

Apelação e produção de prova em segundo grau

Impugnazione e produzione delle prove di secondo grado

Gabriel Loyola Fernandes Mantovani*
Carlos Henrique Soares**

RESUMO

No presente trabalho, à luz do devido processo constitucional, especificamente as garantias do contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador e celeridade que o estruturam, e de disposições normativas previstas no próprio CPC/2015, buscamos demonstrar o equívoco daqueles que resistem à produção de provas em segunda instância e a falta de fundamento dos argumentos que se valem para justificar essa resistência. Considerando que tal discussão se dá, principalmente, em sede de recursos, concentramos nossa análise no recurso de apelação, apontando os limites do poder instrutório dos julgadores de segunda instância e da própria atividade instrutória em grau recursal. Isso porque, tal espécie recursal, prevista do artigo 1.009 ao 1.014 do Código de processo Civil brasileiro, permite uma reanálise ampla da matéria pelo tribunal e, no cotidiano, será nela que se verificará tal prática.

Palavras chave: Apelação; devido processo constitucional; efeito devolutivo; garantias; limites da atividade instrutória.

RIASSUNTO

Nel presente lavoro, alla luce del processo costituzionale, in particolare delle garanzie del contraddittorio, della piena difesa, dell'imparzialità e della celerità che lo strutturano, nonché delle disposizioni normative previste nello stesso C.P.C./2015, si cerca di dimostrare l'equivoco di quelli che resistono alla produzione di prove direttamente in secondo grado di giurisdizione e l'improprietà degli argomenti che utilizzano per fondamentare questa resistenza. Considerando che questa discussione si svolge soprattutto in termini di ricorsi, abbiamo concentrato la nostra analisi sul ricorso di appello, segnalando, anche, i limiti del potere probatorio dei giudici di seconda istanza e della propria attività di produzione di prove in grado di appello. Questo perché il ricorso di appello, previsto dell' articolo 1.009 a 1.014 del Codice di Processo Civile brasiliano, permette una rianalisi ampia delle questione per il tribunale e, nel quotidiano, sarà in questa specie di ricorso che questa pratica troverà applicazione.

Parole chiave: Ricorso; giusto procedimento costituzionale; effetto di ritorno; garanzie; limiti dell'attività di istruzione legale.

Artigo submetido em 10 de dezembro de 2023 e aprovado em 25 de dezembro de 2023.

* Aluno do 8º período do curso de direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e membro do Núcleo de Estudos Avançados de Processo Civil. Email: gabrielmantovani8@gmail.com

** Advogado e diretor da P.D.S.C Soc. de Advogados; Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Professor de Processo Civil na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais na Graduação e Pós-Graduação; Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da Pontifícia Universidade Católica – Unidade Coração Eucarístico; Membro o Instituto Pan-americano de Direito Processual. Email: carlos@pdsc.com.br

1 INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto ciência social aplicada, está vinculado ao fenômeno social, determinando-o e sendo por ele determinado. Assim, é de sua essência se reinventar a todo tempo para se adequar às exigências da sociedade. Porém, por mais irônico que possa parecer, em determinados assuntos, a exemplo da produção de provas em segunda instância, devido à resistência daqueles que o operam e o criam, acaba sendo refratário a mudanças e adequações.

Mesmo que pela perspectiva do devido processo constitucional seja pertinente a produção de provas em segundo grau de jurisdição, e, mais do que isso, exista normas que a preveja¹, muitos, ainda presos ao formalismo do CPC/73, entendem ser, senão inadmissível, ao menos excepcionalíssimas, as hipóteses nas quais é admitida a produção de prova em segunda instância.

Contudo, é de se notar que mesmo ainda na vigência do CPC/73, que não previa sequer a possibilidade, alguns juristas de vanguarda já pensavam na produção de provas nos tribunais e, até mesmo, a aplicavam.

Como sempre a frente de seu tempo, Barbosa Moreira, enquanto Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conduziu a instrução probatória em segundo grau por diversas vezes, em precedentes pioneiros na jurisprudência. Um deles, por exemplo, julgado no ano de 1989, envolvia a análise de alegação de ofensa à honra de Luiz Carlos Prestes (autor da ação) e sua falecida esposa, Olga Benário, por peça a ser encenada pela Companhia “Dança de Câmera do Rio de Janeiro Ltda.”. Na hipótese, Barbosa Moreira, na condição de relator, determinou a reprodução da peça, em caráter privado, para a turma julgadora, a fim de que se formasse o convencimento sobre o fato.²¹ Como se vê no emblemático precedente destacado por Rogério Licastro²², há mais de vinte anos, o grande mestre Barbosa Moreira não só entendia possível a realização de instrução probatória em segundo grau, a ser conduzida pelo próprio relator do recurso, como determinou que houvesse uma encenação privada de um espetáculo teatral para os membros da turma julgadora definirem se havia ou não violação à honra e à intimidade dos autores. Trata-se de mais completa demonstração dos poderes instrutórios do juiz de segundo grau que poderia haver.

Daí fica evidenciado que, havendo o reconhecimento da necessidade da produção probatória em segundo grau, poderá o relator conduzir a produção da prova pretendida sem a necessidade de retorno dos autos ao primeiro grau, com a prática de atos desnecessários e dispêndio de mais tempo. (Rangel, 2018, pág. 112)

Assim, se mesmo na vigência do CPC/73, que não era ao menos sugestivo quanto a possibilidade de produção de provas diretamente em segundo grau de jurisdição – inclusive, era o contrário - a jurisprudência já percebia a necessidade de tal medida e a adotava, o que dizer na era do *Código Fux* que, além de trazer um sistema processual no qual a produção de provas no segundo grau de jurisdição se mostra medidas das mais apropriadas, a prevê expressamente?

¹ Art. 932. Incumbe ao relator: I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes; (...) Art. 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. (...)”

2 A IMPORTÂNCIA DA PROVA EM SEGUNDO GRAU E O STATUS CONSTITUCIONAL DO DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS

Depois de séculos de atrocidades praticadas contra os indivíduos em decorrência de um exercício arbitrário do poder, atentou-se para a necessidade de instituição de limites legais para seu exercício (Estado de Direito) e que o poder emana do povo e por ele será exercido (Estado Democrático). Assim, toda e qualquer atuação estatal passou a se dar nos ditames da lei e mediante um processo.

Nessa toada, a jurisdição, enquanto atividade-dever do Estado, passou a ser prestada segundo um devido processo legal constitucional. Conforme Ronaldo Bretas de Carvalho Dias, o devido processo legal deve ser entendido como

um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante órgãos estatais jurisdicionais, quais sejam: 1°.- direito de amplo acesso à jurisdição, prestada pelo Estado de forma eficiente, ou seja, dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; 2°.- garantia do juízo natural ou juízo constitucional; 3°.- garantia do contraditório paritário e efetivo; 4°.- garantia da ampla defesa com todos os meios e recurso que lhes são inerentes, nos quais se incluem o direito à produção de prova e o direito de ser assistido por advogado; 5°.- garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); 6°.- garantia de um processo sem dilações indevidas. (Dias, 2018, pág. 66)

Ao se tratar da produção de provas em segundo grau, dentre as garantias que compõem o devido processo legal, aquelas que merecem maior atenção, como se verificará no decorrer do presente trabalho, são o contraditório, a ampla defesa, a fundamentação das decisões judiciais, a imparcialidade do julgador, e a celeridade.

Isso porque a atual preocupação é com um processo efetivo, que garanta a real composição do litígio e a pacificação social, compromissado com a resolução do mérito, conforme o imperativo de justiça de dar a cada um o que lhe é devido.

Nesse sentido, mister se faz atentar para as considerações de Carlos Henrique Soares quando, ao conceituar juridicamente a prova, diz que,

(...) pode ser conceituada como um somatório de meios necessários para permitir o convencimento do juiz sobre determinada questão de fato. Provar significa demonstrar, pelos meios permitidos em direito, a situação fática objeto da lide. **A finalidade da prova é justamente levar ao conhecimento do juiz situações fáticas, permitindo-lhe, então, aplicar o direito vigente ao caso, concretizando o ordenamento jurídico** (Soares, 2022, pág. 587) (grifos nossos).

E vai além, afirmando que “a prova, na democracia, não pretende estabelecer a verdade, mas, sobretudo, corresponder ao exercício de uma garantia do devido processo constitucional.” (Soares, 2022, pág. 587).

Portanto, infere-se que a prova efetiva o devido processo constitucional, qualquer seja o grau de jurisdição, e é indispensável a concretização do ordenamento jurídico. Só por meio dela o magistrado opera uma reconstrução mental dos fatos em verossimilhança ao que se deu na realidade e, portanto, pode *dizer a lei para o caso concreto* em sua sentença.

2.1 Contraditório

A produção de provas se mostra fundamental à garantia do contraditório paritário e efetivo que, conforme o professor Ronaldo Bretas de Carvalho Dias, não se limita a um mero

contradizer, mas vai muito além, implicando na participação democrática das partes no processo que resultará em uma decisão que lhes afetará. (Dias, 2022)

Por isso, conclui o professor que, atualmente, o contraditório se estrutura em um quadrinômio, qual seja: informação-reação-diálogo-influência.

Nessa concepção, referido quadrinômio estrutural, tecnicamente, significa que o efetivo contraditório, recomendado no atual Código de Processo Civil, artigo 7º, é aquele que deve garantir regular informação às partes dos atos processuais e a oportunidade a cada uma delas de reação aos atos da parte adversa. Porém, tal objetivo, para ser atingido, exige diálogo permanente do juiz com as partes, a fim de lhes proporcionar a oportunidade de ampla manifestação sobre o desenvolvimento do processo e assim exercerem influência no seu resultado decisório. (Dias, 2021, pág. 45).

Ante o exposto e considerando a velha máxima de que *alegar e não provar é não alegar*, o direito à produção de provas se mostra indispensável à efetivação do contraditório, pois será com base nas alegações devidamente provadas e debatidas pelas partes que o juiz proferirá uma decisão.

Nesse sentido, pontua, também, Carlos Henrique Soares que

A prova relacionada está com a garantia do contraditório, em concepção técnica e científica atual, pois ao ser produzida pela parte, possibilitará a esta influir no convencimento do juiz-diretor do processo, visando ao julgamento favorável da sua tese. (Soares, 2022, pág. 587).

Indo além, é de se notar o disposto no próprio CPC/2015:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, **para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz** (grifos nossos).

Por evidente, o contraditório há de ser observado em qualquer grau de jurisdição em todas as suas dimensões, de forma a possibilitar às partes influenciarem na decisão que será proferida. Dessa forma, caso necessária a produção de provas, estando o processo em grau recursal, nada mais pertinente que essa seja admitida e realizada diretamente no tribunal, pois, só assim, se garantirá o contraditório efetivo e um processo civil democrático.

2.2 Ampla Defesa

No que tange a ampla defesa, a produção de provas se mostra igualmente indispensável, pois o que se garante é uma defesa “com todos os meios e recursos que lhes são inerentes, nos quais se incluem o direito à produção de prova e o direito de ser assistido por advogado” (Dias, 2018, pág. 66).

Do que adiantaria a parte defender seu direito apenas fazendo alegações e não trazendo provas de que aquilo que afirma é o que ocorreu de fato?

Por isso, é possível afirmar que

o devido processo legal deve direcionar um procedimento que possa concretizar o direito à produção de prova, como coextensão da garantia da ampla defesa, dentro de uma estrutura técnica normativa em contraditório, a fim de permitir a cognição dos fatos narrados ou enunciados pelas partes em seus arrazoados e a valoração das provas por elas apresentadas na comprovação de suas narrativas, visando a obter um pronunciamento estatal decisório favorável às suas pretensões. (Dias, 2018, pág. 70).

Importante frisar que, sob o pálio do devido processo constitucional, em última análise, autor e réu estão a defender suas pretensões e, para tanto, devem comprovar o que alegam. “Assim, tanto o autor quanto o réu gozam da ampla defesa” (Soares, 2022, pág. 598).

Trata-se, a produção de provas, de um ônus, de forma que “a parte pode cumprir ou não, mas cuja ausência ou omissão se resolve em seu próprio prejuízo.” (Soares, 2022, pág. 602). Cabe às partes fazer prova dos fatos da pretensão ou pretensão resistida (Soares, 2022, pág. 599), e caso não façam, o juiz considerará “inexistente o fato em relação ao qual a parte interessada não tenha exercitado a faculdade de fornecer provas suficientes” (Soares, 2022, pág. 602).

2.3 Imparcialidade do julgador e efetividade

Há de se atentar para o fato de que a produção de provas em segundo grau de jurisdição permite o contato direto do julgador (de segunda instância) com a prova, o que viabiliza uma cognição pura, direta.

Diante de uma situação que exija nova diligência probatória, seja por fato novo, por ter sido indeferida a produção de determinada prova em primeiro grau ou por se fazer necessário esclarecimento sobre determinada questão, nos termos do art. 938, §3º do CPC/2015, poderá o julgador de segundo grau adotar duas condutas: ou determinar a baixa dos autos para a produção da prova em primeira instância ou determinar que esta seja produzida no tribunal.

Entretanto, ao determinar que a diligência se dê em primeiro grau, a produção de provas será conduzida por um terceiro (magistrado de primeiro grau). Por conseguinte, ao analisarem a prova produzida, os julgadores de segundo grau serão influenciados por quem já teve sua imparcialidade afetada: o magistrado de primeiro grau que já julgou a causa – que inclusive pode já ter deliberado pela desnecessidade da produção da prova ora requerida, quando do julgamento da causa.

Neste diapasão, a produção de provas em segundo grau deve ser prestigiada por garantir a imparcialidade do julgador e correta compreensão da causa, visto que no caso de baixa dos autos, a reconstrução mental dos fatos a ser realizada pelos julgadores de segunda instância com base na prova, restará contaminada pela perspectiva de análise do julgador de primeira instância.

Nesse sentido, Marco Aurélio Scampini Siqueira Rangel afirma que

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

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

Não se pretende afirmar que o juiz seja parcial, no sentido de buscar beneficiar intencionalmente alguma das partes ou que tenha interesse pessoal na solução do conflito. Mas, tão somente constatar que exigir do juiz que encare o processo e a instrução, que ele mesmo reputou desnecessária, com a mesma imparcialidade que encarou a demanda em seu primeiro contato, é irrazoável. (Rangel, 2018, pág. 118).

E continua

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

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

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

Sendo, preferencial, que tais providências sejam adotadas pelo próprio relator, sem prejuízo, é claro, de remessa dos autos ao primeiro grau, quando a sua produção em segundo grau for muito onerosa, especialmente para as partes, por exemplo, em razão do deslocamento. (Rangel, 2018, pág. 119).

Portanto, é de suma importância que se privilegie a condução da produção das provas por aquele que a determinou, pois só assim será atingida sua finalidade: esclarecer os fatos que para o julgador ainda estão abstrusos.

2.4 Celeridade processual

Diante de situações que exijam o esclarecimento probatório, deverá o julgador de segundo grau de jurisdição adotar uma das duas condutas previstas no art. 938, § 3º, do CPC, retro mencionadas.

Determinar que a produção probatória se dê no próprio tribunal é medida das mais indicadas na perspectiva da celeridade e economia processual, pois reduz as diligências e movimentações do processo dentro do Judiciário e, por consequência, o tempo de duração.

Importante frisar, desde logo, que, como será demonstrado, não há de se falar, ao se proferir um novo julgamento com base em novas provas – não consideradas quando do julgamento em primeira instância – em violação do duplo grau de jurisdição nem em supressão de instância.

2.5 Status Constitucional do direito à produção de provas.

Diante de todo o exposto, é possível dizer que, considerando o devido processo legal, as provas trazidas aos autos pelas partes, e o efetivo debate que se instaura sobre elas, são, em regra, lastro de sustentação do processo. “Assim o é, porque a prova permite às partes a comprovação formal das suas narrativas ou enunciados dos fatos que originaram a controvérsia levada à discussão em juízo” (Dias, 2018, pág. 66). É por meio das provas que se revivem os fatos pretéritos na consciência de um indivíduo que sequer estava presente quando estes se verificaram, qual seja, o julgador.

Destarte, diante da indispensabilidade das provas, frisa-se, inclusive em grau recursal, para a concretização das garantias processuais constitucionalmente previstas, *o direito à produção de provas tem natureza constitucional*. Por isso, é inerente ao direito de ação e indispensável para um processo efetivo.

3 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JULGADOR

Em se tratando do estudo da produção de provas, independentemente do grau jurisdicional no qual se concentra a análise, indispensável ter em mente o poder instrutório conferido ao julgador pelo ordenamento jurídico.

Dependendo da maneira de se pensar o processo, os poderes instrutórios do julgador são maiores ou menores. Isso porque, quando se pensa no processo por um viés privatista, a atuação do juiz é limitada, assumindo ele uma posição de maior passividade, isto é, limitar seu agir em analisar as provas produzidas e trazidas pelas partes. Nesse contexto, a atuação do julgador, no que tange a produção de provas é *excepcionalíssima* e *complementar*, exercendo atividade probatória apenas em último caso e diante de obscuridade ou dúvida, cujo deslinde seja determinante para a apreciação da causa.

Por outro lado, quando se pensa no processo por um viés publicista, ao julgador cabe agir de uma maneira mais ativa no que tange a produção de provas.

É possível dizer, com a devida vênia, que o atual sistema processual civil brasileiro se aproxima ao viés publicista. Por evidente, isso não significa, de maneira alguma, ter o julgador algum ônus probatório ou que deva ele produzir provas pelas partes, mas, diante do compromisso com o processo justo, deve ele atuar para dar/garantir a prestação jurisdicional mais efetiva e, por isso, pode determinar a produção de provas.

Isso porque,

Como ensinam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero **o direito de ação deixou de ser pensado apenas em perspectiva conceitual e passou a ser pensado também em uma perspectiva funcional.** (...). Isso significa que o direito de ação deixou de ser confundido com o direito de demandar e passou a ser compreendido como o direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo. Com isso, abriu-se a oportunidade para o direito de ação incorporar técnicas processuais capazes de viabilizar a tutela específica dos direitos (técnicas de distribuição do ônus da prova, técnicas antecipatórias, técnicas de julgamento, sentenças diferenciadas e técnicas executivas idôneas) (...). Tudo isso significa que pensar o direito de ação como simples direito à sentença constitui página virada na história da cultura processual civil. É preciso compreendê-lo como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo⁷. (Cazarim; Couto; 2018, pág. 99)

Considerando que o julgador, qualquer que seja a instância, tem o compromisso com o devido processo constitucional, deve a ele ser concedido poderes instrutórios para que, diante das situações que surgem no decorrer do processo, seja garantida a correta compreensão dos fatos.

Nessa toada, cuidou o legislador do Código de Processo Civil de 2015 de conferir poderes instrutórios aos magistrados, seja de primeira ou de segunda instância, algo que se pode verificar em alguns dispositivos. À guisa de exemplo:

“Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

(...)

Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

(...)

Art. 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.(...)”

Isto posto, os poderes instrutórios do magistrado de segunda instância – especificamente do relator, tendo em vista que, nos termos do art. 932, I, do CPC/2015, será ele a conduzir a produção de provas nos tribunais – serão, em princípio, os mesmos do juiz de primeiro grau.

4 LIMITES AO PODER INSTRUTÓRIO DO JULGADOR

Analisados os fundamentos e as vantagens da produção de provas em grau recursal e os poderes instrutórios do julgador de segundo grau, merecem detida análise os limites desse poder.

Importante sublinhar que o julgador do segundo grau de jurisdição, como regra geral, assim como ocorre com os poderes, conta com as mesmas limitações instrutórias do julgador de primeiro grau. Todavia, diante de particularidades de cada caso concreto e do fato de estar o processo em grau recursal, podem surgir outras limitações, a exemplo do momento de prolação da decisão e do estado no qual se encontra a causa.

No que tange ao estado da causa, insta salientar a teoria da causa madura (parágrafos 3º e 4º do art. 1.013 do CPC/2015) que importa na incumbência do tribunal, verificadas uma das hipóteses previstas e estando o processo em condições de imediato julgamento, decidir, desde logo, o mérito.

Na causa madura, depara o julgador com um limite intransponível: *estar o processo em condições de imediato julgamento*. Entende-se, pela referida expressão, que esteja faltando única e exclusivamente a decisão de mérito, isto é, que não mais dependa da produção de provas. Por conseguinte, nessa hipótese, não há que se falar em produção de provas em segundo grau, pois se limitará o julgador a analisar as que já constam nos autos e julgar com base nelas. Se dependesse ainda da produção de provas, não estaria a causa “madura”, o que impediria a resolução de mérito pelo tribunal.

Uma segunda limitação com a qual pode se deparar o magistrado de segunda instância é o momento em que foi proferida a decisão recorrida, ponto em que concordamos com as considerações de Marco Aurélio Scampini Siqueira Rangel em sua obra *Limites da atividade instrutória em grau recursal*.

Nas hipóteses de indeferimento da inicial ou improcedência liminar do pedido, nas quais a decisão é proferida antes da citação do réu, encontramos um obstáculo intransponível para a produção de provas em segunda instância. Em tais situações, deve-se salientar, que, diante da ausência da citação do réu, a relação angular processual não se encontra completamente formada e, por consequência, ainda não se estabeleceu uma controvérsia. Aqui só temos pontos - as alegações do autor - não questões.

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

Por tal motivo, este o momento a partir do qual o juiz de segundo grau – e nem mesmo o juiz de primeiro grau – poderia atuar seus poderes instrutórios. Pelo simples fato de que, antes da apresentação de contestação propriamente dita os fatos ainda não foram controvertidos, e não se sabe, sequer, sobre quais fatos será necessário produzir prova. (Rangel, 2018, pág. 124)

Sendo a decisão recorrida proferida após a fase instrutória e tendo ela apreciado o mérito - sentença definitiva - não encontrará o julgador maiores limites que o juiz que apreciou a causa em primeira instância, caso repute necessária a produção de novas provas.

Isso porque o contraditório pleno foi exercido em primeiro grau, ambas as partes puderam expor suas razões e produzir as provas que pretendiam sobre os fatos alegados. Bem como o juiz teve a oportunidade de determinar a produção de ofício das provas que reputava necessárias para o deslinde do feito. Em situação como a descrita, o papel do juiz de segundo grau será o de complementar a instrução probatória caso a entenda insuficiente ou necessite de esclarecimento quanto a algum dos fatos alegados pelas partes, inclusive se quanto a ele já houver sido produzida prova, que demande complementação. (Rangel, 2018, pág. 126)

Noutro giro, nos casos de julgamento antecipado do mérito, seja ele total ou parcial, a decisão é proferida logo após a fase postulatória, de forma que o juiz ainda não promoveu o saneamento e organização do processo.

Cumpra salientar que, dentre outras coisas, quando o julgador promove o saneamento e organização do processo indica as provas admitidas pelo juízo e define a distribuição do ônus de prova (Dias, 2018) de forma que é pressuposto para a fase instrutória. Caso a decisão impugnada aprecie o mérito, mas seja proferida antes do saneamento e organização do processo, o julgador não chegou a decidir sobre esses assuntos, o que, poderia ser visto por alguns como um obstáculo para a produção de provas em segunda instância.

Porém, não é este um impedimento à produção de provas em grau recursal, pois a apelação, como será analisado de maneira mais detida em tópico abaixo, conta com amplo efeito devolutivo, de forma que permite uma nova apreciação de todas as questões suscitadas e discutidas.

Neste sentido, importante são as lições de Rangel:

(...) a ausência de saneamento do feito em primeiro grau não justifica o impedimento da atividade instrutória em segundo grau.

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

(...)

Conforme exposto, a profundidade do efeito devolutivo permite conhecer de todas as questões suscitadas e discutidas, ainda que não tenham sido solucionadas. Tal disposição se aplica perfeitamente à hipótese relativa à ausência de saneamento. Não haveria qualquer usurpação de competência do juízo a quo, por se tratar de matéria regularmente devolvida ao tribunal pelo recurso interposto. (Rangel, 2018, pág. 124)

E continua:

Isto posto, mesmo que não tenha havido saneamento do feito e a subsequente abertura da fase instrutória, o Tribunal poderá proceder à instrução do feito, caso entenda que o julgamento nos termos do art. 355 foi equivocado, e deve ser produzida prova quanto aos fatos alegados. (Rangel, 2018, pág. 125)

É de se salientar, inclusive, que a hipótese de a decisão recorrida ter sido proferida antes do saneamento do processo é a que demonstra de maneira mais clara a importância da produção de provas também em segunda instância e de que sejam conferidos ao julgador do segundo grau de jurisdição amplos poderes instrutórios. Como não houve produção de provas

até então – e o juiz de primeiro grau firmou entendimento da desnecessidade de outras provas além daquelas acostadas na inicial - só assim se concretizarão as garantias constitucionais processuais e, por conseguinte, um processo justo. Em suma, tal hipótese ilustra tudo que fora por nós defendido no presente trabalho. (Rangel, 2018).

5 APELAÇÃO

Não imotivadamente tal espécie recursal figura no título do presente trabalho, vez que, pelos motivos abaixo elencados, o recurso de apelação é o que mais interessa no estudo da produção de prova em grau recursal.

5.1 Efeito devolutivo

Em se tratando de um recurso cabível contra sentenças e que devolve ao tribunal a apreciação do mérito, permite uma *reanálise ampla da causa*. Neste sentido, é de se notar que o efeito devolutivo da apelação conta com duas dimensões, quais sejam, horizontal e vertical, ambas previstas no art. 1.013 do CPC/2015.

A dimensão horizontal se estrutura no aspecto dispositivo do recurso, vez que tem origem na vontade da parte que está recorrendo, ao passo que a dimensão vertical se estrutura na determinação legal. Isso porque, a dimensão horizontal corresponde a matéria especificamente impugnada, a parte da decisão recorrida, o que importa dizer que, em princípio, é o limite da apreciação a ser realizada pelo tribunal.

Lado outro, a dimensão vertical corresponde a determinação de que o tribunal examine, mesmo que não tenham sido antes examinadas, as questões relativas ao capítulo impugnado da sentença (art. 1.013, §1º) e, quando múltiplos, mas apenas um tiver sido acolhido pela decisão impugnada, todos os demais fundamentos do pedido ou defesa (art. 1.013, §2º).

Ao devolver ao judiciário a apreciação da causa, o efeito devolutivo da apelação, consideradas suas dimensões, autoriza nova análise das provas já constantes nos autos bem como a determinação de que mais provas sejam produzidas para melhor compreensão do caso, se necessárias. Aqui se visa um novo julgamento, o que pode demandar maiores esclarecimentos.

5.2 Recurso cabível contra decisão interlocutória que indeferiu a produção de prova

Tema, em se tratando de produção de provas em segunda instância, sobre o qual se instaura as maiores controvérsias e debates.

Conforme se depreende da leitura do §1º do art. 1.009, a apelação é o recurso cabível contra as decisões de recorribilidade mediata. Por conseguinte, será em sede de preliminar de apelação, que se impugnar o indeferimento da produção de provas, pois, apesar de ser tema objeto de decisão interlocutória - mais precisamente a de organização e saneamento do processo - não caberá agravo de instrumento, conforme rol taxativo do art. 1.015, também do CPC. Assim, uma vez indeferida a produção de determinada(s) prova(s), poderá a parte que a solicitou recorrer e requerer novamente sua produção somente em sede de apelação.

Nessa hipótese, é possível que a prova a ser produzida mude a compreensão da causa e implique, por consequência, em reforma da sentença. Diga-se reforma da sentença, pois, à luz da atual concepção de um devido processo constitucional, que anseia a celeridade e a economia processual, entende-se que, apesar de não ser essa a *práxis* atual, dever-se-ia determinar que a produção de provas se desse no tribunal e este julgasse a causa.

Nada mais adequado que a produção de provas se dê no tribunal, visto que serão os julgadores de segunda instância a valerem-se da prova para a compreensão e julgamento do caso, o que garantirá a imparcialidade.

Neste sentido, concordamos com Marco Aurélio Sacmpini Siqueira Rangel ao afirmar que

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

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

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

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

Sob essa ótica, uma ampliação da atividade instrutória em grau recursal evitaria o retorno dos autos ao primeiro grau, para a realização da instrução probatória e prolação de nova sentença, a qual estaria novamente sujeita ao recurso de apelação e retornaria para análise do tribunal. O que seria sobremaneira prejudicial para a efetividade da prestação jurisdicional, considerando que é razoável esperar que haja um acréscimo no número de sentenças anuladas por cerceamento de defesa. (Rangel, 2018, pág. 115).

Como a decisão de indeferimento de produção de provas será recorrida em sede de apelação e esta espécie recursal conta com um efeito devolutivo amplo, nada mais afinado com as aspirações da processualística hodierna que essa se dê diretamente em segundo grau de jurisdição.

5.3 Alegação de fatos novos

Nos termos do art. 1.014 do CPC/2015, é possível serem suscitadas questões de fatos novos em sede de apelação desde que, por motivos de força maior, não foram propostas pelas partes no juízo originário.

Sendo admitido que se suscite novas questões de fato - desde que não impliquem em uma nova causa de pedir – deve-se admitir produção de provas sobre esse fato novo, pois só assim se garantirá o devido processo constitucional.

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

Além disso, seria impossível a suscitação de fato novo, se também não fosse aceita a produção de prova tendente a demonstrar a ocorrência de motivo de força maior. Pois, mesmo que a demonstração do motivo de força maior se dê pela

via documental, o que deverá ocorrer na maior parte das vezes, há a produção da prova em sede recursal. (Rangel, 2018, pág. 114).

Nesse contexto, comparativamente às demais espécies recursais, a apelação se mostra como a modalidade mais pertinente para a produção de provas em segundo grau de jurisdição e debate sobre o tema, eis que, nas hipóteses de cabimento dos demais recursos, senão inexistente, pouca seria a viabilidade e utilidade da produção de provas em grau.

6 QUESTÕES POLÊMICAS PARA A PRODUÇÃO DE PROVA EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

A produção de provas em segunda instância ainda encontra oposição de muitos operadores do Direito, principalmente os que tiveram o raciocínio jurídico formado à luz do tradicionalismo e formalismo do CPC/73.

Os resistentes encontram muitos argumentos, mas nenhum deles merece prosperar, pois, senão inconstitucionais por irem de encontro ao modelo do Estado Democrático de Direito, ao menos são incompatíveis com as aspirações da processualística moderna.

Muitos suscitam o volume de recursos e a ausência de estrutura dos tribunais. Tais argumentos, por evidente, se mostram completamente desarrazoados, tendo em vista que o compromisso atual é com uma jurisdição efetiva, justa. Não é à toa que, conforme colacionado anteriormente, se fala em um direito de ação funcional.

Tais argumentos, em última análise, justificariam a negativa da produção de provas em primeira instância, pois não é o número de recursos a impressionar, mas o de processos. Digase mais, considerando que muitos não chegam em segundo grau, os números em primeira instância são muito maiores.

É inconcebível pensar em, por ser o judiciário do país extremamente moroso, retirar o direito da parte de fundamentar suas alegações, influir no livre convencimento do julgador e demonstrar o seu direito.

Alegam ainda que a produção de provas em segundo grau importaria na supressão de instância e violação do duplo grau de jurisdição.

Vale frisar, em primeiro lugar, que, conforme leitura detida dos dispositivos já colacionados no presente trabalho – art. 932, I do CPC/2015 - incumbe ao relator a condução da produção de prova nos tribunais. Assim, as decisões a respeito da temática serão, em princípio, monocráticas do relator, significando que sempre caberá agravo interno para o órgão julgador. Desde logo, portanto, fica rebatida tal alegação.

É de se notar, também, que apesar de ser o relator a conduzir a produção da prova, será um órgão colegiado a julgar a causa, não havendo qualquer fundamento a alegação de violação do duplo grau de jurisdição, pois estamos diante não da apreciação do mérito, mas da produção de provas para que ocorra um novo julgamento da causa por um colegiado.

Neste contexto, importante trazer à baila os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior que afirma que o “*que não se tolera, num processo justo, é a negativa da oportunidade à parte vencida de obter um rejuízo da causa cuja decisão lhe foi adversa.*” (Júnior, 2022, pág. 823).

Discorrendo sobre causas de competência exclusiva dos tribunais, ainda afirma o autor que

(...) o afastamento do julgamento por exclusiva vontade individual é obtido por meio da estrutura coletiva da entidade judicante. A decisão na espécie é fruto da concorrência de votos de diversos juízes, de modo que cada um revê o daquele ou daqueles que o precedera. De outra maneira, portanto, resta assegurada às partes o

juízo múltiplo de suas pretensões, o que, afinal, cumpre a função similar à do duplo grau de jurisdição entre o juiz de primeiro grau e o tribunal. (Júnior, 2022, pág. 823).

O supracitado doutrinador, com o brilho que lhe é próprio, utiliza-se de uma expressão para referir-se à essência do duplo grau de jurisdição que, a nosso ver, é ainda mais pertinente que a nomenclatura usual, qual seja: *direito a dupla apreciação da causa*.

Tais considerações, apesar se referirem às causas de competência originária dos tribunais, entendemos ser perfeitamente aplicáveis ao tema ora debatido, uma vez que se estruturam sobre a essência de um dos princípios norteadores do atual sistema processual civil brasileiro.

7 PROVAS EM ESPÉCIE EM SEGUNDO GRAU

Demonstrada a pertinência da atividade instrutória em segundo grau, impreterível tecer considerações a respeito das espécies de provas e sua produção no tribunal.

Em abstrato, qualquer que seja a espécie probatória, não há óbices para que a produção se dê no próprio tribunal.

Nesse sentido, no que tange a inspeção de pessoas ou coisas, não temos grandes discussões, até mesmo porque o art. 481 do Código de Processo Civil prevê que essa poderá ocorrer “em qualquer fase do processo”.

Também não se encontra óbices para que se dê diretamente no tribunal o depoimento pessoal e o interrogatório, vez que, graças a tecnologia, é possível que sejam feitos por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real (art. 385, §3º, do CPC/2015).

No que tange a prova testemunhal é imperioso, entretanto, ter maiores cautelas, pois, infelizmente, considerável parcela da população brasileira ainda não conta com recursos e conhecimento para uso da internet e novas tecnologias. Por esse motivo, mesmo que prevista a possibilidade de ser feita por videoconferência (453, §1º do CPC/2015), em muitos casos, o mais aconselhável é que ocorra a delegação, isto é, que o relator determine a conversão do julgamento em diligência e que esta seja realizada em primeiro grau de jurisdição (art. 938, §3º).

A acareação, vez que implica em colocar partes, testemunhas ou outros participantes do processo frente a frente para esclarecimento de informações divergentes, também exige maiores cuidados. Apesar de o próprio Código de Processo Civil prever que esta possa se dar via videoconferência (art. 461, §2º), pode o julgador de segundo grau se deparar com o mesmo obstáculo que atinge a prova testemunhal – acesso à internet – e mais, em determinados casos, pode se fazer necessário que essa se dê presencialmente para garantir que cumpra sua finalidade – esclarecimento de controvérsias – o que justificaria a baixa dos autos.

A prova documental é outra espécie que não encontrar qualquer obstáculo para que sua produção se dê diretamente nos tribunais, vez que não demanda maiores esforços além da juntada nos autos pela parte e a apreciação pelo julgador.

A confissão, tida por muitos como *a maior prova de todas* também não traz maiores complicações, vez que pode ocorrer em qualquer momento do processo.

Concernente a prova pericial, pode se deparar com uma exceção, vez que esta importa em avaliação por parte de um profissional com conhecimentos técnicos especializados. Pode ser, por exemplo, que o objeto da perícia se encontre em comarcas longínquas da sede do tribunal, o que torna aconselhável que seja o juízo de primeira instância a conduzir a produção da prova pericial, pois será essa medida garantidora de maior controle sobre a diligência. Assim, em tal hipótese, deve o relator determinar que o juízo de primeiro grau realizasse a produção da prova pericial e envie o resultado para apreciação do tribunal.

8 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que a produção de provas em grau recursal em sede de apelação - enquanto espécie recursal mais adequada para tanto, tendo em vista a amplitude de seu efeito devolutivo, e na qual tal prática se verificará - atualmente, não só é permitida, como também se mostra medida das mais pertinentes ao ideal de um processo justo, efetivo.

Neste sentido, é de se notar a existência de dispositivos no CPC/2015 tratando da hipótese e, dentre eles, merece destaque o art. 938, §3º ao prever que *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.*

Celebra-se, assim, a celeridade e economia processual sem qualquer violação do duplo grau de jurisdição, mesmo que o juízo ad quo não tenha se valido da referida prova na decisão da causa. Isso porque, a produção de provas em segundo grau será dirigida pelo relator - sempre sendo cabível agravo interno - mas a decisão da causa será de um órgão colegiado.

Por evidente, cada caso conta com particularidades, de forma que nem sempre será possível que a produção se dê diretamente em segunda instância, pois não pode implicar em uma restrição do direito de ação, ou qualquer outro prejuízo às garantias processuais das partes.

Busca-se uma inversão do que ocorre atualmente: o que hoje é a regra em sede de produção de provas em segundo grau de jurisdição - baixa dos autos - se torne exceção. E o que hoje é exceção - produção direta nos tribunais - se torne a regra.

REFERÊNCIAS

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. 2018.

Disponível em:

https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wpcontent/uploads/2018/05/revista_esa_6_11.pdf

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Instituiu o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República; Secretaria Geral; Subchefia para Assuntos Jurídicos.

Disponível

em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art960

CAZARIM, Andréa Cristina; COUTO, Camilo José D'Ávila. **Produção de provas na 2ª instância em âmbito recursal e o CPC**. In: Ambiente jurídico: uma compreensão do ambiente em que vivemos. FRIGINI, Flávia Spinassé; CARMO, Wagner José Elias. Nº2. Aracruz: FAACZ, 2018. Pág 94-126. Disponível em:

http://faacz.com.br/portal/conteudo/faacz/ebooks/ebook_cdi_ambiente_juridico_vol_02_2019.pdf#page=96

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Aspectos técnicos e teóricos da prova no novo código de processo civil**. In: O processo e os impasses da legalidade. MAGALHÃES, Joseli Lima (coordenadora). Teresina: EDUFPI, 2018.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Fundamentos e inovações do Código de Processo Civil**. 1ª Ed. Reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito processual Civil**. Volume 3: Execução forçada, processos nos tribunais, recursos, direito intertemporal. Ed: 55. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MAGINA, Fernanda Luísa Fagundes Gênio. A produção de prova em sede recursal. 2020. In: **Empório do Direito**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-producao-da-prova-em-sede-recursal>

RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. Limites da atividade instrutória em grau recursal. In: **Civil Procedure Review**. Vol.9. N 2º, 2018. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/revista/article/view/174/162>.

SOARES, Carlos Henrique. **Lições de Direito Processual Civil**. 4ª Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.