

MOACYR AMARAL SANTOS

PROVA JUDICIÁRIA  
N.º

CÍVEL E COMERCIAL

VOLUME V

EXAMES PERICIAIS  
PRESUNÇÕES E INDÍCIOS

DEDALUS - Acervo - FD



20400007544

MAX LIMONAD

Editor de Livros de Direito

RUA SENADOR FEIJÓ, 176 — SÃO PAULO

1433

vas".<sup>53</sup> Não difere a qualificação de PEREIRA E SOUZA: — "é de tôdas as provas a mais plena; prevalece sôbre as outras, porque aquillo que se vê é moralmente mais certo que o que se ouve".<sup>54</sup>

Ainda que despidas essas referências dos exageros da linguagem, ainda assim fica bem nítido que desde velhos tempos a perícia era tida na mais alta conta. Na mesma alta conta havida na tela judiciaria contemporânea, cada vez mais e em campo cada vez mais vasto praticada, é, bem por isso, daqueles meios de prova que hão merecido vários e especiais lavores dos juristas brasileiros,<sup>55</sup> aos quais êste trabalho se junta como modesta contribuição para maiores e mais aprofundados estudos.

## CAPÍTULO II

### CONCEITO DE PROVA PERICIAL

SUMÁRIO: 10 — O principio da immediatidade e a prova. 11 — Exame judicial. 12 — Distinção entre exame judicial e exame pericial. 13 — Função do exame pericial. 14 — Conceituação de perito. 15 — A pericia é meio probatório. 16 — Definições de pericia. 17 — Definição adotada.

10. — Sob o aspecto objetivo, *prova* é o meio — pessoa, documento ou coisa — por que a verdade chega ao espírito de quem o aprecia; são os meios de demonstração da verdade dos fatos sôbre os quais versa a ação. No seu aspecto subjetivo, *prova* é a própria convicção da verdade dos fatos alegados.<sup>1</sup> Esta prova resulta do exame sereno daquela, isto é, das pessoas que falam, do documento que atesta, das coisas que na própria mudez retêm os fatos. Tanto melhor e mais forte se forma a convicção quanto mais diretamente sejam as provas no sentido objetivo examinadas pelo juiz.<sup>2</sup>

Nem por outra razão domina no processo moderno o *principio da immediatidade*, segundo o qual é exigido o contacto direto do juiz não só com as partes e seus advogados como também, e especialmente, com as provas, sejam pessoas, testemunhas ou partes, documentos ou coisas, cujas declarações ou atestações lhe cabe apreciar.<sup>3</sup> Ao juiz cumpre ouvir diretamente as partes ao prestarem depoimento pessoal;<sup>4</sup> inquirir diretamente as testemunhas;<sup>5</sup> ler pessoalmente os documentos.<sup>6</sup> E, repita-se, isso lhe impõem a lei e

53 Louão, *Tratado das Vistorias*, prefácio, em *Coleção de Dissertações e Tratados Vários*, em suplemento às *Segundas Linhas*.

54 PEREIRA E SOUZA, edig. de Teixeira de Freitas, *Primeiras Linhas sôbre o Processo Civil*, nota 562.

55 AMAZONAS, o. c.; MARIO DE CASTRO, *Do Arbitramento*.

1 Vide 1º v., cap. I, n. 8.

2 Vide 1º v., cap. I, n. 8.

3 Vide 1º v., cap. XIX, n. 4.

4 Vide 2º v., cap. VII, ns. 10-15.

5 3º v., n. 218.

6 Vide 4º v., ns. 199 e 209.

a doutrina como consagração do princípio que reclama o exame direto das provas na formação da convicção.

Há uma categoria de provas que, mudas nas suas manifestações, falam com mais eloquência, por vezes, que as provas orais ou escritas. São as *provas materiais*. Por prova material se entende qualquer materialidade, ou todo fenómeno físico, que, apresentando-se à percepção do juiz, lhe sirva de prova do fato probando.<sup>7</sup> É a própria coisa, ou fenómeno, que atesta na materialidade de suas formas.

A voz, a palidez, o temor, os lapsos de linguagem e até os gestos das testemunhas, os traços da grafia escrita, a ortografia e até o estilo dos escritos são provas materiais que ao juiz, por via do princípio da immediatidade, não devem escapar.

Provas materiais são também as coisas — instrumentos do delicto, sinais de sangue nas vestes do indigitado criminoso, impressões digitais nos móveis, o ferimento no offendido; a mercadoria rejeitada e a amostra pela qual foi comprada; a construção que ameaça ruir; a fresta aberta sobre a casa do visinho; o imóvel demarcado em relação ao imóvel confinante; o cônjuge, arguido de impotência *coeundi*, na ação de anulação de casamento; a própria pessoa do interdito, na ação de interdição. Pessoas ou coisas, como provas materiais, deveriam também ser submetidas ao exame e apreciação diretos do juiz, para que este melhor formasse sua convicção quanto aos fatos que, na sua inconsciência, atestam talvez com mais precisão que as testemunhas e os escritos. Pessoas e coisas transportáveis seriam levadas à presença do juiz; este iria ao seu encontro, quando intrinsecamente intrinsecamente.

Mas a apuração dos fatos da causa pode reclamar o simples e exclusivo conhecimento das coisas ou pessoas — como quando se indaga das dimensões de um terreno ou da profundidade de um poço, do “tipo” de uma partida de café em relação ao da amostra oferecida à venda, dos defeitos físicos de uma pessoa e provenientes de um acidente de automóvel — como pode exigir conhecimento, por meio de inves-

<sup>7</sup> Vide 1º v., cap. III, n. 5; MALATESTA, *A Lógica das Provas em Materia Criminal*, trad. de J. Alves de Sá, edic. 1912, 2º v., p. 382 e ss.

tigações, das causas de certos fenómenos ou das consequências de certos fatos — como quando se discutem as causas da poluição das águas de um poço, as causas do desmoronamento de uma parede, as causas da moléstia de um indivíduo, ou as consequências da perfuração de um agude, as consequências de um incêndio ou dos males ocasionados a um indivíduo. Ainda nessas hipóteses, coisas e pessoas teriam que ser sujeitas a uma relativamente demorada apreciação do órgão incumbido da apuração e dos conhecimentos dos fatos, levando-o a proceder investigações e experiências capazes de permitir conclusões seguras.

11. — Uma vez que visam as provas formar a convicção judicial quanto aos fatos da causa, nada mais natural do que recomendar-se o contacto direto do juiz com os meios de prova. E assim as coisas e as pessoas, como provas materiais, deveriam ser-lhe apresentadas para seu exame pessoal ou o juiz deveria ir até elas, quando irremovíveis ou intrinsecamente intrinsecamente, para o mesmo fim.

Configura-se, nesses casos, especial meio de prova ao qual a lei e a doutrina denominam *exame judicial*, *inspecção ocular*, *inspecção judicial*. Pode-se defini-lo como o *exame direto da coisa material pelo juiz*. Por esse meio — como diz CHIOVENDA — “o juiz recolhe diretamente, por seus próprios sentidos, as observações sobre as coisas que são objeto da lide ou que com ela têm relação”.<sup>8</sup>

Modalidade do exame judicial é o chamado *accesso judicial* (*accesso giudiziario*, para os italianos; *reconocimiento judicial*, para os espanhóis; *descente sur les lieux*, para os franceses), que consiste na inspecção do lugar ou da coisa pelo próprio juiz, quando esta não pode ser levada até ele.<sup>9</sup> REDENTI escreve: — “Mahomet vai até a montanha, vê e constata”.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de E. Gómez Orbaneja, 1ª edic., 3º v., n. 342.

<sup>9</sup> CHIOVENDA, o. c., 3º v., ns. 342-343; SAREDO, o. c., 1º v., n. 513; MATTIROLI, o. c., 2º v., n. 1065; REDENTI, *Profil del Diritto Processuale Civile*, 2ª edic., n. 257; CUGHE, o. c., 1º v., n. 466; CARSONNET, o. c., 2º v., n. 466.

<sup>10</sup> REDENTI, o. c. e loc. cit.

¶ A inspecção judicial tem por objetivo imediato a verificação de fatos ou de suas causas e consequências. Fácil será ao juiz, muitas e muitas vezes, ao simples contacto com a coisa ou pessoas, ou à vista dos lugares, constatar a verdade com referência aos fatos debatidos e quicá já demonstrados por outros meios probatórios havidos como inseguros. Outras vezes, porém, mesmo tratando-se de simples constatação de fatos já provados por outros meios, mas principalmente por tornar-se preciso entrar na indagação das causas ou consequências dos fatos, ao juiz, por mais culto e arguto, uma vez lhe faltarem conhecimentos científicos ou técnicos especializados e até por carência de perfeição dos seus órgãos sensoriais, faltarão qualidades necessárias para em pessoa examinar as coisas, pessoas ou lugares por forma a extrair do exame observações idôneas e suficientes que satisficam sua curiosidade e formem sua convicção.

Em certos casos, conquanto sufficientemente apto para o exame reclamado, tal a simplicidade da verificação pretendida, a própria dignidade do cargo aconselha que o juiz não aja pessoalmente. Não ficaria bem ao juiz, conforme as circunstâncias, subir a um telhado ou descer ao fundo de um poço, muito menos beber vinhos diferentes para conceituar suas características.

Por outro lado, o exame pessoal e exclusivamente pessoal pelo juiz pode colocá-lo em posição deveras difícil em face à função judicante, sujeitando-o a suspeitas indiscutivelmente a esta perniciosas! Sem dúvida — já ponderava BENTHAM — nada poderia superar, na formação da convicção do juiz, às suas próprias observações, diretas e pessoais. Acresce que, transportando-se o juiz até os lugares e as coisas para indagar sobre os fatos, mostra desejo de esclarecer-se e faz nascer confiança nas decisões assim fundamentadas. Entretanto, essa confiança depende da que se deposite na pessoa do juiz ou — segundo as próprias palavras de BENTHAM — “é proporcional à idéia que se tem da probidade e da capacidade do juiz”. Suspeito o juiz no que concirna a tais qualidades, suspeitas se tornam certamente suas observações. Porque se entende que o juiz, “se é parcial, supondo-se só, pode pro-

curar ver as coisas segundo favoreçam o seu pensamento e a sua consciência e por forma a permitir deduções propícias à parte por êle preferida”! Dando-se que isso aconteça, isto é, que as observações sejam colhidas por um juiz parcial, as virtudes da inspecção ocular deixariam de ser virtudes e converteriam-se em grande perigo à verdade e, pois, à justiça. Com efeito, observando não com o caráter de testemunha — porque não é possível ser juiz e testemunha ao mesmo tempo — mas observando na qualidade de juiz, “este não é interrogado, nem examinado, não presta contas senão a si próprio das impressões que recebeu”, sua observações, enfim, não podem ser controladas ou impugnadas pelas partes. ¶ Para corrigir esse mal, as legislações passaram a exigir que os juizes se fizessem acompanhar de testemunhas e das partes nas suas diligências.

Contudo, nem sempre é o juiz sufficientemente habilitado para proceder o exame reclamado pela causa. A natureza da coisa e dos fatos, a necessidade de perscrutar suas causas ou consequências impõem pouca o observador qualidades ou conhecimentos técnicos especiais, o que frequentemente fazia com que os juizes, nas diligências do exame, noutros tempos se tornassem acompanhados de testemunhas entendidas na matéria sobre a qual êste deveria versar, e hoje em dia se fazem acompanhar de conselheiros técnicos, isto é, pessoas entendidas e capazes de realizar, de maneira proveitosa à causa, as verificações, indagações e experiências que esta exigirem. ¶

A diligência do acesso judicial, com tôda a solenidade de que se reveste — juiz, acompanhado de escrivão, testemunhas, assistentes técnicos, partes — se mostra, entretanto, inúmeras vezes mais aparatosa do que realmente útil. Nem o juiz nem as testemunhas e as partes, podem colher infor-

11 BENTHAM, *Traité des Preuves Judiciaires*, trad. de Ét. Dumont, liv. VI, cap. VI, p. 89.

12 Cód. de Proc. Civ. da Itália, art. 259; Cód. de Proc. Civ. da Itália, de 1865, art. 272; Cód. de Proc. Civ. de Portugal, art. 618; Cód. de Proc. Civ. da Alemanha (Z. P. O.), § 372; Cód. de Proc. Civ. da Espanha (Ley de Enjuiciamiento Civil), art. 635; ANDRIOLI, *Comentario al Codice di Procedura Civile*, 2ª edic., 2ª v., p. 169; BONINI (GIOTTO), *Il Processo Civile*, 1ª edic., 1ª v., n. 255; LESSONA, o. c., 5ª v., n. 33-35; MARTINOLI, o. c., 2ª v., n. 1082; SAREDO, o. c., 1ª v., n. 517; GONZALEZ-CHAMDT, *Derecho Procesal Civil*, trad. de Leonardo Prieto Castro, 1ª edic., § 45.

mações ou observações proveitosas. Estas somente são sensíveis ou útilmente sensíveis aos entendidos, aos técnicos na matéria. Outras vezes o exame é necessariamente demorado, tornando impossível a presença permanente daquelas pessoas no local em que se realiza.

Daí, para suprir as deficiências do juiz, as suas dificuldades ou impossibilidades, como sucedâneo da inspecção ocular do juiz, a *perícia*. O juiz confere a pessoas entendidas a função de colher as observações diretas das coisas, pessoas ou fatos, as causas ou consequências destes, transmitindo-lhe as observações que fizerem por meio de relatório circunstanciado e oferecendo-lhe parecer que o autorize a conhecer com segurança o assunto e resolver a controvérsia.

12. — No exame judicial é o próprio juiz quem faz o exame, é ele o sujeito do exame. Quer quando inspeciona coisas ou pessoas que lhe são apresentadas, quer quando se locomove até coisas, pessoas ou lugares, para examiná-las.

Trata-se de simples inspecção ocular, em que a coisa ou pessoa é trazida ao juízo, trate-se de exame em que o juiz se traslada até as pessoas, coisas ou lugares examinandos (acesso judicial, inspecção judicial, exame judicial, *ausgenschein*, *accesso giudiziario*, *visita giudiziale*, *visita sul luogo*, *descente sur les lieux*, *reconocimiento judicial*), insta que a diligência, para que objetivamente possa produzir resultados úteis, seja cercada de garantias formais de publicidade e de discussão, "sem as quais a prova faltará ao seu fim, acarretando apenas um conhecimento privado, desprovido, meramente, de qualquer eficácia jurídica".<sup>13</sup> Condição assim é que haja um despacho determinando a diligência, da qual as partes deverão ter ciência, ficando autorizadas a participar dela.<sup>14</sup> As várias legislações que regulamentam a medida são

13 LESSONA, o. c., 5º v., n. 4; MAXIMO CASTRO, o. c., 2º v., n. 92.

14 CHOUVENDA, o. c., 3º v., n. 343; LESSONA, o. c., 5º v., n. 25; SAREDO, o. c., 1º v., ns. 515-519; MATTEIOLI, o. c., 2º v., n. 1077; GARSONNET, o. c., 2º v., ns. 369-370; CUCHE, o. c., 1º v., n. 466; ANDRIOLI, o. c., 2º v., p. 168 e ss.; ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, 4ª edic., 2º v., p. 76 e ss.; GOLDSCHMIDT, o. c., § 45.

precisas nesse ponto.<sup>15</sup> "As partes serão notificadas do dia e hora da inspecção — dispõe o código português — e podem, por si ou seus advogados, prestar ao juiz os esclarecimentos de que ele carecer, assim como chamar a sua atenção para os fatos que reputem de interesse para a resolução da causa". "A inspecção de lugares, de coisas móveis e imóveis, ou de pessoas — reza o italiano — é ordenada pelo juiz, que designa o dia, o lugar e o modo da inspecção". Para maior segurança da publicidade do ato, Gross aconselha mesmo que a este compareçam testemunhas.<sup>16</sup>

Explicam-se tais cautelas. Ao juiz não é lícito valer-se dos seus conhecimentos privados sobre os fatos e como conhecimentos privados, insuscetíveis portanto de qualquer discussão, ter-se-iam aqueles que os obtivesse num exame por ele feito sem participação ou possibilidade de participação dos interessados.<sup>17</sup> "De conseguinte — escreve MAXIMO CASTRO — se um juiz ou tribunal, sem um procedimento legítimo que ordene a inspecção, traslada-se em caráter privado ao lugar da controvérsia para colher conhecimentos que lhe faltam e se utiliza depois dos resultados dessa inspecção para decidir, a sentença não tem valor, porque os motivos ou fundamentos desta decorreram de conhecimentos adquiridos de maneira ilegítima".

O certo é que o exame judicial, máxime sob a forma de acesso judicial, é um procedimento probatório pelo qual o exame se faz geralmente em combinação com outros meios de instrução, tais como a perícia, a prova testemunhal ou a documental, muitas vezes mesmo sendo sem consequência probatória sem esses ou alguma desses meios de instrução.

Mas o que caracteriza o exame judicial, distinguindo-se da perícia, é que naquele o próprio juiz colhe diretamente as informações ou observações das pessoas, coisas ou lugares

15 Cód. de Proc. Civ. Francês, art. 296; Cód. de Proc. Civ. Italiano, de 1865, arts. 271-281; Cód. de Proc. Civ. Italiano, arts. 258-262; Cód. de Proc. Civ. Alemão (Z. P. O.), §§ 371-372; Cód. de Proc. Civ. Espanhol, arts. 633-635; Cód. de Proc. Civil Português, arts. 616-619; Cód. Judiciário do Rio de Janeiro, art. 1310 §§ 1.º e 2.º.

16 Gross (HANS), *Guia Prático para a Instrução dos Processos Criminaes*, trad. de João Alves de Sá, edic. de 1909, ps. 88-92.

17 LESSONA, o. c., 5º v., n. 4; MAXIMO CASTRO, o. c., 2º v., n. 92.

como objetos de suas observações, enquanto que na perícia essas observações são colhidas por pessoas entendidas, que lhas transmitem por meio de um relatório.

13. — Porque o juiz não seja suficientemente apto para proceder direta e pessoalmente a verificação e mesmo a apreciação de certos fatos, suas causas ou consequências, o trabalho visando tal objetivo se fará por pessoas entendidas na matéria, quer dizer, a verificação e a apreciação se operará por meio de perícia. Assenta-se esta, de conseguinte, na conveniência ou necessidade de se fornecerem ao juiz conhecimentos de fatos que êle, pessoalmente, por falta de aptidões especiais, não conseguiria obter ou, pelo menos, os não obteria com a clareza e segurança requeridas para a formação da convicção, ou, ainda, que êle não poderia ou deveria pessoalmente colher sem sacrifício ou desprestígio das funções judicantes.

a) — Ora a perícia terá por finalidade a *percepção de fatos*, isto é, a sua verificação, a sua acertação, ora a *apreciação de fatos*.<sup>18</sup>

Podem os fatos ser de natureza tal que sòmente sejam útilmente percebidos por técnicos. São — na linguagem de CARNELUTTI — os chamados fatos de *percepção técnica*,<sup>19</sup> visto que sua percepção exige qualidades sensoriais especializadas dos observadores, ao lado, geralmente, de conhecimentos científicos ou técnicos capazes de compreendê-los e distingui-los. Fatos outros existem que poderiam ser perfeitamente percebidos pelo próprio juiz, porque não dependam, para sua percepção, de especiais virtudes de observador, mas mandam o decôro e o prestígio da função judicante que o magistrado não se preste a verificá-los pessoalmente. Não

é possível — escreve MORTARA — que o Estado exija se preste o juiz a praticar certos atos ou funções nem sempre conciliáveis com o decôro e o prestígio da toga.<sup>20</sup> Exemplos dos primeiros serão todos os que imponham, para a sua exata observação, a utilização de métodos técnicos ou científicos, qualidades sensoriais especializadas ou instrumentos apropriados — medição de um imóvel, indicação do teor do aroma de uma partida de café, realização de autópsia, apuração da falsidade de uma assinatura. Como exemplos dos segundos apontar-se-iam os que exigissem, para sua percepção, que o juiz se expuzesse a enganos, perigos ou incômodos, posições ou situações menos respeitáveis. Da percepção de tais fatos, desta ou daquela categoria, incumbem-se peritos, com a função de verificá-los, constatá-los, acertá-los.

Pode dar-se o caso dos fatos serem certos e indubitáveis, nenhuma prova mais sendo necessária para a afirmação de sua existência, mas acontecer que a questão posta em juízo imponha o conhecimento das suas causas ou consequências: — o prédio ruíu e quer-se saber porque ruíu; houve desvio do córrego e quer-se saber se isso se deu por fenômeno natural ou por obra humana; há uma trinca no muro e quer-se saber se é de natureza a fazê-lo desabar. Também ocorre que, conquanto certos os fatos, quicá mesmo suas causas ou consequências, sejam uns e outras de natureza que o juiz, para apreciá-los convenientemente, necessite de regras especiais, técnicas ou científicas, e não de regras de experiência comum.<sup>21</sup> Nessas hipóteses — escreve REDENTI — “pode o juiz pedir ao perito que justifique as observações feitas ou por fazer, ou mesmo ofereça, em face das conclusões das provas colhidas, as ilações de ordem técnica ou científica, úteis aos fins da decisão, quando com os seus próprios meios intelectuais o juiz não se considere capaz de extrair”.<sup>22</sup> Num ação possessória, indicada uma árvore frutífera ou uma choupana como prova de antiga posse, quer-se saber quais os

20 MORTARA, o. e loc. citis.

21 CARNELUTTI, o. e loc. citis.

22 REDENTI, o. e loc. citis.; PEDRO BATISTA MARTINS, o. e loc. citis.

18 CARNELUTTI, *Sistema del Diritto Processuale Civile*, 1º v., n. 209; CHIOVENDA, *Instituciones*, 3º v., n. 338; BETTI, *Diritto Processuale Civile*, edic. de 1936, n. 116, p. 396; REDENTI, o. c., n. 238; GARAUJO (FRANCESCO SAVERIO), *Perizia in Materia Civile*, n. 1, em *Digesto Italiano*; MORTARA, o. c., 3º v., n. 549; MATTEOLO, o. c., 2º v., n. 965; PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentarios ao Código de Processo Civil*, 1º v., n. 324; JORGE AMERICANO, *Comentarios ao Código de Processo do Brasil*, 1º v., p. 546; LOPES DA COSTA, *Diritto Processual Civil Brasileiro*, 2º v., n. 329.

19 CARNELUTTI, o. e loc. citis.

motivos que permitam atribuir à árvore ou à choupana existência tão dilatada; oferecidos dois documentos, havidos como contemporâneos e do mesmo punho, quer-se saber como se explica a aparente diversidade das respectivas grafias.

Na maior parte dos casos as duas atribuições se conjugam, realizando-se a perícia não só para verificação dos fatos como também para sua apreciação,<sup>23</sup> cumprindo então ao perito, nessas hipóteses, depois de informar quanto à existência dos fatos, emitir parecer ou juízo no tocante à sua natureza, valor e importância ou ainda sobre suas causas e seus efeitos presentes ou futuros.

*b)* — Consiste, pois, a perícia numa declaração de ciência ou na afirmação de um juízo, ou, mais comumente, naquilo e nisto. Declaração de ciência quando relata as percepções colhidas, quando se apresenta como prova representativa de fatos verificados ou constatados; afirmação de um juízo quando constitui parecer que auxilia o juiz na interpretação ou apreciação dos fatos da causa.

Sob o primeiro aspecto, como declaração de ciência, a função pericial é supletiva e auxiliar da função verificadora do juiz. Supre a deficiência das aptidões deste no que tange à verificação de certos fatos. Não se substitui o juiz pelos peritos, mas apenas se socorre aquêle das especiais aptidões destes para que melhor se examinem e se conheçam as coisas e os fenômenos. Não se substitui pelos peritos, mas preside-os nos seus trabalhos, orienta-os nas suas indagações, fiscaliza-os, por forma que os peritos atuam como instrumentos da função verificadora do juiz.

Sob o segundo aspecto, como afirmação de um juízo, a perícia corresponde à função auxiliar da atividade judicial. Quando os peritos formulam um parecer ou emitem um juízo relativamente aos fatos, ou oferecem ao magistrado regras técnicas ou de experiência que se prestam à interpretação ou avaliação dos mesmos fatos, colaboram com o juiz, auxiliam-no, não o substituem. Basta considerar que a conclusão, a opinião, o conselho pericial, as regras técnicas ou de

experiências, apontadas como idôneas para se chegar àquelas conclusões ou para a legítima interpretação dos fatos, não se impõem necessariamente, mas, ao contrário, ficam sujeitas ao exame crítico do juiz, que poderá até mesmo desprezá-las.<sup>24</sup>

14. — Da conceituação de perícia, que se vem fazendo, emana a de perito. Este é uma pessoa que, pelas qualidades especiais que possui, geralmente de natureza científica ou artística, supre as insuficiências do juiz no que tange à verificação ou apreciação daqueles fatos da causa que para tal exijam conhecimentos especiais ou técnicos.<sup>25</sup> Suprindo deficiências do juiz, não o substitui, porém, nas suas atividades; apenas o auxilia, isto é, colabora na formação do material probatório, quer recolhendo percepções dos fatos quer emitindo pareceres, transmitindo umas e outros ao juiz para que êle, após o trabalho crítico devido, forme convicção quanto aos mesmos fatos.

Assim, o perito é essencialmente um *auxiliar do juiz*, como expressamente o categorizava MITTERMAYER<sup>26</sup> e o classificam os processualistas modernos mais eminentes.<sup>27</sup> Na qualificação que lhe dá CARNELUTTI, *de encarregado judicial*,<sup>28</sup> não se vislumbra em última análise senão a de auxiliar do juiz. “E, antes, um auxiliar eventual do juiz — escreve BONNUMÁ — nos casos, muito frequentes, em que este precisa ver ou verificar o objeto da demanda, ou, ainda, quando a interpretação das provas ou de alguma delas, a natureza do pedido ou das afirmações das partes exijam conhecimentos técnicos ou especializados que o juiz não possua”.<sup>29</sup> Classificando-o como tal, o Código de Processo Civil pátrio dispõe

24 CHIOVENDA, *Instituciones*, 3º v., n. 339; BETTI, o. c., p. 400; MORRARA, o. c., 3º v., n. 584; RUDENTI, o. c., n. 224 e 258; JOSÉ AMERICANO, o. c., 1º v., p. 547; FRAGA, o. c., 2º v., p. 564; BONNUMÁ, *Direito Processual Civil*, 2º v., n. 258.

25 Vide ns. 13 e 19.

26 MITTERMAYER, o. c., p. 247.

27 BETTI, o. c., n. 116, p. 399; RUDENTI, o. c., ns. 170 e 258; BONNUMÁ, o. c., 1º v., n. 239; ALTAVILLA, *Psicología Judicial*, trad. de Fernando de Miranda, 4º v., p. 189; BONNUMÁ, o. c., 1º v., n. 84; FRAGA, o. c., 2º v., p. 565; PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 1º v., n. 324; MAXIMO CASTRO, o. c., 2º v., n. 57 bis; AMAZONAS, o. c., p. 30.

28 CARNELUTTI, o. c., 1º v., n. 209; *Istituzioni*, n. 114.

29 BONNUMÁ, o. c. e loc. cit.

sobre êle no Liv. I, Capítulo III do Título IX, que se epigrafa — “Do juiz e dos auxiliares da justiça”, da mesma forma como o faz o código processual italiano.<sup>30</sup>

15. — Como auxiliar do juiz, o perito exerce atividade que muito se aproxima à do juiz. Assim como o juiz aprecia as declarações das partes, as declarações das testemunhas, o conteúdo dos documentos e as coisas e pessoas que lhe são postas em contacto, também o perito observa as coisas, lugares e pessoas de cuja inspecção o encarregam, tanto o juiz como o perito colhendo informações e percepções dos entes examinados. Das percepções e informações colhidas pelo juiz, êle se utiliza para formar um juízo, como das recebidas pelo perito este igualmente se utiliza para formular um juízo ou parecer. “Em verdade — reconhece BONNUMÁ — a função do perito se aproxima muito à do juiz, no que diz respeito ao trabalho intelectual de verificação da prova e à formação de juízos referentes a ela”.<sup>31</sup>

Com isso, autores há que negam à perícia o caracter de meio probatório.<sup>32</sup> Para CARNELUTTI, por exemplo, a perícia não é propriamente uma prova, mas uma elaboração de provas, feita pelo perito em lugar do juiz. Por isso — diz êle — “a perícia, em si mesma, não deve verdadeiramente ser considerada como uma prova a constituir”. Semelhantemente, no mesmo sentido BETTI, para quem a perícia, mais do que um meio de prova por si mesma, é uma forma de assistência intelectual prestada ao juiz no exame, e, mais de ordinário, na avaliação da prova, quando aquêle exame ou essa avaliação tenham por objeto matéria que exija conhecimentos técnicos e não comuns.

Não parecem acertadas tais conclusões.

Acertado seria se apenas se sustentasse que o perito não é uma fonte de prova. Realmente, o perito, diversamente da testemunha,<sup>33</sup> não é fonte de prova, como tal considerada a

30 Cód. de Proc. Civ. Italiano, liv. I, tit. I, cap. III.

31 BONNUMÁ, o. c., 2º v., n. 258.

32 CARNELUTTI, o. c., n. 676 “e”; BETTI, o. c., n. 116, p. 398; BONINI, o. c., 1º v., n. 239.

33 Vide n. 23.

coisa material de onde se tira o conhecimento (a testemunha, a parte, a coisa ou a pessoa objeto da vistoria ou do exame).<sup>34</sup> Fonte de prova seria a pessoa, coisa ou lugar objeto da perícia.

Prova — ensina CHIOVENDA — “é formar a convicção do juiz sobre a existência ou a inexistência dos fatos de importância no processo”.<sup>35</sup> Prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.<sup>36</sup> Meios de prova são os processos de captar nas fontes probatórias os elementos formadores da prova, isto é, produtores da convicção da existência ou inexistência dos fatos relevantes do processo; ou, na expressão de LOPES DA COSTA — são “processos de cujo emprego resulta um estado de consciência do pesquisador, pela aquisição de um conhecimento”.<sup>37</sup> Assim, são meios de prova a inquirição da testemunha, o exame do documento, a inspecção da pessoa ou coisa.

Bastam essas considerações para não se poder negar à perícia o caracter de meio probatório, quer dizer processo pelo qual se obtém prova, elemento de formação da convicção do juiz. Aliás, considerado meio probatório nesse sentido, o próprio CARNELUTTI não negaria à perícia êsse caracter, eis que a conceitua como “elaboração de provas feita pelo perito”.

Por meio da perícia se oferecem ao juiz informações, resultantes da percepção pelos peritos, de coisas, lugares e pessoas, ou regras de natureza técnica ou científica úteis à interpretação dos fatos, e, de tal forma, elementos pelos quais o juiz adquire conhecimentos e estabelece convicção quanto aos fatos da causa. E, de conseguinte, meio de prova e como tal a consideram quase todos os doutores.<sup>38</sup> Com êsse caracter é havida no sistema probatório brasileiro.<sup>39</sup>

34 LOPES DA COSTA, o. c., 2º v., ps. 289-290.

35 CHIOVENDA, o. c., 3º v., n. 321.

36 Vide 1º v., cap. I, n. 8.

37 LOPES DA COSTA, o. c., 2º v., n. 289.

38 MITTERMAYER, o. c., p. 246-249; LESSONA, o. c., 4º v., n. 409; GARGIULO, o. c., n. 1; MORIARA, o. c., 3º v., n. 547; SAREDO, o. c., 1º v., n. 513; BETTENCOURT (ANTONIO PINHEIRO DE), Das Provas em Processo Civil Ordinarío, Commercial e Sumário, edic. de 1920, p. 2; SAMPAIO E MELO (LOPO VAZ DE), Bases para uma Teoria de Provas Judiciais em Causas Cíveis, edic. de 1869, p. 105-106; BONNUMÁ, o. c., 2º v., n. 258; LOPES DA COSTA, o. c., 2º v., n. 289.

39 Vide 1º v., cap. V.

16. — Definir o que seja perícia não é fácil. Por isso mesmo, ou porque achem desnecessário ou de pouca utilidade sua definição, os autores preferem conceituá-la, evitando defini-la. Contudo, não são poucas as definições comumente reproduzidas.

a) — Autores há que, ao invés de definir perícia, definem o que seja perito.

Assim o clássico BEAUME: — “Chama-se perito o técnico que recebe do juiz a incumbência de examinar uma questão de fato que exige conhecimentos especiais, a fim de, sob compromisso, lhe emitir parecer”.<sup>40</sup> Perícia seria o meio de prova, isto é, o meio de se chegar a esse parecer.

Idêntico método é seguido por BROCHE: — “Chama-se perito a pessoa nomeada pelo juiz, ou pelas partes interessadas, para examinar ou estimar certas coisas segundo as regras técnicas e dar parecer escrito”. “A perícia é a operação dos peritos.”<sup>41</sup>

Agora o defeito de definir-se o sujeito da operação e não a própria operação, ambas as definições se ressentem da falha de não declarar qual a natureza desta. De resto, a de BROCHE omite a perícia sobre pessoas.

b) — Divulgadíssima a definição de SAREDO: — “a operação que, por encargo da autoridade judiciária, é atribuída a pessoas peritas em dada ciência ou arte e que se obrigam a expor sobre o fato, ou sobre a questão que lhes é submetida, todas as informações e explicações necessárias para esclarecimento dos magistrados, e isto porque estes, por si mesmos, não poderiam, ou muito dificilmente poderiam, conhecer o que os peritos por sua ciência ou arte estão em melhores condições para explicar”.<sup>42</sup> Além de demasiado longa, parecendo antes a formulação de conceito do que uma definição, também tem o defeito de esquivar-se de dizer qual a natureza jurídica da perícia.

Certo é que dêste último defeito padecem quase todas as definições.

Tal a de GLASSON: — “Perícia é a operação conferida a certas pessoas, em razão de seus conhecimentos especiais sobre os fatos que os juizes, por si próprios, não poderiam apreciar com exatidão; o parecer do perito é o resultado dessa operação”.<sup>43</sup>

A de CUCHE: — “A perícia consiste na atribuição conferida a pessoas competentes, tendo em vista a solução da causa, de proceder a verificações, que exigem conhecimentos especiais, e comunicar ao tribunal o resultado do seu exame”.<sup>44</sup>

A extensa mas clara definição de CARVALHO SANTOS: — “A perícia consiste no encargo conferido a pessoas competentes, de preferência especializadas e técnicas, para proceder às averiguações que se fizerem necessárias, para o esclarecimento das questões debatidas no processo, sempre que tais pronunciamentos exijam conhecimentos especializados, devendo o resultado do exame procedido ser levado ao conhecimento do juiz, por meio do laudo”.<sup>45</sup>

Sintética a definição de FRAGA: — “o parecer baseado em conhecimentos técnicos e científicos, emitido por uma ou mais pessoas peritas, para esclarecimento de um fato essencial à instrução completa da causa”.<sup>46</sup>

Sob certo aspecto, ilustrativa a de BONNUMÁ: — “Perícia é a contribuição fornecida ao juiz por um terceiro, nomeado *ad-hoc* ou investido em tais funções em virtude de cargo, para a verificação de fatos ou suas consequências relativamente à demanda”.<sup>47</sup>

c) — Mui repetida a definição de MARTTROLI: — “a perícia é o testemunho de umas ou mais pessoas peritas para conhecimento de um fato, cuja existência não pode ser averiguada ou juridicamente apreciada sem o concurso de espe-

40 BEAUME, *Philosophie du Droit*, 3ª edic., p. 648, 2º v.

41 BROCHE, *Dictionnaire de Procédure Civile et Commerciale*, vº “Expert-Peritise”.

42 SAREDO, o. c., 1º v., n. 486.

43 GLASSON, o. c., 1º v., n. 816.

44 CUCHE, o. c., 1º v., n. 467.

45 CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil Interpretado*, 3º v., p. 408.

46 FRAGA, o. c., 2º v., p. 548.

47 BONNUMÁ, o. c., 2º v., n. 258.

ciais conhecimentos científicos ou técnicos".<sup>48</sup> Muito embora os gabos que lhe tece João MONTENHO, essa definição peca, como o fazem sentir LESSONA e FRAGA, por dar lugar a que se confundam o depoimento com o parecer, a testemunha com o perito.<sup>49</sup>

d) — É de LESSONA a seguinte: — "tem-se a prova pericial quando o juiz confere a pessoas técnicas a função de examinar, sob compromisso, uma questão de fato, que exija conhecimentos especiais, para dela obter um parecer".<sup>50</sup> Além de sintética e de compreender todo o definido, essa definição tem a virtude de mostrar que a pericia constitui uma prova.

Calçada na de LESSONA, mais concisa, a de JORGE AMERICANO: — "A prova pericial se verifica toda vez que o juiz confia a pessoas técnicas, sob compromisso, o officio de examinar e dar opinião, sobre uma questão de fato que exija conhecimentos especializados".<sup>51</sup>

17. — Na definição deverão estar compreendidos todos os elementos que constituem a pericia, que a caracterizam e a distinguem dos demais meios de prova.

Começar-se-á por dizer que se trata de um meio de prova.<sup>52</sup>

Por esse meio se examinam e se verificam fatos da causa, isto é, colhem-se percepções e fazem-se apreciações, não só para a direta demonstração ou constatação dos fatos que interessam à lide, das causas ou consequências desses fatos, bem como para o esclarecimento dos mesmos.<sup>53</sup> O verbo *verificar* abrange as funções do perito: verificar — é provar a verdade de alguma coisa; é examinar a verdade da coisa; é investigar a verdade; é averiguar; é achar que é exato.

48 MATTIROLI, o. c., 2º v., n. 960.

49 João MONTENHO, o. c., § 177, nota 1; LESSONA, o. c., 4º v., nota ao n. 402; FRAGA, o. e loc. cit.

50 LESSONA, o. c., 4º v., n. 402.

51 JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, p. 122.

52 Vide n. 15.

53 Vide n. 13.

Faz-se verificação por intermédio de peritos, quer dizer — *personas entendidas*, de conhecimentos especiais sobre a questão de fato que é objeto da pericia.

Não se trata, no entretanto, de uma verificação qualquer e sim de verificação judicial, isto é, relativa a fatos da causa e que se realiza no processo. Aliás os peritos são auxiliares do juízo e deverão prestar o respectivo *compromisso* e, em seguida aos trabalhos de verificação, fornecer ao juiz, através de um *laudo* ou *parecer*, o relato de suas observações ou as conclusões que das mesmas extrairam.<sup>54</sup>

Assim, a pericia consiste no meio pelo qual, no processo, *personas entendidas e sob compromisso verificam fatos interessantes à causa, transmitindo ao juiz o respectivo parecer.*

54 Vide ns. 14-15.

## ESPÉCIES DE PERÍCIA

SUMÁRIO: 58 — Conteúdo do capítulo. 59 — Exames periciais: espécies de perícia que se compreendem nessa expressão. 60 — Variação da terminologia e da conceituação das várias espécies de perícia no desenvolvimento do direito pátrio. 61 — Exame pericial e vistoria. 62 — Arbitramento e avaliação. 63 — Exame judicial. 64 — Perícias judiciais e extrajudiciais. 65 — Perícia extrajudicial. 66 — Perícias facultativas e necessárias. 67 — Perícias oficiais e requeridas. 68 — Perícias “*de praesenti*” e “*de futuro*”. 69 — Perícias “*in futurum*”.

58. — Depois do estudo do sujeito ativo da perícia, normal seria tratar-se do objeto desta. Mas para o conveniente desenvolvimento de tal matéria se torna aconselhável não só recordar-se a distinção que se faz entre as várias espécies de perícia, do que se deu rápida notícia em outra parte deste trabalho,<sup>1</sup> como também focalizarem-se as modalidades por que se apresentam na tela judiciária. Coloca-se êste capítulo, assim, como um parêntesis em que se reúnem algumas noções que precisam ser conhecidas para o mais fácil desenvolvimento e melhor concatenação dos assuntos estudados nos capítulos seguintes.

59. — Sob a expressão “*exames periciais*”, que encerra o cap. VII, do tit. VIII, do liv. II, do Código, estão compreendidas as várias espécies de perícias, a saber: *exame pericial* propriamente dito, *vistoria*, *arbitramento* e *avaliação*.<sup>2</sup>

Não se deve ocultar a divergência reinante no fôro no tocante à terminologia dessas várias espécies de perícias.

1 Vide 1º v., cap. V, ns. 13-14.

2 Vide 1º v., cap. V, n. 13.

60. — No sistema das Ordenações, entre os meios de prova se achavam o *arbitramento* e a *vistoria*.

Era aquêlê assim conceituado por PEREIRA E SOUZA: — “é a prova consistente em opiniões de terceiros consultados pelo juiz sôbre a causa, ou o fato, de que se trata, sem dependência de vistoria.”<sup>3</sup> O mesmo praxista definiu vistoria: — “é a prova consistente na ocular inspecção do juiz, para por si conhecer a causa, ou o fato, de que se trata, com auxilio de arbitramento, ou sem êle.”<sup>4</sup>

Conquanto deficientes, essas definições permitiam ver que se distinguiriam as duas espécies de prova: o arbitramento consistia em *parecer* dos louvados, após exame a que procedessem com ou sem a presença do juiz; a vistoria consistia na *inspecção ocular* do juiz, com ou sem o auxilio dos louvados. Enquanto que o arbitramento correspondia ao *exame pericial* no sentido estricção, a vistoria equivalia ao *exame judicial, acesso judicial* ou *inspecção ocular*. Numa frase LOBÃO esclarece muito: — “A inspecção ocular, vulgo *vistoria*...”<sup>5</sup>

Tanto em Portugal como no Brasil perdurou por largo espaço de tempo essa distincção.

a) — Nas pégadas de PEREIRA E SOUZA, COELHO DA ROCHA, NAZARETH, SAMPAIO E MELLO e outros

De COELHO DA ROCHA êstes conceitos: — “Chama-se arbitramento a estimacção, exame, ou parecer dado por louvados ou peritos sôbre o fato, de que depende a decisào da causa.”<sup>6</sup> “Vistoria é o ato pelo qual o juiz, por meio de inspecção ocular, se certifica do fato controvertido.”<sup>7</sup>

NAZARETH estabelecia sinonímia entre arbitramento e exame, distinguindo-o das vistorias. Enquanto estas compreendiam “as averiguações, a que os juizes assistiam, relativas a bens de raiz”, aquêlê abrangia tôdas as demais averiguações praticadas por louvados.<sup>8</sup>

3 PEREIRA E SOUZA, edic. de Teixeira de Freitas, § 273.

4 PEREIRA E SOUZA, edic. de Teixeira de Freitas, § 277.

5 LOBÃO, *Tratado das Vistorias*, § 1º.

6 COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, edic. 1857, § 196.

7 COELHO DA ROCHA, o. c., § 197.

8 NAZARETH, o. c., 1º v., § 460, nota “d”.

Segundo SAMPAIO E MELLO arbitramento era o exame de peritos<sup>9</sup> e a vistoria a averiguação “que o tribunal faz, como tribunal”.<sup>10</sup>

Procurou NEVES E CASTRO, fundado na legislação vigente em seu tempo, traçar novas distincções. Adotando a definição de arbitramento proferida por COELHO DA ROCHA, viu no *arbitramento* um gênero probatório, cujas espécies eram a *vistoria*, o *exame* e a *avaliação*.<sup>11</sup> Vistoria seria a inspecção ocular sôbre imóveis; exame seria o parecer de louvados, tendo por fim qualquer objeto a que não fosse applicável a vistoria;<sup>12</sup> avaliação seria a estimacção do valor das coisas.<sup>13</sup> Aliás essa era a terminologia aceita no direito anterior,<sup>14</sup> que veio a ser mantida no código de processo português vigente,<sup>15</sup> onde se lê: “A prova por arbitramento pode consistir em exame, vistoria ou avaliação. Os exames e vistorias tem por fim a averiguação de fatos que tenham deixado vestígios ou sejam susceptíveis de inspecção ou exame ocular. Se a averiguação recaí sôbre cousas móveis, diz-se exame; se recaí sôbre imóveis, diz-se vistoria. A avaliação tem por fim a determinação do valor dos bens ou direitos.”

b) — Paralelamente ao direito português se formou o direito brasileiro. MORAIS CARVALHO, SOUZA PINTO, RAMALHO, PAULA BATISTA e mais praxistas compreendiam o arbitramento como parecer ou estimacção feita por louvados, isto é, juízo ou conclusão pericial,<sup>17</sup> e vistoria a inspecção ocular do juiz com a intervenção de louvados.<sup>18</sup> A síntese da distincção entre arbitramento e vistoria, considerados meios de prova autônomos, se encontra em RIBAS: o primeiro se dá quando, para

9 SAMPAIO E MELLO, *Bases para uma Teoria de Provas Judiciais em Casos Cíveis*, edic. 1869, p. 110.

10 SAMPAIO E MELLO, o. c., p. 106.

11 NEVES E CASTRO, o. c., n. 103.

12 NEVES E CASTRO, o. c., n. 104.

13 NEVES E CASTRO, o. c., n. 114.

14 JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e*

*Comercial*, edic. 1927, p. 135 e ss.; BERTHENCOURT, o. c., p. 34 e ss.

15 Cód. de Proc. Civil de Portugal, liv. III, tit. II, secção V.

16 Cód. de Proc. Civil de Portugal, art. 581.

17 MORAIS CARVALHO, o. c., § 618; SOUZA PINTO, o. c., § 1378; PAULA BATISTA, o. c., § 170; RAMALHO, o. c., § 204.

18 MORAIS CARVALHO, o. c., § 634; SOUZA PINTO, o. c., § 1406; PAULA BATISTA, o. c., § 174; RAMALHO, o. c., § 211.

a decisão, "carecer o juiz da informação, avaliação ou parecer de pessoas peritas";<sup>19</sup> a segunda, a vistoria, sempre que o fato controvertido "precise ser ocularmente inspecionado pelo juiz".<sup>20</sup> Note-se, porém, no concernente à vistoria, que se accentuava a tendência de tornar-se obrigatória a intervenção de peritos: — "Na vistoria devem intervir, além do juiz, peritos da arte..."<sup>21</sup>

Na técnica do Reg. n. 737, de 1850, persistem arbitrariamente e vistoria como meios de prova diversos,<sup>22</sup> entendidos como os conceituavam os praxistas portugueses e brasileiros. Doutrinando, em face dessa lei, João MENDES JUNIOR define arbitrariamente: — "é o parecer sobre a qualidade e quantidade da coisa ou fato sujeito ou que tenha de ser sujeito ao conhecimento do juiz, parecer dado por peritos louvados pelas partes, e ao qual o juiz não é adstrito"; e vistoria — "é a inspecção ocular do juiz, para por si conhecer a coisa de que se trata".<sup>23</sup> Mas o douto jurista, ainda afeito aos ensinamentos de PEREIRA E SOUZA e LOBÃO, dispensava na vistoria a participação de peritos, pois dizia, com referência a esse meio probatório: — "podendo proceder a ela com auxilio de arbitradores ou peritos, ou sem elle".

Como meios de prova autônomos eram o arbitramento e a vistoria havidos por vários códigos estaduais.<sup>24</sup>

c) — O Cód. Civil, no art. 136, alinhando os meios de prova, indica, no n. VI, os *exames* e *vistorias* e, no n. VII, o *arbitramento*. Vale dizer que considera aquêles meios de prova distintos d'este.

Observe-se, todavia, que o referido Código, reunindo exames e vistorias e separando-os do arbitramento, implicitamente lhes deu feições um tanto diversas das que tinham no direito pátrio tradicional. Arbitramento, na terminologia do Cód. Civil, não mais é gênero, que compreenda exames e

vistorias, mas um meio de prova de campo menos extenso que o arbitramento dos praxistas, o qual abraçava tôdas as averiguações que não consistissem na inspecção ocular. Por sua vez, vistorias, que, na terminologia de João MONTENHO,<sup>25</sup> abrangiam tôdas as modalidades de exames que não consistissem em estimação do valor da coisa ou da obrigação demandada, passaram a ter a significação restrita de há muito recomendada por LOBÃO,<sup>26</sup> qual a de jamais se denominarem *vistorias*, mas unicamente *exames*; as averiguações sobre pessoas, cousas móveis e documentos, deixando-se sob aquela denominação apenas as averiguações relativas a imóveis.

d) — Certo é, porém, que o Cód. de Processo, como antes já o haviam feito alguns códigos estaduais,<sup>27</sup> atendendo a que tanto os exames como as vistorias e arbitramentos são meios de prova de ordem pericial, isto é, cujo sujeito ativo é o perito, os reuniu sob a expressão ampla — *exames periciais* (Código, liv. II, tit. VIII, cap. VII). Exames periciais, ou pericia, formam um gênero probatório, cujas espécies são o *exame* propriamente dito, a *vistoria*, o *arbitramento* e a *avaliação*.<sup>28</sup>

61. — Por *exame pericial*, no sentido estrito, ou simplesmente *exame*, se entende a inspecção, por meio de perito, sobre pessoa, coisas, móveis e semoventes, para a verificação de fatos ou circunstâncias que interessam à causa.

*Vistoria* é a mesma inspecção relativamente a imóveis. Dessa noção decorre que um e outra somente são praticáveis quando o objeto da pericia é de natureza material, quer dizer, pode ser visto, ouvido, sentido e examinado pela inspecção. Examinam-se pessoas, animais, coisas móveis, documentos; vistoriam-se imóveis.<sup>29</sup>

62. — Tratando-se de apurar o valor, em dinheiro, do objeto do litígio, de direitos ou da obrigação demandada, a

19 RIBAS, o. c., art. 454.

20 RIBAS, o. c., art. 469.

21 RIBAS, o. c., art. 472.

22 Reg. n. 737, de 1850, arts. 189-205 e 209-215.

23 João MENDES JUNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, 2a. edic.

24 Cód. de Proc. da Bahia, art. 135, "f" e "g"; de Minas Gerais, art. 265, ns.

25 João MONTENHO, *Projeto de Cód. de Processo*, art. 210.

26 LOBÃO, *Tratado das Vistorias*, § 22.

27 Cód. de Proc. Civ. do Espírito Santo, art. 160 "c"; de São Paulo, liv. II, tit. VII, cap. VIII; do Rio Grande do Sul, 368 "j".

28 Vide n. 59; liv. 1<sup>o</sup>, cap. V, ns. 13-14.

29 Vide 1<sup>o</sup> v., cap. V, n. 13.

perícia toma o nome de *arbitramento*. Não tem outro fim senão a estimação do valor, em moeda, de coisas, direitos ou obrigações.

Dá-se nome de *avaliação* à mesma estimação do valor, em moeda, de coisas, direitos ou obrigações, quando feita em inventário, partilhas ou processos administrativos, e nas execuções ou ações executivas, para estimação da coisa a partilhar, ou penhorada. Nesse caso, é bem a avaliação a determinação do justo preço de alguma coisa.<sup>30</sup>

63. — No direito pátrio anterior a vistoria — conceituada como o ato de inspeção ocular pelo qual o juiz se certifica dos fatos controvertidos — compreendia os exames que fossem presididos pelo juiz. Preceito antigo e sempre repetido o de que, regularmente, a vistoria devia ser feita em presença do juiz.<sup>31</sup> O Reg. n. 737, de 1850, consagrava a regra ao mandar que o auto de vistoria, além da assinatura das partes, advogados, arbitradores e testemunhas, tivesse também a do juiz.<sup>32</sup>

Ainda em obra recente, FRAGA se manifesta pelo respeito à regra tradicional, que considera inherente à vistoria. A presença do juiz é essencial, dispensável é a do perito. Tanto que escreve: — “A vistoria pode se efetuar de dois modos distintos: a vistoria simples que é a inspeção ocular do juiz sobre o objeto da contenda (lugar ou coisa sobre que versa a demanda) com o auxílio somente do pessoal do fóro, escrivão, oficial de justiça, partes ou seus procuradores; e a vistoria complexa que é a inspeção e exame pelos quais os juizes juntamente com os peritos se certificam dos fatos controvertidos da causa.”<sup>33</sup>

Vê-se, assim, que a vistoria apresentava os caracteres da *inspeção judicial* ou *exame judicial* — para distinguir de *exame pericial*, obra exclusiva de peritos — a que os italianos

denominam “*accesso giudiziale*”, os franceses “*descente aux lieux*”, os espanhóis “*inspección personal del juez*”, os alemães e austríacos “*inspección*”.

Considerada a vistoria, atualmente, a perícia sobre imóveis, simples espécie do gênero *exames periciais*, resta perguntar se, no sistema do direito pátrio vigente, se conhece e se permite a prática do *exame judicial* — denominação preferida por LOPES DA COSTA para significar o exame, que faz o juiz, de uma coisa material.<sup>34</sup>

a) — Não faz o Código referência ao exame judicial. Ao sistema processual adotado, no entanto, não repugna tal exame.

Chega mesmo PONTES DE MIRANDA a proclamar a necessidade da presença do juiz nas perícias,<sup>35</sup> por isso que o sistema processual brasileiro tem como um de seus alicerces o princípio da imediatidade.<sup>36</sup> Vai um tanto de exagero nessa interpretação. O princípio da imediatidade consagrado pelo Código é o concebido por CHIOVENDA — imediatidade da ligação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deve avaliar. Assim é que as testemunhas e partes serão inquiridas pelo juiz (Código, arts. 246, 229 § 1.º); as alegações finais das partes serão feitas por via oral, na audiência de instrução e julgamento (Código, art. 269). No concernente às perícias, a lei, aplicando o princípio referido, de um modo expresso apenas autoriza o juiz formular quesitos e pedir aos peritos esclarecimentos orais naquela audiência (Código, arts. 254 § único, 267). Não há de conseguinte necessidade da presença do juiz nas perícias, como parece a PONTES DE MIRANDA.

Mas daí não se deve chegar ao extremo oposto, isto é, à conclusão, sustentada por JORGE AMERICANO e LOPES DA COSTA, de que no sistema do Código não se torna lícita a prática do exame judicial por isso que a Lei não autoriza expressamente esse meio probatório.<sup>37</sup>

No sistema pátrio ao juiz, como dirigente do processo (Código, art. 112) e com poder de determinar as diligências

30 Vide 1.º v., cap. V, n. 14.

31 PEREIRA E SOUZA, o. c., § 261, nota 540; TEIXEIRA DE FREITAS a *Perícia e Souza*, o. c., § 279; LOBÃO, *Tratado das Vistorias*, §§ 1.º, 3.º; SOUZA PINTO, o. c., § 1420; NEVES E CASTRO, o. c., n. 110; FERRERA COELHO, *Código Civil*, 9.º v., n. 96.

32 Reg. n. 737, de 1850, art. 215.

33 FRAGA, o. c., 2.º v., p. 568.

34 LOPES DA COSTA, o. c., 2.º v., n. 322.

35 PONTES DE MIRANDA, o. c., 2.º v., p. 260.

36 Vide 1.º v., cap. XIX, n. 4.

37 JORGE AMERICANO, o. c., 1.º v., p. 546; LOPES DA COSTA, o. c., 2.º v., n. 322.

necessárias à sua instrução (Código, art. 117), nada obsta tomar para si o encargo de ocularmente conhecer as pessoas, coisas ou lugares objeto do exame ou cujo conhecimento sirva para melhor avaliação dos fatos da causa. E isso poderá fazer assistido ou não de peritos.<sup>38</sup>

Assistido de peritos, corresponderá o exame judicial a uma perícia, como outra qualquer, com a presença do juiz. Sem assistência de peritos, valerá apenas como meio de elucidação de que o juiz pode lançar mão para melhor apreciar os fatos da causa provados por outros meios, inclusive por pericia.

b) — Há um caso, no entanto, em que o exame pessoal do juiz se impõe: o da interdição. O juiz nomeará peritos para procederem ao exame médico legal e, em audiência previamente designada, *ouvirá* o interdiando, isto é, o interrogará, o que é uma forma de examiná-lo.

64. — Em relação ao processo, as perícias são *judiciais* ou *extrajudiciais*, segundo se fazem no processo, de officio ou a requerimento das partes, ou fora do processo, por vontade de uma ou de ambas as partes.<sup>39</sup>

No processo, apenas se cogita daquelas, dispendo a lei quanto à sua admissibilidade e ao seu procedimento. Delas é que se ocupa este trabalho.

65. — Da *extrajudicial*, no entretanto, constantemente se tem notícia na prática forense.

Por vêzes toma a feição de ato amigável. Chamam-na alguns autores perícia *amigável*.<sup>40</sup> Tal a que as partes fazem realizar fora da instância, de comum acôrdo, para esclarecerem-se quanto a dúvida surgidas ou que possam surgir em relação a fatos que no momento lhes interessem ou de futuro possam interessar-lhes. Exemplo a que locador e locatário.

38 PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 2º v., n. 254; REZENDE FILHO, o. c., 2º v., n. 763.

39 LESSONA, o. c., 4º v., n. 419; MORTARA, o. c., 3º v., ns. 553-554; MATTEIROLI, o. c., 2º v., ns. 963-964; BETTI, o. c., p. 399; REDENTI, o. c., n. 258; GLASSON e TISSIER, o. c., 2º v., n. 706; BOCHE, o. c., v. "Experise", n. 1; JORGE AMERICANO, *Proc. Civil e Commercial*, p. 126; FRACA, o. c., 2º v., p. 552; LOPES DA COSTA, o. c., 2º v., n. 332. 40 GLASSON e TISSIER, o. e loc. cit.; BOCHE, o. e loc. cit.; FRACA, o. e loc. cit.

promovam, no início do contrato de locação, a fim de certificarem-se sobre as condições de conservação do imóvel e que, um dia, desavindo êles, seja trazida a juízo para prova de fatos da causa. Exemplo, ainda, a perícia que se faça na divisão amigável e que, depois, venha a ser oferecida como prova numa questão entre antigos condôminos.

Vêzes outras se socorre a parte extrajudicialmente de técnicos para ilustrá-la sobre fatos da causa, quer para o fim de melhor certifiçá-los, esclarecê-los ou interpretá-los, pedindo-lhes parecer escrito, de que se utiliza para corroborar suas alegações, quer para o fim de melhor elucidar o juiz a respeito dos mesmos fatos. Nesses casos, o técnico funciona como *assistente* ou *consulor* da parte e o seu parecer equivale ao de uma perícia extrajudicial e assemelha-se ao parecer emitido por jurisconsulto sobre questões jurídicas discutidas no processo.<sup>41</sup>

No direito regido pelas Ordenações, a juntada de pareceres dessa natureza era expressamente proibida, como o eram os de jurisconsultos. Além dos arrazoados da parte — rezava aquêle código — "não se juntarão no feito outras razões, nem conselhos".<sup>42</sup> Como os fundamentos dessa proibição fossem de todo inconsistentes,<sup>43</sup> aos poucos, porém, se tornou letra morta, generalizando-se a admissibilidade da juntada de pareceres técnicos com as alegações finais escritas das partes. Fato semelhante occorreu na Itália. "A prática — escrevia REDENTI — no silêncio do código de processo (referia-se ao código de 1865), introduziu o uso em juízo das chamadas "periciais extrajudiciais", isto é, de pareceres de técnicos, escolhidos pelas partes, sobre matérias que poderiam ser objeto de perícia judicial ou que já o houvessem sido (neste último caso, para contrariar ou para fortalecer as conclusões da perícia judicial)".<sup>44</sup> Estabelecera a prática ao lado do advogado, ou defensor jurista, o defensor técnico, sob o nome de *perito extrajudicial*. Ou mais precisamente — escrevia

41 MORTARA, o. c., 3º v., n. 553; BETTI, o. c., p. 399; REDENTI, o. c., n. 258; CARNELUTTI, o. c., n. 179 "b"; JORGE AMERICANO, *Proc. Civ. e Com.*, p. 126.

42 Ord., liv. 3º, tit. 20, § 41.

43 JORGE AMERICANO, o. c., p. 179.

44 REDENTI, o. e loc. cit.

CARNELUTTI: — "a defesa técnica se manifesta sob a forma da chamada *perícia extrajudicial*".<sup>45</sup>

Evolução do perito extrajudicial é o *consulor técnico* da parte, criado pelo direito italiano vigente, e que no direito pátrio tomou a denominação de *assistente técnico*.<sup>46</sup>

Acontecendo haver o Código, nas transformações por que fez o legislador passar o instituto da perícia, suprimido a figura do *assistente técnico* — muito embora ainda perdure nas perícias que se processam nas ações de desapropriação para a avaliação dos bens expropriados — a questão se cinge em saber se é lícito às partes se utilizarem de perícias extrajudiciais, como dantes admitida pela prática, para esclarecimento dos fatos da causa. E a resposta parece não poderá deixar de ser afirmativa. Se, ao tempo em que as Ordenações proibiam a juntada de pareceres, se proclamava a inconsistência dos motivos para se desrespeitar abertamente a disposição legal, e a prática aconselhava a admissibilidade de tais pareceres no processo, hoje, que a lei é omissa quanto à matéria, nada obsta se utilizem as partes da assistência extrajudicial de técnicos, de cujos laudos se valham para contrariar ou confirmar conclusões de perícias judiciais, esclarecer fatos ou circunstâncias controvertidos, elucidando o juiz a seu respeito. Dá-se no sistema pátrio o mesmo que acontecera na Itália, vigente o código de 1865: na ausência de lei, a prática admitia a perícia extrajudicial, sob a forma de *peritajes técnicos*. Com CARNELUTTI poder-se-á dizer que, se o defensor técnico, na falta de norma legal que o consinta, não poderá falar com o juiz, nenhum preceito proíbe se apresente ao juiz um seu *parecer*, do mesmo modo como se oferecem pareceres de juristas sobre questões jurídicas do pleito.<sup>47</sup>

66. — Costuma-se fazer distinção entre *perícia facultativa* e *perícia necessária*, ou *obrigatória*.<sup>48</sup>

45 CARNELUTTI, o. e loc. cit.

46 Vide ns. 24, 25.

47 CARNELUTTI, o. e loc. cit.

48 LESSONA, o. c., 4º v., ns. 420-423; MATTEIROLI, o. c., 2º v., ns. 1059 e ss.; BETTI, o. c., p. 401; GLASSON e TISSIER, o. c., 2º v., n. 770; CUCHE, o. c., 1º v., n. 468; BONNIER, o. c., 1º v., n. 113; FRAGA, o. c., 2º v., p. 553; ALMEIDA AMAZONAS, o. c., ps. 41-42.

Atribuem certos autores a tal distinção especial importância por extrairem dela, quanto ao poder de apreciação do juiz em relação à prova de uma ou de outra espécie resultante, consequências diversas. Se, em verdade, a faculdade conferida ao juiz quanto à livre apreciação da prova é a mesma quer se trate de perícia facultativa quer de perícia necessária, assunto que em tempo oportuno será debatido,<sup>49</sup> e só por isso não haveria motivo bastante para a aludida distinção, indubitável é que esta precisa ser focalizada pela influência que exerce na admissibilidade da perícia. Se facultativa, ao juiz é lícito negar-lhe admissão, quando a julgar inútil ou supérflua; se necessária, a admissão se impõe.<sup>50</sup>

Em princípio, a perícia é *facultativa*,<sup>51</sup> no sentido de que pode ser ordenada, a requerimento ou de ofício, segundo o critério geral que faculta ao juiz deterir ou negar a admissão de provas. Na direção do processo, ao juiz compete ordenar a realização das perícias úteis à instrução da causa e indeferir as inúteis em relação ao seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios (Código, art. 117).<sup>52</sup>

Mas, por exceção, há perícias *necessárias*, ou *obrigatórias*, no sentido de que a lei as impõe como meio próprio para a demonstração de certos fatos.<sup>53</sup> Quer dizer que, em se tratando desses fatos, a perícia deverá ser necessariamente admitida e realizada. Nesses casos especiais — observa MORTARA — se torna manifesta, mais que a utilidade, a necessidade da perícia, de modo que ao juiz cumpre socorrer-se desse meio probatório para assegurar-se quanto à existência dos fatos, ou de suas qualidades ou de suas circunstâncias.<sup>54</sup> Faz-se necessária a perícia, no direito pátrio, em numerosos casos, como se verá ao discorrer-se sobre o objeto e a admissibilidade da perícia.<sup>55</sup>

49 Vide n. 186.

50 Vide ns. 117-122.

51 GLASSON e TISSIER, o. e loc. cit.; CUCHE, o. e loc. cit.; MORTARA, o. c., 3º v., n. 552.

52 Vide ns. 74-81.

53 LESSONA, o. c., 4º v., n. 420.

54 MORTARA, o. e loc. cit.

55 Vide n. 122.

67. — Segundo seja determinada de officio ou por provocação das partes, a pericia se denomina *official* ou *requerida*.<sup>56</sup>

Se à parte, a quem cumprir dar a prova de suas alegações, assiste o direito de provocar com esse intuito a prova pericial, requerendo-a em momento próprio, ao juiz reconhecer a doutrina e a lei o poder de ordená-la, mesmo de officio, em qualquer período do processo (Código, art. 117).<sup>57</sup>

Justifica-se seja ordenada de officio não só em face dos poderes de instrução que a doutrina e a lei conferem ao juiz,<sup>58</sup> como também em face do conceito de pericia. Por esta o juiz supre suas insufficiências, no que concerne à sua aptidão de conhecer ou apreciar devidamente certos fatos, para o que lhe faltam conhecimentos técnicos especializados, socorrendo-se de técnicos aos quais incumbe lhe fornecerem parecer e conselhos, que lhe possibilitem desfazer dúvidas e resolver com acerto quanto aos mesmos fatos.

68. — Finalmente, conforme tenha lugar no curso da instância ou seja preventiva ou preparatória de ação, a pericia será *de praesenti* ou *de futuro*.<sup>59</sup>

Em principio, como meio probatório, a pericia deverá ser proposta e ordenada no curso da demanda, porque somente então poder-se-á resolver quanto à influência ou pertinência dos fatos que por seu intermédio se quer provar. Todavia, não apenas como medida preparatória mas também como medida preventiva, a pericia *de futuro*, ou mais communmente *ad perpetuam rei memoriam*, encontra apóio na doutrina e nas legislações.

69. — Um dos capítulos deste trabalho<sup>60</sup> foi dedicado exclusivamente às provas *in futurum*, isto é, às provas que

56 CHIOVENDA, *Principii*, § 64; LESSONA, o. c., 4<sup>o</sup> v., n. 419 *ter.*; MATTIROLI, o. c., 2<sup>o</sup> v., n. 974; GOLDSCHMIDT, o. c., § 48; ALMEIDA AMAZONAS, o. c., p. 44; FRAGA, o. c., 2<sup>o</sup> v., p. 553; JORGE AMERICANO, o. c., p. 129; REZENDE FILHO, o. c., 2<sup>o</sup> v., n. 767; RAMALHO, o. c., § 204; PAULA BATISTA, o. c., § 173.

57 Vide 1<sup>o</sup> v., cap. XIX, ns. 9-11.

58 Vide 1<sup>o</sup> v., cap. XIX, ns. 9-11.

59 MATTIROLI, o. c., 2<sup>o</sup> v., ns. 968-972; GLASSON e TISSIER, o. c., 2<sup>o</sup> v., n. 706; GARSONNET, o. c., 2<sup>o</sup> v., n. 357; BIOCHE, o. c., v<sup>o</sup> "Expertise", n. 5; ALMEIDA AMAZONAS, o. c., p. 44; FRAGA, o. c., 2<sup>o</sup> v., p. 553; JORGE AMERICANO, o. c., p. 129. 60 Vide 1<sup>o</sup> v., cap. XV.

se realizam *ad perpetuam rei memoriam*, sendo então, embora sucintamente, examinadas as questões capitais que o assunto suscita. A esse estudo, no qual a pericia não ficou esquecida, convém, no entretanto, alguns pequenos acrescentamentos ou observações para esclarecimento de aspectos da matéria ali focalizada.

a) — Muito se discutia na Itália, face ao código de processo de 1865, e em França ainda se discute, quanto à admissibilidade da pericia *in futurum*. Resultava a divergência da inexistência de dispositivo expresso de lei, nas legislações desses países, permitindo pericias antecipadas à demanda. Formaram-se duas correntes.

Uma delas, constituída dentre outros por MORRARA, RICCI, LESSONA, CHAVEAU,<sup>61</sup> era pela negativa. Não sendo essa pericia autorizada expressamente pela lei, havia de seguir-se a regra geral, segundo a qual as provas devem ser propostas e produzidas no curso da causa. Argumentavam, em abono dessa tese, que a pericia, como todo outro meio de prova, supõe a existência de uma lide principal, a cuja instrução se destina, e que somente em face dessa lide estaria o juiz em condições de resolver quanto à necessidade ou conveniência da prova proposta e, pois, de resolver quanto à sua admissão. De resto — diziam a par com outros argumentos de menor importância — a pericia, em si mesma, não constitui objeto de direito de uma litigante, mas tão somente um meio probatório de fatos dos quais dimana o direito que pleiteia, donde não justificar-se sua proposição senão com a forma e com o rito incidente.

Da corrente contrária, e que admitia a pericia *in futurum*, faziam parte MATTIROLI, GARGIULO, VIVANTE, SCOTTI, PESCATORE, GARSONNET, GLASSON ET TISSIER, BIOCHE e outros. 62 Argumentava MATTIROLI<sup>63</sup> ser evidente que "a faculdade de pedir e obter por via conservativa a admissão de uma prova,

61 MORRARA, o. c., 3<sup>o</sup> v., n. 557; RICCI, o. c., 2<sup>o</sup> v., n. 106 *bis*; LESSONA, o. c., 4<sup>o</sup> v., n. 424; CHAVEAU, *Lois de la Procédure*, quest. 1157 n. 2, *opud* FRAGA, o. c., 2<sup>o</sup> v., p. 554.

62 MATTIROLI, o. c., 2<sup>o</sup> v., ns. 968-973; GARGIULO, o. c., n. 7; VIVANTE, *Treatado di Diritto Commerciale*, edic., 3<sup>o</sup> v., n. 899; SCOTTI e PESCATORE, *opud* FRAGA, o. c., 2<sup>o</sup> v., p. 554; GARSONNET, o. c., 2<sup>o</sup> v., n. 357; GLASSON e TISSIER, o. c., n. 706;

BIOCHE, o. c., v<sup>o</sup> "Expertise", n. 5.

63 MATTIROLI, o. c., 2<sup>o</sup> v., n. 971.

que se perderia caso se esperasse para pedi-la no curso da ação, resulta diretamente de um princípio de lógica e de justiça natural, sempre pressuposto pelo legislador e mesmo por êle declarado em alguns casos especiais".

"O interesse — prosseguia — é a medida da ação; e, sempre que tenho interesse em tornar certo um fato, que para mim é base ou fonte de um direito, devo ter a faculdade de promover pelo meio mais expedito o procedimento probatório do mesmo fato".

"Suponha-se — acrescentava — que se trata de comprovar um fato *transiente*, por exemplo as condições de um lugar, resultantes de repentino acontecimento, que não deixará traços de si, e para comprovação se faz necessário recorrer de peritos ou uma inspecção judicial. Dêsse fato depende o meu direito, que farei valer em seguida pelos meios legais, mas que seria impossível ser provado se, nessa ocasião e sem demora, não se procedesse à perícia ou ao exame judicial". Não será absurdo — concluia — deva eu inexoravelmente ser condenado a perder o meu direito (por falta de prova), tão somente porque, dada a inexistência de lidependente, não posso providenciar imediato procedimento probatório?

A êsses vários outros argumentos alinhavam os partidários da admissibilidade da perícia *in futurum* e o certo é que impressionavam os adversários, tanto que MORTARA, conquanto se encontrasse entre êstes, proclamava a necessidade de legislar-se por forma a que se corrigisse o mal que a referida omissão da lei acarretava.<sup>64</sup>

b) — Também a legislação pátria anterior não dispunha sobre perícia *ad perpetuam rei memoriam*. Sem embargo disso sua prática era amplamente autorizada pela doutrina.<sup>65</sup> Alguns códigos de processo dos Estados, porém a admitiam expressamente.<sup>66</sup>

64 MORTARA, o. c., 3º v., n. 557.

65 Vide 1º v., cap. XV, ns. 5-6; LOBÃO, *Tratado das Vistorias*, § 5º; TEIXEIRA DE FREITAS a *Perícia e Sousa*, nota 563; MORAIS CARVALHO, o. c., § 643; RAMALHO, *Praxe*, § 159; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 178; JORGE AMERICANO, *Proc. Civ. e Com.*, p. 129; ALMEIDA AMAZONAS, o. c., p. 44; FRAGA, o. c., 2º v., p. 553.

66 Cód. de Proc. Civ. e Com. do Estado de São Paulo, art. 178 § 1º; de Pernambuco, art. 248 n. 2.

Na falta de texto legal, apelava-se para o argumento analógico. Uma vez que a lei concedia a prova testemunhal *ad perpetuam rei memoriam* — havida como meio de evitar a falta de prova ao tempo da ação e de tal forma assegurar o reconhecimento do direito quando esta fosse proposta — natural era que também fosse permitida a perícia *in futurum*, pois, — são palavras de FRAGA — "segundo os princípios gerais de direito, onde há a mesma razão há a mesma disposição: *ubi eadem causa, ibi idem jus statuendum*".<sup>67</sup>

c) — Basta por ora se diga, enfim, que o Código pátrio vigente desfaz qualquer dúvida, autorizando se lance mão da perícia *de futuro*, sob a forma de *medidas preventivas* (Código, art. 676 ns. V e VI).<sup>68</sup> Ainda voltar-se-á a falar no assunto.<sup>69</sup>

67 FRAGA, o. c., 2º v., p. 555.

68 Vide 1º v., cap. XV, n. 7.

69 Vide ns. 115, 123.

## OBJETO DA PROVA PERICIAL

SUMÁRIO: 70 — A perícia versa sobre fatos. 71 — O direito como objeto da perícia. 72 — Fatos: requisitos que devem possuir. 73 — Natureza da prova pericial. 74 — Liberdade do juiz e sistema da utilidade da perícia. 75 — Se o juiz pode substituir-se ao perito. 76 — Quando será negada a perícia. 77 — Fatos dependentes do testemunho comum e não do juízo especial de técnicos. 78 — Fatos já provados. 79 — Fatos inúteis em relação à causa. 80 — Fatos preteritos e fatos transitorios; vestígio. 81 — Perícia direta e perícia indireta.

70. — A perícia versa sobre fatos. Trate-se de examinar uma pessoa, animal ou coisa, de vistoriar um imóvel, de arbitrar quanto ao tempo ou à quantia a despendêr-se com dado serviço, ou de avaliar coisas, direitos ou obrigações num inventário ou numa execução de sentença; peça-se ao perito a constatação ou verificação da existência ou inexistência de um fato ou de elementos que o constituem, ou peça-se seu parecer por forma a que se possa interpretar um fato ou seus elementos; ou ainda solicite-se do perito instruções quanto às causas ou consequências dêsse fato, a perícia, qualquer que seja, versará sobre fatos.

Diga-se, pois, que o objeto da perícia, como o das demais provas judiciárias, é o fato, não o direito.<sup>1</sup> Fatos da causa, não os alheios a esta.

71. — Na perícia, os peritos, na qualidade de técnicos, são chamados para expôr ao juiz observações materiais ou impressões pessoais quanto a determinados fatos da causa, suas qualidades, causas ou consequências. O que explica sua atuação no processo é a insuficiência do juiz para, por si só, por falta de aptidões especiais, conhecer, interpretar ou mes-

<sup>1</sup> Vide 1º v., cap. XII, n. 1; LERSSON, o. c., 4º v., n. 426; MORTARA, o. c., 3º v., n. 556; GARGIULO, o. c., n. 2; GLASSON E TISSIER, o. c., 2º v., n. 706; GARSONNET, o. c., 2º v., n. 449; MAXIMO CASTRO, o. c., 2º v., n. 55 bis; BONUMÁ, o. c., 2º v., n. 404; FRACA, o. c., 2º v., p. 555.

mo apreciar certos fatos. Colaboram com o juiz, auxiliam-no, fornecendo-lhe parecer quanto aos fatos examinados.

O juiz é técnico de direito. *Curia novit ius*. Não se admite, de conseguinte, que o juiz, no processo, se utilize de técnicos para conhecer o direito, o qual êle, melhor do que ninguém, deve conhecer. <sup>2</sup> Chega mesmo GARSONNET a dizer que faltaria o juiz ao seu dever se recorre-se à perícia para esclarecer-se quanto a pontos de direito, urgindo até a casação de sua sentença, de officio ou a requerimento das partes, sempre que haja a respeito solicitado consulta de advogados ou professores de direito. <sup>3</sup> Segue daí ser ilícito, por exemplo, pedir-se ao perito parecer sobre a natureza ou efeitos ou prova de uma convenção; ou sobre as condições legais para a concessão de uma servidão; ou sobre os requisitos legais produtores de certo efeito jurídico; enfim sobre toda e qualquer questão de natureza jurídica. <sup>4</sup>

A regra que não admite perícia sobre matéria de direito, abrem os escritores exceção no caso de tratar-se de direito estrangeiro ou consuetudinário. <sup>5</sup> Hipóteses raríssimas. Se, no tocante à prova do direito consuetudinário, casos especiais-simos haverá em que o juiz ou as partes possam socorrer-se de peritos para a verificação do costume probando, <sup>6</sup> o mesmo, ao que parece, não se pode dizer com referência ao direito estrangeiro, salvo se como perícia se considerarem pareceres de juristas a respeito do teor e vigência de direito <sup>7</sup> ou a tradução do original por meio de tradutor juramentado.

72. — Não quaisquer fatos, mas os influentes, relevantes, concludentes, além de controvertidos, são passíveis de prova em juízo. <sup>8</sup> Mas, para que possam constituir objeto de perícia, não bastam as qualidades comuns. A perícia é a verificação de fatos, ou circunstâncias de fatos, que escapam

2 GARCIULO, o. c., n. 20; LESSONA, o. e loc. cit.; GARSONNET, o. e loc. cit.; FRACA, o. c., 2º v., p. 556.

3 CARSONNET, o. e loc. cit.

4 LESSONA, o. e loc. cit.; GARCIULO, o. c., n. 20.

5 LESSONA, o. e loc. cit.; MASCARDO, apud LESSONA, o. c., 4º v., n. 426, nota 3; CARNEVALUTTI, *Prova Cível*, p. 103, nota 1; FRACA, o. c., 2º v., p. 556.

6 Vide 1º v., cap. XI, n. 3.

7 Vide 1º v., cap. X.

8 Vide 1º v., cap. XII.

ao conhecimento ordinário. Por meio dela o processo se instrui quanto a fatos cuja prova não pode ser utilmente fornecida pelos meios ordinários — confissão, testemunhas, documentos — e reclamam verificação, mesmo que esta exija simples percepção, por intermédio de técnicos. <sup>9</sup> Dai dizer-se que o fato, para constituir objeto de perícia, é aquele cuja prova depende de conhecimento especial. <sup>10</sup>

Embora imprecisamente, para autorizar a prova pericial a lei impõe possua o fato esse particular caráter: — “*Na pericia, para prova de fato que depende de conhecimento especial...*” (Código, art. 254).

A verificação do fato — percepção ou fixação, — não sendo de ordem a ser cabal pelos meios ordinários de prova, leva o juiz ou as partes a lançarem mão de peritos, que examinem o fato, inspecionem a pessoa, animal, documento ou coisa, e emitam parecer. Poderá ocorrer que se não trate de mera percepção ou fixação de fatos, muitas vezes já fixados por outros meios de prova, mas de sua explicação ou interpretação. E ainda nessa hipótese será a perícia o meio mais indicado para, suprindo insuficiências do juiz, esclarecer o processo, fornecendo o material probatório necessário à boa decisão da causa. Em qualquer caso, trata-se de fato cuja prova reclama conhecimentos técnicos, que se não encontram no testemunho comum e não fazem parte da cultura especial do juiz.

73. — Porque a perícia se admite quanto a fatos cuja verificação ou interpretação depende de conhecimento especial, isto é, quanto a fatos que de ordinário não podem ser cabal e utilmente demonstrados por mero testemunho ou documentos, os praxistas nela viam uma *prova complementar* ou *subsidiária*, no sentido de que tinha cabimento na falta de outras provas. <sup>11</sup> Assim, dizia PEREIRA E SOUZA: — “O arbi-

9 Vide n. 13.

10 PONTES DE MIRANDA, o. c., 2º v., p. 280; BONUMÁ, o. c., 2º v., n. 404; PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 3º v., n. 123.

11 GUERRERHO, *Tratado* 4, liv. 8, cap. 9, n. 85; PEREIRA E SOUZA, o. c., nota 538; TEIXEIRA DE FREITAS a PEREIRA e SOUZA, o. c., nota 558; LOBÃO, *Seg. Lit.*, nota 534 n. 2; SOUSA PINTO, o. c., § 1405; NAZARETH, o. c., § 466; COELHO DA ROCHA, o. c., § 197; MORAIS CARVALHO, o. c., § 634; RAMALHO, o. c., § 211.

tramento, como a vistoria, é um meio extraordinário de prova, um meio subsidiário, a que somente se deve recorrer ou quando lei expressamente assim o determinar, ou quando as provas ordinárias não bastarem para esclarecimento do juiz".

Repeindo a expressão "*prova complementar* ou *subsidiária*", outros praxistas, como PAULA BATISTA E RIBAS,<sup>12</sup> e mesmo autores contemporâneos,<sup>13</sup> qualificam a perícia, ou mais especialmente o arbitramento, de *meio extraordinário* de prova, por entenderem que teria lugar somente em casos excepcionais, isto é, quando não houvesse meio ordinário de prova ou esta fosse insuficiente. Justificando sua preferência por esta classificação, observa CÂMARA LEAL que "a expressão — meio *extraordinário* — empregada por PAULA BATISTA, satisfaz melhor à doutrina, porque indica simultaneamente as duas qualidades da vistoria — *substituir a prova ordinária quando impossível* — e — *suprila quando deficiente*, — e denota também que somente se deve recorrer a ela *extraordinariamente*, isto é, na impossibilidade de provar os fatos pelos meios ordinários".

Questiúncula meramente acadêmica essa, a qual, no entanto, se outra virtude não houvesse exibido, teria a de forçar João MONTENHO tornar saliente o legítimo caráter da perícia — de meio de prova como outro qualquer, sempre utilizável, ora principal e até exclusivamente, e ora subsidiariamente, como complementação de outras provas, uma vez se trate de fato cuja verificação dependa de conhecimentos especiais. "Pois então — razão êle — porque velho praxista, como GUERREIRO, se lembrou de dizer que a vistoria é um remédio *complementar*, e que, portanto, não pode existir só, senão como um remate de outras provas, e seus sucessores foram repetindo semelhante barbaridade, havemos de observar aquela disposição? Não; a vistoria é a melhor das provas, porque é o olho que vê, a mão que apalpa, a trena que mede, a ciência que tolhe a chicana, a arte que materializa a verdade. Inversa devia ser a regra: sempre que a vis-

toria puder provar o fato litigioso, não haverá necessidade de outra qualquer prova. V. g., na nunciação de obra nova se procede à vistoria, quer para fazer constar o estado da obra ao tempo da nunciação, pois só assim se poderá saber se houve atentado, quer para fazer constar a injustiça da nunciação, pois só assim o nunciado garantirá o seu direito; na especificação da avária sofrida por um navio, é a vistoria o meio mais natural para se saber se avaria é grossa ou particular; ora, a nossa lei acolhe a vistoria nesses casos, e se outra prova não houver, o juiz por ela julgará a causa".<sup>14</sup>

A perícia, como tôda outra prova, tal seja a natureza do fato probando, poderá ser a principal e mesmo exclusiva para a demonstração dêste e, como tôda e qualquer outra prova, conforme sejam as condições em que se achar a instrução da causa, se apresentará com o caráter de subsidiária, complementar ou extraordinária. Da existência de perícias cuja predominância, pelo menos no sentido formal, é manifesta no sistema probatório, dizem com eloquência as chamadas "*perícias necessárias*".<sup>15</sup>

74. — Desde que os fatos exijam para sua verificação conhecimentos especiais, isto é, sua fixação, comprovação ou interpretação por meio de peritos, são de ordem a constituir objeto de perícia.

E para que tal os considere, admitindo a perícia, ampla é a liberdade do juiz. A êste, e a mais ninguém, cabe deliberrar sobre a conveniência ou a necessidade da perícia, no sentido de resolver se o fato, que se pretende provar, depende ou não de conhecimentos técnicos especiais para sua exata verificação. Por outro lado, ao juiz, em matéria de admissão de provas, a doutrina e a lei concedem a larga faculdade de, a requerimento ou de officio, "*em despacho motivado, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação ao seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios*" (Código, art. 117).<sup>16</sup>

12 PAULA BATISTA, o. c., §§ 170 e 174; RIBAS, o. c., nota 306.

13 PONTES DE MIRANDA a *Novos e Casos*, o. c., nota "d", p. 137; CÂMARA LEAL, o. c., 2º v., p. 166; FRAGA, o. c., 2º v., p. 562.

14 João MONTENHO, o. c., § 178, nota 2.

15 Vide ns. 66 e 122.

16 Vide 1º v., cap. XIX, ns. 8-11.

O principio é este: — Livre é o juiz no ordenar a prova pericial.<sup>17</sup> Mas essa liberdade precisa ser entendida dentro de certos limites, a fim de que não se converta em puro arbítrio, pernicioso à instrução da causa e ao interesse das partes. Constituem as restrições a esse arbítrio, no que concerne à pericia, um sistema a que MORTARA denominaria — *sistema da necessidade*, e que aqui se prefere denominar — *sistema da utilidade*.

Será caso de pericia uma vez dependa o fato probando de conhecimentos especiais para sua verificação. Considerado de tal natureza, será de admitir-se a pericia.

Mas, para assim considerar e de tal forma concluir não deve o juiz usar de critério excessivamente rigoroso nem excessivamente liberal.<sup>18</sup>

Não acompanha o sistema pátrio ao regulamento austríaco, que autoriza a pericia em vista da sua *necessidade*, por entender o juiz que o fato é de natureza que exige, para sua verificação, conhecimentos especiais, que não possui.<sup>19</sup>

Fatos há, com efeito, que impõem prova por meio de pericia. Assim, as condições de segurança de um edificio, a natureza e o valor de riquezas do sub-solo, o estado de sanidade de uma pessoa. A verificação de tais fatos depende necessariamente de conhecimentos técnicos especiais. Mas um sem número de fatos existe cuja demonstração pode dar-se por vários meios probatórios, inclusive pericia. Sua prova será admitida até por simples testemunho, mas, por se tratar de fatos suscetíveis de serem melhor fixados ou apreciados através dos ensinamentos da arte ou da ciência, nada obsta a que sejam verificados por peritos. Por outras palavras, a prova desses fatos não depende necessariamente de pericia, mas esta se faz aconselhada por poder fixá-los ou apreciá-los segundo os ensinamentos técnicos ou científicos. Assim, numa ação possessória em que se discute a data da construção de

17 LESSONA, o. c., 4º v., n. 441; RICCI, o. c., 2º v., n. 100; MORTARA, o. c., 3º v., n. 552; GARGUILO, o. c., n. 13; MATTIROLI, o. c., 2º v., n. 303, letra "d"; DALLOZ, o. c., vº "Expérience", n. 38; BOCHER, o. c., vº "Expérience", n. 7; FAVARA, *Répertoire de Législation Civile*, 4º v., p. 699 n. 1, e BERRAT, *Della Perizia*, p. 211, *apud* GARGUILO, o. e loc. cit.; PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 3º v., n. 127.  
18 PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 3º v., n. 128.  
19 Regulamento processual austríaco, § 351.

um prédio ou a idade de algumas árvores frutíferas. São tais fatos de natureza a podem ser provados por meio de testemunhas, mas certamente o podem ser, quicá vantajosamente, através de pericia de técnicos. Não depende necessariamente sua prova de conhecimentos especiais, eis que testemunhas que presenciaram a construção do prédio ou a plantação das árvores se acham em condições de prová-los suficientemente. Uma vez, porém, que estas não existam ou não se apresentem por forma a demonstrá-los cumpridamente, nada obsta, antes tudo aconselha, a que se proceda à prova pericial. Quer dizer que não urge dependa o fato *necessariamente* de verificação pericial; basta que o fato possa ser verificado por peritos e que esta verificação pareça *útil* ao juiz.

Afinam-se essas conclusões à regra contida no citado art. 117 do Código.<sup>20</sup> O juiz indeferirá os pedidos de pericias que houver como *inúteis* em relação ao seu objeto. Quando *úteis*, mesmo que não *necessarias*, deverá deferir-las e, conforme as hipóteses, mesmo ordená-las de ofício. A verificação da utilidade da pericia "é que a lei, em cada caso concreto, confia à experiência do juiz".<sup>21</sup>

75. — Tendo-se como objeto da pericia o fato cuja verificação dependa de conhecimentos especiais, que o juiz não possui, tanto que o perito, no desempenho de suas funções, supre as insuficiências deste, fornecendo-lhe parecer sôbre o fato calçado naquelles conhecimentos,<sup>22</sup> surge a questão de saber se ao juiz é lícito dispensar a prova pericial quando se considere dotado dos conhecimentos reclamados para aquella verificação.

a) — No sistema alemão, a dispensa da pericia pelo juiz, nesse caso, é consentida. "Segundo opinião dominante — infirma Goldschmidt — o Tribunal pode denegar a prova pericial quando considere possuir experiência suficiente sôbre a questão".<sup>23</sup>

20 Vide 1º v., cap. XIX, ns. 8-11.

21 PEDRO BATISTA MARTINS, o. e loc. cit.

22 Vide ns. 13, 14, 72, 74.

23 GOLDSCHMIDT, o. c., § 34.

Igualmente, também assim pode proceder o juiz, em face do código italiano vigente. <sup>24</sup> O consultor técnico é chamado para assistir ao juiz quando "a resolução da controvérsia ou o êxito de certos atos processuais requerem conhecimentos que, por sua natureza técnica, não fazem parte do patrimônio comum de conhecimentos dos quais é partícipe também o juiz". <sup>25</sup> Donde, se o juiz não necessitar da assistência do consultor técnico, porque se considere suficientemente apto para verificar o fato, poderá deixar de apelar para os serviços daquele auxiliar.

Semelhante a orientação seguida na conformidade do código italiano anterior ao atual. Admitia-se ao juiz delegar a perícia, por inútil, quando possuísse os conhecimentos elementares, próprios de todo homem culto, e que fossem suficientes para a verificação do fato probando. <sup>26</sup>

b) — Frente ao direito brasileiro, as opiniões não são claras.

Para HEROTIDES DA SILVA LIMA, segundo se depreende de seus comentários ao art. 255 do Código, ao juiz é lícito, na hipótese focalizada, dispensar a perícia. Outra não parece ser sua conclusão, de vez que escreve: — "O fato ou a existência da coisa podem ser verificados pelo próprio juiz em pessoa". <sup>27</sup>

Ainda a mesma solução parece que reponta dos comentários de PONTES DE MIRANDA ao citado dispositivo. "Seja como fôr, — diz êle — é ao art. 117 que se há de recorrer. Lá está autorizada, pela amplitude do preceito, a *inspeção sensorial*, pela qual o juiz recolhe o que observa, transplan-tando-se para o lugar em que acha o objeto da lide, ou que interessa à decisão, ou examinando-o em audiência, ou em diligência especial. Não importa se é móvel ou imóvel a coisa, documento ou coisa no sentido geral, ser vivo ou não, animal ou homem. Para isso tem de valer-se, por vêzes, do acesso judicial, ou da entrada nos lugares em que se acha a coisa, ou na própria coisa. A faculdade de inspeção com-

preende a de se documentar sobre ela, ordenando que se tirem fotografias, radiografias, reproduções plásticas, etc." <sup>28</sup>

Já se disse que ao direito pátrio não repugna o *exame judicial* (inspeção ocular do juiz, acesso judicial), <sup>29</sup> medida, aliás, que era expressamente autorizada por alguns códigos estaduais e que tinha lugar quando os fatos *podiam* ser verificados pelo próprio juiz, em pessoa. <sup>30</sup>

Com efeito, nada, absolutamente nada impede ao juiz examinar pessoalmente as coisas, documentos e mesmo, em certos casos, as pessoas, que sejam fontes de prova, a fim de melhor certificar-se quanto a fatos que hajam sido objeto de quaisquer meios probatórios, inclusive perícia. Mas o exame judicial, pelo qual o juiz inspeciona coisas, lugares e até pessoas, não pode constituir meio regular de prova, no sentido de que, por esse meio, ao processo se encaminhem provas, materiais de instrução. Ao juiz não cabe representar, reproduzir, fixar os fatos, isto é, não cabem funções próprias de testemunhas ou peritos.

Contudo, se os fatos estão representados, reproduzidos, fixados no processo por qualquer meio de prova, nada obsta ao juiz, a fim de melhor certificar-se a seu respeito, melhor entendê-los e apreciá-los, inspecionar as coisas, documentos, lugares e pessoas a que êsses fatos se referirem. <sup>31</sup> Numa possessória, nada proíbe ao juiz dirigir-se ao imóvel, objeto da ação, para, conhecendo-o melhor e tendo a seu respeito impressões diretas, melhor apreciar e interpretar as provas colhidas; na ação de destituição do pátrio poder, nada impede ao juiz dirigir-se ao local em que vive o menor para conhecer de perto os fatos e com mais segurança compreender as provas produzidas.

Quando o juiz, em face da prova colhida, se encontra em dificuldade para bem interpretá-la, e para tanto não possui conhecimentos especiais exigidos pela natureza dos fatos, certamente terá que socorrer-se das luzes de técnicos. Como prova de certa moléstia, oferece-se uma chapa radiográfica,

24 Cód. de Proc. Civ. Italiano, art. 61.

25 ANDRIOLI, o. c., 1º v., p. 172.

26 LESSONA, o. c., 4º v., n. 440; BETTI, o. c., p. 401.

27 HEROTIDES DA SILVA LIMA, o. c., 1º v., p. 476.

28 PONTES DE MIRANDA, o. c., 2º v., p. 263.

29 Vide ns. 12 e 63.

30 Cód. de Proc. da Bahia, art. 268; do Rio de Janeiro, art. 1310.

cuja interpretação exige conhecimentos técnicos que não fazem parte do patrimônio cultural da generalidade dos magistrados. Para bem interpretá-la, deverá o juiz solicitar o auxílio de peritos, que materializem num laudo suas impressões. Como prova do abandono de um menor, falam as testemunhas. Para avaliá-las, o juiz poderá em pessoa examinar o menor. No primeiro caso, para apreciar o fato, necessário são conhecimentos especiais; no segundo caso, bastam conhecimentos comuns a qualquer homem culto. Ali, impõe-se a perícia; aqui, faz-se suficiente o exame judicial, feito pelo próprio juiz, em pessoa.

Sintetizando, pode-se dizer:

1.º — tratando-se de representar, reproduzir, fixar fatos, uma vez que os fatos possam ser por ela *utilmente* provados, não é dado ao juiz dispensar a perícia, sob o fundamento de que não depende sua verificação de conhecimentos especiais;

2.º — tratando-se de apreciar ou interpretar fatos representados, reproduzidos, fixados no processo, se para tanto forem precisos conhecimentos especiais, ainda então o juiz não poderá dispensar a perícia;

3.º — a perícia, porém, não terá razão de ser quando, para apreciação ou interpretação dos fatos, bastarem os conhecimentos próprios da cultura dos magistrados, hipótese em que poderá o juiz utilizar-se da faculdade de examinar as coisas, documentos ou pessoas a que os mesmos fatos se referam.

76. — Consistindo a perícia numa declaração de ciência ou na afirmação de juízo,<sup>31</sup> feitas por peritos e relativas a fatos cuja verificação reclama conhecimentos especiais,<sup>32</sup> certamente que ela não deverá ter lugar sempre que a declaração, ou a afirmação, não depender de tais conhecimentos ou se tornar desnecessária, inútil ou supérflua.

Em vista disso, a doutrina considera não constituírem objeto de perícia: 1) os fatos cuja verificação depender do

juízo comum dos homens; 2) os fatos de verificação impraticável; 3) os fatos já provados. Tais ensinamentos doutrinários tiveram expressa acolhida no direito pátrio anterior, a partir do Regulamento n. 737, de 1850, conquanto nem sempre os textos a respeito fossem absolutamente claros.

Assim, dispunha aquéle Regulamento: 33 — “A vistoria não tem lugar: § 1.º — quando o fato fôr somente susceptível do juízo de perito; § 2.º — quando a inspeção ocular fôr impraticável em razão da natureza transitente do fato; § 3.º — quando ela fôr desnecessária à vista das provas; § 4.º — quando o fato fôr inútil em relação à questão”.

Não uniformemente, mas acompanhando o mesmo espírito de suprimir do objeto da perícia certos fatos e reforçar a faculdade do juiz no concernente à recusa da prova pericial, os códigos estaduais agasalharam disposições semelhantes.<sup>34</sup>

Sem muita necessidade, eis que a regra do art. 117 se faz suficiente para armar o juiz do poder de autorizar perícias tão somente quando *úteis* à instrução da causa, o Código, talvez atendendo à circunstância de tratar-se de um meio probatório geralmente oneroso e demorado, mas certamente considerando conveniente, no tocante à perícia, limitar o âmbito do juiz na direcção da prova,<sup>35</sup> e seguindo o modelo do direito anterior, que procurou adaptar melhor aos ensinamentos da doutrina e consultar ao sistema processual estabelecido, também dispõe quanto aos fatos relativamente aos quais não incide a perícia. Reza o art. 255 do Código: — “O juiz negará a perícia: I — quando o fato depender do testemunho comum e não do juízo especial de técnicos; II — quando desnecessária à vista das provas; III — quando a verificação fôr impraticável, em razão da natureza transitória do fato”.

Cumprre, em suma, ser negada a perícia quando os fatos, por sua natureza, não forem susceptíveis de prova pericial ou esta fôr inútil, ou supérflua. Mas cumprre, para assim

33 Reg. n. 737, de 1850, art. 213; CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, o. c., art. 1152.

34 Cód. de Pernambuco, art. 322; da Bahia, art. 265; do Espírito Santo, art. 228; do Rio de Janeiro, art. 1310; de Santa Catarina, art. 770; do Rio Grande do Sul, art. 339; de Minas Gerais, art. 338.

35 PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 3º v., n. 128.

31 Vide n. 13 “b”.

32 Vide ns. 72-75.

resolver, usar o juiz de critério seguro, como já se observou, nem excessivamente rigoroso nem excessivamente liberal.<sup>36</sup>

77. — Não haverá lugar para o exame e, de conseguinte, o juiz negará a perícia — diz a lei — “quando o fato *depende do testemunho comum e não do juízo especial de técnicos*” (Código, art. 255 n. I).

Encontrava-se nos códigos da Bahia e do Rio de Janeiro disposição idêntica.<sup>37</sup> Tratando-se de fato que dependesse do testemunho comum e não do juízo especial de técnicos, permitia o Código do Rio de Janeiro a sua verificação pelo próprio juiz em pessoa, a requerimento de uma das partes e com a citação da contrária, ou *ex-officio*.<sup>38</sup> Ocorria, então, a figura clássica do exame judicial (inspeção ocular, acesso judicial):<sup>39</sup> o exame, para reprodução, representação, fixação do fato, seria feito pelo próprio juiz.

Considerando-se, porém, — sem embargo de opiniões em contrário — que, em face do sistema do Código, não se permite ao juiz, substituindo-se à testemunha<sup>40</sup> ou aos peritos, representar, reproduzir ou fixar fatos no processo,<sup>41</sup> urge se indague qual a inteligência do transcrito n. I do art. 255.

O fato, ao qual alude o dispositivo, compreende duas qualidades, apresenta duas faces, uma positiva e outra negativa. Para o juiz negar a perícia não basta que a verificação do fato *dependa* do testemunho comum, mas é preciso *também* que *não dependa* do juízo especial de técnicos.

Há fatos que somente podem ser provados por testemunho comum. São fatos que *dependem* — dependem *necessariamente* — do testemunho comum. Fatos de uma só face: a face positiva, que exige o testemunho comum. Ninguém imaginaria a prova de injúrias verbais, na ação de desquite, por meio de exame pericial.

36 Vide n. 74.

37 Cód. de Proc. da Bahia, art. 265; do Rio de Janeiro, art. 1310.

38 Cód. de Proc. do Rio de Janeiro, art. 1310, § 1º.

39 Vide ns. 12 e 63.

40 Vide 3º v. n. 51.

41 Vide n. 75.

Mas fatos há que podem ser provados por testemunho comum como o podem ser por exame pericial. Fatos de duas faces, ambas positivas. Nesse caso, rege a matéria o *princípio da utilidade*, de que se falou num dos parágrafos anteriores.<sup>42</sup> Poderá o fato constituir objeto de perícia, ou não, consoante essa prova pareça ou não utilmente aproveitável, segundo os princípios informativos do processo.

Se o fato, desta última espécie, fôr de tal natureza simples que seja suficiente o testemunho comum para demonstrá-lo, e essa prova se mostrar fácil em relação à hipótese, não se justifica a sua constatação por meio de perícia. Poderá tal fato considerar-se de face positiva — depende do testemunho comum — e de face negativa — não depende do juízo de técnicos. Dir-se-á, nesse caso, que o fato *depende* do testemunho comum, porque por ele fácil e utilmente demonstrável, e *não depende* do juízo de técnicos em face do princípio de que, entre dois meios probatórios utilmente aproveitáveis, se deve preferir o mais expedito (*princípio da celeridade processual*).<sup>43</sup> Correto será, nesse caso, negar-se perícia.

Dado, porém, que o fato, conquanto de natureza simples e, teoricamente, de fácil e útil demonstração por testemunho comum, praticamente não o seja — testemunhas não existem ou se ausentaram; a parte tem razões para receiar a falta de sinceridade das testemunhas — e, ademais, por sua natureza, possa ser verificado por exame pericial, enfrenta-se situação diversa: a face que devera ser positiva — depender do testemunho comum — se apresenta negativa; a face que devera ser negativa — não depender do juízo de técnicos — toma as cores de positiva, pela utilidade manifesta da prova pericial. Nesse caso, razões elementares aconselham se autorize a produção desse meio probatório.

78. — Já os velhos praxistas consideravam inadmissível a perícia quando desnecessária, porque os fatos estivessem

42 Vide n. 74.

43 AMARAL SANTOS (MOACYR), *As condições da ação no despacho saneador*, cap. I.

provaros por outros meios probatórios.<sup>44</sup> Claríssimo PEREIRA E SOUZA: — “Não tem lugar a vistoria: . . . quando não há provas dúbias, mas as que há são concludentes”. “Não se deve proceder à perícia — dizia LOBÃO — sem uma necessidade precisa”.

Acolhida a regra pelo Reg. n. 737, de 1850,<sup>45</sup> divulgada pelos autores mais consagrados,<sup>46</sup> persistiu nos códigos es-taduais<sup>47</sup> e ora figura no Código, art. 255 n. II, onde se de-termina ao juiz negar a perícia — “quando desnecessária à vista das provas”.

Compreende-se facilmente o sentido da regra. Assim como os fatos não controvertidos,<sup>48</sup> também os fatos exuberante-mente provados não devem constituir objeto de mais provas. Provado exuberantemente um fato, “se não há provas dúbias, mas as que há são concludentes”, para que a perícia? Provar o que está provado seria desperdício de tempo e energia, sobre-carregar despesas, sem maior interesse à instrução da causa. Seria chover no molhado.<sup>49</sup>

Reflete-se, no texto que se comenta, o mesmo espírito que anima o art. 117, do Código. Ai se arma o juiz da faculda-de de indeferir as diligências inúteis em relação ao seu objeto; aqui, manda-se negar a perícia por desnecessária, e por isso mesmo inútil, à vista das provas já produzidas. Não se erra dizendo que, ainda na hipótese do n. II do art. 255, o princípio informativo dominante é o da utilidade da prova. Está o fato provado? Há confissão ou documentos que provem exuberantemente o fato? O réu não contestou o fato (Código, art. 209) e este é de natureza e está em condições de ser admi-tido como verdadeiro? Em hipóteses tais, qualquer outra

prova, relativamente ao mesmo fato, é desnecessária, é inútil, é supérflua. De negar-se, portanto, a perícia.

Oportuno, no entanto, o conselho de PEDRO BATISTA MARTINS: — “No uso da faculdade de indeferir o exame pericial por esse motivo, o juiz deverá agir com prudência para evitar o perigo de cerceamento de defesa, pois bem pode acontecer que uma prova que se lhe afigure completa não baste para convencer os juizes que compõem o tribunal superior”.<sup>50</sup> De tal forma, desde que sobre o fato não hajam provas absolutamente concludentes, convirá não decidir pela desnecessidade da perícia.

79. — Assim como a perícia, quando desnecessária à vista das provas, deve ser indeferida, assim também o deve ser quando o fato, que por ela se visa provar, for inútil em relação à causa posta em juízo. Herdada dos praxistas,<sup>51</sup> a regra trasladou-se para a legislação pátria anterior.<sup>52</sup> Omitiu-a o Código, sem qualquer prejuízo, uma vez que a regra está compreendida num princípio mais extenso, qual o que exclui de prova os fatos que nenhuma influência exercam sobre a decisão da causa: *frustra probatur quod probatum non re-levat*.<sup>53</sup>

80. — Para que tenha cabimento a perícia, urge exista, ou tenha existido, um fato que possa ser examinado, senão diretamente ao menos indiretamente. Se o fato existente não for de natureza a ser examinado ou, do que existiu, não houver vestígios, a perícia se faz impraticável e, portanto, deverá ser negada.

A perícia não tem lugar — dispunha o Reg. n. 737, de 1850 — “quando a inspecção ocular não for praticável em razão da natureza transeunte do fato”.<sup>54</sup> Vinha de longe a

44 PEREIRA E SOUZA, o. c., nota 536; LOBÃO, *Tratado das Vistorias*, §§ 4º e 8º; SOUZA PINTO, o. c., § 1413; TEIXEIRA DE FREITAS a PEREIRA E SOUZA, o. c., nota 562; RIBAS, o. c., art. 470 § 1º; RAMALHO, o. c., § 212.

45 Reg. n. 737, de 1850, art. 213 § 3º.

46 LESSONA, o. c., 4º v., n. 440; BALDI, o. c., vº “Perícia”, § 9º n. 9; JOÃO MONTENHO, o. c., § 178; CÂMARA LEAL, o. c., 2º v., p. 169.

47 Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 332; Bahia, art. 265; Distrito Federal, art. 262; Santa Catarina, art. 770; Minas Gerais, art. 338.

48 Vide 1º v., cap. XII, n. 3.

49 PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 3º v., ns. 129-130; PONTES DE MIRANDA, o. c., 2º v., p. 263; CARVALHO SANTOS, o. c., 3º v., ns. 423; HERODIDES DA SILVA LIMA, o. c., 1º v., p. 476; JORGE AMERICANO, o. c., 1º v., p. 556.

50 PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 3º v., n. 129.

51 PEREIRA E SOUZA, o. c., nota 536; TEIXEIRA DE FREITAS a PEREIRA E SOUZA, o. c., nota 562; SOUZA PINTO, o. c., § 1413; RIBAS, o. c., art. 470 § 3º.

52 Reg. n. 737, de 1850, art. 213 § 4º; Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 332 n. 3; Bahia, art. 265; Rio de Janeiro, art. 1310; Distrito Federal, art. 262 n. 2; Minas Gerais, art. 338.

53 Vide 1º v., cap. XIII, n. 5.

54 Reg. n. 737, de 1850, art. 213 § 2º.

máxima,<sup>55</sup> repetindo-se através dos códigos estaduais.<sup>56</sup> Reproduziu-a textualmente o Código, no art. 255 n. III, ao prescrever se indetira a pericia — “quando a verificação for *impraticável, em razão da natureza transitória do fato*”.

Os fatos são transitórios ou permanentes; pretéritos ou atuais. De ordinário, os permanentes e os atuais é que são suscetíveis de perícia e não os transitórios e os pretéritos. Mas os fatos transitórios e os pretéritos podem haver deixado rastros, vestígios que, examinados pelo técnico, lhe permitam reconstruí-los e torná-los atuais ao juiz, para os fins do processo. Pelas ruínas e devastações que deixou, reproduz-se a intenção, a duração e a direção da tempestade. Através dos vestígios chega-se a reproduzir um fato pretérito ou transitório, mercê dos conhecimentos especiais utilizados pelo perito. Bastam estas poucas considerações para reconhecer-se que também os fatos transitórios e os pretéritos podem constituir objeto da perícia, desde que tenham deixado vestígios. Torna-se praticável a perícia porque, partindo-se dos vestígios, por induções e juízos, se reproduz o fato ou se chega a uma conclusão relativamente ao mesmo fato.

Precisamente êsse o sentido do texto de lei transcrito. Será praticável a perícia, e de conseguinte dever-se-á autorizá-la, quando, apesar da natureza transitória ou pretérita do fato, haja êste deixado vestígios que permitam sua verificação; será impraticável a perícia, e dever-se-á negá-la, no caso do fato não haver ficado sinal ou marca sobre o qual possa recair o exame pericial.<sup>57</sup> “Está visto — sintetiza BONNUMÁ — que não é a transitoriedade do fato que determina a impossibilidade da verificação, mas a falta de vestígios sobre os quais o perito poderia formar induções ou juízos para a verificação do fato”.

55 Lobão, *Tratado das Vistorias*, § 9º.

56 Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 332 n. I; Bahia, art. 265; Distrito Federal, art. 262 n. I; Minas Gerais, art. 338 n. I.

57 MATTIROLI, o. c., 2º v., n. 966; LESSONA, o. c., 4º v., n. 427; CARCIULO, o. c., n. 15; BONUMÁ, o. c., 2º v., n. 259; PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 3º v., n. 131; CARVALHO SANTOS, o. c., 3º v., v., p. 424; PONTES DE MIRANDA, o. c., 2º v., p. 264; MARTINEZ SILVA, (CARLOS), *Tratado de Pruebas Judiciales*, p. 61.

81. — Muito communmente do fato, que passou, não ficaram *vestígios*, considerada esta palavra com o seu sentido próprio, de rasto, pégada, marca, sinal. Mas o próprio fato ou seus vestígios foram focalizados e fixados no processo por outros meios probatórios. Será possível a perícia tendo por objeto êsse fato?

A perícia não consiste apenas no exame direto do fato à vista de sua materialidade presente. Admitida também o é quando do fato hajam vestígios materiais. Se o próprio fato ou êsses vestígios se acham fixados no processo por outros meios probatórios, sob certo aspecto apresentam êles uma forma material, que também é um vestígio. A certidão de óbito, que declara como *causa-moris* a demência, será um vestígio eloquente desta. Igualmente o testemunho de pessoas quanto ao estado mental do falecido.

Ao perito poderá ser solicitado que, tendo por material o fato ou os vestígios segundo focalizados ou fixados no processo, emita parecer ou tire conclusões relativamente ao mesmo fato. Sobre aquêle material versarão as suas primeiras indagações e, por induções e juízos, para o que se valerá dos seus conhecimentos especiais, o perito, com maior ou menor dificuldade, com maior ou menor segurança, poderá fornecer ao juiz o parecer que dêle se reclamou para instrução da causa e até mesmo, em certas hipóteses, reconstituir o fato.<sup>58</sup>

Vem a propósito a distinção entre *perícia direta* e *indireta*. Direta é “a que se realiza sobre o objeto material ou os seus vestígios” — define JORGE AMERICANO; indireta a que “à falta de todo e qualquer elemento material, faz-se através de outras provas ofertadoras de dados rememorativos para a reconstrução do objeto passível de exame e restauração das circunstâncias a êle referentes”.<sup>59</sup> Neste segundo caso a perícia terá por finalidade a formulação de *regras de experiência* ou de conclusões segundo essas regras, que permitam se esclareça o juiz e forne convicção relativamente aos fatos

58 LOPES DA COSTA, o. c., 2º v., n. 332; JORGE AMERICANO, o. c., 1º v., p. 557; LESSONA, o. c., 4º v., n. 427.

59 JORGE AMERICANO, o. e loc. cit.

discutidos no processo. <sup>60</sup> A própria reconstrução do fato é o resultado da concatenação lógica de regras de experiência.

O fundamento legal da perícia indireta ainda é o mesmo n. III do art. 255 do Código. Apesar do fato se ter passado sem deixar marcas ou sinais, dele ou destes existe a memória, que os focaliza e os fixa no processo, constituindo a materialização escrita dessa memória, obtida por meios regulares e idôneos — testemuhas, documentos — uma espécie de vestígio sobre o qual poderão incidir as observações, induções e juízos do técnico.

#### CAPÍTULO VII

### POSSIBILIDADE DA PERÍCIA

SUMÁRIO: I — perícia impossível. 82 — Quando a perícia se faz impossível. 83 — Sonegação do objeto da perícia. 84 — Se a parte pode subtrair a coisa, ou a pessoa, ao exame do qual são objetos. II — EXAMES SOBRE COISAS. 85 — Hipóteses de exames sobre coisas, ou documentos. 86 — Coisas à disposição da parte. 87 — Coisas à disposição de terceiro. III — DA "INSPECTIO CORPORIS". 88 — Casos em que se impõe a *inspectio corporis*. 89 — Se o exame pode ser forçado. 90 — Casos de solução simples. 91 — Casos em que há dissídio doutrinário. 92 — A impotência no direito romano e sua prova. 93 — A prova da impotência no direito canônico. 94 — A prova da impotência em várias legislações. 95 — A perícia médico-legal da impotência — 96 — Se é possível forçar-se o cônjuge a sujeitar-se ao exame. 97 — O problema diante do direito comparado. 98 — Doutrinas sobre o problema. 99 — Doutrina positiva. 100 — Doutrina positiva: teorias de CAMROGRANDE. 101 — Doutrina negativa. 102 — Prova resultante da recusa ao exame. 103 — Do exame para prova do defloramento anterior ao casamento. 104 — Do exame para prova de molestia grave, preexistente ao casamento. 105 — Do exame para prova de insanidade mental.

#### I

82. — Fala-se em *perícia impossível* quando é ou se faz impraticável, ou pela natureza do fato ou pelos obstáculos resultantes dos fatos ou criados pela parte à sua realização. Será impossível, no primeiro caso, quando o fato não fôr suscetível de exame por peritos, isto é, quando o fato não fôr de natureza a constituir objeto de perícia. <sup>1</sup> Insta ao juiz indeferí-la.

No segundo caso, por isso que a perícia é possível em si mesma, mas impossível se torna a sua realização dada a existência de obstáculos, sejam estes resultantes dos fatos ou sejam criados pelas partes, deverá ela ser admitida. Urge se mani-