
Eduardo Cerqueira: É possível a produção de provas em instância recursal

A prova se presta a demonstrar os fatos alegados em juízo com o objetivo de convencer o julgador quanto ao pleito formulado.

Em regra, a providência de colacionar provas aos autos cabe às partes envolvidas na demanda, a fim de embasar suas versões acerca da ocorrência causadora do conflito a ser solucionado na esfera judicial.

Entretanto, dada a relevância da atuação do magistrado na solução dos litígios é permitido ao julgador complementar o acervo probatório dos autos em busca da verdade real, nos termos do disposto no artigo 130 do Código de Processo Civil.

Como restará demonstrado, tal faculdade de determinar a produção de provas de ofício diante da falta de elementos satisfatórios nos autos a elucidar os fatos é conferida, também, aos Tribunais de Justiça, ao exercerem a função recursal, tanto quando a questão envolver direitos indisponíveis quanto disponíveis, em razão de não haver preclusão para o juízo acerca da instrução probatória.

No processo civil a prova é o instrumento utilizado para a demonstração dos fatos apresentados ao juízo de modo a formar sua convicção, propiciando o julgamento da demanda.

Trata-se de verdadeira garantia constitucional relativa ao devido processo legal e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como bem define Cândido Rangel Dinamarco:

“Na Constituição o direito à prova é inerência do conjunto de garantias do justo processo, que ela oferece ao enunciar os princípios do contraditório e ampla defesa, culminando por assegurar a própria observância destes quando garante a todos o due process of law (art. 5º, inc. LIV e LV)”^[1]

A princípio, a prova cabe às partes que formulam suas pretensões em juízo, corolário do princípio do dispositivo, segundo o qual o juiz deve apreciar o feito a partir das alegações e provas colacionadas aos autos pelos litigantes.

Entretanto, respeitados os princípios da imparcialidade e da isonomia entre as partes, o juiz não deve ficar adstrito ao acervo probatório apresentado, podendo de ofício requisitar a produção de provas satisfatória a busca da verdade real, dada à relevância da sua atuação para a solução das controvérsias.

Confirma tal constatação os dizeres de Antônio Carlos Marcato:

“A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício determinar sejam produzidas provas necessárias a seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas também desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.”^[2](grifo nosso)

Consolida o entendimento acerca da possibilidade da atuação do magistrado em determinar de ofício a instrução probatória Moacyr Amaral Santos e Misael Montenegro Filho, ao afirmarem, respectivamente, que:

“Será lícito determinar, de ofício, diligências instrutórias naqueles casos em que se encontrar em dificuldade na formação de sua convicção quanto à verdade dos fatos cuja prova tenha sido dada pelas partes interessadas.”[\[3\]](#)

Entendemos que o magistrado pode (e deve) participar ativamente da produção da prova, sobretudo quando se encontrar em estado de perplexidade, com dificuldade para formar seu convencimento com base na prova exclusivamente produzida pelas partes do embate processual[\[4\]](#).

Assim, em sequência a atividade das partes, não tendo o juiz formado sua convicção para julgar o caso com as provas integrantes dos autos é-lhe permitido determinar de ofício a instrução probatória com tal objetivo, conforme estabelece o artigo 130 do CPC:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias[\[5\]](#).

Esse mesmo pensamento de se permitir ao magistrado atuar ativamente para complementar a instrução probatória se aplica a instância recursal ordinária[\[6\]](#), pois essa deve possuir plena cognição do caso a proferir uma decisão justa.

Portanto, não há porque se desautorizar a realização de prova a ser requisitada pelo tribunal, tendo em vista possuir poderes instrutórios, e poder se utilizar do permissivo legal contido no artigo 130 do CPC.

Manifesta-se nesse sentido Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha:

“Aplica-se ao tribunal o art. 130 do CPC, que confere poderes instrutórios ao juiz — e em tribunal também há juízes; com competência funcional diversa, é claro, mas juízes. Nada justifica restringir a incidência do artigo à atuação do juízo de primeira instância. Não se pode restringir o exercício da função jurisdicional do tribunal, em competência recursal. Se a causa há de ser re-julgada no procedimento recursal, não se pode retirar do órgão ad quem a possibilidade de produzir provas que fundamentem o seu convencimento.”[\[7\]](#) (grifo nosso)

Ao comentar o citado artigo 130 do CPC, sobre a possibilidade da segunda instância determinar a produção probatória, Nelson Nery Júnior e Antônio Cláudio da Costa Machado assim se pronunciam, respectivamente:

“Iniciativa do tribunal. A iniciativa das provas, principalmente a testemunhal, que cabe naturalmente às partes em litígio, não exclui a faculdade do juiz de segundo grau de determinar a sua realização para formar o seu convencimento e eliminar dúvidas (JM 100/113).”[\[8\]](#)

Iniciativa probatória do segundo grau de jurisdição. Mitigação do princípio da demanda. Possibilidade. Ausência de preclusão Pro judicato. Desnecessidade de dilação probatória. Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o artigo 130 do CPC. A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da justiça.”[\[9\]](#)(grifo nosso)

Observa-se ser plenamente viável a determinação de provas de ofício pelo tribunal ao reexaminar o feito em decorrência da interposição de recurso, não havendo elementos suficientes nos autos a formar a convicção do julgador de segunda instância, destacando-se não haver preclusão para o juízo acerca da

instrução probatória.

Nessa trilha de entendimento caminha o STJ:

“PROCESSO CIVIL. INICIATIVA PROBATÓRIA DO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO POR PERPLEXIDADE DIANTE DOS FATOS. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMANDA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO PRO JUDICATO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO QUE NÃO RENOVA PRAZO RECURSAL CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PROVA PERICIAL CONTÁBIL. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PROVIMENTO DO RECURSO PARA QUE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROSSIGA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO.

— OS JUÍZOS DE PRIMEIRO E SEGUNDO GRAUS DE JURISDIÇÃO, SEM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DEMANDA, PODEM DETERMINAR AS PROVAS QUE LHES APROUVEREM, A FIM DE FIRMAR SEU JUÍZO DE LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADO, DIANTE DO QUE EXPÕE O ART. 130 DO CPC.

— A INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO, EM BUSCA DA VERDADE REAL, COM REALIZAÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO, NÃO SE SUJEITA À PRECLUSÃO TEMPORAL, PORQUE É FEITA NO INTERESSE PÚBLICO DE EFETIVIDADE DA JUSTIÇA.”[10][11](grifo nosso)

Pelo que se verifica, a jurisprudência do STJ é favorável ao procedimento de produção de provas de ofício pela instância recursal entendendo ser-lhe aplicável o artigo 130 do CPC, a fim de formar seu livre convencimento motivado, e, em respaldo à prevalência do interesse público.

Direitos indisponíveis e disponíveis

Tanto na hipótese de o feito envolver direitos indisponíveis, por haver razões de ordem pública e de igualdade, quanto em causas que versem sobre direitos disponíveis, quando existente desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes, ou, o magistrado se encontre em estado de perplexidade diante das provas produzidas, é permitida a determinação de instrução probatória de ofício.

Inclusive, respalda tal possibilidade, pronunciamento sobre a questão de Daniel Francisco Mitidiero, citando Pontes de Miranda, no seguinte sentido:

Tanto é dado ao juiz agir oficiosamente em se tratando de afirmações de relações jurídicas disponíveis ou indisponíveis, isto porque público é o desiderato que sustenta a própria relação processual. Também não se apanha em sua verba qualquer limite temporal ao seu manejo além de não se apurar, neste campo, preclusão ao juiz (...) igualmente o magistrado de segundo grau não se encontra inibido de alçar mão deste expediente oficial, acaso lhe pareça de prestância.”[12](grifo nosso)

É válido pontuar serem indisponíveis os direitos aos quais seus titulares não possuem o poder de arbítrio por não serem renunciáveis. Enquadram-se nessa espécie as causas associadas ao estado ou capacidade das pessoas, como ações de separação judicial, divórcio, investigação de paternidade, interdição, guarda de filhos, suspensão ou destituição do pátrio poder, dentre outras.

Ao apreciar tais feitos o juízo recursal não pode ficar adstrito ao conjunto de provas formuladas pelas partes, compreensão sedimentada no STJ, consoante se infere do aresto transcrito:

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA TESTEMUNHAL PRECÁRIA. PROVA GENÉTICA. DNA. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ. PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130, CPC. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

I — Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.

II — Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória.

III — Pelo nosso sistema jurídico, é perfeitamente possível a produção de prova em instância recursal ordinária.

IV — No campo probatório, a grande evolução jurídica em nosso século continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real.

V — Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

VI – Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica desprezar a produção da prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz.[\[13\]](#)[\[14\]](#) (grifo nosso)

Ainda em referência a possibilidade de a instância recursal determinar a realização de provas em causas envolvendo direitos indisponíveis, destaca-se posicionamento favorável de Nelson Nery Júnior:

“Essa atividade probatória do juiz nas ações que versam sobre direitos indisponíveis é admissível também no segundo grau de jurisdição –tanto nas causas de competência originária ou em grau de recurso -, podendo o tribunal, ex officio ou a requerimento do MP ou de qualquer das partes, determinar a realização da prova diretamente ou converter o julgamento em diligência para a realização da prova.”

[\[15\]](#)(grifo nosso)

Acerca dos direitos disponíveis, como sendo os de caráter eminentemente patrimonial, verificam-se destacar pela possibilidade dos interessados tratá-los com liberdade, até mesmo podendo renunciá-los.

Apesar da aparente disponibilidade plena dos interesses envolvidos não se pode retirar do poder judicante a análise da questão levada a juízo, utilizando-se, para tanto, de todos os meios necessários à compreensão da demanda, inclusive com a possibilidade de complementar a prova produzida.

Trata da questão Luiz Guilherme Marinoni, confirmando o entendimento quanto à possibilidade de instrução probatória de ofício em causas atinentes a direitos disponíveis, pronunciando-se da seguinte forma:

“O juiz pode exercer seus poderes instrutórios independentemente da natureza do direito (disponível ou indisponível) posto em causa. Entender que nos casos de direitos disponíveis o juiz pode limitar-se a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que afirmar que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o processo que trata de direitos disponíveis não é o processo que é o instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado Constitucional. Pode exercê-lo ainda, a qualquer tempo nas instâncias ordinárias, não lhe alcançando a preclusão temporal (STJ, 4ª turma, Resp 192.681/PR rel. Min. Sálvio de Figueiredo Texeira, j. em 02.03.2000, DJ 24.03.2003, p. 223)”[\[16\]](#)

Pelas considerações formuladas o STJ comunga do entendimento de ser possível aos tribunais determinarem a realização de provas até mesmo diante de casos envolvendo direitos disponíveis, conforme se depreende dos julgados colacionados, a exemplo do transcrito abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS SUFICIENTES A EMBASAR A DECISÃO. INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. ART. 130 DO CPC. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.(...)”

2. Na hipótese de perplexidade ante as provas constituídas no curso da demanda, é facultado ao magistrado determinar, de ofício, a produção de prova pericial, com vistas à formação de seu livre convencimento motivado. Inteligência do art. 130 do CPC.”[\[17\]](#)

Pelo teor das decisões apresentadas acerca da possibilidade da segunda instância promover a produção probatória de ofício em relação aos processos envolvendo direitos disponíveis permite-se erigir a intelecção no sentido de tal hipótese ser cabível em duas situações:

“1 — quando o magistrado se encontre em estado de perplexidade diante das provas produzidas, ou seja, quando verifique serem contraditórias, confusas, incompletas ou de cuja existência o juiz tenha conhecimento.

2 — ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes, por exemplo, fruto de deficiências culturais de um dos polos da demanda ou da insuficiência de patrocínio.

Pelas razões expostas, resta demonstrada a possibilidade de a instância recursal determinar, de ofício, a produção de provas, a fim de complementar o acervo probatório dos autos, quando insuficiente a formar a convicção do juízo ao cumprir com a função de revisão das decisões judiciais.

Assim, na análise do recurso envolvendo direitos indisponíveis ou disponíveis, ao julgador de segunda instância é possível determinar a realização de prova com base no permissivo legal contido no artigo 130 do CPC, tendo em vista possuir poderes instrutórios e por não haver preclusão para o juízo acerca da instrução probatória.

Referências

BRASIL. **Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 21 de jul. 2009.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 345.436/SP**. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília. Julgamento: 07/03/2002. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: Diário da Justiça de 13/05/2002, p. 208.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp N. 382.742/PR**. Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Julgamento: 16/02/2006. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: Diário da Justiça de 26/04/2006, p. 198.
- _____. Superior Tribunal de Justiça **REsp n. 783.202/RJ**, Relator. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Julgamento: 03/03/2009. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: Diário da Justiça de 30/03/2009.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 218.302/PR**. Relator: Ministro BARROS MONTEIRO. Julgamento: 02/12/2003. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: Diário da Justiça de 29/03/2004, p. 244.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 192.681/PR**. Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Julgamento: 02/03/2000. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: Diário da Justiça de 24/03/2003, p. 223.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag N. 655.888/MG**. Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Julgamento: 02/06/2005. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: Diário da Justiça de 22/08/2005, p. 339.
- DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 6. ed. Bahia: JusPODIVM, 2008. v. II, p. 504.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III, p. 48.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 2. ed. Barueri/SP: Manole, 2008. p. 409.
- MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 363.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 176.
- MITIDIERO, Daniel Frâncico. **Comentários ao CPC**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. Tomo I, p. 552.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de Processo Civil comentado e interpretado**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 187.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 389.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. III, p. 77.

[1] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III, p. 48.

[2] MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 363.

[3] SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. III, p. 77.

[4] MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de Processo Civil comentado e interpretado**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 187.

[5] BRASIL. **Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 21 de jul. 2009.

[6] São os Tribunais de segunda instância que podem reavaliar o feito com plena cognição, inclusive podendo reapreciar o acervo probatório integrante dos autos.

[7] DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 6. ed. Bahia: JusPODIVM, 2008. v. II, p. 504.

[8] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 389.

[9] MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 2. ed. Barueri/SP: Manole, 2008. p. 409.

[10] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 345.436/SP**. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília. Julgamento: 07/03/2002. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: Diário da Justiça de 13/05/2002, p. 208.

[11] No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp N. 382.742/PR**. Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Julgamento: 16/02/2006. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: Diário da Justiça de 26/04/2006, p. 198; e, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **REsp n. 783.202/RJ**, Relator. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Julgamento: 03/03/2009. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: Diário da Justiça de 30/03/2009.

[12] MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao CPC**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, Tomo II, pp. 400/401 *apud* MITIDIERO, Daniel Frâncico. **Comentários ao CPC**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. Tomo I, p. 552.

[13] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 192.681/PR**. Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Julgamento: 02/03/2000. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: Diário

da Justiça de 24/03/2003, p. 223.

[14]No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 218.302/PR**. Relator: Ministro BARROS MONTEIRO. Julgamento: 02/12/2003. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: Diário da Justiça de 29/03/2004, p. 244.

[15]*NERY JUNIOR*, 2008, p. 390.

[16]MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.176.

[17]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag N. 655.888/MG**. Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Julgamento: 02/06/2005. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: Diário da Justiça de 22/08/2005, p. 339.

Date Created

04/09/2012