

Da anulação *de ofício* de sentença por suposta deficiência probatória

Tiago Bologna Dias

Juiz Federal.

Fábio Rubem David Müzel

Juiz Federal.

RESUMO: Este artigo propõe uma análise crítica acerca da anulação *de ofício* de sentença por suposta deficiência probatória em cotejo com as regras e princípios que regem o processo civil.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Princípios essenciais envolvidos. 3 Contextualização da questão. 4 Problematização. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

Atualmente, quiçá em decorrência da positivação pelo Código de Processo Civil de 2015 dos princípios da cooperação e não surpresa, buscando o aprimoramento da resolução de mérito, tendo por fim o alcance da maior certeza possível quanto aos fatos em causa, em prestígio à *segurança jurídica* quanto à solução da crise de direito material posta nos autos, verifica-se na jurisprudência uma crescente tendência na prolação de decisões em segundo grau no sentido da anulação de sentenças *de ofício* em razão de, no entender do juízo *ad quem*, haver a necessidade da produção de outras provas, quer o juízo *a quo* as tenha indeferido motivadamente, quer tenha deixado de determinar sua produção de ofício, *mesmo à falta de recurso da parte prejudicada a esse respeito*, levando, colateralmente, a um prejuízo à *celeridade processual e à própria segurança jurídica em sentido mais amplo*, vale dizer, à autonomia das partes, com a instauração de conflito processual entre elas inexistente, e à estabilização da lide, pela postergação da solução do conflito material.

Diante desse conflito entre princípios fundamentais ao processo, dado que, de um lado, um de seus escopos essenciais é a solução dos conflitos sociais apresentados ao Judiciário¹, mas, de outro, a prestação jurisdicional tardia acaba por esvaziar a substancial efetividade desta solução²,

pretende este artigo propor solução que os equilibre, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo sistema processual civil.

2 Princípios essenciais envolvidos

O processo civil é informado pelo *princípio da demanda ou dispositivo ou da inércia*, que se funda na ideia de que compete às partes a iniciativa para movimentar a estrutura do Judiciário e delimitar o objeto do litígio (art. 2º, CPC).

Em consonância com esse princípio, se a parte autora é credora de R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais) e veicula pretensão de cobrança de apenas R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais), seja por qual motivo for, o Judiciário, mesmo na hipótese de procedência total do pedido, não pode deferir o pagamento de R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais), restando cingido ao valor que efetivamente foi pretendido na petição inicial, ou seja: R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais)³.

1 “O escopo de *pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com a justiça* é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 132.)

2 “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.” (BARBOSA, Rui. Elogios acadêmicos e orações de paraninfo. Edição da Revista de Língua Portuguesa, 1924, p. 381. In RIBEIRO, Luiz Rezende de Andrade. *Dicionário de conceitos e pensamentos de Rui Barbosa*. São Paulo: Livraria Editora/Edart, 1967, p. 224.)

3 “[...] o princípio de demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo. A compulsoriedade de exercício de uma faculdade legal ou de um direito subjetivo contradiz o próprio conceito de direito. Ninguém pode ser obrigado a exercer os direitos que porventura lhe caibam, assim como ninguém deve ser compelido, contra a própria vontade, a defendê-los em juízo. Desse pressuposto decorre o princípio de que nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais, inscrito no art. 2º do CPC. Se alguém, sendo credor de cem, pede que o juiz condene seu devedor a pagar-lhe apenas oitenta, por mais convencido que o magistrado esteja de que o autor realmente deveria receber os cem de que era credor, nunca poderá condenar o réu a pagar-lhe mais do que os oitenta pedidos na ação. De igual modo, se o autor de uma ação de reivindicação deixar de cumular ao pedido de restituição da coisa o pedido de condenação do possuidor injusto a indenizar-lhe perdas e danos, o juiz jamais poderá incluir em sua sentença esta condenação não cumulada pelo demandante em seu pedido inicial”. (SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 64.)

De sua parte o princípio da correlação ou congruência estabelece que o juiz não pode conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte (art. 141, CPC).

Tais princípios têm especial relevância no que toca à esfera recursal, haja vista que prestada a jurisdição em primeiro grau cabe às partes a disposição quanto aos conflitos, tanto processuais, quanto materiais, resolvidos na sentença, com cujo resultado se conformam, vale dizer: *proferida a sentença, os recursos estabelecerão novos limites à lide, à luz dos princípios em tela.*

Releva notar que são exatamente *o escopo da pacificação social e a segurança jurídica os prestigiados por tais princípios*, na medida em que se prestam a evitar que o Judiciário instaure conflito antes não havido entre as partes, bem como a estabilizar a solução encontrada e não impugnada, do que decorre, ainda, a concreta deferência ao princípio constitucional da *razoável duração do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”), *também positivado no Código de Processo Civil em vigor* (art. 4º, CPC: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”), cuja parte final evidencia a preocupação não só com o amparo urgente para preservação do objeto do processo, mas com a célere obtenção da *solução definitiva* à lide.

Nesse contexto, embora o Código de Processo Civil em vigor tenha incorporado diversos princípios a recomendar atuação ativa do juiz na busca da melhor solução possível à crise de direito material, deve-se atentar para que nesse afã não se alcance resultado oposto ao perseguido. Assim, não obstante em seu artigo 6º estabeleça que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de

mérito justa e efetiva”, enunciando o *princípio da cooperação*, inclusive por parte do juiz, sua aplicação deve ter em conta os princípios gerais suprarreferidos, ressaltando-se que em *seu próprio bojo traz à lembrança o princípio da razoável duração do processo*, já se tendo decidido que “o princípio da cooperação não pode ser confundido com substituição da vontade da parte”⁴.

O mesmo vale quanto ao *princípio da não surpresa*, trazido pelo artigo 10, “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, que não deve ser empregado de forma a causar delonga processual desnecessária, como a conversão do feito em diligência para instar as partes sobre pontos inerentes à espécie de lide, portanto evidentes, pressupondo imprópriamente grave inépcia técnica do patrono da parte ao invés de *opção processual deliberada* deste, ressaltando-se que não há que se falar em indevida surpresa quando “se tratar de exigência inerente ao próprio ato da impetração, cujo ‘iter’, ademais, não consente com a possibilidade de dilação probatória, mediante o tardio aporte de prova documental que, desde logo, deveria ter acompanhado a exordial”⁵, bem como que “o enunciado processual da ‘não surpresa’ não implica exigir do julgador que toda solução dada ao deslinde da controvérsia seja objeto de consulta às partes antes da efetiva prestação jurisdicional, mormente quando já lhe foi oportunizada manifestação acerca do ponto em discussão - no caso, a produção probatória”⁶.

4 STJ, AgInt no AREsp 1.193.444/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018.

5 STJ, EDcl no RMS 60.158/RJ, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/09/2020, DJe 02/10/2020.

6 STJ, AgInt no REsp 1.841.905/MG, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 31/08/2020, DJe 02/09/2020.



Fonte: <https://br.freepik.com/>

Importante salientar, ainda, que o atual Código de Processo Civil é mais liberal (princípio dispositivo), que autoritário (princípio inquisitivo), tendo admitido pela primeira vez a possibilidade das próprias partes estabelecerem regras sobre procedimento, inclusive normas específicas sobre ônus e produção de provas (art. 190, CPC), caracterizando-se como verdadeiro negócio jurídico processual, o que denota que há uma tendência de enfraquecimento e, porventura, com a evolução esperada da sociedade, ulterior supressão das determinações judiciais de ofício sobre assuntos em que há clara possibilidade de disposição pelas partes.

Esses são os princípios essenciais para a análise que se propõe nesse trabalho.

3 Contextualização da questão

A questão central a ser debatida neste artigo envolve a aferição negativa da necessidade de produção da prova na sentença, contra a qual, em atenção aos

princípios enunciados, descabe a anulação *de ofício* do julgado por suposta deficiência probatória.

Tal problemática se verifica em duas hipóteses distintas, embora ambas sujeitas à mesma solução ao final, por fundamentos próprios: a do indeferimento motivado pelo juízo de primeiro grau de prova requerida pela parte e a da ausência de produção probatória de ofício do juízo de primeiro grau, quando as partes nada requerem a esse respeito.

Os poderes instrutórios do juiz enunciam-se no artigo 370, *caput*, do Código de Processo Civil ao expor que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, sendo certo que o parágrafo único do mesmo dispositivo estatui que “o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Como se nota, o dispositivo em tela norteia as duas hipóteses tratadas, sendo

direcionado ao juiz responsável pelo julgamento do feito⁷.

Assim, na primeira, havendo postulação de provas que o magistrado entenda inúteis, protelatórias ou desnecessárias (art. 464, II, CPC), a produção das provas pretendidas será indeferida motivadamente. Nessa hipótese, portanto, estar-se-á diante de *decisão expressa* resolvendo a questão processual posta.

Nessa hipótese, *não se cogita de omissão judicial*, e, por conseguinte, *não há vício formal*.

Na outra, não foram requeridas provas, cabendo ao julgador avaliar se é caso de se determinar, de ofício, sua produção.

Nesse caso, embora ampla a possibilidade de o juiz determinar a produção da prova que repute necessária, pode ele, além de entender que o contexto fático-probatório é efetivamente suficiente, vislumbrar provas passíveis de produção e não requeridas, mas que, por serem inerentes e evidentes à causa tal como posta, considerar que os patronos das partes não as ignoraram, sendo tomada sua inércia como uma opção processual deliberada ou uma impossibilidade material, sob pena de se adotar posição demasiado intrusiva, em substituição a eles, incidindo aqui diretamente o princípio dispositivo⁸, ou, ainda, que não há nos autos elementos suficientes para que verifique sua existência

e disponibilidade, de forma que a conversão em diligência seria demasiadamente custosa em termos de duração do processo, em detrimento do aparente desejo de pronto julgamento das próprias partes⁹, e, portanto, julga o feito no estado em que se encontra.

Releva notar que ainda que o juiz conserve a prerrogativa da produção probatória de ofício, diante da inércia da parte, mesmo oportunizada a manifestação sobre eventuais provas a produzir, não tem ela mais a faculdade processual de reclamar após o julgamento do feito no estado em que se encontra, eis que fulminada pela preclusão¹⁰.

Dada essa condição, preclusa a faculdade da parte de requerer a prova, é ainda *mais evidente a ausência de vício formal*.

Desse modo, tendo sido proferida sentença em que restou decidido pelo juiz responsável pela instrução do feito, motivadamente, que as provas que se pretendiam produzir eram inúteis, meramente protelatórias ou desnecessárias em vista de outras provas produzidas, ou não tendo ele reputado necessário determinar de ofício produção de outras provas não requeridas pelas partes, impõe o Código de Processo Civil, artigo 1.009, §§ 1º e 2º, que eventual deficiência probatória *seja necessariamente alegada em preliminar de apelação ou contrarrazões*.

Chega-se, assim, ao cerne deste artigo.

7 “Ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. Como ele é o destinatário dela, pode avaliar quais os meios de que necessita para a formação de seu convencimento.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 17.)

8 “Como regra geral e inerência do fundamental princípio dispositivo, o juiz não deve exceder-se em iniciativas probatórias ou liberalizar *ajudas* às partes, sob pena de transmutar-se em defensor e acabar por perder a serenidade, além de comprometer, pela perda de tempo, o pontual cumprimento de seus próprios deveres perante a massa dos consumidores do serviço jurisdicional.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 55-56.)

9 “Não obstante isso, a iniciativa probatória oficial não pode acarretar excessiva demora, sob pena de ofensa à garantia constitucional da celeridade, segundo a qual o processo deve terminar em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII da CF/88). Se a produção da prova mostrar-se inviável ou ineficaz, deve o juiz contentar-se com o conjunto probatório existente nos autos e decidir com fundamento no juízo de probabilidade ou segundo as regras de distribuição do ônus da prova.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 169.)

10 “A preclusão faz com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada. *Mas não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido.*” (*Ibidem*, p. 22.)

4 Problematização

Uma vez tendo sido proferida sentença em que se entendeu ser desnecessária a produção das provas requeridas ou não tendo o juízo determinado de ofício a produção de provas tidas por necessárias pelo órgão *ad quem*, é possível ao órgão com competência recursal a determinação da produção desta prova? E, se positiva a resposta, isso implica anulação da sentença por suposta deficiência probatória?

O artigo 1.013 do Código de Processo Civil explicita que: “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”.

Por ser essencial, frise-se a parte final do mencionado texto legal: “da matéria impugnada”.

Esse preceito legal ao se valer da expressão “matéria impugnada” presta inequivocamente¹¹ reverência ao princípio dispositivo acima aludido, e impõe estrita observância aos lindes intransponíveis à atuação do magistrado de segunda instância, em sua competência recursal, quanto à extensão (*tantum devolutum quantum appellatum*), bem como quanto à profundidade¹² da matéria a ser objeto de consideração.

Na hipótese em que *a prova foi requerida e expressamente indeferida*, houve, portanto, decisão expressa e motivada a respeito, sendo certo que a questão está claramente sujeita à preclusão, não tendo sido devolvido seu conhecimento ao Tribunal por meio de recurso, vale dizer: *a questão foi debatida, sob pleno contraditório, e as partes*

se conformaram com a decisão prolatada, não havendo mais conflito quanto a tal ponto.

Com efeito, se a parte interessada *não* se insurgiu contra a ausência de produção de determinada prova, eventual decisão *ad quem de ofício* em sentido contrário ofende diretamente o princípio da demanda ou dispositivo ou da inércia (art. 2º, CPC), bem como o princípio da correlação ou congruência (art. 141, CPC), eis que o magistrado de segunda instância estaria conhecendo de questão não suscitada pela parte interessada, cuja iniciativa é exigida pela lei processual civil, perpetuando a lide sobre ponto já pacificado, em descompasso com o comportamento processual adotado pelas próprias partes.

Nessa ordem de ideias, deve ser salientado que o processo civil é desenvolvido pelo impulso oficial (art. 2º, CPC) e nesse sentido é umbilicalmente atrelado ao instituto da preclusão¹³, sendo certo que se

13 “O instituto da preclusão liga-se ao princípio do impulso processual. Objetivamente entendida, a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar ao seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual; as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão, vistas logo a seguir. A preclusão não é sanção. Não provém de ilícito, mas de incompatibilidade do poder, faculdade ou direito com o desenvolvimento do processo, ou da consumação de um interesse. Seus efeitos confinam-se à relação processual e exaurem-se no processo. A preclusão pode ser de três espécies: a) temporal, quando oriunda do não-exercício da faculdade, poder ou direito processual no prazo determinado (CPC, art. 183); b) lógica, quando decorre da incompatibilidade da prática de um ato processual com relação a outro já praticado (CPC, art. 503); c) consumativa, quando consiste em fato extintivo, caracterizado pela circunstância de que a faculdade processual já foi validamente exercida (CPC, art. 473). Em oposição à preclusão ‘consumativa’, as duas primeiras também são denominadas ‘impeditivas’. Politicamente justifica-se a preclusão em virtude do princípio pelo qual a passagem de um ato processual para outro supõe o encerramento do anterior, de tal forma que os atos já praticados permaneçam firmes e inatacáveis. Quanto mais rígido o procedimento - como o é o brasileiro, por desenvolver-se através de fases claramente determinadas pela lei - maior se torna a importância da preclusão”. (CINTRA, Antônio Carlos

11 “Há muitas palavras parecidas, mas que têm significados diferentes, e este facto linguístico pode produzir um acordo comicamente equívoco”. (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 163.)

12 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 28 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 134-135.

a parte interessada não pratica determinado ato, no tempo e modo oportunos, perde processualmente a faculdade para tanto.

O processo é uma marcha adiante, cujo escopo é o fim do litígio o mais rápido possível.

Portanto, o instituto da preclusão, enquanto fenômeno jurídico, é fundamental para abreviar o processo, tornando-o finito¹⁴, não podendo ser ignorado por meras convicções morais¹⁵ do julgador, sejam quais forem¹⁶.

Saliente-se que a sucumbência parcial ou total é inerente a todas as sentenças, sendo certo que, com exceção da homologação de um acordo excepcional, não existe hipótese da decisão judicial agradar a todas as partes envolvidas igualmente. A parte vencida, total ou parcialmente, pode até reconhecer o valor da fundamentação, mas evidentemente não ficará feliz em ser sucumbente.

de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 328-329.)

- 14 “[...] não há exagero em dizer que a preclusão é instituto essencial ao processo, enquanto considerado marcha à frente. Para ir adiante e sem retrocessos, é indispensável que a marcha considere superadas as fases já ultrapassadas. Como se vê, sem a preclusão, os processos correriam o risco de se tornarem intermináveis”. (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 174.)
- 15 “Não conseguimos evitar uma sensação de vacuidade e contingência nas nossas convicções morais, porque sabemos que outras pessoas pensam aquilo que nós não podemos pensar e que não existe uma alavanca de um argumento que possamos acionar para as convencer. Ou para os outros nos convencerem a nós. Não há experiências que reconciliem as nossas certezas diferentes”. (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 163.)
- 16 “[...] A falta de clareza está muito mais vezes nas paixões e preconceitos daquele que argumenta do que no assunto. Os homens, em inúmeras ocasiões, não fazem jogo honesto com os seus próprios pontos de vista, mas, cedendo a alguma teimosa parcialidade, enredam-se em palavras e confundem-se em sutilezas”. (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista* [O Federalista n. 31 – Acerca do poder geral de tributação (continuação), Alexander Hamilton, 1 de janeiro de 1788]. 2. ed. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 287.)

É um fato da vida que toda sentença que decida o mérito da questão posta em Juízo necessária e forçosamente irá desagradar alguma das partes envolvidas na lide, em maior ou menor grau. Eventualmente, quiçá, gerará descontentamento até para o próprio julgador¹⁷, uma vez que o Judiciário aplica a lei e não legisla¹⁸, e que nem sempre a

17 “- Disseram-me que o senhor chegou do tribunal num estado de humor muito sombrio. Creio que seja algo muito penoso para pessoas de coração – disse em francês. - Sim, é verdade – respondeu Nekhlíúdiv –, muitas vezes dá a sensação de que [...] a sensação de que não temos o direito de julgar [...]”. (TOLSTÓI, Liev. *Ressurreição*. Tradução e apresentação de Rubens Figueiredo. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 101.)

18 “[...] No fim de abril, David Souter, ministro da Suprema Corte, ligou para dizer que iria se aposentar, me proporcionando a primeira oportunidade de preencher uma cadeira na instância jurídica mais elevada do país. Obter a confirmação de alguém para a Suprema Corte nunca foi nenhuma barbada, em parte porque o papel desse tribunal no governo americano sempre foi controverso. Afinal, a ideia de dar a nove advogados togados e não eleitos, de cargo vitalício, o poder de rejeitar leis aprovadas por uma maioria de representantes do povo não soa muito democrática. Mas desde Marbury vs. Madison, o caso de 1803 que proporcionou à Suprema Corte a última palavra sobre o significado da Constituição dos Estados Unidos e estabeleceu o princípio da revisão judicial das ações do Congresso e do presidente, é assim que nosso sistema de separação de poderes tem funcionado. Na teoria, os ministros da Suprema Corte não ‘criam leis’ quando exercem suas prerrogativas; seu papel, na verdade, é meramente ‘interpretar’ a Constituição, ajudando a fazer a ponte entre o modo como suas cláusulas eram compreendidas por seus criadores e o modo como se aplicam ao mundo em que vivemos hoje. Para o grosso dos casos constitucionais levados à Suprema Corte, a teoria funciona muito bem. Em sua maioria, os ministros se mantêm atrelados ao texto da Constituição e aos precedentes estabelecidos por tribunais anteriores, mesmo quando essa atitude acarreta um resultado com o qual pessoalmente não concordam. Ao longo da história americana, porém, os casos mais importantes sempre envolveram decifrar o significado de expressões como ‘devido processo legal’, ‘privilégios e imunidades’, ‘igual proteção’ ou ‘estabelecimento de religião’ – termos tão vagos que é duvidoso que dois dos Pais Fundadores concordassem sobre seu significado preciso. Essa ambiguidade dá aos ministros uma ampla margem de manobra para ‘interpretar’ de maneiras que reflitam seus juízos morais, suas preferências políticas, suas tendências e medos. É por isso que, na década de 1930, um tribunal de maioria conservadora pôde determinar que as políticas do New Deal de Franklin Delano Roosevelt violavam a Constituição, ao passo que quarenta anos depois um tribunal mais liberal determinou que a Constituição garantia ao Congresso poder quase ilimitado para regulamentar a economia.

lei vigente pode corresponder ao ideal de justiça inerente subjetivamente ao magistrado prolator da decisão.

Impõe-se ressaltar que, tendo sido proferida a sentença, em que se *entendeu expressamente ser desnecessária* a produção das provas pretendidas, e considerando que o processo é inequivocamente uma marcha para a frente, a reavaliação de eventual necessidade de produção de determinada prova somente será suscetível de cognição na segunda instância exclusivamente se houver recurso de apelação em que essa matéria seja expressamente impugnada como preliminar de cerceamento de defesa.

Essa seria, no caso aventado, a “*matéria impugnada*” exigida pela legislação processual civil para a cognição específica da temática de produção probatória pelo magistrado de segunda instância no exercício de competência recursal.

Na ausência de preliminar expressa de cerceamento de defesa, competiria ao magistrado com competência recursal *apenas e tão somente* as possibilidades de reforma ou de manutenção da sentença, segundo os elementos probatórios existentes nos autos e em consonância com as regras de distribuição de ônus da prova.

A rigor, a ausência da preliminar de cerceamento de defesa por indeferimento de produção de prova ou *a ausência do próprio recurso* deveriam produzir o mesmo efeito, qual seja: *a impossibilidade de cognição em grau recursal de matéria não impugnada*.

Mesmo a utilização de expressões desprovidas de autêntico conteúdo e valor jurídicos, tais como *in dubio pro misero*, a alegação de busca de uma hipotética, inalcançável e irracional “*verdade real*”¹⁹, ou a invocação imponderada dos princípios da cooperação e não surpresa, já discutida, não podem ser admitidas como fundamento para supressão *de ofício* de suposta deficiência probatória que não foi objeto expresso de irresignação recursal, eis que a lei processual exige estrita e especificamente iniciativa da parte interessada para tanto, sob pena, conforme todo o exposto, de criar litígio sobre ponto processual resolvido e dilatar indevidamente o feito, levando à lesão, e não ao prestígio, do escopo de pacificação social, da segurança jurídica e da razoável duração do processo.

Já na hipótese de *o juízo ad quem entender necessária a produção de prova não requerida em primeiro grau e cuja eventual pertinência não foi objeto de análise na sentença* caracteriza-se situação diversa, pois *não houve decisão expressa a se submeter a contraditório ou a recurso*, preservando, assim, os poderes instrutórios de ofício que a lei processual reserva também ao órgão de segundo grau, em sua competência recursal, em seu artigo 938, § 3º, segundo o qual “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”.

Não obstante, aplicam-se aí os mesmos limites e observações anteriormente expostos sobre os poderes instrutórios do juízo de

Foi assim que um quadro de ministros, no caso *Plessy vs. Ferguson*, pôde interpretar que a Cláusula de Proteção Igual permitiu a adoção de leis que mantinham cidadãos brancos e negros ‘separados mas iguais’, enquanto outra composição do tribunal, no caso *Brown vs. Conselho de Educação*, pôde se fiar exatamente nessa mesma linguagem para chegar por unanimidade à conclusão oposta. No fim das contas, a Suprema Corte criava leis o tempo todo”. (OBAMA, Barack. *Uma terra prometida*. Tradução de Berilo Vargas, Cássio de Arantes Leite, Denise Bottmann e Jorio Dauster. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. Edição do Kindle, p. 620-622.)

19 “Meu amigo, a verdade verdadeira é sempre inverossímil, você sabia? Para tornar a verdade mais verossímil, precisamos necessariamente adicionar-lhe a mentira. Foi assim que as pessoas sempre agiram. É possível que aí haja algo que não compreendemos. O que você acha, existe algo que não compreendemos nesse ganido inverossímil? Eu desejaria que houvesse. Desejaria”. (DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikháilovitch. *Os demônios*. Tradução de Paulo Bezerra. 5. ed. São Paulo: Editora 34, 2013, p. 217.)



Fonte: <https://pixabay.com/pt>

primeiro grau, além do fato de que as provas a serem agora produzidas devam estar abarcadas pelo âmbito das questões de mérito recorridas.

Em suma: *a)* havendo decisão anterior indeferindo expressa e motivadamente prova requerida, a ausência de recurso acarreta plena preclusão, não admitindo rediscussão do ponto em hipótese alguma; *b)* não havendo requerimento ou decisão anterior, mas meramente omissão do juízo de primeiro grau quanto a análise de eventual prova que o juízo recursal entenda necessária, restam ao órgão recursal reservados poderes instrutórios análogos aos daquele quando da instrução, nos limites do mérito recorrido.

A presença da hipótese versada no item “*b*” do parágrafo antecedente, porém, *não implica nulidade da sentença*, mas produção originária da prova em segundo grau, com eventual *reforma*, e não *anulação* da decisão recorrida.

Realmente, quer não haja recurso impugnando expressamente o indeferimento de prova requerida, quer entenda o órgão de segundo grau originalmente pela produção de prova não requerida e sobre a qual não exista nenhuma decisão expressa, se a decisão de indeferimento foi motivada e/ou se houve oportunidade geral às partes para especificação de eventuais provas a produzir, *não há que se falar em nulidade, simplesmente porque a sentença não contém nenhum vício formal, nenhum defeito de validade, mas sim, eventualmente, de conteúdo, assim reformável, nunca anulável*²⁰.

20 “Por mais amplo que seja o campo de atuação do juiz, no exercício da função de buscar o sentido da lei, sua decisão será sempre fundamentada e representará a única solução possível para a situação examinada, segundo seu entendimento. Em sede recursal, é perfeitamente admissível a obtenção de resultado diverso, visto que o órgão colegiado pode concluir ser outra a solução adequada ao caso concreto. Uma e outra, todavia, representam a única opção correta para o intérprete que a adotou [...] Representando a visão de determinado integrante da função jurisdicional a respeito do fenômeno em exame, a decisão será sempre passível de impugnação,

Ora, sendo as decisões de ambas as instâncias válidas, por formalmente perfeitas, e *corretas do ponto de vista da fundamentação de cada instância acerca do contexto fático-probatório considerado quando do julgamento*, não há nenhum fundamento para que seja a sentença anulada.

A questão da suposta supressão de instância quanto ao exame da prova é superada pela aplicação da *teoria da causa madura*.

O que já era assim entendido por parte da doutrina à luz do § 4º do artigo 515 do Código de 1973²¹, é hoje ainda mais claro, conforme o texto expresso do já citado § 3º do artigo 938, do Código de Processo Civil em vigor, que nada fala acerca de nulidade, como não poderia deixar de ser, mas sim em “conversão do julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”, ou seja, *nada de prolação de nova sentença em primeiro grau*.

Tal procedimento, ao invés da pura e simples anulação da sentença, é salutar pois, a par da efetiva ausência de qualquer nulidade, se, como exposto, a sentença como proferida é a única correta ao juízo de primeiro grau, que já analisou o caso

de forma exauriente, conforme seu livre convencimento motivado à luz do contexto fático-probatório por ele entendido adequado e suficiente, *para ele*, a instância está pronta e acabada, de forma que uma alteração do contexto probatório, imposta por ordem *ad quem*, em divergência com sua convicção já manifestada, não só é um revolvimento indevido da instância já concluída, como, a rigor, *uma imposição exógena a seu livre convencimento quanto à prova, levando invariavelmente a uma sentença distorcida quanto à sua independência funcional*.

Ademais, esta anulação da sentença *de ofício* poderia acarretar a afronta a outro princípio em consequência da anomalia e ilegalidade²² perpetrada pela segunda instância, em sua competência recursal, em desfavor da parte contrária, qual seja: a afronta ao princípio da *reformatio in peius*²³ na modalidade indireta, *inclusive quanto a pontos que nada tenham a ver com a nova prova*, inseridos estes, por pura desproporcionalidade no ato de anulação da sentença *de ofício*, que alcança não só o objeto de discordância instrutória (sequer tecnicamente nulo), mas *toda* a sentença, mesmo nas partes que o órgão de segundo grau eventualmente a confirmaria, não fosse a inadvertida anulação.

Realmente, a nova oportunidade de sentença, que pode ser julgada de forma diversa daquela originalmente proferida,

pois a solução adotada pode não ser a melhor, segundo entendimento de quem dela discorda. Esse ataque, manifestado pela via recursal, propiciará nova análise da situação, podendo levar a resultado diverso”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 162-163.)

21 “Essa conclusão é aplicável inclusive em segundo grau de jurisdição, podendo o relator do recurso ou a turma julgadora converter o julgamento em diligência, para a produção de determinada prova considerada essencial ao julgamento. Aliás, por força do disposto no art. 515, §4º, essa é a providência esperada pelo legislador, que pretende evitar a anulação de decisões em razão de vícios processuais, entre os quais o cerceamento de defesa. Tal solução não implica o fenômeno denominado supressão de instância, pois o juiz já examinou o mérito, considerando suficiente para tanto o conjunto probatório até então existente. Por considerar necessária a produção de outras provas para melhor compreensão da matéria fática, nada obsta ao tribunal determiná-la.” (*Ibidem*, p. 25.)

22 “Em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém não negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 79.)

23 “Nas hipóteses de sucumbência *recíproca*, se um único dos litigantes parcialmente vencidos impugnar a decisão, a parte desta que lhe foi favorável transitará normalmente em julgado, não sendo lícito ao órgão ‘*ad quem*’ exercer sobre ela a atividade cognitiva – nem, por conseguinte, retirar ao recorrente único, no todo ou em parte, a vantagem obtida com o pronunciamento de grau inferior (proibição da ‘*reformatio in peius*’).” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 28 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 123.)

inclusive quanto a pontos sem qualquer nexos com a nova prova, caso o magistrado de primeira instância não se atente para tal fato, podendo ser até mesmo outro juiz em exercício no órgão de primeiro grau, com entendimento diferente do original, poderá levar à *reformatio in peius* indireta, eis que a parte contrária seria vítima de uma piora substancial de sua situação processual, acarretada por uma repetição indevida de instância superada, por manifesta desobediência ao § 3º do artigo 938 do Código de Processo Civil em vigor.

Deve ser dito que a devolutividade ampla com a possibilidade de *reformatio in peius* tinha previsão no direito romano²⁴ e no direito português do século XV²⁵, donde a anulação de sentença *de officio*, por suposta deficiência probatória, caracteriza um manifesto retrocesso.

Com efeito, a nulidade indevida da sentença, *de officio*, para repetição de instância já esgotada, quando bastaria a conversão em diligência para realização da prova e posterior retomada do recurso, leva a uma dilação do processo vazia de qualquer efetividade, ainda mais protelatória e contrária aos princípios da segurança jurídica, razoável duração do processo e ao escopo da pacificação social que aquela que se tem no caso, também indevido, de determinação em instância recursal de produção de prova expressamente indeferida quanto à qual não houve recurso. A *determinação de ofício desta prova*, com cuja decisão de primeiro grau as partes já haviam se conformado, em conjunto com a *desnecessária e desproporcional* anulação da sentença, configura uma dupla agressão a todos os princípios referidos neste artigo, inclusive aos próprios fins supostamente almejados por esse tipo de provimento.

24 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 265.

25 PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 277.

5 Conclusão

Algumas discussões jurídicas são percebidas pelas pessoas leigas como frívolas, sendo objeto de sátira, inclusive, em clássicos da literatura universal, tal como, por exemplo, nas incríveis “*Viagens de Gulliver*”, em que se relata a guerra sangrenta entre dois Impérios, com duração de 36 (trinta e seis) luas, em decorrência da divergência quanto ao modo escorreito de se quebrar um ovo, a partir da extremidade maior, para um Império, ou a partir da extremidade menor, para o outro Império, tendo em conta que a regra estabelecia que: “o ovo deve ser quebrado na extremidade conveniente”²⁶.

26 “Ademais, nossas Crônicas de seis mil Luas não mencionam nenhuma outra Região que não os dois grandes Impérios de Lilipute e Blefuscu. E essas duas grandes Potências, ia eu dizendo, estão empenhadas numa Guerra mui obstinada há trinta e seis Luas. Tudo começou na seguinte Ocasião. Todos sabem que o modo primitivo de quebrar Ovos antes de comê-los era fazê-lo na Extremidade maior: porém o Avô de nosso atual Imperador, quando menino, certa vez foi comer um Ovo, e ao quebrá-lo segundo a Prática antiga, por acaso cortou um dos Dedos. Então o Imperador, seu Pai, promulgou um Édito que obrigava todos os seus Súditos, sujeitos a grandes Penas, a quebrar o Ovo pela Extremidade menor. O Povo reagiu de tal modo a essa Lei que, segundo nos dizem nossas Crônicas, ocorreram seis Rebeliões por esse motivo; numa das quais um Imperador perdeu a Vida, e outro a Coroa. Essas Comoções civis foram constantemente fomentadas pelos Monarcas de Blefuscu; e quando eram esmagadas, os Exilados sempre buscaram Refúgio naquele Império. Calcula-se que onze mil Pessoas, em diferentes ocasiões, preferiram a Morte a ter de quebrar os Ovos na Extremidade menor. Muitas centenas de Tomos volumosos já foram publicados sobre essa Controvérsia: porém os livros dos Extremidade-Grandistas são de longa data proibidos, sendo todos os seus Adeptos proibidos por Lei de ocuparem Cargos. No decorrer desses Conflitos, os Imperadores de Blefuscu, via seus Embaixadores, com frequência nos acusam de criar um Cisma na Religião ofendendo uma Doutrina fundamental de nosso grande Profeta Lustrog, no capítulo cinquenta e quatro do Blundebral (que é o Alcorão deles). Essa acusação, porém, é vista como uma Torcedura do Texto: pois as Palavras são as seguintes: Que todos os verdadeiros Fiéis quebrarão seus Ovos na Extremidade conveniente: sendo a questão de qual das Extremidades é a conveniente, na minha humilde Opinião, deixada à Consciência de cada Homem, ou ao menos para ser determinada pelo Principal Magistrado. Ora, os Exilados Extremidade-Grandistas têm sido tão bem recebidos pelo Imperador de Blefuscu, e tido tanto apoio e estímulo particular dos de seu Partido aqui,

Em que pese a compreensão correta de uma coisa e a má compreensão dessa mesma coisa não se excluem completamente²⁷, reconhecemos que sem interpretação não há Direito²⁸, sendo que a discussão exposta neste artigo nos parece muito relevante.

Reputamos que as regras e princípios que regem o processo civil não autorizam que haja *anulação de ofício* de uma sentença por suposta deficiência probatória, *sem* interposição de recurso de apelação com preliminar *expressa* de cerceamento de defesa pela parte interessada, se houve decisão motivada indeferindo a prova requerida ou se foi oportunizado às partes que se manifestassem quanto a eventuais provas a produzir em geral, *em qualquer hipótese*, por não haver qualquer vício de *validade* na sentença.

que uma Guerra sangrenta entre os dois Impérios vem se desenrolando há trinta e seis Luas, com Resultados variados; no decorrer desse Período perdemos quarenta Navios de Guerra de grande porte, e um número muito maior de Embarcações menores, juntamente com trinta mil de nossos melhores Marinheiros e Soldados; os Danos sofridos pelo Inimigo, segundo se calcula, foram um pouco maiores que os sofridos por nós. Contudo, eles acabam de guarnecer uma Frota numerosa, e preparam-se para nos atacar; e sua Majestade Imperial, pela grande Confiança que tem no seu Valor e sua Força, encarregou-me de lhe transmitir este Relato da situação. Pedi ao Secretário que apresentasse ao Imperador minhas humildes Manifestações de Obediência, e lhe dissesse que, embora me parecesse impróprio que um Forasteiro como eu me intrometesse em assuntos políticos, eu estava disposto a arriscar minha vida para defender sua Pessoa e seu Estado contra todos os Invasores”. (SWIFT, Jonathan. *Viagens de Gulliver*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin. Edição do Kindle., p. 102-104.)

27 KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução e posfácio Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras. Edição do Kindle, posição 3.499.

28 “A interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livrar-se da interpretação, disse o constitucionalista espanhol Javier Perez Royo, no capítulo V do seu ‘Curso de Direito Constitucional’. E a seguir completou a base de sua lição com outra assertiva não menos lúcida e lapidar: Sem interpretação não há direito, ou, com mais propriedade, não há direito que não exija ser interpretado.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 579.)

No caso de *prova requerida e expressamente indeferida, à falta de recurso de apelação com preliminar de cerceamento de defesa*, não há devolução da matéria, já devidamente contraditada e definitivamente decidida. Ao órgão de segundo grau, em sua competência recursal, é *vedada qualquer iniciativa que possa ensejar nova dilação probatória*.

Caso o juízo *ad quem* entenda necessária prova *não* requerida e *tampouco* determinada de ofício pelo juízo de primeiro grau, poderá, conforme seus poderes instrutórios, buscar a produção de tal prova, mas deverá o fazer *convertendo o feito em diligência* para a complementação da instrução, com fins de *exame do recurso*, dentro do limite de sua devolutividade material, mas *nunca anular a sentença de ofício por essa razão*.

Em suma, anular a sentença *de ofício*, nas hipóteses retratadas nesse artigo, configura-se como violação aos valores que supostamente se pretendem amparar, pelas razões expostas, sendo contraproducente para a celeridade processual e para a própria percepção²⁹ que as pessoas possuem do Poder Judiciário.

Consoante o exposto, propomos maior ponderação, exame e discussão das questões aqui trazidas, a fim de que se observem as regras e princípios que regem o processo civil, para que a decisão da instância recursal esteja em consonância com a estrita legalidade.

6 Referências

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

29 “[...] Quando Duchamp pendurou um urinol na parede de uma galeria de arte, fez uma afirmação sobre a natureza da arte – uma afirmação na qual os críticos se empenhariam por muitos anos – que não poderia ter feito ao convidar um público voluntário para ver o mesmo objeto num sanitário público. O seu meio certamente era a sua mensagem [...]”. (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 508.)

BARBOSA, Rui. Elogios acadêmicos e orações de paraninfo. Edição da Revista de Língua Portuguesa, 1924. In RIBEIRO, Luiz Rezende de Andrade. *Dicionário de conceitos e pensamentos de Rui Barbosa*. São Paulo: Livraria Editora/Edart, 1967.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1 e v. 3.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikháilovitch. *Os demônios*. Tradução de Paulo Bezerra. 5. ed. São Paulo: Editora 34, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista* [O Federalista n. 31 – Acerca do poder geral de tributação (continuação)], Alexander Hamilton, 1 de

janeiro de 1788]. 2. ed. Tradução, introdução e notas de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução e posfácio Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. Edição do Kindle.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 28 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OBAMA, Barack. *Uma terra prometida*. Tradução de Berilo Vargas, Cássio de Arantes Leite, Denise Bottmann e Jorio Dauster. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. Edição do Kindle.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

SWIFT, Jonathan. *Viagens de Gulliver*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin, 2010. Edição do Kindle.

TOLSTÓI, Liev. *Ressurreição*. Tradução e apresentação de Rubens Figueiredo. São Paulo: Cosac Naify, 2010.