

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
CURSO DE DIREITO

**Érica da Luz Camponogara**

**CONTRASTES ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA E A  
TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE  
INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Santa Maria, RS  
2017

**Érica da Luz Camponogara**

**CONTRASTES ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA E A  
TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE  
INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. José Fernando Lutz Coelho


Santa Maria, RS, Brasil  
2017

Érica da Luz Camponogara

**CONTRASTES ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA E A  
TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE  
INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia apresentada ao Curso de  
Graduação em Direito da Universidade  
Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
**Bacharel em Direito.**

Aprovado em 11 de dezembro de 2017:

  
\_\_\_\_\_  
Prof. José Fernando Lutz Coelho (UFSM)  
(Presidente/Orientador)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Cristiano Becker Isaia, Dr. (UFSM)

  
\_\_\_\_\_  
Prof.ª Maria Ester Toaldo Bopp, Ms. (UFSM)

Santa Maria, RS  
2017

## **AGRADECIMENTOS**

*Ao meu orientador, querido e respeitável professor Lutz, sempre à disposição de seus alunos, que ensinou a mim e a meus colegas grande parte do Direito e da vida.*

*Aos meus pais, Fernando e Angela, que dedicaram parte de si mesmos e parte de seus esforços, todos os dias, para me proporcionar estabilidade, em todas as suas concepções; que me indicaram o caminho a seguir, sempre com muita ternura; que me incentivaram à independência e à conquista de meus sonhos através de dedicação e comprometimento; e que sempre me ofertaram imensurável e incondicional amor.*

*Aos meus irmãos, Arthur e Luiza, que compartilham suas vidas com a minha desde a nossa infância até nossa futura velhice; que me ensinam cada dia a ser mais paciente, tolerante, amável e carinhosa; a quem amo demais, para sempre.*

*Ao meu amor, Antônio, homem que respeito e admiro tanto, com quem sigo construindo uma relação baseada na compreensão, no apoio e no respeito mútuos; aquele que me proporciona todos os dias a incrível experiência de amar e ser amada.*

*A toda minha família, que participa da minha vida seja em palavras, ações ou lembranças, e que sempre me rodeou de muito afeto e risadas.*

*A cada um de meus amigos e amigas, pelo apoio e companheirismo nas horas difíceis, por todo o carinho nas mais singelas demonstrações do dia a dia e pela grande parceria em todas as horas.*

*A todos aqueles que fizeram parte da minha caminhada profissional, professores, funcionários, colegas e servidores das repartições públicas em que estagiei, pela paciência empreendida ao me ensinarem a importante vida prática do Direito.*

*À Universidade e às Escolas públicas por que passei, gratuitas e de qualidade, que me oportunizaram a chegada até este momento.*

*Por fim, ao universo, pela fantástica oportunidade da vida, sou grata!*

*“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. ”*

*(Rui Barbosa, 1921)*

## RESUMO

### CONTRASTES ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA E A TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

AUTORA: Érica da Luz Camponogara  
ORIENTADOR: José Fernando Lutz Coelho

O presente estudo teve por objetivo a análise da produção probatória no processo civil como direito fundamental assegurado pela Constituição Federal e corroborado pelos princípios de direito processual elencados tanto pela Constituição como pelo próprio Código de Processo Civil de 2015. A partir dessa perspectiva, pretendeu-se a investigação das mudanças legislativas no âmbito do recurso do agravo de instrumento, a fim de se verificar o seu cabimento como meio de impugnação de decisões interlocutórias que indeferem o pedido de produção de provas. Tendo em vista o caráter qualitativo desta pesquisa, utilizou-se, como metodologia de abordagem, o método dialético e, como metodologia de procedimento, o monográfico-dogmático, com foco na pesquisa de levantamento através de fontes bibliográficas e documentais. Sendo assim, constatou-se que o artigo 1.015 do CPC/2015 estabelece um rol taxativo de decisões passíveis de recurso imediato via agravo de instrumento, enquanto aquelas não expressamente previstas serão impugnadas apenas após a sentença, em preliminar de apelação. Entretanto, defendeu-se a possibilidade e necessidade de uma interpretação extensiva do referido dispositivo, considerando que a irrecorribilidade imediata de decisão que indefere a produção de provas pode resultar em danos irreparáveis ou de difícil reparação. Concluiu-se, portanto, que não se mostra razoável a defesa da taxatividade absoluta das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento como meio de celeridade processual, sob pena de supressão do direito fundamental à prova e dos demais direitos fundamentais processuais que norteiam o processo democrático, justo e efetivo.

**Palavras-chave:** Direito à Prova. Taxatividade. Hipóteses de Cabimento. Agravo de Instrumento.

## ABSTRACT

### CONTRASTS BETWEEN THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EVIDENCE AND THE TAXATIVITY OF THE ACCEPTANCE HYPHOTHESIS OF THE INTERLOCUTORY APPEAL IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015

AUTHOR: Érica da Luz Camponogara  
ADVISOR: José Fernando Lutz Coelho

The purpose of this study was to analyze the production of evidence in civil procedure as a fundamental right guaranteed by the Federal Constitution and corroborated by the principles of procedural law listed both by the Constitution and by the Code of Civil Procedure of 2015. From this perspective, it was intended to investigate the legislative changes in the scope of the interlocutory appeal, in order to verify its appropriateness as a mean of challenging the interlocutory decisions that reject the request for the production of evidence. Considering the qualitative nature of this research, the dialectical method was used as a methodology of procedure and the monographic-dogmatic method was used as a methodological approach, focusing on survey research through bibliographical and documentary sources. Thus, it was found that the article 1.015 of the Code of Civil Procedure of 2015 establishes a limiting list of decisions that may be immediately appealed by interlocutory appeal, while those not expressly foreseen for will be contested only after the sentence, in the preliminary of appeal. However, this study defended the possibility and the need for an extensive interpretation of the said legal device, considering that the impossibility of immediate appeal of a decision that rejects the production of evidence may result in damages that are irreparable or very difficult to repair. It was concluded, therefore, that it is not reasonable to defend the absolute taxativity of the acceptance hypothesis of the interlocutory appeal as a means of procedural speed, under penalty of suppression of the fundamental right to proof and other fundamental procedural rights that guide the democratic, fair and effective process.

**Keywords:** Right to Evidence. Taxativity. Acceptance Hypothesis. Interlocutory Appeal.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CF/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC/1939	Código de Processo Civil de 1939
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>O DIREITO DE PROVAR COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>11</b>
2.1	DA TEORIA GERAL DA PROVA.....	11
2.2	O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA NA PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS .....	18
<b>3</b>	<b>A (IM)POSSIBILIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO COMO MEIO PARA ASSEGURAR O DIREITO À PROVA</b> .....	<b>33</b>
3.1	DO AGRAVO DE INSTRUMENTO COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS .....	33
3.2	DA TAXATIVIDADE DO ROL ELENCADO PELO ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	40
3.3	CONSEQUÊNCIAS DA IRRECORRIBILIDADE IMEDIATA DA DECISÃO QUE INDEFERE A PRODUÇÃO DE PROVAS.....	49
<b>4</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>56</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>58</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em 16 de março de 2015, foi promulgado o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, trazendo significativas mudanças, algumas delas inevitavelmente controversas. Da mesma forma que as últimas reformas legislativas, o novo Código de Processo Civil foi pensado considerando a situação atual do sistema judiciário brasileiro, que, sabidamente, encontra-se sobrecarregado em termos de número de processos, fato este atribuído tanto à democratização no acesso à Justiça, quanto à infraestrutura precária da maior parte das repartições judiciárias

Nesse sentido, o direito recursal dentro do processo civil sofreu consideráveis alterações a fim de reduzir a carga de recursos a serem analisados pelos tribunais, conferindo maior celeridade ao andamento processual. Um dos recursos mais afetados foi, sem dúvidas, o agravo de instrumento, que atualmente se encontra disciplinado no artigo 1.015 e seguintes do atual Código de Processo Civil.

A última versão vigente do Código de Processo Civil de 1973 dispunha que o agravo de instrumento seria cabível contra decisões interlocutórias suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, contra decisão que inadmitisse a apelação ou nos casos em que houvesse inconformidade da parte com os efeitos em que a mesma fosse recebida. Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 dispôs que seria o agravo de instrumento cabível contra decisões interlocutórias que versassem sobre os casos expostos pelos incisos elencados no artigo 1.015, reduzindo, a princípio, o campo de atuação do referido instrumento recursal.

Assim, despontaram aos juristas e demais atores do Direito as presentes questões: o artigo 1.015 do atual Código de Processo civil elencaria um rol taxativo ou exemplificativo? Seria possível a interpretação extensiva das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento referidas pelo artigo 1.015?

Tais questões foram suscitadas ao se perceber que, embora tenha o legislador pretendido tutelar todas as situações que, de fato, poderiam causar prejuízo imediato à parte ou a terceiros, outros relevantes incidentes não foram contemplados pelo rol do artigo 1.015. Isto é, verificou-se que decisões que tratam de diversos cenários jurídicos igualmente prejudiciais à parte ou a terceiros não foram alcançadas pelo referido dispositivo legal, ainda que a lesão seja grave e de difícil reparação.

Em contrapartida, o artigo 1.009, que inicia as disposições acerca do recurso de apelação, dispõe, em seu parágrafo primeiro, que as decisões que não

comportarem agravo de instrumento deverão ser suscitadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões, não sendo cobertas pela preclusão até esse momento. Contudo, sabe-se que decisões que impliquem em prejuízo imediato à parte ou a terceiros e que não estão expressamente previstas no rol do artigo 1.015 podem ser irreversíveis ao tempo de eventual recurso de apelação contra a decisão final.

Ademais, mesmo se não irreversível, a interposição de apelação ou a apresentação de contrarrazões, com o objetivo de discutir a decisão não alcançada pelo agravo de instrumento, pode acarretar no retardamento do trâmite processual, colidindo com princípios que o próprio Novo Código de Processo Civil visa assegurar, como o princípio da duração razoável do processo. A título de exemplo, imagine-se o provimento de uma apelação, envolvendo matéria de decisão não impugnável por agravo de instrumento, que resulta na anulação e cassação da sentença recorrida, devolvendo, assim, o processo ao juízo “*a quo*” e determinando a reabertura da fase instrutória.

Uma situação notoriamente possível, no exemplo supramencionado, é a impugnação de decisão que indeferiu a produção de provas. Ora, a produção de provas é imprescindível para atestar as alegações tanto da parte autora quanto da parte ré, bem como para, por conseguinte, buscar a melhor solução jurídica para o caso concreto a partir da análise da situação fática.

Uma sentença, proferida sem oportunizar a produção das provas que as partes reputem necessárias e que realmente sejam relevantes para a solução da lide, pode ser prontamente cassada, caso o tribunal “*ad quem*” assim entenda. A devolução do processo à fase instrutória não só retarda o desfecho e resolução da lide, mas pode até mesmo ser inútil, tendo em vista o possível perecimento da prova a ser produzida. Prova essa que, à época do indeferimento de sua produção, não pode ser reclamada via agravo de instrumento, haja vista que tal possibilidade não consta expressamente no rol do artigo 1.015.

Justamente por se entender pela importância que possui a produção probatória para a solução da lide, configurando-se ainda como um direito fundamental processual, garantidor de demais princípios processuais, inclusive constitucionais, é que se optou por aprofundar essa hipótese, não arrolada como caso cabível de agravo de instrumento, para se discutir a presunção de taxatividade do artigo 1.015 e os possíveis conflitos principiológicos decorrentes desse entendimento, bem como para se verificar a possibilidade de interpretação extensiva do mesmo.

Dessa forma, trata-se este estudo de pesquisa qualitativa, cujo método de abordagem utilizado é o dialético, haja vista o caráter contraditório do tema submetido à pesquisa. Por um lado, entende-se, através da construção histórica e doutrinária, o direito à prova como um direito processual fundamental, reflexo das garantias processuais elencadas pela Constituição Federal. De outro lado, tem-se um Código de Processo Civil que, aparentemente, deixa de tratar o direito à prova com a importância e urgência que lhe deveriam ser observadas.

No que tange à metodologia de procedimento, adotou-se o método monográfico-dogmático, utilizando-se ainda da técnica de pesquisa de levantamento, com foco na pesquisa bibliográfica e documental, para embasar o presente estudo. Para atingir a finalidade proposta, o mesmo foi dividido em dois capítulos. O primeiro deles faz, em seu primeiro subcapítulo, uma breve abordagem à teoria da prova e, em seu segundo subcapítulo, uma análise dos princípios processuais e sua relação com o direito fundamental à prova; ambos os subcapítulos não são exaustivos pela própria característica monográfica do trabalho, mas se buscou levantar e compreender os pontos principais relacionados com o objetivo do segundo capítulo.

A segunda parte do trabalho trata da possibilidade ou não de se considerar o recurso do agravo de instrumento como meio à garantia do direito fundamental à prova. Para tanto, dividiu-se em três subcapítulos, sendo o primeiro acerca do recurso do agravo de instrumento propriamente dito e seu histórico no ordenamento jurídico brasileiro; o segundo trata da suposta taxatividade do rol de hipóteses de cabimento do referido agravo, bem como da possibilidade de aplicar-lhe uma interpretação extensiva; e o terceiro, por fim, busca elencar os possíveis conflitos entre princípios processuais ao se entender pela irrecorribilidade imediata de decisão que indefere a produção de provas.

## 2 O DIREITO DE PROVAR COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Construída desde os princípios da vida humana em sociedade, a noção de prova transcende o campo do direito, exigindo que se leve em consideração as diversas áreas do conhecimento que permeiam o conjunto fático do caso em concreto. Indubitavelmente, é um dos temas da dogmática processual que mais demanda a aplicação de um entendimento interdisciplinar em seu estudo.

Ademais, a produção probatória é imprescindível ao exame das circunstâncias fáticas, sendo a decisão jurídica sempre baseada nos diversos elementos de prova observados, colhidos e produzidos. Justamente pela importância da averiguação da ocorrência dos fatos na decisão final, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre o instituto da prova no processo civil, a fim de que se possa compreender melhor seu papel como garantidor de um processo constitucional.

### 2.1 DA TEORIA GERAL DA PROVA

De princípio, mostra-se importante a conceituação dos possíveis sentidos do que se entende pelo vocábulo “prova”. Os processualistas brasileiros Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem o vocábulo “prova” em basicamente três acepções dentro do mundo jurídico. Primeiramente, como o ato de provar, isto é, como a atividade probatória em si. Esclarecem, ainda, que o termo designa também o meio de prova propriamente dito, quais sejam as técnicas utilizadas para sua obtenção. Por fim, utilizam-no ainda para nomear o resultado dos atos e dos meios, ou seja, aquilo que almeja o convencimento judicial (2016, p. 48).

Outrossim, consideram os processualistas supracitados que meios e fontes de prova possuem sentidos distintos, sendo estes as coisas, as pessoas e os fenômenos, e aqueles as técnicas desenvolvidas para a extração da prova (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 49). Já o jurista italiano Francesco Carnelutti (2002 apud DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 50) entende ser meio de prova “a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar”, e fonte de prova o “fato do qual se serve para deduzir a própria verdade”.

Em uma concepção mais minimalista, para o processualista Humberto Theodoro Júnior, tais sentidos traduzem-se em objetivo e subjetivo, consistindo o primeiro em prova “como o instrumento ou o meio hábil para demonstrar a existência

de um fato”, e o segundo em prova como a “certeza originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório” (2017a, p. 1098-1099). A partir desse entendimento, pode-se conceituar a prova, ainda, como “a soma dos meios produtores da certeza a respeito dos fatos que interessam à solução da lide” (THEODORO JR, 2017a, p. 1099), combinando-se meio, atividade, resultado e finalidade.

Muitas são as classificações doutrinárias sobre a prova, principalmente no que se refere ao seu objeto, à sua fonte, à sua forma e à preparação da mesma. Quanto ao objeto, podem ser diretas, quando se referem ao próprio fato a ser provado; ou indiretas, quando consistem em indícios e presunções lógicas. Em relação à fonte, classificam-se em pessoais, quando extraídas de afirmações conscientes; e reais, quando inferidas do exame de coisas e situações. Já quanto à forma, podem ser orais (e.g. a prova testemunhal), materiais (e.g. a prova pericial) e ainda documentais (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 53-54).

Por fim, quanto ao modo de sua preparação, classificam-se em casuais, quando produzidas no decorrer do processo; ou pré-constituídas, quando produzidas preventivamente ou quando consistentes em instrumentos públicos ou particulares representativos de atos jurídicos (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 54). Tais classificações, entretanto, não se mostram tão relevantes para este estudo quanto se mostra a análise das características da prova: compreende-se a existência de um objeto, o qual será posto a teste através dos meios e métodos legalmente determinados – motivo pelo qual sua finalidade consiste na convicção da verossimilhança dos fatos pelo destinatário da prova (THEODORO JR, 2017a, p. 1101).

Indica Cleber Lúcio de Almeida que existem duas vertentes doutrinárias concernentes ao objeto da prova: a que aduz ser ele os fatos alegados pelas partes, e a que o indica como sendo as alegações sobre os fatos; simplificando, pode-se entender que a prova objetiva a demonstração de fatos ou de alegações (2011, p. 46). Contudo, compartilha-se do entendimento de Theodoro Jr. quando contesta: “o que são tais alegações senão a afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo? Portanto, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos” (2017a, p. 1102).

Desse modo, busca-se a reconstrução da realidade através da análise da veracidade dos fatos alegados, isto é, a alegação do fato será verdadeira ou falsa conforme a prova permitir afirmar que ele, de fato, ocorreu ou não (ALMEIDA, 2011,

p. 49). Reitera esse entendimento o próprio Código de Processo Civil, ao dispor que “o autor deverá indicar na petição inicial as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”, bem como aponta que não dependem de prova os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela outra, os incontroversos e os que gozam de presunção legal de existência ou veracidade (ALMEIDA, 2011, p. 49; BRASIL, 2015).

Nesse sentido, faz-se importante ressaltar que a prova deve recair sobre os fatos alegados pelas partes, quais sejam autores, réus e ou terceiros interessados. Não suficiente, tais fatos devem ser controversos, caso contrário "a questão se reduz à mera aplicação do direito" (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 64). A exceção encontra-se disposta no artigo 341 do Código de Processo Civil, que estabelece que a incontrovérsia na alegação dos fatos não impedirá a produção de prova quando a lei exigir que o ato se prove por determinado instrumento, bem como quando não for admissível a confissão e quando o fato incontroverso estiver em contradição com a defesa apresentada, considerando-se o conjunto (BRASIL, 2015).

Ademais, os fatos a serem provados devem ser determinados e precisos, isto é, exige-se a apresentação de fatores de identificação do fato no tempo e espaço, além de outras características importantes concernentes à sua distinção (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 64). Por fim, impõe-se que sejam os fatos relevantes e pertinentes para a solução da lide. Isso importa em reconhecer que o objeto da prova consiste em fatos cujo reconhecimento seja capaz de influenciar nas decisões proferidas no processo, possuindo eficácia constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva de direitos; fatos estes concretos, cuja alegação não seja vaga ou genérica (THEODORO JR, 2017a, p. 1104).

Do exposto acerca do objeto da prova deriva-se outro tópico pertinente ao direito probatório, capaz de ensejar profundas discussões entre os juristas: a finalidade e o destinatário da prova e a sua relação com a busca da verdade. Entendem os processualistas Didier Jr., Braga e Oliveira que a valoração entre verdadeiro e falso recai sobre afirmações, alegações, e não sobre fatos - defendem que fatos ou existiram, ou não existiram (2016, p. 57). Por esse motivo, enfatizam que o processo não se presta à busca da verdade, por ser esta inatingível em seu caráter absoluto; mas que se deve buscar, no processo, a verdade qual sendo aquela mais próxima da verdade real (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 57).

Veja-se que, embora a verdade absoluta seja inalcançável, "as provas têm a missão de proporcionar ao juiz o acesso à verdade possível, ainda que de maneira não plena" (THEODORO JR, 2017a, p. 1106). Desse modo, reconhece-se que o direito processual se contenta com a verdade processual: aquela que transparece a realidade fática a partir das alegações das partes e dos elementos probatórios que constam no processo. Isto é, processualmente falando, promove-se a apuração dos fatos alegados, verificando-se a correspondência ou não dos mesmos em relação à realidade (THEODORO JR, 2017a, p. 1105).

Assim, pode-se resumir tal entendimento consoante leciona o jurista italiano Michele Taruffo, quando afirma que a prova "é o instrumento por meio do qual o juiz pode verificar a verdade dos fatos sobre os quais versa a decisão" (2014 apud THEODORO JR, 2017a, p. 1105). E, ainda assim, há de se ter cuidado com a utopia da verdade, conforme ensina o processualista Ovídio Araújo Baptista da Silva (2005, p. 272), ao esclarecer que:

[...] a convicção formada a respeito dos fatos, num determinado processo judicial, na maior parte dos casos não afasta a possibilidade de que o contrário possa ter ocorrido; a verdade dos fatos judiciais não passa de simples verossimilhança. [...] O processo não cuida de fatos tratados em sua pura materialidade, e sim de "fatos jurídicos", e fatos juridicizados. Em última análise, o que se busca no processo é o "significado" a ser atribuído aos fatos.

Desse modo, permite-se dizer que a verossimilhança, consistente na "verdade contextual e possível", é que preside a atividade processual (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 273). E, a partir desse entendimento, pode-se compreender mais nitidamente acerca da finalidade não só da prova, mas também do processo de conhecimento em si: "a prova visa estabelecer se determinados fatos ocorreram ou não e, com isso, no processo a prova legitimaria a decisão judicial" (THEODORO JR, 2017a, p. 1107).

Sendo assim, compreende-se a prova como condutora da verdade acerca dos fatos alegados, cujo propósito consiste em conferir validez e aceitabilidade à decisão que representa o resultado final do processo (TARUFFO, 2009 apud ALMEIDA, 2011, p. 32). Faz-se possível reconhecer, portanto, que "a orientação que é digna de ser seguida é aquela segundo a qual um acertamento verdadeiro dos fatos pode ser, e aliás deve ser alcançado no processo, como condição de justiça da decisão" (COMOGLIO; TARUFFO; FERRI, 2006 apud THEODORO JR, 2017a, p. 1107).



Entendida, portanto, a finalidade objetiva da prova como sendo um fator de legitimação das decisões judiciais, faz-se possível seguir adiante em seu sentido subjetivo: quais seriam, afinal, os destinatários da prova? Primeiramente, faz-se importante colacionar o entendimento de que a prova pretende “dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença de tê-la alcançado” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 60).

Assim, ao se estabelecer o juiz como sendo um dos destinatários da prova, definem-se doutrinariamente três modelos de valoração da prova pelo julgador: o sistema da prova legal, o critério da livre convicção ou livre convencimento, e a teoria da persuasão racional (THEODORO JR, 2017a, p. 1107; DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 117; ALMEIDA, 2011, p. 106). O sistema da prova legal, em que as provas eram valoradas por uma hierarquia legal e o juiz apenas reconhecia seus respectivos valores, não é o adotado pelo Direito Processual Brasileiro (THEODORO JR, 2017a, p. 1107; DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 118).

Em contrapartida, o critério da livre convicção prima pelo íntimo convencimento do juiz, não se exigindo do mesmo que se atente às provas constantes dos autos, nem que motive publicamente sua decisão (ALMEIDA, 2011, p. 106). Veja-se que o Código de Processo Civil de 1973 dispunha que o juiz “apreciará livremente a prova” (BRASIL, 1973), o que fomentava a má interpretação de que o julgador poderia valorar a prova como melhor entendesse (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 118).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, “todas as referências ao ‘livre convencimento motivado’ foram extirpadas dos textos do Código” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 118), a fim de deixar evidente que há limitações à atuação jurisdicional no que tange à análise das provas e a formulação da decisão a ser proferida. Com efeito, o Código ora vigente traz, em seu artigo 371, a imposição ao juiz de apreciar “a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido”, para assim indicar, ao proferir decisão, “as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015).

Por isso, entende-se que o convencimento do juiz só é livre por ser desprovido de pré-valorações legais, ao contrário do sistema da prova legal; não é livre, contudo, das regras lógicas e racionais, das provas constantes dos autos, nem dos princípios democráticos que permeiam o atual sistema processual (THEODORO JR, 2017a, p. 1110). Nesse sentido, resta compreensível que:

Não merece censura, portanto, o novo CPC, quando afastou, em matéria de avaliação dos elementos probatórios do processo, a menção ao “livre convencimento” do julgador. O juiz julgará sempre segundo a prova dos autos e segundo o direito aplicável aos fatos apurados, mas não o fará discricionariamente mediante escolha de uma inteligência que se apoie apenas em sua consciência de justiça. É preciso ter sempre presente que o princípio da legalidade é o primeiro entre os qualificadores do Estado de Direito (CF, art. 5º, II). (THEODORO JR, 2017a, p. 1111)

Ou seja, a convicção do juiz será formada através das alegações das partes e da sua correspondência com as provas dos autos, observando-se os critérios legais de validade sobre as mesmas; por fim, o juiz proferirá sentença fundamentada em todos os pontos suscitados, sejam eles acolhidos ou não (THEODORO JR, 2017a, p. 1112). Logo, compreendendo-se que o convencimento do julgador deve ser racionalmente motivado, consagrou-se o critério da persuasão racional, conforme designa Theodoro Jr. (2017a, p. 1108), ou da motivação racional, nos termos de Didier Jr., Braga e Oliveira (2016, p. 119), como o atualmente adotado pelo Direito Processual Brasileiro, devidamente em consonância com os princípios processuais constitucionais.

A partir desse panorama, faz-se possível considerar o juiz como sendo o destinatário imediato da prova. Não o único, no entanto! Tanto as partes quanto a sociedade são também destinatárias da produção probatória, haja vista que a ambas importa a solução da lide. Veja-se que as partes ambicionam convencer o juiz da ocorrência dos fatos alegados, com o propósito de possibilitar e garantir o acolhimento de sua pretensão, tanto de ação, quanto de defesa (ALMEIDA, 2011, p. 87). Significa dizer, no que se refere às partes, que sua consolidação como destinatárias da prova se estabelece "na medida em que têm direito a uma decisão fundada na prova constante dos autos" (ALMEIDA, 2011, p. 53).

Desse modo, faz-se possível afirmar que a prova se constitui em um "instrumento jurídico processual que possibilita a participação útil das partes litigantes na definição dos seus direitos e obrigações" (ALMEIDA, 2011, p. 87). Nesse sentido, referem os processualistas Didier Jr., Braga e Oliveira que a prova tem por finalidade o respectivo convencimento das partes acerca da efetiva titularidade ou não das situações jurídicas que pensam ter; além de servir como instrumento de “demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas” (2016, p. 61).

Cabe ressaltar, contudo, que, ao se propor tanto às partes quanto ao juiz, cria-se um destinatário maior da prova, qual seja o próprio processo. Essa compreensão advém do fato de que não podem as partes ou mesmo o juiz dispor da prova produzida no processo apenas por não ser a eles conveniente, isto é, por ser, na realidade, prejudicial (ALMEIDA, 2011, p. 54). Nesse sentido, colaciona-se a inteligência do jurista espanhol Santiago Sentis Melendo (1979 apud ALMEIDA, 2011, p. 54):

[...] a prova não pode ser de uma parte nem para uma parte; nem tampouco para o julgador. A prova é para o processo. Aqui também estamos ante o conceito de disposição: poderá uma parte dispor de uma prova; mas no momento em que produziu esta prova, o processo a terá adquirido; não existe prova de uma parte e de outra [...]. O princípio da aquisição quer dizer precisamente que as provas são adquiridas para o processo.

Uma vez destinando-se também ao processo, percebe-se, ao fim, a finalidade social da prova, haja vista que se presta à promoção da segurança jurídica das relações sociais com base na prevenção e solução de litígios (ECHANDÍA, 2000 apud ALMEIDA, 2011, p. 88). Compreendendo-se, assim, que a finalidade da prova não se limita ao convencimento do juiz, mas também se estende à pretensão pelo consenso das partes e da sociedade no que se refere à justiça da decisão, pode-se concluir que:

As provas têm entre os seus destinatários, ainda, a própria sociedade. É que no controle da atividade estatal, inclusive jurisdicional, a sociedade tem o direito de conhecer os motivos (provas, inclusive) pelos quais em seu nome foi proferida determinada decisão (no Estado Democrático de Direito, todo poder é exercido em nome do povo). A prova, portanto, tem função endoprocessual (em relação ao juiz e às partes) e extraprocessual (em relação à sociedade). (ALMEIDA, 2011, p. 54)

Tal função extraprocessual possui inegável relevância social, ao passo que, ao possibilitar a “confirmação e a realização concreta do direito objeto da lide”, contribui para a “efetividade da ordem jurídica, bem como para a inclusão e a justiça social” (ALMEIDA, 2011, p. 88). Ademais, ao se viabilizar a participação efetiva das partes no processo de construção da decisão posta ao caso concreto, promove-se o sentimento de responsabilidade das partes para com seus direitos e obrigações, fazendo prevalecer as premissas do Estado Democrático de Direito, principalmente no que tange ao respeito da dignidade humana por meio do processo (ALMEIDA, 2011, p. 88-89).

Nesse sentido, considerando-se o processo como um método de investigação de problemas, através da solidariedade entre todos os sujeitos envolvidos, entende-se a busca pela verdade como premissa para uma resolução justa do conflito, devendo ser o objetivo de tal cooperação (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 59). Nesse sentido, os processualistas Didier Jr., Braga e Oliveira fazem referência ao jurista italiano Michele Taruffo para melhor ilustrar a relevância do direito probatório:

A justiça de uma decisão, como bem lembra Taruffo, não depende apenas de ela finalizar um processo que transcorreu de modo correto, com respeito a todas as garantias processuais e mediante interpretação e aplicação adequada do direito. Tudo isso é necessário, mas não suficiente para determinar a justiça da decisão. Afinal, nenhuma decisão pode ser considerada justa se, a despeito de tudo isso, estiver baseada numa reconstrução falsa, não verdadeira, dos fatos discutidos no processo. (2016, p. 59)

Resta clara, portanto, a função imprescindível da produção probatória para uma solução justa da lide, tanto à visão do juiz, quanto aos olhos das partes e da própria sociedade. Do que se permite, por conseguinte, a associação do direito à prova aos princípios processuais, sendo eles consagrados na Constituição Federal de 1988 e reiterados pelo advento do Código de Processo Civil de 2015 ou, ainda, trazidos pelo novo Código como diretrizes para o que se pretende do direito processual brasileiro.

## 2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA NA PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Uma das características do Direito contemporâneo é, sem dúvidas, a constitucionalização do Direito Processual, podendo-se observar tal fenômeno em duas dimensões, conforme aponta Didier Jr. (2017, p. 54). Primeiramente, percebe-se a incorporação de normas processuais aos textos constitucionais, impondo-se inclusive como direitos fundamentais (DIDIER JR, 2017, p. 54) – temos como exemplo o direito fundamental ao devido processo legal, princípio processual que foi consolidado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Em segundo lugar, constata-se a evidente função das normas processuais infraconstitucionais como “concretizadoras das disposições constitucionais” (DIDIER JR, 2017, p. 55), traduzindo-se, assim, em uma relação de eficácia não puramente

hierárquica, mas sim recíproca. Isto é, “o conteúdo da norma inferior deve corresponder ao conteúdo da norma superior, assim e ao mesmo tempo que o conteúdo da norma superior deve exteriorizar-se pelo conteúdo da norma inferior” (ÁVILA, 2011, p. 140-141).

Revela tal intenção o artigo 1º do Código de Processo Civil, ao dispor que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015). Ademais, a afinidade de ideias e valores entre o direito constitucional e o direito processual pode ser observada porquanto se trata o processo de uma das funções soberanas do Estado, motivo pelo qual é na Constituição Federal que irão constar os atributos e limites de tal função (THEODORO JR, 2017a, p. 15).

Veja-se que os princípios processuais que foram incorporados na Constituição Federal possuem, então, eficácia normativa de direito fundamental. A fim de se evitar a superficialidade da temática que aborda a conceituação e eficácia dos princípios, cuja compreensão torna-se extremamente relevante para este estudo, pretende-se brevemente a análise do conceito de princípios, sua eficácia, funções e finalidades - sem, entretanto, aprofundar-se em demasiado em questões próprias da hermenêutica jurídica.

Nas palavras do constitucionalista Humberto Ávila, falar em eficácia normativa de um princípio significa dizer que se trata este de norma que estabelece um fim a ser atingido (2011, p. 79), instituindo, assim, “o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, [...] o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamento a ele necessários” (ÁVILA, 2011, p. 80). Ademais, entende-se que os princípios não se confundem com valores, porquanto os últimos apenas atribuem qualidades positivas a determinado elemento, situando-se, assim, no plano axiológico ou meramente teleológico (ÁVILA, 2011, p. 80).

Adiante, Ávila difere regras de princípios por três critérios. O primeiro consiste na diferença da natureza da descrição normativa: as regras descrevem “objetos determináveis”, enquanto os princípios descrevem o “estado ideal de coisas a ser promovido” (ÁVILA, 2011, p. 83). Em segundo lugar, distinguem-se pela natureza da justificação de sua aplicação:

[...] as regras exigem um exame de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, ao passo que os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido. (ÁVILA, 2011, p. 83-84)

Por fim, diferenciam-se pela “natureza da contribuição para a solução do problema”, por entender Ávila que as regras possuem pretensão de decidibilidade, enquanto os princípios têm pretensão de complementariedade, sendo conjugados com outras razões para a solução de um problema (2011, p. 83). Entretanto, cabe ressaltar que Ávila visualiza algumas questões problemáticas tanto no que chama de distinção fraca quanto que define por distinção forte entre regras e princípios, por entender que não se trata de mera questão de nomenclatura, já que também promove consequências que se traduzem na flexibilização da aplicação dessas normas (2011, p. 91).

Já para o filósofo do direito Ronald Dworkin, princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover e assegurar uma situação econômica, política e social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (2002, p. 36). Isto é, para Dworkin, o status de norma com caráter deontológico é conferido aos princípios pois estes forçam a determinação de direitos e deveres jurídicos, servindo como base para as instituições e leis da sociedade (MOTTA, 2012, p. 157-159).

Nesse sentido, Dworkin afirma que existe uma diferença lógica entre regras e princípios: enquanto as regras são excludentes umas das outras, os princípios contrários não são considerados exceções uns dos outros, já que possuem uma dimensão própria, que é a do peso ou da importância (2002, p. 42-43). Desse modo, quando em frente a dois princípios, não se questiona qual é válido e qual não é, e sim qual possui mais força, mais peso para a solução do caso em concreto - o que perfeitamente pode mudar quando aplicado a outra situação fática ou jurídica (DWORKIN, p. 42-43).

Também filósofo do direito, Robert Alexy aprofundou esse entendimento (MOTTA, 2012, p. 145) e nomeou os princípios como mandamentos de otimização, isto é, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas” (MOTTA, 2012, p. 147). Por outro lado, Alexy esclarece que regras consistem em normas que somente irão admitir seu cumprimento ou descumprimento, de modo que, havendo conflito entre regras, este

só poderá ser solucionado quando introduzida, em uma delas, uma cláusula de exceção à sua aplicação; caso contrário, uma das regras contrastantes deverá ser declarada inválida e, conseqüentemente, excluída do ordenamento jurídico (ALEXY, 1997 apud MOTTA, 2012, p. 147).

Já em relação às colisões de princípios, sustenta Alexy, assim como Dworkin, que tais não se dão no campo da validade, e sim no âmbito do peso - motivo pelo qual devem ser solucionadas mediante a ponderação da dimensão do peso dos princípios em questão frente às circunstâncias do caso (ALEXY, 1997 apud MOTTA, 2012, p. 148). Para trabalhar com a ponderação de princípios, Alexy apoia-se no princípio da proporcionalidade em sentido restrito para ilustrar a otimização em relação às possibilidades jurídicas, e não fáticas (ALEXY, 2007 apud MOTTA, 2012, p. 148). Conforme Alexy:

Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, e um segundo passo, seguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo e não-cumprimento do outro. (2007 apud MOTTA, 2012, p. 149)

Entretanto, Francisco José Borges Motta refere que, ao buscar conferir racionalidade ao discurso, Alexy acabou por formular um instrumento, um método para o operador do Direito, “incorrendo em diversos dos ‘resvalos’ que nos serviram para denunciar, antes, as insuficiências do positivismo jurídico” (MOTTA, 2012, p. 149). Primeiramente, por entender Motta que Alexy acaba por identificar, no âmbito estrutural e operacional, princípios com valores, “retirando o caráter normativo daqueles, em detrimento de uma relação de preferibilidade” - enquanto Motta defende que um princípio pode ser aplicado ou não, inexistindo preferência de um sobre outro (2012, p. 156-157).

Ademais, segundo Motta, é inviável a eleição de um método para a solução dos problemas do Direito (2012, p. 152), haja vista que “fórmula nenhuma tem o poder de desonerar o intérprete de interpretar, e o processo compreensivo antecede a escolha de qualquer método” (2012, p. 155). Veja-se que o autor não descarta a ponderação e outras teorias argumentativas, mas sim sustenta que se deve aplicar um princípio argumentando em favor dele e em favor da garantia e concretização dos direitos a ele relacionados (MOTTA, p. 158-159).



Por fim, o que se pretende é a compreensão de que não há uma relação de oposição entre regras e princípios, pois, conforme leciona Dworkin, os princípios “devem tentar justificar as regras estabelecidas” (2002, p. 106), fortalecendo o Direito como unidade coerente, completa e íntegra (MOTTA, 2012, p. 76). Desse modo, pode-se concluir que, de fato, há uma diferença ontológica entre regra e princípio, mas não uma separação, haja vista que “atrás de cada regra, haverá sempre um princípio instituidor” (MOTTA, 2012, p. 85), cabendo aos operadores do Direito a identificação, nos princípios, do sentido das regras (MOTTA, 2012, p. 76).

Já no que diz respeito à eficácia das normas, verifica-se que certos princípios processuais independem de intermediação de outras regras jurídicas específicas, por possuírem eficácia direta e exercerem função integrativa, como por exemplo, o princípio do devido processo legal (ÁVILA, 2011, p. 97). Por outro lado, existem normas que se prestam à concretização de princípios processuais, possuindo estes eficácia indireta, portanto. Tais normas podem ser regras ou subprincípios; os últimos se caracterizam pela função definitória, isto é, balizam com maior precisão o comando normativo mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio (ÁVILA, 2011, p. 98).

Outrossim, exercem tal função também as regras, ao delimitar objetivamente “o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios” (ÁVILA, 2011, p. 103). Por fim, os princípios desempenham ainda uma função interpretativa das normas provenientes de textos normativos expressos, podendo restringir ou ampliar seus sentidos; bem como uma função bloqueadora, justificando a não aplicação de textos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado de coisas que se busca promover (ÁVILA, 2011, p. 98).

Voltando à perspectiva dos princípios processuais consolidados pela Constituição Federal, cabe ressaltar que tais normas têm aplicação imediata, conforme dispõe o artigo 5º, §1º, (BRASIL, 1988), de modo a obrigar o legislador infraconstitucional a criar normas processuais compatíveis e adequadas à tutela dos direitos fundamentais (DIDIER JR, 2017, p. 64). Veja-se que isso molda o que chamamos de Direito Processual Fundamental, porquanto “estrutura o modelo do processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis” (DIDIER JR, 2017, p. 71).

Primeiramente, faz-se necessário enfatizar o princípio da dignidade da pessoa humana, consistente em um dos fundamentos da República, nos termos do artigo 1º,



inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Além de considerado um sobreprincípio constitucional, o artigo 8º do Código de Processo Civil ainda impõe ao órgão julgador que resguarde e promova a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2015), de forma a buscar a garantia de que o Estado não a viole e, simultaneamente, a efetive (DIDIER JR, 2017, p. 86-87).

No âmbito do direito processual, entende-se que promover a dignidade da pessoa humana significa garantir o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/1988) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I, CF/1988), proibindo-se as provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF/1988); assegurando a publicidade (art. 5º, LX, CF/1988) e a duração razoável do processo (art. 5º LXXVIII, CF/1988), cujo juiz natural (art. 5º XXXVII e LIII, CF/1988) proferirá decisões motivadas (art. 93, IX, CF/1988) e garantirá o acesso à justiça (art. 5º XXXV, CF/1988). Traduz-se o princípio da dignidade humana, processualmente falando, no próprio princípio do devido processo legal (DIDIER JR, 2017, p. 87).

Prevê o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal que “ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988), conferindo, portanto, a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo justo e equitativo (DIDIER JR., 2017, p. 73-74). Justo, no sentido de “proporcionar a efetividade da tutela àquele a quem corresponda a situação jurídica amparada pelo direito”, e equitativo, por fazer prevalecer os princípios constitucionais de liberdade e igualdade (THEODORO JR, 2017a, p. 68-69).

Não se pode falar de um devido processo legal sem que estejam garantidos o contraditório, a ampla defesa e a duração razoável do processo; da mesma forma, um devido processo legal é aquele que respeita os princípios da adequação, da boa-fé processual e da efetividade e que cumpre os deveres de proporcionalidade e razoabilidade (DIDIER JR., 2017, p. 76-78). Acertadamente, refere Didier Jr. que “a generalidade desse texto normativo garantiu a sua longevidade” (2017, p. 77).

Outrossim, percebe-se, neste princípio, tanto um aspecto procedimental quanto substancial, já que propõe o processo como instrumento de justiça, através da observância de certos procedimentos, e como garantidor da supremacia das normas, dos princípios e valores constitucionais (THEODORO JR, 2017a, p. 66-67). Nas palavras de Theodoro Jr.:

Nesse âmbito de comprometimento com o “justo”, com a “correção”, com a “efetividade” e com a “presteza” da prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que devem prevalecer na vigência e na harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo. (2017a, p. 65)

Trata-se, portanto, de princípio de conteúdo complexo, cuja construção encontra-se permanentemente em progresso, haja vista que dele derivam outros princípios que, embora implícitos, são de grande relevância. O primeiro exemplo de corolário do princípio do devido processo legal a ser tratado neste capítulo é também uma das bases do Estado Democrático de Direito: o princípio da legalidade, que se repercute tanto nas relações jurídicas quanto na atividade jurisdicional (THEODORO JR, 2017a, p. 104). Em relação ao primeiro, exemplifica o artigo 5º, em seu inciso II, da Constituição Federal, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Já no que tange à jurisdição, entende-se pela sua dupla submissão ao princípio da legalidade, porquanto deve o procedimento obedecer às diretrizes legais (devido processo legal), bem como porque se exige do provimento de mérito a observância à lei material pertinente (THEODORO JR, 2017a, p. 104). Nesse ponto, ressalta Didier Jr. que o respeito ao legal na verdade importa em processar e decidir em conformidade com o Direito, isto é, com o ordenamento jurídico em sua totalidade de fontes (2017, p. 89-90).

Ademais, não se pode falar em devido processo legal sem mencionar outro de seus corolários, qual seja o princípio do contraditório, “reflexo da democracia na estruturação do processo” (DIDIER JR, 2017, p. 91), previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). O processualista Didier Jr. decompõe esse princípio em duas garantias, consistentes na participação das partes e na sua possibilidade de influência na decisão (2017, p. 91-92).

Trata-se a primeira do aspecto formal do contraditório, resultando no direito de falar, ser ouvido e previamente comunicado, bem como de participar dos atos do processo, tais como perícias e audiências (DIDIER JR, 2017, p. 92). Pretende-se, nesse aspecto, ir além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades dadas aos

litigantes, a fim de promover uma atividade verdadeiramente dialética entre o juiz e as partes (THEODORO JR, 2017a, p. 102).

Já a segunda traduz-se na dimensão substancial do contraditório, haja vista que, ao se oportunizar o conhecimento tanto acerca de questões novas quanto sobre fundamentos diversos daqueles evocados em questões anteriormente discutidas no processo, faz-se possível que as partes trabalhem para influenciar a decisão judicial (THEODORO JR, 2017a, p. 103). Nesse sentido, ensina Didier Jr.:

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional - e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão. (2017, p. 92)

Deste modo, previne-se a prolação de decisão surpresa, visto que toda questão submetida a julgamento deverá passar pelo contraditório, cujo zelo é de responsabilidade do juiz da causa, conforme dispõe o artigo 7º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Faz-se necessário referir, ainda, que o mesmo dispositivo constitucional que dispõe acerca do contraditório invoca também o princípio da ampla defesa (BRASIL, 1988), direito fundamental de ambas as partes, que consiste no “conjunto de meios adequados para o exercício do contraditório”, correspondendo, portanto, ao aspecto substancial desse princípio (DIDIER JR., 2017, p. 100).

Em que pese não consolidado expressamente pela Constituição Federal, alguns autores fazem referência aos princípios da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição como corolários do devido processo legal. Veja-se que a recorribilidade serve “como meio de evitar e emendar os erros e as falhas que são inerentes aos julgamentos humanos” (THEODORO JR, 2017a, p. 75), tendo em vista a probabilidade de prejuízo de um direito ou interesse da parte, principalmente se verificada a possível irreversibilidade ou difícil reparação do mesmo.

Ademais, leciona Theodoro Jr. acerca da estreita relação entre o princípio do contraditório e o do duplo grau de jurisdição, compreendendo que se exige a garantia de que o julgador levará em conta as alegações e argumentos das partes, respeitando sua participação na formação da decisão (2017a, p. 77). Caso não seja observado este entendimento, tem-se que:

O recurso se apresenta como o meio de sanar o julgamento abusivo, forçando a necessária consideração do Judiciário sobre a contribuição da parte. Pouco importa que o julgamento seja afinal favorável ou contrário à pretensão da parte. O que não pode faltar, no processo democrático, é a adequada resposta do julgador à sua defesa. (THEODORO JR, 2017a, p. 77)

Cabe ressaltar que os princípios da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição não são absolutos, haja vista encontrarem obstáculos tanto no texto constitucional, no que pertine às causas de competência originária dos tribunais (THEODORO JR, 2017a, p. 76); quanto na legislação infraconstitucional, como, por exemplo, o caso das decisões interlocutórias não recorríveis por agravo de instrumento, assunto a ser abordado no próximo capítulo. Veja-se, contudo, que o que se pretende é que não haja julgamento monocrático único, isto é: “existindo um segundo julgamento, ainda que por órgão formado por grupo de juízes de primeiro grau, como se passa nos Juizados Especiais, cumprida se acha a dualidade de instâncias” (THEODORO JR, 2017a, p. 78).

Seguindo adiante, o artigo 5º, inciso LXXVIII, incluído na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, consolida outro princípio processual como direito fundamental, ao instituir que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988). Como bem observa Theodoro Jr., a garantia de um prazo razoável deve ser exercida durante a atividade jurisdicional como um todo, desde a certificação do direito da parte até sua efetiva realização e satisfação (2017a, p. 94).

Nesse sentido, refere Didier Jr. que a Corte Europeia dos Direitos do Homem estabeleceu três critérios para que se determine a razoabilidade da duração do processo, sendo eles a complexidade do assunto, o comportamento das partes e de seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional (2017, pg. 109). Ademais, mostra-se imprescindível a adoção de medidas que busquem evitar diligências inúteis, protelatórias e desleais, desde que sempre se respeitando os prazos para atos necessários à efetivação do contraditório e ampla defesa (THEODORO JR, 2017a, p. 94).

Ainda acerca desse princípio, Didier Jr. propõe uma reflexão sobre a chamada celeridade processual, não a classificando como um princípio, considerando que “o processo deve demorar o tempo necessário e adequado para a solução do caso submetido ao órgão jurisdicional” (2017, p. 110). Entende o processualista existir um

direito à demora no processo, decorrente do necessário desenvolvimento de uma série de atos obrigatórios e indispensáveis, como o contraditório, a produção de provas e os recursos; isto é, coloca-se a celeridade, a rapidez na solução da lide em detrimento de “garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas” (DIDIER JR., 2017, pg. 111).

Associado ao princípio da razoável duração do processo e outro corolário do princípio do devido processo legal, o princípio da eficiência encontra fundamento legal expressamente no artigo 37, caput, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), como norma de direito administrativo, e no artigo 8º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), como norma de direito processual. Observa-se da leitura do segundo dispositivo supramencionado que o mesmo possui repercussão direta sobre a atuação do Poder Judiciário:

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL, 2015)

A partir disso, infere Didier Jr. que o princípio da eficiência incide tanto sobre a Administração Judiciária quanto sobre a gestão de um determinado processo, compreendendo ser eficiente a atuação jurisdicional “que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos” (2017, p. 116), dizendo respeito, portanto, ao procedimento em si. No mesmo sentido, Theodoro Jr. refere que a eficiência não se limita à busca por celeridade, por entender que tal princípio deve ser analisado sob o enfoque qualitativo, de modo que a prestação jurisdicional seja de qualidade e adequada à complexidade do litígio (2017a, p. 109).

Entretanto, não se ignora a importância da celeridade, haja vista que “não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a tutela não se revela efetiva” (THEODORO JR, 2017a, p. 82). Permite-se sintetizar, assim, que a eficiência é a meta da atuação do juiz como administrador do processo, a ser atingida através da observância de dois deveres: o de “obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (*efficiency*)”, e o de, “com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*)” (DIDIER JR., 2017, p. 116).

Assim, não se deve confundir o princípio da eficiência com o da efetividade, em que pese ambos derivados do princípio do devido processo legal. Veja-se que a

efetividade será alcançada quando do processo resulta a plena tutela do direito em questão, aliada à brevidade do procedimento e ao respeito dos direitos e garantias fundamentais durante seu curso (THEODORO JR, 2017a, p. 101). Nesse sentido, elucida Didier Jr. que:

Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima. Um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente - atingiu-se o fim “realização do direito” de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo: a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo. (2017, p. 117)

Desse modo, permite-se dizer que a ideia de justiça como resultado do processo está intimamente relacionada à efetividade do serviço jurisdicional, em um prazo que não extrapole os limites do razoável e que, ao mesmo tempo, assegure o acesso à justiça e os demais direitos fundamentais processuais (THEODORO JR, 2017a, p. 101). Entretanto, não basta que se diga apenas isso: é preciso que se desenvolva e perpetue um modelo processual visando à construção de um processo justo e efetivo, e isso só é possível através da cooperação dos sujeitos nele envolvidos (DIDIER JR, 2017, p. 143; THEODORO JR, 2017a, p. 98).

Portanto, pode-se dizer que do princípio do devido processo legal e de seus corolários derivou-se o princípio da cooperação, firmado pelo texto do artigo 6º do Código de Processo Civil: “todos os sujeitos do processo devem colaborar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015). Desse dispositivo, surgem deveres de conduta tanto para as partes quanto para o órgão jurisdicional, importando em um novo modelo de organização processual, além do adversarial e do inquisitivo, qual seja o modelo cooperativo (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 95-105; DIDIER JR., 2017, p. 136-147).

A fim de melhor se compreender esse novo modelo proposto pelo Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessário, antes, conhecer os modelos que o antecederam. Em suma, ambos os modelos se baseiam na atribuição de poderes ao juiz. O modelo adversarial consiste na ideia de processo como disputa entre as partes, perante um órgão jurisdicional mais passivo, cuja estrita finalidade é a de decidir o caso. Por sua vez, o modelo inquisitivo de processo traz a imagem do juiz como

protagonista, cujo poder é capaz de promover atos independentemente da vontade das partes (DIDIER JR, 2017, p. 136-137).

Entende-se que nenhum sistema jurídico é totalmente adversarial ou inquisitivo. O que pode ocorrer é a preponderância, em um ordenamento jurídico, de um dos modelos: doutrinariamente, relaciona-se o modelo adversarial com o sistema da *common law* e o inquisitivo com o da *civil law*. Contudo, refere Didier Jr., com razão, que ambas as famílias do direito vêm fortemente influenciando uma a outra, de modo que a diferenciação entre elas pode se tornar cada vez mais difícil. Prefere o jurista, portanto, defender que a dispositividade e a inquisitividade podem se manifestar com mais ou menos força, a depender do tema de direito processual em estudo (DIDIER JR, 2017, p. 138-139).

Ao contrário dos dois extremos modelos supramencionados, o modelo cooperativo propõe o equilíbrio e busca a concretização do princípio do devido processo legal e seus corolários, principalmente o contraditório. Coloca, para tanto, o juiz em dupla posição: paritária, quando da condução e diálogo do processo, compartilhando com as partes a atividade processual; e assimétrica, quando do momento da decisão, proferida com base no poder conferido exclusivamente ao órgão jurisdicional (DIDIER JR, 2017, p. 141-142).

Substitui-se a lógica dedutiva de solução de conflitos pela lógica argumentativa, firmando-se o contraditório para além do dever e direito de informação e reação, a fim de o estabelecer como o direito real de influência das partes na decisão judicial (THEODORO JR, 2017a, p. 98). Ou seja, a atividade processual e cognitiva deve ser em cooperação, em um espaço de diálogo e equilíbrio; contudo, embora a decisão judicial seja fruto dessa colaboração, ela é função exclusiva do juiz, sendo manifestação de poder *sui generes* do órgão jurisdicional (DIDIER JR., 2017, p. 142).

Justamente por ser o modelo cooperativo mais adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático é que se pode dizer que “o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo” (DIDIER JR., 2017, p. 144). Deste modo, ensina Didier Jr. que a eficácia normativa do princípio da cooperação independe da existência de regras jurídicas expressas, em que pese existam regras de cooperação que visam à concretização desse princípio, inclusive dispostas no Código de Processo Civil brasileiro (2017, p. 143-144).



Feita a breve análise de alguns dos princípios processuais e direitos fundamentais processuais, pretende-se delinear o paralelo entre os mesmos e o direito à produção probatória no processo civil. Primeiramente, cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não faz referência expressa ao direito à prova (BRASIL, 1988). Entretanto, deixar de reconhecê-lo como direito fundamental é incorrer em terrível erro de interpretação do próprio texto constitucional. Veja-se que, de acordo com o art. 5º, §2º da Constituição Federal, os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Desse modo, deve-se analisar duas fontes normativas constitucionais a fim de verificar e confirmar o direito à prova como um direito fundamental: o regime e os princípios adotados pela Constituição e os tratados internacionais de que o Brasil é signatário e que foram incorporados ao direito brasileiro. Pela didática, iniciaremos pela segunda fonte, em que temos o direito à prova garantido na Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada pelo Decreto nº 678 de 1969, em seu artigo 8º; e no Pacto Internacional dos Direitos Civis, incorporado pelo Decreto nº 592 de 1992, em seu artigo 14.1, alínea “e” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 51).

Em relação ao regime e aos princípios adotados pela Constituição Federal, mais visível ainda se mostra o direito à prova como direito fundamental por ela assegurado. Temos disposto, em seu artigo 5º, inciso LV, que são assegurados às partes o contraditório e ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). Ora, indubitavelmente a prova é um dos meios inerentes à garantia da ampla defesa, de modo que, sem ela, pode-se muito bem anular a garantia do próprio direito, considerando-se que todo direito resulta de uma norma e de um fato (THEODORO JR, 2017a, p. 1100). No mesmo sentido, refere Almeida que:

O direito objeto de controvérsia é defendido em juízo também, e principalmente, por meio da demonstração da ocorrência dos fatos de que ele decorre. Com isto, um dos meios de defesa do direito deduzido em juízo é a prova do seu fato constitutivo ou de fato que impede o seu nascimento, ou o extingue, ou o modifica. Assim, o art. 5º, LV, da Constituição da República, ao reconhecer às partes do processo judicial a ampla defesa, com os meios a ela inerentes, a elas assegura expressamente o direito à prova. (2011, p. 115)



Desta forma, obstar o direito à prova da parte importa em flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que se nega à parte a simples possibilidade de provar fato constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo de um pretendido direito, impedindo-a de ser declarada como titular legítima do direito em questão (ALMEIDA, 2011, p. 117). Inegavelmente, importa também em privá-la dos meios legítimos de acesso à justiça, motivo pelo qual se entende o ato de provar como “projeção prática do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório” (THEODORO JR, 2017a, p. 1100).

O direito fundamental à prova possui escopo instrumental, cuja finalidade reside na busca pela justiça na tutela jurisdicional (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 51); veja-se que, principalmente tendo em vista o princípio do contraditório, não existe decisão justa se às partes não se confere a oportunidade de participar da atividade processual e convencer o julgador, mediante seus argumentos e provas, em favor de sua pretensão (ALMEIDA, 2011, p. 121). Se não se entendesse o direito à prova como um direito fundamental, como poderia a parte garantir o acolhimento de seus pedidos, se os fatos que os fundamentam não podem nem ser comprovados?

Faz-se mister ressaltar que o direito à prova abrange suas diversas facetas, tais como a oportunidade de requerer provas, sua produção no processo e a possibilidade de participação na mesma, bem como de manifestação sobre a prova produzida e, por fim, a exigibilidade de exame, pelo magistrado, do conjunto probatório elaborado no processo (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 51). Isso porque o direito à prova não serve apenas às partes, mas também ao juiz, como instrumento de investigação da verdade - sendo imprescindível, assim, a colaboração e o diálogo entre o juiz e as partes, principalmente durante a fase probatória (ALMEIDA, 2011, p.126).

Por outro lado, reconhece-se que o direito à prova é fundamental, mas certamente não absoluto, podendo ser limitado quando em confronto com os próprios princípios constitucionais que o amparam (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 51). Dessa forma, tem-se por inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, segundo o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como as de caráter manifestamente protelatório e as inúteis, pela incompatibilidade com os princípios da boa-fé processual e da efetividade (THEODORO JR, 2017a, p. 1100).

Nesse ponto, há de se ter cautela, especialmente quando se trata de indeferimento de produção de prova requerida pela parte. Defende Theodoro Jr. que

não pode o juiz decidir de maneira excessivamente rígida pelo indeferimento, ainda que diante de dúvida sobre o cabimento e a eficiência do meio probatório postulado, caso este que deverá ser de deferimento, como medida garantista de direitos (2017a, p. 1100). Não assim agindo, o juiz corre o risco de incorrer em cerceamento do direito à prova (ALMEIDA, 2011, p. 148). Portanto:

Somente quando se evidenciar o descabimento ou a inutilidade da prova, é que sua inadmissão será legítima. Fora desse quadro, configura-se o cerceamento do direito à ampla defesa, cuja consequência refletirá sobre a decisão que resolver o mérito da causa, acarretando-lhe a nulidade. (THEODORO JR, 2017a, p. 1100)

Abordará o próximo capítulo acerca das consequências de um indeferimento discricionário da produção de provas requerida pelas partes. Por fim, faz-se importante a observação acerca dos poderes instrutórios do juiz, à luz do princípio da cooperação. Pretende-se, nesse aspecto, o equilíbrio entre o que se entende por um juiz do modelo adversarial e um juiz inquisitivo, isto é, “nem um mero fiscal da observância das regras do embate” nem um juiz protagonista, que negligencie o papel das partes no processo (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 104).

Deste modo, visa-se ao reconhecimento de que a atividade probatória é, inicialmente, atribuída às partes, mas que ao juiz cabe a atividade complementar, caso ainda subsistir dúvidas no que se refere à questão relevante para o julgamento. Isso porque, ao se colocar em destaque o princípio da cooperação, demanda-se uma condução processual baseada em esforços conjuntos, empreendidos por todos os sujeitos processuais, isto é, uma posição mais equitativa entre partes e órgão jurisdicional (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 101-104).

Ante o estudado neste capítulo, permite-se a conclusão de que o direito à prova faz jus ao status de direito fundamental previsto pela Constituição, porquanto apresenta estreita ligação com o princípio do devido processo legal e seus corolários, que servem de fundamento à sua relevância e imprescindibilidade no direito processual como instrumento de justiça e equidade. A seguir, pretende-se aplicar o conhecimento até aqui explanado a fim de examinar o recurso do agravo de instrumento conforme o Código de Processo Civil de 2015 e verificar as possíveis consequências fáticas e teóricas ao se entender pela irrecorribilidade imediata de decisão que indefere o pedido de produção de provas.

### **3 A (IM)POSSIBILIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO COMO MEIO PARA ASSEGURAR O DIREITO À PROVA**

Feito um breve exame da teoria geral da prova e vistos alguns dos princípios processuais mais relevantes para este estudo, pode-se avançar ao estudo do agravo de instrumento, a fim de analisar a possibilidade ou não de sua aplicação como meio para assegurar o direito à produção de provas. Para bem introduzir o tema, faz-se necessária a observação de que o Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015 e vigente desde 18 de março de 2016, foi elaborado à orientação dos princípios processuais característicos de um Estado Democrático de Direito, conforme já explanado no capítulo anterior.

Desse modo, deve-se ter em conta que a construção e a conquista de um processo justo e equitativo exigem a garantia de acesso a uma tutela jurisdicional efetiva, a fim de proporcionar a mais justa composição do conflito dentro de um prazo razoável, sendo sempre assegurado às partes o contraditório e a ampla defesa. Veremos, nos subcapítulos seguintes, de que forma está disposto o recurso do agravo de instrumento no Código de Processo Civil, e de qual modo esse meio de impugnação judicial está colaborando ou pode colaborar ainda mais para o respeito e perpetuação dos preceitos de um processo democrático.

#### **3.1 DO AGRAVO DE INSTRUMENTO COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS**

Primeiramente, mostra-se importante tecer uma breve conceituação do termo “recurso”, bem como abordar alguns pontos do direito recursal que se mostram relevantes adiante neste estudo. Conforme ensina Theodoro Jr., o termo pode ser analisado em duas acepções, uma mais ampla e outra mais estrita. Lato sensu, emprega-se na intenção de denominar qualquer meio empregado pelos litigantes a fim de reivindicar ou defender seu direito, isto é, diz-se que a parte deve “recorrer às vias ordinárias, ou [...] às tutelas de urgência e da evidência”, por exemplo (THEODORO JR, 2017b, p. 1161).

Em contrapartida, *stricto sensu*, pode-se compreender o recurso de maneira mais técnica, designando-o como um meio ou instrumento jurídico que se destina a suscitar o reexame da decisão judicial, no mesmo processo em que esta foi proferida,

tanto pela mesma autoridade quanto por outra hierarquicamente superior, com a finalidade de “obter-lhe a invalidação, a reforma, o esclarecimento ou a integração” (THEODORO JR, 2017b, p. 1161-1162). Não se confunde, destarte, com as ações autônomas de impugnação judicial, já que essa dá origem a um processo novo, enquanto o recurso apenas prolonga o estado de litispendência, antes da incidência da coisa julgada (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 108; THEODORO JR, 2017b, p. 1162).

Entende-se que o direito de recorrer é derivado do direito de ação, isto é, trata-se de um desdobramento do processo, de modo que seu exercício se revela como expressão do direito de acesso aos tribunais (THEODORO JR; 2017b, p 1167; DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 108). O direito ao recurso caracteriza-se, também, como um direito potestativo ou, em outras palavras, um direito-poder, já que a simples interposição do recurso acaba por gerar a instauração do procedimento recursal e, conseqüentemente, o direito à tutela jurisdicional recursal e o dever do julgador de analisar tal impugnação (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 108).

Ao direito de recorrer estão aliados princípios processuais fundamentais, que vão além do princípio do devido processo legal e seus corolários, por conferirem maior atenção ao conteúdo próprio dos recursos e a maneira dos mesmos serem gerenciados, tanto no ordenamento jurídico quanto na própria atividade jurisdicional. Faz-se possível elencar inúmeros desses princípios, tais como o da singularidade, da fungibilidade, da dialeticidade, da voluntariedade e da vedação da *reformatio in pejus*, entre outros (THEODORO JR; 2017b, p 1179). Entretanto, o presente estudo abordará, pela afinidade com o tema principal proposto, apenas dois princípios recursais: o do duplo grau de jurisdição e o da taxatividade.

Embora já mencionado no capítulo anterior, mostra-se imprescindível recordar o princípio do duplo grau de jurisdição para o presente estudo, porquanto direito fundamental consolidado pela Constituição Federal de 1988, mesmo que implicitamente (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 110). Trata-se de garantir à parte a reapreciação da decisão judicial, total ou parcialmente, que a prejudicou, sendo esta revisão promovida mediante ao menos um procedimento recursal, feita em regra por órgão jurisdicional diferente, seja com outra composição e de hierarquia superior; ou, excepcionalmente, pelo mesmo órgão, alterada ou não sua composição originária (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 111).

Ou seja, embora se pressuponha, não se exige o envolvimento de dois órgãos julgadores diversos e hierarquicamente relacionados (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p.

112). O que se faz imprescindível, em prol de um processo justo, é assegurar a possibilidade de sujeição da matéria a dois julgamentos, sendo um hierarquicamente superior, ou a um juízo múltiplo, no caso de julgamento único de tribunal, em que mais de um magistrado concorre para o pronunciamento da decisão (THEODORO JR, 2017b, p. 1181). Dessa forma, objetiva-se a prevenção de quaisquer abusos de poder que o juiz poderia incorrer, caso sua decisão não fosse sujeito à revisão de qualquer outro órgão jurisdicional (THEODORO JR, 2017b, p. 1179).

Entretanto, em relação ao aspecto prático do princípio do duplo grau de jurisdição, há de se entender que “não se trata de direito absoluto ou irrestrito”. Pode, portanto, ser limitado, à exceção de recursos previstos constitucionalmente, que não podem ser eliminados por qualquer lei infraconstitucional. (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 112). Por outro lado, essa limitação se dá, ainda, devido a outra norma geral do direito recursal, qual seja a da taxatividade, que exige que a enumeração dos recursos seja prevista em lei de modo taxativo, consistindo, portanto, em um rol *numerus clausus* (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 132).

Dessa forma, no âmbito do direito processual civil, o recurso pretendido deve estar expressamente previsto na Constituição Federal, no Código de Processo Civil ou em lei esparsa que diga respeito à matéria - como no caso do recurso inominado, disposto no artigo 41 da Lei dos Juizados Cíveis - Lei nº 9.099/1995 (BRASIL, 1995). A aplicação do princípio da taxatividade, todavia, não se restringe apenas à dimensão supramencionada. Veja-se que não basta estar o recurso nomeado como um dos legalmente previstos no ordenamento jurídico brasileiro: faz-se necessário que o mesmo observe o cabimento e a forma que foram prescritas pela lei (THEODORO JR, 2017b, p. 1183).

Em outras palavras: além de se fazer presente no plano da existência, o recurso empregado deve ser admissível e adequado para a impugnação pretendida, à exceção das restritas circunstâncias em que se permite aplicar o princípio da fungibilidade entre os recursos já elencados pela lei (THEODORO JR, 2017b, 1183). A fim de melhor instruir o estudo dos próximos subcapítulos, mostra-se relevante o desenvolvimento de uma breve análise acerca da admissibilidade das pretensões recursais e seus respectivos requisitos.

Ao se tratar da admissibilidade de um recurso, é imprescindível mencionar que a mesma é verificada sempre preliminarmente ao exame de mérito, tendo em vista que atua sobre o plano da validade do ato jurídico recursal (DIDIER JR; CUNHA, 2017,

p. 127). Dessa forma, o juízo de admissibilidade de um recurso visa à averiguação do preenchimento dos chamados requisitos de admissibilidade, que podem ser intrínsecos ou extrínsecos; os primeiros são relativos ao próprio direito de recorrer, enquanto os segundos são aqueles referentes ao modo de exercício desse direito (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 129).

Brevemente: classificam-se como requisitos intrínsecos ou subjetivos o cabimento, a legitimação, o interesse e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; ao passo que, como requisitos extrínsecos ou objetivos, tem-se a recorribilidade da decisão e a adequação, a singularidade, o preparo, a tempestividade, a regularidade formal e a motivação do recurso (THEODORO JR, 2017b, p. 1201). Não sendo o objetivo deste trabalho exaurir o tema da teoria geral dos recursos, prossegue-se à análise de um dos requisitos intrínsecos que se mostra mais pertinente para o que se almeja com a presente monografia: o cabimento recursal.

O referido requisito apresenta-se em duas dimensões, que se permitem ser averiguadas a partir das seguintes perguntas: a decisão que se pretende reformar ou anular é recorrível? Se sim, qual recurso será cabível contra tal decisão? Sendo utilizado determinado recurso cuja adequação corresponder à decisão que se busca impugnar, e sendo a mesma passível de revisão, diz-se que o recurso será cabível (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 129). Veja-se que, apesar de o princípio da fungibilidade permitir a conversão de um recurso em outro (quando interposto equivocadamente pela parte, sem erro grosseiro), a regra é a da singularidade e da taxatividade, de forma que para cada caso existe um e somente um recurso adequado (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 130-131).

Tendo em vista que este estudo pretende averiguar a recorribilidade de decisões que envolvem o direito fundamental à prova, faz-se necessário, como primeiro passo à investigação do cabimento de um recurso, identificar a natureza de tais decisões. Assim, dispõe o artigo 203 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º. Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º. Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1o.

§ 3º. São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

§ 4º. Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário. (BRASIL, 2015)

Da leitura do referido dispositivo, permite-se concluir que é a decisão interlocutória (§2º) que, por via de regra, estipula procedimentos e delibera acerca da fase probatória no processo, porquanto consiste em pronunciamento judicial de natureza decisória que não põe fim à fase cognitiva do procedimento comum (BRASIL, 2015). Desse modo, havendo inconformismo com uma decisão interlocutória, será preciso que se analise qual meio de impugnação se mostra cabível contra a mesma e qual o momento adequado para a interposição de recurso.

Afirma Theodoro Jr. que “as sentenças e decisões interlocutórias são sempre recorríveis, qualquer que seja a natureza da questão resolvida e o valor da causa” (2017b, p. 1201), fazendo referência aos artigos 1.009 e 1.015 do Código de Processo Civil, que instituem os recursos da apelação e do agravo de instrumento, respectivamente (BRASIL, 2015). Isso porque, conforme será visto em seguida, existem casos de decisões interlocutórias que apenas serão impugnáveis na apelação, enquanto outras poderão ser agravadas de instrumento.

Antes de se adentrar nesse tópico, faz-se necessário traçar uma breve retrospectiva acerca da recorribilidade das decisões interlocutórias no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Código de Processo Civil de 1937. Refere Ana Cláudia Rodrigues Müller que esse Código ampliou as possibilidades de impugnação de decisões interlocutórias via agravo de instrumento, pois tornou todas recorríveis pelo referido recurso, em que pese o agravante pudesse optar também por sua modalidade retida (2016, p. 69).

Já o Código de Processo Civil de 1939 trouxe o agravo de instrumento como recurso cabível contra decisões interlocutórias que pudessem acarretar prejuízo imediato, segundo as hipóteses taxativamente discriminadas pelo artigo 842 do referido Código ou, ainda, em legislação extravagante (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 234). Veja-se que o referido Código deixou um importante “resíduo paradigmático” ao estabelecer a decisão interlocutória como aquela que trata de questão incidental, isto é, que não atinge o mérito principal da lide (MULLER, 2016, p. 71).

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1973 novamente expandiu a abrangência do agravo de instrumento ao dispô-lo como o recurso cabível contra



todas as decisões interlocutórias, trazendo novamente a possibilidade de opção do agravante por sua modalidade retida (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 235). Entretanto, o agravo de instrumento disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1973 sofreu diversas alterações em seu procedimento com as reformas legislativas compreendidas entre 1995 e 2005, conforme se verá, brevemente, a seguir.

Primeiramente, a Lei nº 9.139/1995 estabeleceu o recurso como “agravo”, que poderia ser retido nos autos ou por instrumento, sendo o primeiro cabível contra decisões posteriores à sentença, reservando-se o segundo para as decisões que inadmitissem a apelação; entre outras hipóteses, como a previsão de que, no procedimento sumário, as decisões em matéria probatória e proferidas em audiência apenas seriam impugnáveis por agravo retido. Desse modo, permanecia a opção do agravante de interpor agravo retido ou por instrumento no que dizia respeito a decisões diversas, anteriores à sentença (GONZALEZ, 2016, p. 122-124).

Seis anos após, a Lei nº 10.352/2001 trouxe alterações que nortearam os rumos do agravo de instrumento até o fim da vigência do Código de processo Civil de 1973. O artigo 523, §4º, passou a determinar que seria “retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida” (BRASIL, 1973).

Com essa alteração, portanto, permite-se dizer que do agravante foi retirada a possibilidade de escolha entre uma ou outra modalidade de agravo, devendo o recurso se submeter às hipóteses expressamente previstas pelo Código. Ademais, sendo interposto agravo de instrumento e verificada a ausência de situação legal que o autorizasse, poderia o magistrado convertê-lo em agravo retido, para que fosse posteriormente analisado (GONZALEZ, 2016, p. 125-126).

Contudo, a mais significativa mudança no agravo de instrumento deu-se em 2005, com as Leis nº 11.187 e nº 11.232/2005. Em razão de ter ganhado celeridade e efeito suspensivo com as reformas anteriores, tratava-se o agravo de instrumento de um recurso interessante (em demasia) aos litigantes, já que dispensava inclusive o preparo (MULLER, 2016, p. 78). Desse modo, a Lei nº 11.187/2005 foi elaborada com o intuito de restringir a interposição desse recurso, que abalroava os tribunais, tornando o agravo de instrumento a exceção, e o agravo retido, a regra (GONZALEZ, 2016, p. 129; MULLER, 2016, p. 79).



Assim, o Código de Processo Civil de 1973 passou a prever, em seu artigo 527, que o agravo de instrumento sofreria conversão em agravo retido, se não interposto contra decisões interlocutórias suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; ou contra decisão de inadmissão da apelação ou que diga respeito aos efeitos em que a mesma foi recebida (BRASIL, 1973; GONZALEZ, 2016, p. 129). Ademais, “na liquidação de sentença e na execução, o agravo haveria sempre de ser de instrumento” (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 237).

Cabe ressaltar que o termo “lesão grave ou de difícil reparação” não foi conceituado pelo legislador, exigindo-se a apropriação da ideia de *periculum in mora*, criada pela doutrina e jurisprudência, própria da medida liminar, bem como da noção de “fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação”, própria da tutela antecipada (MULLER, 2016, p. 79). Assim, os fins a que se destinavam o agravo ainda acabavam por abranger um grande número de decisões, bastando estas que pudessem representar um perigo, à parte recorrente, de lesão grave ou dificilmente reversível (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 237).

Em virtude das inúmeras emendas legislativas pelas quais passou o Código de Processo Civil de 1973, boa parte da doutrina defendeu a elaboração de um novo código, sob o fundamento de haver um crescente sentimento de insegurança jurídica e a necessidade de atualização do sistema processual perante o movimento da efetividade da tutela jurisdicional. Desse modo, orientou-se o desenvolvimento do Código ora vigente no sentido de estabelecer uma melhor sintonia com a Constituição Federal e possibilitar uma maior coesão do sistema processual, visando à celeridade e a efetividade (MULLER, 2016, p. 87-88).

Assim, entrou em vigor no dia 18 de março de 2016 o novo Código de Processo Civil brasileiro, que, nas palavras de Theodoro Jr., serve à realização de um processo justo, “sem apego ao formalismo anacrônico e de acordo com os princípios constitucionais democráticos que regem e asseguram o pleno acesso de todos ao Poder Judiciário” (2017a, p. 41). Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, sobrevieram significativas mudanças no sistema recursal. O agravo retido foi excluído do rol recursal, adotando-se para o agravo de instrumento o critério casuístico (THEODORO JR, 2017a, p. 40).

Indubitavelmente, foi o agravo de instrumento um dos recursos que mais sofreu alterações. Resta estabelecido, no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, um rol de decisões interlocutórias agraváveis durante o curso do processo de conhecimento

(BRASIL, 2015). Esse rol, contudo, não se aplica às fases de liquidação e de cumprimento de sentença, nem aos processos de inventário e de execução de título extrajudicial, cujos procedimentos comportam agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória (MULLER, 2016, p. 81).

Sem dúvidas, trata-se de considerável mudança no que diz respeito às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Tendo em vista a discussão acerca da taxatividade ou não do rol que as elenca, o próximo item deste capítulo pretende expor as restrições que atingem o referido recurso, bem como promover a reflexão sobre a possibilidade ou não de se interpretar extensivamente o respectivo dispositivo.

### 3.2 DA TAXATIVIDADE DO ROL ELENCADO PELO ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como visto anteriormente, o Código de Processo Civil promulgado em 2015 indica, em seu artigo 1.015, novas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, rompendo com as disposições trazidas outrora pelo Código anterior. Foi visto, também, que consistia o Código de Processo Civil de 1973 uma exceção na legislação brasileira no que se refere às disposições acerca do agravo de instrumento, que tinha como tradição a enumeração casuística das possíveis decisões agraváveis (GONZALEZ, 2016, p. 233).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, tais hipóteses de cabimento consistem em decisões interlocutórias que tratam de matéria própria do procedimento de conhecimento, em que pese tenha sido estabelecida a exceção de ser agravável qualquer decisão interlocutória na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário (BRASIL, 2015). A fim de melhor ilustrar, colaciona-se a seguir o artigo 1.015:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:  
I - tutelas provisórias;  
II - mérito do processo;  
III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;  
IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;  
V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;  
VI - exibição ou posse de documento ou coisa;  
VII - exclusão de litisconsorte;  
VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;  
IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;  
XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;  
XII - (VETADO);  
XIII - outros casos expressamente referidos em lei.  
Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. (BRASIL, 2015)

Importante ressaltar que não se pretende, pelo caráter não exaustivo inerente ao presente trabalho, adentrar em cada uma das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, haja vista que as mesmas são imediatamente recorríveis, com plena garantia do texto legal. A este estudo importa, por outro lado, que se discuta acerca da taxatividade ou não do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, bem como se faz necessário o entendimento do que se considera um rol taxativo ou um rol exemplificativo, conforme será visto a seguir.

Primeiramente, cabe lembrar que essa discussão não é recente: o Código de Processo Civil de 1939 já levantava questionamentos acerca da taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, principalmente no que dizia respeito a seus aspectos negativos e falhos. A limitação do referido Código consistia no fato de que o mesmo não continha previsão genérica sobre a recorribilidade de decisão interlocutória que pudesse trazer dano grave e de difícil reparação à parte, fazendo com que se valesse de sucedâneos recursais, tais como a reclamação, a correição parcial e o mandado de segurança (GONZALEZ, 2016, p. 343).

Consequentemente, os prejuízos desses meios de impugnação à sistemática do Poder Judiciário fizeram com que o Código de Processo Civil de 1973 proporcionasse, a princípio, a mais ampla liberdade de recorribilidade das decisões interlocutórias via agravo de instrumento (GONZALEZ, 2016, p. 344). Entretanto, as recorrentes reformas legislativas do texto do CPC/1973 evidenciaram a necessidade de se restringir as possibilidades do agravo de instrumento, a fim de tornar o processo mais ágil, desburocratizado e célere (WAMBIER, 2005 apud MULLER, 2016, p. 127).

Neste desiderato, elaborou e concretizou-se o Código de Processo Civil de 2015, trazendo, no artigo 1.015, um rol de decisões agraváveis que representa as situações responsáveis pela grande maioria de recursos, como, por exemplo, as decisões relativas à tutela de urgência. Contudo, entende-se que o rol deixou de incluir hipóteses “que não possuem força estatística para justificar o objetivo de celeridade”,

servindo tal modificação apenas “para criar injustiças e anomalias” (GREZELLE, 2012 apud MULLER, 2016, p. 127).

Dessa forma, levanta-se a questão: deve-se considerar o rol do artigo 1.015 taxativo ou exemplificativo? Primeiramente, faz-se mister referir que se entende o último como caracterizado pela mera sugestão de possibilidades, tais como as decisões imediatamente recorríveis, no caso do agravo de instrumento; o rol exemplificativo autoriza, portanto, que se promova uma interpretação aberta sobre os demais casos. Por outro lado, o rol taxativo caracteriza-se por não permitir ampliação interpretativa; devendo-se observar, contudo, que taxatividade não significa literalidade (MULLER, 2016, p. 84).

Isso implica dizer que um rol tido como taxativo não comporta uma ampliação por analogia; entretanto, como toda regra jurídica, a este rol é possível que se confira uma interpretação extensiva. Veja-se que, nessa forma de interpretação, não ocorre o alargamento do conteúdo da norma (como ocorreria com um rol exemplificativo), mas sim se permite o reconhecimento de que determinada situação é por ela regida, em que pese sua linguagem mais restrita (GRECO FILHO, 1997 apud MULLER, 2016 84-85).

Tratando da classificação do rol elencado pelo artigo 1.015 do CPC/2015, Gabriel Araújo Gonzalez refere que se tem duas alternativas à compreensão do dispositivo: ou seria o rol exemplificativo, havendo mais decisões agraváveis não nomeadas expressamente; ou o rol é taxativo, sendo inadmissível o agravo de instrumento como meio de impugnação de hipóteses diversas (2016, p. 344). Defende o autor que, ao se entender pela taxatividade, deverá se verificar se a utilização de sucedâneos recursais será ou não permitida, considerando a inadmissibilidade do agravo de instrumento perante decisões não expressas no rol do referido artigo (GONZALEZ, 2016, p. 344).

Por entender Gonzalez que há flagrante prejuízo na postergação da análise de algumas decisões interlocutórias, ao mesmo tempo em que o artigo 1.015 “abarcas impugnações cuja postergação seria plenamente plausível”, afirma o autor que o CPC/2015 não é restritivo quanto às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, devendo o rol ser classificado como exemplificativo (2016, p. 350-351). Fundamentando sua posição, refere que o legislador deliberadamente ampliou tais hipóteses, demonstrando, assim, que não se pretende dar tratamento mais rigoroso que o dado no período final da vigência do CPC/1973 (GONZALEZ, 2016, p. 353).

Em contrapartida, Didier Jr. e Cunha (2017), assim como Müller (2016), descartam a hipótese de que pode ser o rol do artigo 1.015 meramente exemplificativo, tendo em vista que a ampliação das hipóteses de cabimento seria uma exceção à regra. Theodoro Jr. (2017b, p. 1282) compartilha do referido entendimento, referindo que não se deve afirmar pela irrecorribilidade de certas decisões interlocutórias no CPC/2015, haja vista a possibilidade prevista em seu artigo 1.009, §1º, *in verbis*:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

§ 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

§ 3º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença. (BRASIL, 2015)

Diante de tal disposição, Theodoro Jr. entende que se deve falar em decisões imediatamente recorríveis, sendo estas as expressas no artigo 1.015, do CPC/2015; e em decisões que se sujeitam à impugnação posterior, por meio de preliminar de apelação, caso este em que não ocorre a preclusão das matérias não agraváveis até o momento oportuno de recurso (2017b, p. 1282). Em contraposição, compreende Gonzalez que a apelação é, em alguns casos, inapta a tutelar satisfatoriamente o direito supostamente violado, motivo pelo qual o agravo de instrumento será o recurso cabível, mesmo se a decisão atacada não constar expressamente no rol do artigo 1.015 (2016, p. 354)

Embora não admita a classificação do referido rol como exemplificativo, conforme argumenta Gonzalez (2016), Müller entende que defender a taxatividade absoluta do referido artigo “seria como coroar lesão de direito, ferindo regras do direito fundamental do Devido Processo Legal”, de modo que, para admiti-la, teria o rol de ser também exaustivo<sup>1</sup>, incluindo toda e qualquer hipótese de decisão interlocutória que pudesse trazer prejuízo imediato à parte (2016, p. 84). Ademais, sustenta Müller que, ao se defender a taxatividade absoluta das hipóteses de cabimento, algumas

---

<sup>1</sup> Doutrinariamente, tem-se, ainda, a noção de rol exaustivo ou não, a depender se o mesmo pretende esgotar todas as possibilidades fático-jurídicas, abrangendo os mínimos pormenores (MULLER, 2016, p. 84).

situações decisórias seriam efetivamente irrecorríveis, dada a natureza dificilmente reparável do dano à parte (2016, p. 83).

Nesse sentido, vislumbra-se um considerável número de decisões judiciais que podem, indubitavelmente, ocasionar prejuízo imediato à parte, ou mesmo a terceiros, caso não se possibilite uma medida recursal imediata. Refere Müller, com razão, que “a reclamação apenas no momento do recurso de apelação pode ser inefetiva e tardia” (2016, p. 81), motivo pelo qual argumenta em favor da compreensão do rol das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento como em forma de “taxatividade exemplificativa” (2016, p. 84).

Um relevante exemplo, e por isso abordado com ênfase neste estudo, é o caso de decisões em matéria probatória. Veja-se que o artigo 1.015 do Código de Processo Civil prevê, em seu inciso VI, o cabimento do agravo de instrumento contra decisão que trata da exibição e posse de documento ou coisa (BRASIL, 2015). Ainda, o inciso XI do mesmo artigo dispõe que é cabível agravo de instrumento em face de decisão acerca da redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º (BRASIL, 2015).

Contudo, o cabimento do agravo de instrumento contra decisão em matéria probatória limita-se, a princípio, às situações dos referidos incisos, não se explicitando a possibilidade de interposição contra decisão que indefere a produção de provas pretendida pela parte. Sobre esse tema, pondera Muller que:

Há hipóteses em que a prova pericial, e mesmo testemunhal tem que ser produzida imediatamente sob pena de perecimento desta prova. Pode ocorrer a impossibilidade material da produção da prova quando do momento do recurso de apelação. (2016, p. 82)

Tendo em vista casos como o supramencionado, tanto Müller (2016) quanto Didier Jr. e Cunha (2017, p. 242) argumentam em favor da possibilidade de conferir ao artigo 1.015 uma interpretação extensiva, já que tal prática, jurisprudencial e doutrinariamente, não se mostra incompatível com a taxatividade do referido dispositivo. Isso porque, primeiramente, interpreta-se o enunciado normativo em seu sentido literal, para posteriormente o analisar crítica e sistematicamente, averiguando-se, assim, se a interpretação literal é coerente com o sistema em que a norma se insere (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 242).

Nesse sentido, trata-se a interpretação extensiva de modo de interpretação corretiva, a ser aplicada em casos de divergência entre o sentido literal e o sistemático



da norma, ampliando-se seu sentido para além do expressamente previsto pelo legislador, mas ainda de acordo com sua pretensão (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 242-243). Assim, contendo o texto normativo “denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas (ou mais vagas e ambíguas do que são em geral, em face da imprecisão da língua natural de que se vale o legislador)” (FERRAZ JR, 2003 apud DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 243).

Veja-se que não se estende o conteúdo da norma; o que se pretende é o reconhecimento de que “determinada hipótese é por ela regida, ainda que a sua expressão verbal não seja perfeita” (GRECO FILHO, 1997 apud MULLER, 2016, p. 85). Deve-se compreender, portanto, que taxatividade não implica em literalidade, de forma que o caso não previsto expressamente pode, sim, estar abrangido pelo texto legal, quando se identificar, em ambos, os mesmos ou similares espírito, fins e efeitos (MULLER, 2016, p. 85).

Entretanto, e se ousa dizer que infelizmente, os tribunais não vêm assim decidindo, com poucas exceções. Em sentido contrário à interpretação extensiva, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Marco Aurélio Belizze proferiu recente decisão monocrática, nos autos do Recurso Especial nº 1700500/SP, não dando provimento ao mesmo com fundamento na taxatividade absoluta do artigo 1.015 do CPC/2015 e na impossibilidade de aplicar-lhe interpretação extensiva. *In verbis*:

**RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO ELENCADE NO ROL TAXATIVO DO ART. 1.015 DO NOVO CPC. NÃO CABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECORRIBILIDADE EM PRELIMINAR DE APELAÇÃO OU CONTRARRAZÕES. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO.** Trata-se de recurso especial interposto por Engenharia Ramos Junior Ltda, com base no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, desafiando acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 364): “AGRAVO DE INSTRUMENTO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE Decisão que reconheceu a conexão entre a ação de cobrança originária e uma ação declaratória de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado Pretensão de nulidade ou de reforma. NÃO CONHECIMENTO: Decisão interlocutória não enquadrada no rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015. RECURSO NÃO CONHECIDO.” Na origem foi interposto agravo de instrumento contra decisão do Juízo da causa [...]. O recurso, no entanto, não foi admitido por não se enquadrar nas hipóteses do art. 1.015 do Código de Processo Civil/2015. Daí o presente recurso especial, no qual se alega, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 1.015 do Código de Processo Civil/2015. Afirma que “ao analisar o art. 1.015 do CPC, parte da doutrina tem ressaltado que, embora o rol nele estabelecido seja taxativo, as hipóteses previstas no rol devem ser interpretadas em conjunto com os princípios norteadores do processo civil, admitindo, em casos como o dos autos, interpretação extensiva” (e-STJ fl. 371). [...] **Com efeito, a pretensão do requerente esbarra na vedação expressa do art. 1.015 do Código de**

**Processo Civil/2015, visto que a decisão que reconhece a conexão não está inserida no rol daquelas que podem ser objeto de agravo de instrumento.** Nesse sentido, é a lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (Curso de direito processual civil, Vol. 3, 13 ed. - Salvador, Jus Podivm, 2016, pp. 208/214), para quem **"o elenco do art. 1.015 do CPC é taxativo. As decisões interlocutórias agraváveis, na fase de conhecimento, sujeitam-se a uma taxatividade legal"**; e mais o escólio de Daniel Amorim Assumpção Neves (Novo Código de Processo Civil Comentado, Jus Podivm, 2016, pp. 1.687- sem grifo no original), "As decisões interlocutórias que não puderem ser impugnadas pelo recurso de agravo de instrumento não se tornam irrecuráveis, o que representaria nítida ofensa ao devido processo legal. Essas decisões não precluem imediatamente, devendo ser impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC". Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial. (BRASIL, 2017 - grifo nosso)

Da leitura supra, percebe-se que a decisão tem base inclusive no entendimento dos processualistas Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, os quais também fundamentaram o presente estudo. Entretanto, com a devida vênia ao ilustre Ministro, a colacionada decisão monocrática limita a ideia trazida pelos doutrinadores, desconsiderando a palavra dos mesmos quando explicitamente defendem não ser a interpretação extensiva incompatível com o rol taxativo do artigo 1.015 do CPC/2015 (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 242), conforme já mencionado neste trabalho.

No mesmo entendimento do louvável Ministro do STJ, diversas decisões e acórdãos foram proferidos por juízos de primeiro grau e tribunais desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Contudo, encontra-se também pronunciamentos que compartilham da mesma concepção acerca da interpretação extensiva do rol que elenca as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Colaciona-se, a seguir, acórdão proferido pela 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, com relatoria designada ao Desembargador James Eduardo Oliveira que deu provimento a agravo interno:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE ACOLHE PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA. CABIMENTO. ART. 1.015 DO CPC. **INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA E EXTENSIVA. POSSIBILIDADE.** CABIMENTO DO RECURSO. DECISÃO MONOCRÁTICA REFORMADA. I. O Código de Processo Civil de 2015 não contempla a decisão que acolhe a preliminar de incompetência no rol dos pronunciamentos que podem ser impugnados por meio de agravo de instrumento descrito em seu artigo 1.015. II. Não obstante o caráter exaustivo do catálogo do artigo 1.015, **não é vedado o recurso à interpretação extensiva ou analógica de alguma das hipóteses nele listadas, sobretudo com o propósito de favorecer a segurança jurídica e a razoável duração do processo.** III. **Se, por um lado, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento são dispostas numerus clausus, de outro, mostra-se imperioso transigir quanto à possibilidade de**



**extensão de alguma delas a situações dirimidas por decisões substancialmente similares.** IV. Se é agravável a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem e, por via de consequência, estabelece a competência do órgão jurisdicional, não há razão para excluir da abrangência recursal do agravo de instrumento a decisão que estabelece a competência interna, isto é, a competência de um órgão jurisdicional em face dos demais. V. [...] IX. Recurso conhecido e provido. (BRASIL, 2016a)

Assim também julgou o Desembargador Renato Lopes de Paiva, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na relatoria do Agravo de Instrumento nº 15263568, do qual se colaciona fragmento da decisão que deu provimento ao mesmo:

[...] A respeito da taxatividade do rol acima descrito esclarece a doutrina: "IV. Abrangência das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. **Casos de incompatibilidade procedimental com o regime de impugnabilidade da decisão interlocutória apenas em apelação.** Como se disse, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, embora taxativas, são bastante amplas. Mesmo assim, segundo pensamos, **essas hipóteses legais de cabimento do agravo de instrumento devem ser interpretadas de modo adequado à finalidade da lei.** Assim, p. ex., **a decisão interlocutória que indefere pedido de produção antecipada de prova fundada em urgência (art. 381, I, do Código de Processo Civil/2015) acaba sendo abrangida pelo inc. I do art. 1.015 do Código de Processo Civil/2015 (por tratar-se de variação de tutela provisória de urgência).** [...]" (MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado : com remissões e notas comparativas ao Código de Processo Civil/1973 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016; p. 1.503) **Portanto, apesar da taxatividade expressa pelo rol constante do art. 1.015 do Novo Código de Processo Civil, as hipóteses nele previstas devem ser interpretadas para alcançar a finalidade da norma por elas descritas.** [...] (BRASIL, 2016b - grifo nosso)

Como dito, ambas as decisões referidas acima são raras exceções em meio aos inúmeros julgados, inclusive de tribunais superiores, que entendem pela taxatividade absoluta das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se diversos exemplos de enumerações taxativas que comportam interpretação extensiva, tanto no direito tributário, quanto no penal e, especialmente, no civil - era o caso, por exemplo, do inciso VIII do artigo 485 do CPC/1973, que recebeu interpretação extensiva pela doutrina para ampliar as

hipóteses em que se permitia o ajuizamento de ação rescisória<sup>2</sup> (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 243-244).

Negar tal possibilidade implica em assumir o risco da proliferação do uso de sucedâneos recursais, tais como o mandado de segurança, já que há hipóteses não sujeitas ao agravo de instrumento cuja prejudicialidade não admite a espera da impugnação através da apelação (WAMBIER, 2015 apud MULLER, 2016, p. 82). Por esse motivo, defende Gonzalez que “quando a apelação não for capaz de tutelar satisfatoriamente o direito supostamente violado por uma decisão interlocutória, o agravo de instrumento é o recurso cabível” (2016, p. 354).

Isso considerado, é inegável que os sucedâneos recursais sejam mais desvantajosos, tanto para as partes, quanto em termos de política e gestão judiciária. Mesmo que a prática da interpretação extensiva do texto normativo se dê a fim de evitar o uso atípico do mandado de segurança, por exemplo, esse tipo de consequencialismo<sup>3</sup> não é, sem dúvidas, negativo (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 244-245). Como bem elucidam Didier Jr. e Cunha, o consequencialismo também consiste em um método de interpretação, que tem por objetivo conduzir o intérprete à opção que promove “resultados econômicos, sociais e políticos mais aceitáveis, mais favoráveis, mais adequados e menos problemáticos” (2017, p. 245).

Dessa forma, entende-se que a interpretação do artigo 1.015 do CPC/2015 deve ir além da mera literalidade do texto normativo, atuando extensivamente, através de comparações e isonomizações, com o propósito de buscar “uma melhor integração entre a norma e a realidade” (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 245). Entretanto, diante do entendimento pela taxatividade absoluta do artigo 1.015 do CPC/2015, atualmente prevalecente na jurisprudência, pretende-se, no próximo item deste capítulo, expor os possíveis resultados, tanto de caráter prático quanto teórico, decorrentes da

---

<sup>2</sup> “O inciso VIII do art. 485 do CPC-1973 previa a ação rescisória para o caso de haver razão para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseava sentença rescindenda. Nada obstante isso, a doutrina estendia essa hipótese de cabimento para os casos de reconhecimento da procedência do pedido, não previsto expressamente, além de corrigir a referência à desistência, que deveria ser lida como renúncia ao direito sobre o que se funda a ação. O entendimento é unânime. Às situações descritas no inciso VIII do art. 485 do CPC-1973 deviam ser adicionadas aquelas outras que não estavam expressamente mencionadas, que receberiam o mesmo tratamento. Eram situações semelhantes, que se aproximavam e mereciam a mesma solução normativa.” (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 244)

<sup>3</sup> O termo consequencialismo refere-se, *lato sensu*, “a qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas”. (SCHUARTZ, 2011, p. 384).

irrecorribilidade imediata da decisão que indefere a produção de provas, porquanto hipótese não abrangida pelo referido dispositivo.

### 3.3 CONSEQUÊNCIAS DA IRRECORRIBILIDADE IMEDIATA DA DECISÃO QUE INDEFERE A PRODUÇÃO DE PROVAS

O Novo Código de Processo Civil instituiu um rol de hipóteses de cabimento para a interposição de agravo de instrumento, optando, aparentemente, pela taxatividade das circunstâncias elencadas pelo artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015. Quando em frente de decisão interlocutória que não se encontra expressamente prevista no referido artigo, entende Theodoro Jr. que inexistente “recurso capaz de atacar, de imediato, a ilegalidade e o abuso de poder praticado” (2017b, p. 1284).

Dentre as hipóteses imediatamente irrecorríveis, encontra-se a decisão que indefere a produção de provas requerida pelas partes. Já foi visto que os incisos VI e XI do artigo 1.015 do CPC/2015 tratam de matéria probatória, prevendo que a exibição ou posse de documento ou coisa e a redistribuição do ônus da prova serão agraváveis (BRASIL, 2015). Sobre a segunda circunstância, refere Gonzalez que o texto legislativo foi correto ao incluí-la, haja vista que se trata de decisão que rege o comportamento e a estratégia das partes no curso da instrução processual, sendo mais que mero incidente no procedimento, motivo pelo qual se mostra importante conferir-lhe uma maior segurança (2016, p. 292).

Por outro lado, a previsão expressa da primeira hipótese de matéria probatória elencada pelo referido dispositivo meramente impede o acesso à prova, geralmente documental, mas não obsta sua produção, como faria uma decisão que indefere o pedido de prova pericial, por exemplo. Nesse sentido, defende o autor que a decisão que indefere a produção de determinado meio de prova, tal como a prova pericial e testemunhal, consiste inegavelmente em maior dano à parte requerente, principalmente por se tratar de fase procedimental exclusiva do primeiro grau de jurisdição (GONZALEZ, 2016, p. 292).

Dessa forma, tanto Gonzalez (2016) como Müller (2016) entendem que há clara incongruência no sistema. Isso porque, em um primeiro momento, é expressamente permitida a recorribilidade imediata de decisão que indefere a exibição de determinada prova, seja ela documento ou coisa; para, mais adiante, em que pese no mesmo

procedimento processual, vedar-se o recurso imediato contra decisão que denega a produção de outros meios de prova, mesmo que a postergação do reexame da segunda decisão seja igualmente ou mais gravosa ao interesse das partes que a primeira (GONZALEZ, 2016, p. 250; MULLER, 2016, p. 173).

Concordando com o posicionamento acima, parte da doutrina, aqui representada por Theodoro Jr., defende ser “inadmissível, dentro do processo justo e efetivo, garantido pela ordem constitucional, deixar desamparado o titular de direito líquido e certo ofendido por ato judicial abusivo ou ilegal” (2017b, p. 1284). Por esse motivo, apresentam a possibilidade de impetração do mandado de segurança, remédio constitucional garantido pelo art. 5º, LXIX, da CF/1988 e assegurado pela Lei nº 12.016/2009, contra ato judicial consistente em hipótese de decisão interlocutória não agravável, isto é, que se enquadre como decisão contra a qual não cabe recurso com efeito suspensivo (artigo 5º, II, da Lei nº 12.016/2009 - BRASIL, 2009; THEODORO JR, 2017b, p. 1283-1284).

Entretanto, tal análise merece cuidado, haja vista que não há ausência de recurso cabível contra decisão interlocutória não expressamente prevista e elencada no rol do artigo 1.015 do CPC/2015: tal decisão poderá ser impugnada, mesmo que tardiamente, através de preliminar em recurso de apelação, conforme dispõe o artigo 1.009, §1º do CPC/2015 (BRASIL, 2015; MULLER, 2016, p. 153). Portanto, entende-se que o mandado de segurança não consiste na saída mais vantajosa, principalmente tendo em vista que tal procedimento consiste em ação autônoma de impugnação, podendo acarretar em maior onerosidade ao sistema judiciário, agindo de encontro ao princípio da efetividade (MULLER, 2016, p. 154)

Por conseguinte, o uso anômalo do referido remédio constitucional pode contribuir para a perpetuação da falsa ideia de que o duplo grau de jurisdição representa “um entrave para a efetiva prestação jurisdicional”, porquanto dificulta os processos “de chegarem ao fim em um tempo razoável, o que acaba, de certo modo, prejudicando a solução dos conflitos”; ou, mais extremo e equivocado, ainda, que a observância do duplo grau dificulta o acesso à justiça (THEODORO JR, 2017b, p. 1182). Evidentemente, tal posicionamento acerca do princípio do duplo grau de jurisdição não se sustenta.

Theodoro Jr., brilhantemente, refere que “o fato de ser possível a protelação do desfecho do processo por meio de recursos abusivos não é, por si só, um argumento para desprestigiar por inteiro o duplo grau de jurisdição”, lembrando que

é justamente para impedir eventuais abusos que são previstos, no ordenamento jurídico, os devidos instrumentos coercitivos. Isto é, já existem competentes expedientes que objetivam inibir o uso procrastinatório dos recursos, mitigando os decorrentes e indesejáveis efeitos sobre a duração razoável do processo e a efetividade da tutela jurisdicional (2017b, 1182).

Entretanto, faz-se necessário compreender que, em que pese seja a celeridade uma das exigências de um processo efetivo, não se deve almejar a rapidez a qualquer custo, colocando-a em detrimento de princípios e garantias constitucionais ou suprimindo recursos e o acesso a eles (MULLER, 2016, p. 132). Veja-se que a eficiência processual se traduz na busca pela excelência em produtividade, o que não se alcança meramente através da norma processual: exige-se, em adição, a ampliação da estrutura organizacional do judiciário e sua pauta pelo planejamento, moralidade e transparência (MULLER, 2016, p. 134-135).

Outrossim, deve imperar o entendimento de que não há incompatibilidade entre a efetividade do processo e a garantia do contraditório, pelo contrário: ambas são indispensáveis ao verdadeiro acesso à justiça. Dessa forma, não pode a celeridade se sobrepor à essência do processo justo, que se funda no pleno contraditório e na cooperação dos sujeitos do processo. Por conseguinte, mostra-se imprescindível a garantia do duplo grau de jurisdição, porquanto decorrente do princípio do contraditório e, conseqüentemente, do direito de reivindicar, fiscalizar e criticar a prestação jurisdicional (THEODORO JR, 2017, p. 1182). Nesse sentido:

Ademais, se o moderno processo justo assegura aos litigantes participar ativa e efetivamente da formação do provimento judicial, submetendo ao crivo do contraditório não só as partes, mas também o juiz, é óbvio que terá de haver um mecanismo processual que permita a crítica ou censura ao decisório que primeiro avaliou e decidiu o conflito. (THEODORO JR, 2017b, p. 1179)

Considera-se, portanto, que, em decorrência das garantias processuais constitucionais, às partes é conferido o direito de movimentar a atividade jurisdicional, de argumentar em favor de sua pretensão e também de impugnar decisões a ela contrárias. A partir desse entendimento, Müller faz uma importante ressalva: “todos esses mecanismos de nada adiantariam se não fosse assegurado à parte o efetivo direito de provar” (2016, p. 172). E com razão, se observarmos que, diante do Estado Democrático de Direito e seus princípios fundamentais, uma demanda terá ou não

êxito em função das provas que se possam ou não produzir e apresentar em juízo (MULLER, 2016, p. 172).

Tratando sobre a temática da produção e função probatória no processo democrático, ensina Cristiano Becker Isaia que “produzir a prova em contraditório é valorizar o caso concreto, o que hoje se apresenta como uma exigência constitucional” (2011, p. 278). Isso posto, entende-se que esse novo cenário promove a prova processual como técnica de argumentação, sendo o processo de atribuição de sentido pelo magistrado realizado em conjunto ao debate, entre as partes, sobre a prova (ISAIA, 2011, p. 277-279), sendo esta, no processo civil moderno, o produto de um achado científico (ISAIA, 2011, p. 205)

Significa dizer, assim, que o que se pretende é a atividade jurisdicional em um contexto para além da mera averiguação da prova, buscando-se, com efeito, a compreensão do fato pelo julgador (ISAIA, 2011, p. 285). E tal compreensão e a consequente verdade processual possuem inegável relação com a maneira com a qual o intérprete está inserido em seu contexto, bem como ao modo de sua fundamentação, sua credibilidade e sua aceitabilidade acerca dos elementos de prova existentes e disponíveis nos autos (ISAIA, 2011, p. 231). Entretanto:

[...] a prova processual nos termos trabalhados tem muito a dizer nesse ambiente. Ela é quem afasta a possibilidade do intérprete (juiz) atribuir qualquer sentido a um fato ou a um preceito jurídico, que, ao contrário do sustentado pelo processualismo moderno, não está a sua disposição. Isso porque os sentidos são atribuídos pelo intérprete de acordo com a pré-compreensão da Constituição e com o que o plano fático se lhe mostra [...], sobrelevando o papel da prova. (ISAIA, 2011, p. 280-281)

Sendo assim, Isaia propõe a submissão da prova a um contraditório diferenciado, de modo que sua autenticidade possibilitará, enfim, a hermenêutica da verossimilhança do caso concreto e do direito a ele correspondente (2011, p. 290). Nesse novo ambiente processual, o vasto debate acerca da prova produzida e apresentada nos autos deve ser capaz de proporcionar ao juiz, ao final da relação processual, a tão almejada segurança de julgar; proferindo, por conseguinte, um juízo de certeza (SILVA, 2004 apud ISAIA, 2011, p. 240). Dessa forma, a formação de decisões a partir da efetivação do contraditório possibilita a promoção da descentralização do poder jurisdicional em prol da construção de um processo democrático, e não meramente como estrutura de poder (ISAIA, 2011, p. 219-220).



Todavia, mesmo diante do exposto, despontam sentenças arbitrárias; resultado inegável não só, mas também da possibilidade, expressamente prevista no sistema processual legal, de julgamento da pretensão das partes sem que tenha se colhido provas suficientes (ISAIA, 2011, p. 287-288). Nesse aspecto, refere Müller que o juiz não está imune a falibilidade humana, seja cometendo *errores in procedendo*, como no caso do indeferimento de produção de prova realmente pertinente; seja através de *errores in iudicando*, como ao fundamentar inadequadamente uma decisão (2016, p. 17). Outrossim, esclarece Isaia que:

O julgamento por quem não colhe a prova, por quem não faz/fez parte daquele caso, por quem não exerceu a imediatidade em relação à prova produzida no processo – o que ensejará o total desconhecimento daquele contexto – encontra morada numa explicação causal, porquanto o intérprete do caso (o juiz) não terá compreensão do mundo (caso concreto) que o cerca, resumindo-se num sujeito a-histórico naquele processo. A não-entrada na realidade do caso concreto (naquilo que realmente as partes e o caso são e representam), [...], levaria, à luz da hermenêutica de cariz filosófico aplicada ao processo civil, um sério problema interpretativo, porquanto a decisão, nestes moldes, não seria conteudística (e portanto, válida). (2011, p. 289)

Justamente pela possibilidade de cometimento de erros e falhas que são inerentes ao ser humano, categoria da qual não escapam os intérpretes-julgadores, é que se deve entender como natural o questionamento acerca dos atos judiciais. Não apenas compreendê-lo, mas também aceitar a impugnação como condição *sine qua non* da validade da atividade jurisdicional (THEODORO JR, 2017b, p. 1179). Nesse sentido, defende Isaia um modelo de processo pluralista, em que as partes e a sociedade “terão participação ativa na construção do ato jurisdicional, rompendo com o subjetivismo interpretativo para satisfazer valores democráticos, legitimando a própria atuação da magistratura” (2011, p. 218).

Assim, com a efetiva garantia do contraditório e da conseguinte construção colaborativa do provimento judicial, mostra-se possível prevenir que a opinião isolada e, por vezes, autoritária do juiz prevaleça imune (THEODORO JR, 2017b, p. 1179-1180). Acerca do polêmico duplo grau de jurisdição, bem preceitua Theodoro Jr.: “não é que se tenha sempre como melhor e mais justo o julgamento de segundo grau” (2017b, 1179). O que se pretende, em realidade, é a submissão da lide e de tudo que se fez no processo a um segundo olhar que ofereça maiores garantias que o primeiro, com o objetivo de verificar possíveis erros e suprir eventuais lacunas em que incorreu o primeiro juízo (CARNELUTTI, 1973 apud MULLER, 2016, p. 19).

Em posição contrária à defesa do duplo grau de jurisdição, parte dos críticos argumentam que o reexame é inútil quando apenas reitera a primeira decisão, consistindo o recurso em uma violação ao princípio da economia processual (MULLER, 2016, p. 18). Entretanto, veja-se que um processo cuja sentença é invalidada, por motivo qualquer, exigindo o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para a tomada das devidas providências, não traz a celeridade tão aclamada, tampouco é efetivo. Mas não somente essa situação: de nada adianta a recorribilidade se a efetividade do provimento não for alcançada; por exemplo, entende-se que a “discussão sobre a produção da prova é inútil na fase do recurso de apelação ou contrarrazões, pois sob a perspectiva prática, é inútil discutir a produção de provas após o fim da fase probatória” (MULLER, 2016, p. 151).

Isso é, sabe-se abertamente da grande probabilidade de perecimento de alguns meios de prova se não produzidos com celeridade: os indícios materiais que constituiriam objeto de prova pericial podem não mais subsistirem, assim como as testemunhas que deveriam ser ouvidas em audiência podem não mais saber relatar com propriedade os fatos controversos decorridos longos anos após sua ocorrência. Tendo em isso em vista, permite-se o entendimento de que não poderia o legislador ter intencionalmente pretendido criar obstáculos que possam impedir a produção de provas tão sensíveis como a pericial e a testemunhal, ainda mais por colocar em risco a (in) efetividade do processo através da tardia interposição de recurso contra decisão que possa causar tamanho prejuízo (MULLER, 2016, p. 161).

Dessa forma, mostra-se mais sensato e pertinente a interpretação extensiva das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento do que a espera até eventual apelação, ou do que o uso indiscriminado e inadequado do mandado de segurança para o reexame de interlocutórias urgentes. Isso porque, tal como a decisão que indefere o pedido de produção de provas, não há dúvidas de que existem circunstâncias não sujeitas ao agravo de instrumento que tem o potencial de causar grande prejuízo às partes, devendo ser desagravadas imediatamente (MULLER, 2016, p. 161).

Ao se admitir a taxatividade absoluta do rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, coloca-se a celeridade processual em detrimento do devido processo legal, da eficiência e efetividade da prestação jurisdicional. Como já visto, o processo, para ser efetivo, deve ser célere, contudo, deve primordialmente respeitar garantias tais como os princípios do contraditório e da ampla defesa (MULLER, 2016,



p. 132-134). Conquanto estejam os recursos incluídos nestas garantias, devido ao princípio do duplo grau de jurisdição, deve ser assegurada a possibilidade de que a parte tenha o direito à revisão de uma decisão lesiva, sem que a demora de tal revisão represente prejuízos irreparáveis.

Ademais, em um Estado Democrático de Direito, o direito à prova é uma garantia inerente ao devido processo legal, de modo que eliminar a possibilidade de recurso imediato contra decisão que indefere a produção probatória requerida pela parte, tida por esta como indispensável, significa “enfraquecer as garantias do acesso à Justiça, da ampla defesa e do próprio devido processo legal” (MULLER, 2016, p. 172). Deste modo, poderia a aplicação da interpretação extensiva no rol elencado pelo artigo 1.015 do Código de Processo Civil assegurar as garantias processuais e constitucionais, preservando ainda a vontade do legislador e atendendo os anseios dos jurisdicionados.

## 4 CONCLUSÃO

Ao longo da primeira parte do trabalho, pretendeu-se a análise da teoria da prova, demonstrando-se, assim, sua finalidade e imprescindibilidade no processo democrático, como sendo um instrumento que se presta à busca da verdade contextual e possível, possibilitando e fundamentando o convencimento tanto do magistrado, quanto das partes e da própria sociedade, bem como conferindo validade e aceitabilidade à decisão que resolve o conflito. Adiante, estudou-se a eficácia normativa dos princípios processuais e garantias fundamentais, assegurados pela Constituição Federal e reafirmados pelo Código de Processo Civil de 2015.

Compreendeu-se, assim, o papel dos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e da cooperação dentro de um processo justo e efetivo; além de se verificar as eventuais contraposições entre os princípios do duplo grau de jurisdição, da duração razoável do processo e da celeridade, eficiência e efetividade processual. Nesse sentido, foi possível constatar o status de garantia fundamental conferido ao direito à prova, porquanto instrumento de justiça e equidade corroborado pelos princípios e os valores que baseiam o direito processual no Estado Democrático de Direito.

Diante da confirmação do direito de provar como garantidor dos direitos processuais constitucionais, buscou-se averiguar a possibilidade ou não do recurso do agravo de instrumento como meio para assegurar o direito à prova. Foi visto que tal recurso sofreu consideráveis mudanças legislativas, tanto de conteúdo quanto de forma, ora facilitando e ora restringindo a impugnação de decisões interlocutórias, a depender de seu teor. Considerando sua prescrição no atual Código de Processo Civil, percebeu-se que o mesmo, à primeira vista, estabelece um rol em numerus clausus de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

Evidenciando-se os possíveis prejuízos de se postergar o reexame de certas decisões interlocutórias que não se encontram abrangidas pela enumeração das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, entre elas a decisão que indefere o pedido de produção probatória, foi necessário aprofundar o estudo a fim de verificar qual entendimento deverá ser aplicado quanto à taxatividade do rol do artigo 1.015 do CPC/2015. A partir do presente estudo, constatou-se que existem decisões que não permitem a postergação da impugnação para apenas através da apelação, porquanto podem produzir danos graves ou de difícil reparação desde a sua publicação.

Portanto, deve-se manter o entendimento que vem sendo enunciado pelos tribunais, afirmando-se pela taxatividade absoluta do referido dispositivo? Entende-se que não, porquanto se mostra não apenas possível, mas também mais coerente e sensato que ao mesmo se empregue a técnica da interpretação extensiva. Diante da análise feita pela presente monografia, defende-se que não se pode ou deve eliminar a necessidade de interpretação mesmo de um rol taxativo, tanto pela necessidade processual-democrática quanto para sua efetiva compreensão.

Ademais, compreende-se que a produção probatória possibilita ao juiz chegar o mais próximo possível da verdade dos fatos que envolveram as partes, motivo pelo qual é ela que deve pautar a decisão de mérito que dá fim ao processo. Desse modo, mais adequado seria se fosse permitido à parte a impugnação da decisão que indefere seu pedido de produção de provas com base nos elementos que evidenciem tanto a legitimidade do direito pretendido, quanto a possibilidade de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Isso porque se entende que quanto maior a gravidade do dano decorrente de uma decisão denegatória de provas, maior a necessidade de sua imediata revisão e, sendo o caso, de sua reforma. Para tanto, exige-se a admissão da interpretação extensiva como procedimento compatível mesmo diante de um rol taxativo como o do artigo 1.015 do CPC/2015, sob pena de supressão de direitos e garantias fundamentais, tais como o direito à prova e ao duplo grau de jurisdição, em prol de aspectos como a celeridade e a economia processual, que não devem advir apenas da norma processual, mas também e principalmente da organização e atividade jurisdicional.

Por fim, conclui-se pela manifesta gravidade ao sistema processual democrático que se sobreponha tais preceitos em detrimento do direito a um processo justo e efetivo, submetido ao crivo do contraditório e construído através da cooperação de todos os sujeitos envolvidos. Atualmente, deve-se entender os valores constitucionais e democráticos como condição de legitimidade da atividade jurisdicional, que deve ser capaz de atender aos anseios da sociedade, assegurando, dessa forma, a efetividade dos direitos sociais fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lucio de. **A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial**. 2011. 211 p.. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2011. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-8MRFX8>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Acórdão nº 978761, Agravo Interno nº 20160020344135AGI, Relator: Desembargador Sérgio Rocha, Relator Designado: Desembargador James Eduardo Oliveira. 4ª Turma Cível. Brasília, 19 out. 2016. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 27 nov. 2017. (a)

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Agravo de Instrumento nº 15263568. Relator: Desembargador Renato Lopes de Paiva. Curitiba, 16 ago. 2016. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12214873/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1526356-8>>. Acesso em: 27 nov. 2017. (b)

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1700500/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Brasília, 07 nov. 2017. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoões/toc.jsp?livre=%28%22MARCO+AUR%C9LIO+BELLIZZE%22%29.min.&processo=1.700.500&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. v. 1.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 12. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 14. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. v. 3.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking rights seriously.

GONZALEZ, Gabriel Araújo. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015**. 2016. 380 p. Tese (Mestrado - Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/19980>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

ISAIA, Cristiano Becker. **A necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do direito processual civil e o desvelar do caso concreto com a sentença liminar de mérito**: a jurisdição-processual herdada e a jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia no processo. 2011. 345 p. Tese (Doutorado – Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, RS, 2011. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3996>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 383-418.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MULLER, Ana Cláudia Rodrigues. **Do rol não taxativo do agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015**. 2016. 187 p. Tese (Doutorado - Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, SP, 2016. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/19541>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**:

Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 265.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. (a)

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 3. (b)