

FATO E PROVA NOS RECURSOS EM SEGUNDA INSTÂNCIA - VIESES COGNITIVOS E REFLEXÕES URGENTES.¹⁴⁶⁸

FACT AND EVIDENCE IN APPEALS IN SECOND INSTANCE - COGNITIVE BIASES AND URGENT REFLECTIONS

William Santos Ferreira

Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado e Coordenador da Área de Processo Civil do Depto. II na Faculdade de Direito da PUC-SP; Coordenador da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Imobiliário da PUC-SP; Membro da Internacional Association of Procedural Law (IAPL) e do Instituto Ibero-Americano de Derecho Procesal (IIDP); Vice-Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); Líder do grupo de pesquisa “Processo Civil: Tradições, transformações e perspectivas avançadas (TTPA)”. Advogado e Consultor Jurídico; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5513373440133954>. Artigo vinculado ao Projeto de Pesquisa “Direito Probatório: tradições, transformações e perspectivas avançadas”. E-mail: wsf@wfjf.com.br.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivos a identificação dos problemas e a apresentação de propostas para a solução das questões de fato e a realização da produção de provas em segunda instância, atendendo à razoável duração dos processos e à eficiência. Por meio do método dedutivo constatamos que em sede recursal há uma valorização da análise das questões de direito e uma redução ou ausência de preocupação, efetiva, com as questões de fato; por isso devemos estudá-las, também, no âmbito recursal, inclusive demonstrando a importância do tratamento dos *factus superveniens*, *jus superveniens*, provas novas e deveres poderes instrutórios dos desembargadores e vieses cognitivos, avaliando os impactos da constatação de que estes ao não terem contato prévio com o processo, precisam ser estimulados por outros meios para que

atuem nas questões de fato, chegando também na análise da realização de instrução em segunda instância quando necessário, sob pena de violação da lei federal e cabimento de recurso especial, concluindo ainda que há uma opção legislativa que mudou o paradigma e, portanto, havendo necessidade de produção de novas provas, a valoração ocorrerá exclusivamente na segunda instância, o que ainda hoje não é tão amplamente observado nos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Processo; Prova; Fato; Recurso; Vieses.

ABSTRACT: The purpose of this article is to identify the problems and to present proposals for the solution of the issues of fact and to carry out the production of evidence in second instance, taking into account the reasonable duration of the processes and the efficiency. Through

¹⁴⁶⁸ Artigo recebido em 21/01/2025 e aprovado em 19/02/2025.

the deductive method, we found that, in the appeal, there is an appreciation of the analysis of questions of law and a reduction or absence of effective concern with the issues of fact; that is why we must study them, also in the scope of appeals, including demonstrating the importance of treating *factus superveniens*, *jus superveniens*, new evidence and duties of process, cognitive biases, they need to be stimulated by other means to act in matters of fact, also arriving at the

INTRODUÇÃO

A solução das questões de fato representa um grande desafio para a eficiência do processo. As dificuldades para identificação do que efetivamente ocorreu e que precisa ser não somente “identificado”, mas submetido ao contraditório e à ampla defesa, com os *meios e recursos* a ela inerentes, não podem ser esquecidas. O emprego adequado dos meios de prova, ampliam positivamente o conjunto probatório.

Por outro lado, um conjunto probatório deficitário apresenta inúmeros riscos, pois se esgotadas as possibilidades será aplicável a solução para evitar o *non liquet* instrutório, que é a definição pelo ônus da prova (art. 373, do CPC) que nada de esclarecimento do fato tratará, pois não significa qualquer juízo de valoração, mas sim ausência deste. Define-se não o fato probando, mas quem é atingido prejudicialmente pelo seu não esclarecimento, enfim, considera-se não provado.

Outro risco é que o conjunto deficitário decorra de cerceamento do direito de defesa (de qualquer das partes) na primeira instância, pelo que

analysis of the conduct of instruction in second instance when necessary, under penalty of violation of the federal law and special appeal, concluding that there is a legislative option that changed the paradigm and, therefore, if there is a need to produce new evidence, the valuation will occur exclusively in the second instance.

KEYWORDS: Process; Evidence; Fact; Appeal; Biases.

imporá reconhecimento e produção da prova obstaculizada, provocando inúmeras etapas em relação à prova: deferimento, produção, valoração e fundamentação.

Esta situação não se esgota em atividades na primeira instância, recebendo um tratamento extremamente relevante também na segunda instância, ainda mais em um sistema recursal que privilegia a *não recorribilidade interlocutória imediata* (por agravo de instrumento), mas sim, em regra, a recorribilidade em geral das decisões interlocutórias concentradas ao final, em sede de apelação, o que provoca uma *ampliação de temas probatórios* em sede de apelação na segunda instância.

1. AS INOVAÇÕES DO CPC E A GRAVIDADE DO MAU TRATAMENTO DAS QUESTÕES DE FATO NO ÂMBITO RECURSAL

O recurso, em relação às decisões de mérito, ocorre pelo que se pode denominar genericamente de “apelação plena” ou “apelação

limitada”, em que naquele recurso é possível, posteriormente ao julgamento em primeira instância, ampliar o acervo probatório, sendo a opção por um ou outro, uma decisão de política legislativa.¹⁴⁶⁹

Mas, as opções técnicas não se limitam à ampliação ou não das provas, mas também acerca da possibilidade de valoração, independentemente do julgador que participou da produção. Sistemas que valorizam este aspecto adotam com rigor a *imediatez* em que o juiz deve não somente participar ativamente da produção da prova, como vincula-se a ser o julgador das questões de fato.¹⁴⁷⁰

No Brasil foi adotado o sistema de “apelação plena” (apelação ou agravo de decisão parcial de mérito) em que ao tribunal é transferida toda matéria impugnada pelo recorrente, envolvendo questões de fato e de direito e inclusive sobre a necessidade ou não de realização de prova ou reiteração (admissibilidade), como também sua produção, valoração e fundamentação decisória, não havendo para os julgadores no âmbito recursal uma vinculação a qualquer matéria decidida e valorada na primeira instância,¹⁴⁷¹ isto é, não há restrições ou inalterabilidade

do decidido, salvo nas hipóteses em que há preclusão (como nos casos de decisões interlocutórias agraváveis em relação às quais não foi manejado oportunamente o recurso).

Se o direito probatório ainda não é tão considerado pela doutrina nacional, o que se dirá de seu tratamento no âmbito recursal, em que há uma flagrante supervalorização das *questões de direito*, ainda mais em tempos de busca de “padrões decisórios” para orientação e controle prévios das assessorias de desembargadores nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, bem como observância de súmulas e implementação de *soluções para recursos repetitivos* e de admissão da força normativa dos precedentes.¹⁴⁷²

Em relação às *questões de fato*, a padronização, a artificialidade nos julgamentos que não analisam a fundo o conjunto probatório é um perigo seríssimo, uma violação complexa do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, direitos fundamentais.

No âmbito recursal não analisar crítica e cuidadosamente o conjunto probatório ou não apresentar fundamentos consistentes para identificação dos elementos

¹⁴⁶⁹ ASENJO, Ana Isabel Pérez. “La valoración de la prueba en segunda instancia”, in *Aspectos problemáticos em la valoración de la prueba civil*, Coord. ABEL LLUCH, Xavier e PICÓ I JUNOY, p. 142/143.

¹⁴⁷⁰ ABIÁN, Rosario Herrera. *La intermediación como garantía procesal*, p. 66/67. A autora destaca que há sistemas em que seria possível a revisão pelo tribunal de apelação em casos extremos e assim mesmo envolvendo exclusivamente a valoração realizada na instância inferior de modo absurdo ou ilógico. No Brasil, com o CPC de 1973, estas características

eram identificadas no denominado “princípio da identidade física juiz” (art. 132. não repetido no CPC), mas que não impedia o julgamento amplo das questões de fato e de direito no tribunal (art. 515, CPC/73).

¹⁴⁷¹ ASENJO, Ana Isabel Pérez. “La valoración de la prueba en segunda instancia”, in *Aspectos problemáticos em la valoración de la prueba civil*, Coord. ABEL LLUCH, Xavier e PICÓ I JUNOY, p. 147.

¹⁴⁷² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 319 e ss.

justificadores da solução das questões de fato é, sem rodeios, *denegação de justiça, recusa de julgamento*.

Uma decisão que deve julgar as questões de fato analisando o *conjunto probatório* (princípio da unidade probatória¹⁴⁷³⁻¹⁴⁷⁴ ou “massa de provas” na expressão dos ingleses e americanos¹⁴⁷⁵), e assim não procede, não somente viola o dever-poder de convencimento motivado (art. 371, do CPC)¹⁴⁷⁶ e de fundamentação¹⁴⁷⁷ (489, § 1º, do CPC), mas também sepulta o direito à prova, assegurado no CPC pelo art. 369, que registra ostensivamente que o *direito à prova é das partes* e não do Poder Judiciário.

¹⁴⁷³ “O princípio da unidade probatória assegura *coerência* e *completude* à decisão judicial. Em relação às questões de fato, garante uma decisão coerente com o conjunto probatório dos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), já que às partes assegura que o julgador não deixará de considerar todas as provas relevantes existentes nos autos e as regras – ligadas a prova – incidentes no momento do julgamento (presunções – incluindo máximas da experiência, ficção jurídica e provas legais) (FERREIRA, William Santos, *Princípios Fundamentais da Prova Cível*, p. 262).

¹⁴⁷⁴ ‘...a *coerência* se dá entre a *cognição judicial* e o *conjunto probatório* (unidade) e não entre os elementos integrantes deste, considerando que determinados resultados alcançados pelos meios de prova podem ser conflitantes entre si, cabendo ao juiz decidir com base no livre convencimento motivado, podendo afastar determinados resultados, fundamentadamente, assegurando a visão de conjunto, o que não pode é *desconsiderar* elemento relevante” (FERREIRA, William Santos, *Princípios Fundamentais da Prova Cível*, p. 262).

¹⁴⁷⁵ O destaque é de Echandia: “Para una correcta apreciación no basta tener em cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios, reunidos em el proceso,

Michele Taruffo¹⁴⁷⁸ enumera as razões determinantes da necessidade de fundamentação das decisões judiciais: “Il primo riguarda il principio per cui il giudice è indipendente. (...). Il secondo punto riguarda il principio di legalità delle decisioni giudiziarie. (...). Il terzo punto riguarda le garanzie processuali delle parti, ossia essenzialmente la garanzia della difesa”.

Às três razões determinantes expostas por Taruffo¹⁴⁷⁹, independência-legalidade-garantia de defesa, deve ser incluída uma quarta, que é a *legitimação* (jurídica e política) da interferência estatal na vida das pessoas, impedindo que se utilizem da autotutela na mesma

tomados em su conjunto, como una “massa de pruebas”, según la expresión de los juristas ingleses i norteamericanos. (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial. Tomo I*, p. 290)

¹⁴⁷⁶ “La sexta regla de la sana crítica, entonces, dice: examina los medios en su conjunto y coordínalos con los hechos para obtener una solución única. Aquí tenemos presente el principio de unidad probatoria” (FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba – Civil. Comercial. Laboral penal. Administrativa*, p. 582/583).

¹⁴⁷⁷ Es indispensable analizar las varias pruebas referentes a cada hecho y luego estudiar (...) los diversos hechos, es decir, “el tejido probatorio que surge de la investigación”, agrupando las que resulten favorables a una hipótesis y las que por el contrario la desfavorezcan, para luego analizarlas comparativamente, pesando su valor intrínseco y, si existe tarifa legal, su valor formal, para que la conclusión sea una verdadera síntesis de la totalidad de los medios probatorios y de los hechos que en ellos se contienen.”. (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial. Tomo I*, p. 290)

¹⁴⁷⁸ “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, in *Participação e processo*, p. 42/43.

¹⁴⁷⁹ *Idem, Ibidem*.

medida em que, como contrapartida, assegure-lhes uma decisão fundamentada que interferirá nas suas vidas. Toda fundamentação de uma decisão judicial é a indispensável justificativa da invasão estatal. Sem fundamentação não há interferência estatal legítima.

Como já destacado, é fundamental a identificação da “falta” “de fundamentação” e “de legitimação jurídica e política” da decisão judicial.¹⁴⁸⁰

Historicamente, o *livre convencimento motivado* conduziu a um desvirtuamento da função do Poder Judiciário no plano probatório, a ponto da *persuasão racional* ser confundida com uma titularidade da prova pelos julgadores e justificar a adoção de terminologias genéricas aplicáveis por chapas decisórias.¹⁴⁸¹

Os juízes de primeira instância que analisam o conjunto probatório, mas que acreditam que o momento da fundamentação é uma perda de tempo, “já que estão convencidos”, inutilizam uma excelente oportunidade para:

i) *Dialogar* com efetiva qualidade com o tribunal, pois um juiz de primeira instância que fundamenta a solução das questões de fato blinda sua decisão de equívocos de assessorias de tribunais, ou até de análises mais apressadas no

segmento recursal, uma vez que o enfrentamento por recorrentes (sem razão), ou por julgadores em segunda instância, provocará um esforço hercúleo que muitos sequer enfrentarão os fundamentos da valoração por absoluta inutilidade. Enfim, A FUNDAMENTAÇÃO é o CANAL DE DIÁLOGO do juiz de primeira instância, emissor do julgamento de alto nível, demonstrando todo seu comprometimento, inclusive para com as partes e o próprio tribunal; é a exteriorização do juiz vocacionado e dedicado à tão elevada função social.

ii) *Aplicar uma técnica refinada de autocontrole*, porque o juiz que analisa todo o conjunto probatório tem inúmeras convicções que vão se formando mentalmente, mas, quando é obrigado a concretizá-las com fundamentos escritos, passa por um último momento, o de *autocontrole*, que estimula a análise crítica das convicções, permitindo identificar falhas e aprimorar ou até modificar conclusões probatórias.

Finalmente, para esta primeira etapa de reflexões, merece destaque uma questão também muito delicada e ligada à efetiva “gestão instrutória de

¹⁴⁸⁰ FERREIRA, William Santos, *Princípios Fundamentais da Prova Cível*, p. 296/297.

¹⁴⁸¹ “Outro problema é o do generalismo do discurso decisório e a falta de fundamentação. Quando o juiz declara que se convenceu, mas não procede a qualquer especificação da prova, (...) inexistente fundamentação, (...) alegações

genéricas (...) não significam a demonstração do convencimento – rigorosamente, não significam nada – o que viola não somente o inc. IX do art. 93 da CF e o (...) [art. 489, II, do CPC], como também o determinado no (...) [art. 471, do CPC]... (FERREIRA, William Santos, *Princípios Fundamentais da Prova Cível*, p. 296).

processos”. Como as decisões interlocutórias probatórias, em regra, não serão recorríveis por agravo de instrumento, os tribunais seguramente recebem processos com “severas questões probatórias”, que não poderão ser simplesmente “formalmente tratadas” como julgamento de apelação tradicional, pois dependerão de “sanabilidade instrutória”, o que importará comumente em *produção e valoração de provas* no segmento recursal.

É o que veremos a seguir.

2. FUNÇÃO DOS JULGADORES NAS QUESTÕES DE FATO NO ÂMBITO RECURSAL

No âmbito recursal, decisões *de mérito* (da demanda) dão-se em fase de apelação (referente às sentenças) ou de agravo (em relação às decisões interlocutórias de mérito) com competência de apreciação e julgamento por órgão colegiado, sendo que o objeto cognoscível no tribunal envolve tanto *questões de direito* quanto *de fato* (§ 2º do art. 941 do CPC).

O julgamento das *questões de fato* impõe a valoração do conjunto probatório – o que é realizado primariamente pelo relator a quem cabe apresentação de relatório e voto –, no mínimo, a principiar as reflexões dos demais integrantes da turma julgadora, não havendo mais no sistema processual civil brasileiro a figura do revisor.

Neste ponto vale um destaque importantíssimo: em órgãos colegiados, atualmente, apelação e agravo de instrumento têm apenas “1” (um) integrante da turma julgadora com *dever*

de *análise dos autos* e elaboração de voto, que é o relator.

Desta maneira, as sessões de julgamento são complementadas por “2” (dois) julgadores que, usualmente, *não possuem contato com os autos*, nem dever de reflexão prévia.

Qualquer um dos julgadores, isoladamente, inclusive o próprio relator, não se considerando habilitado a decidir imediatamente, pode “solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias” (*caput* do art. 940 do CPC), sendo reincluído em pauta, salvo solicitação de prorrogação por mais 10 (dez) dias ao presidente do órgão fracionário (§ 1º do art. 940 do CPC).

Neste quadro, os papéis dos julgadores são muito distintos.

Se é correto afirmar que, para *questões de direito*, uma vez que o relator apresente seu relatório e seu posicionamento, via de regra, os demais julgadores (sem contato prévio) até podem manifestar posição própria de *direito* (v.g., qual o prazo prescricional para cobrança de verbas condominiais); também é correto dizer que, em relação às *questões de fato*, há uma ausência de *valoração probatória* por julgadores que não tiveram contato prévio com os autos.

No Brasil, o *modelo de julgamento colegiado* para aferição no âmbito probatório de “vícios”, “valoração” e “decisão fática fundamentada” é de *confiança* na apreciação do relator, o que significa um julgamento *monocrático* no âmbito recursal, com aval dos demais julgadores, por *inércia de dissidência*.

Os demais julgadores, diante de *situações especiais* – normalmente destacadas pelas partes em

sustentação oral (não sem propósito admitidas em apelações e agravos de decisões interlocutórias de mérito¹⁴⁸² – arts. 1.009 e 1.015, II, do CPC) – ou mesmo, posteriormente, em embargos de declaração, é que se aprofundam e, então, podem acabar inaugurando uma *dissidência*.

Nos casos de sustentação oral, entrega de memoriais e percepção de temática em razão do próprio voto do relator, o segundo e o terceiro julgadores têm o *dever-poder* de análise e deliberação sobre:

i) *necessidade e utilidade de provas* não admitidas na primeira instância (em regra, transferida a matéria para o tribunal via apelação de decisões interlocutórias), sendo o art. 370 do CPC aplicável a todos os julgadores;

ii) *inadmissibilidade de provas* que devem ser desconsideradas no momento da valoração,

iii) *errônea ou deficitária produção de provas* na primeira instância, cabendo a determinação de instrução, nos termos do art. 370 do CPC;

iv) *produção da prova* – diligências no tribunal ou na

primeira instância (§ 3º do art. 938 do CPC);

v) *valoração da prova*, observando o disposto no art. 371 (CPC); e

vi) incidência do *ônus da prova* (373, I e II, do CPC), inclusive em razão da *distribuição dinâmica do ônus da prova* (373, §§ 2º a 4º, do CPC), nos casos de não esclarecimento, quando esgotadas as condições instrutórias.

3. Os DEVERES-PODERES INSTRUTÓRIOS PRÉVIOS DO RELATOR PARA JULGAMENTO DE QUESTÕES DE FATO E OS DEVERES-PODERES DOS DEMAIS JULGADORES (DEFERIMENTO E PRODUÇÃO DA PROVA – PARTE 1)

No plano de realização ou renovação de atos instrutórios, o CPC expressamente determina que o relator tem o *dever-poder*¹⁴⁸³ de identificar “a necessidade de produção de prova” e monocraticamente converter o julgamento em diligência (na etapa de saneamento de vícios relacionados à

¹⁴⁸² Em que pese o art. 937 não mencionar o cabimento de sustentação oral no agravo de instrumento referente às decisões interlocutórias de mérito, estes têm o mesmo conteúdo e relevância da sentença, sendo uma “descumulação” de demandas para fins de julgamento já viável de parte do mérito, sendo que para garantir o contraditório e a ampla defesa e especialmente o tratamento isonômico (aos casos em que julgados por sentença), a

sustentação oral é um direito e uma técnica fundamental quando envolver especialmente questões de fato.

¹⁴⁸³ José Américo Zampar Jr. concorda com esta posição de não se tratar de apenas poder, mas de um *dever-poder* instrutório, em monografia específica sobre o tema da produção de provas em sede recursal (*Produção de Provas em Sede Recursal*. p. 91)

prova), preparatória para o julgamento colegiado, conforme § 3º do art. 938.¹⁴⁸⁴

Em relação à necessidade de produção de prova, são vaso-comunicantes as disposições do §3º do art. 938 com as do art. 370, isso porque é dever-poder do juiz (de primeira instância) e do relator (em segunda instância) a identificação da necessidade e utilidade de produção de provas.

Claramente, o que se pretende com a regra é evitar que o relator precise levar o tema imediatamente ao colegiado, para, somente após deliberação colegiada, realizar atos de produção de prova. Há, aqui, um comando que visa *otimizar os trabalhos* e, como regra, entender razoável a *complementação probatória* por juízo monocrático. Claro que, havendo equívoco e lesão, a parte atingida poderá manejar o agravo interno a fim de enviar, por exceção, a matéria para debate no colegiado.

Mas, ainda no § 4º (do art. 938), não foi ignorado que o relator pode equivocar-se, de modo a não determinar monocraticamente nem no seu voto a “necessidade de produção de prova”, o que não afasta, por mecanismo de *dissidência* do segundo e do terceiro julgadores, a identificação e a determinação da produção: “§ 4º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1º e 3º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.”

Por conduta padrão, é razoável que *questões de fato* fiquem com apenas um integrante (relator). Contudo, diante de elementos que denotam complexidade do conjunto probatório (o que pode até ser sustentado antes pelas partes junto a todos os desembargadores) ou mesmo de falhas que somente poderão ser apuradas pelas partes após o julgamento no tribunal (sendo impugnáveis por *embargos de declaração*), é possível não haver “apenas” identificação de necessidade de provas ou apreciação do conjunto probatório pelo relator, mas também – e substancialmente – pelos demais integrantes do colegiado julgador.

O que se observa, então, são 6 momentos relacionados à prova:

- i) requerimento;
- ii) deferimento (ou determinação);
- iii) produção;
- iv) valoração
- v) fundamentação (momento da decisão) e
- vi) ônus da prova (se não esclarecidos os fatos).

Nem sempre a ordem é a acima enumerada. Por exemplo, na prova documental, normalmente há requerimento e produção simultâneos, antecedendo o deferimento pelo juiz, já que o controle judicial da juntada aos autos se dá posteriormente.

O comum, no processo civil, é que todas as fases da prova ocorram na primeira instância, perante órgão monocrático.

¹⁴⁸⁴ “938. § 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no

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

Mas, e quando há um vício, um indeferimento indevido de prova (inclusive por interlocutórias apeláveis)?

Bem, a resposta é que o (in)deferimento ou a má produção de provas também são matérias que podem ser levadas para o tribunal (em segunda instância) analisar – o que, novamente, colocam o relator e o segundo e o terceiro juízes em momento de deliberação sobre *deferimento* ou *indeferimento de provas*.

Se observada cuidadosamente a competência do relator estabelecida no inciso I do art. 932 do CPC, perceber-se-á que é atribuída ao relator¹⁴⁸⁵: “I.. ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção da prova...”

Isto significa que, se identificada a necessidade de prova, a *produção competirá ao relator* no próprio tribunal (por exemplo: nomeação de perito e realização de prova pericial); ou, se demonstrada a maior eficiência da realização em primeira instância, assim se dará; porém, a prova produzida retorna para o tribunal, *sem qualquer valoração pelo juízo inferior*, pois se trata de mera abertura de “diligência” e

posterior “retomada” para julgamento no tribunal.

Da mesma forma, em atenção ao contraditório e à ampla defesa se determinada de ofício ou deferida uma prova, cabe oportunidade para eventual *contraprova* da parte contrária,¹⁴⁸⁶ sempre que demonstradas necessidade e utilidade.

Conforme o já citado § 3º: “§ 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição”.

Com este posicionamento, no sistema processual brasileiro optou-se, nos casos em que isto é possível, pelo *isolamento do saneamento da produção probatória* em relação aos demais atos do processo, em que a *produção* não realizada ou realizada erroneamente prejudica a posição processual da parte e induz a uma solução de saneamento necessário.¹⁴⁸⁷ Isto se dá sem “anulação” do processo e sem retorno integral para processamento e sentença pelo juízo *a quo*¹⁴⁸⁸. É o que Luigi Paolo Comoglio,¹⁴⁸⁹ analisando o princípio da

¹⁴⁸⁵ “Assim como ocorre no processamento das causas em primeiro grau de jurisdição, também nas ações de competência originária dos tribunais e nos recursos, o órgão jurisdicional dispõe de poderes de direção, ordenação e instrução. No caso destes, entretanto, é útil desde já assentar que a competência é do tribunal, que pode delegá-la a órgãos fracionários no exercício de sua competência exclusiva de dispor sobre normas de governo interno (CF, art. 96, I, a). (DANTAS, Bruno. *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 926 a 1.072 – Parte Especial*, p. 61).

¹⁴⁸⁶ AMARAL, Paulo Osternack. “Produção de provas em fase recursal”, in *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 3, n. 1, p. 296.

¹⁴⁸⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, p. 169/170.

¹⁴⁸⁸ “Reconhecida necessidade de produção de prova, não ordenada anteriormente, pode o tribunal determinar a sua realização (art. 370, CPC/2015). Instruído o feito, os autos devem retornar para o julgamento. Se o relator não determinar as providencias concernentes ao art. 938, CPC/2015, qualquer membro do colegiado pode suscitar a questão. Também as partes, a propósito, podem fazê-lo, inclusive durante a sessão de julgamento.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 237).

¹⁴⁸⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, p. 168.

economia processual e sua orientação de custo-benefício na fase instrutória, denominou como imperativo de *racionalização do rigor formal*.

O vício é sanado pela *produção*, mas a retomada para *valoração* e *juízo* permanece no tribunal,¹⁴⁹⁰ salvo nos casos em que o vício não esteja na produção probatória, mas, por exemplo, na inexistência da citação do réu.

Em interessante acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, mesmo antes do CPC, em julgamento de 19/05/2019, por voto do relator Des. Carlos Alberto Garbi,¹⁴⁹¹ em apelação em que se discutia sobre contrafação e concorrência desleal envolvendo desenho industrial e concorrência desleal, por votação unânime, foi suspenso o julgamento da apelação, entendendo que era possível a determinação pelo relator da conversão do julgamento em diligência para que novos elementos permitissem a elucidação da demanda, especialmente diante de perícia que se entendeu inconclusiva. Foi determinada a realização de perícia, que uma vez encerrada, os autos deveriam ser devolvidos ao Tribunal, para continuidade do julgamento.

Continuando o tema. A atividade de dissidência dos demais julgadores pode se instalar não exclusivamente em relação à *valoração*, mas, também, na

necessidade de instrução (ou não!) no âmbito recursal – a exemplo da determinação de uma *segunda perícia*.

Claramente, a sistemática processual brasileira moderna opta pela realização de *atos no plano probatório sem anulação*. Desta forma, impede-se que haja retorno do procedimento para a primeira instância – ainda mais diante de todas as vicissitudes decorrentes de um *erro in procedendo* probatório que anularia o processo (de modo a retornar para uma etapa morosa na primeira instância, com todo o desgaste de tempo inerente) – e para o julgamento por um juiz que provavelmente não mudará sua decisão (“convicção”) no plano fático.

Este último ponto merece um destaque: juízes de primeira instância que têm sua sentença de mérito anulada por cerceamento do direito de defesa, têm um tendência humana natural a considerar a prova determinada uma inutilidade e a manter sua decisão anterior até como forma de demonstrar para o tribunal que não estavam errados (*viés cognitivo de ancoragem*), mesmo que a prova realizada indique outra solução, tendem a valorizar detalhes superficiais e equivocados que indiquem algo no sentido que expuseram e minimizar ou reputar irrelevantes para solução pontos indicativos contrários à posição tomada anteriormente (*viés de confirmação*), o

¹⁴⁹⁰ “(...) reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator ou o órgão colegiado competente, converterá o julgamento em diligência para a conclusão da instrução, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição. Finalizada a diligência, o recurso será decidido (...), o que a lei quer é que não se anule sentença, nem se rejeite recurso, diante de

instrução incompleta da causa. Integrada a instrução, o recurso será decidido pelo mérito, evitando, (...), nova sentença e nova apelação.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 1.024).

¹⁴⁹¹ TJSP - Apelação nº 0010634-33.2008.8.26.0048, 10ª Câm. Dir. Privado, j. 19/05/2015.

que demonstra que julgadores de primeira instância são *juízes parciais* e não podem atuar como juízes instrutores ou juízes julgadores novamente, pois já atuaram e o que se faz atualmente no sistema recursal brasileiro é *julgamento* no tribunal e a *instrução* a ser realizada não deve se dar pelo juiz cuja decisão foi contrária àquela tomada no tribunal. O risco de instruções desmotivadas ou indutoras da demonstração de correção de uma decisão anterior recorrida são *riscos delicadíssimos* que não são admissíveis.

A parcialidade identificada se o julgador já proferiu decisão é provocadora de *impedimento* (art. 144, II, CPC), que equivale ao juiz que já proferiu decisão e está impedido de atuar em outro grau, lembrando que a reabertura deve ser acerca da mesma estrutura instrutória e decisória. Se o processo retorna por falta de citação de litisconsorte, por exemplo, o juiz não estará impedido. Mas para aqueles que eventualmente não concordarem com a posição, não terão como deixar de reconhecer a *suspeição* decorrente do art. 145, IV, CPC, já que o juiz de uma maneira ampla é *interessado na causa*, como ser humano que é, que não represente a confirmação de erros, vícios em sua decisão no plano instrutório e das questões de fato.

Portanto, instruções determinadas pelo Tribunal em sede recursal devem ser cumpridas por *outro juiz* que não o da instrução e/ou do julgamento. Este é um *tema sensível* que não pode ser desprezado, pois as partes têm direito a um *juiz imparcial não*

somente na decisão, mas também durante atividades instrutórias.

3. “FATOS NOVOS”, “DIREITO SUPERVENIENTE”, “FORÇA MAIOR”, “PROVA NOVA” E OS DEVERES-PODERES INSTRUTÓRIOS PRÉVIOS DO RELATOR PARA JULGAMENTO DE QUESTÕES DE FATO E OS DEVERES-PODERES DOS DEMAIS JULGADORES (DEFERIMENTO E PRODUÇÃO DA PROVA – PARTE 2)

O presente item é profundamente relacionado ao anterior, mas há o destaque porque “fatos novos” (*factum superveniens*), “direito superveniente” (*jus superveniens*) e “prova nova” são praticamente “não temas” no âmbito recursal; apesar de que, uma vez compreendidos (sendo identificada sua importância) e aplicados, incidirá o regime jurídico tratado no item anterior para deferimento e produção de prova.

Determina o art. 493 do CPC genericamente, isto é, não exclusivamente para o âmbito recursal: “Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, *cabará* ao juiz *tomá-lo em consideração*, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.”

Primeiramente, *fatos novos* não envolvem nulidade sanável,¹⁴⁹² mas sim

¹⁴⁹² COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, p. 180/181.

necessário contraditório quando surgem, com adequação do procedimento à sua realização, sob pena de inviabilização do direito da parte à prova (arts. 493, 369, 932, I c/c art. 469, todos do CPC).

Portanto, são fatos *supervenientes* e não provas *supervenientes*.¹⁴⁹³ Novamente a questão se coloca no âmbito recursal – o que representa fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito a influir no julgamento de mérito no procedimento recursal –, sendo dever-poder (de acordo com o termo “cabará”, expresso no artigo 370 do CPC) do julgador tomá-lo em consideração (de ofício ou a requerimento) sempre, ouvindo previamente as partes, a fim de evitar decisões surpresa (parágrafo único do art. 493, do CPC). Tal função deve ser desempenhada pelo relator (art. 932, I, CPC), sem prejuízo de controle; porém, no caso de descumprimento, deve ser desempenhada pelos demais integrantes da turma julgadora – seja por agravo interno (se oriundo de decisão monocrática), seja por dissidência na sessão de julgamento ou no julgamento dos embargos de declaração.

O ponto mais difícil de ser implementado é o seguinte: se o *fato* é *novo*, deve ser admitida a produção de provas para sua demonstração – seja pelo interessado na sua consideração, seja pela parte contrária em negá-lo –, claro que sendo consideradas a

necessidade e a utilidade da prova do *fato superveniente* (art. 493, parágrafo único c/c arts. 370 e 932, I – CPC) e não pode ficar *restrita* à mera prova documental!

Conforme já julgado no Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁹⁴: “a constatação de fato superveniente que possa influir na solução do litígio deve ser considerada pelo Tribunal competente para o julgamento, sendo certo que a regra processual não se limita ao juízo de primeiro grau, porquanto a tutela jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição, deve solucionar a lide na forma como se apresenta no momento do julgamento”.¹⁴⁹⁵

Outra situação é a incidência do art. 1.014: em que as questões de fato não propostas no juízo inferior podem ser apresentadas na apelação, mas a parte precisa provar “que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

Podem ser alegáveis em sede de recurso para a segunda instância¹⁴⁹⁶:

- i) matérias cognoscíveis de ofício (porque estas não demandariam nem pedido);
- ii) que permitam a arguição a qualquer tempo (art. 342, III, do CPC aplicável a ambas as partes, não apenas ao réu);
- iii) suscitáveis por terceiro prejudicado;

Especificamente sobre as questões de fato, se não houver as referidas autorizações para serem

¹⁴⁹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Breves Comentários ao NCPC*, p. 1.245.

¹⁴⁹⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Breves Comentários ao NCPC*, p. 1.243.

¹⁴⁹⁵ STJ, RMS 30.511/PE, 5ª T. rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho., j. 09.11.2010, DJe 22.11.2010.

¹⁴⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, p. 455.

suscitadas, ainda haverá a possibilidade das partes apresentarem as questões de fato não propostas no juízo inferior, desde que demonstrem o *motivo de força maior* que justifica não ter sido suscitada em primeira instância perante o juízo *a quo*.

A primeira hipótese é o *fato superveniente* (art. 493 do CPC), como acima já foi tratado.

Também estão autorizados os fatos que embora ocorridos *antes* ou *depois* da primeira instância a *parte ainda não tinha ciência* deles ou *estava impossibilitada de comunicar* o advogado por motivo alheio à sua vontade,¹⁴⁹⁷ como ressalva José Américo Zampar Jr.: “não se deve confundir fatos dos quais se teve ciência superveniente (art. 1.014) com fatos ocorridos de modo superveniente (arts. 493 e 933)”,¹⁴⁹⁸ por isto diz-se que são “alegação nova de fatos velhos”.¹⁴⁹⁹

Retomando a hipótese de não ter alegado o fato, há um ponto relevantíssimo: demonstrado o *motivo de força maior*, a parte tem o direito de produzir a prova, como já dizia Barbosa Moreira (2013, p. 456) com precisão cirúrgica: “Provado o motivo de força maior, abre-se naturalmente à parte o ensejo de produzir prova do(s) fato(s) a que se refere a arguição. Seria, com efeito, inane a permissão de suscitar questões novas, em tal hipótese, sem a

correlata e necessária autorização para a prática de atos instrutórios”.

E qual deve ser o procedimento?

Deve ser o estabelecido atualmente no CPC: ou determina-se a produção no próprio Tribunal ou que seja realizada no juízo de primeira instância a produção da prova, mas com devolução ao Tribunal para que o órgão colegiado prossiga o julgamento do recurso.

Haverá também o dever-poder instrutório se qualquer das partes obtiver *prova nova* (não, necessariamente, fato novo) cuja existência ignorava ou da qual não pode fazer uso, capaz de lhe assegurar pronunciamento favorável.

Agora a situação não é mais envolvendo a alegação fática (o fato poderá ter sido alegado!), mas sim a *prova* acerca deste fato ser *nova*, a regra aplicável é encontrada no Código de Processo Civil, no inciso VII do art. 966¹⁵⁰⁰, referente às causas de rescindibilidade, mas que também é aplicável no âmbito recursal, porque, se esta conjuntura justifica até ação rescisória para apresentação da prova, o mesmo se dirá no caso em que a mesma situação ocorra no segmento recursal, antes do trânsito em julgado (quem pode o mais - em sede rescisória -. pode o menos - em sede recursal de 2ª instância -).

Poderia ser cogitado o motivo da utilização deste dispositivo e não do

¹⁴⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, p. 456.

¹⁴⁹⁸ ZAMPAR JR., José Américo. *Produção de Provas em Sede Recursal*, p. 122.

¹⁴⁹⁹ DIDIER JR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 190.

¹⁵⁰⁰ Art. 966 (...) VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; (claro que não há que se falar no âmbito recursal de “trânsito em julgado”).

relacionado aos meios de prova. Isto ocorre porque, como se deu a evolução da ação rescisória, que antes só tratava de “documento novo”, em que pese já na vigência do CPC/1973 já havia doutrina sustentando a leitura “prova nova” ao invés de “documento novo”¹⁵⁰¹, agora o mesmo fenômeno ocorre no CPC que somente trata do documento novo no parágrafo único do art. 435;¹⁵⁰² mas não havendo em geral restrição entre os meios de prova para o convencimento do julgador (art. 371 do CPC), e sendo plenamente hipóteses temporais as que congregam outros meios de prova (ex.: testemunha conhecida posteriormente), nada justifica não serem admitidos todos os meios de prova. É por conta disso, e não por outro motivo, que na ação rescisória a temática já está superada admitindo *prova nova* (e não documento novo!) e esta peculiaridade também diz respeito à prova nova e o direito à sua produção, inclusive no âmbito recursal.

4. DEVERES- PODERES DE VALORAÇÃO DA PROVA NO ÂMBITO RECURSAL

Superado o debate sobre a necessidade ou não de produção de provas no âmbito recursal, diante do conjunto probatório, surge o momento para apreciação das provas – aqui sim trata-se propriamente de solução das

questões de fato – em que há o *convencimento motivado*, visto que os julgadores não estarão vinculados a valorações abstratamente previstas na legislação, ausentando-se as provas legais como regra (incidindo o disposto no art. 371 do CPC também no âmbito recursal), como mera projeção em etapa de recorribilidade do dever-poder de valoração para julgamento de questões de fato.

Segundo o referido art. 371 do CPC, competirá ao julgador, no caso no julgamento de apelação ou agravo (se de mérito se tratar), apreciar “a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido”, indicando “as razões da formação de seu convencimento” na decisão.

Esta função é desempenhada – de forma exclusiva – pelo relator preliminarmente, o que provoca 2 (duas) possibilidades de *valoração da prova* pelos segundo e terceiro julgadores (ou demais integrantes no caso de técnica de julgamento ampliado – art. 942):

i) *Valoração indireta* da prova no âmbito recursal, que ocorre pela análise, pela valoração e pelo voto do relator – sem que haja dissidência dos demais julgadores –, configurando um *julgamento por adesão*;

juntada posterior de documentos *formados após a petição inicial ou a contestação*, bem como dos que se *tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos*, cabendo à parte que os produzir *comprovar o motivo* que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.

¹⁵⁰¹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 262.

¹⁵⁰² Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos *documentos novos*, quando destinados a fazer *prova de fatos ocorridos depois dos articulados* ou para *contrapô-los aos que foram produzidos nos autos*. Parágrafo único. *Admite-se também a*

ii) *Valoração direta* da prova no âmbito recursal, que ocorre por meio da análise própria pelos segundo e/ou terceiro julgadores do conjunto probatório para:

a. Divergindo do relator, externarem seus votos próprios acerca das questões fato (dissidência na solução das questões fáticas); ou

b. Aderirem ao voto do relator quanto à conclusão, mas com valoração própria.

A dissidência pode ser provocada pelas partes em *memoriais* e *sustentação oral* (se anterior ao julgamento), ou no decorrer do julgamento colegiado em que há uma omissão em relação ao conjunto probatório – desconsiderando as provas dos autos (art. 371 do CPC) –, o que representa a não apreciação da prova após o julgamento colegiado. É daí que ocorre o cabimento de embargos de declaração sustentado na omissão de análise (integral ou parcial) do conjunto probatório, o que viola o disposto no art. 371 do CPC combinado com o art. 489, §1º, II, III e IV, do CPC.

É de fundamental importância a percepção de que os embargos de declaração apresentados com fundamento na *omissão* do relator, em relação ao conjunto probatório, atraem imediatamente a análise direta dos demais integrantes do colégio julgador e, conseqüentemente, o não enfrentamento da *tese apresentada especificamente pelo recorrente* precisa ser analisado e julgado por *todos* os 3 (três) integrantes.

De nada adiantaria a parte ter o direito à produção de prova (art. 369 do CPC), se a este não estivesse integrado o *direito à consideração judicial* da prova produzida (art. 371 do CPC).

É inadmissível e equivocada a posição de alguns julgados ao afirmarem que a análise do conjunto probatório ou de provas indicadas como relevantes e com potencialidade para, em tese, infirmar a decisão, por meio de embargos declaratórios questionando a omissão do julgado, seriam uma “omissão externa” passível de outro recurso que não os embargos declaratórios.

O art. 1.022, II trata genericamente de omissão, não cabendo qualquer restrição, porque o objetivo deste recurso é justamente a *completude da decisão*, ainda mais quando o art. 489, § 1º impõe que não se considera fundamentada a decisão que “IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. O referido comando normativo é claro neste dever-poder do julgador que não se afasta apenas porque cabe “outro” recurso (como apelação, agravo, recurso especial ou recurso extraordinário, dependendo do caso), pois a sistemática recursal objetiva a razoável duração do processo e a eficiência processual (inciso LVIII do art. 5º e art. 37, *caput*, ambos da CF), porque a solução é muito mais célere, econômica, natural (eis que emanada do mesmo órgão julgador) e, sobretudo, atende às normas fundamentais do CPC, especialmente, o contraditório efetivo (art. 7º) e o princípio da cooperação (art. 6º)

Por isso o contraditório é compreendido (*rectius*, assegurado!) a partir de tríplice ocorrência: CIÊNCIA (comunicação de um ato processual passível de debate pela parte contrária), OPORTUNIDADE (momento processual para manifestação e produção de provas, em que “oportunidade” deve ser compreendida como momento arquitetado – parametrizado – observando-se as peculiaridades do que se vai realizar) e CONSIDERAÇÃO JUDICIAL (porque, embora dada a “ciência”, para que a parte tenha oportunidade de manifestação e produção de provas, de nada adianta a “oportunidade” se o material informativo gerado não for considerado pelos julgadores; o que deságua no que a doutrina processual alemã denomina de dever do juiz com a *persuasão racional das partes*).

Daí porque há a imposição, como elemento essencial da sentença, dos fundamentos com análise – repete-se, *análise* – das questões de fato e de direito. As “questões de fato” não são o descritivo (afirmação de fato), mas sim o *conteúdo probatório cognoscível* (“*todos os argumentos deduzidos capazes, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*” – inc. IV do § 1º do art. 489): “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: II - os fundamentos, em que o *juiz analisará* as questões de fato e de direito;”

A valoração é mais um momento para o acompanhamento do voto do relator ou a instauração de dissidência.

Se observada cuidadosamente a competência do relator estabelecida no art. 932 do CPC, perceber-se-á a atribuição de “ordenar o processo no tribunal, *inclusive em relação à*

produção da prova...”, o que significa que, uma vez decidido sobre deferimento ou indeferimento de uma prova e sua produção, a valoração é momento de superior importância a clamar por severa preocupação pelo órgão colegiado e deverá ser espelhado no momento da fundamentação.

É por esta razão que não é considerada fundamentada a decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” e “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (incisos III e IV do § 1º do art. 489, do CPC).

Mais um ponto sensível: questionando em embargos de declaração a *existência de omissão do relator em seu papel de relatar* (inciso II do art. 1.022, CPC) e apresentar um voto que efetivamente apresente “*todos os argumentos deduzidos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”, o segundo e o terceiro julgadores têm o dever-poder de verificar (a partir do *contato com os autos*) se tal situação está ocorrendo – já que, *se isto não se der, a função que deles se espera não ocorrerá*, porque haverá a não apreciação da “tese” do recorrente e, se o relator mantiver formalmente sua linha, sem contato direto com os autos *não há condições materiais* para os demais julgadores desempenharem ativa e efetivamente seu papel de análise para fiscalização e, se o caso, dissidência, *erram por arrastamento* e, neste caso, há *omissão decisória*, com violação expressa dos incisos III e IV do § 1º do art. 489 do CPC, e cabe até ação rescisória sob esse fundamento, bem como diretamente

sobre *erro de fato*, pois a não análise pelos 2 julgadores pode configurar a consideração de um fato como inexistente quando existente ou um fato como existente, quando inexistente.

Conclusivamente, embargos de declaração *que demonstram*, de maneira eficaz, a não apreciação do conjunto probatório, tendo o recorrente *correlacionado a questão de fato e as provas dos autos que indicam conclusões diversas*, os segundo e terceiro desembargadores têm o dever-poder de valoração e decisão (último momento), com análise dos autos, sob pena de violação do art. 371, do CPC c/c incisos III e IV do § 1º do art. 489 e inciso II do art. 1.022, o que justifica recurso especial (art. 105, III, a, da CF), para determinar que o tribunal observe referidos dispositivos da lei federal infringidos e aprecie, efetivamente, os fundamentos e pedidos dos embargos de declaração, com análise do conjunto probatório.

5. DEVERES- PODERES DE APLICAÇÃO DA REGRA DE SOLUÇÃO EVITANDO O *NON LIQUET INSTRUTÓRIO* NO ÂMBITO RECURSAL

Quando não é possível o esclarecimento do *fato probando*, tem-se uma impossibilidade de julgamento por *convicção do julgador*, o que, para não extinguir o processo sem solução, exige a vedação do *non liquet instrutório* (equivalente a vedação do *non liquet* nas questões de direito, só que aqui em relação às questões de fato), e determina-se, como regra de solução, a incidência do “ônus da prova”, formato indicativo da solução pela identificação

do “fato probando” e daquele que será atingido pela sua não demonstração, o que é estabelecido pelas partes em *negócio processual* (§ 3º do art. 373 do CPC) ou *distribuído judicialmente* (dinamicamente) nos casos dos §§ 1º e 2º do art. 373 (CPC), ou, se nada disto houver, há a incidência da *regra abstrata* (e estática) do art. 373, incisos I e II, CPC.

A aplicação da regra do “ônus da prova” é competência do órgão colegiado, subsidiária à valoração das provas – da mesma forma indicada nos dois itens anteriores (3 e 4) –, destacando-se que a sua incorreta aplicação não representa mera reapreciação de prova, pois tratar-se-á da identificação de que inexistem condições de julgamento valorativo e da busca por detectar a regra incidente ao caso concreto – que, se inobservada, dará cabimento à interposição de recurso especial por violação do comando normativo federal respectivo.

Finalmente, no âmbito recursal, também é possível reconhecer e aplicar a *dinamização do ônus da prova*, mesmo nos casos em que já prolatada sentença, ou em que o agravo versa sobre admissão ou não da distribuição dinâmica. O relevante é a identificação dos pressupostos estabelecidos no art. 373, §§ 1º e 2º do CPC, que, sendo reconhecidos, deve ser determinada a distribuição dinâmica, oportunizando aos interessados a demonstração da necessidade e utilidade de determinadas provas e, se o caso, seu deferimento e produção.

Se o julgamento se dá em agravo, a tendência é a recepção e aplicação da decisão pelo juízo de primeira instância por onde o processo tramita. Mas se já

em fase de apelação a incidência da distribuição dinâmica, abre a necessidade de produção de provas, se úteis e necessárias, em regra no próprio tribunal, aplicando-se na íntegra o art. 932, § 3º do CPC e, concluída a produção, a valoração e decisão fundamentada diretamente no tribunal.

CONCLUSÃO

No plano ideal a primeira instância é o local e o momento apropriado para *admissibilidade* e *produção* de provas. Por si só esta constatação não impede que estes dois momentos também sejam identificados no âmbito recursal, até porque um sistema de recorribilidade ampla envolvendo i) *errores in procedendo*, inclusive relacionados às provas (vícios de procedimento – admissibilidade e produção de provas) e ii) *errores in iudicando* (erros de julgamento de questões de fundo *de fato* – valoração probatória - e de direito) deságuam:

a) no afastamento de provas inadmissíveis e a valoração a partir desta exclusão;

b) na necessidade de reiteração ou realização de provas, impondo anulação (em alguns sistemas) ou produção de provas para julgamento único pelo próprio tribunal;

c) valoração das provas e espelhamento na fundamentação (na decisão) ou incidências relacionadas ao “ônus da prova” como técnica de solução dos conflitos para evitar o *non liquet* instrutório.

No sistema recursal brasileiro atual há um elemento extremamente delicado: a irrecorribilidade, em regra, das interlocutórias probatórias, porque

há uma enorme probabilidade de amplificação dos problemas no plano instrutório, até porque não haverá intervenção imediata dos tribunais, o que somente se dará no momento final, após sentença e em julgamento de apelação. E o enorme perigo desta situação é o dos órgãos colegiados no âmbito recursal serem lenientes em relação aos vícios no plano probatório, nas restrições cerceadoras do direito de defesa, enfim, na inobservância do contraditório e da ampla defesa.

O cuidado no sistema atual em relação às provas precisa ser redobrado. Não pode ser admitido que a intervenção dos tribunais, no plano da solução das questões de fato, seja apenas um faz-de-conta, em que todo peso da atuação se circunscreva às soluções das questões de direito, muito mais confortáveis e menos trabalhosas.

O conjunto probatório não é analisável com *técnicas de julgamentos de massa*. Logo, os tribunais brasileiros precisam urgentemente *distinguir* os *dois papéis* desempenhados, não esquecendo que a *definição das questões fáticas* também são a primeira etapa para adoção dos precedentes.

As partes têm o direito à prova que somente se aperfeiçoa quando *efetiva* e *eficazmente* tenham não somente condições de produzi-las (art. 369 do CPC), mas que, sobretudo, contem com a observância da determinação de provas *úteis* e *necessárias* pelo Poder Judiciário (independentemente de ser na primeira ou na segunda instância) (art. 370 do CPC) e que haja efetiva *valoração* do conjunto probatório espelhada no momento da fundamentação, com observância da garantia constitucional e

infraconstitucional do convencimento motivado (art. 93, IX, da CF e art. 371, do CPC).

A má solução da questão fática, premissa lógica de um julgamento que imbrica questões de fato e de direito, sepulta a chance de uma decisão justa, pois a solução de direito é contaminada pelos *atos* erroneamente considerados e a função dos julgadores no âmbito recursal, neste momento, será decisiva para o resgate das condições para um julgamento justo, quando erro houve, ou para manutenção de uma decisão, quando proferida corretamente na primeira instância.

De tudo que se tratou, especialmente das *condições ideais mínimas* para julgamento de questões instrutórias e de fato, o papel dos memoriais e da sustentação oral são *exclusivamente* os únicos elementos que permitem um contato dos julgadores (especialmente segundo e terceiro, não relatores); impedir o efetivo contato dos julgadores (todos!) com os memoriais e a sustentação oral é violar o contraditório e a ampla defesa, enfim, *inobservar* o direito fundamental à prova estampado no art. 369 do CPC e no inciso LV do art. 5º da CF, tornando não apenas ilegal, mas constitucional e infranconstitucionalmente ilegítima a solução proferida.

BIBLIOGRAFIA

- ABIÁN, Rosario Herrera. *La inmediatez como garantía procesal*. Granada: Editorial Comares, 2006.
- AMARAL, Paulo Osternack. “Produção de provas em fase recursal”, *in Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Edição

Especial, Ano 3, número 1, Curitiba: ESA-OAB-PR, 2018, p. 283-308.

- ASENJO, Ana Isabel Pérez. “La valoración de la prueba en segunda instancia”, *in Aspectos problemáticos em la valoración de la prueba civil*, Coord. ABEL LLUCH, Xavier e PICÓ I JUNOY, Joan. Barcelona: Bosch Editor, 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, Padova: Cedam, vol. I, 1980.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Breves Comentários ao NCPC*, Coord. Teresa Arruda Alvim, Didier, Talamini e Dantas, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DANTAS, Bruno. *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 926 a 1.072 – Parte Especial*. SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). São Paulo: Editora Saraiva: 2017.
- DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual*, vol. 3, 13ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial. Tomo I. – Quinta edición – Bogotá – Colombia : Editorial Temis S. A., 2002.*
- FALCÓN, Enrique M.. *Tratado de la prueba – Civil. Comercial. Laboral penal. Administrativa*. Vol. 1. – Ciudad de Buenos Aires : Editorial Astrea, 2003.

- FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. e ARENHART, Sérgio Cruz (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 926 ao 925 – XV*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- TARUFFO. Michelle; “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, in *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ZAMPAR JR., José Américo. *Produção de Provas em Sede Recursal*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.