

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER
EDUARDO TALAMINI
COORDENADORES

PROVAS

Atipicidade, liberdade e instrumentalidade

DA III O OSTEDNACK AMADAI



INCLUI VERSÃO
ELETRÔNICA DO LIVRO

Coleção
Liebman

PROVAS
ATÍPICAS, LIBERDADE
E INSTRUMENTALIDADE

Diretor Responsável

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo

JULIANA MAYUMI ÔNO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial

Coordenação

JULIANA DE CICCIO BIANCO

Analistas Editoriais: Danielle Rondon Castro de Morais, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cintia Mesojedovas Nogueira, Cinthia Santos Galarza e Maria Angélica Leite

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

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

Amaral, Paulo Osternack

Provas : atipicidade, liberdade e instrumentalidade / Paulo Osternack Amaral. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. -- (Coleção Liebman)

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-6084-2

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil 3. Prova (Direito) 4. Prova (Direito) – Brasil I. Título. II. Série.

15-04488

CDU-347.941(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Prova : Processo civil 347.941(81)

SUMÁRIO

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

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

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

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

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

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