

A PROVA

Revista de Processo | vol. 16/1979 | p. 155 - 168 | Out - Dez / 1979
Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 4 | p. 51 - 68 | Out / 2011
DTR\1979\78

Gian Antonio Michele

Michele Taruffo

Área do Direito: Processual

Sumário:

1. Introdução - 2. O conteúdo dos relatórios nacionais - 3. Sistemas da common law - 4. A prova testemunhal - 5. As diferentes noções de testemunho nos sistemas da common law e da civil law - 6. A prova pericial nos sistemas da common law e da civil law - 7. A prova documental nos sistemas da common law e da civil law - 8. Provas científicas - 9. Direito das partes em relação às provas - 10. Limites à admissão das provas

1. Introdução

Estes relatórios oferecem um panorama razoavelmente completo dos diferentes sistemas probatórios nos diversos processos civis; em vários deles, e sobretudo nos relatórios poloneses, alemães e australianos, há muitas referências ao direito comparado, tanto ao sistema socialista, quanto à *common law* contraposto à civil law.

Mesmo dentro dos limites acima mencionados, a análise dos relatórios nacionais parece muito útil para que se imprima relevância a certas diferenças e a certas constantes, relativas aos meios de prova e à sua administração, encontrados nos diversos sistemas, ainda que inspirados em ideologias basicamente diferentes (vejam-se, por exemplo, as características fundamentais das provas nos países socialistas).

De outra parte, faz-se necessário chamar-se atenção para o fato de o domínio das provas e da sua administração, no processo civil, não ter conhecido transformações radicais, mesmo nos processos civis que tenham, como, por exemplo, o francês e o grego, sofrido, recentemente, reformas. Tudo isto demonstra que a tradição da lógica formal, que, sem dúvida, se reflete na concepção da prova e em sua administração no processo, produz ainda seus efeitos, embora, em todos, manifeste-se uma clara aspiração em se estabelecer, no processo civil, a "verdade substancial", em oposição à "verdade formal" - isto é, a verdade limitada por regras jurídicas respeitantes à demonstração dos fatos relativos ao litígio.

Quanto a este último ponto, é necessário que bem se compreenda: a existência de tantas regras sobre a escolha dos meios de prova e sobre a sua eficácia em relação à convicção do juiz, explica-se através de uma falta de confiança, nem sempre injustificada, das partes relativamente ao magistrado. Daí a proliferação, particularmente no direito da Idade Média e, em seguida, até ao começo do século XIX, das regras de experiência (ou daquelas assim consideradas) que limitavam de várias formas a escolha dos meios de prova (p. ex., a prova testemunhal), como também restringiam liberdade de o juiz valorar os resultados. Hoje em dia, entretanto, tendo em vista o fato de que a jurisdição é uma das funções do Estado Moderno, mesmo a falta de confiança em relação ao juiz diminuiu - ou talvez desapareceu - pois que os juízes envergam todas as garantias de independência e de autonomia, que por si só podem dar segurança às partes no que tange à sua imparcialidade.

Todavia, pode dizer-se que, nos modernos Estados de direito, estes objetivos são atingidos por meio da criação de tribunais que, já no plano constitucional, inspiram maior confiança no que respeita à sua imparcialidade e à sua independência no julgamento. Disto decorre que toda a teoria moderna da prova deve ser considerada deste ponto de vista, isto é, de como poder-se-ia concorrer para formar a convicção do juiz do modo mais desprendido possível das regras de julgamento preconstituído, assegurado, porém, às partes a possibilidade de controlar sua formação.

Assim, é necessário que se leve em conta não somente os meios de convicção que os sistemas probatórios atuais oferecem ao juiz, mesmo em relação à evolução da tecnologia moderna, mas, também, as possibilidades que estes sistemas dão às partes para que estas controlem a maneira através da qual se forma o convencimento. Em uma palavra, os sistemas probatórios não se podem desligar do princípio do direito de defesa em justiça, e de seu corolário: o princípio do contraditório.

2. O conteúdo dos relatórios nacionais

Enquanto, em geral, sublinha-se o fato de o processo civil dever tender ao estabelecimento da verdade substancial ou objetiva, os relatórios sul-africano e australiano - que refletem as concepções do sistema anglo-saxão - colocam em evidência o fato de o processo civil, contrariamente ao criminal, ser um combate entre partes diante de um juiz, que é terceiro imparcial; isto quer significar que toda a problemática probatória respeita às próprias partes.

Entre os meios de prova, dá-se relevo à superioridade do testemunho, entendido em seu mais amplo sentido, ou seja, como declaração em justiça versando sobre fatos do litígio, seja proveniente das partes, seja proveniente de um terceiro que tenha conhecimento direto dos fatos ou que possa fornecer ao juiz elementos úteis à sua valoração, graças a seus conhecimentos de cunho técnico - específico (não só jurídicos).

Há uma diferença basilar e primeira, entre o processo civil do *common law* e dos países de civil law, seja na área ocidental, seja na socialista.

No primeiro, o objeto do processo nasce não somente dos pedidos das partes, mas também do próprio processo, isto é, do desenvolvimento do *trial* diante do juiz, ou mesmo dos procedimentos de pre trial, que deveriam abreviar o processo, ou pelo menos deveriam servir para atualizar e para a simplificar os termos do litígio, e, por conseguinte, do objeto da controvérsia diante do juiz.

Sendo estabelecida esta técnica empírica para a determinação das demandas contrapostas através da administração dos diversos meios de prova, e principalmente do testemunho (entendido em seu sentido amplo acima indicado), dá-se um valor particular à maneira por meio da qual colhe-se a prova no processo: trata-se do mecanismo da *cross examination*, desconhecido dos países de civil law, onde a definição do objeto das provas está umbilicalmente ligada aos diversos pedidos e às defesas das partes. Daí resulta um formalismo mais rígido no que tange à pertinência e à eficácia das provas, em relação às pretensões ou pedidos específicos das partes. Tudo isso exerce uma forte influência sobre o papel dos diversos meios de prova e sobre como a convicção do juiz é formada tendo em vista cada demanda proposta.

Estas diferenciações são essenciais, quer para compreender as distinções respeitantes aos procedimentos lógicos, de acordo com os quais o juiz chega à sua convicção nos dois sistemas, quer para que se compreendam as diferenças da regulamentação positiva dos meios de prova e de sua administração no processo.

3. Sistemas da common law

Nestes últimos, é mais evidente a tendência a se reconhecer ao juiz um papel mais ativo na pesquisa das provas, bem como nos limites dos pedidos das partes. Isto não quer, todavia, significar que tenha sido acolhido um sistema inquisitório (como errônea, mas freqüentemente, se tem sustentado), mas que foram conferidos ao juiz poderes suficientes para que ele busque a realidade sem diminuir, porém, a soberania das partes, sua posição de direito subjetivo. Por conseguinte, onde o direito subjetivo encontra limites em decorrência da prevalência do interesse público (matérias indisponíveis), o juiz pode exercer poderes inquisitórios, não somente no que tange às provas, mas também naquilo que concerne à disposição do objeto do litígio (como p. ex., em matéria graciosa, *et similia*).

Estes princípios têm validade, segundo o que se pode apreender do relatório polonês - mesmo nos países socialistas, onde o papel ativo do juiz na pesquisa das provas parece afirmado com mais força, se bem que remanesça sempre numa posição subordinada e direcionada à integração da atividade insuficiente das partes. De qualquer forma, mesmo nestes países, os poderes que tem o juiz para ordenar as medidas de instrução são considerados essenciais à busca da verdade objetiva, sem que, com isso, o processo se torne verdadeiramente inquisitório.

Não se deveria produzir uma transformação dos direitos subjetivos dos particulares em simples interesses indiretamente protegidos pela lei: aí está o porquê de a iniciativa de propor as ações perante a justiça pertencer sempre aos particulares. Mas, uma vez tomada esta iniciativa pelo particular, o papel do juiz é, como foi visto, bem diferente, dependendo do sistema, dado que, se nos países ocidentais conferem-se ao juiz poderes razoavelmente amplos, direcionados à integração da insuficiente atividade probatória das partes, já, contrariamente, nos sistemas de *common law*, ao juiz é indiferente tal inatividade em princípio como terceiro imparcial, mesmo quando tenha poderes eficazes concernentes à produção de certas provas em relação às quais as partes não tomaram iniciativa.

4. A prova testemunhal

Disto provém um certo formalismo, seja na admissão da prova testemunhal, seja no que tange às condições para que sejam admitidas testemunhas, que existem em todos os países ocidentais, como ainda, nos socialistas. Mesmo a respeito disso, é evidente a constância de certas regras referentes à prova, que são pré-constituídas, muito numerosas no processo romano-canônico, e que ainda subsistem, se bem que com atenuações (vide: arts. 2.721 a 2.726 do Código Civil (LGL\2002\400) italiano). Com efeito, existe uma tendência a que prevaleça a livre apreciação, pelo juiz, de todas as provas, em decorrência do crescimento do fator confiança em relação à pessoa do juiz, enquanto autônomo e independente, dos outros poderes do Estado.

5. As diferentes noções de testemunho nos sistemas da common law e da civil law

Nos países de *civil law*, como, aliás, nos países socialistas, o interrogatório das partes é encarado como u'a maneira de instrução distinta do testemunho, em decorrência da presunção de que a declaração das partes é "mais" próxima a verdade real, tão e somente, quando elas declaram os fatos desfavoráveis a elas mesmas. Na realidade, a forma típica para que as partes colaborem com a procura da verdade deveria ser a confissão, pois que ela encerra uma contra se pronuntiatio, cuja natureza jurídica é ainda muito debatida na doutrina. Pergunta-se se na confissão pode reconhecer-se um ato de disposição de direito, pois que a parte que confessa pode declarar fatos falsos contrários a seu interesse, ou uma manifestação de verdade.

A diferença fundamental que existe entre o interrogatório livre de uma parte (quando não se visa a obter uma confissão) e a confissão, propriamente dita, é a de que os resultados do primeiro são livremente apreciados pelo juiz, enquanto que, geralmente, a confissão tem eficácia de "prova legal", quer dizer, não pode ser livremente apreciada pelo juiz (com exceção do caso em que a parte declara, com os fatos contrários a seu interesse, também fatos favoráveis).

No relatório polonês temos a interessante observação de que na doutrina soviética debate-se muito a respeito da natureza do interrogatório das partes, pois que, parece, alguns autores não o consideram um meio de prova, mas um dos modos através dos quais se afirma a pretensão, o que faz que se tornem necessárias outras provas diversas. Na realidade, do comparecimento pessoal o juiz pode, livremente, fazer originar fontes de provas, isto é, elementos para formar a sua convicção sobre os fatos, que contribuem - mas que, em princípio não deveriam bastar - no sentido de determinar univocamente esta convicção.

Até a conduta das partes, na concepção moderna de prova, é uma fonte para convicção do juiz, pois que lhe pode fornecer indícios úteis, seja ao estabelecimento, seja à valoração dos fatos do litígio.

A conduta das partes pode com efeito, contribuir em diversas medidas à demonstração dos fundamentos das afirmações das partes e da credibilidade dos outros meios de prova. O comparecimento das partes torna-se, então, uma fonte da convicção do juiz, que dele pode extrair indícios e elementos de prova que contribuem para formar-lhe a convicção moral. Trata-se de uma caminhada importante em direção a uma concepção não formalista do livre-convencimento do juiz, não ligada a regras jurídicas pré-constituídas, que escapariam à sua apreciação soberana. Trata-se, em uma palavra, de uma homenagem à liberdade de convicção do juiz e, de outro lado, à liberdade de escolha, pelo próprio juiz, das fontes de que se pretende servir para formar sua convicção.

6. A prova pericial nos sistemas da common law e da civil law

Em outros termos, a liberdade que tem o juiz de escolher as fontes de seu convencimento é limitada, mesmo nas ocasiões em que tem o poder de determinar de ofício a produção de provas. Esta limitação provém da enumeração das fontes de prova estabelecida em lei, e da regulamentação legal de sua eficácia.

A aquisição de informações úteis ao processo no sentido de se estabelecerem os fatos do litígio, no processo de *civil law* tem a estrutura de um depoimento testemunhal de terceiro, ou de uma declaração de uma das partes, ou, ainda, de uma declaração do perito que tem conhecimento técnico (em princípio, extrajurídico) específico, em virtude dos quais pode fornecer ao processo uma experiência qualificada e, portanto, útil no sentido de integrar a experiência do juiz naquilo que diz respeito tanto ao estabelecimento quanto à valoração dos fatos.

Em vários relatórios foram encontradas observações interessantes a respeito deste assunto, através das quais se percebe com nitidez a diferença substancial existente entre as perspectivas nos sistemas de *common law*, onde o perito é sempre considerado uma testemunha, de sorte que a definição do testemunho ganha uma flexibilidade e uma amplitude desconhecidas nos sistemas de *civil law*. A propósito destes últimos, é necessário, ao contrário, traçar limites, de maneira tão exata o quanto possível, entre a testemunha e o perito, que deve integrar a experiência do juiz. Em alguns casos, e no que tange a algumas matérias, chega-se mesmo a absorver o perito pelo tribunal quando seus conhecimentos técnicos são considerados essenciais ao julgamento. Em princípio, todavia, o perito (ou técnico) se limita a dar ao juiz a sua opinião, o seu laudo (opinião técnica na qual se pode fundar o juiz para formar sua convicção sobre os fatos do litígio). É o laudo, em princípio, redigido por escrito e consiste em um relatório, ao qual podem ser acrescentadas observações feitas oralmente.

Tudo isso pode servir, com relação ao objeto particular do processo, para dar ao juiz elementos para que se tente uma composição das partes ou para que se forme sua convicção e então, para que ele pronuncie um julgamento em que decida a causa.

Há, então, em cada um dos sistemas, uma noção especial da função atribuída ao perito, e da admissão da vistoria. Esta noção pode apresentar variações de sistema para sistema devidas à existência de diversas modalidades ou tipos de vistoria.

O caso mais simples é o do técnico integrado em um tribunal, mas este caso é de rara ocorrência, e faz-se até necessário que se indague se a idéia corrente de vistoria se aplica a este caso (dever-se-ia falar de jurisdições especializadas). Em outros casos, a exigência de um estabelecimento imparcial da verdade é mais severa e as partes participam, cada vez mais, das vistorias.

Nos sistemas de *common law*, perito-testemunha (o expert witness) é tradicionalmente, enquanto testemunha, o perito de uma das partes; por conseguinte, sem laudo resulta do cross examination e cada perito é chamado para sustentar as teses da parte que auxilia ainda que se trate de um método estritamente relacionado à estrutura fundamental do adversary system (= princípio do contraditório), pode duvidar-se que dê ao juiz uma opinião técnica clara, imparcial, e, assim, provavelmente mais verídica. Daí a introdução, p. ex., nas normas federais dos EUA, das exceções ao princípio tradicional da passividade do juiz, para permitir-lhe designar de ofício peritos independentes (que são, todavia, testemunhas pois que submetidos à cross examination), ocupando uma posição de imparcialidade e objetividade em relação às partes.

Nos sistemas de *civil law*, o perito é mal definido, se nós o consideramos como um "auxiliar do juiz". Será melhor

qualificado em se tendo como critério o que ele traz ao desenvolvimento do processo. Frequentemente, o que ele traz está limitado estritamente aos conhecimentos de fatos específicos ou gerais, de que o juiz necessita. Este ponto está bem esclarecido no relatório alemão: na mesma linha, o relatório polonês frisa que, no processo socialista, o perito não pode nem mesmo considerar-se um verdadeiro "auxiliar" do juiz.

Ainda que não se trate de uma opinião acolhida por todos (vide relatório espanhol), a idéia do técnico como sujeito que traz ao processo conhecimentos de fato é um ponto importante na definição de vistoria. Alguns mantêm a distinção entre perito e testemunha (vêem-se, mesmo, diversos casos de "testemunhas-peritos" que fazem lembrar a *expert witness* do direito anglo-americano). Todavia, isto não impede que qualifiquemos a vistoria como meio de prova, pois que se trata de um método para se trazer ao processo conhecimento de fato, mais do que uma forma de "participação no julgamento". Desta forma, devem ser considerados dois resultados a serem atingidos: de um lado, é estabelecido que a apreciação do juiz com relação à vistoria está dentro da esfera do seu livre convencimento no que tange aos fatos do litígio; de outro lado, mesmo no que respeita à vistoria, deve aplicar-se o princípio do contraditório à tração das provas.

7. A prova documental nos sistemas da common law e da civil law

O ritmo de adaptação do direito é muito mais lento, em particular neste domínio, do que a evolução dos fenômenos; aí está o porquê da obrigação, visível nos relatórios nacionais, de se tentarem interpretações particularmente delicadas.

Neste passo, é necessário que se faça uma distinção fundamental entre as técnicas de representação e documentação de fatos ou de declarações importantes do ponto de vista da prova em justiça e as técnicas de inquirição aptas a conseguir conhecimentos que não podem ser alcançados através dos meios ordinários.

Do primeiro ponto de vista, há várias técnicas muito sofisticadas, que podem ser consideradas sob uma única perspectiva, pois que têm uma só função no processo. As fotografias, as gravações em fitas magnéticas, o cinema, o *video-tape* etc.... produzem sempre representações de fatos ou declarações (ou melhor, produzem objetos capazes de representar fatos e declarações). Pode dizer-se, então, que estes objetos (a fotografia, a fita ou o filme) são meios de prova, porque permitem o conhecimento daquilo que é por eles representado. Mais particularmente, pode falar-se de provas por documentos, pois que o objeto representativo documenta aquilo que representa; resulta, pois, uma aplicação da idéia corrente de documento, como frisam vários relatórios nacionais.

Mais propriamente ainda, é necessário que se fale de *documentos reprodutivos* porque a representação que eles contêm - dentro dos limites e modalidades típicas de cada técnica é a natureza real do fato representado.

No que diz respeito à utilização destes documentos no processo, há diversos problemas quanto à sua admissão, à sua veracidade e à sua eficácia enquanto provas.

Geralmente há acordo em admitir documentos reprodutivos como meio de prova. Com efeito, vários países (Polônia, Grécia, Alemanha, Itália) prevêm expressamente o seu emprego no processo. Há também uma tendência a que se introduzam normas *ad hoc* nos sistemas onde elas ainda não existem.

O verdadeiro problema, então, não é de se estabelecer se estes documentos são em princípio, admitidos, mas o de ver se há limites à sua admissão. O relatório japonês (completamente dedicado às gravações) aprofundou este problema, mas a este respeito encontram-se idéias interessantes, também, em outros relatórios. A utilização dos documentos reprodutivos tem dois limites básicos: de um lado, parece que eles não podem ser empregados se implicam em desrespeito aos direitos fundamentais do homem; ademais, não são admitidas as gravações que violentam a *privacy* individual ou os segredos profissionais. Deste ponto de vista, há também o problema das gravações feitas sem que o interessado o saiba, do mesmo modo que a questão mais geral - que os relatórios nacionais não abordam - da utilização das provas ilegalmente obtidas.

Em geral, a admissão da prova depende do conteúdo da gravação, *i. e.*, ela é admitida por demonstrar fatos ou declarações que podem ser provadas no processo, pois que não existe regra alguma de exclusão da prova, fundada sobre a natureza particular do fato probando (limites da *privacy* ou da proteção dos direitos humanos) ou sobre a necessidade de meios de prova específicos (como, por exemplo, quando a lei pede a prova escrita do contrato).

De outro lado, é preciso que se exclua a produção das peças reprodutivas como meio para subtrair-se às regras sobre a admissão dos meios de prova. Se, *v. g.*, uma norma prevê que a testemunha é em todos os casos interrogada pelo juiz na presença das partes (como na civil law) ou pelas partes em presença do juiz (como no common law) a produção de uma fita gravada que contém declarações de uma testemunha não pode substituir a prova testemunhal: tratar-se-ia, com efeito, de um testemunho conseguido através de violação dos princípios que governam a colheita da prova por testemunhas. A respeito disso, o relatório japonês frisa que a gravação de declaração testemunhal fora do processo não pode ser utilizada para substituir o interrogatório da testemunha pelo juiz, mas tão e somente como meio de controle da veracidade do testemunho, ou também como meio de prova subsidiária ou prova *in futurum*.

É necessário, portanto, que se distingam os casos onde o documento reprodutivo constitui um meio de prova propriamente dito (p. ex. a fotografia), dos casos em que é tão e somente u'a maneira diferente de adquirirem-se

outras provas (p. ex. a gravação de declarações testemunhais fora do processo). No primeiro caso, dos limites derivam regras de exclusão da prova sobre matérias particulares: no segundo, os limites vêm da necessidade de procedimentos típicos, previstos pela lei, para a admissão dos meios de prova.

Em diversos sistemas, as respostas às questões inerentes à veracidade e à eficácia dos documentos reprodutivos são fortemente influenciadas pela analogia que - certa ou erradamente - acha-se estabelecida entre esses documentos e os documentos particulares. Todavia, existem exceções seja no processo alemão, onde o § 419, da ZPO prevê que estes documentos sejam apreciados pelo juiz através do critério da livre valoração das provas, seja nos sistemas socialistas, com exceção do polonês, onde não há regulamentação específica.

Mas a analogia com documentos particulares não dá lugar a uma uniformidade de tratamento dos documentos reprodutivos nos diversos sistemas: por exemplo, no processo italiano se a outra parte não contesta, a reprodução prova os fatos representados (art. 2.712 do Código Civil (LGL\2002\400)); em outros países de *civil law* a peça reprodutiva é desprovida de eficácia própria (vide o relatório espanhol), ou pode-se dizer que se trata de uma eficácia passível de contestação por provas contrárias.

Nos sistemas de *common law*, a idéia de documento abrange também a categoria das peças reprodutivas, às quais, por conseguinte, as regras gerais relativas à prova documental: o documento reprodutivo, torna-se, por seu turno objeto de provas orais (proof of execution, confirmation), a menos que a outra parte expresse sua "admissão" respeitantemente à veracidade e sobre as modalidades de execução da peça.

As conclusões a que se pode chegar, pela análise de sistemas tão diferentes, são inevitavelmente muito vagas, em decorrência da extrema variedade de orientações quanto ao problema dos documentos reprodutivos. É preciso que se constate, na realidade, que em quase todos os países a atenção dedicada a este assunto ainda é insuficiente, e isto se deve, talvez, à falta de uma definição correta dos documentos em questão. Mesmo a analogia com os documentos particulares, ao que parece, foi, e ainda o é, mais um obstáculo que uma ajuda.

8. Provas científicas

Quanto ao emprego de provas científicas no processo civil, os problemas mais relevantes surgem quando se fala de sua admissão enquanto meio de prova, e da valoração dos resultados por elas produzidos, particularmente se se trata de processos técnicos cuja validade não é certa do ponto de vista científico.

No que concerne à admissão das provas científicas, se bem que elas não sejam expressamente reguladas pela lei, pode dizer-se que os relatórios nacionais demonstram seguir uma orientação geral no sentido de admitir a sua utilização, ao lado e a título de complementação dos meios de prova ordinários. De outra parte, nota-se que, na maioria dos casos, as provas científicas são empregadas pelos técnicos, enquanto processos de pesquisa de que eles têm necessidade para chegar à formulação da sua opinião. Nestes casos, não existe um verdadeiro problema de admissão destas provas, pois que se trata tão-somente de se valorarem os resultados da vistoria.

Contudo, mesmo quando a prova científica é um meio de prova autônomo, o problema respeita a apreciação de seus resultados, mais que à sua admissão no processo. Neste domínio, o único e decisivo problema que se coloca a respeito de certas provas científicas não vem de sua "aptidão", mas da necessidade de que elas não impliquem em um atentado aos valores fundamentais, de nível superior ao estabelecimento da verdade. Entre estes valores, é preciso que se coloque em primeiro plano os direitos inalienáveis do ser humano, especificamente o direito à integridade física, como limites intransponíveis pelas análises conduzidas para se obterem elementos de prova.

É, então, ilícita e inadmissível a prova que atenta contra estes direitos. Deve-se, com efeito, excluir a degradação do homem a simples objeto de experimentação, qualquer que seja a sua eficácia. A este respeito pode-se lembrar que a recusa da tortura não deriva de sua ineficácia enquanto meio de prova, mas do fato de ela configurar um desrespeito profundo aos direitos do homem. Todavia, o relatório australiano frisa que em alguns sistemas de *common law* o emprego da hipnose, da narco-análise e do lie-detector é debatido única e exclusivamente em decorrência de sua insuficiente credibilidade.

Em quase todos os relatórios nacionais se podem encontrar alusões aos direitos fundamentais do homem e às limitações estabelecidas ao uso das provas científicas, o que exprime uma orientação que tende à exclusão da narco-análise e do *lie-detector*; há, entretanto, casos em que este último é admitido, como, p. ex., em alguns Estados dos EUA.

Os relatórios japonês e polonês aventam a hipótese da admissão destes procedimentos no caso de haver consentimento do interessado. Esta hipótese deve ser afastada por dois motivos: o consentimento do interessado não exclui o desrespeito à integridade física do indivíduo e há, ainda, o perigo de que esta anuência tenha sido obtida através de extorsão, violência moral.

O caso das pesquisas médicas e biológicas, que não dão origem a estes problemas, é completamente diverso. Por exemplo, o *blood-test* admitido por certos países para que se estabeleça a paternidade: aqui não há ofensa aos direitos humanos e trata-se de um método aceito pela consciência comum; o único problema que remanesce é o de não se poder forçar ninguém a se submeter à análise. Então, ela é admitida desde que haja consentimento livre e descoactado do interessado (veja-se os relatórios belga e australiano).

Quanto à eficácia destas provas, o principal problema respeita à sua valoração, particularmente quando elas não são "certas", segundo o nível atual de conhecimentos científicos. Os relatórios nacionais não analisam minuciosamente este problema; limitam-se a sugerir que a falta de certeza científica não é, por si própria, razão para que se recuse *a priori* a utilização destas provas, e ressaltam que, de qualquer maneira, o juiz pode, neste passo, recorrer a um perito.

Estes comentários são fundados, mas não fornecem uma resposta satisfatória. É necessário chamar à colação o fato de a eficácia de uma prova científica depender, sobretudo, do valor do procedimento através do qual ela é produzida, quer dizer, a prova não pode ser eficaz se subsistem dúvidas respeitantes ao valor científico ao método empregado em cada caso particular. É necessário observar-se que, em princípio, nem a prova científica nem seus resultados oferecem uma certeza absoluta. Disto se segue que precisam distinguir-se os casos em que a ciência não chega a estabelecer uma prova suficientemente crível, e os casos em que seu resultado tem, necessariamente, a forma de porcentagem. Nos primeiros casos, a incerteza da ciência implica um obstáculo à utilização da prova; nos segundos, pode ser utilizada se a certeza existe sobre a probabilidade dos fatos que elas demonstram.

De um ponto de vista diferente, deve-se, ademais, considerar o fato de o técnico poder ser indispensável para a valoração das provas científicas, toda vez que o juiz não tenha, ele próprio, conhecimentos necessários. Mas, com isso, o problema não está resolvido. A extrema variedade de soluções relativas ao papel do perito no processo civil (vide n. 6) nos impede de estabelecer conclusões precisas a esse respeito.

A impressão que remanesce, mesmo dos relatórios nacionais é a de que o estágio destes problemas, nos sistemas normativos dos diferentes países, bem como a própria ciência jurídica, é profundamente insuficiente. A exigência da verdade no processo faz com que se tenda a u'a maior utilização das provas científicas, mas os direitos do ser humano colocam diversos limites a este aspecto, e a necessidade de um real controle sobre o emprego destas provas requer uma cuidadosa meditação sobre as maneiras de utilizá-la no processo civil.

9. Direito das partes em relação às provas

Os relatórios nacionais permitem que se constate o fato de todos os sistemas estarem desenvolvendo-se no sentido de uma realização cada vez mais ampla destes direitos: é necessário, todavia, que se observe alcançar esta evolução níveis diversos nos vários sistemas; e, ademais, o fato de em um mesmo sistema haver, a esse respeito, mais ou menos intensidade, segundo se trate do direito à prova ou do direito à administração contraditória da prova.

Nos sistemas de *common law*, graças à estrutura adversary do processo, e do trial em particular, eleva-se o contraditório das partes ao nível de método essencial e exclusivo de administração da prova: com efeito, são as partes que administram a prova diante de um juiz que tem um papel fundamentalmente passivo, salvo no que tange ao controle da fairness do combate. Neste sistema, não existe problema algum quanto ao contraditório das partes na administração das provas, pois que a prova é, por definição, o resultado de um combate dialético das partes, que à real estrutura do trial. Evidentemente, o direito de participar na formação da prova alcança aqui, o máximo de sua realização concreta.

Contrariamente, não se pode dizer o mesmo quanto ao direito que têm as partes de se servirem, no processo, de todos os meios de prova úteis para fundamentar seus pedidos; e mesmo se o processo já estiver em curso, temos o princípio segundo o qual cada prova pertinente deve ser admitida, o que pode ser tido como um aspecto da evolução, mas que ainda não atingiu sua realização integral. Em verdade, diversas partes do sistema tradicional das *exclusionary rules*, isto é, regras que excluem a admissão de provas pertinentes, estão ainda em vigor. Na pretrial discovery as partes não têm limites, mas o seu direito a provar através de todos os meios de prova os fatos que fundam seus pedidos acha limites (privileges, hearsay, rule, best evidence rule, etc.) no trial.

Nos sistemas de *civil law*, o problema aparece parcialmente nos mesmos termos. No que tange ao direito à prova, ainda que tenham tido lugar importantes evoluções no plano das normas e no da jurisprudência, remanescem diversos limites à admissão das provas, mesmo rol sendo elas úteis para o estabelecimento dos fatos do litígio. Há uma tendência a eliminá-las, particularmente no que concerne à matéria de incapacidade de testemunhar (vide, p. ex., os relatórios italiano e espanhol), mas urge que não se esqueça não estar completamente operada a transformação da incapacidade do testemunho em critérios para a valoração *ex post* do testemunho. Neste sentido há, ainda, inúmeras questões a serem resolvidas. De outra parte, essa tendência é bloqueada, em um nível ainda mais elevado, se se consideram as normas que excluem o testemunho, preferindo a prova escrita. Há diversas normas que (se bem que, normalmente, sua interpretação seja restritiva) representam poderosos limites ao direito de as partes demonstrarem a verdade dos fatos alegados.

Neste domínio, sem dúvida a tendência predominante inclina-se para que haja uma aceitação integral do princípio segundo o qual, salvo para casos realmente excepcionais, as partes têm o direito de se servirem de todos os meios de prova: faz-se mister, contudo, constatar-se que as exceções a este princípio são ainda numerosas, e, portanto, este direito é freqüentemente realizado de uma forma bastante limitada.

Quanto à participação das partes na administração contraditória da prova, o elemento mais importante nos sistemas de *civil law* é o fato de a prova ser determinada pelo juiz. Evidentemente, isto não impede às partes que

assistam ao juiz: ao contrário, nos vários países regras há assegurando a assistência das partes. Do ponto de vista da plena participação das partes há diversos problemas: particularmente, no que tange ao contraditório sobre as provas administradas pelo juiz, o papel das partes sofre o risco, com efeito, de se reduzir a uma presença de cunho formal, tão-somente, não representando, portanto, uma participação no sentido de formar a prova. As normas que regulam a assistência das partes na administração da prova têm, freqüentemente, uma dimensão limitada, e visam a fazer prevalecer o papel do juiz sobre o das partes (o que é ainda mais evidente na prática judiciária). Há, portanto, uma distinção entre a assistência das partes à administração da prova e administração verdadeiramente contraditória da prova: a primeira é, de fato, freqüentemente realizada de maneira insuficiente.

As conclusões, a nível geral, a que se pode chegar respeitantemente ao problema do acesso das partes à prova, apóiam-se, portanto, de um lado, sobre as orientações largamente difundidas no sentido de mais ampla efetivação do direito das partes à prova e à sua participação no procedimento contraditório de administração da prova. De outro lado, no entanto, é preciso que se constate existirem sempre graves dificuldades no evoluir em direção a este objetivo fundamental, dificuldades estas respeitantes tanto à estrutura do sistema probatório, quanto às linhas globais dos diferentes modelos do processo civil.

10. Limites à admissão das provas

Deste ponto de vista, a resposta ao problema de se obter, no processo civil, a verdade material dos fatos, e não uma verdade total ou parcialmente formal, depende, também, da compreensão destas limitações e da intensidade que têm na prática judiciária. É, todavia, evidente que este problema tem a sua solução longe de ser encontrada, abrindo-se para várias e diferentes saídas. Não é factível que se examinem aqui as complexas questões filosóficas e de teoria geral que se localizam na base do problema. Mas devemos-nos limitar às implicações jurídicas, conscientizando-nos de que se trata de um dos mais graves problemas que se colocam para a ciência do processo.

O núcleo do problema é cada vez menos representado pelo fenômeno da prova legal. Entretanto, verdade é que em alguns sistemas, como p. ex. o italiano e o espanhol, há ainda exemplos de prova legal, embora a orientação, de longe dominante, seja no sentido de se eliminarem ou de se reduzirem a casos positivamente excepcionais, provas que escapam à livre apreciação do juiz. Deste ponto de vista, pode dizer-se geral a tendência à eliminação das normas de "verdade legal", em nome do pleno estabelecimento da verdade material dos fatos (a única exceção é a opinião contrária exposta no relatório espanhol).

O verdadeiro problema, então, não é aquele que respeita as limitações legais à pesquisa da verdade material (limitações que concernem de um modo cada vez mais restrito os meios de prova particulares), mas sim aos diferentes sistemas probatórios em suas estruturas globais e em seu funcionamento real, que podem ser orientados em se tendo em vista esta finalidade.

Os elementos que podem, neste passo, ser extraídos dos relatórios nacionais não nos permitem, nem mesmo por aproximação, esboçar uma conclusão única. Mostram, contrariamente, orientações muito diferenciadas. É mesmo necessário que se frise não se achar, em alguns deles, uma resposta o suficientemente clara a esta questão. Esta tende a se dissolver no diferente e mais genérico problema do livre convencimento do juiz. De outra parte, em alguns sistemas pode-se até mesmo duvidar do fato de a busca da verdade material fazer parte de seus objetivos fundamentais. Enfim, mesmo quando é colocado o problema da verdade como objetivo da fase probatória, a idéia de verdade, que deveria ser o critério para que se lhe apreciasse a funcionalidade, remanesce muito vaga.

As diferentes situações que podem ser observadas podem, sob este ângulo de visão, ser agrupadas, a partir de uma certa aproximação em três grandes categorias.

A primeira abarca os sistemas de *common law*, cujos relatórios sul-africanos e australianos fornecem esboços de críticas muito interessantes. Nestes relatórios é contestada com energia a idéia de que o adversary system seja a melhor solução processual à busca da verdade: ao contrário, frisa-se que a fight theory of truth, inerente à estrutura do trial, e suas numerosas degenerações práticas representam, freqüentemente, obstáculos decisivos ao estabelecimento da verdade. Daí a conclusão de que o sistema de common law, é, em verdade, um método de combate entre as partes, muito mais que um método direcionado à pesquisa da verdade sobre os fatos do litígio. Não somente, então, nega-se a eficácia do sistema com relação a este fim, mas se deixa entender que a sua própria estrutura não é realmente orientada em direção desta finalidade de sorte que esta pode ser um resultado eventual, não sendo o objetivo precípua do trial. O problema das provas nos sistemas de common law parece, então, ser colocado em uma perspectiva bastante particular; e mais ainda, é criticada a imagem tradicionalmente passiva do juiz como desinteressado do estabelecimento da verdade, e são assinalados os defeitos de um método cujo funcionamento depende, muitas vezes, da vontade da parte mais poderosa.

A segunda categoria compreende os sistemas dos países socialistas, que, neste particular, têm uma orientação diametralmente oposta à dos sistemas de *common law*. O relatório polonês frisa ser um dos princípios fundamentais do processo civil socialista precisamente a busca da verdade material sobre os fatos do litígio e lembra que, não somente têm este objetivo as normas respeitantes a cada meio da prova, mas, sobretudo, o têm as vigas mestras de todo o processo.

O princípio da verdade material tem, aqui, uma eficácia estruturante desconhecida de outros sistemas: é este o

porquê de ter o juiz um papel tipicamente ativo na instrução, seja na administração das provas, seja na busca, de ofício, de provas necessárias para que se estabeleçam os fatos. Não há dúvida, então, no que tange à orientação global do processo socialista em direção à pesquisa da verdade material: os problemas localizam-se mais a nível teórico no que tange ao conceito de verdade material na doutrina marxista.

A terceira grande categoria abrange os sistemas de *civil law* não da área socialista e faz que nasçam numerosas perplexidades. De um lado, com efeito, parece que a busca a verdade constitui um dos objetivos básicos do processo probatório, cujo resultado deveria ser o efetivo estabelecimento da verdade real dos fatos. De outro lado, enquanto as tendências de reforma caminham coerentemente nesta direção, remanescem todavia, resíduos de uma idéia de cunho formalista da verdade jurídica, no plano das limitações legais à admissão das provas, e no plano das provas legais.

A exigência de se adaptarem as normas em tema de prova, e também a estrutura global do processo, em relação ao objetivo da procura da verdade material, parece, entretanto, o *trend* predominante nos sistemas de *civil law*, se bem que entre eles haja importantes distinções no que tange ao grau de aproximação do processo ao valor da verdade material. Derivam daí conseqüências do ponto de vista da evolução estrutural do processo civil, em particular quanto à acentuação cada vez mais forte do papel do juiz como "aquele que busca a verdade", e quanto ao aumento de seus poderes para a busca das provas de ofício. Tudo isso diz respeito ao papel institucional do juiz: é o porquê de haver, em diversos países orientações diversas, e, por vezes incoerentes, ou mesmo tendências a desvalorizar a importância real do problema.

Enquanto as linhas gerais de evolução são bastante evidentes, as situações atuais dos diferentes sistemas - freqüentemente em transição - deveras complexos; de outra parte, não há soluções realmente satisfatórias aos problemas fundamentais, como o da realização efetiva do contraditório das partes em um processo que tende a ser dominado cada vez mais por um juiz ativo no que respeita à busca das provas, e como o do controle sobre o livre convencimento do juiz.

A própria estrutura do processo civil depende do problema da verdade, e, então, não se trata de uma simples adaptação técnica do instrumento judiciário a um objetivo determinado, mas se trata, sobretudo, de uma escolha de natureza política no que respeita às formas e aos objetivos da administração da justiça civil. No processo, com efeito, a verdade não é um fim por si mesma, mas é necessário buscá-la enquanto condição para que haja uma justiça "mais justa".