

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**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILSA 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

ANDRÉIA 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 Melhado 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 MASTROROSA 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 Araujo 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 ampl. -- 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

SUMÁRIO

PREFÁCIO	5
SOBRE A COLEÇÃO LIEBMAN.....	7
APRESENTAÇÃO DA 3ª EDIÇÃO	9
INTRODUÇÃO.....	21
1. Justificativa para a escolha do tema.....	21
2. Estrutura do trabalho	23
3. A sistematização proposta	25
4. A tese	26
5. Os ajustes promovidos para a versão comercial	27
1. TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO CIVIL.....	28
1.1. Conceito de prova.....	28
1.2. Objeto da prova	29
1.3. Direito fundamental à prova	32
1.4. Natureza da atividade estatal de produção de provas	34
1.5. Diretrizes fundamentais da atividade probatória	35
1.5.1. Princípio da aquisição das provas (ou comunhão das provas)...	35
1.5.2. Princípio do livre convencimento motivado (persuasão racional).....	36
1.5.2.1. O sistema probatório adotado pelo processo civil brasileiro	36
1.5.2.2. A liberdade contida do julgador na avaliação das provas	37
1.5.3. Poderes instrutórios do juiz	39
1.5.3.1. Preclusão para o juiz em matéria probatória.....	41
1.5.3.2. Improcedência da tese da atuação supletiva pelo juiz...	43
1.5.3.3. Improcedência da tese da violação do princípio dispositivo.....	44
1.5.3.4. Limites à determinação de provas de ofício	45

1.6.	Produção de provas em fase recursal.....	47
1.6.1.	Poder instrutório do julgador na esfera recursal.....	47
1.6.2.	Necessidade de provas em grau recursal.....	48
1.6.3.	Amplitude das provas admitidas em grau recursal	49
1.6.4.	Procedimento para a produção de provas em fase recursal	50
1.7.	Dever de colaboração na fase instrutória	52
1.8.	Dever de motivação na análise da prova	54
1.9.	Ônus da prova	56
1.9.1.	Definição de ônus.....	56
1.9.2.	Ônus perfeito e ônus imperfeito	57
1.9.3.	Ônus da prova nas perspectivas subjetiva e objetiva.....	57
1.9.4.	Distribuição do ônus da prova: art. 373 do CPC.....	59
1.9.5.	Inversão do ônus da prova.....	60
1.9.6.	Momento da inversão do ônus da prova	61
1.9.7.	Distribuição dinâmica do ônus da prova	64
1.10.	Fonte de prova e meio de prova	69
1.10.1.	Fonte de prova	69
1.10.2.	Meio de prova.....	70
1.10.3.	Finalidade da distinção entre fontes e meios de prova	70
1.11.	Liberdade probatória: a admissibilidade de provas atípicas (ou inominadas)	71
2.	A TIPCIDADE NO PROCESSO CIVIL.....	75
2.1.	A dicotomia entre tipicidade e atipicidade	75
2.2.	A noção de tipo	76
2.3.	As funções do tipo	78
2.4.	A distinção entre tipo e conceito	79
2.5.	Tipicidade aplicada ao direito probatório	81
2.6.	Atipicidade dos meios de prova e atipicidade do exercício do direito de ação	82
3.	A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL.....	85
3.1.	Conceito de prova atípica	85
3.2.	Permissivo legal das provas atípicas no Brasil: art. 369 do CPC	88
3.2.1.	A possibilidade de se provar por “todos os meios legais”	90
3.2.2.	O significado de provas “moralmente legítimas”	91
3.2.2.1.	Direito e moral	91

3.2.2.2.	A exigência de um processo ético: deveres e responsabilidades.....	94
3.2.2.3.	A exigência de comportamento ético em relação à produção de provas.....	97
3.2.2.4.	A produção de provas imorais e o princípio da proporcionalidade.....	98
3.2.3.	A incidência da prova sobre fatos “em que se funda o pedido ou a defesa”	100
3.3.	A compatibilidade entre o art. 369 do CPC e o art. 212 do CC.....	100
3.4.	A delimitação do art. 13 da LINDB pela regra do art. 369 do CPC.....	101
3.4.1.	A hipótese de incidência do art. 13 da LINDB.....	101
3.4.2.	A produção, no Brasil, da prova do ato ou fato ocorrido em outro país.....	102
3.4.3.	Admissibilidade da prova a ser produzida no Brasil sobre o ato ou fato ocorrido no exterior	103
3.4.4.	A prova da lei estrangeira	104
3.4.5.	Hipótese de total incompatibilidade dos meios de prova da lei estrangeira com os admitidos no Brasil	104
3.5.	Prova atípica no contexto do devido processo legal.....	105
4.	CASOS DE PROVAS ATÍPICAS	107
4.1.	Considerações iniciais	107
4.2.	Carta psicografada: inadmissibilidade.....	107
4.3.	Constatações realizadas por oficial de justiça	109
4.4.	Declarações extrajudiciais.....	110
4.5.	Perícias extrajudiciais.....	112
4.6.	Prova estatística e prova por amostragem	113
4.7.	Reconstituição simulada dos fatos	115
4.7.1.	O cabimento da reconstituição de fatos no âmbito penal.....	115
4.7.2.	O cabimento da reconstituição de fatos no âmbito civil.....	117
4.8.	Sentença como meio de prova.....	118
4.9.	Conduta processual das partes como meio de prova.....	119
4.10.	Eficácia processual da prova atípica e sua valoração	122
4.11.	A prova atípica como opção residual.....	123
5.	DA ATIPICIDADE À TIPICIDADE DOS MEIOS DE PROVA	126
5.1.	A tipificação de meios probatórios atípicos.....	126
5.2.	Prova emprestada: contornos gerais	127

5.2.1.	Prova produzida em juízo incompetente	131
5.2.2.	Prova produzida em processo anulado ou extinto sem enfrentamento do mérito	132
5.2.3.	Prova produzida em processo que tramita no exterior	133
5.2.4.	Prova produzida em processo administrativo	135
5.2.5.	Especificamente a prova colhida no inquérito civil	135
5.2.6.	Prova produzida em processo arbitral	138
5.2.7.	Prova produzida no processo penal	139
5.2.8.	Especificamente o empréstimo de interceptação telefônica	139
5.2.9.	Empréstimo de prova considerada ilícita no processo de origem	142
5.2.10.	Empréstimo de prova por versar sobre questão fática repetitiva	144
5.2.11.	“Empréstimo” de prova documental questionada em processo anterior	145
5.2.12.	Empréstimo de prova irregularmente produzida	146
5.2.13.	Empréstimo de prova irrepitível colhida sem garantias	147
5.2.14.	Empréstimo de confissão realizada em outro processo	149
5.2.15.	Empréstimo de prova produzida em processo protegido por segredo de justiça	152
5.2.16.	Empréstimo de prova produzida em processo sem a participação do réu revel	153
5.2.17.	Síntese acerca da prova emprestada	154
5.3.	Depoimento de testemunhas técnicas no processo	155
5.3.1.	O “ <i>expert witness</i> ” nos Estados Unidos	155
5.3.2.	A “ <i>consulenza tecnica</i> ” na Itália	156
5.3.3.	O risco da “ <i>junk science</i> ”	158
5.3.4.	As testemunhas técnicas no processo civil brasileiro	161
5.4.	A ata notarial	164
5.4.1.	Espécies de ata notarial	165
5.4.2.	Ata notarial na visão dos Tribunais	167
5.4.3.	Ata notarial e eventual repetição da prova em juízo	168
6.	NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA	172
6.1.	Mudança de paradigma: da indisponibilidade à liberdade	172
6.2.	Negócio jurídico processual	175
6.2.1.	Classificação dos negócios jurídicos processuais	175

6.2.2.	Negócios processuais no sistema brasileiro (Arbitragem e CPC/73)	177
6.2.3.	Persistência de negócios processuais típicos no Código de Processo Civil de 2015	178
6.2.4.	Negócios processuais atípicos: art. 190 do CPC	178
6.3.	Regras gerais dos negócios jurídicos processuais	179
6.3.1.	Objeto do negócio processual.....	180
6.3.2.	Tempo do negócio processual.....	180
6.3.3.	Lugar do negócio processual	181
6.3.4.	Descumprimento do negócio processual.....	182
6.4.	Requisitos de validade dos negócios processuais: capacidade, objeto lícito e forma.....	182
6.4.1.	Capacidade.....	183
6.4.1.1.	Exigência de capacidade plena	183
6.4.1.2.	Presença de advogado	184
6.4.1.3.	Capacidade negocial do Poder Público.....	185
6.4.1.4.	A posição do juiz em relação ao negócio processual ...	186
6.4.2.	Licitude do objeto	187
6.4.2.1.	Direitos que admitam autocomposição	187
6.4.2.2.	Negócio processual, meios de prova e atividade probatória	188
6.4.2.3.	Limites negociais acerca da atividade probatória	190
6.4.3.	Forma do negócio processual.....	191
6.5.	Controle da validade do negócio jurídico processual.....	193
6.5.1.	Hipóteses de recusa à aplicação do negócio	193
6.5.1.1.	Nulidade: hipóteses gerais.....	193
6.5.1.2.	Inserção abusiva em contrato de adesão	194
6.5.1.3.	Manifesta situação de vulnerabilidade	194
6.5.2.	Legitimados para suscitar defeito no negócio processual	195
6.5.3.	Controle incidental	196
7.	PODERES DO JUIZ PARA ADAPTAR O PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS	199
7.1.	Considerações iniciais	199
7.2.	Necessidade e utilidade do procedimento.....	200
7.3.	A flexibilização procedimental no CPC/2015	201
7.4.	Admissibilidade da adaptação do procedimento de produção de provas....	202
7.5.	Observância do contraditório	204

7.6.	Necessidade de motivação	205
7.7.	Limites à alteração procedimental	206
8.	OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E SUA REPERCUSSÃO SOBRE O SISTEMA PROBATÓRIO	208
8.1.	Os progressos tecnológicos: realidade, consequências e desafios	208
8.2.	A prova documental	210
8.2.1.	Definição de documento	210
8.2.2.	Documentos e instrumentos	212
8.2.3.	Documento e prova documental	212
8.2.4.	Documento público e documento particular	212
8.2.5.	Força probante do documento público	213
8.2.6.	Força probante do documento particular	214
8.2.7.	A relevância da assinatura do documento particular	215
8.2.8.	Indivisibilidade do documento particular	215
8.2.9.	A questão da autenticidade do documento particular	215
8.2.10.	A arguição de falsidade	216
8.2.11.	Incerteza quanto à data do documento particular	218
8.2.12.	Força probante das reproduções mecânicas e eletrônicas	219
8.2.13.	Autoria do documento	219
8.2.14.	Produção da prova documental	220
8.2.14.1.	Momento da produção da prova documental: a regra geral	221
8.2.14.2.	Admissibilidade da juntada posterior de documentos	221
8.2.14.3.	O respeito ao contraditório	222
8.3.	O documento eletrônico	223
8.3.1.	Definição	223
8.3.2.	Marco legislativo	226
8.3.2.1.	A Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho	226
8.3.2.2.	A experiência italiana	227
8.3.2.3.	A experiência portuguesa	230
8.3.2.4.	A experiência argentina	232
8.3.2.5.	A experiência brasileira	234
8.3.3.	A assinatura eletrônica	236
8.3.4.	Conservação e produção da prova documental eletrônica	237
8.3.4.1.	Conservação do documento eletrônico	237
8.3.4.2.	Produção da prova documental eletrônica	239
8.3.4.3.	Eficácia probatória do documento eletrônico	241

8.3.4.4. Valoração do documento eletrônico	242
8.3.5. Arremate	243
9. A PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS E SUA RELAÇÃO COM AS PROVAS ATÍPICAS	246
9.1. Considerações iniciais	246
9.2. A ilicitude probatória proibida pela Constituição (CF/1988, art. 5.º, LVI)	247
9.3. A inadmissibilidade processual das provas ilícitas	248
9.4. Provas derivadas de provas ilícitas	250
9.4.1. A colocação do problema	250
9.4.2. A ilicitude da prova por derivação: doutrina dos frutos da árvore envenenada (“ <i>fruit of the poisonous tree</i> ”)	251
9.4.3. Panorama jurisprudencial dos Tribunais Superiores	252
9.5. A contaminação psicológica do juiz diante da prova ilícita	254
9.6. Provas ilícitas e a inviolabilidade dos direitos à intimidade e à vida privada	255
9.6.1. A origem do problema	255
9.6.2. Os limites constitucionais às gravações de conversas telefônicas	256
9.6.3. A disciplina legal das interceptações telefônicas: Lei 9.296/1996	256
9.6.4. A distinção entre interceptação telefônica e gravação por um dos interlocutores	257
9.6.5. A relevância concreta da distinção entre gravação por um dos interlocutores e interceptação de conversa	257
9.6.6. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal	258
9.6.7. A inadmissibilidade das “ <i>leading questions</i> ”	259
9.6.8. A submissão da gravação de conversa às premissas da teoria geral da prova civil	259
9.6.9. Informações trocadas por correio eletrônico (“e-mail”)	260
9.6.10. A peculiaridade do e-mail corporativo	262
9.6.11. Proibição de prova ilícita e as informações trocadas por aplicativos de mensagens	263
9.6.12. A dimensão constitucional dos direitos violados	265
9.7. Vedação a provas ilícitas no processo civil e proporcionalidade	265
9.7.1. Corrente obstativa	265
9.7.2. Corrente permissiva	266

9.7.3. Corrente intermediária.....	267
9.8. Prova ilícita, limitação ao direito à prova e prova atípica: simetria (parcial) de limites.....	270
10. SISTEMATIZAÇÃO ACERCA DAS PROVAS ATÍPICAS E DAS CONVENÇÕES EM MATÉRIA PROBATÓRIA.....	274
10.1. Direito constitucional à prova e seus limites.....	274
10.2. Atipicidade probatória e atipicidade do direito de ação.....	274
10.3. A prova atípica e as regras sobre ônus da prova.....	275
10.4. Emprego preferencial da prova típica.....	275
10.5. Prova atípica, mitigação de garantias e proporcionalidade.....	276
10.6. Contraditório como meta: mitigação e juízo de ponderação.....	276
10.7. Fundamentação potenciada.....	277
10.8. Procedimento das provas atípicas e os poderes probatórios do juiz	278
10.9. Eficácia processual e valoração da prova atípica	279
10.10. Negócios processuais em matéria probatória	280
CONCLUSÕES	283
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	288