

## APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO

É com imenso prazer que (re)apresentamos à comunidade jurídica brasileira a Coleção Liebman, que, acreditamos, até os mais jovens conhecem, ainda que apenas “de ouvir falar”.

Trata-se de um conjunto de monografias que, além de baseadas em sólida bibliografia, têm evidente viés pragmático. São livros, portanto, que interessam, a um só tempo, a estudiosos e àqueles que lidam com o direito, na prática: advogados, juízes, promotores, procuradores, defensores públicos.

Esta coleção teve seu primeiro livro publicado em 1977 e nela escreveram então jovens estudiosos que hoje são grandes processualistas, como José Rogério Cruz e Tucci, Teori Zavascki, Nelson Nery Junior, entre muitos.

Orientada por Arruda Alvim, que continua nesta função, cujo pensamento e cuja escola sempre tiveram como nota marcante justamente a necessidade de se extrair rendimento prático do estudo e da reflexão sobre teoria, esta coleção homenageia Enrico Tullio Liebman. Esse processualista italiano veio ao Brasil fugindo da Segunda Guerra Mundial, que então destruía a Europa. Tivemos a sorte de tê-lo tido entre nós por muitos anos, formando e ensinando processualistas brasileiros. O Código de Processo Civil de 1973 tem a sua marca e tem-na também o Código de 2015. No CPC de 2015, deram-se passos à frente em vários campos, para resolver problemas que não existiam à época em que foi elaborado o projeto do diploma anterior, como por exemplo, os conflitos de massa ou a excessiva demora dos processos. Abriu-se mão, em certa dimensão, da segurança, em favor da efetividade, na linha da tendência que se vinha revelando evidente ao longo dos mais de vinte anos de reformas pelas quais passou o CPC de 1973. Mas as linhas fundamentais do pensamento de Liebman no que diz respeito à resolução de conflitos individuais estão visivelmente mantidas, tendo-se, até mesmo, incorporado a sua mudança de opinião quanto às condições da ação, com a exclusão da possibilidade jurídica do pedido como hipótese autônoma.

Publicar na Coleção Liebman sempre foi o desejo maior dos que defendiam suas dissertações ou teses, escritas sob esta orientação: teoria e prática, sempre uma ao lado da outra. Se a teoria não serve à prática, é inútil; se a prática nada tem a ver com a teoria, é porque se terá abastardado em demasia. Por isso, a relevância de se lidar com uma sem tirar os olhos da outra. Os livros da Coleção Liebman sempre ostentaram a continuarão a ostentar esta característica.

O outro traço marcante da coleção foi sempre sua variedade temática. Tanto o seu patrono quanto o fundador notabilizaram-se pelo olhar universal, o espírito aberto para o enfrentamento dos mais variados temas do direito processual e a grande aptidão para o debate. Esse atributo fez-se refletir na coleção: todos os grandes institutos processuais foram nela contemplados. E assim ela continuará: direito probatório, arbitragem, preclusão (“estabilidade processual”), responsabilidade patrimonial, negócios processuais, fundamentação das decisões, tutela sumária, sentença e precedentes estão entre os temas objeto das obras que integram essa retomada da coleção. Ou seja: nenhuma obsessão monotemática, nenhum credo, nenhuma cartilha. Vigora a liberdade de pensamento – o que obviamente não significa desapego à qualidade nem ao rigor de método.

A Editora RT, a seu turno, sempre se singularizou por apoiar jovens juristas que vieram a tornar-se nomes consagrados como Arruda Alvim e Dinamarco.

Nada mais oportuno e elogiável do que a iniciativa da Editora RT de revitalizar esta coleção, em momento tão importante para o Brasil, às vésperas da entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER  
EDUARDO TALAMINI

## PREFÁCIO

Este livro de Paulo Osternack Amaral merece especial atenção de todo aquele que se dedica ao estudo do processo civil brasileiro.

Essa recomendação já se justificaria pelas próprias credenciais do autor. Mestre e doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ele já publicou um livro muito importante e de não poucos méritos sobre a participação da Administração Pública em processos arbitrais, tem elaborado ótimos ensaios, é um professor cujas qualidades são reconhecidas por seus alunos e colegas.

Mas há um aspecto objetivo que torna a recomendação ainda mais intensa. Essa é uma das primeiras obras monográficas, de cunho propriamente doutrinário, que se publicam desde a aprovação do Código de Processo Civil de 2015 (outras estão por vir – muitas delas dentro desta própria Coleção Enrico Tullio Liebman). E a postura e método adotados por Paulo Amaral são dignos de nota.

Por um lado, ele não se comporta como que se o novo Código tivesse “(re)inventado o mundo”. Não superdimensiona inovações meramente nominais que explicitam normas que antes, a rigor, já vigoravam. Nem se deslumbra diante de mecanismos cujo verdadeiro alcance e concreta eficácia ainda dependerão da experiência.

Mas Paulo também não incide no mal oposto, ainda maior. Ele não acha que o novo Código é o “fim do mundo”. Não incorre naquilo que já tive a oportunidade de designar de “hermenêutica da má-vontade”. Toma em conta as normas do novo Código com o espírito desarmado, sem preconceitos – dando-lhe a relevância exigida em um estudo dogmático de direito processual.

Aliás, isso reflete qualidade marcante do autor. Ele mostra-se permanentemente aberto ao diálogo, ao estudo das diferentes correntes, escolas. Sem deixar de lado a capacidade crítica, está sempre disposto a ouvir o que cada um tem a dizer. É um exemplo admirável, que devemos todos procurar seguir.

O resultado é um livro de grande qualidade. Examinando a incidência da liberdade sobre a prova, em suas várias dimensões (atipicidade, informalidade, disponibilidade convencional...), Paulo Osternack Amaral produz uma obra de muita erudição e serventia – que vem a calhar aos estudiosos e aplicadores do Código de 2015, mas que também é, como deve ser uma trabalho desse quilate, atemporal.



Enfim, uma obra especialmente adequada para figurar no conjunto de livros que compõem a retomada da Coleção Enrico Tullio Liebman.

EDUARDO TALAMINI



## SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS .....	9
APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO.....	13
PREFÁCIO .....	15
INTRODUÇÃO .....	23
1. Justificativa para a escolha do tema .....	23
2. Estrutura do trabalho .....	25
3. A sistematização proposta .....	27
4. A tese.....	28
5. Os ajustes promovidos para a versão comercial .....	29
1. TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO CIVIL .....	31
1.1 Conceito de prova .....	31
1.2 Objeto da prova .....	32
1.3 Direito fundamental à prova.....	35
1.4 Natureza da atividade estatal de produção de provas.....	36
1.5 Diretrizes fundamentais da atividade probatória .....	37
1.5.1 Princípio da aquisição das provas (ou comunhão das provas) .....	37
1.5.2 Princípio do livre convencimento motivado (persuasão racional)	38
1.5.2.1 O sistema probatório adotado pelo processo civil brasileiro .....	38
1.5.2.2 A liberdade contida do julgador na avaliação das provas	39
1.5.3 Poderes instrutórios do juiz .....	40
1.6 Ônus da prova .....	45
1.6.1 Definição de ônus.....	45
1.6.2 Ônus perfeito e ônus imperfeito .....	46
1.6.3 Ônus subjetivo e ônus objetivo .....	46
1.6.4 Distribuição do ônus da prova: art. 373 do CPC.....	48
1.6.5 Inversão do ônus da prova.....	49
1.6.6 Momento da inversão do ônus da prova .....	50
1.6.7 Distribuição dinâmica do ônus da prova .....	52

1.7	Fonte de prova e meio de prova .....	55
1.7.1	Fonte de prova .....	55
1.7.2	Meio de prova.....	56
1.7.3	Finalidade da distinção entre fontes e meios de prova.....	56
1.8	Liberdade probatória: a admissibilidade de provas atípicas (ou inominadas) .....	57
<b>2.</b>	<b>A TIPICIDADE NO PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>59</b>
2.1	A dicotomia entre tipicidade e atipicidade.....	59
2.2	A noção de tipo.....	59
2.3	As funções do tipo .....	62
2.4	A distinção entre tipo e conceito.....	63
2.5	Tipicidade aplicada ao direito probatório .....	64
2.6	Atipicidade dos meios de prova e atipicidade do exercício do direito de ação .....	66
<b>3.</b>	<b>A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>68</b>
3.1	Conceito de prova atípica .....	68
3.2	Permissivo legal das provas atípicas no Brasil: art. 369 do CPC .....	70
3.2.1	A possibilidade de se provar por “todos os meios legais” .....	72
3.2.2	O significado de provas “moralmente legítimas” .....	73
3.2.2.1	Direito e moral .....	74
3.2.2.2	A exigência de um processo ético: deveres e responsabilidades .....	76
3.2.2.3	A exigência de comportamento ético em relação à produção de provas .....	79
3.2.2.4	A produção de provas imorais e o princípio da proporcionalidade .....	81
3.2.3	A incidência da prova sobre fatos “em que se funda o pedido ou a defesa” .....	82
3.3	A compatibilidade entre o art. 369 do CPC e o art. 212 do CC.....	82
3.4	A delimitação do art. 13 da LINDB pela regra do art. 369 do CPC.....	83
3.5	Prova atípica no contexto do devido processo legal.....	83
<b>4.</b>	<b>CASOS DE PROVAS ATÍPICAS .....</b>	<b>85</b>
4.1	Considerações iniciais .....	85
4.2	Carta Psicografada.....	85
4.3	Constatações realizadas por oficial de justiça .....	86
4.4	Declarações extrajudiciais .....	87
4.5	Perícias extrajudiciais.....	89
4.6	Prova estatística e prova por amostragem .....	90

4.7	Reconstituição simulada dos fatos.....	92
4.7.1	O cabimento da reconstituição de fatos no âmbito penal.....	92
4.7.2	O cabimento da reconstituição de fatos no âmbito civil.....	94
4.8	Sentença como meio de prova .....	95
4.9	Eficácia processual da prova atípica e sua valoração .....	96
4.10	A prova atípica como opção residual .....	97
<b>5.</b>	<b>DA ATIPICIDADE À TIPICIDADE DOS MEIOS DE PROVA.....</b>	<b>98</b>
5.1	A tipificação de meios probatórios atípicos .....	98
5.2	Prova emprestada: contornos gerais .....	98
5.2.1	Prova produzida em juízo incompetente .....	102
5.2.2	Prova produzida em processo anulado ou extinto sem enfrentamento do mérito.....	103
5.2.3	Prova produzida em processo que tramita no exterior.....	104
5.2.4	Prova produzida em processo administrativo.....	105
5.2.5	Especificamente a prova colhida no inquérito civil .....	106
5.2.6	Prova produzida em processo arbitral .....	108
5.2.7	Prova produzida no processo penal .....	109
5.2.8	Especificamente o empréstimo de interceptação telefônica.....	109
5.2.9	Empréstimo de prova considerada ilícita no processo de origem..	112
5.2.10	Empréstimo de prova por versar sobre questão fática repetitiva..	113
5.2.11	“Empréstimo” de prova documental questionada em processo anterior .....	114
5.2.12	Empréstimo de prova irregularmente produzida.....	115
5.2.13	Empréstimo de prova irrepetível colhida sem garantias .....	116
5.2.14	Empréstimo de confissão realizada em outro processo.....	118
5.2.15	Síntese acerca da prova emprestada .....	121
5.3	Depoimento de testemunhas técnicas no processo.....	121
5.3.1	O “ <i>expert witness</i> ” nos Estados Unidos .....	121
5.3.2	A “ <i>consulenza tecnica</i> ” na Itália .....	123
5.3.3	O risco da “ <i>junk science</i> ” .....	124
5.3.4	As testemunhas técnicas no processo civil brasileiro.....	127
5.4	A ata notarial .....	129
<b>6.</b>	<b>NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA .....</b>	<b>132</b>
6.1	Mudança de paradigma: da indisponibilidade à liberdade .....	132
6.2	Negócio jurídico processual .....	134
6.2.1	Negócios processuais no sistema brasileiro (arbitragem e CPC/1973) .....	134
6.2.2	Persistência de negócios processuais típicos no Código de Processo Civil de 2015.....	135

6.2.3	Negócios processuais atípicos: art. 190 do CPC .....	135
6.3	Regras gerais dos negócios jurídicos processuais.....	136
6.3.1	Objeto do negócio processual.....	136
6.3.2	Tempo do negócio processual.....	136
6.3.3	Lugar do negócio processual .....	137
6.3.4	Descumprimento do negócio processual.....	138
6.4	Requisitos de validade dos negócios processuais: capacidade, objeto lícito e forma .....	138
6.4.1	Capacidade.....	138
6.4.1.1	Exigência de capacidade plena.....	139
6.4.1.2	Presença de advogado .....	140
6.4.1.3	Capacidade negocial do Poder Público .....	140
6.4.1.4	A posição do juiz em relação ao negócio processual .....	141
6.4.2	Licitude do objeto .....	142
6.4.2.1	Direitos que admitam autocomposição .....	142
6.4.2.2	Negócio processual, meios de prova e atividade probatória .....	143
6.4.2.3	Limites negociais acerca da atividade probatória.....	144
6.4.3	Forma do negócio processual.....	145
6.5	Controle da validade do negócio jurídico processual.....	146
6.5.1	Hipóteses de recusa à aplicação do negócio .....	146
6.5.1.1	Nulidade: hipóteses gerais .....	146
6.5.1.2	Inserção abusiva em contrato de adesão.....	147
6.5.1.3	Manifesta situação de vulnerabilidade .....	147
6.5.2	Legitimados para suscitar defeito no negócio processual .....	148
6.5.3	Controle incidental .....	148
7.	<b>PODERES DO JUIZ PARA ADAPTAR O PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS</b> .....	150
7.1	Considerações iniciais .....	150
7.2	Necessidade e utilidade do procedimento .....	150
7.3	Admissibilidade da adaptação do procedimento de produção de provas.....	151
7.4	Observância do contraditório.....	152
7.5	Necessidade de motivação .....	152
7.6	Limites à alteração procedimental .....	153
7.7	Flexibilidade quanto à produção de provas .....	153
8.	<b>OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E SUA REPERCUSSÃO SOBRE O SISTEMA PROBATÓRIO</b> .....	155
8.1	Os progressos tecnológicos: realidade, consequências e desafios .....	155
8.2	A prova documental .....	157
8.2.1	Definição de documento .....	157



8.2.2	Documentos e instrumentos .....	158
8.2.3	Documento e prova documental .....	159
8.2.4	Documento público e documento particular.....	159
8.2.5	Força probante do documento público .....	160
8.2.6	Força probante do documento particular .....	161
8.2.7	A relevância da assinatura do documento particular .....	161
8.2.8	Indivisibilidade do documento particular .....	162
8.2.9	A questão da autenticidade do documento particular.....	162
8.2.10	A arguição de falsidade.....	163
8.2.11	Incerteza quanto à data do documento particular.....	164
8.2.12	Força probante das reproduções mecânicas e eletrônicas.....	165
8.2.13	Autoria do documento .....	166
8.2.14	Produção da prova documental.....	167
	8.2.14.1 Momento da produção da prova documental: a regra geral.....	167
	8.2.14.2 Admissibilidade da juntada posterior de documentos..	167
	8.2.14.3 O respeito ao contraditório .....	168
8.3	O documento eletrônico.....	169
8.3.1	Definição.....	169
8.3.2	Marco legislativo .....	172
	8.3.2.1 A Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho .....	172
	8.3.2.2 A experiência italiana.....	173
	8.3.2.3 A experiência portuguesa.....	175
	8.3.2.4 A experiência argentina .....	177
	8.3.2.5 A experiência brasileira.....	179
8.3.3	A assinatura eletrônica .....	181
8.3.4	Conservação e produção da prova documental eletrônica.....	183
	8.3.4.1 Conservação do documento eletrônico.....	183
	8.3.4.2 Produção da prova documental eletrônica.....	185
	8.3.4.3 Eficácia probatória do documento eletrônico .....	186
	8.3.4.4 Valoração do documento eletrônico.....	187
8.3.5	Arremate .....	188
<b>9.</b>	<b>A PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS E SUA RELAÇÃO COM AS PROVAS ATÍPICAS .....</b>	<b>190</b>
9.1	Considerações iniciais.....	190
9.2	A ilicitude probatória proibida pela Constituição (CF/1988, art. 5.º, LVI)	191
9.3	A inadmissibilidade processual das provas ilícitas .....	192
9.4	Provas derivadas de provas ilícitas.....	193
	9.4.1 A colocação do problema.....	194

9.4.2	A ilicitude da prova por derivação: doutrina dos frutos da árvore envenenada (“ <i>fruit of the poisonous tree</i> ”) .....	194
9.4.3	Panorama jurisprudencial dos Tribunais Superiores .....	195
9.5	A contaminação psicológica do juiz diante da prova ilícita .....	197
9.6	Provas ilícitas e a inviolabilidade dos direitos à intimidade e à vida privada .....	198
9.6.1	A origem do problema .....	198
9.6.2	Os limites constitucionais às gravações de conversas telefônicas .....	199
9.6.3	A disciplina legal das interceptações telefônicas: Lei 9.296/1996 .....	199
9.6.4	A distinção entre interceptação telefônica e gravação por um dos interlocutores .....	200
9.6.5	A relevância concreta da distinção entre gravação por um dos interlocutores e interceptação de conversa .....	200
9.6.6	O posicionamento do Supremo Tribunal Federal .....	201
9.6.7	A inadmissibilidade das “ <i>leading questions</i> ” .....	201
9.6.8	A submissão da gravação de conversa às premissas da teoria geral da prova civil .....	201
9.6.9	Informações trocadas por correio eletrônico (“ <i>e-mail</i> ”) .....	202
9.6.10	A peculiaridade do <i>e-mail</i> corporativo .....	204
9.6.11	A dimensão constitucional dos direitos violados .....	205
9.7	Vedação a provas ilícitas no processo civil e proporcionalidade .....	205
9.7.1	Corrente obstativa .....	206
9.7.2	Corrente permissiva .....	206
9.7.3	Corrente intermediária .....	207
9.8	Prova ilícita, limitação ao direito à prova e prova atípica: simetria (parcial) de limites .....	210
<b>10.</b>	<b>SISTEMATIZAÇÃO ACERCA DAS PROVAS ATÍPICAS E DAS CONVENÇÕES EM MATÉRIA PROBATÓRIA .....</b>	<b>212</b>
10.1	Direito constitucional à prova e seus limites .....	212
10.2	Atipicidade probatória e atipicidade do direito de ação .....	212
10.3	A prova atípica e as regras sobre ônus da prova .....	213
10.4	Emprego preferencial da prova típica .....	213
10.5	Prova atípica, mitigação de garantias e proporcionalidade .....	214
10.6	Contraditório como meta: mitigação e juízo de ponderação .....	214
10.7	Fundamentação potenciada .....	215
10.8	Procedimento das provas atípicas e os poderes probatórios do juiz .....	216
10.9	Eficácia processual e valoração da prova atípica .....	217
10.10	Negócios processuais em matéria probatória .....	218
	<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>219</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>223</b>

## INTRODUÇÃO

A introdução está dividida em cinco partes, que serão destinadas a demonstrar os motivos que conduziram à escolha do tema, a forma pela qual o trabalho foi estruturado, a proposta de sistematização que será feita ao final da obra e uma quarta parte contendo uma síntese acerca da tese, do caráter inovador e da contribuição à ciência jurídica. A quinta e última parte dedica-se a demonstrar os ajustes que foram promovidos na tese original, de modo a contemplar as contribuições feitas pela banca examinadora e atualizar o trabalho em razão do advento do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

### 1. Justificativa para a escolha do tema

A atividade probatória provavelmente consista na parte mais sensível do processo civil. É a partir dela que as partes comprovam as suas alegações de fato e convencem o julgador da procedência de suas afirmações. Normalmente, a parte que for mais diligente e eficiente na fase probatória tende a vencer a causa. Não se ignora que o juiz possui amplos poderes instrutórios, o que lhe autoriza determinar a produção de provas de ofício. Tem-se atualmente afirmado então que a instrução processual seria uma atividade compartilhada pelas partes e pelo juiz. Entretanto, é possível que a atividade instrutória tenha se desenvolvido amplamente – com a participação ativa das partes e do julgador – e ainda assim não tenha sido suficiente para formar o convencimento judicial acerca da causa. Nesse caso, como as partes não se desincumbiram do seu ônus de provar, o juiz aplicará regras destinadas a permitir-lhe decidir a controvérsia. Portanto, a produção de provas é tema de extrema importância para a ciência processual.

Paralelamente a isso, o estudo da prova civil é um dos mais intrincados do processo civil brasileiro. Apesar do aparente tratamento exaustivo que o legislador pretendeu empreender – o que é induzido pelas dezenas de dispositivos do Código de Processo Civil referentes às provas –, o exame um pouco mais atento desvenda a existência de diversos pontos ainda nebulosos nessa área. E isso não representa nenhuma espécie de desprestígio ao esforço da doutrina, que se debruça sobre a prova civil há anos, sob os mais variados enfoques. Pelo contrário, apenas confirma a complexidade que o assunto envolve.

Um desses temas nebulosos é o relativo às provas atípicas,<sup>1</sup> que nunca recebeu adequada atenção da doutrina brasileira. Essa ausência de estudos aprofundados sobre o tema causa perplexidade, dada a relevância que o seu emprego assumiu na atualidade. Basta atentar para os reflexos da evolução dos meios tecnológicos, por exemplo. Além de permitir uma série de facilidades, antes inimagináveis (agilidade de comunicação, contratações *on-line*...), tal evolução trouxe consigo uma gama de situações também inusitadas de difícil ou impossível comprovação pelos meios tradicionais previstos na lei. Também não se pode ignorar a utilidade de alguns meios de prova que são típicos em ordenamentos estrangeiros, mas que não estão previstos no sistema processual brasileiro.

De todo modo, o desinteresse também se reflete na jurisprudência. Há pouquíssimos precedentes em que o cabimento das provas atípicas foi de fato enfrentado, mas nunca com uma profundidade compatível com a sua relevância.

Entretanto, essa aparente apatia em face da prova atípica é inaceitável. Certos casos, bastante sensíveis à sociedade e de difícil demonstração, têm sido decididos exclusivamente com base em prova atípica, porém sem a devida sistematização. São tradicionalmente invocados como exemplos dessa prática – especialmente à luz do Código de Processo Civil de 1973 – o depoimento de testemunhas técnicas (*expert witnesses*, *expert testimony*),<sup>2</sup> a prova emprestada,<sup>3</sup> as *constatações* realizadas por oficial de justiça,<sup>4</sup> a prova cibernética, a reconstituição de fa-

---

1. “As provas atípicas não devem ser admitidas assim, sem nenhuma sistematização, como na prática está acontecendo, justamente por falta de melhor elaboração, já que, salvo ignorância minha, ainda não se enfrentou suficientemente – por exemplo, nos comentários ao art. 332 ou nas exposições sistemáticas do nosso vigente sistema processual – este assunto. Ele está à espera de quem decida enfrentá-lo com a profundidade que merece e a publicar uma monografia a respeito” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Provas atípicas*. *Revista de Processo*. n. 76. p. 123. São Paulo, out.-dez. 1994).

2. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “Entre as *provas atípicas*, o sistema brasileiro de processo civil comporta a inquirição e depoimento oral de pessoas especializadas em temas técnicos, a serem arroladas como testemunhas pelas partes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. 3, p. 94).

3. Por esse método, observados determinados requisitos, transporta-se para um processo a prova produzida em outro, de modo a evitar a desnecessária repetição de prova já realizada. A doutrina reconhece tranquilamente a prova emprestada como uma prova atípica: BARBOSA MOREIRA, *Provas...*, p. 122 e *Observaciones...*, p. 49; DINAMARCO, *Instituições...*, vol. 3, p. 93; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 1, p. 352. Sobre o tema, ver por todos: TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *Revista de Processo*. n. 91. p. 92-114. São Paulo, jul.-set. 1998.

4. DINAMARCO, *Instituições...*, p. 93.

tos,<sup>5</sup> as declarações extrajudiciais, os escritos emanados de terceiros e as perícias extrajudiciais.<sup>6</sup> Ressalve-se desde logo que alguns desses exemplos encontram-se em zonas limítrofes. Isso exigirá muitas vezes o exame detalhado de determinados temas, mesmo que seja para se concluir pela tipicidade do meio de prova. Por outro lado, alguns meios que eram atípicos à luz do Código de Processo Civil de 1973, receberam disciplina específica no atual Código de Processo Civil de 2015.

De qualquer forma, tal elenco é suficiente para demonstrar que o tema das provas atípicas tem ganhado relevância nas mais variadas situações concretas – o que justifica com ainda maior vigor a necessidade da realização de estudo sistemático acerca do assunto.

O presente estudo, então, dedica-se a esclarecer como o juiz e as partes deverão se comportar diante da liberdade probatória conferida pela Constituição, as consequências da adoção de determinadas posturas, além da harmonização das provas existentes no Código Civil com a admissão de provas atípicas prevista no Código de Processo Civil.

## 2. Estrutura do trabalho

O trabalho adotará como referência o art. 369 do CPC, segundo o qual “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Esse é o dispositivo que permite genericamente a colheita de informações por meios não concebidos pela lei. Vale dizer, trata-se da autorização legal para a produção de provas atípicas no processo civil brasileiro.

Não há dúvida de que o art. 369 do CPC carrega consigo diversos requisitos para a admissibilidade de um meio probatório. A sua correta compreensão exigirá o exame de uma série de temas preliminares, como forma de estabelecer as bases necessárias ao desenvolvimento de todo o trabalho.

Inicialmente serão estabelecidas premissas acerca da teoria geral da prova civil, o que permitirá delinear os contornos do direito fundamental à prova, do ônus probatório, dos princípios norteadores do direito probatório, precisar a distinção

---

5. Fredie Didier Jr. identifica na “prova cibernética” e na “reconstituição de fatos” exemplos de provas atípicas, na medida em que a obtenção do conhecimento dos fatos ocorre de forma diversa daquela prevista na lei para as provas típicas (DIDIER JR., *Regras...*, p. 85).

6. Gustavo Tepedino entende que “declarações extrajudiciais, escritos emanados de terceiros, perícias realizadas sem a intervenção do Estado-juiz, vistoria realizada pelo síndico do edifício” consistem em exemplos de provas atípicas (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, *Código...*, p. 432).

entre meio e fonte de prova, para então atingirmos a diretriz geral do sistema probatório: a liberdade probatória.

Todavia, é impossível tratar de provas atípicas sem antes definir o que caracteriza algo como típico e a partir de quando um objeto passa a ser considerado atípico. Partiremos então da dicotomia entre tipicidade e atipicidade, de modo a identificarmos os tipos no direito probatório e a diretriz geral da atipicidade probatória como decorrência da atipicidade do direito de ação.

O desenvolvimento de tais premissas será fundamental para se construir um conceito consistente de prova atípica. Haverá então a análise detida a propósito do art. 369 do CPC. É a partir dessa regra que será traçado o espectro de incidência das provas atípicas. O trabalho se dedicará interpretar os requisitos necessários à admissibilidade de provas previstos no art. 369 do CPC à luz da Constituição. Considerando que o art. 369 do CPC veda a produção de provas imorais, não há dúvida de que esse ponto da tese exigirá maior aprofundamento como forma de compreender a extensão que o conteúdo ético tutelado pelo Código de Processo Civil e pela Constituição de 1988.

O adequado estudo das provas atípicas também demanda a análise de ordenamentos estrangeiros – especialmente o italiano. A doutrina italiana desenvolvida em torno das provas atípicas é capaz de trazer valiosas luzes não apenas à compreensão do tema, mas também acerca da adequação e admissibilidade de determinados meios de prova inexistentes na legislação brasileira.

Serão também examinados alguns exemplos mais frequentes de provas atípicas no Brasil e no exterior, como forma de ilustrar a repercussão prática assumida pelo estudo do instituto e a necessidade do estabelecimento de limites ao seu emprego. Há casos, por exemplo, em que um meio de prova é típico no processo penal, mas atípico no processo civil. O estudo então compatibilizará o procedimento, de modo a viabilizar a correta colheita da prova no processo civil.

Haverá enfrentamento das provas que eram atípicas à luz do Código de Processo Civil de 1973, mas que receberam disciplina expressa e específica no Código de Processo Civil de 2015. Também será realizado o exame dos negócios jurídicos processuais em matéria probatória e os poderes do juiz para adaptar o procedimento de produção de provas.

O trabalho conferirá especial atenção à repercussão jurídica advinda dos progressos tecnológicos. O tema será enfrentado à luz das dificuldades probatórias relacionadas às informações mantidas em ambiente eletrônico, cujo aproveitamento no processo passa pela delicada análise da autenticidade, procedência, enfim, segurança dos dados extraídos de uma fonte eletrônica. O objetivo desta parte do estudo é bem definido: investigar se a informação eletrônica enquadra-se na categoria geral tradicional dos documentos ou se seria mais adequado classificá-lo como um meio de prova atípico. Para o atingimento deste escopo, serão examinados os principais

contornos da prova documental (definição, características, força probante etc.), a definição e o tratamento que os chamados documentos eletrônicos receberam no Brasil e no exterior, para somente então propor soluções pragmáticas aos desafios probatórios gerados pelos avanços tecnológicos.

Mais adiante será destinado um capítulo às provas ilícitas. A proibição da produção de provas ilícitas no processo tem previsão constitucional. Trata-se, portanto, de limitação constitucional ao direito fundamental à prova. Assim, o estudo da teoria das provas ilícitas permitirá identificar o conteúdo da ilicitude reprimida pela Constituição, as hipóteses em que uma prova lícita é obtida a partir de uma prova ilícita (ilicitude por derivação), o posicionamento dos tribunais superiores, os casos mais problemáticos enfrentados pelo processo civil, as correntes que se formaram acerca da sua (in)admissibilidade, a simetria de limites existente entre uma prova ilícita e uma prova imoral e a eventual (e excepcional) admissão de provas ilícitas e imorais no processo civil.

### 3. A sistematização proposta

A obra destinará um capítulo para sistematizar o emprego das provas atípicas no processo civil. Trata-se de definir uma série de parâmetros que particularizam as provas atípicas e que, ao mesmo tempo, legitimam o seu emprego eficaz no processo. Em síntese, serão demonstradas as seguintes diretrizes: (i) liberdade probatória contida, pois o direito fundamental à prova encontra limites constitucionais e infraconstitucionais; (ii) a admissibilidade das provas atípicas repercute sobre o ônus subjetivo e o ônus objetivo, na medida em que permite que as partes e o juiz se envolvam na atividade probatória com ainda maior vigor, o que reduz a possibilidade de decisões por meio das regras sobre ônus da prova; (iii) emprego preferencial da prova típica, pois a admissão da prova atípica pode se refletir no contraditório e potencializa o dever de fundamentação; (iv) a relevância de uma prova atípica pode justificar a mitigação de certas garantias, a partir de uma análise pautada na proporcionalidade; (v) o efetivo emprego da prova atípica no processo exigirá reforço de fundamentação tanto pelo requerente (para justificar a necessidade da sua produção) quanto pelo julgador (para justificar a sua admissibilidade e valoração); (vi) os poderes probatórios do juiz serão especialmente necessários nos casos de atipicidade procedimental, hipótese em que o procedimento para a colheita da prova será definido concretamente pelo juiz; (vii) repercussão da atipicidade no âmbito da eficácia e da valoração da prova; (viii) cabimento de negócio jurídico processual em matéria probatória.

A identificação de tais peculiaridades destina-se não apenas a conferir balizas à liberdade probatória que permeia o processo, mas também a demonstrar que as provas atípicas configuram opção residual em relação aos meios típicos de prova (princípio da preferência pela prova típica).

#### 4. A tese

A tese consiste na definição de meio de prova atípico, na imposição de limites ao seu emprego e na análise da sua repercussão das condutas processuais das partes e do juiz. Trata-se de estudo dotado de ineditismo, pois examina a prova atípica a partir de um enfoque interdisciplinar, sistemático e pragmático. É o que se pretende demonstrar abaixo.

A prova atípica será examinada sob uma dupla perspectiva: atipicidade do meio de prova e atipicidade do procedimento. Essa identificação gerará desdobramentos sobre todas as demais partes do trabalho.

A partir de tal premissa pretende-se demonstrar que o direito à prova deve ser compreendido não apenas como o direito à efetiva atuação em todas as fases da atividade probatória. O direito fundamental à prova assegura às partes um meio de prova adequado e um correspondente procedimento para a sua colheita. De nada adiantaria admitir o emprego de meios probatórios não previstos em lei, se não fossem garantidos procedimentos que os viabilizassem.

O trabalho também tem por objetivo evidenciar que a atipicidade procedimental se reflete nos poderes instrutórios do juiz. Tal conclusão será atingida a partir da premissa de que os poderes probatórios permitem que o julgador defina concretamente o procedimento de colheita da prova, caso isso seja necessário.

Tenciona-se comprovar que a admissão de provas atípicas repercute tanto sobre os encargos probatórios das partes (ônus subjetivo) quanto sobre atividade decisória do juiz (quando precisar julgar com base nas regras sobre ônus).

Não há dúvida de que é extremamente útil às partes, ao juiz e ao próprio Estado que exista uma intensa dedicação conjunta no sentido de buscar a verdade. Todavia, com o objetivo de tornar convincente ao órgão judicial a sua versão sobre os fatos, é muito comum que as partes excedam as fronteiras do razoável. Aqui aparece a relevância dos limites ao emprego da prova atípica. Se de um lado a liberdade probatória é ampla e o seu exercício é estimulado, por outro lado ela tem limites que precisam ser bem definidos. A tese então estabelecerá balizas que orientarão o emprego das provas atípicas, com ênfase nas exigências da legalidade (compatibilidade da prova com a lei material e processual) e da moralidade (obediência a preceitos éticos, previstos ou não na lei). A compatibilidade da prova com a lei exigirá o estudo das provas ilícitas e das provas irregularmente adquiridas, de modo a evitar que uma prova vedada (ilícita ou irregular) seja artificialmente qualificada como atípica de modo a viabilizar a sua admissão no processo.

A tese demonstrará que a atividade judicial será diretamente influenciada pela admissão e emprego concreto das provas atípicas.

Defende-se também que a fundamentação assumirá um papel destacado, pois é nela que deverá ser demonstrado que o juiz avaliou circunstâncias concretas



como a disponibilidade de um meio típico de prova, eventual dificuldade (custo ou tempo desproporcional) ou impossibilidade (prova irrepitível) da produção da prova típica e respeito das garantias processuais na colheita da prova atípica. A partir de tais premissas, o trabalho se propõe a demonstrar que o sistema probatório brasileiro ampara-se no princípio da preferência pela prova típica, o qual decorre do *direito à prova*.

Também se objetiva evidenciar que a prova atípica não poderá ser valorada da mesma maneira que uma prova típica, especialmente nos casos de atipicidade procedimental.

## 5. Os ajustes promovidos para a versão comercial

A tese foi construída com base no Código de Processo Civil de 1973. O depósito do trabalho foi realizado no final de novembro de 2014, que contou apenas com menções esparsas ao Projeto de novo CPC. Naquele momento ainda não havia sido aprovado o novo CPC. Sequer se sabia se ele seria realmente aprovado e qual das versões prevaleceria, considerando as diversas reviravoltas legislativas ocorridas na Câmara e no Senado. O novo Código foi aprovado em meados de dezembro de 2014 e a sanção presidencial ocorreu apenas em 16.03.2015 (Lei 13.105/2015). A defesa da tese foi realizada em 07.04.2015, tendo sido aprovada, com indicação para publicação.

Diante disso, o texto original da tese foi totalmente revisado e atualizado à luz do Código de Processo Civil de 2015. Alguns capítulos foram parcialmente reescritos. Houve também a inclusão de dois capítulos novos (negócios jurídicos processuais e poderes do juiz para adaptar o procedimento), cuja necessidade derivou de inovações relevantes trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015. Por fim, foram promovidos ajustes e complementações pontuais a partir das contribuições recebidas da banca examinadora da tese de doutorado.