, §1º) e não haja má-fé (art. 5º).³⁵

33 A exigência de que a prova documental seja toda produzida na fase postulatória merece temperamentos. Eventualmente alguns documentos indispensáveis poderão estar, por exemplo, em poder da parte contrária (art. 396 do CPC) ou de terceiro (art. 401 do CPC) – hipóteses em que o juiz deverá determinar que sejam trazidos aos autos.

34 STJ, AgInt no REsp 1.608.723/MG, 3ª T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 25.11.2016; STJ, AgInt no AREsp 879.835/SP, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 14.06.2016.

35 STJ, AgRg no REsp 1.166.670/PB, 4ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 19.05.2011; STJ, REsp 980.191/MS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 10.03.2008. Na doutrina, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, vol. III, p. 684.

Mas não há justificativa para apenas a prova documental ser produzida em sede recursal.³⁶ Os amplos poderes probatórios do julgador (art. 370) aliado à amplitude probatória assegurada pelo art. 369³⁷, permitem concluir pela admissibilidade da produção de todos os meios de prova (típicos ou atípicos) em fase recursal.

Disso decorre que, além da prova documental, também serão admissíveis no âmbito do tribunal a realização de inspeção judicial³⁸, de prova oral (testemunhal ou depoimento pessoal), de prova emprestada, de prova pericial etc.

5. Procedimento para a produção de provas em fase recursal

Reconhecida a necessidade da produção da prova na fase recursal, dispõe o art. 938, § 3º que “o relator converterá o julgamento em diligência”.

36 DIDIER JR. e CUNHA, *Curso...*, p. 47.

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

38 Dispõe o art. 481 do CPC: “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa”. Admitindo a realização de inspeção judicial em âmbito recursal, confira-se: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de Processo Civil*: tomo IV (arts. 282 a 443). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 502; DIDIER JR. e CUNHA, *Curso...*, p. 47-48.

Ao contrário do que se chegou a sustentar à luz do CPC/73, a *conversão do julgamento em diligência* não significa (nunca significou) a necessidade de remessa dos autos à instância inferior para a colheita da prova pelo juiz singular.

Rigorosamente, a “conversão em diligência” significa que o julgamento será suspenso até que seja concluída uma determinada diligência probatória, “que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição” (art. 938, § 3º).³⁹ Após a produção da prova, considerar-se-á concluída a instrução e então o recurso estará pronto para ser julgado.

Muito embora a produção da prova seja mais frequentemente determinada pelo relator (art. 932, inc. I), não seria despropositado cogitar, por exemplo, de que a oitiva da testemunha seja determinada pelo órgão colegiado – órgão esse que, posteriormente, poderia até mesmo promover a oitiva.⁴⁰ Aliás, tal providência seria especialmente congruente com o princípio da oralidade, na perspectiva do subprincípio da imediação, na medida em que a produção da prova seria feita mediante um contato direto com os julgadores que, em seguida, apreciariam o mérito do recurso.⁴¹

39 ASSIS, *Manual...*, p. 441. “Nesse caso, o que a lei quer é que não se anule sentença, nem que se rejeite recurso, diante de instrução incompleta da causa. Integrada a instrução, o recurso será decidido pelo mérito, evitando, dessa maneira, nova sentença e nova apelação” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.024)

40 PALACIO, *Manual...*, p. 682.

41 DIDIER JR. e CUNHA, *Curso...*, p. 48.

Reputa-se perfeitamente admissível e compatível com a estrutura dos tribunais (ou turmas recursais) a produção de qualquer meio de prova, cuja produção deverá observar o procedimento previsto em lei, em especial o rigoroso respeito ao contraditório e a admissão de eventual contraprova.⁴²

Por exemplo, as provas orais podem ser colhidas em gabinete pelo relator ou em sessão pelo órgão colegiado⁴³ – inclusive por videoconferência (art. 385, § 3º e art. 453, § 1º); a prova pericial pode ser deferida pelo relator, com a designação de perito para confeccionar laudo técnico e entregá-lo na secretaria da câmara ou turma em determinado prazo; caso haja a necessidade de esclarecimento sobre fato relevante ao julgamento do recurso, o relator poderá valer-se da inspeção judicial, em que haverá participação das partes, e ao final será lavrado auto circunstanciado contendo as constatações relevantes.

Contudo, caso se repute inviável a produção da prova diretamente perante o tribunal, o procedimento mais adequado será valer-se de uma carta de ordem (art. 236, § 2º e art. 237)⁴⁴, por meio da qual o juízo *a quo* promoverá

42 GAJARDONI, DELLORE, ROQUE e OLIVEIRA JR., *Execução...*, p. 662.

43 DIDIER JR. e CUNHA, *Curso...*, p. 48.

44 Esse é o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves: “O tribunal, nesse caso, expedirá uma carta de ordem para o primeiro grau para a produção de prova oral ou pericial” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 1.529-1.530). Em sentido semelhante: DANTAS, Bruno. Da ordem dos processos no tribunal. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Có-*

a colheita da prova – a exemplo do que ocorre no âmbito da ação rescisória (art. 972).

6. Conclusão

As premissas estabelecidas no decorrer deste artigo permitem concluir que os poderes instrutórios do juiz são inerentes não apenas ao juiz singular, mas a todos os julgadores, independentemente da instância em que oficiem. Disso decorre a admissibilidade da adoção de providências probatórias em sede recursal, de modo a permitir a adequada formação da convicção do julgador para a análise do mérito do recurso.

O relator (ou o colegiado) poderá determinar a produção de qualquer meio de prova (típico ou atípico) no âmbito do próprio tribunal (ou turma recursal), observando-se o procedimento legal para a sua produção, especialmente assegurando o regular contraditório. A expedição de carta de ordem ao juízo *a quo* deve ser compreendida como providência excepcional, destinada àqueles casos em que a produção da prova no âmbito do tribunal revele-se concretamente inviável.

Em qualquer caso, o julgamento do recurso permanecerá suspenso até a conclusão da diligência probatória, quando então o processamento no âmbito do tribunal será retomado para o julgamento do mérito do recurso.

digito de Processo Civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 81.

Referências bibliográficas

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

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*. 3. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012. t. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério (coord.). *Processo civil: estudos em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. vol. 1.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013.

CAMBI, Eduardo; Capítulo XII. Das provas. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2. ed. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 2000.

COUCHEZ, Gérard; LAGARDE, Xavier. *Procédure civile*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2011.

DANTAS, Bruno. Da ordem dos processos no tribunal. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil* – volume 4 (arts. 926 a 1.072). São Paulo: Saraiva, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra Editora, 2010.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13^a ed., Salvador: JusPodivm, 2016, vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, vol. III.

_____. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. vol. 1.

DOUCHY-OUTDOT, Mélina. *Procédure civile*. 5. ed. Paris: Gualino, 2012.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. 1. ed. 1.^a reimp. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, vol. I.

FENOLL, Jordi Nieva. *Derecho procesal II*. (Proceso Civil). Madrid: Marcial Pons, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FERREIRA, William Santos. Capítulo XII. Das Provas. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La prueba en el Código General del proceso. In: MORELLO, Augusto M. (coord.). *La prueba: libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo*. La Plata: Platense, 1996.

GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*. 31. ed. Paris: Dalloz, 2012.

HÉRON, Jacques; LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2012.

JEULAND, Emmanuel. *Droit processuel general*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 2012.

LEANZA, Piero; BATTISTUZZI, Andrea; BRUNO, Sabrina. CAMINITI, Emanuele; INFANTINO, Daniela. *Le prove civili*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

MASCIOTRA, Mario. *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de Processo Civil: tomo IV (arts. 282 a 443)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodvim, 2016.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 21ª ed. Buenos Aires; Abeledo Perrot, 2017.

PIERRE-MAURICE, Sylvie. *Leçons de procédure civile*. Paris: Ellipses, 2011.

RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012

RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. *Jurisprudência Brasileira*, Curitiba, n. 169, p. 41-50, jan./mar. 1993.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Introdução ao estudo da prova. *Revista Forense* n. 247, p. 27-40, Rio de Janeiro, jul./set. 1974.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O aprimoramento do Processo Civil como pressuposto de uma Justiça melhor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

THEODORO JR., Humberto. Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família* n. 3, p. 5-23, Porto Alegre, out./dez. 1999.

_____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz em tema de prova. *Revista de Processo*, n. 159, p. 172-197, maio 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, vol. 1.