

*Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais*  
**JULIANA MAYUMI ÔNO**

*Gerente de Conteúdo*  
**MILISA CRISTINE ROMERA**

*Editorial:* Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

*Gerente de Conteúdo Tax:* Vanessa Miranda de M. Pereira

*Direitos Autorais:* Viviane M. C. Carmezim

*Assistente de Conteúdo Editorial:* Juliana Menezes Drumond

*Analista de Operações Editoriais:* Alana Fagundes Valério

*Analista de Conteúdo Editorial Júnior:* Bárbara Baraldi

*Estagiárias:* Ana Amalia Strojnowski e Mirna Adel Nasser

*Produção Editorial*  
*Coordenação*

**ANDRÉA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES**

*Especialistas Editoriais:* Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

*Analista de Projetos:* Larissa Gonçalves de Moura

*Analistas de Operações Editoriais:* Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Meihado Navarra e Vanessa Mafra

*Analistas de Qualidade Editorial:* Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

*Designer Editorial:* Lucas Kfourri

*Estagiárias:* Bianca Satie Abduch, Maria Carolina Ferreira e Sofia Mattos

*Capa:* BE/ON Comunicação

*Adaptação capa:* Ariel Villalba e Cinthia Riveros

*Lider de Inovações de Conteúdo para Print*  
**CAMILLA FUREGATO DA SILVA**

*Equipe de Conteúdo Digital*  
*Coordenação*

**MARCELLO ANTONIO MASTRODROSA PEDRO**

*Analistas:* Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

*Gerente de Operações e Produção Gráfica*  
**MAURICIO ALVES MONTE**

*Analistas de Produção Gráfica:* Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

*Assistente de Produção Gráfica:* Ana Paula de Araújo Evangelista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Amaral, Paulo Osternack  
Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade / Paulo Osternack  
Amaral. --3. ed. rev., atual. e ampli. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

Bibliografia.  
ISBN 978-65-5991-786-0

1. Processo civil 2. Processo civil - Brasil 3. Prova (Direito) 4. Prova (Direito) - Brasil I. Título.

21-75872

CDU-347.941(81)

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Prova : Processo Civil 347.941(81)  
Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/93

**TERESA ARRUDA ALVIM**  
**EDUARDO TALAMINI**  
**COORDENADORES**

**ARRUDA ALVIM**  
**ORIENTADOR CIENTÍFICO**

# PROVAS

## ATIPICIDADE, LIBERDADE E INSTRUMENTALIDADE

**PAULO OSTERNACK AMARAL**

*Prefácio*  
**EDUARDO TALAMINI**

Contém quadros sinóticos  
em todos os capítulos

3ª edição  
revista, atualizada e ampliada

Coleção  
**Liebman**

THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS**

**PROVAS**  
**Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**

Paulo Osternack Amaral

3ª edição revista, atualizada e ampliada

© desta edição [2021]

**THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.**

JULIANA MAYUMI ONO

*Diretora Responsável*

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia  
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

O autor goza da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhe a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seu trabalho.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS

(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

*e-mail* de atendimento ao consumidor: [sacr@thomsonreuters.com](mailto:sacr@thomsonreuters.com)

*e-mail* para submissão dos originais: [aval.livro@thomsonreuters.com](mailto:aval.livro@thomsonreuters.com)

Conheça mais sobre Thomson Reuters: [www.thomsonreuters.com.br](http://www.thomsonreuters.com.br)

Acesse o nosso eComm

[www.livrariart.com.br](http://www.livrariart.com.br)

Impresso no Brasil [09-2021]

Profissional

Fechamento desta edição [27.07.2021]



ISBN 978-65-5991-786-0

## 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 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 teve 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 um trabalho desse quilate, atemporal.

## TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO CIVIL

### 1.1. Conceito de prova

O conceito de prova é tradicionalmente compreendido a partir de três perspectivas: atividade, meio e resultado. Prova como atividade relaciona-se com a instrução probatória, isto é, ao conjunto de atos processuais praticados com o objetivo de reconstruir os fatos que amparam a pretensão das partes e são relevantes para a solução do litígio. Prova como meio traduz a ideia do emprego de mecanismos destinados a acessar as fontes de prova e trazer ao processo as informações necessárias para que o julgador forme a sua convicção sobre a matéria de fato e profira a sua decisão. E como resultado a prova pode ser visualizada como o desfecho da valoração realizada pelo juiz. Sob tal perspectiva, visualiza-se não a testemunha, mas o testemunho, cuja valoração será demonstrada na motivação da sentença.<sup>1</sup>

A produção de provas no processo pode ser compreendida como a atividade<sup>2</sup> destinada a provar as alegações sobre matéria de fato, que sejam relevantes para o julgamento da causa.<sup>3</sup> Trata-se de um método orientado a atingir a verdade quanto

aos fatos da maneira mais fiel possível, de modo a permitir a formação do convencimento do julgador.

### 1.2. Objeto da prova

A investigação do juiz se restringirá às afirmações fáticas feitas pelas partes no processo.<sup>4</sup> O objeto da prova, portanto, será as alegações fáticas, não os fatos propriamente ditos. Os fatos existem ou não existem. A prova recairá sobre as alegações que as partes fizerem acerca de tais fatos. Mas isso não significa que a atividade probatória necessariamente recairá sobre todas as alegações constantes do processo. Deverão ser provados apenas os fatos sobre os quais exista controvérsia e que sejam relevantes à solução do litígio. É necessário, portanto, que o fato a ser provado ostente essa dupla característica: *controvertido e pertinente (relevante)*. Se o fato for impertinente, a produção de prova a seu respeito será inútil ao desfecho do processo (CPC, art. 370, parágrafo único). Já se o fato for alegado por uma parte e não impugnado pelo adversário, a lei expressamente dispensa a realização de atividade probatória a respeito de tal ponto (CPC, art. 374, III).<sup>5</sup>

Exatamente por isso que a decisão saneadora delimitará “as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória” (art. 357, II, do CPC).

São passíveis de serem provados não apenas os fatos passados e presentes, mas também os fatos futuros, tal como ocorre com os lucros cessantes por

2000. p. 40; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 3, p. 61; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 182; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. vol. 1, p. 108.

4. O art. 364, *caput*, do CPC argentino contém regra expressa a esse respeito: “No podrán producirse prueba sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos”. Gian Franco Ricci, na Itália, também sustenta que não é admissível prova sobre fatos não alegados e invoca como exemplo o fato surgido a partir do testemunho de um terceiro (RICCI, Gian Franco. *Questioni controverse in tema di onore della prova*. *Rivista di diritto processuale*. n. 2 (anno LXIX), p. 322, mar.-abr. 2014).
5. LIEBMAN, *Manuale...*, p. 305. Há, todavia, certas hipóteses em que, muito embora os fatos estejam incontroversos, ainda assim eles carecem de comprovação. Trata-se dos fatos: a respeito dos quais não se admita confissão (CPC, art. 341, I); para cuja prova a lei exija documento público (CPC, arts. 341, II e 345, III); que estejam em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto (CPC, art. 341, III); que interessem à defesa do réu defendido por advogado dativo, por curador especial ou defensor público (CPC, art. 341, parágrafo único); contestados por apenas um ou alguns litisconsortes (CPC, art. 345, I); relativos a direitos indisponíveis (CPC, art. 345, II); inverossímeis alegados pelo autor ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos (CPC, art. 345, IV). Para um exame específico sobre o tema, confira-se: GRECO, *Instituições...*, p. 122-123.

1. RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. p. 341.
2. ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*. 3. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012. t. I, p. 355; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 2, p. 106. Ada Pellegrini Grinover destaca o caráter social dos procedimentos probatórios, pois as provas não se destinam unicamente a demonstrar as alegações de fato no processo, “mas objetivam, de forma mais ampla, justificar perante a sociedade a decisão que vier a ser adotada” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências sobre provas ilícitas. Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 454).
3. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 7. ed. Milão: Giuffrè, 2007. p. 303-304; ARIOLA, Luca. *Le prove atipiche nel processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 2008. p. 7; MANDRIOLI, Crisanto. *Curso di diritto processuale civile: il processo di cognizione*. Torino: G. Giappichelli, 2011. vol. 2, p. 121-122; CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2. ed. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma,

responsabilidade extracontratual (por exemplo, no caso de falecimento de uma pessoa).<sup>6</sup>

Alguma dúvida poderia surgir em relação à prova dos chamados fatos negativos. O fato negativo é passível de prova. Há situações, no entanto, em que a prova do fato negativo é materialmente impossível, o que pode ser facilmente solucionado por meio da demonstração de um fato positivo contrário.<sup>7</sup> É o que ocorre quando alguém precisa provar que não estava em um local em determinada data e horário. Demonstra-se então que se estava em outro lugar, o que logicamente exclui a presença da mesma pessoa em outra localidade. Entretanto, em alguns casos a efetiva prova do fato negativo será imprescindível, pois a demonstração da inoocorrência de uma situação implicará a consequência jurídica pretendida. A compreensão do tema exige a distinção entre *fato negativo definido* e *fato negativo indefinido*.<sup>8</sup> Exemplo de fato negativo definido é a situação do locatário que, mesmo após ser notificado, não desocupa o imóvel locado. Basta que se demonstre que o locatário permanece no imóvel. Tradicionalmente também se invoca a pretensão ao cancelamento da servidão sobre imóveis, que exige prova do seu “não uso, durante dez anos contínuos” (CC, art. 1.389, III).<sup>9</sup> Em ambos os casos, o fato constitutivo do direito do autor é um *fato negativo definido*, que precisa ser provado. Os fatos negativos indefinidos, por sua vez, não são passíveis de prova.<sup>10</sup> Não é possível provar que um sujeito jamais transitou por uma determinada avenida, tampouco que ele nunca esteve em uma exposição de quadros. O que obsta a prova de tal fato é a sua indefinição, não a circunstância de se tratar de um fato negativo.<sup>11</sup>

Também independem de prova os fatos notórios (CPC, art. 374, I)<sup>12</sup>, assim considerados os fatos que são de conhecimento de uma multiplicidade de pessoas de cultura média, e por elas admitido, podendo tal notoriedade concentrar-se

em um determinado tempo, local<sup>13</sup> ou categoria de pessoas.<sup>14</sup> São exemplos de fatos notórios eventos bélicos, desastres naturais e uma relevante desvalorização monetária em determinado período histórico.<sup>15</sup> Caso o fato não ostente tais características, não será considerado notório e se submeterá normalmente à atividade probatória.<sup>16</sup> Se existir controvérsia, a parte terá que fazer prova da notoriedade do fato e eventualmente do próprio fato em si. Disso decorre que tanto a notoriedade do fato<sup>17</sup> quanto o fato em si admitem prova em contrário.<sup>18</sup>

Não se deve confundir o fato notório com a fama e o rumor públicos. A fama pública é uma opinião generalizada, normalmente atributiva de qualidade ou defeito a pessoas ou coisas, que pode ou não corresponder à verdade. Deve então ser provada caso se pretenda extrair dela alguma consequência jurídica. Exemplo de fama pública são afirmações como “esse político é honesto” ou “aquela praça é um local perigoso”. Tais assertivas não se fundamentam num conhecimento certo de um fato ou de uma pessoa, que dispense investigação. Portanto, a fama pública será objeto de prova porque não ostenta o atributo da notoriedade.

O rumor tem um caráter mais vago que a fama. Ele assume contornos públicos, por exemplo, pela publicação em uma revista ou em uma rede social. Todavia, o rumor (ou boato) tem a marca da improbabilidade, pois nem mesmo quem o noticia é capaz de assegurar a veracidade da informação. Por isso, o rumor não é objeto de prova. Tampouco pode eximir de prova um fato e também jamais servirá de critério para o juiz. O rumor deve ser descartado do processo.<sup>19</sup>

6. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. 1. ed. 1. reimp. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007. vol. I, p. 76-77.
7. BIANCHI, Giorgio. *La prova civile: onere e ammissibilità della prova nel Codice Civile*. Milão: Cedam, 2009. p. 20.
8. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil. Cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 19. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 2, p. 249.
9. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. *Revista de Processo*, n. 71. p. 57. São Paulo, set. 1993.
10. ECHANDÍA, *Compendio...*, vol. I, p. 103.
11. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, vol. 1, p. 190; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil: arts. 329 a 399*. Rio de Janeiro: Aide, s/d, vol. 4, tomo 1, p. 95.
12. O art. 129 do Código de Processo Civil do Estado da Bahia dispensava a produção de prova acerca de fato público e notório.

13. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 5. ed. (reimp.) Napoli: Jovene, 2012. p. 414.
14. Cláudio Latorraca defende que a notoriedade de um fato pode ser relativa, caso se restrinja a aspectos técnicos relativos a uma profissão ou a uma especialização científica, ou absoluta, como por exemplo a existência do planeta Terra, fato que ninguém ousaria negar (LATORRACA, Cláudio Zanola. *A dimensão da prova no direito processual civil*. São Paulo: Hemus, 1990. p. 128).
15. Tais exemplos são trazidos por Piero Leanza, extraídos da jurisprudência italiana (LEANZA, Piero et al. *Le prove civili*. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 66).
16. Mario Conte entende que deve ser rigorosa a avaliação acerca da notoriedade do fato, para fins de dispensa da prova. Conte ampara tal entendimento em diversos exemplos extraídos da jurisprudência da Suprema Corte italiana (CONTE, Mario. *Le prove nel processo civile*. Milão: Giuffrè, 2002. p. 36-39).
17. SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 5.
18. FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 305.
19. Sobre a dicotomia entre fama pública e rumor público, confira-se: ECHANDÍA, *Compendio...*, vol. I, p. 116-117.

A regra de que ninguém deixará de cumprir a lei sob a alegação de que a desconhece (art. 3º da LINDB)<sup>20</sup> aplica-se à legislação federal. Disso decorre que, excepcionalmente, exigir-se-á no processo a prova do direito *não federal*. Tal demonstração se restringirá ao direito municipal, estadual, distrital, estrangeiro ou consuetudinário, hipóteses em que o juiz determinará à parte que haja invocado tais regramentos<sup>21</sup> a prova da vigência e do teor da legislação invocada (CPC, art. 376; Decreto-lei n.º 4.657/42 – LINDB, art. 14).<sup>22-23</sup> Logo, não há escusa para o desconhecimento da legislação federal.

### 1.3. Direito fundamental à prova

A doutrina converge a respeito da existência de um direito à prova, que abrange a concessão de iguais oportunidades de as partes pleitearem a produção de provas, o direito de participar da sua realização, direito à valoração da prova e de falar sobre os seus resultados.<sup>24-25</sup>

20. Dispõe o art. 3º do Decreto-lei 4.657/42 (LINDB): “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.
21. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Competência internacional – prova de direito estrangeiro – ônus de quem alega. *Revista de Processo*. n. 91. p. 221-240. São Paulo, jul.-set. 1998.
22. “Prova-se o direito local através de documentos autênticos, idôneos, como a juntada de cópia do diário oficial do município ou do estado que publicou a lei que se pretende aplicar ou, se a lei é antiga e há incerteza quanto à sua vigência, através de parecer de jurista, de acórdão de tribunal, de ato administrativo ou qualquer outro meio confiável” (GRECO, *Instituições...*, p. 120). *Com relação ao direito consuetudinário, Wambier e Talamini entendem que “o meio testemunhal é também adequado para provar que aquele costume vige naquela região”* (WAMBIER e TALAMINI, *Curso...*, v. 2, p. 245). *Raphael Cirigliano adverte que o uso e o costume não podem ser provados pelo depoimento da parte* (CIRIGLIANO, *Raphael. Prova civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 66).
23. Acerca do meio testemunhal como prova adequada do costume comercial, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “Há desvio de perspectiva na afirmação de que só a prova documental derivada do assentamento demonstra um uso ou costume comercial. O que ocorre é a atribuição de um valor especial - de prova plena - àquela assim constituída; mas disso não se extrai, como pretende a recorrente, que o assentamento é o único meio de se provar um costume. - Não é possível excluir, de plano, a possibilidade de que a existência de um costume mercantil seja demonstrada por via testemunhal” (STJ, 3ª Turma, REsp 877.074/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.05.2009, DJe 17.08.2009).
24. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Temas de direito processual*. 3. série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 67; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 259; CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 46; SALLES, Carlos Alberto de. *Transição paradigmática na prova processual civil*. In: ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; ALVIM, Thereza (coords.). *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem*

O direito à prova é extraído tanto da Constituição quanto da legislação infra-constitucional. À luz da Constituição, não há dúvida de que tal direito é inferido das garantias do justo processo, assegurado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, traduzindo-se na “liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem o *justo processo*”.<sup>26</sup> Tal como existe um direito subjetivo à ação, com amparo constitucional, pode-se afirmar que identicamente existe um direito subjetivo de provar no processo os fatos de que emergem as pretensões ou exceções das partes. “Do encontro entre as garantias constitucionais pertinentes e o disposto no art. 369 do Código de Processo Civil resulta não só a positivação abstrata do direito às fontes e meio de prova instituídos em lei, como ainda aos que, mesmo sem estarem ali especificados, sejam em si mesmos moralmente legítimos e obtidos por meios legítimos”.<sup>27</sup>

Disso decorrem consequências para as partes e para o julgador. De um lado, o direito à prova confere às partes o direito fundamental de produzir todas as provas compatíveis com a lei, típicas ou atípicas, que sejam idôneas e necessárias à comprovação de suas alegações.<sup>28</sup> Garante também que elas contradigam as provas produzidas no processo (pela parte contrária ou determinadas pelo juiz), influenciando ativamente em todas as fases da atividade probatória. Por outro lado, o direito à prova dirige comando ao julgador, que deverá admitir todas as provas idôneas a contribuir para o convencimento judicial (ainda que não previstas expressamente

ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 916-917; TEPEDINO, BARBOZA e MORAES. *Código Civil...*, p. 426; YARSHELL, *Curso...*, vol. 1, p. 108-109; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil – Das provas*. v. 8, t. 1, São Paulo: Saraiva, 2020, p. 37. Para Eduardo Cambi, a admissibilidade, a relevância, a pertinência, a necessidade, a utilidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e a efetividade são critérios limitadores do direito à prova (CAMBI, Eduardo. *Capítulo XII. Das provas*. In CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 640).

25. Flávio Luiz Yarshell demonstrou a existência de um “direito autônomo à prova”, que “pode ser entendido não exatamente como uma das posições jurídicas integrantes do feixe que o direito de ação e de defesa englobam; ou, ainda, não como um mero desdobramento do direito de invocar um provimento jurisdicional que declare o direito em dada situação concreta. O que há é um direito simplesmente à produção (obtenção e pré-constituição) de determinada prova, entendido como a prerrogativa de invocar do Estado um ato que se esgote aí” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 233-234).
26. DINAMARCO, *Instituições...*, v. 3, p. 53. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Interceptações telemáticas. Correio eletrônico. Incidente de inutilização. Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica: 2013, p. 614.
27. DINAMARCO, *Instituições...*, v. 3, p. 53.
28. CONTE, *Le prove...*, p. 351; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Restricciones a la prueba en la constitución brasileña*. *Revista de Processo*. n. 82. p. 152. São Paulo, abr.-jun. 1996.

em lei),<sup>29</sup> valorar as provas produzidas, indicando quais fatos foram provados e quais reputam não provados, examinando criticamente as provas, destacando os fundamentos que nortearam a formação de sua convicção.<sup>30</sup> Assim, será lesiva ao direito à prova a conduta do juiz ou de uma das partes que impeça a outra parte de ter integral acesso ao material probatório.<sup>31</sup>

Tais premissas permitem concluir que o reconhecimento da existência de um direito constitucional à prova figurará como amparo constitucional para a amplitude probatória expressa na legislação processual, de que a prova atípica é manifestação concreta. Também tornam lícito antever que a admissibilidade da prova atípica exigirá, por vezes, a mitigação de garantias decorrentes do direito à prova, tal como o contraditório. Esse tema será retomado adiante.

#### 1.4. Natureza da atividade estatal de produção de provas

A atividade estatal de produção de provas possui natureza jurisdicional. Não traduz atividade meramente administrativa.

A afirmação dessa premissa decorre da constatação de que a produção de provas implica a realização de atos materiais pelo juiz, que atua concretamente o direito objetivo, resolvendo questões de fato e de direito. É o que ocorre, por exemplo, no caso de uma decisão judicial reputar inadmissível determinada prova ilícita ou quando for determinada a requisição de dados protegidos pelo sigilo bancário ou fiscal. Em ambos os casos, o juiz não terá apenas agido em conformidade com a lei. Mais do que isso, o pronunciamento judicial – proferido por um terceiro imparcial, de forma substitutiva da vontade das partes e com respeito ao contraditório – terá verdadeiramente agido no sentido de atuar a lei.<sup>32</sup>

A definição da natureza jurisdicional da atividade probatória é fundamental para determinadas investigações que serão feitas adiante. Será indispensável para que seja analisada a eventual eficácia processual das provas obtidas extrajudicialmente, os limites para a admissão da prova emprestada e o aproveitamento dos elementos de prova formados unilateralmente fora do processo.

29. RICCI, *Princípios...*, p. 381-382; ECHANDÍA, *Compendio...*, vol. I, p. 24.

30. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 75-76; GRINOVER, *Interceptações...*, p. 614.

31. GRINOVER, *Interceptações...*, p. 615.

32. YARSHELL, *Antecipação...*, p. 270-273; YARSHELL, Flávio Luiz. *Atividade probatória e posição do Ministério Público como autor no processo civil*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (coords.). *Processo civil: Homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 81-82. Segundo Echandía, “las pruebas son actos jurídicos procesales, porque en ellas interviene la voluntad humana” (ECHANDÍA, *Compendio...*, vol. I, p. 19).

#### 1.5. Diretrizes fundamentais da atividade probatória

A atividade probatória é informada por uma série de princípios, que funcionam como verdadeiras orientações às partes e ao julgador. Não se pretende examinar todos os princípios inerentes à fase de produção de provas. Essa parte deste trabalho dedica-se a firmar algumas diretrizes, reputadas fundamentais para o estabelecimento das premissas necessárias ao desenvolvimento da tese e ao atingimento das respectivas conclusões.

##### 1.5.1. Princípio da aquisição das provas (ou comunhão das provas)

O julgamento da causa deve se pautar no material probatório trazido aos autos, sendo irrelevante quem tenha produzido ou efetivamente levado a prova ao conhecimento judicial (CPC, art. 371).<sup>33</sup> Trata-se do princípio da *aquisição das provas (ou comunhão das provas)*, segundo o qual a prova trazida aos autos destina-se ao juiz e se considera incorporada ao processo.<sup>34</sup> A prova não pertence à parte que a produziu. Isso impede que a parte que trouxe a prova aos autos pretenda posteriormente desistir ou renunciar a ela. Após o seu ingresso válido no processo, as provas formarão um conjunto unitário e deverão ser assim consideradas (como uma totalidade) pelo julgador no momento da valoração e formação do seu convencimento. Disso deriva ser perfeitamente admissível que a prova produzida por uma parte acabe beneficiando a outra.<sup>35</sup>

Da regra da aquisição das provas decorre a conclusão de que não é possível saber-se de antemão a quem aproveitará a prova integrada aos autos. Não há uma tarifação legal ou hierarquia entre os meios de prova.<sup>36</sup> O destino de cada prova produzida no processo será traçado pelo juiz, quando valorá-la em conjunto com

33. ECHANDÍA, *Compendio...*, vol. I, p. 146; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 374.

34. MANDRIOLI, *Corso...*, p. 134.

35. CONTE, *Le prove...*, p. 69-70; ECHANDÍA, *Compendio...*, vol. I, p. 146; LEANZA, *Le prove...*, p. 27; SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *Introdução ao estudo da prova*. *Revista Forense*. n. 247. p. 34. Rio de Janeiro, jul.-set. 1974.

36. Em sentido contrário posiciona-se Ulderico Pires dos Santos, para quem “a prova documental, sabe-se, é a que tem maior peso” (SANTOS, Ulderico Pires dos. *Meios de prova*. Rio de Janeiro: UPS, 1994. p. 1). Não destoa o entendimento de Cláudio Zanola Latorraca: “é fato incontestado que umas se sobrepõem às outras, devido aos efeitos diretos e eficazes que imprimem ao procedimento” e adiante conclui que a “natureza e eficácia de uma prova, não é e nem poderia ser igual a uma outra, dotada de características próprias, inconfundíveis e inimitáveis” (LATORRACA, Cláudio Zanola. *A dimensão da prova no direito processual civil*. São Paulo: Hemus, 1990. p. 47).

os demais elementos constantes dos autos<sup>37</sup> e decidir a causa segundo o convencimento atingido a partir do contexto probatório globalmente considerado.<sup>38</sup>

### 1.5.2. Princípio do livre convencimento motivado (persuasão racional)

O sistema processual brasileiro não encampou nem o sistema da prova legal nem o sistema do livre convencimento.

#### 1.5.2.1. O sistema probatório adotado pelo processo civil brasileiro

O sistema da prova legal consiste na definição prévia pelo legislador dos meios de prova que poderão ser empregados e o peso que cada um deve assumir em determinado caso. De forma geral e abstrata fica estabelecido o valor de cada meio de prova e a eventual obrigatoriedade do emprego de um meio de prova para provar um fato específico. Nesse sistema o julgador não tem liberdade para valorar as provas de acordo com a sua convicção, tampouco pode admitir meios de prova não previstos taxativamente na lei. Atualmente tal sistema é considerado inadequado, pois restringe demasiadamente a atuação judicial e a atividade probatória das partes.

O sistema do livre convencimento (ou da convicção íntima, da prova livre...) confere ampla liberdade ao julgador para formar o seu convencimento a respeito da causa. Decide de acordo com a sua consciência, da forma que reputar correta. Disso decorre que o juiz não tem o dever de se apoiar em provas ou em qualquer informação trazida pelas partes. Em tal sistema admite-se a validade de uma decisão que contrarie a prova dos autos. Como nesse sistema não se exige que a decisão seja motivada, as partes não possuem mecanismos para controlar o acerto da decisão. A inadequação desse sistema é evidente: abre a porta para arbítrios impassíveis de controle pelas partes.

O Brasil adotou o sistema do livre convencimento motivado,<sup>39-40</sup> também chamado de sistema da persuasão racional. E aqui entra a segunda diretriz inerente

ao sistema probatório: o juiz apreciará livremente a prova, valorando-a segundo a sua *persuasão racional*,<sup>41</sup> de modo a formar motivadamente o seu convencimento a respeito da causa.

Isso significa que o juiz não está exclusivamente vinculado a uma espécie de peso ou tarifa inerente a um meio de prova,<sup>42</sup> assim como também não está vinculado aos meios de prova previstos expressamente na lei.

#### 1.5.2.2. A liberdade contida do julgador na avaliação das provas

Mas repare-se que a liberdade do julgador na avaliação da prova não é irrestrita,<sup>43</sup> o que caracterizaria arbítrio judicial na reconstrução dos fatos.

Como regra, é vedado ao juiz utilizar o seu conhecimento privado no processo. Eventuais impressões pessoais subjetivas quanto à causa são inadmissíveis. Também não será juridicamente aceitável a dispensa de uma prova porque o juiz detém conhecimento técnico em determinada área do conhecimento.<sup>44</sup> Assim, diante de uma controvérsia contábil, não poderá o juiz dispensar a perícia de contabilidade sob o fundamento de que também possui formação em ciências contábeis. Trata-se de uma natural decorrência do direito à prova: direito de a parte ter uma prova deferida para solucionar uma questão técnica controvertida (art. 156 do CPC).

Todavia, a proibição de introdução da ciência privada no processo comporta temperamentos, de que é exemplo o emprego das máximas da experiência (“o que ordinariamente acontece” – art. 375 do CPC), cujo risco de arbítrio foi ponderado e assumido pelo legislador.<sup>45-46</sup> Contudo, o “indeferimento de prova técnica, para

“exige un proceso lógico de razonamiento, debiendo el juez explicar dicho proceso” (ARAZI, *Derecho...*, p. 395). No mesmo sentido: ECHANDÍA, *Compendio...*, vol. 1, p. 242.

41. A doutrina esclarece que “persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão.” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria...*, p. 375).
42. YARSHELL, *Curso...*, p. 113.
43. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 103-104; SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *Introdução...*, p. 37.
44. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1, p. 911.
45. “[...] as máximas da experiência são aquelas noções gerais da vida prática, dominadas por qualquer pessoa de cultura média, e inserida no ambiente social em que vive” (WAMBIER e TALAMINI, *Curso...*, v. 2, p. 257).
46. Na jurisprudência encontra-se casos em que se admitiu a utilização de regras de experiência na formação do convencimento judicial: STJ, 6ª Turma, REsp 210.935/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 30.06.1999, DJ 23.08.1999; TJPR, 15ª Câmara Cível,

37. SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 90; VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Prueba judicial*. Rosario: Juris, 2007. p. 182 e 185.

38. SANTO, Victor de. *La prueba judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Universidad, 2005. p. 65.

39. De acordo com o art. 371 do CPC, “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Com isso, o art. 371 do CPC contemplou, ao mesmo tempo, os princípios da comunhão das provas (unicidade) e do livre convencimento motivado (persuasão racional).

40. O livre convencimento motivado, vigente no Brasil por força do art. 371 do CPC (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria...*, p. 375; DINAMARCO e LOPES, *Teoria...*, p. 72), equivale à “sana critica” do sistema argentino (art. 386 do CPC argentino), que

utilizar-se de máximas da experiência como substitutivo de prova, é conduta que cerceia o direito de ampla defesa das partes”.<sup>47</sup>

O livre convencimento também é limitado pelas provas legais, hipóteses em que a lei define previamente o valor que determinado meio de prova assumirá. São aqueles casos em que a lei exige o instrumento público como substância do ato, tal como ocorre com a escritura pública, em relação à qual nenhuma outra prova, por mais especial que seja, poderá suprir a sua falta. Não são muitos os casos de prova legal que ainda perduram em nosso sistema. Trata-se de “pequenas ilhas de prova legal”, que não infirmam o sistema de valoração da prova adotado pelo sistema processual civil brasileiro. Funciona muito mais como a predefinição de critérios racionais ditados pela experiência comum do legislador.<sup>48</sup>

O juiz também está adstrito aos fatos principais alegados pelas partes, submetidos ao contraditório efetivo, e ao conjunto probatório formado nos autos. Disso decorre ser indispensável que sejam declinados os motivos que o conduziram a reputar uma prova mais contundente que outra, ou mesmo a desconsideração de uma prova trazida pela parte.<sup>49</sup> Eis a razão de esse sistema probatório ser denominado de livre convencimento *motivado*.

Não será juridicamente admissível uma decisão que pretenda justificar a conclusão atingida aludindo genericamente à “prova dos autos” (CPC, art. 489, § 1.º, III). Uma sentença que empregue tal método será nula por defeito de fundamentação. Espera-se que exista uma motivação que, de forma adequada, demonstre aos litigantes o raciocínio empreendido e as provas utilizadas pelo julgador para se atingir determinada solução. Tal demonstração é fundamental para permitir o efetivo controle da atividade judicial.<sup>50</sup>

Ap. 908.334-1, rel. Des. Luiz Carlos Gabardo, j. 08.05.2013, DJ 15.07.2013. O Superior Tribunal de Justiça também já entendeu que “A percepção de que uma determinada regra de experiência está sujeita a numerosas exceções acaba por impedir sua aplicação para o convencimento do julgador, salvo se secundada por outros elementos de prova” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.198.105/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01.09.2011, Dje 14.09.2011).

47. STJ, 3ª Turma, REsp 1.353.451/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19.09.2017, Dje 28.09.2017.

48. DINAMARCO, *Instituições...*, v. 3, p. 128.

49. A doutrina italiana considera aplicável ao processo civil a regra do art. 546, alínea “e”, do Código de Processo Penal italiano, segundo a qual a motivação da sentença deverá indicar precisamente as provas que amparam a sentença e os motivos que conduziram o julgador a considerar insuficientes as provas contrárias (RICCI, *Principi...*, p. 373-374).

50. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 153-154.

### 1.5.3. Poderes instrutórios do juiz

A necessidade de controle da atividade judicial se torna ainda mais evidente ao se constatar que o julgador detém poderes probatórios. Eis a terceira diretriz: o julgador possui amplos poderes instrutórios, o que lhe permite não apenas controlar a pertinência e a admissibilidade das provas pretendidas pelas partes,<sup>51</sup> mas também determinar de ofício a produção das provas que repute necessárias à formação de seu convencimento.<sup>52-53</sup> Tal como na França,<sup>54</sup> esses poderes probatórios são extraíveis

51. Osvaldo Alfredo Gozaíni ensina que pertinência e admissibilidade da prova influem no grau de eficácia que ela tem de influir na convicção do julgador. Esse aspecto se denomina “*atendibilidad*” da prova (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La prueba en el Código General del proceso. In: MORELLO, Augusto M. (coord.). *La prueba*: libro en memoria del profesor Santiago Sentis Melendo. La Plata: Platense, 1996. p. 94).

52. Dispõe o caput do art. 370 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. O parágrafo único do art. 370 determina que o “juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Na Argentina, promoveu-se uma reforma processual por meio da Lei 25.488, que introduziu no art. 36, IV, do CPC o dever de o juiz ordenar as diligências necessárias a esclarecer a verdade dos fatos controvertidos. A doutrina argentina noticia que tal determinação já se encontrava assentada em sede jurisprudencial, a partir dos casos “Colalillo” e “Oilher”, em que se estabeleceu que “las antiguas facultades de esclarecimiento que tenían los jueces eran verdaderos deberes cuando la prueba omitida por las partes era esencial para la solución del litigio” (ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*. 3. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012. t. I, p. 92 e 420). Ainda sobre o poder-dever probatório do juiz, Mario Masciotra informa que a Corte Suprema de Justicia de Colombia tem decidido que a omissão do juiz quanto à determinação de provas de ofício, em determinados casos, configura erro de direito, passível de correção por meio de recurso de cassação (MASCOTRA, Mario. *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea, 2014. p. 314 e 423-424). Na Itália, no entanto, o art. 115 do CPC consigna que o juiz, como regra, deve julgar com base nas provas produzidas pelas partes ou pelo Ministério Público. O juiz só determinará provas de ofício em casos excepcionais, expressamente previstos em lei (LEANZA, *Le prove...*, p. 45-46).

53. “Ao juiz é facultada a determinação de provas necessárias à instrução do processo, sem ficar atado ao requerimento da parte. Essa facultade, porém, jamais se transmutará em obrigação. O que cabe ao juiz afastar por todos os meios são as dúvidas que lhe assaltem sobre as provas das afirmações” (SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *Introdução...*, p. 38).

54. Os arts. 10, 144 e 770 do CPC francês, em síntese, determinam que o juiz tem o poder de ordenar de ofício todas as medidas probatórias legalmente admissíveis. A doutrina francesa confirma tal viabilidade: CADJET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013. p. 427 e 429; PIERRE-MAURICE, Sylvie. *Leçons de procédure civile*. Paris: Ellipses, 2011. p. 181; DOUCHY-OUTDOT, Méline. *Procédure civile*. 5. ed. Paris: Gualino, 2012. p. 223; COUCHEZ, Gérard; LAGARDE, Xavier. *Procédure civile*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 375; GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: droit interne et droit de*

da lei, além de serem congruentes com a premissa de que o juiz, em muitos casos, é o destinatário principal da prova.<sup>55</sup> É a ele que as partes precisam convencer por meio da atividade probatória. Portanto, cabe também a ele a avaliação acerca das provas existentes no processo e a eventual necessidade de determinar a produção de outras provas.

É possível compreender-se também os poderes instrutórios do juiz, a partir do Código de Processo Civil de 2015, na perspectiva do dever de colaboração previsto no art. 6º, impondo ao órgão julgador o dever de diálogo com as partes<sup>56</sup>,

l'Union européenne. 31. ed. Paris: Dalloz, 2012. p. 445. Todavia, ressalva-se que na prática os juízes não se utilizam muito desse poder, de modo que a grande maioria das medidas probatórias são determinadas a partir de um requerimento das partes (HÉRON, Jacques; LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 2012. p. 223-224).

55. Ressalve-se, no entanto, que haverá casos em que o juiz não será o destinatário da prova. É o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses dos incisos II e III do art. 381 do CPC, os quais admitem a propositura de uma ação de produção antecipada de prova, sem o requisito da urgência, para, a partir da prova produzida, (a) viabilizar uma autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito ou (b) permitir um melhor conhecimento dos fatos pelas partes como forma de justificar ou evitar o ajuizamento de uma ação. Nessa linha, confira-se o Enunciado 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.
56. A doutrina em geral aponta quatro deveres correlatos ao dever de colaboração: a) dever de prevenção ou advertência, que impõe a necessidade de se prevenir as partes quanto a irregularidades processuais, possibilitando-lhes a devida correção; b) dever de esclarecimento, impondo-se ao órgão julgador a necessidade de se esclarecer junto às partes quanto às suas alegações no processo, possibilitando a adequada interpretação dos pedidos e fundamentos da demanda; c) dever de consulta, que impõe o dever de se ouvir as partes antes da prolação de qualquer decisão; d) dever de auxílio, com o necessário apoio às partes na superação de obstáculos ao exercício de seus direitos ou cumprimento de ônus e deveres (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65-68). Ainda: MITI-DIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 69-70; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra Editora, 2010, p. 15-21. *Em trabalho mais recente, o autor português defende, ainda, um quinto dever decorrente da colaboração. Trata-se do dever de inquisitorialidade: impondo ao tribunal “o dever de utilizar os poderes inquisitórios que lhe são atribuídos pela lei; por exemplo: o juiz suspeita de que uma pessoa que as partes não ofereceram como testemunha tem conhecimento de factos relevantes para a decisão da causa; utilizando os poderes inquisitórios em matéria probatória (cf. art. 411.º), deve convocar essa pessoa para depor (cf. art. 526.º, n.º 1)”* (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?*, in [https://www.academia.edu/10210886/M.\\_TEIXEIRA\\_DE\\_SOUSA\\_Omiss%C3%A3o\\_do\\_dever\\_de\\_coopera%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_tribunal\\_que\\_consequ%C3%A7%C3%A3o\\_01.2015\\_Acesso\\_em\\_19.12.2016](https://www.academia.edu/10210886/M._TEIXEIRA_DE_SOUSA_Omiss%C3%A3o_do_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%A7%C3%A3o_01.2015_Acesso_em_19.12.2016))

o que inclui sua participação na produção das provas necessárias à formação de seu convencimento<sup>57-58</sup>.

O processo, assim, torna-se um ambiente propício ao estabelecimento de uma “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*)<sup>59</sup>, na qual os sujeitos – partes e juiz – participam de forma ativa e colaborativa em sua formação e desenvolvimento.

Nada impede, à luz dos poderes de instrução, que o juiz determine mais de uma medida instrutória. Todavia, espera-se do juiz a sensibilidade de determinar mecanismos probatórios que sejam adequados à solução do litígio e ao mesmo tempo representem o caminho menos oneroso.<sup>60</sup>

### 1.5.3.1. Preclusão para o juiz em matéria probatória

Não há preclusão temporal para o juiz em matéria de prova, não apenas porque os prazos fixados para o juiz são impróprios (cujo descumprimento não

*edu/10210886/M.\_TEIXEIRA\_DE\_SOUSA\_Omiss%C3%A3o\_do\_dever\_de\_coopera%C3%A7%C3%A3o\_do\_tribunal\_que\_consequ%C3%A7%C3%A3o\_01.2015\_Acesso\_em\_19.12.2016*)

57. Para Miguel Teixeira de Sousa, o dever de colaboração alcança o dever de produção de provas, extraível do art. 519, 1º, do CPC português (atual art. 417, do novo CPC português), segundo o qual “Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”, vinculando inclusive a parte “que não está onerada com a prova” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 64). O art. 378 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 apresenta disposição semelhante: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Vitor de Paula Ramos defende a existência de um dever de produção de provas, a partir da inserção do art. 400, par. único, no CPC/2015, aspecto que, para o autor, “privilegia de forma muito mais direta e eficaz o direito fundamental à prova, pois o juiz detém o poder de ordenar coativamente que as partes produzam provas consideradas relevantes” (RAMOS, Ônus..., p. 119).
58. “Laddove invece il modello processuale voglia favorire la cooperazione tra i soggetti privati e il giudice, quest’ultimo si porta al livello delle parti nello sviluppo del dialogo processuale e nella formazione del materiale di causa. L’attività dei tre soggetti che sono protagonisti del processo si fonde in un’azione combinata e quando l’intera materia del contendere prima della decisione subisce gli effetti delle forze esercitate dall’attore, dal convenuto e dal giudice tra di loro in concorso, nei limiti delle rispettive attribuzioni, il risultato diviene il prodotto di una collaborazione totale” (SALVANESCHI, Laura. *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Rivista di Diritto Processuale*, ano LXIX, n. 3, maggio-giugno/2014, p. 565).
59. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 168.
60. GUINCHARD, CHAINAIS e FERRAND, *Procédure...*, p. 458.

gera consequências processuais), mas também em virtude de o art. 370 do CPC não estabelecer nenhum prazo para o juiz “determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.<sup>61</sup> Essa conclusão é reforçada pela autorização legal concedida ao relator (e ao órgão colegiado) para determinar a realização de provas em sede recursal. O tema será retomado mais adiante, em tópico específico.

Ainda em matéria probatória, a preclusão consumativa incide para o juiz apenas no caso de prova já deferida. Assim, uma vez deferida a produção de uma prova, a parte adquire o direito de produzi-la, o que não pode ser posteriormente suprimido pelo julgador. Ou seja, o juiz não poderá alterar o seu posicionamento e resolver indeferir a prova antes deferida.<sup>62-63</sup> Todavia, nada impede que o juiz, de ofício, determine a produção de prova já indeferida<sup>64</sup> ou determine a produção de outras provas além das anteriormente definidas na decisão de organização da atividade probatória (art. 357, II, do CPC), pois tal conduta não implicará negar nenhum direito das partes.<sup>65</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, pacificou entendimento em sentido parcialmente diverso do defendido neste trabalho. De acordo com o STJ, em nenhuma hipótese o juiz estará impedido de rever o seu entendimento acerca das provas deferidas ou indeferidas. Portanto, o STJ reputa não incidir preclusão *pro judicato* em matéria probatória.<sup>66</sup>

### 1.5.3.2. Improcedência da tese da atuação supletiva pelo juiz

O reconhecimento de poderes probatórios do juiz – inclusive de ofício – não equivale a atribuir ao julgador uma função supletiva (complementar) quanto à produção de provas, em que ele só atuaria de forma subsidiária, diante da inércia de uma das partes em relação à atividade probatória. Tampouco seria admissível que o julgador adotasse conduta assistencialista a uma das partes, determinando a produção de provas com o objetivo de equilibrar eventuais disparidades entre as partes.<sup>67</sup> A atuação de ofício em relação à produção de provas contém amparo legal e sua legitimidade submete-se apenas à diretriz geral de motivação dos atos jurisdicionais<sup>68</sup>.

probatória” (STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp 1.669.725/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 08.06.2020, DJe 12/06/2020). No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp 1.589.990/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26.04.2021, DJe 29.04.2021; STJ, 3ª Turma, REsp 1.677.926/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.03.2021, DJe 25.03.2021; STJ, 4ª Turma, AgInt no AREsp 1.525.948/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.03.2021, DJe 25.03.2021.

61. STJ, 3ª Turma, REsp 1.677.926/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.03.2021, DJe 25.03.2021; STJ, 4ª Turma, AgInt no AREsp 949.795/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 29.10.2019, DJe 19.11.2019.

62. Na França, entretanto, o entendimento parece ser outro. A doutrina parte da premissa de que toda medida probatória ordenada pelo juiz da fase instrutória é executada sob o seu controle (art. 777 CPC). Disso decorreria que o juiz pode modificar a medida anteriormente ordenada ou prescrever outra medida aplicável que lhe pareça oportuna (PIERRE-MAURICE, Sylvie. *Leçons de procédure civile*. Paris: Ellipses, 2011. p. 181).

63. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil – teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, v. 2, p. 167. Nesse sentido, o Enunciado 514 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O juiz não poderá revogar a decisão que determinou a produção de prova de ofício sem que consulte as partes a respeito”.

64. “É firme a orientação do Superior Tribunal Superior no sentido de que revogar a decisão que indeferiu a produção de prova pericial não induz preclusão *pro judicato*, porquanto referido instituto é inaplicável ao magistrado em matéria probatória” (STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp 1.753.009/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 17.12.2018, DJe 01.02.2019).

65. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 91-92; SANTOS, Meios..., p. 18; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 54.

66. “A revogação da decisão que tratou do deferimento da produção de prova pericial não induz preclusão *pro judicato*, pois tal instituto é inaplicável ao magistrado em matéria

67. Em sentido contrário, Flávio Luiz Yarshell reputa que “a iniciativa da prova pelo juiz brasileiro, diante da inércia dos interessados, deve ter caráter subsidiário. Apenas no contexto de desigualdades substanciais ou de direitos indisponíveis é que ela se justifica. Fora daí, iniciativa probatória deve se resolver pela ótica do ônus (CPC, art. 333), que inclusive pode ser objeto de presunções ou mesmo de regras de dispensa da prova à parte hipossuficiente”. E mais adiante Yarshell entende que, mesmo nos restritos casos em que o juiz pode determinar providência probatória de ofício, é inviável executá-la sem prévia audiência das partes; ou mesmo de uma delas (YARSELL, Curso..., vol. 1, p. 99-100 e 116). Em sentido semelhante: XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz em tema de prova. *Revista de Processo*. n. 159. p. 185 e 196, maio 2008. Ainda, sobre o papel subsidiário do juiz em relação à atividade de instrução, confira-se: APRIGLIANO, Comentários..., p. 119. Também Sálvio de Figueiredo Teixeira destacava um papel mais ativo do juiz em determinadas hipóteses: “o juiz pode assumir a posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O aprimoramento do Processo Civil como pressuposto de uma Justiça melhor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 134). Nessa linha, confira-se: ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 214.

68. Eduardo Cambi considera que os poderes instrutórios do juiz são complementares ou integrativos, tendo em vista que a atividade probatória principal é das partes (CAMBI, Eduardo. Capítulo XII. Das provas. CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). *Código de Processo Civil comentado...*, p. 640).

A atividade probatória oficial também não caracteriza ofensa à isonomia nem ao chamado princípio dispositivo.

A produção de provas de ofício pelo juiz extrapola o eventual interesse das partes. Destina-se a prestigiar o interesse do Estado na correta solução do litígio. Logo, a produção de provas de ofício, em princípio, não ofenderá a exigência de igualdade processual. Ao contrário, como regra terá o objetivo de aprofundar a investigação de modo a permitir a formação mais adequada da convicção judicial<sup>69</sup>. Afinal, a imparcialidade não pode funcionar como fundamento para que se oculte a verdade.<sup>70</sup> A investigação aprofundada – dentro dos limites da causa – entregará às partes uma decisão justa e adequada.

### 1.5.3.3. Improcedência da tese da violação do princípio dispositivo

Também não convence o argumento de que tal iniciativa oficial ofenderia o princípio dispositivo, amparado na ideia de que se o direito for disponível a atuação oficial seria bastante restrita, e caso o direito material fosse indisponível, aí sim os poderes probatórios do juiz seriam amplos.

Rigorosamente, a amplitude dos poderes instrutórios não se altera em razão do direito material discutido no processo. Não há dispositivo legal que autorize tal conclusão.<sup>71</sup> Atualmente prevalece a concepção publicista, que vê no processo o exercício da jurisdição estatal, orientado à pacificação social por meio da justa e correta aplicação do direito material.<sup>72</sup> Alie-se a isso a orientação contida no art. 370 do CPC, que determina, independentemente do direito material em litígio, que o juiz atue ativamente em relação à produção de provas sempre que repute necessário para formar adequadamente o seu convencimento sobre a causa.<sup>73</sup>

Em todo e qualquer caso, o juiz deverá administrar a atividade de produção de provas de forma leal, respeitando não apenas os segredos profissionais, mas também os direitos fundamentais das partes, tais como a intimidade da vida privada e a inviolabilidade do corpo humano.<sup>74</sup> Esse tema será retomado adiante, quando for examinada a exigência de condutas éticas no processo e a necessidade de preservação do direito à intimidade.

Nesse contexto, os poderes instrutórios devem ser compreendidos em consonância com o direito à prova, que permite às partes produzir contraprova, prova diversa das determinadas pelo julgador ou ainda lhes confere a oportunidade de se pronunciar sobre elas antes do julgamento.<sup>75</sup>

### 1.5.3.4. Limites à determinação de provas de ofício

Os poderes probatórios conferem ao juiz a atribuição de atuar de forma ativa<sup>76</sup>, compartilhando com as partes o encargo de produzir todas as provas que repute

---

persistência do tradicional *principio dispositivo temperato* do Código de 1940. Mais adiante, conclui que os poderes probatórios de ofício incidem (de forma ampla) apenas em processos especiais, mas com a constante preocupação de identificar dentro de quais limites tal atuação deve ocorrer (RICCI, Principi..., p. 342-343, 346-347 e 361-362). No mesmo sentido: CONTE, *Le prove...*, p. 68-69.

74. JEULAND, *Droit...*, p. 480.

75. RANGEL, *O ônus...*, p. 79.

76. De acordo com BUZAID, o Código de Processo Civil brasileiro está em harmonia com a evolução processual, que substituiu o juiz inerte pelo juiz ativo, conferindo-lhe atividade instrutória de modo a permitir a formação de seu convencimento a respeito da causa, e não para auxiliar uma das partes (BUZAID, Alfredo. *Do ônus da prova. Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. vol. 1, p. 78). No mesmo sentido: BEDAQUE, *Poderes...*, p. 111-112; CIRIGLIANO, *Prova...*, p. 20; THEODORO JR., Humberto. *Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. Revista Brasileira de Direito de Família. n. 3. p. 11. Porto Alegre, out.-dez. 1999; VASCONCELLOS, Roberto Prado de. *Provas ilícitas (ênfase constitucional)*. Revista dos Tribunais. n. 791. p. 481. São Paulo, set. 2001. Em sentido contrário: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Reflexões sobre o ônus da prova*. In: Cruz e Tucci, José Rogério (coord.). *Processo civil: estudos em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 249. Maria Elizabeth de Castro Lopes manifesta preocupação com a possibilidade de que a iniciativa probatória oficial comprometa a equidistância das partes em relação ao juiz. Diante disso, conclui que “o fortalecimento dos poderes do juiz deve ser entendido cum grano salis” (LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 90). À luz do processo civil francês, confira-se: JEULAND, Emmanuel. *Droit processuel général*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 2012. p. 266.

69. ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 641. José Miguel Garcia Medina parece ter entendimento diverso: “Comete error in procedendo o juiz quando ordena a produção de prova, quando a questão já puder ser solucionada com base nas regras do ônus da prova, já que o fato que seria objeto da prova já não depende dela” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 652 – comentários ao art. 370 do CPC).

70. MASCOTRA, *Poderes-deberes...*, p. 419.

71. BEDAQUE, *Poderes...*, p. 138.

72. ECHANDÍA, *Compendio...*, vol. 1, p. 51; MASCOTRA, *Poderes-deberes...*, p. 417-419; DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório e sua dupla destinação. Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. vol. 1, p. 527.

73. Gian Franco Ricci afirma que o processo civil italiano contempla várias hipóteses gerais em que o juiz pode atuar de ofício em relação à atividade probatória – como por exemplo na inspeção e na requisição de informações –, o que permite reconhecer atualmente a

adequadas para a correta formação de seu convencimento.<sup>77</sup> Disso decorre que os poderes probatórios do juiz podem ser exercidos nos casos de inércia das partes ou mesmo contra a vontade das partes<sup>78</sup> (ressalvados os casos em que as partes tenham celebrado negócio processual vedando a produção de determinada prova, hipótese em que o juiz estará vinculado a essa estipulação).

Repare-se que essa atuação do juiz destina-se à formação do seu convencimento acerca dos fatos trazidos aos autos pelas partes. Portanto, não se permite que o juiz funcione como investigador, introduzindo fato jurídico novo, diverso dos extraíveis dos autos.<sup>79</sup> A sua atuação probatória se restringirá ao contexto fático estabelecido no processo e a intensidade de tal atuação dependerá do contexto probatório existente nos autos. Será irrelevante a condição das partes ou a natureza do direito envolvido. A opção legislativa foi conferir ao juiz a atribuição de

determinar provas de ofício quando reputar necessário ao atingimento da correta solução do litígio.

## 1.6. Produção de provas em fase recursal<sup>80</sup>

### 1.6.1. Poder instrutório do julgador na esfera recursal

Os poderes instrutórios recaem não apenas sobre o juiz de primeiro grau, mas também sobre o julgador no âmbito dos tribunais, no exercício de competência recursal (por exemplo, Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal).<sup>81-82</sup>

É o que se extrai do art. 370 do CPC, que assegura a qualquer julgador (independentemente da instância) o poder de determinar de ofício a produção de provas, bastando que ele as repute necessárias ao julgamento do mérito.

Essa diretriz é confirmada pela regra do art. 932, inc. I, do CPC, que impõe ao relator a tarefa de conduzir o processo no âmbito do tribunal, “inclusive em relação à produção de prova”. Obviamente que o poder do relator com relação à produção da prova não significa uma singela autorização para promover o controle da pertinência de determinado meio de prova, quando tal tema for objeto de um recurso submetido à sua apreciação. Não seria necessária uma autorização especial para que o julgador realizasse tal controle. Bastaria que o recurso veiculasse insurgência em relação ao tema para que o relator analisasse a correção da decisão singular que determinou ou rejeitou determinada prova. O comando contido no inciso I do art. 932 é específico: caracteriza autorização expressa do poder instrutório do relator no âmbito dos tribunais.

77. Nesse sentido, William Santos Ferreira destaca que, enquanto no Código de Processo Civil de 1973 “o sistema gravitava em torno do juiz”, no CPC de 2015 “são ampliados sobremaneira os poderes das partes, sua participação antes, durante e posteriormente à produção e valoração das provas” (FERREIRA, William Santos. Capítulo XII. Das Provas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.115).
78. Ivan Righi reconhece a ampla iniciativa probatória do juiz, “exercível inclusive no caso de inércia das partes, e mais: exercível até mesmo contra a vontade das partes” (RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. *Jurisprudência Brasileira*. n. 169. p. 45. Curitiba, jan.-mar. 1993). Em sentido contrário: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – Comentários ao CPC de 2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 237 (comentários ao art. 370). Luiz Eduardo Boaventura Pacifico entende que os poderes instrutórios do juiz mitigam a necessidade de as partes produzirem provas no processo, o que caracteriza relativização do conceito de ônus subjetivo da prova (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 174).
79. CARNELUTTI, *La prueba...*, p. 9 e 45; THEODORO JÚNIOR, *Prova...*, p. 12 e *Curso...*, v. 1, p. 915; SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *Introdução...*, p. 34; LOPES, João Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 318 a 538 – parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, p. 246 (comentários ao art. 370 do CPC). Merece destaque também a ponderação de Righi, segundo o qual o juiz “não deve é sair em busca do nome de pessoas que tenham conhecimento dos fatos da causa, como se fosse um investigador policial qualquer”; mas se o juiz toma conhecimento do nome da pessoa por meio de documento constante nos autos, poderá determinar de ofício a inquirição dessa pessoa (RIGHI, *Os poderes...*, p. 45). O art. 452 do CPC argentino contempla expressamente tal possibilidade: “El juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa”.

80. Parte das reflexões contidas neste tópico foram extraídas do artigo intitulado “Produção de provas em fase recursal”, de minha autoria, que foi publicado na *Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR* (Edição especial, maio/2018).
81. STJ, 4ª Turma, AgInt no AgInt no AREsp 1.533.146/GO, rel. Min. Marco Buzzi, j. 30.11.2020, *DJe* 04.12.2020; STJ, 2ª Turma, REsp 1.818.766/AM, rel. Min. Herman Benjamin, j. 20.08.2019, *DJe* 18.10.2019; STJ, 2ª Turma, REsp 382.742/PR, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 16.02.2006, *DJ* 26.04.2006; TJPR, 12ª C. Cível, Apelação Cível 1.223.128-6, rel. Des. Joeci Machado Camargo, j. 02.09.2015; TJPR, 16ª C. Cível, Apelação Cível 1.743.115-5, rel. Des. Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, j. 13.12.2017. Na doutrina, confira-se: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, vol. 3, p. 47.
82. Os poderes instrutórios do juiz também recaem sobre os ministros dos tribunais superiores. Contudo, não há dúvida de que serão menos frequentes os casos em que será admissível e adequada a determinação da produção de provas adicionais no âmbito de Cortes Superiores, considerando-se as naturais restrições de matérias admissíveis nos recursos submetidos a tais tribunais. Aparentemente, tal atividade probatória encontrará campo fértil nas causas de competência originária dos tribunais superiores, hipótese que não será examinada nesta obra.

<b>Dever de motivação</b>	Fundamentação exaustiva e analítica acerca de todas as provas produzidas no processo.	
	<i>Error in iudicando</i> : decisão que não analisa todas as provas produzidas no processo.	
<b>Ônus da prova</b>	Definição de ônus: tarefa cujo exercício poderá trazer situação de vantagem à parte.	
	Ônus perfeito e imperfeito	Perfeito: caso descumprido, implica consequências negativas.
		Imperfeito: caso descumprido, pode gerar situação de desvantagem.
	Perspectivas subjetiva e objetiva	Subjetiva: encargos das partes.
		Objetiva: método de julgamento.
	Distribuição estática do ônus da prova: regra geral.	
	Inversão do ônus da prova	Excepcional, em caso previstos em lei.
Momento: decisão saneadora (preferencialmente).		
Distribuição dinâmica: modificação da regra geral, desde que fundamentada.		
<b>Fonte de prova e meio de prova</b>	Fonte: elementos externos ao processo.	
	Meio: instrumento utilizado para se alcançar o conhecimento a respeito de elementos externos ao processo.	
Finalidade da distinção: delimitar a atuação das partes e do juiz em matéria probatória.		
<b>Liberdade probatória: admissibilidade de provas atípicas (ou inominadas)</b>	Direito fundamental à prova, que autoriza a produção de provas típicas e atípicas.	

## 2

## A TIPICIDADE NO PROCESSO CIVIL

## 2.1. A dicotomia entre tipicidade e atipicidade

Os subitens subsequentes serão dedicados ao estudo do *tipo*. Tal análise – sem a pretensão de ser exaustiva – mostra-se indispensável para definir os contornos do que é considerado juridicamente típico e as funções que os tipos assumem na perspectiva processual. O estabelecimento de tais premissas permitirá investigar eventual relação entre atipicidade probatória (liberdade probatória) e atipicidade do direito de ação (direito ou poder de invocar um provimento jurisdicional, impassível de tipificação<sup>1</sup>), além de auxiliar na construção de um conceito consistente de prova atípica, identificando o que é enquadrável em um modelo probatório típico, o que está excluído do modelo legal e a repercussão de tal aferição no âmbito do processo.

Ressalve-se desde logo que é impossível enumerar todos os usos que são conferidos ao tipo e suas derivações. As expressões típico, tipificador, tipificante, tipificar, tipológica e tipologia são empregadas de forma absolutamente assimétrica, nas mais variadas áreas do conhecimento.<sup>2</sup> Diante disso, o presente estudo se dedicará a examinar, apenas na medida do necessário, as principais características do tipo para então extrair balizas seguras que nortearão os capítulos subsequentes, destinados ao exame da atividade probatória.

1. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 57.

2. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 24.

## 2.2. A noção de tipo

Historicamente, a palavra *tipo* assumiu dois principais sentidos. Por um lado, pode-se entender tipo como cópia, contorno ou molde determinante da forma de uma série de objetos que dele derivem (por exemplo, a cunhagem de moedas a partir de um tipo). De outro lado, tipo assume a conotação de exemplo ou modelo.<sup>3</sup>

Atualmente a palavra tipo é usada no sentido geral de *forma básica* ou *essência*, assim como, em sentido amplo, com o significado de *padrão*.<sup>4</sup>

Assim, a noção de tipo traduz a ideia daquilo que é comum, recorrente ou semelhante a vários seres distintos<sup>5</sup> e ao mesmo tempo significa o que é característico e peculiar.<sup>6</sup>

O tipo é caracterizado pela abertura, gradação, inteireza, sentido e aproximação à realidade. A abertura do tipo relaciona-se com a prescindibilidade de alguns elementos distintivos,<sup>7</sup> isto é, a sua configuração não exige necessariamente a presença de todas as notas características no mesmo objeto. A gradação decorre da possibilidade de as características que compõem o tipo figurarem em graus diferentes de intensidade, frequência e combinações. A inteireza do tipo se manifesta pela interdependência de suas notas, que em conjunto permitem identificar a totalidade e clareza do tipo, conferindo-lhe sentido. O tipo também se caracteriza pela aproximação à realidade, não apenas pelo seu caráter descritivo, mas também por conter uma riqueza de dados referenciais do objeto.<sup>8</sup>

No tipo, os objetos não se subsumem; ordenam-se de acordo com método comparativo.<sup>9</sup>

No campo do Direito – especialmente nos países de cultura romanística – a tipificação se impõe como verdadeira necessidade.<sup>10</sup> O tipo jurídico é delineado de acordo com as notas que o ordenamento normativo lhe tenha conferido.<sup>11</sup> Assim,

para que exista tipicidade, é necessário que o objeto ostente concretamente um núcleo mínimo de características necessárias à configuração do tipo.<sup>12</sup> Por critérios de semelhança, portanto, será considerado típico tudo aquilo que estiver em conformidade com o modelo (ou esquema) pré-constituído.<sup>13</sup>

Isso não significa que tais características sejam estáticas ou irrenunciáveis. De um lado, as notas do tipo são dotadas de ampla flexibilidade, de modo que o seu arranjo não precisa se apresentar sempre com a mesma combinação em todos os objetos. Isso é o que permite afirmar que o tipo possui maleabilidade estrutural. Por outro lado, a ausência de uma ou algumas notas do tipo, em determinados objetos, não o descaracteriza.<sup>14</sup> O núcleo do tipo não é fixo nem rígido. A ausência de uma ou outra nota do tipo não constitui algo atípico.<sup>15</sup>

Assim, um objeto será atípico quando estiverem ausentes todas as notas características essenciais do tipo. Esse é o limite entre o típico e o atípico – o que descarta peremptoriamente o recurso à analogia, especialmente por não existirem lacunas a serem supridas.<sup>16</sup>

No processo é possível identificar nitidamente a existência de tipos. Há uma série de modelos que devem ser seguidos pelas partes e pelo juiz para se atingir um determinado resultado.<sup>17</sup> A atividade probatória, por exemplo, é uma atividade típica. Cada meio de prova é integrado por um núcleo mínimo de elementos que o caracteriza, definindo um modelo.

3. *Ibidem*, p. 21.

4. Essa é a conclusão atingida por Misabel Derzi (*Ibidem*, p. 23).

5. *Ibidem*, p. 24; TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista de direito administrativo*, n. 235, p. 202, jan./mar. 2004; GRANDO, Felipe Esteves. *A tipicidade em matéria tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19 e 67.

6. BEDUSCHI, Carlo. A proposito di tipicità e atipicità dei contratti. *Rivista di diritto civile*, n. 4 (anno XXXII), p. 352, jul./ago. 1986; YARSHELL, *Tutela*..., p. 37.

7. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 194.

8. DERZI, *Direito*..., p. 51-52 e 64.

9. *Ibidem*, p. 84.

10. BEDUSCHI, A proposito..., p. 381.

11. DERZI, *Direito*..., p. 64. Na expressão de Karl Larenz, esse seria o *tipo real normativo* (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamengo. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 571).

12. TORRES, O princípio..., p. 194-195. Antônio Junqueira de Azevedo entende que esse núcleo mínimo do tipo é caracterizado por *elementos categoriais inderrogáveis* (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104 e 150).

13. BEDUSCHI, A proposito..., p. 351 e 354.

14. Karl Larenz identificou a existência de três espécies de tipo: tipo de frequência ou tipo médio; tipo real normativo e tipo jurídico estrutural. Ao examinar os tipos jurídico-estruturais, Larenz demonstra que tais tipos consistem em “complexos de regulação relacionados entre si, cujos elementos são conteúdos normativos conjuntamente com as relações da vida neles tidos em conta. Pelo menos alguns destes elementos podem variar de caso para caso ou estar ausentes no caso particular, sem que por isso desapareça a pertença ao tipo” (LARENZ, *Metodologia*..., p. 572).

15. DERZI, *Direito*..., p. 69. J. J. Calmon de Passos entende existir a (i) *atipicidade irrelevante*, em que a inadequação do suposto não foi suficiente para frustrar a consequência prevista na norma (inadequação do suposto e adequação da consequência) e a (ii) *atipicidade relevante*, assim considerada a hipótese em que a consequência normativa não é atingida (PASSOS, J. J. Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 38-39).

16. XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 148.

17. KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 190; PASSOS, *Esboço*..., p. 76-77.

Em um sentido amplo, poder-se-ia dizer que para algo ser típico ele precise necessariamente estar previsto na lei.<sup>18</sup> Rigorosamente, tipicidade e legalidade não se equivalem.<sup>19</sup> Tampouco o atípico pode ser considerado sinônimo de inominado.<sup>20</sup> Contudo, como os modelos probatórios (e os meios de prova) estão previstos em lei, não parece possível identificar a tipicidade ou a atipicidade de um meio de prova senão por meio da sua comparação com a hipótese prevista na norma.<sup>21</sup> Caso ele apresente um núcleo mínimo de notas que permita amoldá-lo ao modelo legal, será considerado um meio típico de prova; caso contrário, ele estará no campo da atipicidade.

### 2.3. As funções do tipo

O objetivo deste subitem é fixar premissas a partir da qual será possível compreender qual é a utilidade de se consagrar na lei alguns meios de prova (modelos probatórios) e, ao mesmo tempo, a lei consagrar ampla liberdade probatória.

O tipo poderá assumir funções diferentes, a depender do ramo do direito em que seja aplicado. Genericamente, o tipo (ou a tipificação) pode se prestar, exemplificativamente, a (i) organizar, separando ou englobando situações; (ii) descrever, de modo a utilizar um modelo para impor limites, o que conferirá segurança;

(iii) positivar o que é mais corriqueiro; (iv) descrever para simplificar (ou generalizar, pelo estabelecimento de modelos).<sup>22</sup>

Os tipos têm a função de classificar e organizar elementos referentes a um objeto. Essa perspectiva de sistematização é relevante aos objetivos do presente estudo. Permitirá a identificação de modelos probatórios previstos em lei, os seus elementos caracterizadores e o eventual enquadramento nesse modelo de um meio de prova não previsto em lei. Tal será a definição concreta do meio típico e, por exclusão, do meio de prova verdadeiramente atípico.

A função descritiva do tipo confere segurança<sup>23</sup>. Na perspectiva processual, a lei positiva um modelo com o objetivo de definir limites e preservar determinados valores. A especificação dos elementos essenciais ao modelo é especialmente relevante no âmbito probatório, pois confere garantia às partes quanto ao equilíbrio da relação processual e à previsibilidade acerca da atividade de produção de provas no processo. Afinal, as partes e o juiz saberão de antemão quais são os mecanismos processuais definidos em lei para que sejam acessadas as fontes de prova.

O tipo – assim como a tipificação – relaciona-se com o princípio da praticabilidade<sup>24</sup>. Tal princípio traduz a diretriz consistente em empregar técnicas simplificadoras destinadas a facilitar a execução da lei. No caso do tipo, a simplificação decorre do caráter descritivo que lhe é inerente. Tal função do tipo também guarda pertinência com o presente estudo, na medida em que não há dúvida de que os modelos probatórios facilitam o desenvolvimento da atividade probatória.

### 2.4. A distinção entre tipo e conceito

Os principais estudos acerca do tipo dedicam-se a examiná-lo em confronto com a noção de conceito.

O tipo não se confunde com o conceito jurídico.<sup>25</sup>

22. Tais características são destacadas por Flávio Yarshell, amparado em ampla e consistente bibliografia nacional e estrangeira (YARSHELL, *Tutela...*, p. 44-50).

23. Rodrigo Fernandes afirma que o princípio da tipicidade proporciona segurança jurídica e afasta o arbítrio. A despeito de ter examinado a temática do tipo sob a perspectiva tributária, as suas ponderações são perfeitamente aplicáveis ao presente estudo (FERNANDES, *Tipicidade...*, p. 152). Em sentido semelhante: GRANDO, *A tipicidade...*, p. 88-89. Calmon de Passos também menciona o caráter descritivo contido no tipo (PASSOS, *Esboço...*, p. 81).

24. DERZI, *Direito...*, p. 104-105. Felipe Grando evidencia o caráter preponderantemente de simplificação (implementação de mecanismos de praticidade) que o tipo vem recebendo no Brasil, o que deixa em segundo plano o intuito de alcançar interpretações verdadeiramente sistemáticas (GRANDO, *A tipicidade...*, p. 45-47).

25. Humberto Ávila promove essa distinção, valendo-se entretanto das expressões *conceito de tipo* e *conceito de classe*. Ao final, demonstra que o tipo não representa nenhuma forma

18. Caso o tipo esteja previsto em lei, os elementos constitutivos do tipo não precisam necessariamente estar previstos em um único artigo de lei (PASSOS, *Esboço...*, p. 79).

19. Ricardo Lobo Torres, entretanto, é enfático ao afirmar que “o princípio da tipicidade é um corolário do princípio da legalidade” (TORRES, *O princípio...*, p. 194). Felipe Esteves Grando entende que “existe uma forte relação, e até mesmo uma derivação, da tipicidade com o Princípio da Legalidade, na medida em que tipicidade parte da interpretação de textos positivados” (GRANDO, *A tipicidade...*, p. 18). Rodrigo Fernandes destaca a existência de autonomia entre o princípio da legalidade e o princípio da tipicidade, pois “há flagrante distinção de objetos de incidência” (FERNANDES, Rodrigo de Andrade M. *Tipicidade tributária*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 25). Alberto Xavier equipara a noção de “reserva absoluta de lei” ao princípio da tipicidade e pondera que eles têm como corolários o princípio da seleção, o princípio do *numerus clausus*, o princípio do exclusivismo e o princípio da determinação (XAVIER, *Tipicidade...*, p. 17-18).

20. YARSHELL, *Tutela...*, p. 39; AZEVEDO, *Negócio...*, p. 146.

21. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37, vol. 2. Roque Komatsu lembra que “o tipo ou o modelo é mais do que a hipótese de fato prevista na norma; ela envolve elementos, que informam sua própria existência como fato (legal), ao lado dos requisitos que compõem – os elementos normativos propriamente descritos” (KOMATSU, *Da invalidade...*, p. 191). Em sentido semelhante: PASSOS, *Esboço...*, p. 21.

Como visto, o tipo é caracterizado pela abertura, gradação, inteireza, sentido e aproximação à realidade. Tais características permitem concluir que é da essência do tipo a possibilidade de um objeto adequar-se ao modelo mesmo quando não ostente todos os traços distintivos.<sup>26</sup> Consequência disso é a possibilidade de capturar para o interior da norma uma elevada gama de elementos da vida.<sup>27</sup>

O conceito é uma forma de pensamento por meio da qual se apreende um significado ou se aprisiona determinado objeto. Os conceitos jurídicos podem ser divididos de acordo com o grau de determinação de seus elementos constitutivos: os *conceitos jurídicos determinados* caracterizam-se pelo elevado grau de determinação de seus elementos; os *conceitos jurídicos indeterminados* são aqueles cujo conteúdo depende de determinação por norma jurídica.<sup>28</sup>

Os conceitos caracterizam-se por ostentar uma estrutura rígida, pois traduzem valores por meio de poucas características e de forma fixa.<sup>29</sup> Carregam consigo uma definição fechada e acabada de determinado fato que o legislador aprisionou no interior de um texto legal.<sup>30</sup>

Não existe margem de maleabilidade quanto ao preenchimento dos seus elementos. Ou o preenchimento é integral e o juízo de subsunção é possível, ou está ausente alguma nota que inviabiliza que o fato seja subsumido.<sup>31</sup> Portanto, o conceito (especialmente o determinado) confere reforço à segurança jurídica, à primazia da lei, à uniformidade no tratamento de casos isolados, em prejuízo da igualdade, da funcionalidade e adaptação da estrutura normativa.<sup>32</sup>

Portanto, enquanto o tipo é aberto, flexível e com potencialidade ilimitada para abranger situações concretas, o conceito é um método de pensamento rígido e fechado pelo qual a subsunção de um fato ao contido na norma será realizado apenas com o preenchimento integral de seus elementos.

autônoma de pensamento que possa ser confrontada com o conceito. Ávila afirma que a possibilidade de enquadrar o tipo como subespécie dos conceitos jurídicos é tema de importância secundária, pois se trata, na visão do autor, de um problema aparente (ÁVILA, *Sistema...*, p. 176 e 199).

26. ÁVILA, *Sistema...*, p. 176.

27. GRANDO, *A tipicidade...*, p. 22.

28. ÁVILA, *Sistema...*, p. 174.

29. DERZI, *Direito...*, p. 65.

30. GRANDO, *A tipicidade...*, p. 22.

31. *Ibidem*, p. 21.

32. DERZI, *Direito...*, p. 84.

## 2.5. Tipicidade aplicada ao direito probatório

As premissas estabelecidas acima permitem concluir que algo será considerado típico quando se amoldar a um modelo previamente definido. Não é necessário que essa adequação seja perfeita. Basta que o objeto ostente um núcleo mínimo de notas que, mediante um exercício de comparação, permitirá enquadrá-lo ao esquema preconcebido.

No âmbito do processo, a tipicidade será aferível por meio da comparação do objeto ao modelo previamente definido em lei. Se houver coincidência das principais notas distintivas, o objeto será considerado típico. Tais notas distintivas variarão de caso para caso. Logo, tal comparação não poderá se pautar por critérios quantitativos. Não será a presença de mais ou menos elementos que definirá a tipicidade ou a atipicidade. A avaliação deverá ser qualitativa. Serão identificados concretamente os traços mais relevantes do modelo legal. Isso permitirá avaliar se o objeto comparado se enquadra ou não no parâmetro definido em lei.

É marcante a existência de tipos no âmbito do direito probatório. A lei concebeu uma série de meios de prova, que se destinam (como se verá mais adiante) a levar ao juiz a informação extraída da fonte de prova. Mas a existência de modelos previamente definidos pelo legislador não significa, de antemão, que sejam inadmissíveis no processo outros meios de prova. Tais modelos possuem função facilitadora. O objetivo foi tipificar na lei o que era mais corriqueiro, de modo a facilitar a sua aplicação concreta. Isso é confirmado pela regra do art. 369 do CPC, que admite no processo o emprego de qualquer meio de prova, e não apenas aqueles expressamente definidos pelo legislador.

Rigorosamente, nem sequer seria necessária a existência de uma regra expressa consagrando uma diretriz geral de liberdade dos meios de prova. A atipicidade do direito de ação (adiante examinada) já seria suficiente para garantir tal amplitude probatória. Mas é compreensível a atitude do legislador de expressar tal diretriz em sede infraconstitucional, pois evita uma discussão ainda existente no direito italiano a respeito da taxatividade dos meios probatórios (que será examinada no momento oportuno).

Todavia, caso houvesse na lei uma restrição ao emprego de outros meios de prova além dos expressamente previstos, as premissas adotadas nesse trabalho permitiriam concluir pela sua inconstitucionalidade, na medida em que a atipicidade probatória decorre da Constituição.

No que tange ao direito probatório, integram o modelo legal (tipo) a existência de previsão legal do meio de prova e o respectivo procedimento. Vale dizer, a tipicidade probatória no processo civil será aferida sob duas perspectivas: previsão do meio de prova no processo civil e previsão do respectivo procedimento para a colheita da prova no processo civil.

Disso decorre que a lei poderá considerar cabíveis alguns meios de prova, mas não lhes definir o respectivo procedimento. Nesse caso, sob a perspectiva do meio de prova, estaremos diante de um meio típico, mas com relação ao procedimento, não há dúvida de que estaremos no campo da atipicidade. Tal aferição será necessária para se identificar qual será a tarefa das partes e do julgador em relação à produção da prova. Considerando que interessa à parte a correta colheita da prova, deverá ela requerer desde logo um meio de prova que seja passível de ser concretamente produzida. É necessário que o procedimento a ser definido pelo juiz – que poderá se valer de regramento análogo já existente ou criar um que respeite os princípios constitucionais do processo – seja concretamente viável.

O reflexo que a atipicidade (do meio de prova ou do procedimento) assumirá em relação à conduta das partes, ao contraditório, ao dever de fundamentação, aos poderes probatórios do juiz e à valoração será objeto de exame específico, em tópicos subsequentes.

## 2.6. Atipicidade dos meios de prova e atipicidade do exercício do direito de ação

Como já referido, o objetivo do presente estudo é a análise das provas atípicas no processo civil. Trata-se de identificar se existem mesmo mecanismos que não se enquadrem no modelo legal, mas que sejam admissíveis no processo como método para se acessar uma fonte de prova e elucidar uma questão fática controversa.

A legitimação dessa amplitude probatória passa pela análise conjugada da atipicidade do direito de ação e da atipicidade probatória.

O exercício do direito de ação é atípico. Isso significa que as formas de invocação da tutela jurisdicional não estão limitadas pelo ordenamento jurídico.<sup>33</sup> Os modelos previstos em lei devem ser compreendidos de acordo com o caráter facilitador decorrente das funções da tipificação. Alie-se a isso o fato de o princípio da inafastabilidade da jurisdição ser irrestrito<sup>34</sup>. Afinal, confere à parte a garantia de que, independentemente de mecanismo legal específico, a sua pretensão poderá ser deduzida no âmbito do Poder Judiciário, como forma de proteger lesão ou ameaça a direito. Eventual limitação somente pode ser compreendida concretamente, por meio da eventual taxatividade legal das possíveis causas de pedir. Portanto, os

modelos estabelecidos pelo ordenamento jamais poderão limitar o direito de ação, que deverá ser entendido de forma ampla, sempre a serviço do direito material.<sup>35</sup>

Exemplo disso era o mandado de segurança coletivo, que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 5.º, LXX, da CF/1988. Muito embora houvesse previsão constitucional expressa, não havia uma lei infraconstitucional destinada a disciplinar o mandado de segurança coletivo. Havia clara atipicidade procedimental. Mas isso jamais impediu o ajuizamento de mandados de segurança coletivos. Recorria-se ao regramento do mandado de segurança individual (Lei 1.533/1951), no que cabível, e posteriormente ao chamado microsistema de processo coletivo (formado, em especial, pela interação da Lei da Ação Civil Pública e das regras do Código de Defesa do Consumidor acerca do processo coletivo). Portanto, a falta de procedimento previsto em lei para o mandado de segurança coletivo nunca impediu o exercício concreto do direito de ação. De qualquer forma, atualmente a atipicidade procedimental do mandado de segurança coletivo está superada pelas regras constantes dos arts. 21 e 22 da Lei 12.016/2009.<sup>36</sup>

O direito à prova é amplo e decorre da atipicidade do direito de ação. A despeito de haver modelos legais (com respectivos procedimentos) para se desenvolver a atividade probatória, não há dúvida de que a mesma amplitude conferida pelo princípio da inafastabilidade estende-se ao campo probatório. Seria juridicamente inadmissível que um fato controvertido não pudesse ser provado porque não se amoldou perfeitamente a um dos meios de prova previstos em lei. Tal como ocorre no direito de ação, a limitação ao direito à prova será aferida concretamente, como por exemplo na inadmissão de uma prova colhida de forma ilícita. A tipicidade da atividade probatória residirá no respeito ao procedimento relativo aos meios de prova previsto em lei, que conferirá isonomia, segurança, facilidade e legalidade ao acesso à fonte de prova. Contudo, mesmo o procedimento poderá sofrer eventuais adaptações, como se verá adiante.

Em suma, a atipicidade do direito à prova é decorrência da atipicidade do exercício do direito de ação. De nada adiantaria existir a ampla possibilidade de acesso ao Judiciário sem que o sistema processual conferisse às partes semelhante amplitude probatória. Com isso, restringir a disponibilidade dos meios de prova implicaria limitar a própria garantia constitucional da ação e da defesa.<sup>37</sup> Caberá especialmente ao juiz garantir que a liberdade probatória consagrada no processo civil brasileiro não seja restringida pela eventual ausência de previsão do meio

33. LIEBMAN, *Manuale...*, p. 158.

34. Fala-se em direito ou poder irrestrito, no sentido de que qualquer pretensão pode ser submetida ao Poder Judiciário, por mais infundada que seja. Contudo, depois de proposta tal demanda infundada, o sistema confere mecanismos para coibir abusos e apurar responsabilidades.

35. YARSHELL, *Tutela...*, p. 206 e *Curso...*, vol. 1, p. 81.

36. AMARAL, Paulo Osternack; SILVA, Ricardo Alexandre da. Mandado de segurança coletivo. *Revista dialética de direito processual* n. 105, p. 88-89, São Paulo, dez. 2011. Em sentido semelhante: YARSHELL, *Tutela...*, p. 197.

37. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006, p. 37.

de prova na lei ou pela ausência de procedimento previamente definido para a produção de uma prova.

Portanto, a amplitude da liberdade probatória tem que ser compatível com a amplitude de formas de acesso à justiça.

Quadro sinótico

<b>Noção de tipo</b>	Cópia, contorno ou molde determinante da forma de uma série de objetos.
	Exemplo ou modelo.
	Atualmente: sentido geral de forma básica ou essência; padrão.
<b>Funções do tipo</b>	Organizar, separando ou englobando situações.
	Descrever para utilizar um modelo para impor limites.
	Positivar.
<b>Distinção entre tipo e conceito</b>	Descrever para simplificar.
	Tipo: abertura, gradação, inteireza, sentido e aproximação à realidade. Aberto e flexível.
<b>Tipicidade no direito probatório</b>	Conceito: forma de pensamento por meio da qual se apreende um significado ou se aprisiona determinado objeto. Rígido.
	A lei concebeu uma série de meios de provas. Porém, não excluiu a admissibilidade de meios de prova não previstos em lei.
<b>Atipicidade dos meios de prova</b>	Exercício do direito de ação: atípico; relacionado à inafastabilidade da jurisdição e ao acesso à justiça.
	Direito à prova: decorre da atipicidade do direito de ação.

### 3

## A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL

### 3.1. Conceito de prova atípica

Meio típico de prova (prova típica) consiste na forma prevista em lei para se acessar as fontes de prova. Nesse caso, a lei determina um método próprio para se acessar a informação proveniente da fonte. São diversos os motivos que podem justificar a positivação de um meio probatório. Contudo, de forma pragmática, não há dúvida de que a tipificação de um meio de prova facilita o seu emprego concreto, pois confere segurança e previsibilidade à atividade probatória. São exemplos de provas típicas a testemunhal, a pericial, a documental, a inspeção judicial<sup>1</sup> etc.

O conceito de prova atípica pode ser atingido por oposição ao de prova típica.<sup>2</sup> Assim, prova atípica consiste na possibilidade de se acessar fontes de informações por modos diferentes dos previamente estabelecidos em lei.<sup>3</sup>

A atipicidade pode derivar tanto da inexistência da previsão normativa do meio de prova quanto da inexistência de previsão legal do procedimento tendente à realização da prova.<sup>4</sup> Tal atipicidade é aferida no âmbito do processo civil. Isso significa que se um meio de prova estiver contemplado apenas na legislação processual penal, o seu eventual emprego no processo civil será considerado atípico.

1. Lembre-se que sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, as inspeções judiciais eram consideradas provas atípicas porque não figuravam como meio de prova previsto naquele Código. Contudo, o Código de Processo Civil de 1973 positivou em seus arts. 440 a 443 a inspeção judicial, que então passou a ser um meio típico de prova.
2. MOREIRA, *Provas...*, p. 114.
3. PISANI, *Lezioni...*, p. 436; CONTE, *Le prove...*, p. 352.
4. MEDINA, *Novo...*, p. 646 (comentários ao art. 369 do CPC).

oportunidade de se manifestar amplamente sobre tais informações introduzidas no processo, antes que o juiz forme o seu convencimento e o exteriorize na sentença.<sup>70</sup>

A admissão de uma prova atípica se refletirá no dever de fundamentação. O juiz deverá avaliar a pertinência da prova, a eventual inexistência (ou dificuldade de produção) de um meio típico para comprovar a mesma situação, a regularidade da aquisição daquela prova atípica, além da sua compatibilidade com os preceitos legais e éticos. Tudo isso será levado em consideração no raciocínio desenvolvido pelo julgador ao admitir a prova e, posteriormente, proferir a sua decisão à luz do contexto probatório contido nos autos.

Essa será a única forma de legitimar a admissão processual de uma prova atípica à luz das garantias constitucionais do processo.

Quadro sinótico

<b>Conceito de prova atípica</b>	Acesso as fontes de prova de modo diverso do estabelecido em lei.
	Inexistência de previsão legal quanto ao meio de prova ou quanto ao procedimento.
<b>Permissivo legal (art. 369 do CPC)</b>	Todos os meios legais: compatíveis com a lei.
	Moralmente legítimos: respeito a preceitos éticos.
	Incidência: qualquer alegação fática das partes.
<b>Compatibilidade com o art. 212 do CC</b>	Rol exemplificativo. Deve ser interpretado em conjunto com o art. 369 do CPC.
<b>Delimitação do art. 13 da LINDB</b>	Produção de prova, no Brasil, acerca de ato ou fato ocorrido no exterior.
	Incidência da lei estrangeira quanto aos meios de prova e às regras sobre ônus da prova.
	Prova da lei estrangeira: incumbe a quem houver pedido a produção da prova do fato ocorrido no exterior.
<b>Prova atípica e devido processo legal</b>	Garantia do contraditório e reforço do dever de fundamentação.

70. DIDIER JR., *Curso...*, v. 2, p. 118. Ricardo de Carvalho Aprigliano, com acerto, conclui que “O cuidado com a valoração da prova é necessário, não tanto por ser a prova atípica, mas por conta das possíveis restrições ao contraditório” (APRIGLIANO, *Comentários...*, p. 94).

## 4

### CASOS DE PROVAS ATÍPICAS

#### 4.1. Considerações iniciais

O presente capítulo é dedicado ao exame dos casos mais frequentes de provas atípicas que vêm sendo empregados no processo civil brasileiro e estrangeiro. Haverá também o exame crítico de certos casos limítrofes, que aparentemente poderiam ser reputados como exemplos de provas atípicas, mas que por algum motivo não se amoldam às premissas conceituais fixadas no decorrer do presente estudo.

#### 4.2. Carta psicografada: inadmissibilidade

A psicografia é a atividade por meio da qual o médium afirma receber declaração de ciência acerca de um fato pelo “espírito” que se diz desencarnado de pessoa morta. Normalmente tal declaração é manuscrita pelas mãos do médium.

O exame ora proposto se coloca em termos estritamente jurídicos. As conclusões atingidas na sequência não envolvem considerações acerca de opção religiosa ou de fé.

Nem em tese a carta psicografada pode ser utilizada como fonte de prova no processo – nem mesmo como prova atípica. Há três aspectos fundamentais que impedem o seu ingresso no processo.

Existe vedação constitucional à admissão de carta psicografada no processo como fonte de prova. A Constituição assegura a liberdade religiosa. É o que se extrai do inc. VI do art. 5.º: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Disso decorre a garantia de que a todos é assegurado o direito de expressar a sua fé da forma que reputar mais

adequada. Isso inclui, até mesmo, a possibilidade de o sujeito optar por não ter fé em algo divino. De tal liberdade religiosa decorre a determinação constitucional de separação absoluta de Estado e Igreja (art. 19, I). É a regra do laicismo estatal. O Estado, em todas as suas esferas, deve permanecer neutro em relação à religião. Assim, o Poder Judiciário não poderá admitir no processo a eficácia de uma informação obtida a partir de um ato de fé.

A carta psicografada, sob o aspecto probatório, também viola a garantia constitucional do contraditório (art. 5.º, LV). Não há um método científico que permita aferir a exatidão das informações extraídas pelo médium e retratadas na carta. Isso impede o estabelecimento de qualquer mecanismo de controle a respeito do seu conteúdo. As partes jamais terão condições objetivas de, por exemplo, opor-se ao que está lá consignado. Repare-se que sequer adiantaria convocar o médium para que prestasse testemunho em juízo, na medida em que ele, rigorosamente, não presenciou o fato que descreveu na carta.

O aproveitamento da carta psicografada no processo implicaria ofensa à garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Impõe-se que o juiz exponha de forma adequada e racional os motivos que o conduziram a proferir determinada decisão. Caso ele adote a carta como fundamento de sua decisão, não terá preenchido o critério da fundamentação racional (haverá uma crença pessoal e subjetiva). Isso impede o exercício de controle acerca do acerto da decisão, de modo que não será viável às partes questionar tecnicamente o conteúdo da carta ou a fidelidade com que o médium retratou as informações.

Em síntese, a carta psicografada caracterizará hipótese de prova ilícita e ineficaz, por ofensa à regra do laicismo estatal e ao contraditório. A decisão que nela se ampare será nula por ofensa ao dever de fundamentação das decisões judiciais.<sup>1</sup> Portanto, nem em tese poderá ser qualificada como prova (típica ou atípicas).

1. As ponderações contidas no texto consistem em essência no pensamento dos professores Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga, retratado em excelente artigo em que enfrentam o tema de forma profunda e com ampla bibliografia (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista de Processo*, n. 234, p. 33-61. São Paulo, ago. 2014). Em sentido contrário, Tatiana Bonatti Peres reputa que a carta psicografada seria admissível como meio de prova, pois “não é prova ilícita nem deve ser tida como prova imoral” (PERES, Tatiana Bonatti. Meios de prova e a carta psicografada: prova baseada em crença e a liberdade religiosa. *O Direito*, ano 150, p. 107. Coimbra, 1º trimestre. 2018). Há na doutrina quem admita que “os documentos psicografados se inserem no conceito de provas atípicas do art. 369 do CPC”, concluindo que “a cautela recomenda que a prova psicografada seja compreendida como integrante do conceito de *argumento de prova*” (grifos do original) (CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 623).

### 4.3. Constatações realizadas por oficial de justiça

Não há previsão legal para o emprego de constatações realizadas por oficial de justiça no processo civil. Com relação ao sistema probatório, tais constatações podem ser consideradas atípicas.

O enfrentamento desse tema é relevante. Destina-se a evitar que o oficial de justiça atue de forma irregular, em hipóteses não admitidas pela lei. Aqui fica ainda mais evidente o limite entre uma conduta atípica e uma conduta ilegal.

Nada impede que tais constatações sejam admitidas validamente no processo, sob a forma de prova atípica. Incumbe ao oficial de justiça executar as ordens do juiz a que estiver subordinado. Exige-se, no entanto, que a providência se amolde às balizas definidas no art. 369 do CPC (compatível com a lei e com a moral), além de respeitar as diretrizes da teoria geral da prova (mostrar-se útil e necessária no caso concreto) e, eventualmente, aferir-se que se trata de mecanismo menos oneroso em comparação com uma providência típica.

Tem-se admitido a realização de constatações realizadas por oficial de justiça, no sentido de informar nos autos a situação de fato envolvendo pessoa ou coisa.

É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz determina ao oficial de justiça que compareça à sede da empresa para verificar em que estado de conservação se encontram bens penhorados e mantidos sob a guarda do proprietário. Ou, ainda, quando se atribui ao oficial a tarefa de aferir o eventual abandono do imóvel locado, o que poderá conduzir o juiz a autorizar a imissão na posse do imóvel pelo locador (art. 66 da Lei 8.245/1991).<sup>2</sup> Também se tem empregado tal método para se constatar se um bem imóvel ostenta ou não a natureza de bem de família.

Em todos esses casos, o juiz empregará seus poderes instrutórios para conceber meios de acessar a fonte de prova e trazer a informação ao processo. Em termos sistemáticos, o julgador poderá emprestar para outros casos, no que compatível e com as adaptações necessárias,<sup>3</sup> por exemplo, o regramento específico da constatação prevista para a nunciação de obra nova, existente ao tempo do Código de Processo Civil de 1973: lavrará auto circunstanciado, indicando o local e a data

2. Esse é o exemplo trazido em sede doutrinária por Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, *Instituições...*, v. 3, p. 106).

3. Segundo Bedaque, “deve ser o juiz investido de amplos poderes de direção, possibilitando-lhe adaptar a técnica aos escopos do processo em cada caso concreto, mesmo porque a previsão abstrata de todas as hipóteses é praticamente impossível. A adaptação do processo a seu objetivo dá-se, pois, no plano legislativo, mediante elaboração de procedimentos e previsão de formas adequadas às necessidades das hipóteses possíveis. Mas ocorre também no próprio âmbito do processo, com a concessão de poderes ao juiz para, dentro de determinados limites, realizar a adequação de forma concreta” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64-65).

da diligência, descrevendo o estado em que se encontra a pessoa ou a coisa, para então levar tais dados ao conhecimento do juiz, que estabelecerá o contraditório, valorará as informações e conferirá a elas o peso que merecerem no contexto probatório estabelecido no processo.

#### 4.4. Declarações extrajudiciais

As declarações extrajudiciais, prestadas pelas partes ou por terceiros, em alguma medida também podem ser consideradas provas atípicas. A informação não será adquirida diretamente da pessoa (fonte de prova), tal como ocorreria no caso de um depoimento prestado em audiência, presidida por um juiz. Nas declarações extrajudiciais, a informação será colhida fora do processo, documentada por escrito, para somente então ser levada aos autos e submetida ao conhecimento do julgador.

Portanto, nessa hipótese o julgador estabelece contato com a informação por forma diversa da prevista em lei. Aí reside a atipicidade dessa prova.

Tais declarações podem conter a descrição fática de uma situação relevante para o processo, ou mesmo o reconhecimento de culpa por determinada situação controvertida. Não se pretende com isso desvirtuar a produção de uma prova oral em juízo. Tampouco se trata de uma prova oral colhida irregularmente.<sup>4</sup> Também não implica a supressão do direito à prova das partes. A declaração extrajudicial consiste em hipótese de pré-constituição da prova<sup>5</sup>. Tal formalização

extrajudicial pode se justificar sob os mais variados motivos, como na hipótese em que exista o risco de a oitiva do sujeito em juízo tornar-se impossível ou muito difícil, por exemplo, considerando o local de sua residência. Note-se que a declaração extrajudicial poderá até mesmo convencer o julgador acerca da irrelevância do conteúdo da declaração para o processo e a consequente inutilidade da oitiva judicial do sujeito. Em termos práticos, a declaração extrajudicial consiste em providência simples, que pode concretamente conduzir a uma economia de tempo e recurso das partes e do Estado.

Portanto, a declaração extrajudicial, muito embora não esteja relacionada entre os meios probatórios típicos, pode e deve ser admitida no processo, momento em que passará pelo crivo do contraditório, será valorada pelo juiz em cotejo com as demais provas e receberá o peso que merecer no contexto daquele processo.<sup>6</sup> Contudo, se o juiz reputar necessário à formação de seu convencimento, nada impede que determine a oitiva judicial do declarante.

Repare-se que as *declarações extrajudiciais prestadas por terceiro*, comuns no direito italiano, não são equiparáveis à confissão, que também naquele sistema podem ser judiciais ou extrajudiciais (art. 2.730 do Código Civil italiano). Tampouco se assemelham ao testemunho escrito, que consiste no fornecimento de respostas escritas, em determinado prazo, a perguntas feitas pelo juiz, nas hipóteses previstas no art. 257-bis do CPC italiano.

A doutrina italiana adverte que tais declarações extrajudiciais não podem ser consideradas como prova, na medida em que não foram colhidas com plena observância das garantias do processo. Entretanto, entende que podem ser livremente valoradas – de acordo com um valor indiciário, apenas –, constituindo-se como fonte legítima do convencimento judicial.<sup>7</sup> Contudo, a *declaração extrajudicial feita por uma das partes (autocertificazione)* acerca de fatos, estado ou qualidade da pessoa não possui nenhuma eficácia probatória, nem mesmo de indício,<sup>8</sup> afora casos específicos previstos em lei, aos quais se reconhece plena eficácia probatória.<sup>9</sup>

4. À luz do processo penal, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró sustenta as “declarações colhidas unilateralmente não constituem documentos e, muito menos, podem ser utilizadas como uma espécie de ‘prova testemunhal atípica’, já que significam uma prova anômala, isto é, um desvirtuamento do procedimento probatório estabelecido para a prova testemunhal, suprimindo-se o contraditório entre as partes, além de desrespeitar o princípio da imediação, por não permitir um contato direto do juiz com a prova produzida. Trata-se de prova inadmissível (...), não podendo ser utilizada pelo juiz para a formação de seu convencimento, devendo ser desentranhada dos autos, mormente nos processos de júri” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 351). No mesmo sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 315.

5. Acerca da admissibilidade do “depoimento escrito”, Araken de Assis afirma tratar-se de meio de prova que “não equivale à prova documental, mas à prova testemunhal”, desempenhando a função de “sucedâneo da prova testemunhal”, apresentando como vantagens “a economia de esforços, porque o declarante não necessitaria deslocar-se até à sede do juízo, perdendo tempo e dinheiro” e “a escassa relevância do(s) fato(s) atestado(s), em

geral apreciação pessoal dos costumes e da integridade de outra pessoa” (ASSIS, *Processo Civil...*, p. 482).

6. Eduardo Cambi qualifica como provas atípicas as declarações escritas provenientes de terceiros. Em princípio, atribui a elas um valor probatório menor, na medida em que a parte contrária não participou da sua formação. Contudo, mais adiante ressalva que o seu valor probatório variará de acordo com a existência ou não nos autos de simétricos elementos de prova diretas ou representativas em sentido contrário (CAMBI, *A prova...*, p. 49).

7. ARIOLA, *Le prove...*, p. 97-98; BUFFA, *Prove...*, p. 182-183; CONTE, *Le prove...*, p. 369.

8. Essa é a conclusão atingida por ARIOLA, com amparo na jurisprudência da Corte de Cassação italiana (ARIOLA, *Le prove...*, p. 92-93).

9. A Lei italiana 15/68 contém normas sobre documentação administrativa e sobre legalização e autenticação de firma. O art. 4.º da L. 15/68 disciplina a *Dichiarazione sostitutiva*

#### 4.5. Perícias extrajudiciais

A prova pericial é um meio probatório típico, que possui natureza de prova constituenda. Ou seja, de regra a perícia é produzida no âmbito do processo, sob a condução de um perito nomeado pelo julgador e sob a sua supervisão.

Contudo, admite-se que as partes tragam aos autos pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerem suficientes (CPC, art. 472). Tais apurações feitas pelas partes não ostentam as características próprias de uma perícia produzida no âmbito do processo. São apurações técnicas feitas fora do processo, sem a supervisão de um julgador. O fato de consistirem em apurações unilaterais não é suficiente para se descartar a sua admissibilidade no processo.

Preenchidos os requisitos contidos no art. 369 do CPC, tais apurações técnicas poderão ser admitidas no processo. Os laudos extrajudiciais serão avaliados pelo juiz, após serem submetidos ao contraditório. Caso repete que as questões técnicas ficaram suficientemente demonstradas por meio dos pareceres juntados pelas partes, o juiz poderá até mesmo dispensar a realização da prova pericial (CPC, art. 472).

Todavia, caso ainda persista dúvida quanto aos aspectos técnicos, será determinada uma perícia judicial, no âmbito da qual o perito judicial solucionará a controvérsia técnica, eventualmente por meio do exame dos pareceres unilaterais trazidos pelas partes. Toda essa atividade deverá ser orientada a formar o convencimento do julgador.

Não se descarta a oitiva do subscritor do laudo extrajudicial como testemunha, desde que observados os limites e garantias inerentes à produção da prova testemunhal.<sup>10</sup>

A doutrina italiana não reconhece eficácia probatória à perícia extrajudicial apresentada no processo, que não tenha sido produzida sob o pálio do contraditório. A ela somente será reconhecido o valor de indício.<sup>11</sup> Contudo, confere-se à parte que apresentou a *perizia giurata* a faculdade de produzir no processo a prova testemunhal sobre as circunstâncias de fato pertinentes, o que poderá conferir à perícia extrajudicial a dignidade de prova e então ser valorada com as demais provas.<sup>12</sup>

*dell'atto di notorietà*, assim dispondo: "L'atto di notorietà concernente fatti, stati o qualità personali che siano a diretta conoscenza dell'interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo dinanzi al funzionario competente a ricevere la documentazione, o dinanzi ad un notaio, cancelliere, segretario comunale, o altro funzionario incaricato dal sindaco, il quale provvede alla autenticazione della sottoscrizione con la osservanza delle modalità di cui all'art. 20".

10. CAMBI, *A prova...*, p. 47.

11. ARIOLA, *Le prove...*, p. 87.

12. CONTE, *Le prove...*, p. 366.

#### 4.6. Prova estatística e prova por amostragem

A reconstrução dos fatos nem sempre é passível de ser realizada por meio de uma prova científica, que permita elucidar, com elevado grau de certeza e a partir de parâmetros objetivos, um fato controvertido narrado no processo. Surge então a figura da prova estatística, consistente num mecanismo de pesquisa que emprega técnicas que permitem aferir a ocorrência de determinada situação em termos percentuais. Os resultados, portanto, são obtidos a partir de um exame de probabilidade. Em geral, a prova estatística tem por objetivo investigar a relação entre um determinado fenômeno e as suas possíveis causas.

Rigorosamente, a contraposição entre a prova científica e a estatística é um falso problema. A análise estatística, ainda que tenha por substrato um exame de probabilidade<sup>13</sup>, envolve o emprego de técnicas científicas. Disso decorre ser insustentável a afirmação de que a prova científica conferiria um grau de certeza necessariamente mais elevado que o obtido pela prova estatística. Afinal, nenhum meio de reconstrução de fatos permite atingir cem por cento de certeza, de modo infalível e absoluto. Em alguma medida, todos os meios probatórios transmitirão ao julgador informações amparadas em probabilidade (em sentido amplo). Isso não equivale a afirmar que – por conter respaldo científico – as elaborações estatísticas devam ser incondicionalmente acolhidas no processo. Ao contrário, a cientificidade das aferições é o que permitirá a realização de controle acerca do método empregado e do acerto dos resultados obtidos.<sup>14</sup>

A prova por amostragem pode ser considerada uma modalidade de prova estatística,<sup>15</sup> que também se ampara em critérios de probabilidade para verificar a relação entre um fenômeno e as suas possíveis causas. Ela é empregada quando o exame de um todo é concretamente impossível, extremamente difícil ou injustificável.<sup>16</sup> Examina-se então uma amostra e a partir dos resultados obtidos formula-se uma conclusão geral para toda a situação controvertida.

13. MEDINA, *Novo...*, p. 646 (comentários ao art. 369 do CPC).

14. FORNACIARI, Michele. *La ricostruzione del fatto nel processo*. Milão: Giuffrè, 2005. p. 442-448. Michele Taruffo destaca o caráter controvertido do emprego de dados estatísticos como prova, mas reconhece que tal método seria possível em casos muito particulares, em que estivessem presentes condições de validade do cálculo estatístico e da referibilidade ao caso concreto (TARUFFO, Michele. *La valutazione delle prove. La prova nel processo civile*. Milão: Giuffrè, 2012. p. 230).

15. DIDIER JR. e BOMFIM, *Prova por amostragem...*, p. 133.

16. "(...) a prova por amostragem deve ser admitida sempre que a parte se veja confrontada com a necessidade de fazer prova de um universo de tal modo abrangente de factos ou de outras circunstâncias que a sua realização se confunde já com uma prova diabólica" (SILVA e REIS, *A prova...*, p. 149-170).

A prova por amostragem não possui previsão legal. Mas nem por isso ela poderá ser considerada um meio atípico de prova. Quando muito, o emprego desse método servirá para auxiliar o desenvolvimento racional de um meio de prova típico. Imagine-se a realização de uma perícia destinada a apurar a extensão de um desastre ambiental causado por derramamento de óleo na costa brasileira. Evidentemente que não será possível examinar todo o oceano para se verificar com precisão os danos ambientais. Extraem-se então amostras de diversas partes que sejam representativas da área atingida e a partir de seu exame estima-se a extensão dos prejuízos causados.

A jurisprudência admite a utilização da técnica da amostragem, nas mais variadas hipóteses<sup>17</sup>. Em questões criminais, os principais precedentes referem-se a exame de amostra de entorpecentes apreendidos<sup>18</sup> e a exame de apenas alguns CDs e DVDs falsos apreendidos.<sup>19</sup> Em questões tributárias, a técnica da amostragem já foi utilizada para se apurar a carga total da mercadoria, para fins de tributação.<sup>20</sup> No campo da responsabilidade civil há precedentes que admitiram o emprego da amostragem para aferir parte de uma extensa documentação, concluindo-se pela inexistência do dever de indenizar.<sup>21</sup> A estatística também já foi adotada como critério adequado para se aferir que o valor de mercado de um imóvel foi corretamente explicado no laudo pericial.<sup>22</sup>

17. Sobre o tema, o STJ editou a Súmula 574: “Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem” (STJ, 3ª Seção, j. 22.06.2016, *DJe* 27.06.2016).
18. STJ, 5ª Turma, AgRg no AgRg no REsp 1.455.188/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 19.02.2019, *DJe* 26.02.2019; STF, 2ª Turma, HC 71.599, rel. Min. Paulo Brossard, j. 18.10.1994, *DJ* 19.12.1994, p. 35.182; TJPR, 5ª Câmara Criminal, Apelação Criminal 783.485-3, rel. Des. Rogério Coelho, j. 09.02.2012.
19. STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.427.679/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. 04.04.2019, *DJe* 22.04.2019; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.767.921/SP, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 06.12.2018, *DJe* 01.02.2019; STJ, 5ª Turma, HC 197.783/SP, rel. Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJSE), j. 23.04.2013, *DJe* 26.04.2013.
20. STJ, 1ª Turma, AgInt no AREsp 917.212/SE, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 05.04.2018, *DJe* 09.05.2018; TJRS, 1ª Câmara Cível, Ap. 7005853868, rel. Des. Luiz Felipe Silveira Difini, j. 08.05.2013.
21. TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap. 0141870-78.2010.8.26.0100, rel. Des. Flavio Abramovici, j. 19.07.2011, *DJe* 23.07.2011; TJPR, 15ª Câmara Cível, Ap. 908.334-1, rel. Des. Luiz Carlos Gabardo, j. 08.05.2013, *DJe* 15.07.2013.
22. TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, AgIn 2020386-66.2013.8.26.0000, rel. Des. Beretta da Silveira, j. 21.01.2014, *DJe* 04.02.2014.

Portanto, o emprego da estatística ou da amostragem não implica um novo meio probatório<sup>23</sup>, mas apenas de um método racional que amparará a colheita de informações por um meio típico.

#### 4.7. Reconstituição simulada dos fatos

A reconstituição de fatos é admissível tanto no processo penal quanto no processo civil. No âmbito penal ela possui algum detalhamento acerca do procedimento. Já no processo civil não há um procedimento definido. O exame adiante realizado ficará restrito aos principais aspectos desse método de esclarecimento dos fatos, de modo a permitir uma conclusão acerca da sua tipicidade ou atipicidade.

##### 4.7.1. O cabimento da reconstituição de fatos no âmbito penal

O art. 7.º do CPP<sup>24</sup> prevê o cabimento de realização da reconstituição simulada dos fatos quando houver dúvida acerca da possibilidade de a infração ter sido praticada de determinado modo. A despeito de o art. 7.º aludir apenas a “autoridade policial”, entende-se que a chamada reconstituição do crime poderá ser determinada tanto na fase pré-processual quanto em juízo.<sup>25</sup> Quando realizada na fase judicial, é imprescindível a presença do juiz, acusador e defesa, como forma de preservar o contraditório. Em qualquer caso, o indiciado pode ser forçado a comparecer à diligência (CPP, art. 260), mas não a participar da reconstituição, sob pena de invalidação da prova por violação do princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si (CF/1988, art. 5.º, LXIII).<sup>26</sup>

A lei define dois limites à reconstituição: respeito à moralidade e à ordem pública. Não examinaremos detidamente cada um deles. Apenas merece destaque o caráter ético que tal dispositivo pretende conferir às atividades policial e judicial. Assim, não será admitida a reconstituição quando a simulação tiver a potencialidade de violar a moral pública (como ocorreria, por exemplo, na reconstituição do crime de estupro) ou a moral privada (ofensa a direito fundamental do sujeito passivo).

23. Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim posicionam-se em sentido contrário, ao afirmar que a “prova por amostragem é também exemplo de prova atípica” (DIDIER JR. e BOMFIM, *Prova por amostragem...*, p. 134). No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 427.
24. Dispõe o art. 7.º do CPP: “Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”.
25. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 712.
26. VARELA, Casimiro A. *Valoración de la prueba*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 340.

A ordem pública, por sua vez, seria desrespeitada caso a reprodução implicasse inundação, desmoração etc.<sup>27</sup>

A lei processual penal brasileira não traça um procedimento para a realização da reconstituição. Todavia, é possível extrair algumas balizas da experiência estrangeira,<sup>28</sup> especialmente no que concerne à precisão do ato que defere a reconstituição e à documentação da diligência.

Assim, é fundamental que a decisão que determinar a realização da reconstituição defina o objeto, o dia, a hora e o local da diligência. Isso permitirá o estabelecimento do contraditório em torno do ato, não apenas no que tange ao acompanhamento da diligência, mas também ao próprio cabimento da reconstituição.

Também é importante que seja lavrada uma ata circunstanciada, contendo a descrição minuciosa da atividade desenvolvida. Recomenda-se, ainda, que a reconstituição seja filmada e fotografada.<sup>29</sup> Isso permitirá a sua correta utilização pelas partes e contribuirá de forma decisiva para que tal prova seja adequadamente valorada pelo juiz (na sentença e em fase recursal).<sup>30</sup>

A reconstituição só terá cabimento quando houver verdadeira dúvida acerca da forma com que o suposto crime teria ocorrido. Não é juridicamente admissível que a reconstituição seja feita – ainda que não exista dúvida sobre o fato – para que sejam exploradas as respectivas imagens e fotos da diligência perante o Júri. Há precedente em que a reconstituição foi considerada impertinente e protelatória, na medida em que foi requerida após doze anos da ocorrência do crime, às vésperas do julgamento pelo Júri, sem nenhum fato novo a justificá-la.<sup>31</sup>

O resultado positivo da reconstituição não constitui prova de que o crime realmente ocorreu; apenas indica que ele poderia ter ocorrido daquela forma. Já o resultado negativo é decisivo, pois provará que aquele crime jamais poderia ter ocorrido da forma como narrado. Será relevante para o desfecho do processo, pois descartará circunstâncias anômalas ou ilógicas, impossíveis, contraditórias ou inverossímeis, colocando em destaque aquelas que tenham aptidão para demonstrar

a verdade dos fatos.<sup>32</sup> Disso decorre que a reconstrução negativa é concretamente mais útil que a positiva.<sup>33</sup>

Conclui-se, portanto, que mesmo no âmbito processual penal a reconstituição simulada dos fatos ostenta certa atipicidade. Afinal, muito embora esse meio de prova possua previsão legal, não existe disciplina acerca do respectivo procedimento. Logo, nesse caso poder-se-ia falar em atipicidade procedimental.

#### 4.7.2. O cabimento da reconstituição de fatos no âmbito civil

No processo civil existe uma tímida previsão legal acerca do cabimento da reconstituição simulada dos fatos. Tal diligência é admitida no âmbito da inspeção judicial (CPC, art. 483, III), mas sem a previsão de um respectivo procedimento. Nesse caso, a atipicidade é procedimental. Talvez esse seja o motivo pelo qual tal mecanismo não seja empregado com tanta frequência em sede civil. Todavia, considerando as vantagens já constatadas no âmbito penal, nada impede que tal método seja empregado no âmbito do processo civil para que o juiz esclareça-se quanto aos fatos.

A reconstituição seria extremamente útil nos casos de, por exemplo, acidente de trânsito, em que a narrativa das partes não permite atingir uma conclusão sobre o ocorrido, isto é, há dúvida sobre o modo como o acidente ocorreu. Sob a coordenação do juiz, as partes, os procuradores, os peritos, os assistentes técnicos e um cartorário participam da simulação, de modo a verificar qual das versões seria possível de ter efetivamente ocorrido. Isso não significa que a parte que narrou a versão fática mais plausível (ou a única plausível) será necessariamente declarada vencedora. Há uma série de circunstâncias, provas e regras jurídicas que serão consideradas pelo julgador – tal como a existência de culpa concorrente, fato de terceiro, prescrição etc. – que poderão conduzir a um julgamento favorável à parte cuja narrativa fática foi rejeitada.

Adotando como parâmetro as regras da inspeção judicial, a reconstituição simulada de fatos terá caráter subsidiário no processo civil: será cabível quando os demais meios de prova revelarem-se insuficientes para o convencimento do juiz, isto é, quando persistir dúvida quanto a uma versão dos fatos.

Tal como os demais meios de prova, ela deverá respeitar os limites da legalidade e da moralidade. Com relação ao procedimento, sugere-se o aproveitamento – no que for compatível – das balizas acima firmadas à luz do processo penal. Assim, a reconstituição deverá ser deferida por decisão judicial fundamentada, em que conste o fato que será reconstituído, além da data, do local e do horário da diligência.

27. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal anotado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 110.

28. Sobre o procedimento da reconstituição no direito estrangeiro, confirmam-se: art. 150 do CPP português; arts. 218 e 219 do CPP italiano; art. 475, inc. III, do CPC argentino.

29. VARELA, *Valoración...*, p. 340.

30. LOPES JR., *Direito...*, p. 713.

31. STJ, HC 209.838/GO, 5.ª T., j. 05.11.2013, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 19.11.2013. Mais recentemente, manteve-se decisão que considerou impertinente reconstituição requerida há seis anos da ocorrência do fato, em especial pela existência de outros elementos probatórios nos autos (STJ, AgRg no AREsp 835256/RS, 5ª T., j. 19.05.2016, DJe 30.05.2016).

32. VARELA, *Valoración...*, p. 322.

33. LOPES JR., *Direito...*, p. 714.

Isso permitirá que as partes, seus procuradores, peritos, assistentes técnicos etc. acompanhem a realização do ato, que será presidido pelo juiz. Recomenda-se que seja franqueada a participação efetiva dos interessados, como forma de contribuir para o sucesso da simulação.

Todas as atividades deverão ser registradas por escrito (auto circunstanciado), por imagens (fotografias, filmagens) e sons, de modo que o julgador disponha de todas as informações necessárias no momento de valorar a prova e proferir a sua decisão (CPC, art. 484, *caput* e parágrafo único).

Disso conclui-se que rigorosamente não se poderia enquadrar a *reconstituição de fatos* como um meio de prova atípico. O seu cabimento no âmbito da inspeção judicial permite qualificá-la como um meio de prova típico. Contudo, a ausência de um respectivo procedimento desvenda sua atipicidade procedimental. Em termos práticos, o juiz terá que conjugar as regras de inspeção com as regras sobre colheita de prova oral e pericial, de modo a permitir a utilidade da diligência, com o esclarecimento dos pontos necessários ao julgamento.

#### 4.8. Sentença como meio de prova

Reconhece-se na Itália a possibilidade do emprego da sentença como meio de prova atípico, ainda que o processo em que se pretenda utilizá-la como prova desenvolva-se entre partes diversas das que participaram do processo sentenciado.<sup>34</sup> Não propriamente o dispositivo da sentença, mas certas informações contidas na motivação.<sup>35</sup> Exemplo disso seria a afirmação expressa em uma sentença de que um sujeito estaria em um local em determinado dia e horário, o que logicamente excluiria a possibilidade de que esse mesmo sujeito estivesse em outro local ao mesmo tempo.<sup>36</sup> A sentença é equiparada a um documento (como outro qualquer) e lhe é atribuída um valor meramente indiciário, o que impede que ela seja tomada pelo juiz como fonte determinante para a solução do caso.<sup>37</sup> Caberá ao juiz valorar tal sentença em cotejo com os demais elementos constantes dos autos.<sup>38</sup>

À luz do direito brasileiro, não se vislumbra a viabilidade de uma sentença ser empregada no processo como um meio de prova.<sup>39</sup> Em tese a sentença poderia preencher os requisitos genéricos de admissão de um meio de prova no processo

(da legalidade e da moralidade), mas não nos parece viável que ela se revista da chamada atendibilidade, que traduz a ideia de que o meio de prova deve ser útil e adequado ao fato que se pretende elucidar. Rigorosamente, uma sentença não prova nada em outro processo. Não é apta a demonstrar que os fatos se passaram de determinada forma ou a elucidar a controvérsia sobre uma alegação de fato. Tal assertiva não é infirmada pela constatação de que a sentença está imutabilizada pela coisa julgada. A estabilização atingirá o *decisum* da sentença e vinculará somente as partes que participaram do contraditório. De regra, a coisa julgada não incide sobre a motivação da sentença, que é onde ordinariamente são valoradas as provas. Eventualmente se contraponha a esse entendimento a necessidade de que o juiz do processo posterior adote como premissa de seu julgamento uma questão prejudicial definida no processo anterior. Mas mesmo nesse caso não estaremos diante do emprego da sentença como meio de prova, mas da aplicação direta da eficácia positiva da coisa julgada.

Quando muito, vislumbra-se que uma sentença possa ser empregada no processo como forma de influir na convicção do julgador. Ela funcionará como uma espécie de “precedente”, que a parte interessada anexará aos autos para o fim de convencer o juiz a adotar aquela solução ao seu caso concreto. Mas insista-se: a possibilidade de encartar aos autos uma sentença não equivale a admitir que ela seja apta a comprovar uma alegação de fato controvertido no processo.

Contudo, não se ignora que pela motivação da sentença eventualmente se identifique a existência de uma prova relevante, que foi decisiva para a correta solução daquele caso anterior. Nesse caso, nada impede que o juiz ou as partes requeiram o empréstimo daquela prova, desde que preenchidos os requisitos específicos do empréstimo.

#### 4.9. Conduta processual das partes como meio de prova

As condutas comissivas ou omissivas praticadas pelas partes no curso do processo também são capazes de auxiliar o juiz na formação do seu convencimento acerca dos fatos discutidos na causa<sup>40</sup>.

Não é, porém, qualquer conduta da parte que poderá influir na formação do convencimento judicial. É necessário que se trate de conduta processual capaz de

34. ARIOLA, *Le prove...*, p. 78.

35. Muito embora o CPC italiano não discipline a hipótese (atípica, portanto), a sentença como meio de prova é hipótese típica no Processo Penal italiano (art. 238-bis do CPP).

36. RICCI, *Principi...*, p. 390.

37. Tal informações são trazidas por Mario Conte, com apoio em decisões proferidas pela Corte de Cassação (CONTE, *Le prove...*, p. 359 e 361).

38. ARIOLA, *Le prove...*, p. 78.

39. DINAMARCO, *Instituições...*, v. 3, p. 110.

40. “O comportamento das partes, revelado através dos atos que praticam e das atividades que omitem no curso do processo, é fato jurídico que pode apresentar relevância probatória”. Por isso, sua eficácia processual “subordina-se apenas, à circunstância de que a legislação processual não repila o princípio da convicção racional do juiz na valoração da prova” (RIGHI, Ivan. *Eficácia probatória do comportamento das partes*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 20, 1981, p. 2-3).

possibilitar a construção de um raciocínio lógico suficiente à solução do ponto controvertido da lide<sup>41</sup>.

Como regra, essas condutas não poderão ser consideradas isoladamente, mas, analisadas em conjunto com os demais elementos probatórios, poderão subsidiar a conclusão acerca da ocorrência ou não dos fatos alegados.<sup>42</sup>

Não se trata de hipótese de prova atípica. As condutas processuais das partes não terão o condão de servir de prova direta e suficiente do fato, mais se aproximando da prova indiciária<sup>43</sup>, na medida em que servem de ponto de partida para a elucidação dos fatos discutidos no processo<sup>44</sup>. Na doutrina, no entanto, há quem admita até mesmo a conduta do advogado como prova atípica capaz de influir no convencimento judicial<sup>45</sup>. Admite-se também a conduta praticada em outro processo, aplicando-se o mesmo regramento da prova emprestada, assim como a conduta de um terceiro ligado às partes<sup>46</sup>.

O sistema processual português, no entanto, contém regramento diverso do previsto no CPC brasileiro.

Em Portugal, caso a parte deixe de cooperar na fase de instrução, além de aplicação de multa, ela também se submeterá a duas consequências probatórias: valoração da conduta e inversão do ônus da prova.

O juiz apreciará o valor da recusa para efeitos probatórios (art. 417, n. 2, do CPC português). Isso significa que o sistema português permite que o julgador valore livremente o comportamento da parte que se recusa a cooperar na fase de

instrução. Essa livre avaliação será concretamente realizada mediante o confronto da recusa da parte com o resultado das demais provas produzidas no processo, o que permitirá ao julgador formar o seu convencimento acerca da matéria de fato.<sup>47</sup>

Tal regra geral é reafirmada por outras regras, de que são exemplo as hipóteses de (i) recusa ilegítima a prestar depoimento ou oferecimento de respostas evasivas (art. 357, n. 2, do Código Civil português); e (ii) recusa ilegítima de apresentar documentos (art. 430 do CPC português).

O Código de Processo Civil de 2015 contém regras que permitem concluir pela possibilidade de admissão da conduta processual da parte como meio de prova apenas em hipóteses típicas, em que as consequências estejam expressamente previstas em lei.

É o caso do art. 385, § 1º, que prevê a aplicação da pena de confissão ficta para a parte que “pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor”. A mesma consequência poderá ser aplicada no caso do depoimento prestado com evasivas, e da recusa da parte em responder ao que lhe foi perguntado sem motivo justificado (CPC, art. 386)<sup>48</sup>.

É o que ocorre, ainda, nos casos em que a jurisprudência entende a recusa na realização da coleta de material para exame de DNA como suficiente à constatação da paternidade (Lei 8.560/92, art. 2º-A, parágrafo único)<sup>49-50</sup>.

41. “Não, porém, a elegância no trato ou a falta de educação, a simpatia ou a antipatia etc. – neste sentido, nem o pior comportamento possível justifica a sentença desfavorável (...) Interessa, isto sim, o comportamento processual que permite ilações racionais, de conteúdo probatório, úteis para a decisão da lide. Vale dizer, a conduta que – encarada pelo juiz como fato processual – sirva de indício e propicie, mediante o emprego de critério lógico-dedutivo, uma conclusão acerca de questão importante ao equacionamento do litígio” (RIGHI, Ivan. *Eficácia...*, p. 4).

42. LOPES, João Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 318 a 538 – parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, p. 244 (comentários ao art. 369 do CPC).

43. MARINONI e ARENHART, *Prova...*, p. 418.

44. ASSIS, *Processo Civil...*, p. 486.

45. “Não se trata de eficácia jurídica decorrente do princípio da representação, pois o advogado tem o poder de sustentar em juízo, com autonomia, o interesse do cliente, mas, não, o de dispor do mesmo. A parte suporta o efeito da má condução da causa pelo advogado, isto sim, como consequência de ordem prática” (RIGHI, Ivan. *Eficácia...*, p. 7). Ainda: CAMBI, Eduardo. *Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e teoria narrativista do Direito*. Disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo\\_Cambi.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html) Acesso em 19.12.2016). Em sentido contrário: ASSIS, *Processo Civil...*, p. 487.

46. CAMBI, *Conduta...*, *passim*.

47. FREITAS e ALEXANDRE, *Código...*, v. 2, p. 222.

48. Eduardo Cambi elenca como condutas processuais passíveis de valoração probatória: “i) a negativa de exhibir documentos ou coisas; ii) a informação de endereços falsos para evitar intimações; iii) o desconhecimento malicioso de uma assinatura em um documento; iv) a dedução de nulidades e incidentes infundados; v) a ausência voluntária de depósito das custas processuais/antecipação dos honorários do perito; vi) a falta de colaboração maliciosa ou infundada com os peritos; vii) a obstrução injustificada na produção de uma prova; viii) a resistência injustificada de reconhecimento de pessoa ou de coisa; ix) as respostas dadas pelas partes ao serem interrogadas ou ao prestarem informações ou quando são demandas pela parte contrária; x) o não comparecimento aos atos processuais; xi) a obstrução ao curso regular do processo; xii) a formulação de impugnações manifestamente improcedentes” (CAMBI. *Conduta...*).

49. Dispõe o art. 2º-A da Lei 8.560/92: “Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

50. “O fato de obstar a realização do exame de DNA, ao impor condições infundadas para sua ocorrência, ou ainda não comparecer no momento aprazado pelo Juízo para a coleta do material hematológico, corresponde à recusa de a ele se submeter, e tal recusa poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame. Embora a presunção de paternidade que surge da recusa ao exame de DNA não seja absoluta, a matéria fática tal como descrita

Encontra-se na jurisprudência, também, decisão que levou em consideração a conduta da parte autora consistente em, no curso do processo, alterar alegação que havia formulado na inicial quanto ao desaparecimento de valores de variadas contas bancárias. Após a realização de perícia que concluiu que os valores mantidos em parte das contas referidas no processo foram levantados pelos próprios autores, considerou-se, em conjunto com os demais elementos existentes nos autos, que se tratava de conduta passível de valoração a fim de contribuir para a formação do convencimento judicial quanto ao levantamento da integralidade dos valores discutidos na ação<sup>51</sup>.

Embora não tenha sido considerada de forma isolada (e nem poderia ser diferente), neste caso a conduta das partes qualificou a prova produzida, reforçando o convencimento judicial formado à luz dos elementos dos autos<sup>52</sup>.

#### 4.10. Eficácia processual da prova atípica e sua valoração

Ao contrário do que ocorre na Itália,<sup>53</sup> o sistema brasileiro permite conferir à prova atípica a mesma eficácia das demais provas produzidas no processo. Contudo, a valoração da prova atípica assumirá contornos peculiares. Ela não poderá ser valorada da mesma maneira que uma prova típica. Isso não significa que ela

---

no acórdão impugnado testifica favoravelmente ao pedido do investigante, o que é suficiente para a procedência do pedido” (STJ, REsp 819.588/MS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 03.04.2009). No mesmo sentido: STJ, 4ª Turma, AgInt no AREsp 1.528.171/PR, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 17.12.2019, *DJe* 19.12.2019. Confira-se, ainda, o enunciado da Súmula 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

51. TJPR, 15ª Câmara Cível, Ap. 908.334-1, rel. Des. Luiz Carlos Gabardo, j. 08.05.2013, DJ 15.07.2013.
52. “A prova crítica, em princípio, é menos valiosa do que a prova direta dos fatos principais. Nada impede, todavia, que a robusteza, atuando como demonstração complementar e influenciando na sua valoração. Em outros termos, é possível que o indício apresente-se como ‘circunstância qualificadora’, capaz de ultimar a fixação de outra prova” (RIGHI, Ivan. *Eficácia...*, p. 8).
53. A doutrina italiana amplamente majoritária admite o emprego de provas atípicas no processo, mas lhe atribui um peso meramente indiciário ou de argumento de prova: CHIARLONI, *Riflessioni...*, p. 840; FERRARI, *La “prova migliore”...*, p. 347; TARUFFO, *Prove...*, p. 402-403; RICCI, *Le prove...*, p. 68; MANDRIOLI, *Corso...*, p. 127; ARIOLA, *Le prove...*, p. 118. Significa dizer, a prova atípica não traduz meio idôneo para formar, isoladamente, o convencimento judicial, razão pela qual integrará a convicção do julgador ao lado de outras provas. Caso contrário, a decisão será obtida pela aplicação das regras sobre ônus da prova (TARUFFO, *Prove...*, p. 426). No mesmo sentido, confira-se as lições de Mario Conte, amparado em precedentes da Corte de Cassação (CONTE, *Le prove...*, p. 378-380).

receberá um valor necessariamente menor pelo fato de não conter previsão legal. A prova atípica se submeterá no processo às quatro principais fases da atividade probatória (requerimento, admissibilidade, produção e valoração), integrando-se ao conjunto probatório.

Nada impede, portanto, que eventualmente se atribua concretamente um valor superior a uma prova atípica em comparação com uma prova típica. Ou mesmo que o juiz ampare a sua decisão unicamente em uma prova atípica.<sup>54</sup> Apenas alerta-se para que se tenha cautela adicional na valoração da prova atípica, sendo necessário que ela seja expressamente confrontada com os demais elementos constantes dos autos. Tal cautela se potencializará caso a prova atípica seja a única passível de solucionar o litígio e que a sua produção tenha implicado a mitigação ou o diferimento do contraditório. Considerando a inexistência de procedimento positivado para a colheita dessa prova, um juízo de ponderação poderia conduzir à aceitação do contato direto e isolado do julgador com a fonte de prova, postergando o contraditório ao resultado da investigação, quando já constasse dos autos.

Nesse momento entrará em cena com ainda maior vigor o dever de fundamentação, por meio do qual as partes terão condições de avaliar os motivos que levaram o julgador a atingir determinada conclusão e poderão eventualmente lançar mão de recursos para o fim de controlar tais motivos.

#### 4.11. A prova atípica como opção residual

Muito embora exista amparo legal para a admissão de provas atípicas no processo, é possível extrair uma verdadeira preferência pela prova típica. O juiz avaliará circunstâncias concretas tais como a disponibilidade de um meio típico de prova, eventual dificuldade (custo ou tempo desproporcional) ou impossibilidade (prova irrepitível) de produção da prova típica e respeito às garantias processuais na colheita da prova atípica. A prova atípica só será deferida caso se mostre a solução mais adequada àquele caso concreto. O seu emprego será residual. O sistema probatório ampara-se no princípio da preferência pela prova típica. Isso permite concluir que o *direito à prova* deve ser compreendido como o *direito à prova típica*. De acordo com as premissas definidas na tese, caso exista uma controvérsia fática que possa ser provada por um meio típico e por um meio atípico, o juiz determinará apenas a produção do meio típico. Tal diretriz só será abrandada caso se demonstre, concretamente, que a prova atípica é a solução mais acertada (ou a única) naquela situação.

Admitida a prova atípica, incidirão o livre convencimento motivado e os amplos poderes instrutórios do juiz. O julgador então avaliará todas as provas

---

54. CONTE, *Le prove...*, p. 351.

produzidas no processo e lhes atribuirá o valor que merecer.<sup>55</sup> Logo, nada impede que o julgador determine, mesmo que já tenham sido produzidas provas típicas, a produção de uma prova atípica para esclarecer determinado fato. E nada haverá de irregular nisso. O julgador estará apenas empreendendo esforços no sentido de formar um correto convencimento a respeito da causa.

O que se pretende destacar nesse ponto é a circunstância de que as peculiaridades envolvidas na admissão de uma prova atípica permitem constatar que o seu emprego no processo será excepcional e exigirá especial cautela – notadamente quando for possível a produção de uma prova típica.

Disso deriva que será exigível especial fundamentação não apenas em relação à admissão da prova atípica, mas também no que tange à sua valoração em conjunto com as demais provas.<sup>56</sup>

#### Quadro sinótico

<b>Carta psicografada</b>	Caso de prova ilícita. Violação do laicismo estatal, do contraditório e do dever de fundamentação.
<b>Constatações realizadas por oficial de justiça</b>	Método para obter informação sobre pessoas ou coisas. Exigências: compatibilidade com a lei e preceitos éticos.
<b>Declarações extrajudiciais</b>	Colhida fora do processo, documentada por escrito. Submete-se ao contraditório judicial e é valorada pelo juiz em cotejo com as demais provas.
<b>Perícias extrajudiciais</b>	Pareceres técnicos ou documentos elucidativos. Exigências: compatibilidade com a lei e preceitos éticos.
<b>Prova estatística e por amostragem</b>	Estatística: ocorrência de determinada situação em termos percentuais. Envolve o emprego de técnicas científicas. Por amostragem: modalidade de prova estatística. Utilizada quando o exame de um todo é concretamente impossível, extremamente difícil ou injustificável.

<b>Reconstituição simulada dos fatos</b>	No processo civil não há procedimento definido.	
	Na esfera penal	Tanto na fase pré-processual quanto em juízo. Cabível no caso de dúvida sobre a forma do cometimento do crime.
	Na esfera cível	No âmbito da inspeção judicial, mas sem previsão do procedimento. Caráter subsidiário.
<b>Sentença como meio de prova</b>	Inadmissibilidade no processo civil brasileiro.	
<b>Conduta processual das partes</b>	Auxiliam na formação do convencimento do juiz acerca dos fatos discutidos na causa.	
	Não poderão ser consideradas isoladamente.	
	Admite-se a conduta processual como meio de prova apenas nas hipóteses previstas em lei.	
<b>Eficácia processual da prova atípica e sua valoração</b>	Mesma eficácia das demais provas produzidas no processo.	
	Valor equivalente a qualquer outro meio de prova, com especial atenção ao dever de fundamentação.	
<b>Prova atípica como opção residual</b>	Só será deferida caso se mostre concretamente adequada.	
	Reforço de fundamentação quanto à admissão e à valoração da prova atípica.	

55. BUFFA, *Prove...*, p. 207.

56. Taruffo destaca a necessidade de que haja um reforço do controle judicial sobre a eficácia da prova atípica no processo (TARUFFO, *Prove...*, p. 402).