

A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL COOPERATIVO

Alexandre Branco Pucci¹

RESUMO

O artigo trata da atividade probatória dentro do modelo cooperativo adotado pelo CPC/2015, identificado por uma atividade instrutória compartilhada pelas partes e o juiz, fundamento da instrução probatória oficial e da dinamização do ônus da prova, com destaque ao direito de produção da prova atípica como decorrência da própria atipicidade do direito subjetivo de ação, não sem antes transitar pelos modelos ativista e garantista de direção do processo, para assim concluir que a prova atípica deve ser lícita, moralmente legítima e compatível com a lei material e processual, dependendo a sua admissão das circunstâncias do caso concreto, sem que isso importe no desvalor da prova atípica diante do meio legalde prova.

Palavras-chave: Processo Civil Cooperativo. Atividade Probatória. Prova Atípica.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O aumento dos poderes do juiz tem gerado veementes debates jurídicos desdeo começo do século passado.

Com o início do Estado Social, como meio de garantir uma maior proteção aos cidadãos, o Estado deixou a sua situação de inércia diante das relações jurídicas. Esta circunstância resultou, como destaca Bruno Miragem,

... da nova concepção de Estado vigente, afastando-se da concepção originária do Estado Liberal, no qual este se limitava ao papel de árbitro dos conflitos interindividuais. Passa, então, a ter um papel ativo no processo econômico e social, inclusive com a tarefa precípua de organizar e recompor os diversos interesses presentes na sociedade. Para tanto, a previsão de novos direitos fundamentais sociais e econômicos faz deste novo Estado Social um partícipe ativo na proteção e realização destes novos interesses (MIRAGEM, 2020, 4.5).

Nesse cenário a figura do juiz tem fundamental participação no restabelecimento da paz social. O “Estado Social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformado; o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado dedesempenhar perante a sociedade” (DINAMARCO, 2005, p. 188). O juiz deixa de ser um meroobservador e com isso passa a garantir um processo efetivamente equilibrado, justo e tempestivo.

Esse novo papel do juiz como diretor do processo “decorre, em verdade, da reconfiguração do

1 Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba - FDC. Juiz de Direito do Estado de Mato Grosso do Sul – alexandrebp@hotmail.com.br

próprio Estado Democrático de Direito” (RAMOS NETO, 2021, p. 19).

Não se pode negar que a instrução processual é uma das atividades mais importantes na solução da lide, especialmente nas causas que versam sobre matéria de fato, sabido que a controvérsia será resolvida a partir das provas produzidas processo. Não obstante, os poderes instrutórios do juiz recebem tratamentos diversos nos ordenamentos jurídicos, tudo a depender da diretriz ideológica do legislador. A compreensão do processo, salienta Robson Renault Godinho,

. . . como fenômeno cultural e ideológico não é recente, mas pode-se considerar que há novidades nos argumentos e na intensidade dos debates doutrinários, com ampla produção de estudos envolvendo o que vem sendo denominado de ‘publicismo’ (ou ‘ativismo’) e ‘privatismo’ (ou ‘garantismo’) processual (GODINHO, 2016).

Os debates sobre a condução e instrução do processo são de fundamental importância na reavaliação dos quadrantes clássicos de compreensão dos poderes do juiz na condução da prova: se mero espectador impassível diante do duelo judicial ou um agente dotado de ilimitados poderes instrutórios.

Na doutrina internacional, é interessante anotar, o assunto tem ganhado destaque sob o ponto de vista ideológico. O panorama de forma resumida é apresentado por Eduardo Chemale Selistre Peña:

Juristas como Franco Cipriani e Girolamo Monteleone, na Itália, Montero Aroca, na Espanha, e Alvarado Velloso, na Argentina, chamados ‘garantistas’, afirmam que a concepção publicista do processo - na qual se defende o protagonismo do juiz, sob o argumento de que o processo não é coisa das partes e se reveste de interesse público, representado na busca do ideal de justiça - não tem fundamentos técnicos e científicos, e sim políticos, haja vista ter sido gestada sob a influência das ideologias fascista e totalitária que imperaram em alguns países da Europa na primeira metade do século XX.

Com o ativismo processual objetiva-se reprimir, quando não eliminar, a liberdade dos cidadãos, porquanto se restringe a autonomia e limita-se o exercício de direitos subjetivos substanciais e processuais. Com a sujeição das partes aos poderes do juiz, vive-se sob um totalitarismo processual angustiante e penoso, responsável pela descrença no Judiciário.

Por conseguinte, não está o processo em consonância com as garantias constitucionais da isonomia, ampla defesa, devido processo legal e imparcialidade do julgador.

De outro lado, entre outros, Barbosa Moreira, no Brasil, Joan Picó I Junoy, na Espanha, e Giovanni Verde, na Itália, chamados ‘publicistas’, admitem que a ideologia e o regime político podem influenciar o ordenamento processual, mas ponderam que isto não ocorre sempre, de forma automática e inflexível, o que é facilmente constatado na prática.

Segundo os ‘publicistas’, a atribuição de poderes ao juiz tem fundamento técnico, pois objetiva permitir a ele perseguir a verdade, esclarecer os fatos para chegar o mais próximo possível da certeza, independentemente da atuação das partes, pois só assim cumprirá sua missão de pacificar com Justiça (PEÑA, 2014, pp. 19/20).

Pode-se argumentar que os poderes instrutórios do juiz não são compatíveis com “as garantias constitucionais da isonomia, ampla defesa, devido processo legal e imparcialidade do julgador.” Entretanto, garantir ao juiz a possibilidade de produzir provas é o melhor modo para a formação do seu convencimento. Para evitar o processo autoritário, basta que a prova produzida seja justificada e controlada pelas partes.

Aliás, lembre-se que à luz do CPC/1939 a norma que tratava da matéria dizia que o juiz “poderá” ordenar diligências. No CPC/1973 a redação foi alterada para “caberá”, o que foi repetido pelo art.

370 do CPC/2015: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.” Isso que dizer que a produção de provas ex officio não é uma faculdade, mas sim um dever-poder instrutório como bem sublinha Julio Guilherme Müller:

O poder instrutório do juiz, assim, funciona como um dever-poder quando, dependendo do contexto probatório de cada caso concreto, e considerando variáveis como a duração do processo, o tempo/utildade para a produção de novas provas e aquelas já produzidas, mostrar-se razoável e proporcional à realização, renovação ou repetição de novas provas como condição necessária para uma decisão justa (MÜLLER, 2017, 4.3.1).

A verdade é que no processo civil contemporâneo a postura ativa do juiz é uma realidade irreversível, até porque este viés participativo encontra-se em sintonia com o moderno modelo processual colaborativo.

1 MODELOS TRADICIONAIS DE DIREÇÃO DO PROCESSO

1.1 Apresentação do debate

É comum encontrar na doutrina um choque de ideais entre o que denominou-se garantismo processual e ativismo judicial. A forte oposição de ideias, como se uma necessariamente anulasse a outra, não tem mais lugar no dialético processo civil contemporâneo. O que se extrai da ordem constitucional vigente é um sistema democrático e cooperativo, em que litigantes e juiz devem reunir esforços na busca da justa composição do litígio.

1.2 Modelo ativista

Sobre o significado do que vem sendo denominado ativismo judicial, ou publicismo processual, adverte Maria Elizabeth de Castro Lopes:

A expressão ativismo judicial vem sendo utilizada de maneira frequente nos meios acadêmicos e na jurisprudência, mas seu conceito ainda não foi fixado em caráter definitivo.

De modo geral, fala-se em ativismo ou para indicar a ingerência do Judiciário em temas políticos (por exemplo, a quem pertence o mandato parlamentar?) ou para caracterizar a atividade do juiz no processo, dando ênfase à liberdade e aos poderes de atuação do magistrado (LOPES, 2014).

No modelo ativista, sob o enfoque do direito processual civil, o juiz vai além das alegações das partes e produz provas de ofício, afastando-se do brocardo latino *iudex debet iudicare secundum allegata et probata a partibus*.

Nessa perspectiva aponta Glauco Gumerato Ramos as razões de ser da concepção ativista:

Em linhas gerais os fundamentos dessa concepção atrelam-se a certos argumentos como: i) o juiz tem o compromisso constitucional de bem julgar; ii) a busca da verdade real seria um dever do juiz para que lhe seja possível prolatar uma sentença ‘justa’; iii) devido ao caráter publicístico do processo, o juiz deve atuar de maneira a suprir as eventuais deficiências técnicas da parte; iv) quando o juiz determina a prova de ofício sabe exatamente a qual das partes o respectivo fato, uma vez provado, poderá beneficiar (=princípio da aquisição) (RAMOS, 2016).

1.3 Modelo garantista

O garantismo processual enaltece o devido processo legal, valorizando a liberdade das partes, o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz. O processo é visto como uma garantia. Unicamente o juiz garantista aplicaria “corretamente as normas constitucionais”, pois o juiz ativista “assume a qualidade de ser messiânico, pretendendo adaptar o mundo à sua vontade (ou semelhança)” (ASSIS, 2016, 1.098).

O processo não pode ser visto como um serviço em prol da jurisdição: “ou o processo é um direito fundamental e, portanto, garantidor da liberdade e limitador do poder, ou o processo não é um direito fundamental e, portanto, não há como utilizá-lo para cancelar o discurso em favor da tutela dos direitos ou dos escopos da jurisdição. *Tertium non datur*” (RAATZ, 2019).

1.4 Modelo cooperativo

Pautado no dever de colaboração, o modelo cooperativo represente um meiotermo entre o ativismo e o garantismo. “O debate sobre quem deve assumir o protagonismo do processo deve hoje ceder espaço à discussão do escopo da jurisdição e sobre as formas de alcançá-lo” (QUINTAS, 2018).

Não se pode pensar na preponderância de características dispositivas (adversarial) ou inquisitórias (não-adversarial), até porque “o processo civil não deve ter dono, mas sim, função” (QUINTAS; LINHARES, 2018).

O caso não é de escolha entre o publicismo e o privatismo, mas de equilíbrio sob a perspectiva de que somente em conjunto as partes e o juiz², num processo colaborativo, poderão chegar a um resultado justo.

Desse modo os poderes instrutórios do juiz não precisam ser temidos, pois “o princípio da cooperação, se for bem aplicado e compreendido pelos sujeitos do processo, impede que juiz tenha ascendência sobre os interesses e ônus das partes, evitando os abusos de autoridade, abusos de poder, e propicia, inclusive, a observância do princípio dispositivo” (AURELLI, 2015).

2 MODELO ADOTADO PELO CPC/2015

O CPC/2015 tem início com as normas fundamentais do processo civil. Preceitua o art. 6º que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Com isso o estatuto processual positivou de forma inovadora o modelo cooperativo de processo civil. Pelo “princípio da cooperação” o legislador adotou “um modelo de processo cooperativo – nitidamente inspirado no modelo constitucional – vocacionado à prestação efetiva da tutela jurisdicional, com

2 Sobre a compatibilidade de uma ação conjunta leciona o Prof. Joan Picó i Junoy: “El derecho a la prueba supone la libertad de los litigantes de utilizar los medios probatorios que estimen oportunos para lograr el convencimiento del juez acerca de lo discutido en el proceso, pero de ello no puede deducirse que éste no deba disponer ex officio actividad probatoria alguna. El reconocimiento del derecho a la atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica la eliminación de cierta iniciativa autónoma del juez. Ambas iniciativas son absolutamente compatibles, y sólo podría ponerse en tela de juicio esta compatibilidad si la actuación ex officio del juzgador se configurase no como una facultad sino como un monopolio exclusivo sobre las pruebas, es decir, como un deber que impidiese o limitase la eventual iniciativa probatoria de las partes” (JUNOY, 2003).

ampla participação de todos os sujeitos processuais, do início ao fim da atividade jurisdicional” (BUENO, 2016, p. 55).

Na concepção cooperativa não existe protagonista³. Os atores do processo (partes e juiz) têm uma divisão de trabalho na qual todos, em regime de diálogo, atuam em pé de igualdade numa “comunidade de trabalho”⁴.

Apesar da oposição de interesses, a conduta de cada sujeito do processo deve contribuir na busca da verdade, na justa composição da lide. Mas tem um detalhe: o comportamento esperado das partes é de colaboração em relação ao juiz e não com o adversário. Nesse sentido esclarece Newton Pereira Ramos Neto:

Na perspectiva da cooperação entre as partes, portanto, a boa-fé no processo democrático não pode ter o sentido de que cabe a elas atuarem de maneira a revelar a verdade dos fatos, colaborando inclusive com a pretensão de seu adversário. No modelo de processo cooperativo visto sob as lentes da Constituição a boa-fé ganha uma dimensão reduzida, no sentido de que devem as partes agir com lealdade na qualidade de participantes do processo, sem eliminar, contudo, seu agir estratégico (RAMOS NETO, 2021, p. 238).

3 PRODUÇÃO DE PROVAS NO MODELO COOPERATIVO

Como se disse os poderes instrutórios do juiz possuem feições distintas conforme o modelo de processo adotado. No modelo adversarial - informado pelo princípio dispositivo, cabe às partes tomar a iniciativa probatória, não competindo ao juiz perseguir a verdade dos fatos; no modelo publicista - informado pelo princípio inquisitivo, a instrução do processo deve buscar a completa elucidação dos fatos, daí a atribuição acentuada de poderes ao juiz na busca da verdade real; no modelo cooperativo, a nota distintiva é o equilíbrio participativo entre as partes e o juiz, sem relação de supremacia entre os sujeitos do processo.

No contexto do processo cooperativo o juiz, de modo sensato, deve se valer de todos os instrumentos colocados pela legislação à sua disposição, como a instrução probatória oficial (ainda que subsidiariamente) e a possibilidade de inversão do *onus probandi*, para que assim o processo retrate, o mais fielmente possível, a realidade dos fatos (FARIA, 2017, 4.1.3).

Na linha do processo cooperativo, em matéria probatória, o novel estatuto autorizou a dinamização da distribuição do ônus da prova. Seguindo a proposta de criação de um modelo cooperativo, o legislador estabeleceu essa interessante modificação na temática probatória, relacionada com a superação

3 No estatuto processual revogado era diferente, pois a organização da instrução não era fruto de uma ação compartilhada. “Os arranjos normativos relacionados à prova oral no CPC de 1973 refletiam uma preponderância do modelo inquisitório e, portanto, da ideologia publicista. Apesar de a necessidade da prova oral ser requerida pelas partes, sua admissão dependia de decisão do juiz deferindo-as ou não (CPC/73, arts. 331, § 2º e 400). A produção, realizada obrigatoriamente na audiência de instrução (CPC/73, art. 410), tinha na figura do magistrado uma posição de protagonista da cena processual. Além de presidir os trabalhos e exercer o poder de polícia (CPC/73, arts. 445 e 446), a inquirição era por ele realizada (CPC/73, arts. 413 e 416), a quem competia, ainda, deferir ou rejeitar perguntas que, a seu juízo, não eram formuladas adequadamente segundo os parâmetros legais ou pontos controvertidos por ele definidos (CPC/73, art. 451). Além disso, o CPC anterior assegurava ao juiz poder instrutório genérico para, de ofício, determinar a produção das provas que entendesse necessárias para o seu convencimento (CPC/73, art. 130), e específico para ordenar a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas, e, ainda, a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando sobre fato determinado relevante divergissem as suas declarações (CPC/73, art. 418)”. Mas “o protagonismo judicial permanece em vários aspectos da produção da prova oral, tais como a direção da audiência de instrução, o poder de polícia (NCPC, art. 360), o indeferimento de questionamentos inadequados (NCPC, art. 443), o poder instrutório em geral (NCPC, art. 370) e o específico, para determinar a inquirição de testemunhas referidas ou proceder a acareação (NCPC, art. 461)” (MÜLLER, 2017, II, 2.1).

4 (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, 3.2.1)

da distribuição meramente estática do ônus da prova, admitindo expressamente a sua dinamização a depender das condições do caso concreto (MA- CÊDO; PEIXOTO, 2016). Dentro deste ambiente cooperativo, explica Newton Pereira Ramos Neto,

Diante do caso concreto, a distribuição estática do ônus da prova - cada um deve provar aquilo que alega - pode se revelar insuficiente com vistas à promoção de tutela jurisdicional adequada e efetiva. Nessas condições, atentando para a circunstância de que o direito fundamental de acesso à justiça inclui o direito à prova, poderá o juiz alterar as condições apriorísticas de produção desta, de maneira que o ônus de provar recaia sobre quem tem melhores condições de provar. Retira-se o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade para suportá-lo, deslocando-o para quem possui viabilidade fática de produzir a prova essencial ao desfecho da lide (RAMOS NETO, 2021, 3.1.2.7).

E assim deve ser porque a prova, além de ser um corolário do próprio direito de ação, representa garantia constitucional de acesso à justiça.

4 PROVAS TÍPICAS E ATÍPICAS

A regulamentação da prova⁵ acontece apenas no âmbito infraconstitucional, ainda que a Constituição vede genericamente a denominada prova ilícita. Para além das provas previstas em lei, as chamadas provas típicas, tem o juiz a faculdade de autorizar a produção de provas atípicas ou não previstas em lei.

“Muito embora tenham existência fática, as provas atípicas não receberam dalei a respectiva previsão, fato que resulta por suscitar posições dissonantes no seio doutrinário e jurisprudencial, à vista de sua recorrente utilidade para a elucidação dos fatos da causa” (COIMBRA, 2018, p. 61).

São meios típicos de prova disciplinados no CPC/2015, dentre outros, a prova testemunhal, a prova documental e a confissão. “Não obstante a existência de meios típicos, o NCPC, seguindo sistemática já existente no Código de Buzaid, dispõe que as partes têm o direito de empregar também meios probatórios não especificados na legislação para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, bem como para influir eficazmente na convicção do juiz” (MÜLLER, 2017, II, 1.3).

A liberdade de utilização de todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, acaba por assegurar a concretização das provas e um julgamento adequado da demanda.

5 CRITÉRIO DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA

O sistema normativo estabelece os critérios que norteiam o juízo de admissibilidade da prova, ainda que a legislação brasileira se filie claramente ao princípio da liberdade da prova (LOPES, 2002, p. 170)⁶. A Constituição em seu art. 5.º, LVI, dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O mesmo tom foi adotado pelo art. 369 do CPC/2015. A propósito da (i)licitude da prova comenta Arthur Thompsen Carpes:

A ilicitude da prova constitui primeiro standard a ser observado no juízo de admissibilidade: seja na perspectiva material ou na perspectiva processual, as provas contrárias ao direito não devem ser admi-

5 O termo “prova” é aqui utilizado em sua acepção de “meio de prova”.

6 Lição também aplicável ao CPC/2015.

tidas e, por conseguinte, ainda que tenham sido produzidas, não tem qualquer efeito, especialmente no que diz respeito à sua valoração em juízo (CARPES, 2016, II, 4).

O segundo filtro à admissibilidade da prova é a pertinência, que envolve a aferição do *thema probandum*⁷ (os fatos que fundamentam a ação e a defesa). Os limites da produção da prova encontram-se intimamente ligados às divisas das alegações apresentadas pelas partes (TARUFFO, 2012a, p. 22). Por isso, é impertinente a prova sobre fato estranho à causa.

Por último, a relevância, que representa a contribuição que a prova poderá dar à prestação da tutela jurisdicional. Além de pertinente⁸, a prova requerida deve possuir o condão de efetivamente contribuir para o juízo de procedência ou improcedência do pedido. Mas deve-se pontuar que toda prova potencialmente útil deve ser admitida como ensina Taruffo (o princípio da relevância deve ser *inclusivo*) (TARUFFO, 2012b, p. 142).

6 A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL

Mantida de certo modo, pelo CPC/2015, a mesma estrutura do CPC/1973 em relação ao sistema probatório, “abre-se pela ampla defesa todos os meios legítimos de produção de provas na esfera processual aos envolvidos, tanto as provas taxadas (típicas) com as não taxadas (atípicas)” (THAMAY; RODRIGUES, 2016). Também, “mesmo que não houvesse a previsão legal para a admissão das provas atípicas no processo, ainda assim elas seriam admissíveis em virtude da incidência do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios” (AMARAL, 2017, 3.2). Pode-se dizer, em última análise, que a atipicidade probatória acaba sendo mesmo uma decorrência da atipicidade do direito de ação (AMARAL, 2017, 10.2).

Então, além das hipóteses previstas em lei (provas típicas), pode o juiz permitir a adoção de outros meios de prova (provas atípicas), até porque, como coloca Marcelo José Magalhães Bonizzi, seria mesmo difícil imaginar que todos os meios de prova poderiam ser pre-nunciados e que as partes estariam impedidas de utilizar aqueles não tipificados para comprovar a ocorrência de certos fatos. A contínua evolução da tecnologia da informação, apenas para ficarmos num simples exemplo, rapidamente se incumbiria de criar meios de prova não previstos em lei, colocando em risco qualquer tentativa do legislador de estabelecer, com exclusividade, quais seriam os legítimos meios de prova (BONIZZI, 2017, segunda parte, 1).

As orientações, no contexto doutrinário, quanto ao direito à prova atípica são resumidas por Francisco Jorge Gemaque Coimbra:

No contexto doutrinário, há uma orientação restritiva, segundo a qual, não são admissíveis as provas não tipificadas na lei, sendo taxativo o rol legal; outra orientação, mais flexível embora admita tais

7 Sobre o tema probatório ainda é válida a advertência de Adroaldo Furtado Fabrício: “A delimitação prévia do *thema probandum*, que sobre decorrer de imperativo legal é instrumento extremamente útil aos objetivos da economia e da operacionalidade do processo, é quase invariavelmente omitida” (FABRÍCIO, 2011).

8 Sobre a pertinência e relevância da prova vale citar a magistral lição de Calmon de Passos: “Diante de um fato controvertido, o primeiro cuidado do julgador deve ser examinar sua pertinência; subsequentemente, sua relevância, se acaso admitido como pertinente; por último, a pertinência e a relevância não mais do fato em si mesmo, mas da prova que sobre esse fato a parte pretende produzir. Impertinente o fato, desnecessária a prova mesmo que pertinente, porém irrelevante. Também desnecessária a prova, de fato pertinente e relevante, quando já suficientemente provado nos autos, o que deslegitima a prova subsequente desnecessária; por fim, se pertinente e relevante o fato, ainda se dispensará a audiência quando a prova que sobre ele se pretende produzir é impertinente ou irrelevante, isto é, prova inadmissível para o fato ou prova incapaz de modificar a convicção sobre ele formada pelo magistrado, com apoio nos elementos já existentes nos autos” (PASSOS, 2005, p. 463).

provas, cuida de conferir-lhes menor eficácia probatória, atribuindo-lhes valor indiciário; há, ademais, um terceiro entendimento, de que, se por um lado tais provas não foram catalogadas pela lei, tampouco a lei estabeleceu a taxatividade dos meios que instituiu, sendo assim admissíveis, desde que não constituam mera versão de provas típicas que, enquanto tais, seriam nulas ou inadmissíveis por vício legal (COIMBRA, 2018, p. 62).

Antes de tudo é preciso dizer, como esclarece Francisco Jorge Gemaque Coimbra, que na mesma proporção em que a inexistência de norma explícita que limite os meios de prova às hipóteses legalmente elencadas autoriza a utilização da prova atípica, a mesma *ratio* impõe, por consequência, o seu controle pelo juiz, que para além do exame acerca da admissibilidade, deverá verificar a compatibilidade do meio atípico com o sistema da prova, tendo-se, por exemplo, como inadmissível a prova atípica que constitua mera versão de prova típica eivada de vício de legalidade⁹ (COIMBRA, 2018, p. 84).

A cláusula geral de atipicidade dos meios probatórios deve se conformar como modelo constitucional de processo. A vedação ou proibição ao meio de prova pode ocorrer tanto no plano do direito material¹⁰ quanto no de direito processual. Sob esse aspecto acrescenta João Batista Lopes:

O direito material ocupa-se precipuamente com a essência das provas, indicando seu valor, sua admissibilidade, suas consequências etc.

Já o direito processual procura disciplinar a forma de colheita das provas, o momento e o lugar de sua produção, as regras sobre o ônus da prova, os poderes do juiz na produção da prova etc. (LOPES, 2002, p. 29)

Afora a garantia de proibição da utilização de provas obtidas por meios ilícitos, outros direitos processuais fundamentais influenciam na produção da prova, como por exemplo o contraditório. Portanto, a despeito da possibilidade de produção de prova atípica, ou da produção de meio de prova legal, mas de forma ou modo diverso ao modelo procedimental¹¹, deve-se observar na medida do possível¹² as garantias constitucionais do processo.

Por outro lado, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, quando o art. 369, do CPC/2015, fala em meios moralmente legítimos, não está confrontando o que é legal com o

9 “Assim, por exemplo, se o art. 447, § 1.º afirma que o interdito por enfermidade não pode depor como testemunha, não é possível pedir o seu depoimento sob o rótulo de prova atípica” (MARINONI; ARENHART, 2019, 16.1).

10 O empréstimo de uma interceptação telefônica (regulamentada pela Lei nº 9.296/1996), para utilização num processo fora do âmbito criminal, viola o direito material ao sigilo das comunicações, caracterizando hipótese de prova ilícita (AMARAL, 2017, 5.2.8).

11 Por exemplo, a declaração extrajudicial prestada pelas partes ou por terceiros, já que a informação não ingressará no processo pela via do depoimento prestado em audiência. “Nessa hipótese o julgador estabelece contato com a informação por forma diversa da prevista em lei. Aí reside a atipicidade dessa prova” (AMARAL, 2017, 4.4).

12 Sempre que possível pois muitas vezes não se pode ter, por exemplo, uma prova pré-constituída sob o crivo do contraditório como adverte José Carlos Barbosa Moreira: “Eu hoje gostaria até de retificar algumas afirmações que fiz, muito peremptórias, muito categóricas, a respeito da garantia do contraditório na atividade de instrução, em artigo escrito já há alguns anos. Nele eu dizia, entre outras coisas, que é preciso que as partes tenham sempre igual oportunidade de participar da formação da prova. Hoje já não escreveria isso com as mesmas palavras. Acho que a formação da prova pode, em certos casos, ser legítima mesmo escapando a essa rígida observância do princípio do contraditório. Aliás, o Prof. Taruffo me confortou, porque também evoluiu. Recentemente li um livro desse eminente jurista italiano, uma monografia sobre ‘A prova do fato jurídico’, inserto no Tratado de Direito Civil dirigido por Messineo. São vários volumes, cada um dos quais dedicado a um tema; e, como esta matéria está regulada na Itália no Código Civil, fez-se um volume relativo à prova no Tratado de Direito Civil, mas teve-se o bom senso de chamar um processualista para redigir o volume. Não quero dizer que os civilistas sejam menos competentes em matéria de prova; mas certo tipo de problema, naturalmente, apresenta maior probabilidade de ser equacionado e resolvido de maneira mais feliz quando é versado por alguém que tem outro enfoque a respeito da matéria. Pois bem: a certa altura, diz Taruffo: a marca de uma freitada no asfalto não foi feita sob contraditório e, no entanto, não pode deixar de apresentar valor como prova, em muitos casos. Todos sabemos que, realmente, não é possível exigir que a prova pré-constituída tenha sido sempre formada sob a égide do contraditório” (MOREIRA, 2011).

que é moral, mas apenas frisando que esses meios (moralmente legítimos) são aqueles não tipificados na lei. Ou seja, todos os meios de prova necessitam estarem consonância com o direito, no entanto, podem ser típicos ou atípicos, conforme estejam ou não previstos em lei. O fato de um meio de prova não ter previsão legal nada tem a ver com a sua moralidade, pois a admissibilidade de uma prova é estabelecida pela sua conformação ou não com o direito (MARINONI; ARENHART, 2019, 16.1).

Não há uma hierarquia legal entre as provas típicas e atípicas. Desse sentir¹³ é Julio Guilherme Muller:

Sendo os meios utilizados moralmente legítimos, e não sendo o caso de prova constitucionalmente ilícita, devem os sujeitos processuais empregar indistintamente qualquer meio de prova, sem preferência dos típicos em relação aos atípicos. Aliás, o próprio regime de preclusões e a eventualidade não recomendam a proposição e produção de provas por etapas condicionadas à utilidade do meio para provar a verdade dos fatos e influir eficazmente na convicção. O texto legal não revela a opção política por regime de precedência condicionada (primeiro as provas típicas e subsidiariamente as atípicas). Ao contrário, o art. 369 do NCPC revela o direito ao uso de qualquer uma delas indistintamente, observadas as restrições legais e constitucionais.

O que parece correto dizer é que a utilização de provas atípicas na formação do convencimento deve ser objeto de um ônus argumentativo adequado, de modo a cotejar o meio usado e não previsto em lei com a garantia da parte de não ter contra si provas ilícitas ou moralmente ilegítimas (MÜLLER, 2017, II, 1.3).

Contudo, em remate, a preferência de emprego é o da prova típica. Esta foi a conclusão de Paulo Osternack Amaral na sua tese de Doutorado, ao defender que o emprego da prova atípica é residual. Somente mediante justificativa as partes e o juiz poderão se valer de um meio de prova não tipificado. Mas isso não quer dizer que uma prova atípica só será admitida na existência de uma prova típica ou que ela terá valor inferior. “A complexidade de uma situação, a irrepetibilidade de uma prova ou a inaptidão concreta dos meios previstos em lei, em tese, podem justificar o emprego de meios atípicos” (AMARAL, 2017, 10.4).

SÍNTESE CONCLUSIVA

O processo civil cooperativo foi expressamente positivado pelo CPC/2015, resultando daí uma participação equilibrada dos sujeitos processuais, fundamento da instrução probatória oficial e da dinamização do ônus da prova.

Ao lado dos modelos probatórios, foi consagrada a ampla liberdade de instrução sujeita aos limites da Constituição, da lei e dos princípios éticos e morais.

Prova atípica é aquela que não possui previsão na lei ou é produzida por modelo procedimental diverso do legal.

O direito à prova típica ou atípica é um direito fundamental. Tal como existe um direito subjetivo de ação, pode-se afirmar que existe um direito subjetivo à prova (adequada), desde que ela não seja ilícita.

Mas não basta a licitude como parâmetro para a produção da prova atípica. As provas não previstas em lei precisam ser compatíveis com a lei material e processual, além de observar critérios morais previstos ou não em lei.

¹³ Também Bruno Cavalonne (CAVALLONE, 1978, p. 708) e Michele Taruffo (TARUFFO, 2005, pp. 418/420).

A admissão da prova atípica vai depender das circunstâncias do caso concreto, importando para tanto a viabilidade ou não de um meio típico de prova e a observância das garantias constitucionais na produção da prova.

Além do mais, não existe uma relação de hierarquia entre as provas típicas e atípicas, mas tão somente uma preferência da prova típica, que poderá ser afastada quando concretamente a solução não prevista em lei seja a mais adequada.

E a prova atípica deverá receber o mesmo valor da prova típica, desde que bem ponderada à vista dos demais elementos de prova do processo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, P. O. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2017. livroeletrônico.

ASSIS, A. de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016. II. livroeletrônico.

AURELLI, A. I. A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual / ativismo judicial. In: RBDPRO (ed.). *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. v. 90.

BONIZZI, M. J. M. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: RT, 2017. livroeletrônico.

BUENO, C. S. *Novo código de processo civil anotado*. 2º. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. livroeletrônico.

CARPES, A. T. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2016. livroeletrônico.

CAVALLONE, B. Critica della teoria delle prove atipiche. In: PROCESSUALE, R. di diritto (ed.). Padova: Rivista di diritto processuale, 1978. v. 4.

COIMBRA, F. J. G. *Juiz, prova e instrução probatória nos processos: à luz do Civil Law e do Common Law*. Curitiba: Juruá, 2018.

DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 12º. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. FABRÍCIO, A. F. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: WAMBIER,

L. R.; WAMBIER, T. A. A. (org.). *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: RT, 2011. v. 3. livroeletrônico.

FARIA, M. C. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: RT, 2017. livroeletrônico.

GODINHO, R. R. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER JR., F. (coord.). *Prova*. 2º. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

JUNOY, J. P. La iniciativa probatoria del juez civil: a proposito de un caso. In: LLUCH, X. A.; JUNOY, J. P. (coord.). *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Barcelona: J.M. Bosch, 2003.

LOPES, J. B. *A prova no direito processual civil*. 2º. ed. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, M. E. C. Ativismo judicial e novo Código de Processo Civil. In: WAMBIER, T. A. A. (coord.). *Reflexões sobre o no CPC*. São Paulo: RT, 2014.

MACÊDO, L. B. de; PEIXOTO, R. O CPC/2015 e a dinamização do ônus da prova: aspectos essenciais para a compreensão das mudanças. In: DIDIER JR., F. (coord.). *Coleção novo CPC - doutrina selecionada - provas*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Prova e convicção*. São Paulo: RT, 2019. livreletrônico.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil*. 6º. ed. São Paulo: RT, 2021. v. 1. livreletrônico.

MIRAGEM, B. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2020. livreletrônico.

MOREIRA, J. C. B. Provas atípicas. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. (org.). *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: RT, 2011. v. 4. livreletrônico.

MÜLLER, J. G. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: Análise econômica e jurídica*. São Paulo: RT, 2017. livreletrônico.

PASSOS, J. J. C. de. *Comentários ao código de processo civil*. 9º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. III.

PEÑA, E. C. S. *Poderes e atribuições do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2014.

QUINTAS, F. L. Para que um novo Código de Processo Civil? Uma reflexão sobre os novos contornos da função jurisdicional. In: ALVIM, T. A.; DIDIER JR., F. (org.). *Doutrinas essenciais - novo processo civil*. São Paulo: RT, 2018. I.

QUINTAS, F. L.; LINHARES, G. A estabilização da demanda no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis: novas reflexões sobre a alteração do pedido e da causa de pedir à luz do Código de Processo Civil de 2015. In: ALVIM, T. A.; DIDIER JR., F. (org.). *Doutrinas essenciais - novo processo civil*. São Paulo: RT, 2018. IV.

RAATZ, I. Processo, liberdade e direitos fundamentais. In: ALVIM, T. A. (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2019. v. 288.

RAMOS, G. G. Repensando a prova de ofício. In: DIDIER JR., F. (coord.). *Provas*. 2º. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAMOS NETO, N. P. *Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2021.

TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. 2º. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. TARUFFO, M. *Fatti e prove: La prova nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2012a.

TARUFFO, M. *La semplice verità - il giudice e la costruzione dei fatti*: tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012b.

THAMAY, R. F. K.; RODRIGUES, R. R. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. In: DIDIER JR., F. (coord.). *Coleção novo CPC - doutrina selecionada - provas*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. livreletrônico.