

## PROVAS ATÍPICAS E EFETIVIDADE DO PROCESSO

João Batista Lopes

*Doutor em Direito e Professor dos Cursos de Mestrado  
e Doutorado da PUC/SP. Desembargador aposentado.  
Consultor Jurídico e parecerista*

**Sumário:** *Introdução; 1. Provas típicas e atípicas; 2. Exemplos de provas atípicas; a) prova emprestada; b) declarações de terceiros; c) perícias extrajudiciais; d) comportamento das partes; e) notícias da mídia; 3. Objeções da doutrina à admissibilidade das provas atípicas; 4. Valoração das provas atípicas; 5. Em que medida as provas atípicas podem contribuir para a efetividade do processo?*

### INTRODUÇÃO

A importância do estudo dos meios de prova para a efetividade da jurisdição é inquestionável e, por isso, ganha relevo o tema das chamadas *provas atípicas* (meios não previstos expressamente no ordenamento, mas cuja admissibilidade é decorrência do sistema probatório).

Consoante o art. 332 do vigente CPC:

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

A amplitude admitida no preceito legal constituiu inovação relativamente ao Código de 1939, que abrangia somente *as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais*.

A exemplo do Código de 1939, orientação restritiva foi adotada também pelo Código Civil de 2002, que se inclinou pela *tipificação* dos meios de prova ao prescrever, no art. 212:

“Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

- I – confissão;
- II – documento;
- III – testemunha;
- IV – presunção;
- V – perícia”

Para logo, chama a atenção do intérprete o silêncio do legislador civil em relação a um dos mais tradicionais meios de prova (o depoimento pessoal) e a falta de técnica ao incluir a *presunção* no elenco do citado art. 212.

Com efeito, o depoimento pessoal constitui importante meio de prova de que se vale a parte, na audiência, notadamente quando ausentes outros elementos de convicção. E a *presunção* não é um meio de prova, mas uma operação mental (raciocínio) pelo qual, partindo-se de fato conhecido e provado, chega-se ao fato cuja existência se quer demonstrar (*fato probando*).

Críticas à parte, mais útil será indagar do sentido e alcance prático das *provas atípicas*, o que se tentará fazer nos itens seguintes.

## **1.PROVAS TÍPICAS E ATÍPICAS**

Pelo *princípio da tipicidade*, só são admitidos os meios de prova previstos na legislação. Tal orientação, como vimos, foi adotada no Código de 1939 e no Código Civil de 2002.

Em sentido oposto, o *princípio da atipicidade*, acolhido no Código de 1973, significa admissibilidade de todos os meios de prova (previstos, ou não, na legislação,

desde que moralmente legítimos). Assim, o sistema abarca não só as provas *típicas*, mas também as *atípicas*.

Sobre o conceito de provas atípicas escrevemos em outra sede:

“Sob a denominação *provas atípicas* tem a doutrina, especialmente a italiana, discutido a admissibilidade de provas não previstas no ordenamento jurídico ou obtidas de forma irregular, ainda que lícita.

Autores como ANDOLINA e VIGNERA entendem que o princípio geral da liberdade de provar é projeção da garantia constitucional do direito à prova.

COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, em obra recente, anotam que a jurisprudência se vale, frequentemente, de provas atípicas, como escritos provenientes de terceiros, declarações extrajudiciais, o comportamento extraprocessual das partes, as perícias particulares etc.

(...)

Não se cuida de enfrentar o dilema *numerus clausus-numerus apertus*, porque a lei brasileira se filia claramente ao princípio da liberdade da prova.

Também não se trata de discussão sobre a admissibilidade dos meios modernos de captação ou reprodução dos fatos (fotografia, cinematografia, gravações fonográficas etc.) expressamente admitidos no art. 383 do CPC.

O tema deve comportar outra perspectiva: saber se, além das hipóteses em que a lei, implícita ou explicitamente, admite determinados meios de prova, outras ainda existem a merecer acolhimento pelos operadores do direito.

BARBOSA MOREIRA (...) apontou algumas situações que espelham precisamente o problema ora em discussão: as declarações fornecidas por terceiros; o comportamento das partes e das testemunhas fora do processo; os indícios e as presunções; a prova emprestada.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *A prova no direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 174.

A especial atenção dedicada pela doutrina às provas atípicas justifica-se à luz da moderna concepção do princípio do contraditório, que não se exaure no binômio *informação-reação*, mas inclui o *direito à prova*, assim entendido:

- a) o direito de indicar os meios pertinentes para demonstrar a existência dos fatos alegados;
- b) o direito de produzir efetivamente as provas pertinentes e adequadas ao caso;
- c) o direito de demonstrar que as provas produzidas pelo adversário não são concludentes ou idôneas;
- d) o direito à valoração da prova segundo critérios técnicos admitidos pelo sistema.<sup>2</sup>

Em sentido semelhante, JOAN PICÓ I JUNOY, em monografia que constitui referência no estudo do tema, aponta os aspectos principais do direito à prova, a saber:

- i) o direito a que se admita toda prova que respeite os limites legais de proposição;
- ii) o direito de ver a prova admitida ser praticada, ou seja, ser efetivamente produzida;
- iii) o direito à valoração motivada da prova produzida.<sup>3</sup>

Assentada a relevância do tema, cumpre discorrer sobre algumas das provas atípicas e verificar em que medida elas contribuem para o esclarecimento dos fatos e, como corolário, para a efetiva tutela de direitos, o que se fará no item seguinte.

## 2. ALGUNS EXEMPLOS DE PROVAS ATÍPICAS

---

<sup>2</sup> Assim, COMOGLIO, FERRI e TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995, p.512.

<sup>3</sup> *El derecho a la prueba em el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosch, Editor, 1996, p.21.

Incursão pela doutrina autorizada permite, desde logo, apontar os exemplos mais comuns de provas atípicas: a prova emprestada, as declarações de terceiros e as perícias extrajudiciais. Também se pode cogitar do comportamento das partes, no processo e fora dele, como elemento de convicção para julgamento da lide. Ainda se poderiam incluir no elenco as notícias ou entrevistas divulgadas na mídia, cuja análise, porém, deve ser feita em separado.

#### **a) Prova emprestada**

Conquanto se possa pôr em dúvida se, tecnicamente, a *prova emprestada se inclui entre as provas atípicas* – em verdade, cuida-se mais propriamente da forma ou modo pelo qual uma prova (típica ou atípica) ingressa nos autos, e não de uma espécie diversa de prova – nada impede seja ela estudada como tal, presente a circunstância de não estar prevista expressamente, no ordenamento, sua admissibilidade.

O clássico LESSONA, após pôr em relevo que, sob o aspecto estritamente moral, as provas colhidas em outros juízos não deveriam ser recebidas, justifica a admissibilidade da prova emprestada invocando necessidades de ordem prática.<sup>4</sup>

Além das necessidades de ordem prática, razões de ordem jurídica recomendam a admissibilidade das provas atípicas, presente a preocupação com a efetividade do processo, como veremos mais adiante.

A admissibilidade da prova emprestada tem sido proclamada pela jurisprudência com apoio na doutrina dominante, mas sua eficácia depende de alguns requisitos, a saber:

- i) que a prova tenha sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes;
- ii) que, na colheita da prova, tenham sido observadas as garantias constitucionais do processo e as formalidades legais em sua produção;

---

<sup>4</sup> *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*. Madri: Editorial Reus, 1928, p.15.

- iii) que haja identidade entre o fato objeto da prova emprestada e o fato probando;
- iv) que seja difícil, ou muito onerosa, sua reprodução.

Importa ressaltar, porém, que uma vertente jurisprudencial vem flexibilizando a observância ao primeiro dos requisitos supracitados, para admitir a prova emprestada mesmo na hipótese de não haver identidade de partes, como se pode confirmar em julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de relatoria do Des. JOEL FIGUEIRA JÚNIOR, *verbis*:

“Para que se admita a **PROVA EMPRESTADA**, não se faz mister que sejam, necessariamente, as mesmas partes envolvidas em ambas as ações, sendo possível que os autores sejam diversos e que se verifique a coincidência apenas dos sujeitos que integram o polo passivo das lides, sobretudo quando observado o contraditório nas duas demandas.”<sup>5</sup>

A tese foi reafirmada em outro precedente da mesma Corte, com voto condutor do Des. JAIME RAMOS:

“Em que pese não haver identidade de partes nos autos, constata-se que a ré nas duas ações foi a mesma, ou seja, a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento –CASAN, bem como o objeto do pedido era idêntico, ou seja, a repetição de indébito pela falha nos serviços de coleta e tratamento de esgoto.

Posto isso, perfeitamente possível a realização da prova emprestada, inclusive a ser determinada de ofício pelo douto Magistrado que, como se sabe, é o Presidente do processo e destinatário da prova.”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Apelação Cível 2005.033612 – Rel. Des. JOEL FIGUEIRA JÚNIOR- 1ª. Câmara de Direito Civil – J. 29/10/2009.

<sup>6</sup> Apelação Cível 2008.031571-6 – Rel. Des. JAIME RAMOS – 4ª. Câmara de Direito Público. J. 10/12/2009.

Manifestando-se sobre o ponto, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART mostram que, em relação a meios de prova que *sempre admitem o contraditório integral posteriormente a sua produção* (v.g., prova documental) não há óbice ao empréstimo da prova, mesmo quando diferentes as partes.

Já em relação à prova testemunhal, por exemplo, diversa é a orientação, porque se poderá cogitar de fatos ou aspectos que não foram objeto do processo anterior.

Presentes tais considerações, chega-se à conclusão de a questão da admissibilidade da prova emprestada está diretamente ligada à necessidade de obediência estrita ao princípio do contraditório. Ao juiz caberá, pois, em cada caso examinar se, com o empréstimo da prova, poderá ser vulnerado esse princípio, cujo elastério já foi exposto anteriormente (*trinômio informação-reação-participação*).

#### **b) Declarações de terceiros**

As declarações de terceiros são apontadas, geralmente, pela doutrina como uma das espécies de prova emprestada.

Se é certo que terceiros, quando tiverem conhecimento de fatos de interesse da causa, deverão ser chamados para depor como testemunhas, também é exato que, às vezes, o depoimento se torna inviável como na hipótese de falecimento ou grave enfermidade. Na impossibilidade de produção da prova testemunhal, deve ser admitida a juntada aos autos de declarações subscritas por terceiros, como ocorre, geralmente, na ação de usucapião e nas possessórias.

É inquestionável que as meras declarações não se equiparam ao depoimento testemunhal prestado sob o crivo do contraditório, mas poderão robustecer a convicção do magistrado, se em harmonia com o conjunto probatório.

Especial cautela recomenda-se, porém, na recepção de tal prova, já que não é incomum a hipótese de tais declarações serem elaboradas pelos próprios interessados, e não por quem as subscreva.

### **c) Perícias extrajudiciais**

A prova pericial, tal como disciplinada no CPC, não pode prescindir do rigor formal ali estabelecido: nomeação do perito pelo juiz, compromisso do perito, formulação de quesitos pelo juiz e pelas partes, apresentação do laudo pericial, oferecimento de pareceres técnicos pelos assistentes, esclarecimentos do perito. Nos Juizados Especiais, vigora a informalidade, ou seja, a perícia é realizada segundo modelo de *investigação técnica-oral*.<sup>7</sup>

Mesmo no sistema do CPC, porém, admite-se modelo menos rigoroso, podendo o juiz substituir a perícia por inquirição de técnico (quando a natureza do fato o permitir) ou por pareceres técnicos elucidativos (arts. 421, § 2º e 427).

Em assim sendo, não se vê razão para recusa à apresentação, pelas partes, de perícias extrajudiciais, cujo valor probante dependerá da qualificação técnica e idoneidade do “expert”.

### **d) Comportamento das partes como prova atípica**

Perfunctório exame da matéria poderia conduzir à conclusão de que o comportamento das partes no processo, ou fora dele, poderia ser qualificado como prova atípica.

Entretanto, em rigor técnico, não se cuida de meio de prova *sui generis* ou atípico, mas tão somente de indício que poderá ser considerado pelo juiz na motivação da sentença.

---

<sup>7</sup> Cf. JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 260; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Comentários à Nova Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública* (ob. coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.109.



É inquestionável que o comportamento das partes pode influenciar a formação do convencimento do juiz. Os exemplos são muitos: o não comparecimento ao interrogatório informal determinado pelo juiz; a recusa em submeter-se a exame médico; o silêncio da parte quando tem obrigação de falar (*qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac possuisset*).

A doutrina argentina tem discutido amplamente o tema, mostrando sua relevância para a formação da convicção do juiz.

KIELMANOVICH mostra que a postura do litigante, a argumentação de que se valha, a falta de colaboração no esclarecimento dos fatos etc. podem fornecer indícios sobre a sinceridade e seriedade de sua posição processual. Adverte, porém, não se cuidar de submeter as partes a um imperativo ético para sacrificar seus direitos, mas de “*una pragmática carga de colaboración*” de que elas não podem fugir.<sup>8</sup>

Naturalmente, como ocorre com qualquer outro indício, o comportamento das partes não poderá, *per se*, escorar a sentença, mas terá de ser combinado com outros elementos probatórios. Vale, ao propósito, a recomendação dos doutores no sentido de que os indícios devem ser *concordantes e veementes* numa mesma direção.

#### **e) Reportagens ou notícias de jornais, televisão ou internet.**

Como é curial, o juiz não pode decidir com base em notícias ou reportagens da mídia, já que são notórias as influências que podem comprometer sua credibilidade.

Contudo, não se pode descartar a importância dos meios de comunicação social na formação da opinião pública e, à evidência, também do juiz, que deve ser “um homem do seu tempo”.

Como adverte TARUFFO, “*em grande parte, o raciocínio do juiz não é regido por normas, nem determinado por critérios ou fatores de caráter jurídico (...) Para ser um bom intérprete, o juiz deve ser consciente da fragmentação e variedade das coordenadas*

---

<sup>8</sup> *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1996, p.502.

*cognoscitivas e valorativas que são as notas dominantes da sociedade atual(...) o conhecimento do mundo é o resultado de um incerto, laborioso, complicado e jamais exaurido processo de aprendizado e interpretação”.*<sup>9</sup>

O magistrado experiente e bem informado certamente não confundirá a imprensa séria com a “imprensa marrom”; a reportagem criteriosa com a sensacionalista; a notícia institucional com a mera especulação.

De qualquer modo, insista-se: a informação da mídia, desacompanhada de outros elementos probatórios, não é suficiente para atender à garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais.

### **3. OBJEÇÕES DA DOUTRINA À ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ATÍPICAS**

Sem embargo da relevância de que se vêm revestindo as provas atípicas, nem todos os doutrinadores lhe emprestam maior significação.

PISANI, por exemplo, opõe reservas a algumas das hipóteses normalmente admitidas pela doutrina como provas atípicas. Alude, nesse sentido, à inadmissibilidade das perícias privadas, que traduziriam procedimento contrário à modalidade típica de perícia (“consulenza tecnica”). Também, impugna o pretendido aproveitamento, como prova atípica, dos meios de prova produzidos ilegitimamente no processo. De outra parte, ressalta o equívoco em pretender-se incluir, no elenco de provas atípicas, as presunções simples que, na verdade, significam apenas a atividade lógico-dedutiva do juiz para chegar ao fato probando, e não propriamente um meio de prova.<sup>10</sup>

COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, diversamente, mostram que não vigora, no sistema italiano, o princípio da taxatividade dos meios de prova e que as reservas opostas

---

<sup>9</sup> *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Curitiba: IBEP, 2001, pp.7 e 40.

<sup>10</sup> PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2ª ed. Nápoles: Jovene, 1996, p.481.

pela doutrina têm sido superadas pela jurisprudência. Diante disso, concluem pela inviabilidade da recusa às provas atípicas, mas recomendam sejam submetidas a particular atenção e critérios racionais em sua avaliação.<sup>11</sup>

Em conclusão, a questão não se põe no plano da admissibilidade, mas da valoração da prova emprestada, o que se pretende expor no item seguinte.

#### 4. VALORAÇÃO DAS PROVAS ATÍPICAS

Assentada a tese da admissibilidade das provas atípicas, há que enfrentar outro aspecto do problema: como devem elas ser valoradas.

Não nos parece exista um problema particular no que respeita à valoração das provas atípicas.

O vigente CPC, ao revés do que muitos sustentam, adotou o critério da *persuasão racional*, e não o da *livre convicção*, na medida em que conferiu ao julgador relativa (e não absoluta) liberdade na apreciação das provas. Além disso, impôs ao juiz o dever de indicar, na sentença, os elementos constantes dos autos que lhe formaram o convencimento.

Com efeito, interpretação atrelada à literalidade do art. 131 do CPC é repelida pela doutrina mais autorizada, uma vez que o juiz não pode decidir exclusivamente com base em suas impressões pessoais, mas tem de atender aos critérios que regem o direito probatório, sem desprezar, naturalmente, as regras da lógica, os postulados das ciências, os princípios básicos da economia, as regras de experiência etc.

Para formar seu convencimento deverá o juiz considerar o conjunto das provas, sejam elas típicas ou atípicas. Naturalmente, em relação às provas produzidas sob sua direção, mais confortável será ao julgador atribuir-lhes o valor que merecerem, o que se torna mais difícil quando se cuidar de prova emprestada. Por exemplo, ao colher o depoimento de uma testemunha, o juiz poderá sentir-lhe as reações, evasivas etc.; ao analisar um laudo pericial elaborado por perito de sua confiança, mais seguro se sentirá do

---

<sup>11</sup> Ob.cit., pp.516/518.

que em relação a um perito desconhecido que subscreveu trabalho apresentado em processo anterior.

Daí não se conclua, porém, pela imprestabilidade da prova emprestada.

Já foi dito que a liberdade do juiz, na avaliação da prova, não é absoluta. O convencimento do juiz deve ser decorrência do exame do conjunto probatório, razão por que a ele incumbe considerar todos os elementos constantes dos autos, sem converter-se, porém, em *investigador de fatos*.<sup>12</sup>

Contudo, ao fundamentar a sentença, não poderá o juiz dizer, genericamente, que formou sua convicção com base no “conjunto probatório”, mas terá de indicar o(s) meio(s) de prova em que se escorou para solucionar a causa.

Naturalmente, dependendo da natureza da matéria, alguns meios de prova serão adequados, e outros não, a esclarecer os fatos alegados. Por exemplo, em se cuidando de fixar o grau de incapacidade física do autor, a perícia será de rigor; já, em ação possessória, a prova testemunhal será importante e, até mesmo, decisiva; e para demonstrar o domínio sobre imóvel, será indispensável a prova documental (instrumento público).

## **5. EM QUE MEDIDA AS PROVAS ATÍPICAS PODEM CONTRIBUIR PARA A EFETIVIDADE DO PROCESSO?**

*Efetividade do processo* é um conceito indeterminado, registrando, a doutrina, panorama de grandes contrastes.

Numa concepção puramente pragmática, será efetivo o processo que garantir, no plano do direito material, o mesmo resultado que se obteria se não fosse necessário ingressar em juízo. Fala-se, assim, em processo civil de resultados.

---

<sup>12</sup> LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Importa ressaltar, porém, que não é suficiente “dar a cada um o que é seu”, mas é necessário fazê-lo sem atropelar as garantias constitucionais do processo.

Muitos identificam *efetividade* com *celeridade*, mas esta é apenas um aspecto daquela. Não há como, na matéria, assumir posição reducionista, já que efetividade é conceito complexo que, como ressalta BARBOSA MOREIRA, inclui, além da garantia de instrumentos de tutela adequados, a assecuração de condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes e outros elementos.<sup>13</sup>

Qualquer que seja, porém, a posição assumida, é inquestionável a importância da *prova* para a efetividade do processo. E quando se fala em *prova* deve pensar-se no *conjunto probatório dos autos*, que inclui, assim as provas típicas, como as atípicas.

Concede-se que, em havendo provas típicas concludentes (por exemplo, perícia bem fundamentada, documentos consistentes, depoimentos coerentes etc.) o aproveitamento de provas atípicas terá caráter meramente complementar, não podendo superar a força probante das primeiras.

Casos haverá, porém, em que a precariedade das provas típicas autorizará o aproveitamento das provas atípicas segundo prudente critério do juiz.

Tudo dependerá, portanto, do exame de cada caso, sem que se possa, *a priori*, fixar regras rígidas para a solução da questão.

## **BIBLIOGRAFIA**

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.

FERRI, Corrado; COMOGLIO, Luigi Paolo e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.

---

<sup>13</sup> Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Temas de direito processual*. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.27.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. *Comentários à Lei dos Juizados Cíveis e Criminais*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários à nova Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública* (ob.col.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JUNOY, Joan Picó I. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996.

KIELMANOVICH, Jorge. *Teoría de la prueba y medios probatorios* . Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

LESSONA, Carlo. *Teoría general de la prueba em Derecho Civil*. Madri: Editorial Reus, 1928.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2007.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Temas de direito processual*. Sexta edição. São Paulo: Saraiva, 1984.

TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Curitiba: IBEJ, 2001.

\_\_\_\_\_ *Lezioni sul processo civile* (obra escrita em colaboração com CORRADO FERRI e LUIGI PAOLO COMOGLIO), Bolonha: Il Mulino, 1995.