

## PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR NO PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO: SUPERANDO O DOGMA DA NULIDADE DA SENTENÇA<sup>791</sup>

### *PRESIDING JUDGE'S INSTRUCTIONAL POWERS IN SOCIAL SECURITY LAW CASES: OVERCOMING THE DOGMA OF NULLITY OF THE JUDGEMENT*

**Renato Barth Pires**

Graduado, Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo. São José dos Campos/SP, Brasil. E-mail: renatobp@uol.com.br.

**RESUMO:** O artigo traz uma reflexão sobre os poderes instrutórios do relator no processo judicial previdenciário, a partir da interpretação da regra do artigo 938, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC/2015). Trata dos temas da instrumentalidade do processo, da efetividade da jurisdição e do princípio da primazia da decisão de mérito. No tema da instrumentalidade, o artigo examina os seus aspectos positivo e negativo e os diferentes escopos do processo, afastando preocupações excessivas com formalismos que resultam em uma negativa de tutela do direito material em discussão. A efetividade da jurisdição, por sua vez, diz respeito à aptidão da função jurisdicional para solucionar os conflitos de interesse em sociedade. A primazia de mérito, por fim, é um princípio processual, cuja existência é reconhecida por uma parcela da doutrina, que contempla diversas regras que têm por objetivo viabilizar uma tutela efetiva do bem jurídico em discussão no processo judicial. O artigo

discute, também, sobre os males da “interpretação retrospectiva”, técnica que busca desvendar o sentido e o alcance do Código de 2015 fazendo uso de critérios válidos para o CPC de 1973. Conclui pela necessidade de atribuir efetividade à regra do artigo 938, § 3º, do CPC/2015, superando uma cultura judiciária que insiste em reafirmar o dogma da nulidade da sentença. Diante da regra processual inequívoca, não cabe mais determinar a anulação das sentenças em casos de deficiência ou insuficiência probatória. Caberá ao relator do recurso, no Tribunal (ou ao órgão colegiado competente), determinar a conversão do julgamento em diligência para produzir a prova faltante, prosseguindo-se em seguida com o julgamento do mérito do recurso. Não há limitação quanto ao tipo de prova que pode ser produzido nesse procedimento, podendo o relator deliberar se a prova será produzida no próprio Tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, caso em que será expedida uma carta de ordem. A metodologia

<sup>791</sup> Artigo recebido em 19/12/2022 e aprovado em 01/08/2023.

empregada no artigo é a pesquisa teórico-dogmática, além da pesquisa jurisprudencial essencial para a solução do problema proposto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Civil; Direito Previdenciário; Instrumentalidade; Efetividade; Primazia da Decisão de Mérito; Poderes Instrutórios do Relator.

**ABSTRACT:** The article investigates the instructive powers of the presiding judge in the social security judicial cases, based on the interpretation of the rule of article 938, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure (CPC/2015). It deals with the issues of the instrumentality of the process, the effectiveness of the jurisdiction and the principle of primacy of the decision on the merits. On the subject of instrumentality, the article examines its positive and negative aspects and the different scopes of the judicial process, removing excessive concerns with formalisms that result in a denial of protection of the rights under discussion. The effectiveness of the jurisdiction, in turn, concerns the ability of the jurisdictional function to resolve conflicts of interest in society. The primacy of merit, finally, is a procedural principle, whose existence is recognized by a part of the doctrine, which includes several rules that aim to enable effective protection of the legal interest under discussion in the judicial process. The article also discusses the “retrospective interpretation”, a technique that seeks to unravel the meaning and scope of the 2015 Code using valid criteria for the 1973 CPC. It concludes by the need to attribute effectiveness to the rule of

article 938, paragraph 3, of CPC/2015, overcoming a judicial culture that insists on reaffirming the dogma of nullity of the sentence. In view of the unequivocal procedural rule, it is no longer possible to determine the annulment of sentences in cases of deficiency or insufficiency of evidence. It will be up to the presiding judge in the Court (or the competent collegiate organ), to determine the conversion of the judgment into a diligence to produce the evidence, proceeding then with the judgment of the merits of the appeal. There is no limitation as to the kind of evidence that can be produced in this procedure, and the presiding judge can decide whether the evidence will be produced in the Court itself or in the first degree of jurisdiction. The methodology used in the article is theoretical-dogmatic research, in addition to essential jurisprudential research for the solution of the proposed problem.

**KEYWORDS:** Procedural Civil Law; Social Security Law; Instrumentality of the Judicial Process; Effectiveness of Jurisdiction; Principle of Primacy of the Decision on the Merits; Presiding Judge's Instructional Powers.

## INTRODUÇÃO

Um dos importantes desafios do exercício da função jurisdicional é a sua efetividade. Trata-se de um verdadeiro dogma constitucional, que decorre dos princípios da proteção judicial efetiva e da razoável duração do processo (artigo 5º, XXV e LXXVIII, da Constituição Federal de 1988). Também no plano do direito internacional dos direitos

humanos tais valores têm sido proclamados, nos diferentes sistemas de proteção<sup>792</sup>.

O Código de Processo Civil de 2015 foi editado sob inspiração desse “modelo constitucional do Direito Processual Civil”<sup>793</sup> e incorporou diversas normas que têm na sua origem essa mesma premissa de viabilizar uma jurisdição efetiva. Isto é revelado, desde logo, pelas “normas fundamentais do processo civil” (artigos 1º a 12), dentre as quais a que estabelece que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (artigo 4º).

É claro que tais objetivos precisam ser acrescidos de regras procedimentais que viabilizem sua concretização. De fato, nada adiantaria proclamar um direito abstrato à efetividade se as regras procedimentais fossem incapazes de levar a essa resolução efetiva.

Muito embora as soluções de consenso próprias dos debates legislativos nem sempre reafirmem aqueles objetivos, é inegável que o Código tem várias regras instituídas com o propósito específico de impedir que o processo seja considerado um fim em si mesmo e dissociado de sua finalidade, que é o acertamento da relação jurídica de direito material.

Ocorre que nem sempre tais determinações do Código encontram

ressonância concreta na prática forense. Ou seja, a regra processual existe, tem eficácia jurídica, mas raramente é incorporada ao cotidiano de juízos e tribunais. O problema é, portanto, de falta de **efetividade** (ou eficácia social): uma regra procedimental destinada a prover a jurisdição efetiva peca, ela própria, pela falta de efetividade.

A falta de efetividade de regras procedimentais é ainda mais problemática nos casos em que o direito material em discussão é um direito fundamental, como é o caso do direito fundamental à seguridade social, em suas diferentes dimensões (saúde, previdência social e assistência social), todas enunciadas no artigo 6º da Constituição Federal. Como sabido, as relações jurídicas que se estabelecem nessas áreas envolvem normalmente uma parte hipossuficiente (segurados, dependentes e assistidos), tanto do ponto de vista econômico como também jurídico. O processo judicial inefetivo, nestes casos, agrava essa hipossuficiência.

A proposta deste estudo é examinar uma dessas regras procedimentais, inserida no artigo 938, § 3º, do Código de Processo Civil, que diz respeito aos **poderes instrutórios do relator**, isto é, às suas iniciativas na produção de novas provas, nos feitos que tramitam em grau de recurso. Pretende-se extrair a interpretação

<sup>792</sup> A garantia de proteção judicial efetiva está prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 8º e 10), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (promulgado pelo Decreto nº 592/1992 – artigos 2º, número 3, e 14, número 1) e também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos

(Pacto de San José da Costa Rica – promulgado pelo Decreto nº 678/1992 – artigos 8 e 25).

<sup>793</sup> Na feliz expressão de BUENO, Cássio Scarpinella, *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. V. 1. 12ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 60.

correta a ser dada a esse dispositivo legal e analisar as razões pelas quais não tem sido concretamente aplicado nas ações judiciais envolvendo benefícios previdenciários e assistenciais.

## 1. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO E A "INTERPRETAÇÃO RETROSPECTIVA" DO CPC/2015

O tema da instrumentalidade do processo é objeto de antiga discussão doutrinária, valendo referência, por todos, à clássica obra de Cândido Rangel Dinamarco<sup>794</sup>, lançada antes mesmo da Constituição Federal de 1988. O autor indica que a ideia de instrumentalidade tem um aspecto positivo, na concepção de um processo apto à concretização de seus escopos social, político e jurídico. Mas também há, inegavelmente, um aspecto negativo, relacionado com uma excessiva preocupação com requisitos formais e que impedem que o processo alcance suas finalidades, ou que se dê ênfase exagerado ou desproporcional a um desses escopos, em detrimento dos

demais.

Enfim, embora seja certo que o respeito às regras de procedimento seja elemento concretizador da segurança jurídica (que é um direito individual – artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal de 1988), não é possível aplicar tais regras de modo inflexível e sem um olhar para a finalidade última do processo, que é viabilizar a tutela do direito material em discussão.

Tais noções foram claramente incorporadas pelo Código de Processo Civil de 2015, que além de construir uma teoria das nulidades do processo adequada a essas finalidades, alberga um conjunto de regras que resultam no que vem sendo denominado por alguns autores como o **princípio da primazia da decisão de mérito**<sup>795</sup>.

Assim, por exemplo, o CPC determina que o juiz não deverá reconhecer uma nulidade se puder julgar o mérito em favor de quem aproveite a declaração dessa nulidade (artigo 282, § 2º). Trata-se de uma completa quebra de paradigmas: uma nulidade que faria o procedimento retroceder não será reconhecida se o juiz já tiver elementos para decidir favoravelmente àquela parte. A mesma

<sup>794</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>795</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 17 dez. 2022. Cássio Scarpinella Bueno descarta tal expressão, aduzindo que “Não há tal primazia, que reside, isto sim, na atividade, verdadeiro dever-poder do magistrado de

estimular os sujeitos do processo para superar o vício para prosseguimento do processo em direção ao ‘julgamento de mérito’, isto é, à definição de quem faz jus à tutela jurisdicional. O proferimento de um tal julgamento é a razão de ser do Estado-juiz e, em última análise, de todo o sistema processual civil; a higidez do processo (e do exercício do direito de ação) é meio para chegar a ele. Aqui também importa lembrar que não há como confundir causa com consequência; *prius com posterius*” (*op. cit.*, p. 291).

ideia vem contemplada no artigo 488: o juiz não deverá decidir sem resolução de mérito se tiver elementos para julgar o mérito em favor daquele a quem aproveitaria aquela extinção. O Código também determina que, antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deva dar à parte oportunidade para corrigir o vício (se isso for possível) – artigo 317. Estabelece, além disso, que o relator deverá conceder um prazo de cinco dias para sanar vício ou complementar a documentação, antes de proferir decisão considerando inadmissível o recurso (artigo 932, parágrafo único), etc.

Há, assim, um conjunto de regras inspiradas pela mesma principiologia: interessa ao “modelo constitucional do direito processo civil” o acertamento da relação jurídica de direito material, em prazo razoável. Cabe ao juiz adotar as medidas que estiverem a seu alcance para que tal finalidade seja alcançada, o que exige, inclusive, que se desvista de concepções pré-Código, em particular daquelas que estão arraigadas a uma cultura judiciária que foi (e precisa ser) superada pela alteração da lei.

Deve-se afastar, portanto, aquilo que vem sendo chamado pela doutrina constitucional de **interpretação retrospectiva**, isto é, a tentativa de interpretar a Constituição atual com os mesmos olhares que se dirigiam à Constituição revogada. A respeito deste tema, ensina Luís Roberto Barroso:

<sup>796</sup> *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75.

*Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. Com argúcia e espírito, José Carlos Barbosa Moreira estigmatiza a equivocidade dessa postura: “Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação [...] em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica”<sup>796</sup>.*

Essa mesma linha de argumentação é válida para a interpretação do Código de Processo Civil de 2015: não é possível interpretá-lo a partir da mesma principiologia do Código de 1973, muito menos para afastar regras que resultam de uma opção político-normativa muitíssimo clara<sup>797</sup>. Assim, deve-se desconfiar das “leituras herdadas”, não mais afinadas

<sup>797</sup> Com interessantes observações a respeito da interpretação retrospectiva quanto às atribuições do Ministério Público no processo civil, GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil:

com o sentimento de justiça e as expectativas contemporâneas da sociedade, traduzidas na alteração da lei<sup>798</sup>.

Foi o que ocorreu, segundo pensamos, com a interpretação dada pelo STJ às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento (Tema 988: RESPs 1.704.520 e 1.696.396, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19.11.2018). Embora o CPC tenha incorporado com clareza a taxatividade das decisões impugnáveis por agravo de instrumento (como decorre dos artigos 1.015 e 1.009), o Tribunal entendeu que “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”. Como já observamos anteriormente, as imperfeições ou a insuficiência do regime legal do agravo de instrumento, estabelecidas pelo CPC de 2015, devem ser corrigidas por meio de uma alteração legislativa. Há, de fato, decisões interlocutórias que precisam ser imediatamente recorríveis, como as que envolvem declínio de competência, sob pena de causar às partes um prejuízo de difícil reparação. Mas a correção desses

equivocos do CPC deve ser feita por meio de lei, não por interpretação judicial<sup>799</sup>.

Esta interpretação retrospectiva também tem ocorrido, em causas previdenciárias, quanto à aplicação da Súmula 111 do STJ (“Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença”). A orientação da referida Súmula é incompatível com o CPC de 2015, que instituiu um regramento totalmente novo para o arbitramento de honorários de advogado nas causas em que a Fazenda Pública é parte. As disposições contidas no artigo 85, § 3º impedem que se possa tomar as prestações vencidas até a sentença como base de cálculo dos honorários. Os honorários devem tomar em conta, nos termos do CPC, a “condenação” ou o “proveito econômico” decorrente da sentença. O tema é de típico de *overruling* (ou *overriding*), na medida em que, alterada a regra processual que deu origem à súmula, o entendimento ali fixado deve ser também superado (artigo 489, § 1º, VI, do CPC)<sup>800</sup>. Apesar disso, encontram-se na jurisprudência inúmeros julgados que mantêm a aplicação da Súmula, mesmo depois da

alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Nº 58, p. 227-269, out./dez. 2015. Também sobre o tema da interpretação retrospectiva do CPC/2015, ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 122.

<sup>798</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, p. 52.

<sup>799</sup> PIRES, Renato Barth. *Mandado de segurança em matéria previdenciária*. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2023, p. 104.

<sup>800</sup> Sobre o tema da superação de precedentes judiciais, FIGUEIREDO, Luciana Monduzzi. *Superação do precedente judicial nos tribunais superiores: pressupostos materiais e processuais*. Tese de Doutorado (2020). Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Orientação de Anselmo Prieto Alvarez. 216 p.

vigência do CPC/2015<sup>801</sup>.

A interpretação retrospectiva também é resultado de certo descontentamento ou inconformismo dos julgadores com as soluções fixadas pelo legislador, como também ocorreu no caso dos honorários de advogado fixados por equidade nas causas em que a Fazenda Pública é parte. A questão já tinha sido resolvida pela Corte Especial do STJ, também na sistemática dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.076)<sup>802</sup>. Poucos meses depois do julgamento, todavia, a 3ª Turma deliberou afetar novamente tal questão à Corte Especial e, com a devida vênia, sem que tenha sido realizada a “fundamentação adequada e

específica” a que alude o artigo 927, § 4º do CPC<sup>803</sup>. A Lei nº 14.365/2022, ao acrescentar os §§ 6º-A e 8º-A ao artigo 85 do CPC, reforçou aquilo que já se podia extrair da redação original do Código, sinalizando que realmente não estavam presentes razões que justificassem a superação do entendimento antes firmado.

Em resumo, o intérprete do CPC deve fazer todos os esforços para resistir à tentação de interpretar a nova lei a partir de uma visão pré 2015, assim como de corrigir, pela via da interpretação, eventuais “defeitos” que possa encontrar nas opções do legislador<sup>804</sup>.

Como também observado

não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo” (STJ, RESPs 1.850.512, 1.877.883, 1.906.623, 1.906.618, Corte Especial, DJe 31.5.2022).

<sup>803</sup> “Art. 927 [...] § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. A nova afetação foi determinada em 13.12.2022 nos RESPs 1.824.564 e 1.743.330, ambos de relatoria do Ministro Moura Ribeiro.

<sup>804</sup> Como ensina FERNANDEZ, Cláudio F. Penna, “a finalidade do processo é, precipuamente,

<sup>801</sup> No STJ, AgInt no RESP 1.935.142/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 07.10.2021; AgInt nos EDcl no RESP 1.913.756/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 20/8/2021; AgInt no RESP 1.899.889/PR, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 15.6.2021. TRF 3ª Região, ApCiv 5032754-26.2021.4.03.9999, Rel. Des. Federal Toru Yamamoto, DJe 13.10.2022; ApelRemNec 5040464-63.2022.4.03.9999, Rel. Des. Federal Leila Paiva Morrison, DJe 10.10.2022; TRF 5ª Região, ApelReex 0001383-80.2018.4.05.9999, Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJ 28.11.2018; AC 0002218-68.2018.4.05.9999, Rel. Des. Federal Edilson Nobre, DJ 08.02.2019. O STJ, reexaminado essa questão na sistemática dos recursos especiais repetitivos, fixou a seguinte tese: “Continua eficaz e aplicável o conteúdo da Súmula 111/STJ (com a redação modificada em 2006), mesmo após a vigência do CPC/2015, no que tange à fixação de honorários advocatícios” (Tema 1.105, RESPs 1.883.715 e 1.883.722/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 27.3.2023). Persiste, portanto, com os efeitos previstos no artigo 927, III, do CPC, a citada “interpretação retrospectiva”.

<sup>802</sup> As teses fixadas foram as seguintes: “i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa

anteriormente, a própria estatura dos direitos materiais em discussão (previdência e assistência social) indica a necessidade de uma interpretação das regras processuais particularizada, muitas vezes superando a ortodoxia do processo civil tradicional. O próprio Superior Tribunal de Justiça já adotou tal solução, na sistemática dos recursos especiais repetitivos, ao reconhecer que, em matéria previdenciária, a improcedência decorrente de falta de provas deve ser considerada como verdadeira extinção do processo, sem resolução do mérito (Tema 629)<sup>805</sup>, autorizando que a ação seja novamente proposta.

## 2. DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR E A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 938, § 3º, DO CPC

O artigo 938, § 3º, do CPC, objeto deste estudo, estabelece que “reconhecida a necessidade de

assecuratória de uma liberdade de atuação e do resguardo contra o arbítrio do Estado. Nenhuma interpretação de lei processual será possível sem este ponto de referência básico, decorrente de princípio constitucional. Se existe um preceito ou dispositivo de lei permitindo uma atuação da parte (interpor um recurso) e mesmo se, para argumentar, esse preceito se afigura incompatível com uma interpretação sistemática da legislação processual, não caberá nunca optar-se por interpretação abrogante, pois, no caso, estar-se-á diante de regra de índole pública. Poder-se-á apontar a norma como inconveniente, eivada de atecnia, desatualizada etc., sugerir sua modificação *de lege ferenda*, mas jamais furtar-se à sua aplicação” (Do cabimento de recurso contra decisão de Turma do Tribunal Superior do Trabalho prolatada em agravo de instrumento.

produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”.

Como lembra Cássio Scarpinella Bueno, trata-se de uma inovação importante, dado que, na vigência do CPC/1973, a jurisprudência havia se consolidado no sentido de que os tribunais não poderiam praticar atos de instrução processual. O processo no tribunal seria, assim, “estritamente documental”<sup>806</sup>.

O CPC de 2015 quebra esse paradigma do “processo documental” e dá aos relatores **podereis instrutórios**, ou, se preferirmos, **competências instrutórias**, admitindo a produção de provas mesmo em grau de recurso. Não por acaso o artigo 932, I, diz que é de competência do relator “dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova”. Portanto, o Código reafirma as competências do

*Revista de Processo*. V. 32/1983, p. 107-115, out./dez. 1983).

<sup>805</sup> A tese firmada foi a seguinte: “A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a conseqüente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa”. Os artigos citados são do CPC/1973 e correspondem aos artigos 320, 485, IV e 486 do CPC/2015. Creemos que a admissibilidade da nova ação pressupõe a apresentação de provas novas, ou da produção em juízo dessas novas provas.

<sup>806</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 4 (arts. 926 a 1.072). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42.

relator quanto à produção de provas, quer se trate de uma ação de competência originária, quer se trate de ação em grau de recurso.

Quatro observações são importantes a respeito desse preceito do artigo 938, § 3º, do CPC: a primeira delas é que a lei não restringe quais espécies de provas poderão ser produzidas. Assim, deve-se admitir a possibilidade de produção de quaisquer das provas típicas ou atípicas, isto é, tanto das provas expressamente previstas no CPC (ata notarial, depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial), como daquelas que, ainda que não previstas de forma expressa, sejam “moralmente legítimas” (artigo 369 do CPC).

A segunda observação diz respeito à forma pela qual tais provas serão colhidas: diretamente no Tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, determinando-se, neste último caso, a expedição de carta de ordem (artigos 236, § 2º e 237 do CPC). Aqui, cabe uma avaliação discricionária do relator, analisando a conveniência de adotar uma dessas possibilidades, considerando as particularidades do caso concreto. Assim, por exemplo, em processo judicial em que se pretenda um benefício previdenciário por incapacidade (auxílio por incapacidade temporária ou aposentadoria por incapacidade permanente), é razoável supor que uma prova pericial médica se realizará com mais rapidez e eficiência na cidade de domicílio do periciando. Por outro lado, se a perícia exigir conhecimentos de uma área médica

muito específica ou incomum (por exemplo, uma perícia com um geneticista para avaliar a presença ou o grau de uma deficiência), poderá ser muito difícil encontrar naquela localidade um perito habilitado à produção dessa prova. Já uma prova testemunhal, destinada à demonstração de tempo de atividade rural, de união estável ou dependência econômica para fins previdenciários, poderá ser colhida tanto no domicílio da testemunha como diretamente pelo Tribunal, com o uso dos recursos eletrônicos (artigo 236, § 3º, do CPC), a critério do próprio Relator. A praxe forense recomenda que tais aspectos sejam previamente avaliados, antes mesmo da prolação da decisão determinando a realização da prova.

A terceira observação deriva de uma interpretação sistemática do CPC. O artigo 938 está inserido no Livro III, Título I, Capítulo II, este denominado “da ordem dos processos **no Tribunal**”. Dada a generalidade da regra, cremos que poderá ser adotada em quaisquer instâncias recursais, inclusive pelos Tribunais Superiores. É certo que o STF e o STJ estão vocacionados a resolver questões de direito, relativos à interpretação da Constituição Federal e das leis federais, respectivamente. Mas diante da principiologia legal que enfatiza a necessidade da solução de mérito, a produção da prova faltante, mesmo naquelas instâncias extraordinárias, é fato que observa a

mesma teleologia normativa já citada<sup>807</sup>.

A quarta (e mais importante) observação diz respeito ao próprio **conteúdo** da norma do artigo 938, § 3º, do CPC: como se vê, o Código fixa uma **regra de conduta imperativa** (“o relator converterá”) e, nestes termos, não se trata de faculdade atribuída ao relator<sup>808</sup>. Com isso, deve-se sepultar, definitivamente, aquela praxe forense arraigada de anular a sentença, baixando os autos à instância de origem para a produção da prova faltante e prolação de nova sentença.

É claro que o Relator poderá fazer um juízo a respeito da necessidade ou da desnecessidade de produção de novas provas. Mas se entender que é necessária a complementação do acervo probatório, não resta alternativa: **deve** determinar a produção da prova (e não anular a sentença).

A falta de observância dessa regra do CPC é quase um lugar-comum nas causas previdenciárias. A jurisprudência em causas previdenciárias e assistenciais reitera, já

na vigência do CPC/2015, o dogma da nulidade da sentença e a baixa dos autos para a realização da prova faltante<sup>809</sup>.

Examinada à distância, tal solução parece ser correta e, ademais, é um entendimento que leva a uma ideia de saneamento do processo, de correção de nulidades e de preservação da integridade do procedimento. Aliás, tais julgamentos invocam razões a que se pode aderir sem muito esforço. Afinal, fala-se em “restabelecer a ordem processual e assegurar os direitos e garantias constitucionalmente previstos”, concluindo que “os fins de justiça do processo restaram malferidos”, ou mesmo que a “debilidade do conjunto probatório” deve ser afastada de molde a “preservar o valor da justiça da prestação jurisdicional”<sup>810</sup>. É difícil discordar dessas premissas e conclusões.

Mas a experiência forense mostra que, nas causas previdenciárias, a anulação da sentença chega a assumir contornos dramáticos.

<sup>807</sup> O STJ tem entendido, em diversos julgados, que tal determinação envolveria o revolvimento de fatos e provas, o que não seria admissível em recurso especial, por injunção da Súmula nº 7 (por exemplo, AgInt no RESP 1.727.424/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 12.5.2022; RESP 1.818.454/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 27.11.2019).

<sup>808</sup> Em sentido contrário, aduzindo que se trata de faculdade do relator: STJ, RESP 1.845.542/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 14.5.2021.

<sup>809</sup> TRF 3ª Região: TRF 3ª Região, ApCiv 5001589-25.2017.4.03.6143, Rel. Des. Federal Therezinha Astolphi Cazerta, DJe 16.12.2022; ApCiv 0005069-03.2019.4.03.9999, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Delgado, DJe 16.12.2022, ApCiv 5000584-03.2021.4.03.6183, Rel. Des. Federal

Gilberto Rodrigues Jordan, DJe 15.12.2022, ApCiv 5011385-12.2020.4.03.6183, Rel. Des. Federal Newton de Lucca, DJe 15.12.2022; TRF 1ª Região, AC 0001352-49.2015.4.01.3606, Rel. Des. Federal Rafael Paulo, DJe 05.9.2022, AC 0002067-72.2012.4.01.4002, Rel. Des. Federal Moraes da Rocha, DJe 31.8.2022; TRF 4ª Região, AC 5010472-41.2020.4.04.7205, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DJe 11.10.2021.

<sup>810</sup> TRF 3ª Região, ApCiv 0004950-96.2015.4.03.6114, Rel. Des. Federal Nelson de Freitas Porfírio Junior, DJe 29.4.2022; ApCiv 5030672-85.2022.4.03.9999, Rel. Des. Federal Daldice Maria Santana de Almeida, DJe 20.4.2022; ApCiv 5003955-07.2020.4.03.6119, Rel. Desembargadora Federal Leila Paiva Morrison, DJe 09.12.2022.

Como sabido, grande parte das ações judiciais envolvendo previdência e assistência social é proposta por pessoas idosas e/ou doentes. Para estas pessoas, a anulação da sentença e o retroceder no procedimento leva muitas vezes à indesejável necessidade de habilitar os sucessores da parte que venha a falecer no curso do procedimento. Como já anotamos anteriormente <sup>811</sup>, a habilitação de sucessores em razão da morte da parte é uma exigência processual inafastável (artigos 110 e 313, §§ 1º e 2º do CPC). Mas é claro que o ideal seria que o processo tivesse sido julgado definitivamente ainda em vida e que o segurado pudesse fruir pessoalmente os efeitos da eventual sentença de procedência do pedido.

Também é necessário considerar que a anulação da sentença, em muitas situações, coloca as partes e o magistrado de origem em uma situação de perplexidade e de muito difícil solução. Tome-se como exemplo a anulação da sentença motivada pela falta da realização de uma perícia de engenharia de segurança do trabalho, que pudesse atestar as reais condições de trabalho do segurado, descrevendo os possíveis agentes nocivos a que tenha estado exposto, de modo a justificar a concessão da aposentadoria especial (artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91; artigo 40, § 4º-C e artigo 201, § 1º, II, da Constituição Federal).

Em muitas situações, o indeferimento de tal perícia decorre de

uma circunstância prática das mais relevantes: trata-se de vínculo de emprego mantido décadas atrás e em empresa que não está mais em atividade. Em tantas outras situações, a empresa ainda existe, mas houve alterações significativas do ambiente de trabalho, decorrentes da alteração do maquinário, *layout*, equipamentos de proteção coletiva, etc., que a perícia jamais iria conseguir reconstituir com fidelidade as condições de trabalho existentes na época da prestação de serviços. Em ambas as situações, pode-se afirmar que a verificação pretendida era impraticável, o que autoriza o indeferimento da perícia, na forma do artigo 464, § 1º, I, do CPC<sup>812</sup>.

É claro que ainda existem particularidades em casos concretos que podem justificar a utilidade da perícia em casos assim. Afinal, é fato notório (artigo 374, I, do CPC) que, com a evolução tecnológica, os ambientes de trabalho passaram a ser cada vez menos agressivos, o que também foi resultado de um aprimoramento da legislação e da fiscalização do ambiente de trabalho. Assim, por exemplo, uma perícia constatando hoje que o ambiente de trabalho é muitíssimo ruidoso faz presumir que, décadas atrás, o ruído era muito maior. De outro lado, não se descarta a possibilidade de que a perícia seja realizada por similaridade, em ambiente de trabalho existente nos dias atuais e que possa exprimir, por similitude, o ambiente efetivamente trabalhado pelo autor. Tudo isso precisa

<sup>811</sup> PIRES, Renato Barth. *Mandado de segurança em matéria previdenciária*. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2023, p. 202.

<sup>812</sup> “O juiz indeferirá a perícia quando ... a verificação for impraticável”.

ser devidamente ponderado no caso concreto e, em especial, precisa ser bem pormenorizado na decisão que determina a realização da prova, quer por anulação da sentença (como tem sido a praxe), quer também na adoção da diligência prevista no artigo 938, § 3º, do CPC.

Assim, deve-se concluir que o acórdão que anula a sentença (ou a decisão interlocutória que converte o julgamento em diligência) fará as vezes de verdadeira decisão de saneamento e organização do processo, da qual se exige “delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos” (artigo 357, II, do CPC).

A determinação de realização de perícia, portanto, deverá indicar o local, o objeto e finalidade da prova. Deverá também atentar para certas particularidades decorrentes do fato de a parte litigar sob os benefícios da gratuidade da Justiça. De fato, por força do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 13.876/2019 (com a redação da Lei nº 14.331/2022), “o pagamento dos honorários periciais limita-se a 1 (uma) perícia médica por processo judicial, e, excepcionalmente, caso determinado por instâncias superiores do Poder Judiciário, outra perícia poderá ser realizada”. Tal limitação diz respeito aos casos em que o INSS irá adiantar a remuneração do perito. Assim, ao determinar a produção de perícias em três, quatro ou cinco empresas, caberá ao órgão julgador esclarecer como se dará a remuneração

do perito, considerando as limitações legais acima indicadas. Se o Tribunal se limita a anular a sentença (ou a converter o julgamento em diligência), tais questões precisarão ser resolvidas em primeiro grau. As decisões adotadas pelo magistrado poderão ser impugnadas em grau de recurso, contribuindo ainda mais para a demora na prestação jurisdicional definitiva.

Enfim, embora tais cautelas devam ser adotadas seja qual for a técnica utilizada (anulação ou conversão em diligência), é indiscutível que a solução imposta pelo CPC é a que decorre da regra clara do artigo 938, § 3º, do CPC. Como se viu, trata-se de uma opção de política legislativa que deve ser prestigiada, em favor da efetividade do processo judicial previdenciário.

Deve-se também observar que a conversão do julgamento em diligência está também em harmonia com a técnica estabelecida no CPC para a recorribilidade das decisões interlocutórias (ver, a respeito, o item 2 deste trabalho). Assim, mesmo se adotada a tese firmada pelo STJ quanto à “taxatividade mitigada” das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, eventual indeferimento da prova não irá autorizar, ao menos necessariamente, a interposição do agravo de instrumento. De fato, não se pode falar, propriamente, em “inutilidade” do julgamento da questão somente no bojo da apelação, justamente pelo fato de caber ao relator determinar a produção da prova faltante<sup>813</sup>. É claro que o fator “tempo”

<sup>813</sup> Nesse sentido, TRF 3ª Região, AI 5022266-36.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Luiz Paulo Cotrim Guimarães, DJe 16.02.2022, AI

5010679-17.2021.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Luiz de Lima Stefanini, DJe 18.11.2021; TRF 5ª Região, AC 0003869-

na colheita da prova é também importante, em particular nas causas previdenciárias. As testemunhas do trabalho rural de um segurado já idoso serão provavelmente pessoas de idade avançada. Aguardar o julgamento de eventual apelação poderá tornar impossível a produção da prova, justificando o emprego do agravo de instrumento. Cabe avaliar as particularidades do caso concreto, cumprindo à parte prejudicada justificar cabalmente a inutilidade do julgamento somente em grau de apelação, de modo a autorizar a impugnação da decisão por agravo de instrumento.

Acrescente-se que o § 4º do mesmo artigo 938 do CPC determina que a conversão em diligência para produção de provas pode ser determinada pelo “órgão competente para julgamento do recurso”. Assim, mesmo se o Relator propuser solução distinta, a conversão em diligência poderá ser adotada pelo órgão fracionário que irá julgar o recurso, inclusive em eventual agravo interno. Lembre-se que o artigo 932, VIII, do CPC, contém uma cláusula de abertura, permitindo aos regimentos internos dos Tribunais estabelecerem outras atribuições ao relator dos recursos. Contra tais decisões caberá o agravo interno (artigo 1.021 do CPC).

Alguns julgados dos Tribunais Regionais Federais têm, acertadamente, determinado a conversão do julgamento em diligência para a colheita de prova

faltante, em particular no processo judicial previdenciário<sup>814</sup>. Espera-se que tais julgados façam incorporar à realidade forense a principiologia instituída pelo CPC/2015, tão (ou mais) relevante quando da condução das causas previdenciárias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto nos itens precedentes, um dos desafios mais importantes do exercício da função jurisdicional é a sua efetividade, dogma que decorre dos princípios constitucionais da proteção judicial efetiva e da razoável duração do processo, assim como de diferentes instrumentos do direito internacional dos direitos humanos.

O Código de Processo Civil de 2015 foi editado sob inspiração do modelo constitucional do Direito Processual Civil, que incorpora o mesmo ideal de efetividade. Tais objetivos precisam estar acompanhados de regras procedimentais que levem a essa mesma efetividade. Algumas regras fixadas pelo CPC para concretizar tais objetivos padecem de falta de efetividade (eficácia social). Dentre essas regras se encontra, justamente, a do artigo 938, § 3º, do CPC, que estabelece que “reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou

77.2014.4.05.9999, Rel. Des. Federal Roberto Machado, DJe 24.8.2017; TRF 1ª Região, AC 0062374-48.2009.4.01.3500, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, DJe 08.02.2017.

<sup>814</sup> TRF 3ª Região, ApCiv 6076946-95.2019.4.03.9999, Rel. Des. Federal Sergio do Nascimento, DJe 05.3.2021; ApCiv 5001101-76.2019.4.03.6183, Rel. Des. Federal João Batista Gonçalves, DJe 08.9.2021.

em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”.

O princípio da efetividade do processo vem sendo objeto estudado em cotejo com o ideal de instrumentalidade do processo e do que alguns autores vêm denominado como “princípio da primazia da decisão de mérito”. A falta de efetividade de regras procedimentais é um agravante nos casos em que o direito material em discussão é um direito fundamental, como é o caso dos direitos à saúde, previdência social e assistência social.

Ocorre que não é possível interpretar adequadamente as regras e princípios do CPC/2015 fazendo uso de técnicas, instrumentos e valores vigentes para o CPC/1973. Impõe-se rejeitar, assim, a “interpretação retrospectiva”, que procura desvendar o sentido e o alcance do CPC atual fazendo uso de critérios válidos apenas para o CPC revogado. A mesma vedação se impõe quando da interpretação inflexível das regras do CPC, dissociada da natureza específica dos direitos à saúde, previdência e assistência social.

O artigo 938, § 3º, do CPC, ao tratar dos “poderes instrutórios” do relator (ou “competências instrutórias”), instituiu verdadeiro dever processual. Trata-se de conduta impositiva que não dá margem a que se persista na antiga prática de anular a sentença, determinando outra fosse proferida. A norma processual vigente determina que se converta o julgamento em diligência, que se produza a prova faltante e que se conclua o julgamento definitivo da causa.

Tanto o acórdão que anula a

sentença como a decisão que converte o julgamento em diligência fazem às vezes da “decisão de saneamento do processo”, exigindo que delimitem os fatos sobre os quais recairá a atividade probatória. Deverão também respeitar as restrições às perícias nas ações previdenciárias quanto ao custeio dos honorários periciais (artigo 1º, § 1º, da Lei nº 13.876/2019, com a redação da Lei nº 14.331/2022).

Em conclusão, a solução imposta pelo CPC é a que decorre da regra clara do artigo 938, § 3º, do CPC. Esta norma é expressão de uma opção de política legislativa que o Poder Judiciário deve observar, em favor da celeridade do processo e da efetividade da jurisdição.

## REFERÊNCIAS

- BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 4 (arts. 926 a 1.072). São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUENO, Cássio Scarpinella, *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. V. 1. 12ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 17 dez. 2022.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FERNANDEZ, Cláudio F. Penna. Do cabimento de recurso contra decisão de Turma do Tribunal Superior do Trabalho prolatada em agravo de instrumento. *Revista de Processo*. V. 32/1983, p. 107-115, out./dez. 1983.
- FIGUEIREDO, Luciana Monduzzi. *Superação do precedente judicial nos tribunais superiores: pressupostos materiais e processuais*. Tese de Doutorado (2020). Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Orientação de Anselmo Prieto Alvarez. 216 p.
- GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil: alguns tópicos. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Nº 58, p. 227-269, out./dez. 2015.
- PIRES, Renato Barth. *Mandado de segurança em matéria previdenciária*. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2023.
- ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.