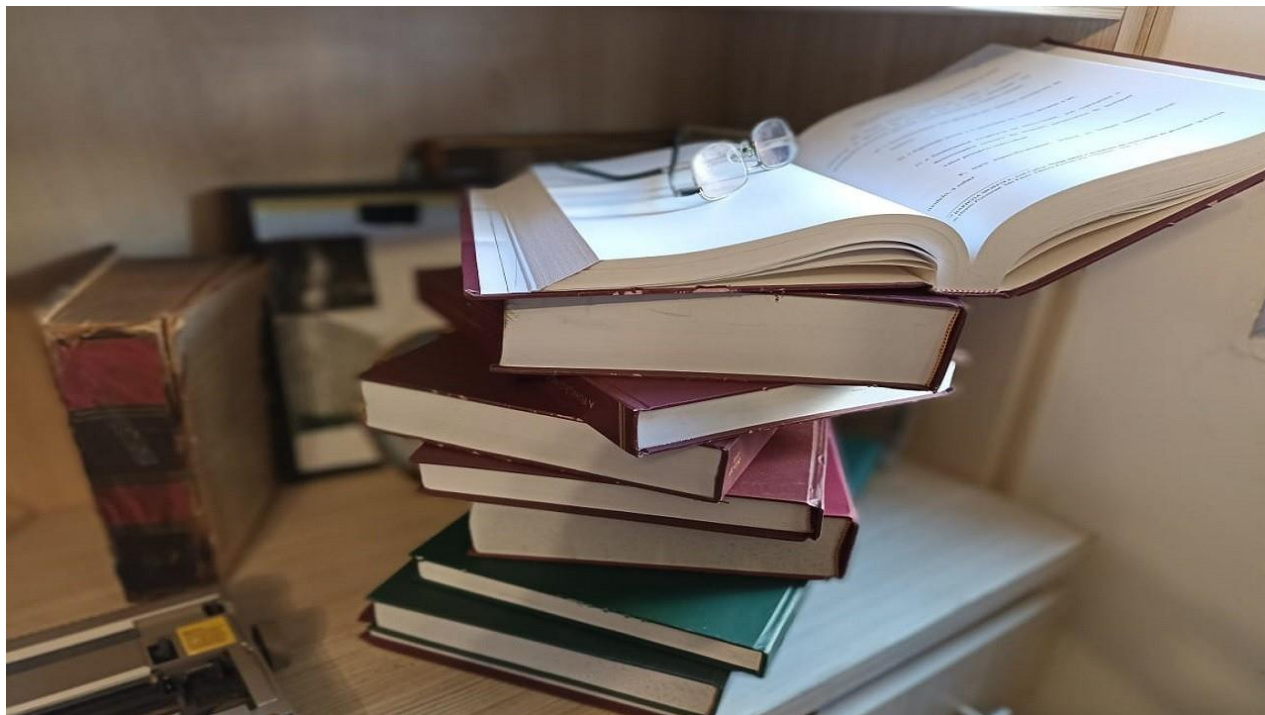




PROVAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL



Acervo pessoal - todos os direitos reservados ao autor

Por [João Batista Lopes](#)

Doutrinariamente, questiona-se se a *prova* é um *direito*, uma *garantia* ou um aspecto do *contraditório*, mas esta não é a sede própria para tal discussão.

O CPC optou pela primeira posição como se confirma pelo teor literal do art. 369.

Discussões à parte, tem-se que são admitidos, no processo, não só os meios legais, mas também os moralmente lícitos, ainda que não especificados no Código, como consta expressamente do sobredito artigo.

Clara ficou, portanto, a consagração do *princípio da universalidade das provas*, também denominado *princípio da liberdade da prova*.

Vale recordar que o direito à prova não se exaure na sua indicação e produção, mas se completa com a possibilidade de se exigir que o juiz sobre ela se manifeste, aceitando-a ou rejeitando-a, com adequada fundamentação.

O direito à prova pode ser exercido por meios típicos ou atípicos.



Os meios típicos são os contemplados expressamente pelo Código: depoimento pessoal, prova documental, prova pericial etc.

Meios atípicos geralmente indicados pela doutrina são a prova emprestada, as declarações de terceiros, as perícias extrajudiciais e o comportamento das partes.

A prova emprestada, que melhor seria denominada *prova transferida*, já era admitida pela jurisprudência, podendo, pois, ser considerada uma “antiga novidade”. Em verdade, não se cuida propriamente de um meio de prova, mas sim de aproveitamento de prova anteriormente produzida, seja por documentos, testemunhas, perícias etc.

A lei põe, como único requisito de admissibilidade da prova emprestada, a observância do contraditório. Questiona-se sobre a necessidade da presença, no novo processo, das mesmas partes que figuraram do processo anterior.

Em se cuidando de prova documental, não há razão para tal exigência, pois o documento é autêntico, ou não, pouco importando saber quem nele figurou.

Contudo, a resposta não poderá ser a mesma se se tratar de prova pericial ou testemunhal.

Como é curial, para que se oponha a uma das partes a prova anteriormente produzida (ou seja, para que se evite a repetição da prova) terá o juiz de verificar se ela esteve presente em sua produção. Por exemplo, se teve oportunidade de formular quesitos e se manifestar sobre o laudo do perito judicial ou perguntas às testemunhas.

Vejamos, agora, as declarações de terceiros.

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 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 por terceiros e não pelo declarante. Às vezes, a própria linguagem de tais documentos, com utilização de termos técnicos e até eruditos... revela não terem eles sido escritos por seus subscritores.

Também merece análise a perícia extrajudicial.



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, fundamentação do laudo com indicação do método utilizado, oferecimento de pareceres técnicos pelos assistentes, esclarecimentos do perito.

Mesmo no sistema do CPC, porém, admite-se modelo menos rigoroso, podendo o juiz substituir a perícia por inquirição de especialista ou por pareceres técnicos elucidativos (arts. 464, § 3º, e 472).

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”.

Oportuno, também, tecer algumas considerações sobre se o comportamento das partes no processo e fora dele constitui meio de prova atípico. 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 debuit ac potuit*); dificultar o exame, pelo contador, de livros contábeis; ocultar-se para não receber intimação pessoal; utilizar-se de evasivas na resposta a perguntas etc.

Pouco se tem escrito sobre o ponto, ao revés do que ocorre na Argentina, em que a doutrina revela especial interesse pela matéria.

Quer se considere o comportamento das partes mero indício, quer se opte por qualificá-lo como meio de prova atípico, ele não poderá, *per se*, escorar a sentença, mas terá de ser combinado com outros elementos probatórios. Vale, ao propósito, a recomendação dos doutores a respeito dos indícios no sentido de que eles devem ser *concordantes e veementes* e numa mesma direção.

Põe-se, também, a questão de saber se o juiz pode valer-se de notícias ou reportagens da mídia para formar sua convicção sobre a veracidade das alegações das partes.

Como é curial, o juiz não pode decidir exclusivamente com base nesses elementos, que nem sempre correspondem à realidade.

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 e, portanto, em dia com as informações da mídia.

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 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” (Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Curitiba: IBEJ, 2001, pp.7 e 40).

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. Poderá, portanto, colher subsídios que, em alguma medida, contribuirão para formar sua convicção.

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.

Por derradeiro, no que toca à valoração das provas atípicas, não há peculiaridades, ou seja, aplica-se o critério da persuasão racional, cumprindo ao juiz levar em consideração o conjunto probatório e fundamentar sua decisão com observância do art. 489, §1º. do CPC, vedada solução baseada exclusivamente em suas impressões pessoais ou em razões de conveniência ou oportunidade.

João Batista Lopes é professor de Direito Processual Civil nos cursos de mestrado e doutorado da PUC-SP, desembargador aposentado e consultor jurídico.