

MICHELE TARUFFO

A PROVA

Tradução
João Gabriel Couto

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

com o objetivo de que se protejam segredos relevantes sem que se eliminem os direitos processuais das partes e os principais valores ligados à busca da verdade.

CAPÍTULO III TIPOS DE PROVAS

40. *Varietades e tipologias.* A prova é um fenômeno multifacetado, cuja natureza e definição variam de acordo com distintos fatores históricos, culturais e jurídicos. Os sistemas probatórios têm sofrido mudanças dramáticas desde a época dos romanos.¹ Diferentes conceitos culturais relativos ao conhecimento, verdade e função das decisões judiciais tiveram forte influência nas concepções de prova.² Em tal contexto, um fator adicional de complexidade e diferenciação é que são muitas as coisas que podem ser usadas como fontes de prova. Segundo a interpretação dominante do princípio da relevância, qualquer coisa que tenha algum significado ou certa utilidade para a busca da verdade dos fatos em litígio pode ser usada – ao menos como regra – como um elemento de prova (ver *supra* § 20). Não é surpresa, pois, que na longa história da prova muitas tenham sido as tentativas no sentido de pôr ordem em um terreno tão complexo e de descobrir maneiras de classificar suas ocorrências mais relevantes. Em certo sentido, a história da prova é a história de conceitos e distinções usados para definir e analisar os diferentes tipos possíveis de provas, tomando como base seus traços distintivos.³ Atualmente, diversas são as tipologias utilizadas para esboçar uma imagem detalhada do amplo campo dos chamados «meios de prova».⁴ Dessa maneira, não é necessário elaborar aqui uma classificação sistemática: além de ser uma tarefa interminável, essa resultaria pouco interessante. Todavia, algumas distinções básicas devem ser levadas em consideração.

-
- 1 Ver os ensaios reunidos em LA PREUVE, RECUEILS DE LA SOCIÉTÉ JEAN BODIN, 1963: vol. 17.
 - 2 Ver *supra* §§ 1-7. Cf., também, DENTI, 1971: 79.
 - 3 Ver, especialmente, LÉVY, 1981: 27; 1963b: 148.
 - 4 Ver, por exemplo, DEVIS ECHANDÍA, 1970: vol. 1, 519, 549, que utiliza, sem pretensão de ser exaustivo, não menos que treze critérios de distinção diferentes. Ver, ainda, para tipologias diferentes, os ensaios reunidos em *La Preuve, Recueils de la Société Jean Bodin*, 1963: vols. 16-19.

41. *Provas diretas e indiretas*. Uma distinção muito importante, que para Jeremy Bentham era a única significativa,⁵ é a que se dá entre provas diretas e indiretas (ou circunstanciais). Essa distinção está presente em todos os sistemas probatórios, ainda que se usem expressões diversas para apontar essa distinção: no *common law* fala-se em *direct* (ou *material*) e *circumstantial evidence*; na Áustria e na Alemanha, de *mittelbarer* e *unmittelbarer Beweis*; na França, em *preuve directe* e *indirecte*; na Itália, em *prova diretta* e *indiretta*; na Espanha, em *prueba directa* e *indirecta*, e assim por diante.⁶ O elemento essencial dessa distinção é a conexão entre os fatos principais em litígio e o fato que constitui o objeto material imediato do elemento de prova. Quando os dois enunciados (ver *supra* § 17) tratam do mesmo fato, a prova é direta, uma vez que se relacionam diretamente com um fato relevante ou principal: o enunciado acerca desse fato é o objeto imediato da prova. Quando, pelo contrário, a prova trata de um enunciado relativo a um fato diferente, a partir do qual se pode extrair uma conclusão acerca de um fato principal, então a prova é indireta ou circunstancial. Nesse caso, em verdade, a prova oferece ao julgador informações que podem ser usadas somente como premissa de uma inferência que tenha como conclusão um fato principal do caso. Essa é uma distinção funcional: não se baseia em qualquer aspecto que possa ser considerado «inerente» à natureza das provas; depende, sim, da conexão entre as provas e os fatos em litígio. Por conseguinte, qualquer meio de prova pode ser indireto quando trata de fatos circunstanciais, não principais; é o caso da testemunha que fala das circunstâncias que circundam os fatos relevantes do caso. Todavia, algumas provas somente podem ser circunstanciais, pois se têm exclusivamente a possíveis premissas de inferências relativas a fatos principais, como é o caso da *Indizienbeweis* ou das *présomptions de l'homme*.⁷

42. *Provas positivas e provas negativas*. Vale a pena mencionar, também, a distinção entre *provas positivas* e *provas negativas* (ou *contraprovas*). Essa distinção também é funcional, uma vez que baseada na relação entre a prova e o fato que deve ser provado. Uma prova positiva tem por objeto demonstrar a verdade de um enunciado fático; uma prova negativa ou *contraprova*, por sua vez, tende a demonstrar a falsidade de um enunciado fático, isto é, que o

⁵ BENTHAM usou uma tipologia baseada em oito distinções, mas ressaltou que a única diferença real é entre provas diretas e indiretas; ver BENHAM, 1823: vol. 1, 24, 32.

⁶ Ver, por exemplo, CROSS e TAPPER, 1990: 18; CURZON, 1986: 16; LEMPERT e SALTZBURG, 1982: 142; LILLY, 1987: 43; JAUERNIG, 1991: 176; SCHLOSSER, 1983: 265; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 284, n. 15-16; GHESTIN e GOUBEUX, 1977: 448; VERVEYDEN e JEANMART, 1991: 115; TARUFFO, 1992a: 426; COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 611; FALCÓN, 2003: vol. 1, 28; KIELMANOVICH, 1996: 24; DEVIS ECHANDÍA, 1970: 519; RAMOS MENDEZ, 1990: vol. 1, 535. Na Alemanha e na Áustria existe uma distinção equivalente entre *unmittelbarer Beweis* e *Indizienbeweis*; ver ARENS e LOKE, 1992: 193; MUSIELAK, 1975: 243; FASCHING, 1990: 430.

⁷ Para uma discussão mais ampla sobre este tema, ver TARUFFO, 1992a: 430.

fato não aconteceu. Em alguns sistemas probatórios essa distinção é estabelecida especificamente, como, por exemplo, em termos de *positive* e *negative evidence*, nos Estados Unidos; de *Hauptbeweis* e *Gegenbeweis*, na Alemanha e na Áustria;⁸ de *prova positiva* (ou *diretta*) e *prova negativa* (*contraria*), na Itália;⁹ e de *prueba de cargo* ou *prueba de descargo* (ou *contrapruueba*), na Espanha.¹⁰

43. *Outros tipos de prova*. Outra distinção usual baseia-se em traços extrínsecos dos elementos de prova considerados. Por exemplo, a «prova oral» é usualmente referida a qualquer tipo de provas que consistiam em declarações prestadas oralmente por testemunhas, pelas partes ou por peritos (ver *infra* A). Por conseguinte, as provas escritas ou documentais abarcam qualquer meio de prova expresso em papéis escritos ou materiais equivalentes que contenham enunciados ou declarações acerca dos fatos em litígio (ver *infra* § 56). Finalmente, as provas circunstanciais compreendem qualquer coisa ou acontecimento que possa ser relevante, em geral como premissa de argumentos inferenciais, para que se chegue a conclusões acerca de um fato em litígio (ver *infra* §§ 95-96). Esse grupo de distinções é bastante superficial e incompleto, não sendo aplicáveis da mesma maneira em todos os sistemas probatórios, já que alguns elementos podem incluir-se em um ou outro tipo de provas, dependendo de como se definem em cada sistema específico. Todavia, essas distinções podem ser úteis para captar intuitivamente alguns traços importantes dos principais meios de prova.

A. A PROVA ORAL

44. *O âmbito das provas orais*. Na categoria das provas orais incluem-se, geralmente, diversos meios de prova. Todos eles têm em comum o fato de consistirem em declarações orais feitas – em geral, ainda que não necessariamente – em resposta a perguntas formuladas no curso de um interrogatório *ad hoc*; declarações essas feitas por uma pessoa que supostamente tem conhecimento de qualquer informação que possa ser útil para se estabelecer a verdade dos fatos em litígio. Todavia, das características específicas das pessoas que fazem tais declarações, de sua conexão pessoal com as partes ou com o objeto de sua declaração, derivam-se relevantes diferenças. Assim, é necessária uma distinção adicional dentro do âmbito geral das provas orais, considerando-se essas são fornecidas por testemunhas, pelas partes ou por peritos. Vale a pena ressaltar, de qualquer forma, que tal distinção não possui o mesmo

⁸ Ver, por exemplo, SCHLOSSER, 1983: 268; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 284, n. 11-12; JAUERNIG, 1991: 176; MUSIELAK, 1975: 242; ZPP-KOMM, 1987: 794; ARENS e LUKE, 1992: 193; FASCHING, 1990: 427.

⁹ Cf. TARUFFO, 1992a: 432; COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 611.

¹⁰ Ver DEVIS ECHANDÍA, 1970: 528; RAMOS MENDEZ, 1990: vol. 1, 535.

significado em todos os sistemas processuais. As partes sempre podem ser interrogadas como testemunhas nos sistemas de *common law*, mas geralmente isso não ocorre nos sistemas de *civil law*, nos quais essas podem ser ouvidas de diversas formas, mas não propriamente como testemunhas (ver *infra* § 51). Os peritos são, em geral, interrogados oralmente nos sistemas de *common law*, onde são chamados de *expert witnesses*, pela simples razão de serem ouvidos como testemunhas; nos sistemas de *civil law*, por sua vez, eles usualmente fornecem ao tribunal um documento escrito ou, quando ouvidos, não o são propriamente como testemunhas (ver *infra* D, §§ 73-75). Todavia, a distinção entre testemunhas, partes e peritos pode ser útil para a ordem da apresentação que segue.

45. *Testemunhas*. Em todos os sistemas processuais, uma testemunha (ou *witness*, *Zeuge*, *témoin*, *testimone* ou *testigo*) é uma pessoa que supostamente conhece algo relevante sobre os fatos do caso e a quem se interroga, sob juramento, com o objetivo de permitir que expresse o que sabe sobre tais fatos.¹¹ De acordo com a tradição histórica, um importante aspecto distintivo da testemunha era que essa não podia ser parte no processo no qual estava sendo interrogada.¹² Esse princípio é ainda corrente na maioria dos sistemas de *civil law*, ainda que existam algumas tendências a atenuar a distinção entre quem é parte e quem não é no contexto das provas orais (ver *infra* § 52). Nos sistemas de *common law*, pelo contrário, uma parte pode ser interrogada como testemunha em apoio as suas próprias causas (ver *infra* § 51).

Por sua vez, para que seja fonte útil de declarações confiáveis, uma testemunha deve ser competente e digna de crédito.¹³ Esse parece um requisito muito óbvio para uma pessoa que se supõe dizer a verdade, que normalmente jura dizer a verdade e que emite declarações que podem ser usadas como prova para descobrir a verdade sobre os fatos em litígio. Portanto, supõe-se que as testemunhas sejam confiáveis, ainda que todos os sistemas possuam mecanismos cujo propósito é verificar a competência e a credibilidade das testemunhas, bem como identificar testemunhos não fidedignos.

¹¹ Para referências a vários sistemas probatórios, ver os ensaios em SAFAL, 1995. Ver, também, KIELMANOVICH, 1996: 127.

¹² Acerca da história da prova testemunhal, ver LÉVY, 1963a: 49; GILISSEN, 1963: 800; KIELMANOVICH, 1996: 119.

¹³ Ver, por exemplo, a regra 601 das *Federal Rules of Evidence* estadunidenses; GRAHAM, 2003: 182; 2002: 28; LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2000: 132; GIANNELLI, 2003: 211; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 419; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 3, 601-3; WEINSTEIN e BERGER, 1975: vol. 3, 601-10. O mesmo princípio existe em outros sistemas; cfr., por exemplo, MURRAY e STURNER, 2004: 273; JAUERNIG, 1991: 192; SCHLOSSER, 1983: 271; o art. 205 do Código Processual Civil francês; MAZEAUD, MAZEAUD e CHABAS, 2000: vol. 1, 1, 617; BREDIN, 1995: 82.

46. *Características das testemunhas*. Um primeiro tipo de mecanismo cujo propósito é verificar a credibilidade dos testemunhos diz respeito à pessoa da testemunha. Um critério importante é a idade: em geral crianças (usualmente, pessoas menores de 14 anos, ou até menores de 18 anos) podem ser ouvidas como testemunhas quando necessário, mas não juram dizer a verdade; o tribunal, nesses casos, deve conduzir cuidadosamente o interrogatório, e o testemunho pode ser interrompido ou excluído quando suscetível de produzir uma situação embaraçosa. Ademais, o testemunho das crianças deve ser apreciado com especial zelo.¹⁴

Outro critério importante refere-se à capacidade mental da testemunha. O testemunho de uma pessoa deficiente mental não é necessariamente inadmissível enquanto tal, mas a falta de capacidade mental suscita sérios problemas relativos à averiguação da credibilidade desse testemunho.¹⁵ Sob qualquer circunstância, a pessoa que é ouvida como testemunha deveria ser capaz de observar, registrar, recordar e reconstruir fatos, assim como de entender a obrigação de dizer a verdade.¹⁶

47. *Interesse das testemunhas*. Outro critério importante funda-se no interesse pessoal que a testemunha pode ter no desenvolvimento ou no resultado final da causa. Em verdade, os sistemas mais modernos não consideram o interesse da testemunha na causa como uma razão para a exclusão do seu testemunho. Em geral, uma testemunha interessada pode ser interrogada e o seu interesse será levado em consideração como um fator relevante na valoração da sua credibilidade.¹⁷ Somente em um caso – isto é, na Itália – uma

¹⁴ Em geral, acerca do testemunho infantil nos diferentes sistemas, ver ZUCKERMAN, 2003: 667; DENNIS, 1999: 419, 423; CROSS e TAPPER, 1990: 206; CURZON, 1986: 31; GIANNELLI, 2003: 214; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 423; GRAHAM, 2003: 33; SCHLOSSER, 1983: 271; JAUERNIG, 1991: 192; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 836; BREDIN, 1995: 83; TARUFFO, 1988: 740; COMOGGIO, 2004: 452; Código Modelo para América Latina, art. 145; FALCÓN, 2003: 2, 266; KIELMANOVICH, 1996: 147. Ver, também, o Código Processual Civil espanhol, art. 365.2; DE LA OLIVA SANTOS e DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 318; MONTERO AROCA, 2000: 290; GÓMEZ COLOMER, 2000: 254; o Código Processual Civil brasileiro, art. 405, § 1.

¹⁵ Ver, por exemplo, GRAHAM, 2003: 186; 2002: 31; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 3, 601-15; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 421; GIANNELLI, 2003: 213; WEINSTEIN e BERGER, 1975: vol. 3, 601-23; ANDREWS, 2003: 730; ZUCKERMAN, 2003: 667; DENNIS, 1999: 424; CROSS e TAPPER, 1990: 209; BREDIN, 1995: 83; SCHLOSSER, 1983: 271; JAUERNIG, 1991: 192; ARENS e LUKE, 1992: 216; DE LA OLIVA SANTOS e DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 318; MONTERO AROCA, 2000: 289; GÓMEZ COLOMER, 2000: 253; FALCÓN, 2003: vol. 2, 256, 322; Código Modelo para América Latina, art. 145; Código Processual Civil brasileiro, art. 405, § 1.

¹⁶ Sobre a psicologia da prova testemunhal e os problemas relacionados com a forma com que se recordam os fatos, ver *infra* capítulo V, n. 2.

¹⁷ Ver, por exemplo, GRAHAM, 2003: 218; WEINSTEIN e BERGER, 1975: vol. 3, 601-17; GIANNELLI, 2003: 214; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 469; CROSS e TAPPER, 1990: 203; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 774; JAUERNIG, 1991: 192; ARENS e LUKE, 1992: 216; KIELMANOVICH, 1996: 253; FALCÓN, 2003: vol. 2, 258.

testemunha com interesse na causa, e que sob esse fundamento possa nessa intervir, não é competente para testemunhar, devendo-se, pois, excluir o seu testemunho.¹⁸

48. *Testemunhas incompetentes.* Salvo o caso particular da Itália, em geral qualquer pessoa é competente para testemunhar. Na Espanha e na Inglaterra, por exemplo, é dito que a competência para testemunhar é universal.¹⁹ De maneira similar, nos Estados Unidos é dito que uma testemunha é competente desde que possua «uma mínima habilidade de observar, registrar, recordar e recontar, bem como a compreensão do dever de falar a verdade».²⁰ Há somente algumas situações nas quais a testemunha é qualificada como incompetente e, portanto, está impedida de ser interrogada. As mais importantes dessas situações referem-se a algumas consequências das condenações criminais²¹ e ao envolvimento anterior da testemunha na causa na qualidade de juiz, de jurado ou de funcionário do tribunal.²²

49. *Impugnação de testemunhas.* Ainda que uma testemunha seja competente, sua credibilidade pode ser impugnada. Além do seu interesse na causa, há muitas circunstâncias e fatores relativos à pessoa da testemunha – incluindo sua conexão pessoal ou laboral com as partes, suas condições físicas e mentais, suas ideias pré-concebidas, caráter e comportamento, bem como quaisquer outras circunstâncias relevantes – que o julgador pode e deve levar em conta ao avaliar a sua credibilidade, decidindo acerca da confiabilidade de seu testemunho. Dada a importância desse aspecto das provas testemunhais, todos os sistemas permitem às partes contestar a credibilidade de uma testemunha, a partir de qualquer das circunstâncias que podem afetar sua credibilidade, mostrando as razões da impugnação e provando tais circunstâncias. Na maioria dos sistemas de *civil law* é possível fazê-lo, mas não há regulação específica sobre a matéria. Na Espanha, todavia, a *tacha de los testigos* está presente

¹⁸ Ver o art. 246 do Código Processual Civil italiano; também TARUFFO, 1988: 736; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 633; COMOGLIO, 2004a: 442.

¹⁹ Ver o Código Processual Civil espanhol, art. 361; MONTERO AROCA, 2000: 289; ZUCKERMAN, 2003: 667; DENNIS, 1999: 399. Todavia, em alguns sistemas, regras dispostas sobre a incompetência de alguns sujeitos ainda estão presentes: ver, por exemplo, o Código Processual Civil brasileiro, art. 405, § 2.º, impedindo o testemunho de algumas pessoas, incluindo o cônjuge da parte e seus parentes.

²⁰ Ver, por exemplo, GRAHAM, 2003: 184; também DENNIS, 1999: 406.

²¹ Cfr., por exemplo, MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 491; WEINSTEIN e BERGER, 1975: vol. 3, 601-16; CROSS e TAPPER, 1990: 202, 315; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 837.

²² Ver as regras 605 e 606 das *Federal Rules of Evidence*; GRAHAM, 2003: 196; 2002: 39, 40; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 3, 605-2, 606-3, 606-13; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 434, 441; WEINSTEIN e BERGER, 1975: vol. 3, 601-35, 605-3, 606-13. Cfr., também, SCHLOSSER, 1983: 271; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 373, n. 10-23.

no Código Processual vigente, como parte de uma tradição histórica.²³ Nos sistemas de *common law*, a impugnação de uma testemunha parece ser muito mais importante e, por exemplo, nos Estados Unidos, é especificamente regulada pelas regras 607-610 das *Federal Rules of Evidence*.²⁴ Se a impugnação de uma testemunha logra êxito – não importa de que forma – a consequência é que a credibilidade da testemunha fica prejudicada e, portanto, seu valor probatório é reduzido talvez a zero.

50. *Testemunhas escritas.* Em todos os sistemas jurídicos, o testemunho é uma espécie de *Idealtypus* das provas orais. Todavia, a recente evolução de alguns sistemas inclui a tendência a se admitir a apresentação de testemunhos por escrito. Essa tendência pode ser explicada a partir da intenção de economizar tempo e dinheiro na apresentação de testemunhos: quando a testemunha está facilmente disponível para um interrogatório oral, o testemunho será colhido oralmente; porém, em muitos casos, pode ser vantajoso apresentá-lo por escrito.

Nos sistemas de *common law*, os testemunhos escritos são utilizados com maior frequência na etapa preliminar ao juízo, durante a fase de *discovery*. Na Inglaterra, diversas disposições têm sido aprovadas nas últimas décadas, introduzindo mudanças relevantes no domínio do testemunho escrito. Atualmente, é comum admitirem-se as declarações escritas das testemunhas, limitando-se, em geral, o seu interrogatório oral em juízo a um contrainterrogatório sobre o conteúdo de suas declarações realizadas na fase preliminar.²⁵ O intercâmbio de declarações por escrito nessa fase converteu-se, por si, na forma habitual de se apresentar testemunhos no sistema inglês.²⁶

Nos Estados Unidos, o *discovery* é mais complexo e de maior alcance, incluindo também um interrogatório oral preliminar das possíveis testemunhas. O *discovery* inclui depoimentos obtidos por meio de perguntas e respostas escritas e interrogatórios escritos das partes.²⁷ Esses depoimentos

²³ Ver o Código Processual Civil espanhol, arts. 376 e 377; MONTERO AROCA, 2000: 293; DE LA OLIVA SANTOS e DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 327; GÓMEZ COLOMER, 2000: 256. O sistema tradicional francês de *reproche*, que foi bastante comum na Europa, foi abolido pelo códigos processuais mais modernos. O Código Processual Civil brasileiro, art. 405, § 3.º, regula alguns tipos de testemunhas «suspeitas», incluídos aqueles que possam ter algum interesse pessoal na causa.

²⁴ Ver GRAHAM, 2003: 203, 222, 233, 252; LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2003: 381; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: 607-3, 609-6, 610-2; GIANNELLI, 2003: 249; WEINSTEIN e BERGER, 1975: vol. 3, 696-7, 609-46, 610-2; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 464. Para regras similares na Inglaterra, ver DENNIS, 1999: 9.

²⁵ Ver ZUCKERMAN, 2003: 600, 601; DENNIS, 1999: 370.

²⁶ Ver ZUCKERMAN, 2003: 603; DENNIS, 1999: 370; CROSS e TAPPER, 1990: 261; CURZON, 1986: 41.

²⁷ Ver as regras 30 e 33 das *Federal Rules of Civil Procedure*. Ver, também, WRIGHT e MILLER, 1969-1986: vol. 8, 361, 481; JAMES, HAZARD e LEUBSDORF, 1992: 240, 242; FRIEDENTHAL, KANE

e interrogatórios por escrito podem ser utilizados em juízo ou em qualquer outra situação e para qualquer propósito.²⁸ Todavia, depoimentos escritos são normalmente usados para que se obtenham informações rotineiras e a confirmação de documentos, e não como um substituto real do interrogatório oral de testemunhas.²⁹

A tendência à admissão de certas formas de testemunhos escritos surge também em alguns sistemas de *civil law*, tais como os da França, da Alemanha e da Espanha. Em 1976, o Código Processual Civil francês introduziu uma importante reforma da prova testemunhal ao admitir que o testemunho pudesse ser recebido pelo tribunal através de dois procedimentos diferentes, porém equivalentes (ver o art. 199): o interrogatório oral das testemunhas, chamado *enquête*, e a apresentação de *attestation*, isto é, declarações escritas feitas por uma testemunha acerca dos fatos em litígio.³⁰ Uma *attestation* pode ser apresentada por uma das partes ou requerida de ofício pelo tribunal. Deve ser outorgada por uma testemunha competente, que conheça os fatos diretamente; no documento deve se identificar e incluir informações úteis sobre o declarante, além de ser por ele firmado. Todavia, o tribunal pode, mesmo assim, decidir que a testemunha seja interrogada oralmente.³¹

Na Alemanha, a *Zivilprozessordnung*, § 377, 3, estabelece a possibilidade de se prestar testemunho por escrito, após a reforma aprovada em 1990. O tribunal, a seu critério, e considerando a matéria a ser provada e a pessoa da testemunha, pode ordenar que o testemunho seja dado por meio de respostas escritas. Todavia, sempre é possível ordenar um interrogatório oral.³² Na Espanha, os testemunhos escritos, chamados *informes*, são admitidos e especificamente regulados pelos arts. 265.1, 380 e 381 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*.³³ Em outros países de *civil law* não há disposições expressas admitindo os testemunhos por escrito. Não obstante, deve-se considerar que esses documentos escritos acerca dos fatos em litígio podem apresentar-se como documentos «atípicos», segundo o ponto de vista dominante, que admite tais tipos de meios de prova (ver *supra* § 36). Esses documentos, todavia, não serão levados em consideração pelo julgador como equivalentes reais de um teste-

e MILLER, 1985: 395, 398, 399; COVER, FISS e RESNIK, 1988: 826.

²⁸ Ver a regra 32.a) das *Federal Rules of Civil Procedure*; WRIGHT e MILLER, 1969-1986: vol. 8, 449; JAMES, HAZARD e LEUBSDORF, 1992: 240.

²⁹ Cf.: JAMES, HAZARD e LEUBSDORF, 1992: 241; FRIEDENTHAL, KANE e MILLER, 1985: 399.

³⁰ Ver MAZEUD, MAZEUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 618; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 831; CADIEU, 2000: 529; BLANC, 1974: 54, 56.

³¹ Ver o Código Processual Civil francês, arts. 201-203; MAZEUD, MAZEUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 618; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 832; CADIEU, 2000: 530.

³² Ver MURRAY e STURNER, 2004: 273; GOTTWALD, 1995: 109; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 377, n. 6-13; e, em especial, KOUKOUSSELIS, 1990: 58, 177.

³³ Cf.: DE LA OLIVA SANTOS e DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 325; MONTERO AROCA, 2000: 311, 313.

munho em sentido estrito, ainda que possam ter valor probatório no contexto das provas apresentadas.

51. *As partes como fontes de prova.* Em geral, as partes são os indivíduos que melhor conhecem os fatos em litígio. Todavia, as partes são também os maiores interessados em manipular, distorcer e ocultar a verdade. Por conseguinte, ainda que o conhecimento das partes possa ser útil para descobrir a verdade desses fatos, tal conhecimento deve ser manejado muito cautelosamente pelo julgador. Por muitos séculos, a máxima tradicional *nemo testis in causa propria* impediu o interrogatório das partes na condição de testemunhas: essa era uma maneira de resolver restritamente, e *a priori*, o problema das partes serem ou não consideradas testemunhas confiáveis.³⁴ Não obstante, as partes eram usadas como fonte de prova de outras maneiras, isto é, como autores de confissões civis ou juramentos judiciais (ver *infra* §§ 54-55). Por outro lado, introduziram-se e são habituais outras formas de interrogatório das partes, ainda que não possam ser consideradas equivalentes a um testemunho em sentido estrito. Ademais, em alguns sistemas abandonou-se a tradicional proibição de interrogar as partes como testemunhas.

Esse é o caso, atualmente, dos sistemas de *common law*, como consequência de importantes mudanças que ocorreram no curso do século XIX, quando antigas regras relativas à desqualificação das partes como testemunhas perderam vigência. Na Inglaterra, isso ocorreu com algumas leis promulgadas entre 1846 e 1869 e, especialmente, em 1851 com o *Lord Brougham's Act*.³⁵ Essas leis reformaram as velhas regras e introduziram novas disposições admitindo o interrogatório das partes como testemunhas nas causas civis.³⁶

Algo similar ocorreu na mesma época nos Estados Unidos. O *Field Code* de 1849 foi a primeira de várias leis que modificaram o antigo sistema.³⁷ O resultado dessa transformação é que a regra atual de que «toda pessoa é competente para ser testemunha» inclui também as partes. Portanto, as partes são interrogadas de acordo com a regulação acerca do interrogatório de testemunhas.³⁸

³⁴ Sobre a história do problema, ver, em geral, CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 421, 485, 540, 701, 770.

³⁵ *Evidence Act* de 1851, 14 e 15 Vict., c. 99. Sobre a história da reforma inglesa, consulte-se ALLEN CHRISTOPHER, 1997: 98, 100, 104, 110. Ver, também, CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 441; CROSS e TAPPER, 1990: 203.

³⁶ Esta mudança foi um dos aspectos de uma transformação mais profunda em relação à estrutura do juízo. Ver CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 441.

³⁷ Sobre o *Field Code*, ver *Laws N.Y.* 1848, cap. 379; também, ver CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 457; FRIEDMAN, 1985: 402.

³⁸ A única exceção que sobrevive é a estabelecida pelas chamadas «leis do homem morto» (*dead man's statutes*), que estabelecem que, em um negócio contratual, uma das partes não pode testemunhar a respeito se a outra tiver morrido; ver GIANNELLI, 2003: 217; GRAHAM, 2003: 191; FRIEDENTHAL e SINGER, 1985: 189; LILLY, 1987: 87.

52. O interrogatório das partes no civil law: o modelo austro-alemão. Nos sistemas de civil law, o problema de interrogar as partes como testemunha é, como sempre foi, muito mais complicado. Os procedimentos europeus conheceram por muito tempo algumas formas de *interrogatio* das partes, mas sua evolução foi lenta e complexa.³⁹

Na Áustria introduziu-se uma novidade importante no século XIX, quando o velho interrogatório das partes pelo juiz, que somente tinha por objeto esclarecer os argumentos e alegações dos fatos, transformou-se em um meio de obter um real testemunho das partes.⁴⁰ O resultado final dessa evolução foi alcançado na *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895, ainda vigente, que prevê três tipos de interrogatório das partes: a) O tribunal pode interrogar as partes com o propósito de obter esclarecimentos relativos aos argumentos e alegações dos fatos. As respostas não são provas em sentido estrito, ainda que possam ajudar o tribunal na apreciação do valor de outros elementos de prova;⁴¹ b) A chamada *Parteivernehmung* é um interrogatório das partes cujo objetivo é obter seu testemunho. Pode ser necessária para integrar os demais meios de prova e precisa ser requisitada previamente pelo tribunal com referência a fatos específicos.⁴² A *Parteivernehmung* pode ser realizada: b1) sem juramento, ou b2) sob juramento da parte em questão, a critério do tribunal.⁴³ Em ambos os casos, as respostas dadas pela parte constituem elementos de prova e o seu valor probatório é avaliado discricionariamente pelo julgador.

Um instrumento similar existe na Alemanha; todavia, esse é resultado de uma evolução histórica diferente e peculiar.⁴⁴ Em 1933, uma importante reforma da *Zivilprozessordnung* de 1877 aboliu o juramento das partes e introduziu a *Parteivernehmung* como um meio de obter elementos de prova sobre os fatos em litígio.⁴⁵ Tal interrogatório deve ser distinguido de outro interrogatório das partes que tem como único propósito esclarecer as suas alegações, chamado de *Anhörnung der Partei*: esse é ordenado pelo juiz – que pode intimar as partes para que compareçam pessoalmente – somente com o objetivo de,

³⁹ Ver, em geral, CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 486, 540, 550.

⁴⁰ Ver CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 491.

⁴¹ Cfr.: o Código Processual Civil austríaco, §§ 182-184; ver CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 508; HOLZHAMMER, 1976: 272.

⁴² Ver o Código Processual Civil austríaco, §§ 371-375. Ver FASCHING, 1990: 528; 1959-1974: vol. 3, §§ 371 e 375; HOLZHAMMER, 1976: 272. Segundo CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 512, o papel subsidiário da *Parteivernehmung* austríaca é a diferença mais relevante em relação ao testemunho das partes nos Estados Unidos.

⁴³ Ver o Código Processual Civil austríaco, §§ 376-378; FASCHING, 1959-1974: vol. 3, §§ 376 e 378; 1990: 531; HOLZHAMMER, 1976: 273; CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 516. O tribunal pode ordenar que o interrogatório seja feito sob juramento quando os resultados do interrogatório livre não sejam suficientes para estabelecer a verdade dos fatos.

⁴⁴ Ver a detalhada reconstrução feita por CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 540. Ver, também, MUNKS, 1991: 49, 79, 127.

⁴⁵ Ver CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 607; MUNKS, 1991: 157, 175.

como já foi dito, esclarecer as alegações e os fatos em litígio. Nesse caso, as respostas dadas pelas partes não são meios de provas em sentido estrito.⁴⁶

O interrogatório das partes tem uma regulamentação complexa no Código Processual Civil alemão,⁴⁷ no qual o § 445 dispõe que a parte que possui o ônus de provar um fato pode promover e provocar o interrogatório da outra parte sobre esse mesmo fato, ainda que o juiz possa rejeitar tal solicitação.⁴⁸ Ainda, o § 448 confere ao tribunal o poder de ordenar de ofício o interrogatório de uma ou de ambas as partes quando o resultado dos outros elementos de prova não for suficiente para estabelecer a veracidade ou falsidade dos fatos em litígio.⁴⁹ Quando o resultado do interrogatório livre das partes não é suficiente para decidir sobre os fatos, o tribunal pode ordenar que uma ou ambas as partes prestem juramento sobre suas respostas: o tribunal decide discricionariamente qual parte prestará juramento e sobre quais fatos (§ 452).⁵⁰ Em qualquer caso, as respostas dadas pelas partes na *Parteivernehmung* são valoradas discricionariamente pelo tribunal, de acordo com o princípio da livre apreciação da prova (§ 453).⁵¹ A *Parteivernehmung* é um instrumento peculiar para interrogar as partes, devendo ser considerado como um tipo particular de testemunho das partes.⁵² Em verdade, as partes são interrogadas da mesma maneira que as testemunhas (ver o § 451), e o valor probatório das suas respostas também é apreciado da mesma maneira. Há, então, uma convergência significativa entre o interrogatório das partes nos sistemas de *common law* e o instrumento equivalente no modelo austro-alemão. O Código Processual Civil espanhol introduziu recentemente um instrumento semelhante, abandonando as formas tradicionais de confissão e juramento, e adotando uma nova forma de interrogatório das partes. Nessa nova classe de prova, as partes podem se contrainterrogar, recaindo sobre o tribunal a avaliação discricionária do valor probatório atribuído às suas respostas.⁵³

⁴⁶ O Código Processual Civil alemão, § 139, estabelece este tipo de interrogatório. Ver SCHLOSSER, 1983: 281; JAUERNIG, 1991: 203; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: §§ 139 e 141; ZPO-KOMM, 1987: § 139.

⁴⁷ Cfr., em geral, MÜLLER, 1991.

⁴⁸ Ver MURRAY e STURNER, 2004: 291; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 445, n. 8; ZPO-KOMM, 1987: § 445, n. 3; ARENS e LUKE, 1992: 229; JAUERNIG, 1991: 202; SCHLOSSER, 1983: 280; MUNKS, 1991: 180.

⁴⁹ Ver MURRAY e STURNER, 2004: 292; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 448, n. 1-14; ZPO-KOMM, 1987: § 448; ARENS e LUKE, 1992: 229; JAUERNIG, 1991: 203; SCHLOSSER, 1983: 280; MUNKS, 1991: 188.

⁵⁰ Ver MURRAY e STURNER, 2004: 293; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 452; ZPO-KOMM, 1987: § 452; ARENS e LUKE, 1992: 229; JAUERNIG, 1991: 204; MUNKS, 1991: 194.

⁵¹ Ver BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 453; ZPO-KOMM, 1987: § 453; ARENS e LUKE, 1992: 229; JAUERNIG, 1991: 204.

⁵² Ver, principalmente, CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 643; MÜLLER, 1991: 20.

⁵³ Ver o Código Processual Civil espanhol, arts. 301-316; DE LA OLIVA SANTOS e DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 313; MONTERO AROCA, 2000: 167; FERRER BARRIENOS, 2000: 114, 121, 145,

53. O *interrogatório das partes no civil law: o modelo francês*. Os sistemas processuais que seguem o modelo francês mantêm um enfoque diferente sobre o papel das partes como fonte de prova, dispondo de várias formas de declarações probatórias que elas podem realizar, cada qual com um grau diferente de valor probatório.

O mínimo valor probatório é aquele das respostas fornecidas pelas partes quando interrogadas pelo juiz no curso da *comparution personnelle* na França ou do *interrogatorio libero* (ou *non formale*) na Itália. Na França, de acordo com o art. 184 do Código Processual Civil, o tribunal pode ordenar a *comparution personnelle* das partes com o objetivo de interrogá-las sobre qualquer aspecto relevante da causa.⁵⁴ O juiz interroga as partes separada ou conjuntamente e os advogados podem requerer ao juiz que lhes formule perguntas específicas.⁵⁵ Finalmente, as respostas dadas pelas partes são valoradas pelo tribunal discricionariamente.⁵⁶ A característica principal da *comparution personnelle* é que essa pode ter uma função probatória, ao prover o tribunal com respostas que poderiam ter valor probatório. Todavia, não é somente um mecanismo probatório, uma vez que sua função principal é ajudar o tribunal a esclarecer as pretensões e os argumentos das partes.

Algo similar ocorre na Itália com o *interrogatorio libero*. O art. 117 do Código Processual Civil originalmente conferiu ao tribunal o poder discricionário de ordenar as partes a comparecerem pessoalmente perante este com o propósito de serem interrogadas; a seguir, em 1973, esse interrogatório tornou-se obrigatório nas causas trabalhistas e, posteriormente, em 1990, uma nova reforma o estabeleceu como obrigatório em todas as causas cíveis.⁵⁷ Uma última reforma, introduzida em 2005, conferiu ao juiz a faculdade de interrogar as partes somente se assim por elas requerido de mútuo acordo (ver art. 183 do Código Processual Civil). Os propósitos desse tipo de interrogatório são diversos: a) pode-se usar com o fim de permitir que as partes esclareçam o objeto da causa e permitir que o tribunal compreenda melhor suas posições; b) para se fomentar um acordo voluntário da causa; e c) pode-se usar para obter

165.

⁵⁴ Este é, por ora, o único recurso que pode ser usado na França para interrogar as partes; ver VINCENT e GUINCHARD, 2003: 827; CADDIET, 2000: 523; BLANC, 1974: 45; CAPPELLETTI, 1962: vol. 2, 779.

⁵⁵ Ver os arts. 189, 182 e 193 do Código Processual Civil francês; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 768.

⁵⁶ O art. 198 do Código Processual Civil dispõe que o tribunal pode extrair qualquer conclusão jurídica de tais respostas, o que significa que podem ter pleno valor probatório. O tribunal também pode atribuir valor probatório ao comportamento de uma parte que não tenha comparecido perante o tribunal ou que não tenha respondido às perguntas do juiz. Ver VINCENT e GUINCHARD, 2003: 830; CADDIET, 2000: 525.

⁵⁷ Cfr., em geral, TARUFFO, 1993: 57; CARPI e TARUFFO, 2002: 364, 561; COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 588; COMOGGIO, 2004: 520.

das partes respostas que possam fornecer ao juiz elementos de prova relativos aos fatos em litígio.⁵⁸ Nesse último caso, as declarações das partes acerca dos fatos em litígio têm um valor probatório muito baixo: segundo o art. 229 do Código Processual Civil italiano, essas não podem ser tomadas como uma confissão e, de acordo com o art. 116, § 2, consideram-se somente como *argomenti di prova*, isto é, como elementos de prova classificados no nível mais baixo possível na escala de valores probatórios.⁵⁹ Dessa forma, a valoração realizada pelo tribunal das respostas dadas pelas partes é discricionária, mas limitada pela lei. Por conseguinte, está claro que o *interrogatorio libero* não é um meio para se obter o testemunho das partes, podendo só eventualmente constituir prova adicional sobre os fatos em litígio.

54. A *confissão*. Alguns sistemas de *civil law* estão, todavia, sob a influência da tradição histórica europeia relativamente a algumas declarações peculiares que as partes podem fazer sobre os fatos em litígio. Um exemplo importante é a confissão, isto é, a admissão – por uma das partes – da verdade acerca de um enunciado de fato que lhe é juridicamente desfavorável. Na França, na Espanha, na Itália e em outros sistemas de *civil law*, a confissão é considerada um tipo especial de prova e está regulada detalhadamente pela lei, por vezes com disposições processuais muito específicas.

Uma confissão pode ser feita de diversas maneiras. Na França, essa pode ser realizada no curso da *comparution personnelle* das partes (ver *supra* § 53).⁶⁰ Na Itália e na Espanha pode ser feita no curso do processo, seja de maneira espontânea ou mediante mecanismos processuais específicos que têm por objeto requerer à parte que responda a um conjunto de questões formulado pela outra parte, que solicita a confissão.⁶¹ Essa parte submete as questões ao tribunal e, então, esse interroga a outra com base nessas perguntas. Se a parte as responde admitindo a verdade dos fatos que lhe são desfavoráveis, a confissão é alcançada; se a parte nega a veracidade desses fatos, nenhuma prova é produzida; se a parte não comparece ou se recusa a responder, o tribunal pode considerar sua conduta no contexto das provas e pode concluir que os fatos envolvidos são verdadeiros.⁶² Se a parte admite os fatos desfavoráveis, mas

⁵⁸ Ver TARUFFO, 1993: 57; COMOGGIO, 2004a: 523; VACCARELLA, 1972: 353.

⁵⁹ Ver TARUFFO, 1992a: 453; CARPI e TARUFFO, 2002: 363; COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 655; COMOGGIO, 2004a: 524; RICCI, 1988: 1036.

⁶⁰ Ver, por exemplo, TERRÉ, 2003: 521; CADDIET, 2000: 525.

⁶¹ Cfr. os arts. 228-232 do Código Processual Civil italiano; também CARPI e TARUFFO, 2002: 703; SILVESTRI, 1988: 429; COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 641; COMOGGIO, 2004a: 511; os arts. 579-595 do Código Processual Civil espanhol. Para regramentos similares na Argentina e Peru, ver FALCÓN, 2003: vol. 2, 176; KIELMANOVICH, 1996: 382; HINOSTROZA MINGUEZ, 2000: 139. Consulte-se, também, o Código Processual Civil brasileiro, art. 349.

⁶² Ver, por exemplo, o art. 232 do Código Processual Civil italiano; também SILVESTRI, 1988: 430; COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 641; COMOGGIO, 2004a: 513; CARPI e TARUFFO, 2002: 703, 711; FALCÓN, 2003: vol. 2, 197; o art. 343, § 2.º, do Código Processual Civil brasileiro.

acrescenta algumas circunstâncias favoráveis, suas declarações não podem ser «divididas», devendo ser valoradas em seu conjunto.⁶³ Por vezes, essa valoração é deixada à discricionariedade do tribunal, não sendo regulada pela lei;⁶⁴ por outras, o problema resolve-se com a aplicação direta da lei.⁶⁵

É possível, também, produzir uma confissão fora do processo, sempre que uma parte admitir a verdade de fatos que lhe são desfavoráveis. Tal declaração pode ser considerada um elemento de prova; todavia, por certo, necessita ser comprovada no processo no qual é oferecida como tal.⁶⁶

Como regra, uma confissão tem um valor jurídico estabelecido pela lei: a declaração feita pela parte em questão será considerada como verdadeira. Por conseguinte, essa não pode ser confrontada por elementos de prova contrários e não pode ser valorada discricionariamente pelo tribunal,⁶⁷ salvo casos específicos expressamente regulados.⁶⁸ O argumento aduzido comumente para justificar o efeito vinculante da confissão é uma espécie de máxima do senso comum, segundo a qual ninguém admitiria a verdade de um fato desfavorável, a menos que tal fato fosse verdadeiro. Todavia, essa é claramente uma justificação muito frágil: o mesmo argumento seria mais racional se usado para propor um padrão para a avaliação discricionária do valor probatório da confissão de uma das partes, e não como fundamento para justificar seu efeito vinculante. Em verdade, a confissão como declaração probatória vinculante

⁶³ Ver o art. 1.356 do Código Civil francês; também MAZEUD, MAZEUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 612; GHESTIN e GOUBEUX, 1977: 535; o art. 2.734 do Código Civil italiano; SILVESTRI, 1988: 429; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 644; COMOGLIO, 2004a: 515; KIELMANOVICH, 1996: 383; FALCÓN, 2003: vol. 2, 178; o Código Processual Civil brasileiro, art. 354.

⁶⁴ Ver MAZEUD, MAZEUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 612; GHESTIN e GOUBEUX, 1977: 535; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 316, 341, 357.

⁶⁵ O art. 2.734 do Código Civil italiano dispõe que a declaração em seu conjunto é vinculante se a outra parte não nega as circunstâncias aduzidas; porém, se forem negadas pela parte contrária, a declaração em seu conjunto será valorada discricionariamente pelo tribunal.

⁶⁶ Ver, por exemplo, o art. 2.735 do Código Civil italiano e o art. 1.239 do Código Civil espanhol. Ver, também, COMOGLIO, 2004a; RAMOS MÉNDEZ, 1990: vol. 1, 583; GHESTIN e GOUBEUX, 1977: 537; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 332.

⁶⁷ Cfr. o Código Civil francês, art. 1.356; MAZEUD, MAZEUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 610; TERRÉ, 2003: 522; LAGARDE, 1994: 191, 197; KIELMANOVICH, 1996: 432; o Código Civil italiano, art. 2.733; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 642; COMOGLIO, 2004a: 499; FALCÓN, 2003: vol. 2, 217.

⁶⁸ Ver, por exemplo, o art. 2.733 do Código Civil italiano; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 643. Uma confissão prestada fora do tribunal não constitui prova na França (ver MAZEUD, MAZEUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 613; GHESTIN e GOUBEUX, 1977: 538), tampouco na Bélgica (ver VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 336). Na Itália, por outro lado, constitui-se em uma prova vinculante quando dirigida à parte contrária; todavia, é sujeita à valoração discricionária do tribunal quando dirigida a um terceiro ou quando faz parte de um testamento. Consulte-se o art. 2.735 do Código Civil italiano; SILVESTRI, 1988: 430; COMOGLIO, 2004a: 499. Para o caso da Argentina, ver FALCÓN, 2003: vol. 2, 219.

é uma relíquia do passado que segue existindo simplesmente pela inércia de alguns legisladores europeus.

55. *O juramento das partes.* Outra relíquia histórica que ainda sobrevive em alguns sistemas processuais é o juramento que uma das partes pode prestar acerca da veracidade de um fato. Em verdade, por muito tempo, vários tipos de juramento tiveram um papel importante no direito probatório europeu.⁶⁹ Não é surpresa alguma, portanto, que alguns países ainda não tenham se livrado deles.

Também nesse domínio, o modelo foi o Código Civil francês, imitado por tantos outros códigos. A ideia básica é a de que uma parte pode pronunciar de forma solene e sob juramento uma declaração acerca de um fato principal em litígio. Tal declaração deve ser considerada como um elemento de prova vinculante, em virtude de sua solenidade e das consequências que advêm do fato de jurar o falso. Não se pode supor que alguém invoque Deus em apoio a uma declaração falsa; ademais, em geral, aplicam-se sanções criminais nos casos de perjúrio.⁷⁰

O juramento pode ser decisivo ou suplementar.⁷¹ O juramento decisivo é provocado por uma das partes, que exorta a outra a jurar a verdade de um fato que lhe é favorável. Esse deve ser um fato principal, de modo que o caso decida-se total ou parcialmente somente com base no juramento.⁷² Se a parte comparece ao tribunal e presta juramento, o caso deve ser resolvido em seu favor: a declaração jurada não pode ser confrontada de modo algum e o juiz está obrigado a considerar o fato como verdadeiro.⁷³

Se a parte que foi instada a prestar o juramento não comparece ou se recusa a prestá-lo, o juiz deve considerar os fatos como provados contra

⁶⁹ Para a história do juramento judicial, ver LEVY, 1963a: 43, 66; VILLERS, 1963: 355; GILLESSEN, 1963: 781; FALCÓN, 2003: vol. 2, 163.

⁷⁰ Ver, por exemplo, MAZEUD, MAZEUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 614; TERRÉ, 2003: 525; GHESTIN e GOUBEUX, 1977: 538; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 367; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 646; COMOGLIO, 2004a: 527; NICOLETTI, 1982.

⁷¹ O Código Processual Civil espanhol, em seu art. 580, adota um tipo diferente de distinção ao falar em *juramento decisivo* ou *indecisorio*. Não obstante, esses tipos de juramento têm por objeto confirmar a confissão de uma das partes.

⁷² Ver o art. 1.357 do Código Civil francês; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 857; CADJET, 2000: 3; GHESTIN e GOUBEUX, 1977: 539; o Código Civil italiano, art. 2.736; COMOGLIO, 2004a: 534. ⁷³ Cfr. o Código Civil francês, art. 1.365; CADJET, 2000: 3; MAZEUD, MAZEUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 615; TERRÉ, 2003: 525; GHESTIN e GOUBEUX, 1977: 542; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 384; o Código Civil italiano, art. 2.738; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 651; COMOGLIO, 2004a: 533, 542; NICOLETTI, 1982: 75, 118. Mesmo que a parte cometa perjúrio, e assim restar estabelecido em um processo penal, o juramento não se invalida: a única consequência é que a outra parte tem o direito a reclamar os danos sofridos em virtude do perjúrio (ver, por exemplo, COMOGLIO, 2004a: 542).

essa parte.⁷⁴ Há alguns limites à admissibilidade do juramento judicial: os fatos devem «pertencer» à parte, o que significa que essa deve ter realizado ou conhecido diretamente os fatos; o juramento não pode ser utilizado para provar o contrário do que está certificado por um documento público, ou para provar um fato ilegal. Ademais, não se pode admitir o juramento quando as partes não podem dispor do direito substancial envolvido.⁷⁵

O juramento suplementar pode ser usado quando certo grau de prova acerca dos fatos em litígio existe (a chamada *semiplena probatio*), mas não é suficiente para prová-los de maneira completa.⁷⁶ O juiz decidirá qual das partes será convidada a prestar juramento. Por vezes, o resultado do juramento é vinculante, enquanto por outras, o tribunal irá valorá-lo de maneira discricionária.

Um subtipo de juramento suplementar é usado com o propósito de se fixar o valor de algo ou o montante de uma soma em dinheiro, quando não há outros meios de prova para se demonstrar tal valor. Quando o tribunal decide-se por esse tipo de juramento, também é ele que decidirá qual parte será convidada a prestá-lo. O próprio tribunal pode fixar um limite máximo para o valor econômico em questão, de modo que o juramento será vinculante somente até esse limite.⁷⁷

Em alguns sistemas processuais, a sobrevida dos juramentos tem sido agudamente criticada: como prova legal, entra em conflito com o princípio da livre apreciação da prova; é um resíduo de um formalismo ultrapassado e fora de moda no direito probatório; é uma espécie de mecanismo ordálico de resolver disputas, o que não oferece nenhuma garantia de veracidade nas sociedades modernas e laicas. Não obstante, os juramentos sobrevivem, por inércia e também porque podem resultar úteis em alguns casos marginais, nos quais não há qualquer outra prova disponível. Cabe questionar, todavia, se tais casos não seriam melhor decididos com base no ônus da prova, e não a partir de declarações juradas duvidosas e pouco confiáveis.

⁷⁴ Ver, por exemplo, o Código Processual Civil italiano, art. 239; COMOGLIO, 2004a: 548; CARPI e TARUFFO, 2002: 725; o Código Civil francês, art. 1.361; MAZEAUD, MAZEAUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 621; TERRÉ, 2003: 528; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 858.

⁷⁵ Ver MAZEAUD, MAZEAUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 615; TERRÉ, 2003: 526; GHESTIN e GOUBEAUX, 1977: 540; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 373; COMOGLIO, 2004a: 539.

⁷⁶ Ver o Código Civil francês, art. 1.366; assim como VINCENT e GUINCHARD, 2003: 857; MAZEAUD, MAZEAUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 621; TERRÉ, 2003: 528; GHESTIN e GOUBEAUX, 1977: 542; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 391; o Código Civil italiano, art. 2.736, n. 2; COMOGLIO, 2004a: 551; CARPI e TARUFFO, 2002: 729.

⁷⁷ Ver o Código Civil francês, art. 1.369; TERRÉ, 2003: 529; GHESTIN e GOUBEAUX, 1977: 543; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 395; o Código Civil italiano, art. 2.736, n. 2; o Código Processual Civil italiano, art. 241; COMOGLIO, 2004a: 551; CARPI e TARUFFO, 2002: 729.

B. A PROVA DOCUMENTAL

56. *Provas escritas.* Desde a Idade Média, as provas escritas têm sido usadas como o principal meio para se conferir certeza às transações jurídicas.⁷⁸ As exigências do comércio e dos negócios financeiros, bem como a necessidade de se contar com provas confiáveis dos contratos e de muitos outros tipos de negócios produziram um largo uso dos documentos na vida cotidiana e também nos processos judiciais. A prática criou diversos tipos de documentos de acordo com essas necessidades, observando as características institucionais e a evolução de cada sistema. A crescente importância dessa prática foi reconhecida no direito material e processual. Em consequência, em todos os sistemas jurídicos há várias regras relativas à forma escrita de negócios jurídicos e à apresentação de provas escritas nos processos judiciais. Todavia, a regulação material da forma dos contratos não é considerada na matéria aqui examinada, e o mesmo pode ser dito das diversas teorias acerca das funções materiais dos documentos.

Ainda que no contexto processual as coisas sejam um pouco mais simples, pode resultar útil fazer algumas observações acerca do conceito de documento, ou prova documental. Esses conceitos são, em certa medida, variáveis. Em alguns sistemas, mantém-se uma definição muito ampla, segundo a qual um documento é «qualquer coisa que represente um fato», independentemente da natureza da «coisa» que tenha essa função.⁷⁹ Assim, esse conceito inclui documentos escritos, documentos não escritos (tais como os registros de computador) e qualquer outra coisa que tenha a capacidade de representar um fato, como fotos, vídeos, fitas-cassete, entre outras.⁸⁰ Pelo contrário, em alguns sistemas, o conceito de documento é muito menos inclusivo e equivale ao conceito tradicional de documento escrito. Assim, um documento define-se como qualquer escrito que represente um fato ou que contenha uma declaração acerca de um fato; qualquer outra coisa, ainda que represente um fato, não é um documento em sentido próprio.⁸¹ Por outro lado, a tendência que parece prevalecer nos sistemas de *common law*, e em particular nos Estados

⁷⁸ Sobre a história das provas escritas, ver, em geral, LÉVY, 1963a: 51; GILLESSEN, 1963: 812; VILLERS, 1963: 350; KIELMANOVICH, 1996: 275.

⁷⁹ Essa definição ampla é bastante comum, e.g., na Itália. Ver, por exemplo, COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 657; COMOGLIO, 2004a: 244; PATTI, 1991: 2; DENZI, 1988: 713; DE SANTIS, 1988: 17.

⁸⁰ Ver a nota anterior. Na Inglaterra, por vezes se usa uma definição igualmente extensa (ver CROSS e TAPPER, 1990: 679; mas, para uma definição mais restrita, consulte-se DENNIS, 1999: 371). Na Espanha existem definições amplas e reduzidas das provas documentais; para um panorama geral, ver MONTERO AROCA, 2000; sobre as definições de «documento» exclusivamente como *escritura*, cfr. DE LA OLIVA SANTOS e DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 332.

⁸¹ Ver, por exemplo, MURRAY e STURNER, 2004: 275; MUSIELAK, 1991: 241; MUSIELAK e STADLER, 1984: 61; SCHLOSSER, 1983: 274; JAUERNIG, 1991: 198; ARENS e LÜKE, 1992: 225. Para uma definição mais ampla, ver SCHREIBER, 1982: 19.

Unidos, é que sejam consideradas as provas documentais não como um tipo especial de provas, mas como um caso do conceito mais amplo de prova real ou demonstrativa.

Essas diferenças são o resultado de tradições e enfoques teóricos distintos que aqui não podem ser discutidos. Em todo o caso, com o objetivo de ordenar a apresentação que segue, as provas escritas serão tratadas como um tipo especial de prova, enquanto os documentos não escritos serão examinados separadamente. Cumpre ressaltar, todavia, que um documento escrito pode ser utilizado de duas maneiras distintas: a) quando é usado como uma maneira de expressar alguns enunciados tem função representativa em relação a seus conteúdos. Em tal caso, o documento cumpre uma função similar à da prova testemunhal, uma vez que expressa o pensamento de alguém a respeito de algo; b) quando é usado como um objeto material, isto é, uma coisa carregando uma inscrição, é um meio de prova real em sentido próprio, pois é o documento, a própria coisa material, que se usa como prova, não as declarações nele contidas.⁸²

57. *Documentos públicos ou oficiais e privados.* A regulação das provas escritas segue padrões diferentes nos sistemas de *civil law* e nos de *common law*. Os primeiros ocupam-se das provas escritas, sobretudo para determinar o grau de valor probatório que é típico de cada classe de documento, com disposições detalhadas, geralmente encartadas nas partes dos códigos materiais dedicadas à regulação dos contratos e de outros tipos de negócios. Os últimos não consideram especificamente o valor probatório dos documentos, pois, como acontece com qualquer outro tipo de prova, as provas escritas submetem-se à valoração discricionária do julgador. Esses sistemas ocupam-se principalmente com alguns casos nos quais a prova escrita é requerida pelo ordenamento jurídico.

Nos sistemas de *civil law*, a questão principal é a distinção entre documentos ou escrituras públicas ou oficiais e escritos privados. Em verdade, essa distinção é a base para as disposições acerca do papel das provas escritas no contexto judicial. Um documento público ou oficial é um documento escrito redigido por um funcionário público (principalmente por um notário) ou por outra pessoa investida na função oficial de redigir escrituras. O documento deve ser redigido no cumprimento dessa função e de acordo com os procedimentos específicos regulados pelo ordenamento jurídico.⁸³

⁸² Sobre tal distinção, ver DENNIS, 1999: 372; CROSS e TAPPER, 1990: 44; MUSIELAK e STADLER, 1984: 61; DE SANTIS, 1988: 32.

⁸³ As disposições que regulam os documentos públicos ou oficiais são similares na maioria dos sistemas. Ver, por exemplo, o Código Processual Civil alemão, § 415; MURRAY e STURNER, 2004: 276; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 415, n. 1-2; ZPO-KOMM, 1987: § 415; MUSIELAK, 1991: 241; JAUERNIG, 1991: 199; SCHLOSSER, 1983: 275; ARENS e LUKE, 1992:

Por vezes, distinções adicionais são feitas no âmbito dos documentos públicos. Por exemplo, na Alemanha distinguem-se os chamados *Tatbestandsurkunden* dos *Zeugniskunden*, a depender do seu conteúdo incluir um negócio jurídico ou um testemunho.⁸⁴ Todavia, a definição jurídica de um documento público ou oficial é muito genérica e frequentemente utilizada seja qual for o seu conteúdo, uma vez que se baseia, sobretudo, na função oficial do autor do documento e na sua adequação às regras que regem a elaboração dos documentos públicos.

58. *O valor probatório dos documentos públicos.* Os sistemas que incluem uma regulação do valor probatório dos documentos públicos tendem, em geral, a considerá-los como provas legais. Como regra, um documento público ou oficial – sempre que tenha sido elaborado pelo sujeito competente, de acordo com os procedimentos devidos – tem efeito vinculante sobre todos e, em particular, sobre o tribunal. Todavia, esse valor probatório muito especial e forte não abarca todo o seu conteúdo, e tampouco todos os aspectos do documento. Esse valor probatório é usualmente atribuído às declarações do autor da escritura, aos fatos ocorridos na sua presença (que assim os declara haver percebido pessoalmente), ao fato de que alguém haja realizado alguma declaração em sua presença, às assinaturas dessas pessoas e à data do documento.⁸⁵ Em geral, o valor probatório formal do documento cobre «o que o documento diz», isto é, as declarações feitas por seu autor. Esse valor não abarca a verdade de nenhum outro enunciado, feito pelas partes ou

227; TESKE, 1990: 115; o Código Processual Civil austríaco, §§ 292 e 293; FASCHING, 1990: 495; 1959-1974: vol. 3, 293; o Código Civil francês, art. 1.317; MAZEUD, MAZEUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 598; TERRÉ, 2003: 484; GHESTIN e GOUBEAUX, 1977: 493; TESKE, 1990: 9, 11; o Código Processual Civil espanhol, art. 317; DELA OLIVA SANTOS e DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 335; MONTERO AROCA, 2002: 204; RAMOS MÉNDEZ, 1990: vol. 1, 560; MUÑOZ SABATÉ, 1967: 239; SILVA MELERO, 1963-1964: vol. 1, 261; o Código Civil italiano, art. 2.699; PATTI, 1991: 8; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 658; COMOGLIO, 2004a: 301; o Código Civil belga, art. 1.317; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 210; KIELMANOVICH, 1996: 286; HINOSTROZA MINGUEZ, 2000: 206. FALCÓN, 2003: vol. 1, 879.

⁸⁴ Ver ARENS e LUKE, 1992: 227; JAUERNIG, 1991: 201; SCHLOSSER, 1983: 275. Para uma distinção similar entre *wirkenden Urkunden* e *bezeugenden Urkunden*, cfr. MURRAY e STURNER, 2004: 277.

⁸⁵ Ver o Código Processual Civil alemão, §§ 415, 417 e 418; MURRAY e STURNER, 2004: 276; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 415, n. 3-6, §§ 417 e 418; ZPO-KOMM, 1987: §§ 415, 417 e 418; MUSIELAK, 1991: 242; TESKE, 1990: 126; ARENS e LUKE, 1992: 226; JAUERNIG, 1991: 201; o Código Processual Civil austríaco, §§ 292, 294, 310 e 312; FASCHING, 1990: 497; o Código Civil francês, art. 1.319; MAZEUD, MAZEUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 595; TERRÉ, 2003: 487; GHESTIN e GOUBEAUX, 1977: 496; LAGARDE, 1994: 174; TESKE, 1990: 18; o Código Civil belga, arts. 1.319 e 1.320; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 221; o Código Civil espanhol, arts. 1.218 e 1.219; MONTERO AROCA, 2000: 231; RAMOS MÉNDEZ, 1990: vol. 1, 566; MUÑOZ SABATÉ, 1967: 239; SILVA MELERO, 1963-1964: vol. 1, 261; o Código Civil italiano, art. 2.700; PATTI, 1991: 8; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 600; COMOGLIO, 2004a: 305; o Código Civil argentino, arts. 993 e 994; KIELMANOVICH, 1996: 290; FALCÓN, 2003: vol. 1, 880.

por qualquer outra pessoa, que se registre no documento. Por óbvio, somente escrituras autênticas regularmente redigidas podem ter esse valor probatório vinculante. Se faltar algum dos requisitos legais, o documento ainda pode ser usado como um escrito privado se possuir as características requeridas para esse tipo de documento.⁸⁶

59. *Documentos privados.* Qualquer documento que por alguma razão não seja uma escritura pública ou oficial é um documento privado. Esse conceito inclui uma grande quantidade e uma variedade ilimitada de escritos, tais como: documentos públicos inválidos, contratos, contas, recibos, correspondência privada, testamentos, entre outros. Por vezes, esses escritos são assinados pelas partes ou por uma delas, mas podem ser assinados por terceiros ou, ainda, não serem assinados. Todavia, somente em casos especiais documentos apócrifos são admitidos como prova, uma vez que a assinatura identifica o autor das declarações escritas no documento.⁸⁷

Dentro dessa ampla e indeterminada classe, alguns tipos de documentos privados são objeto de específica consideração pela lei. Esse é o caso dos documentos privados que incluem declarações acerca de um negócio contratual referente a ambas as partes ou somente àquela que assinou o documento. Esse tipo de documento privado é o tipo de prova mais comum para se demonstrarem negócios jurídicos. Tal tipo de documento não possui forma especial ou predeterminada: pode ser redigido em sua totalidade pelo autor que o assina, ou por qualquer outra pessoa, sem que isso seja importante.⁸⁸ Em geral, a característica distintiva dos documentos privados é a assinatura da parte, ou das partes, que figuram como os autores do negócio consignado no documento.

60. *O valor probatório dos documentos privados.* O valor probatório dos documentos privados pode ser regulado pela lei, principalmente quando assinados. Em alguns casos, a regra estabelece que a pessoa que assinou o documento é legalmente considerada a autora das declarações que dele constam. Essa conexão entre as declarações e o seu autor é, em geral, coberta

⁸⁶ Ver, por exemplo, o art. 1.318 do Código Civil francês; MAZEAUD, MAZEAUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 593; TERRÉ, 2003: 485; GHESTIN e GOUBEAUX, 1977: 498; o Código Civil belga, art. 1.318; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 227; o Código Civil italiano, art. 2.701; COMOGGIO, 2004a: 318; PATTI, 1991: 9.

⁸⁷ Ver, em geral, DENTI, 1971: 715.

⁸⁸ Sobre a concepção geral de documento privado, ver, por exemplo, MURRAY e STURNER, 2004: 276; TESKE, 1990: 25; MAZEAUD, MAZEAUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 596; TERRÉ, 2003: 489; GHESTIN e GOUBEAUX, 1977: 499; DE LA OLIVA SANTOS e DIEZ-PICAZO GIMENEZ, 2000: 337; MONTERO AROCA, 2000: 208; RAMOS MÉNDEZ, 1990: vol. 1, 567; MUÑOZ SABATÉ, 1967: 340; SILVA MELERO, 1963-1964: vol. 1, 262; COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 665; COMOGGIO, 2004a: 320; PATTI, 1991: 9; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 230; HINOSTROZA MINGUEZ, 2000: 208; FALCÓN, 2003: vol. 1, 859.

por uma regra de prova legal: por conseguinte, considera-se a autoria certa, vinculante e irrefutável. Não obstante, esse valor probatório especial somente abarca a conexão entre o signatário e as declarações incluídas no documento; não garante, porém, a sua veracidade.⁸⁹ Por vezes, o valor probatório de um documento privado assinado é considerado equivalente ao de um documento público entre as partes que o firmaram.⁹⁰ Tal valor probatório de um documento privado somente existe quando a autenticidade da assinatura é garantida pela aplicação de mecanismos especiais estipulados pelo ordenamento jurídico precisamente para esse fim (ver *infra* §§ 66 e 67).

61. *Outros tipos de provas escritas.* Os documentos oficiais e escritos privados não são os únicos meios de prova escritos que se usam na prática cotidiana do processo civil. Também se empregam muitos outros tipos de provas escritas quando relevantes para demonstrar os fatos em litígio. Na maioria dos casos, esses documentos são considerados provas «atípicas» e se admitem como tais, tomando em conta a sua relevância (ver *supra* § 22). Nos sistemas de *common law*, essa é a regra para qualquer tipo de prova escrita não regulada. Alguns sistemas de *civil law*, como, por exemplo, o alemão, possuem o mesmo enfoque e não incluem disposições especiais relativas a documentos atípicos. Outros sistemas de *civil law*, diferentemente, incluem disposições relativas a tipos específicos de provas escritas que não são documentos públicos nem privados.

62. *Telegramas.* Disposições especiais podem determinar o valor probatório de um telegrama. Por exemplo, de acordo com o Código Civil italiano, art. 2.705, o telegrama possui o mesmo valor probatório de um escrito privado assinado por qualquer pessoa, desde que o autor assine o formulário original e o mande entregar. Presume-se que o formulário entregue seja idêntico ao original, segundo o art. 2.706 daquele diploma. Essas regras ajudam a resolver alguns problemas relacionados ao uso do telegrama como meio de prova, porém sempre se admite prova em contrário, cujo propósito é refutar o que se presume.⁹¹ Tais regras aplicam-se por analogia a tipos similares de provas escritas, como o *telex* e o *fac-símile*.⁹²

⁸⁹ Ver o Código Processual Civil alemão, § 416; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 416; ZPO-KOMM, 1987: § 416, n. 1; ARENS e LÜKE, 1992: 228; JAUERNIG, 1991: 201; TESKE, 1990: 129; o Código Processual Civil austríaco, § 294; FASCHING, 1990: 498; o Código Civil italiano, art. 2.702; COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 667; COMOGGIO, 2004a: 322; PATTI, 1991: 10.

⁹⁰ Ver, por exemplo, o art. 1.322 do Código Civil francês; GHESTIN e GOUBEAUX, 1977: 508; TESKE, 1990: 30.

⁹¹ Ver COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 674; COMOGGIO, 2004a: 345; PATTI, 1991: 11. Cfr., também, VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 408; FALCÓN, 2003: vol. 1, 863.
⁹² Cfr. COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 674; PATTI, 1991; DE SANTIS, 1988: 84; FALCÓN, 2003: vol. 1, 866.

63. *Registros de uso doméstico*. A lei pode determinar, ainda, o valor probatório de documentos escritos que geralmente não são assinados por seus autores. Esse é o caso de papéis e registros de uso doméstico, que podem ser usados como prova contrária ao seu autor quando contêm, por exemplo, o reconhecimento de um pagamento recebido.⁹³ É o caso, também, das declarações marginais não assinadas incluídas pelo credor em um documento, quando essas desobrigam o devedor do pagamento.⁹⁴

64. *Livros e registros de empresas*. Outra classe importante de documentos não assinados que podem ter valor probatório inclui os livros e registros das empresas. Esses documentos podem ser usados como prova contrária à empresa, porém a parte que os alega deve fazer referência a seu conteúdo completo. Esses documentos também são provas de negócios realizados entre empresas, quando redigidos e mantidos de acordo com disposições legais específicas.⁹⁵

65. *Cópias*. Por vezes, disposições especiais têm por objeto determinar o valor probatório de cópias de documentos escritos, quando essas são apresentadas no lugar dos originais. O princípio geral estabelece que quando uma cópia de um documento público ou oficial é feita nas formas exigidas pela lei, essa tem o mesmo valor probatório que o documento original.⁹⁶ O mesmo princípio aplica-se também às cópias de documentos privados quando são feitas de acordo com as formas exigidas pela lei ou quando a conformidade com o original certifica-se oficialmente ou não é impugnada.⁹⁷ As mesmas regras aplicam-se, em geral, às fotocópias de documentos públicos ou privados. Quando as cópias são feitas em desconformidade com as formas

⁹³ Ver o art. 1.331 do Código Civil francês; também MAZEAUD, MAZEAUD e CHABAS, 2000: I, vol. 1, 610; TERRÉ, 2003: 509; GHESTIN e GOUBEAUX, 1977: 519; TESKE, 1990: 40; o Código Civil italiano, art. 2.707; COMOGGIO, 2004a: 348.

⁹⁴ Ver o Código Civil francês, art. 1.332; TERRÉ, 2003: 510; GHESTIN e GOUBEAUX, 1977: 520; TESKE, 1990: 41; o Código Civil italiano, art. 2.798; COMOGGIO, 2004a: 350.

⁹⁵ Ver os arts. 1.329 e 1.330 do Código Civil francês; MAZEAUD, MAZEAUD e CHABAS, 2000: I, vol. 1, 609; TERRÉ, 2003: 510; GHESTIN e GOUBEAUX, 1977: 518; TESKE, 1990: 39; o Código Civil italiano, arts. 2.709 e 2.710; COMOGGIO, 2004a: 351; FALCÓN, 2003: vol. 1, 868; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 298; KIELMANOVICH, 1996: 297.

⁹⁶ Cfr. O art. 2.714 do Código Civil italiano; também COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 671; COMOGGIO, 2004a: 375; o Código Processual Civil alemão, § 435; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 435, n. 1-4; ZPO-KOMM, 1987: § 435, n. 1-2. O sistema francês é mais complexo pois distingue se o documento original realmente existe ou não. No primeiro caso, a cópia somente prova os conteúdos do original (art. 1.334 do Código Civil francês); no último caso, a cópia tem o mesmo valor probatório que o original quando for elaborada em certas condições (essencialmente na presença ou com o consentimento de ambas as partes) ou quando for muito antiga. De outro modo, a cópia tem valor probatório limitado (art. 1.335 do mesmo Código Civil). Ver TERRÉ, 2003: 504.

⁹⁷ Cfr., por exemplo, as arts. 2.715-2.719 do Código Civil italiano; também COMOGGIO, 2004a: 376.

previstas, essas não podem ter o mesmo valor probatório dos originais, sendo, pois, valoradas discricionariamente pelo tribunal.⁹⁸

Nos sistemas de *common law*, as cópias dos documentos escritos também são importantes, mas sob uma perspectiva diferente. O problema não é determinar quando uma cópia tem o mesmo valor probatório que o original, mas quando uma cópia pode ser apresentada no lugar do original. Como regra, quando a parte precisa provar os conteúdos de um documento, ela deve apresentar provas diretas deste, isto é, o documento original. Em alguns casos, porém, é possível apresentar uma cópia, ao invés do original, com o propósito de demonstrar os conteúdos deste.⁹⁹

66. *A autenticidade dos documentos no common law*. O uso e o valor probatório dos documentos baseiam-se na suposição de que esses sejam genuínos e autênticos. É óbvio que somente quando um documento preenche essas condições pode ser usado como meio de prova de um fato ou de um negócio jurídico. Assim, o problema reside em garantir e verificar a autenticidade e a confiabilidade dos documentos escritos.

Nos sistemas de *common law*, admitem-se as provas documentais como qualquer outro meio de prova e seu valor probatório não é determinado pela lei. Não obstante, o problema pode ser determinar se um documento é confiável: uma vez apresentado para provar seus próprios conteúdos, o documento deve ser genuíno. Dito com mais propriedade: a parte em questão deve mostrar que o documento é verdadeiramente o que aparenta ser. Nos Estados Unidos essa é uma questão de autenticação, e se refere aos documentos do mesmo modo que a qualquer outra coisa usada como meio de prova.¹⁰⁰ Não obstante, diversas

⁹⁸ Uma limitação especial é a que se estipula no art. 2.717 do Código Civil italiano, segundo o qual tais cópias somente podem ter um valor probatório limitado.

⁹⁹ Na Inglaterra, este é o caso quando a outra parte não apresenta o original, quando esse foi perdido, quando não é possível apresentá-lo, quando o documento é público ou quando são registros bancários. Ver CROSS e TAPPER, 1990: 684. No sistema federal dos Estados Unidos, as cópias em geral são admitidas ao amparo da regra 1003 das *Federal Rules of Evidence*, ao menos que se impugne a autenticidade do original ou quando o seu uso seja injusto (ver GRAHAM, 2003: 584; 2002: 264; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 5, 1003-2; GIANNELLI, 2003: 396; FRIEDENTHAL e SINGER, 1985: 255). Também se admitem outras provas «distintas do original» sob a regra 1004, quando o original se perdeu ou é impossível de conseguir, ou ainda quando está na posse da outra parte ou tem é relacionado com matérias colaterais (ver GRAHAM, 2003: 586; 2002: 274; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 5, 1004-2; GIANNELLI, 2003: 397; FRIEDENTHAL e SINGER, 1985: 256; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 1092). Sobre as cópias de registros públicos, ver a regra 1005 das *Federal Rules of Evidence*; GRAHAM, 2003: 590; GIANNELLI, 2003: 399; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 1100.

¹⁰⁰ Ver a regra 901 (a) das *Federal Rules of Evidence*; GRAHAM, 2003: 551; 2002: 223; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 5, 901-5; GIANNELLI, 2003: 375; LILLY; 1987: 514; ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMP, 2003: 587; FRIEDENTHAL e SINGER, 1985: 240; LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2000: 1151; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 995; WEINSTEIN e BERGER, 1975: vol. 5, 901-15.

regras sobre a autenticação referem-se exclusiva ou principalmente aos documentos escritos. Quando a relevância de um documento depende da certeza da sua autoria, o documento deve apoiar-se em provas que demonstrem a autenticidade de sua autoria em um nível superior ao requerido na vida ordinária.¹⁰¹ De acordo com a *Rule 901* das *Federal Rules of Evidence*, existem várias classes de autenticação, algumas das quais utilizadas principalmente para a autenticação de documentos. Esse é o caso, por exemplo, de um testemunho relacionado com a redação e a assinatura de um documento por parte de uma determinada pessoa, da opinião de uma testemunha não especialista familiarizada com a caligrafia do autor presumido, da comparação (talvez realizada por um perito) entre o documento e outros escritos inquestionáveis e, em geral, da apreciação das características distintivas de um documento feita pelo tribunal.¹⁰² A prova da custódia é geralmente suficiente para a autenticação dos registros públicos e também para autenticar informações armazenadas em computadores.¹⁰³ Todavia, os métodos listados na *Rule 901* são somente ilustrativos, podendo-se utilizar outros meios efetivos com o mesmo propósito. Com o objetivo de reduzir a carga da autenticação, a *Rule 902* lista não menos de dez casos de documentos «autoautenticados», isto é, documentos que razoavelmente se presumem autênticos e que não requerem prova complementar.¹⁰⁴ Entre esses casos, há aqueles de documentos públicos nacionais e estrangeiros e as cópias certificadas de registros públicos e documentos comerciais. A presunção de autenticidade de tais documentos baseia-se na relativamente baixa probabilidade de falsificação ou erro, porém tal presunção não pode ser absoluta. A genuinidade de um documento autoautenticado pode ser sempre contestada pela outra parte, devendo ser apreciada pelo julgador.

Um sistema similar, porém muito menos complicado, é adotado na Inglaterra. Para os documentos públicos, a regra é que basta a apresentação das cópias pertinentes como meio de prova.¹⁰⁵ No caso dos documentos privados, deve-se provar que esses foram elaborados adequadamente. A adequada elaboração desse documento pode ser provada por meio de prova testemunhal da redação do documento, pela opinião de uma testemunha familiarizada com a caligrafia do autor ou pela comparação com outros manuscritos incontro-

versos.¹⁰⁶ Quando necessário atestar, como, por exemplo, em testamentos, esse pode ser realizado por testemunhas. Somente quando as testemunhas não estão disponíveis permite-se usar outras provas do escrito. Algumas presunções foram criadas com o objetivo de aliviar, em alguns casos, a carga de provar a adequada elaboração de um documento escrito; não obstante, a genuinidade de um documento tem que ser provada na maioria dos casos e sempre tem que ser apreciada pelo tribunal.¹⁰⁷

67. *A autenticidade dos documentos no civil law.* Nos sistemas de *civil law*, a genuinidade e a autenticidade de documentos públicos ou oficiais são geralmente presumidas e podem ser inferidas da sua aparência.¹⁰⁸ Todavia, dispõe-se de diversos instrumentos para o caso de o documento ser duvidoso ou de resultar impugnada sua autenticidade. Os sistemas alemão e austríaco possuem uma abordagem simples: quando existem dúvidas em relação ao documento, o juiz pode, mesmo de ofício, requerer explicações acerca da sua autenticidade ao funcionário ou a quem o tenha redigido ou elaborado.¹⁰⁹ Se essa explicação não for suficiente para dirimir a dúvida, a parte que apresentou o documento tem o ônus de provar que esse é genuíno. Em qualquer caso, a presunção de autenticidade de um documento pode ser superada pela apresentação de provas em contrário pela parte que alega a sua falsidade. Por conseguinte, o problema da confiabilidade do documento resolve-se como qualquer outra questão disputada pelas partes, com base nos elementos de prova por elas apresentados e mediante a apreciação discricionária do tribunal.¹¹⁰

A situação é muito mais complicada nos sistemas de *civil law* que seguem o modelo francês. Em tais sistemas, a autenticidade dos documentos públicos e oficiais somente pode ser impugnada através de meios muito formais e mediante procedimentos especiais. A objeção à autenticidade de um documento público é chamada *inscription de faux* na França, *querrela di falso* na Itália e *cotejo* na Espanha. Pode ser iniciada como um processo autônomo ou dentro do processo no qual o documento foi apresentado como prova. No primeiro caso, o processo tem por objetivo específico estabelecer por meio de uma sentença final ordinária se o documento é verdadeiro ou falso.¹¹¹ No último caso, uma espécie de subprocesso instala-se dentro do processo prin-

¹⁰¹ Ver ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMP, 2003: 588; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 1000.

¹⁰² Cfr. GRAHAM, 2003: 531; 2002: 225, 229, 231, 233; GIANNELLI, 2003: 377; FRIEDENTHAL e SINGER, 1985: 241; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 5, 901-9, 901-17, 901-26; SALTZBURG e REDDEN, 1977: 640; WEINSTEIN e BERGER, 1975: vol. 5, 901-20, 901-23, 901-29, 901-46.

¹⁰³ Ver a regra 901 (b)(7); GRAHAM, 2003: 545; 2002: 238; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 5, 901-15; GIANNELLI, 2003: 379; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 1003, 1015; WEINSTEIN e BERGER, 1975: vol. 5, 901-92.

¹⁰⁴ Ver GRAHAM, 2003: 552; 2002: 243; FRIEDENTHAL e SINGER, 1985: 248; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 5, 902-6; LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2000: 1162; GIANNELLI, 2003: 380; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 1027; WEINSTEIN e BERGER, 1975: vol. 5, 902-8.

¹⁰⁵ Cfr., por exemplo, o *Civil Evidence Act* de 1995, sec. 8(b); DENNIS, 1999: 372, 377; CROSS e TAPPER, 1990: 690.

¹⁰⁶ Ver DENNIS, 1999: 378; CROSS e TAPPER, 1990: 690; CURZÓN, 1986: 96.

¹⁰⁷ Cfr. DENNIS, 1999: 378; CROSS e TAPPER, 1990: 694; CURZÓN, 1986: 98.

¹⁰⁸ Ver, por exemplo, o Código Processual Civil alemão, § 437; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 437; ZFO-KOMM, 1987: § 437; o Código Processual Civil austríaco, § 310, cap. 1; FASCHING, 1990: 497.

¹⁰⁹ Ver o Código Processual Civil alemão, § 437, cap. 2, e o Código Processual Civil austríaco, § 310. Também as referências da nota anterior.

¹¹⁰ Ver, por exemplo, MURRAY e STURNER, 2004: 279.

¹¹¹ Ver os arts. 303 e 314 do Código Processual Civil francês; MAZEAUD, MAZEAUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 595, 607; TERRE, 2003: 487; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 806; CADIEU, 2000: 509; o art. 221 do Código Processual Civil italiano; COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 661;

cial sobre o mérito da causa. A lei regula detalhadamente esse subprocesso e estabelece a forma da pretensão, o papel e os poderes do tribunal, bem como o papel do promotor público.¹¹² Dessa forma, o problema da autenticidade de um documento é tratado e decidido como uma pretensão que é objeto de uma causa autônoma e específica.

O problema da autenticidade dos documentos privados é tratado como uma questão distinta e se resolve fundamentalmente com base no comportamento das partes. Quando um escrito privado é apresentado contra seu suposto autor, esse pode decidir o que fazer. Caso reconheça que sua assinatura no documento é autêntica, então esse possuirá o valor probatório reconhecido pelo ordenamento jurídico (ver *supra* § 59). Se a parte silencia, o documento considera-se reconhecido e, portanto, autêntico.¹¹³ Por conseguinte, se a parte em questão quiser evitar tal efeito, deve negar expressamente a autenticidade da assinatura que se lhe atribui.¹¹⁴ Em tal caso, o documento tem que ser verificado por meio de um procedimento especial em que a parte que o apresentou tem a oportunidade de demonstrar que a assinatura da outra é genuína.¹¹⁵ Com o propósito de verificá-lo, uma comparação pode ser feita com outros escritos incontroversos, podendo o tribunal requisitar a sua apresentação. Com base em tal comparação e nas demais provas disponíveis, o tribunal decidirá se a assinatura impugnada é genuína.¹¹⁶

COMOGLIO, 2004a: 310; CARPI e TARUFFO, 2002: 692. Ver também KIELMANOVICH, 1996: 320; HINOSTROZA MINGUEZ, 2000: 216.

¹¹² Cfr. O Código Processual Civil francês, arts. 303-305 e 306-309; o Código Processual Civil italiano, arts. 221-225; o Código Processual Civil espanhol, arts. 340, 341, 349 e 350; o Código Modelo Latinoamericano, art. 162.

¹¹³ Ver o Código Processual Civil alemão, § 439; MURRAY e STURNER, 2004: 279; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 439; ZPO-KOMM, 1987: § 439; o Código Processual Civil italiano, art. 215; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 669; COMOGLIO, 2004a: 334; o Código Processual Civil espanhol, art. 326.1; DE LA OLIVA SANTOS e Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 337.

¹¹⁴ Ver novamente o Código Processual Civil alemão, § 439, e as referências da nota anterior. Ver, também, o Código Processual Civil austríaco, § 314; FASCHING, 1990: 497; o Código Processual Civil francês, art. 287; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 799; CADIEU, 2000: 507; o Código Processual Civil italiano, art. 214; COMOGLIO, 2004a: 335; CARPI e TARUFFO, 2002: 679; o Código Modelo Latinoamericano, art. 161; KIELMANOVICH, 1996: 299, 318.

¹¹⁵ Por vezes é possível requerer a verificação de um documento em um processo autônomo iniciado por uma das partes que pretende usá-lo posteriormente. Ver o Código Processual Civil francês, art. 296; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 802; CADIEU, 2000: 509; o Código Processual Civil italiano, art. 216, § 2.º; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 670; COMOGLIO, 2004a: 335; CARPI e TARUFFO, 2002: 687; a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, art. 326.2; MONTERO AROCA, 2002: 230.

¹¹⁶ Cfr. O Código Processual Civil alemão, §§ 441 e 442; MURRAY e STURNER, 2004: 279; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: §§ 441 e 442; o Código Processual Civil francês, art. 288; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 744; o Código Processual Civil italiano, art. 218; COMOGLIO, 2004a: 340; CARPI e TARUFFO, 2002: 690.

Em alguns sistemas é previsto outro mecanismo para garantir a autenticidade da assinatura dos documentos privados: a autenticação oficial da assinatura, que pode ser feita no mesmo momento em que o documento é assinado. Um notário público ou algum outro funcionário autorizado declara que o documento fora firmado na sua presença e por certa pessoa. Esse método tem por objeto assegurar a autenticidade da assinatura, de modo que o valor probatório do documento privado será certo quando o documento for apresentado como meio de prova. Todavia, a declaração oficial sobre a assinatura pode ser impugnada através dos mesmos meios previstos para se desafiarem os documentos públicos.¹¹⁷

C. A PROVA INFORMÁTICA

68. *Os computadores como fontes de prova.* Os avanços da informática e da telemática, bem como o uso cotidiano dos computadores em um número crescente de domínios, têm extensos efeitos na experiência jurídica e na sua prática. Alguns desses efeitos relacionam-se às provas no processo civil: cada vez com mais frequência negócios são realizados ou documentados por computadores, e os registros informáticos e as cópias impressas são comumente usados como meios de prova.¹¹⁸ Assim, dada a natureza singular dos dados armazenados nos computadores, e as importantes diferenças existentes entre tais dados e documentos escritos,¹¹⁹ a questão é definir se esse tipo peculiar de dados e documentos pode ser admitido como prova judicial, assim como a definição da forma de coleta e apresentação e a determinação do seu valor probatório.

Em alguns casos, não se suscitam problemas relevantes. Quando um computador é usado meramente como um processador de textos, no lugar de uma máquina de escrever, ou quando se usa a cópia impressa como um texto que é pessoalmente assinado pelas partes, o resultado final é um documento ordinário que pode ser apresentado como qualquer outro tipo de prova escrita. Frise-se: quando um computador é usado apenas para reproduzir um documento ou um texto, o resultado é uma cópia que pode ser usada como qualquer outra (ver *supra* § 65).

Problemas importantes surgem, todavia, quando os dados e arquivos informáticos são usados no lugar dos documentos escritos ordinários. Em verdade, a prática atual em todo o mundo é usarem-se os registros computa-

¹¹⁷ Ver, por exemplo, o Código Civil italiano, art. 2.703 e o Código Modelo Latinoamericano, art. 162.1.

¹¹⁸ Ver GAHTAN, 1999: 1, 137. Para um panorama geral ver, também, HUET e MAISL, 1989: 50, 656, e os ensaios compilados em TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPTANT, 1988: 137-236. Cfr., também, VON SPONECK, 1991: 269; FALCON, 2003: vol. 1, 894.

¹¹⁹ Ver GAHTAN, 1999: 7.

dorizados como único suporte em muitas transações. Quando tais negócios precisam ser provados em um processo judicial, podem ser suscitadas diversas questões: os dados podem estar armazenados em locais diferentes, vários *softwares* e bases de dados podem ser utilizados, as informações relevantes podem estar protegidas ou ocultas, dentre outras.¹²⁰ Ademais, mesmo quando a prova eletrônica é impressa, os documentos resultantes não são «escritos» na sua tradicional acepção, e, na maioria dos casos, esses não são assinados pelo seu autor. Portanto, o perigo de falsificação, erros e uso indevido ou abuso são especialmente frequentes e relevantes e, em certa medida, ainda desconhecidos. Os vários sistemas jurídicos empenham-se em reagir a essa situação na tentativa de oferecer uma regulação adequada do novo domínio das «provas informáticas».

69. As *provas informáticas no common law*. Nos sistemas de *common law*, o problema das provas informáticas foi abordado principalmente da perspectiva da *hearsay rule* (ver *supra* § 25), que regulamenta o testemunho indireto, uma vez que admitir as provas informáticas significaria admitir o uso de uma fonte de prova que não está sob o controle direto do julgador. Após anos de debates deixou-se de lado a *hearsay rule*, passando-se a considerar admissíveis as provas informáticas. Nos Estados Unidos, essa é uma construção essencialmente dos tribunais: foi criada uma nova exceção à *hearsay rule* ao admitirem-se as provas informáticas, ainda que sua fonte original não possa ser conhecida. Dessa maneira, interpreta-se a *Rule 803(6)*, das *Federal Rules of Evidence*, incluindo as provas eletrônicas entre os «registros» admitidos por via de exceção à *hearsay rule*, bem como a *Rule 803(8)* desse mesmo regramento, que deve incluir os documentos eletrônicos no conceito geral de «registro público».¹²¹ O problema de verificar a confiabilidade das provas informáticas resolve-se, então, exigindo-se a prova de diversas condições, ao menos quando a autenticidade ou confiabilidade dessas for contestada: o equipamento do computador deve ser padrão, o processo precisa ser executado de maneira correta e apropriada e o programa deve ser implementado adequadamente. Em síntese: deve-se provar que todo o maquinário que produziu o documento funcionou corretamente e apropriadamente.¹²²

Na Inglaterra adotou-se uma solução similar através do *Civil Evidence Act* de 1968, que fazia referência a uma ampla definição de «documento», a qual incluía também os arquivos informáticos. A seção 5 ocupava-se espe-

cificamente da admissibilidade de documentos produzidos por computador e exigia o cumprimento de várias condições específicas. Posteriormente, todavia, tais disposições foram deixadas de lado,¹²³ e os documentos informáticos passaram a ser tratados como outro tipo de documento, presumindo-se a sua autenticidade, salvo demonstração em contrário.¹²⁴ Mais recentemente, os legisladores ingleses tiveram que se ocupar da regulação dos documentos eletrônicos para acatar a Diretiva n. 93/1999 da União Europeia. Dessa forma, o problema da assinatura eletrônica dos documentos gerados por computador foi regulado pelo *Electronic Communications Act 2000*¹²⁵ e pela *Electronic Signatures Regulation 2002*.

Assim, pode-se dizer que ambos os sistemas estabeleceram a admissibilidade das provas informáticas, abandonando regras tradicionais de exclusão; ainda que a credibilidade de tais provas seja verificada exigindo-se que se cumpram condições especiais com relação ao funcionamento e ao uso dos computadores.

70. *Provas informáticas no civil law*. Nos sistemas de *civil law* o problema das provas informáticas é mais complicado devido às regras acerca da forma dos contratos e às características dos documentos escritos. Em muitos negócios, as provas tradicionais são constituídas por documentos escritos públicos ou privados assinados pelas partes ou por seu autor (ver *supra* B). As provas informáticas não se adaptam nesse modelo de prova documental, simplesmente porque os registros computadorizados não são escritos, na acepção tradicional do termo, e porque em muitos o registro não está assinado. Ademais, os meios ordinários usados para verificar a autenticidade dos documentos não se aplicam às provas informáticas (ver *supra* § 67).

Quanto ao fato de que os dados armazenados em um computador não são «escritos» na sua acepção tradicional, a resposta dominante sublinha as analogias possíveis entre provas informáticas e provas documentais, reconhecendo que documentos podem ser criados também por novas tecnologias.¹²⁶ Esse ponto é importante porque permite abordar o problema dos contratos que exigem a forma escrita para a validade do negócio, ou ao menos uma prova escrita desse.¹²⁷

¹²³ Ver DENNIS, 1999: 385.

¹²⁴ Ver *Civil Evidence Act 1995*, sec. (13), que utiliza uma definição ampla de «document», incluindo também os documentos gerados por computador; DENNIS, 1999: 386.

¹²⁵ A seção 7 dessa lei estabelece a validade e a admissibilidade de registros eletrônicos.

¹²⁶ Ver, por exemplo, VERDE, 1990: 718. Ver, também, MONTERO AROCA, 2000: 367; FALCÓN, 2003: vol. 1, 898.

¹²⁷ VON SPONECK, 1997: 270, por exemplo, ressalta estas analogias que, entretanto, são questionadas por outros autores; ver, dentre eles, REDEKER, 1984: 2394.

¹²⁰ Ver, principalmente, GAHTAN, 1999: 31, 39.

¹²¹ Cfr. GRAHAM, 2003: 455, 469; 2002: 241; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 4, 803-135; LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2000: 606, 608; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 851, 861.

¹²² Ver a nova regra 901(b)(9) das *Federal Rules of Evidence*, que se ocupa da autenticação dos registros informáticos; cfr. GRAHAM, 2003: 549; 2002: 241; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 5, 901-21; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 1022; GAHTAN, 1999: 159; WEINSTEIN e BERGER, 1975: vol. 5, 901-106.

Após a diretiva n. 93 emitida pela União Europeia em 13 de dezembro de 1999, diversos países europeus promulgaram leis especificamente relacionadas com as provas informáticas. Por exemplo, na França, a lei 2000-230, promulgada em 13 de março de 2000, baseia-se no princípio da plena equivalência entre as provas informáticas e as provas escritas, sempre que o autor da declaração possa ser identificado facilmente e que o documento eletrônico tenha sido criado e conservado devidamente.¹²⁸ Na Itália tem-se promulgado diversas leis nos últimos anos: atualmente, as provas informáticas estão reguladas por uma lei de 15 de fevereiro de 2002. Também nesse caso, a nova regulação segue o princípio básico da equivalência entre as provas informáticas e as provas escritas, com disposições detalhadas acerca das técnicas a serem adotadas para a criação de documentos eletrônicos.¹²⁹ Essa solução pode ser satisfatória quando não forem requeridos tipos especiais de provas documentais, uma vez que os documentos informáticos são considerados, em essência, equivalentes aos escritos privados. Todavia, isso não funciona quando o ordenamento jurídico exige documentos especiais, como escrituras oficiais ou públicas.¹³⁰

Outro problema não menos importante diz respeito à assinatura dos documentos. Nos documentos ordinários é comum a exigência de uma assinatura com o propósito de identificar o autor das declarações neles assentadas, estabelecendo-se mecanismos especiais para verificar esse aspecto (ver *supra* § 59). Dessa maneira, dado que os registros informáticos não são assinados, esses não poderiam ser utilizados como prova de transações contratuais. Uma solução prática a essa dificuldade foi dada com a introdução da assinatura eletrônica que, formulada conforme métodos técnicos e jurídicos específicos, é equivalente à sua forma manuscrita.¹³¹ Todavia, permanece sem resposta o problema da admissibilidade como meio de prova dos documentos eletrônicos não assinados.

71. O valor probatório das provas informáticas. Quando se admitem os registros informáticos como meios de prova, seu valor probatório precisa ser determinado. Em geral, esse é determinado discricionariamente pelo

¹²⁸ Outra legislação, a 2001-272, promulgada em 30 de março de 2001, modificou o art. 1.316 do Código Civil francês para incluir a assinatura eletrônica e para admitir o uso dos registros eletrônicos como meios de prova. Ver LECLERCQ, 2000: 100; TERRÉ, 2003: 501; MAZEAU, MAZEAUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. I, 557, 559, 597.

¹²⁹ Ver, principalmente, GRAZIOSI, 2003: 61. Ver, também, COMOGGIO, 2004a: 384, 395.

¹³⁰ Ver, e.g., VERDE, 1990: 722.

¹³¹ Ver, por exemplo, a lei italiana acima mencionada, que inclui uma regulação detalhada da «assinatura eletrônica». Ver GRAZIOSI, 2003: 64; COMOGGIO, 2004a: 392, 395. Ver, também, a lei francesa citada *supra* na nota 128 e o as *Electronic Signatures Regulations 2002* da Inglaterra. Para o caso da Espanha, consulte-se MONTÓN REDONDO, 2000: 197 e MONTERO AROCA, 2002: 371, 375.

jugador¹³² e, cumpre ressaltar, um registro informático nunca terá a força vinculante de alguns documentos especiais regulados pela lei.¹³³ Todavia, em alguns sistemas, um documento escrito tem valor probatório somente quando reúne certas características específicas reguladas pela lei. Dado que é possível que os documentos informáticos não possuam essas características, surge novamente o problema do seu valor probatório. Uma opinião bastante comum é a de que os registros informáticos devam ter o valor probatório limitado atribuído às provas circunstanciais, pois somente estaremos diante de uma prova documental com pleno valor probatório quando o documento corresponder às exigências jurídicas.¹³⁴ Algumas vezes se considera que o registro informático é o *commencement* de uma prova escrita que pode justificar a admissão de prova testemunhal;¹³⁵ em outras, admite-se o registro informático quando a prova escrita for requerida, porém a parte que devia tê-la produzido não tiver a possibilidade de possuí-lo.¹³⁶ Resta claro, entretanto, que essas são apenas algumas situações excepcionais em que se pode utilizar um simples registro informático como meio de prova quando a lei exige a apresentação da prova escrita. Por outro lado, quando um documento informático está assinado pelos meios especiais legalmente estabelecidos resulta equivalente a um documento privado com a firma certificada.¹³⁷ Em suma, dizer que o valor probatório das provas informáticas é deixado à valoração discricionária do julgador pode parecer uma forma de evadir-se do problema, e não solucioná-lo.

D. A PROVA PERICIAL

72. A função da prova pericial. Juizes e jurados não são oniscientes, e isso é um problema em todos os sistemas probatórios. Essa limitação tem consequências muito diferentes, mas a principal parece ser a de que o julgador pode não possuir o conhecimento técnico ou científico necessário para estabelecer ou avaliar alguns fatos em litígio. Por outro lado, cada vez mais a matéria relacionada ao processo civil envolve questões complexas, cuja solução transcende a cultura comum ou do homem médio, que é o tipo de cultura não jurídica própria de um juiz ou jurado.¹³⁸ Quando a cultura do julgador não é adequada para compreender as características técnicas ou científicas específicas dos fatos em litígio é necessário complementá-la. Por conseguinte, todos

¹³² Ver TERRÉ, 2003: 515; LECLERCQ, 2000: 101; GRAZIOSI, 2003: 63; COMOGGIO, 2004a: 397; FALCÓN, 2003: vol. I, 908.

¹³³ Ver, e.g., VON SPONECK, 1991: 270; HUET e MAISL, 1989: 664, 668.

¹³⁴ Ver HUET e MAISL, 1989: 664, 670, 690; REDEKER, 1984: 2394; VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 407.

¹³⁵ Ver, por exemplo, LECLERCQ, 2000: 103.

¹³⁶ Cfr. HUET e MAISL, 1989: 664.

¹³⁷ Ver, por exemplo, GRAZIOSI, 2003: 69; COMOGGIO, 2004a: 397, 399.

¹³⁸ Segundo LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2000: 1011, nos tribunais da Califórnia os peritos participaram em 95% dos julgamentos no período 1990-1991.

os sistemas processuais precisam utilizar algumas formas de prova pericial. Isso significa recorrer-se a peritos em várias áreas para oferecer ao julgador toda a informação técnica e científica necessária para decidir o caso.

73. *A prova pericial no common law.* Nos sistemas de *common law*, o mecanismo típico para a apresentação de provas periciais baseia-se na condição de testemunha do perito: daí a noção de «testemunha especialista» (*expert witness*). Em outras palavras, como princípio básico, as provas periciais têm que se apresentar aplicando-se os mesmos mecanismos processuais utilizados para as provas testemunhais. O perito é, pois, interrogado como testemunha, ainda que se trate de uma testemunha muito especial.¹³⁹ Na condição de testemunha, nos Estados Unidos o perito é apresentado por uma das partes.¹⁴⁰ Ambas as partes apresentam suas próprias «testemunhas especialistas» com o propósito de oferecer ao tribunal o conhecimento especial necessário para se decidir sobre os fatos da causa. Dessa maneira, as partes decidem se apresentam ou não suas próprias testemunhas, escolhem seus peritos, preparam-nos para o julgamento e os pagam.¹⁴¹ Cria-se, assim, a figura do perito como «mercenário», a postos para servir à parte que primeiro o convocar.¹⁴²

A necessidade de apresentar testemunhas especialistas é, em geral, definida em termos muito amplos, incluindo, por exemplo, a oportunidade «de entender as provas» e «determinar um fato litigioso».¹⁴³ Nos Estados Unidos, o tribunal pode apontar peritos de ofício, escolhendo-os dentre aqueles indicados pelas partes ou selecionando-os de maneira autônoma;¹⁴⁴ poder que, na prática, quase nunca é exercido.¹⁴⁵

¹³⁹ Ver a regra 702 das *Federal Rules of Evidence* estadunidenses; GRAHAM, 2003: 314; 2002: 292; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 3, 702-7; GIANNELLI, 2003: 295; LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2000: 1019; ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMP, 2003: 312; LILLY, 1987: 483; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 615; FRECKELTON, 1987: 3, 203. Sobre o sistema inglês, ver ZUCKERMAN, 2003: 616; DENNIS, 1999: 657; CROSS e TAPPER, 1990: 497, 501; CURZON, 1986: 211.

¹⁴⁰ Sobre a apresentação da testemunha perito, consulte-se MALONE e ZWIER, 2000: 85, 143; LUBET, 1998: 51, 79, 95, 111.

¹⁴¹ Ver MALONE e ZWIER, 2000: 5, 43; LUBET, 1998: 31.

¹⁴² Ver FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS e CHENG'S, 2002b: vol. 1, 100. Na Inglaterra, todavia, diz-se que a testemunha perito tem um dever absoluto de assistir o tribunal a alcançar uma decisão justa, e esse dever tem prioridade sobre qualquer outro que se possa ter com o cliente. Ver DENNIS, 1999: 665.

¹⁴³ Regra 702 (*supra* nota 137); GRAHAM, 2003: 314; LILLY, 1987: 484; SMITH e WYNNE, 1989: 4.

¹⁴⁴ Cfr. a regra 706; GRAHAM, 2003: 363; 2002: 706; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 3, 706-3; GIANNELLI, 2003: 311; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 648. Na Inglaterra, atualmente, a prática da nomeação conjunta de peritos pelas partes é especialmente favorecida; ver *Civil Procedure Rules*, 35.7; ZUCKERMAN, 2003: 623.

¹⁴⁵ Ver CECIL e WILLING, 1993: 3, para uma ampla análise da prática estadunidense. Consulte-se, também, LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2000: 1056; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 3, 706-3.

Na Inglaterra, o sistema era muito parecido, mas a prática de os advogados designarem seus próprios peritos foi abandonada, introduzindo-se uma reforma completa em 1999: atualmente, as partes não podem utilizar provas periciais sem a autorização do tribunal e esse possui amplos poderes de controle sobre tais provas. O tribunal determina o número de peritos, as matérias sobre as quais se admitirão as provas periciais e as formas em que essas deverão ser apresentadas. Uma novidade particularmente interessante é a do «perito compartilhado», ainda que pareça apropriado apenas para casos mais simples.¹⁴⁶

A definição das pessoas que podem ser apresentados como peritos é bastante vaga: o perito é qualificado «*pelo conhecimento, destreza, experiência, treino ou educação*»,¹⁴⁷ ainda que em muitos casos qualificações específicas sejam importantes. O tribunal pode verificar cuidadosamente a qualificação profissional do perito, com o propósito de garantir sua capacidade de oferecer ao tribunal informações técnicas e científicas confiáveis (ver *infra* § 76).

Segundo a *Rule 702* das *Federal Rules of Evidence*, a prova pericial pode se apresentar «*na forma de uma opinião ou de outro modo*». Portanto, o perito pode expressar sua própria opinião acerca dos fatos em litígio, ou pode ser questionado a enunciar alguns conhecimentos ou princípios gerais a partir dos quais o julgador extrairá inferências relevantes sobre os fatos em litígio.¹⁴⁸ O perito expressará sua opinião com base em seu conhecimento pessoal dos fatos relevantes ou, ainda, respondendo a questões hipotéticas lançadas pelo tribunal ou pelas partes.¹⁴⁹ Desse ponto de vista, o traço distintivo mais importante da prova pericial é que ao perito permite-se expressar sua opinião acerca dos fatos em litígio: trata-se de exceção à regra geral de acordo com a qual uma testemunha não pode expressar sua opinião pessoal acerca dos fatos.¹⁵⁰ Todavia, a opinião do perito deve basear-se em fatos que precisam ser provados, além de se sustentar em dados e informações técnicas e científicas confiáveis (ver *infra* § 76). Nas últimas décadas, esse sistema tradicional de apresentação das provas no *common law* tem recebido críticas severas, principalmente nos Estados Unidos. Ainda que diversos aspectos do sistema

¹⁴⁶ Ver as *Civil Procedure Rules*, 35.4(1); ZUCKERMAN, 2003: 616, 619, 620; ANDREWS, 2003: 739, 743, 744, 754; BLOM e COOPER, 2002: 341. Sobre como era o sistema antes da reforma e os problemas que suscitava, ver ANDREWS, 2003: 704; CROSS e TAPPER, 1990: 496.

¹⁴⁷ Ver a regra 702; GRAHAM, 2003: 335; 2002: 294; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 3, 702-10; LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2000: 1025; ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMP, 2003: 313; WEINSTEIN e BERGER, 1975, vol. 3, 702-4; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 616. Sobre critérios similares aplicados na Inglaterra, consulte-se ZUCKERMAN, 2003: 619; DENNIS, 1999: 661.

¹⁴⁸ Ver a regra 703 das *Federal Rules of Evidence*; GRAHAM, 2003: 346; 2002: 295; WEINSTEIN e BERGER, 1975, vol. 3, 702-14; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 612; ZUCKERMAN, 2003: 621.

¹⁴⁹ Ver SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 3, 702-15; LEMPERT e SALTZBURG, 2000: 935; ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMP, 2003: 54, 59; GRAHAM, 2002: 296.

¹⁵⁰ Ver ZUCKERMAN, 2003: 617; DENNIS, 1999: 657; CROSS e TAPPER, 1990: 493.

sejam criticados, dois desses o são especialmente: a) o fato dos peritos serem escolhidos pelas partes, que tendem a selecionar o perito – e pagá-lo – sempre que esse expresse uma opinião a seu favor; b) o fato de que em muitos casos os peritos não são os mais qualificados: nomeados em um «mercado de peritos» de acordo com a sua disponibilidade de favorecer uma parte ou a outra, de modo que o «conhecimento» que oferecem ao tribunal é parcial, não neutro, não independente e, frequentemente, pouco confiável.¹⁵¹ Todavia, esse sistema está tão arraigado na prática jurídica estadunidense – tanto por advogados, quanto por juízes – que não é possível prever mudança alguma. De qualquer maneira, a *Rule 702* das *Federal Rules of Evidence* foi emendada no ano 2000 com o propósito de se codificarem os critérios de admissibilidade de provas científicas propostos anteriormente. Dessa maneira, para admitir provas periciais o tribunal deve determinar que o perito baseie-se em fatos ou dados suficientes, que utilize métodos e princípios confiáveis e que esses se apliquem corretamente aos fatos da causa.¹⁵²

Em certa medida, a situação era similar na Inglaterra, com peritos que «tendiam a atuar mais como defensores da parte contratante do que testemunhas independentes cujo dever era auxiliar o tribunal na determinação da verdade».¹⁵³ Todavia, em 1999, reformou-se o sistema drasticamente; agora, o perito tem uma obrigação fundamental de proceder com veracidade, imparcialidade e transparência perante o tribunal.¹⁵⁴

74. *A prova pericial no civil law*. Nos sistemas de *civil law*, o perito não é uma testemunha, e a prova pericial não tem nada em comum com a prova testemunhal. A figura do perito é claramente distinta da figura da testemunha. A testemunha oferece ao tribunal seu conhecimento pessoal de específicos fatos relevantes, enquanto o perito municia o tribunal com dados ou informações técnicas ou científicas gerais de que esse necessita para apreciar os fatos em litígio.¹⁵⁵ Todavia, o perito pode também expressar suas opiniões e avaliações de fatos específicos, bem como tomar conhecimento pessoal de alguns fatos, ou, ainda, determinar alguns fatos relevantes.¹⁵⁶ Não obstante, a

¹⁵¹ Ver, principalmente, GRAHAM, 2002: 336; LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2000: 1054; FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS e CHENG'S, 2002b: vol. 1, 93, 103; GROSS, 1991: 1123.

¹⁵² Cf. SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 3, 702-48; GRAHAM, 2003: 341; ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMP, 2003: 353.

¹⁵³ Ver ZUCKERMAN, 2003: 616.

¹⁵⁴ Ver as *Civil Procedure Rules*, 35:3; ANDREWS, 2003: 748; ZUCKERMAN, 2003: 629.

¹⁵⁵ Ver, por exemplo, MURRAY e STURNER, 2004: 280; MUSIELAK e STADLER, 1984: 56; ARENS e LUKE, 1992: 221; JAUERNIG, 1991: 196; SCHLOSSER, 1983: 273; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 402, n. 1-5; o art. 335 do Código Processual Civil espanhol; DE LA OLIVA SANTOS e DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 351; MONTERO AROCA, 2002: 241; KIELMANOVICH, 1996: 439; HINOSTROZA MINGUEZ, 2000: 227; FALCÓN, 2003: vol. 2, 4.

¹⁵⁶ A situação é diversa quando o perito inteirou-se de algum fato da causa por sua experiência profissional. Nesse caso, também no *civil law*, o perito pode ser ouvido como testemunha;

função principal do perito é oferecer ao tribunal conhecimento especializado a ser utilizado no seu veredicto acerca dos fatos em litígio.¹⁵⁷

Assim sendo, o princípio mais importante é o da neutralidade do perito. O perito é um assistente do tribunal cuja função consiste justamente em suprir-lo com a informação especializada de que necessita, em termos objetivos, independentes e imparciais. Por conseguinte, ao tribunal cabe a escolha do perito, e disposições específicas têm por objeto garantir sua neutralidade e credibilidade.¹⁵⁸ A tarefa do perito pode incluir várias atividades: pode suprir o tribunal com princípios ou informações abstratos, ou ainda com uma avaliação de fatos específicos da causa. O perito pode, inclusive, cooperar com o tribunal para determinar alguns fatos quando a esse não é possível determiná-los isoladamente.¹⁵⁹

75. *Apresentação das provas periciais*. Nos sistemas de *civil law* há certos princípios comuns relativos à apresentação das provas periciais, porém existem algumas diferenças nos mecanismos processuais utilizados para tanto. Na Alemanha, a regra básica é que as provas periciais apresentam-se de acordo com as disposições relativas à apresentação das provas testemunhais.¹⁶⁰ Todavia, o tribunal pode escolher entre interrogar o perito oralmente ou requerer-lhe um laudo escrito, que ele elaborará de acordo com o requerido pelo tribunal.¹⁶¹ O tribunal conduz a atividade dos peritos, oferecendo-lhes as

ver o Código Processual Civil alemão, § 414; MURRAY e STURNER, 2004: 282; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 414, n. 2; ZPO-KOMM, 1987: § 414; SCHLOSSER, 1983: 274; ARENS e LUKE, 1992: 216; JAUERNIG, 1991: 197. O Código Processual Civil espanhol, em seu art. 370.4 admite a testemunha perito; ver DE LA OLIVA SANTOS e DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 354; MONTERO AROCA, 2002: 263. No caso da Argentina, ver FALCÓN, 2003: vol. 2, 17. Esse tipo especial de testemunho pode existir ainda quando não especificamente previsto; ver DENTI, 1983: 310.

¹⁵⁷ Cf. JAUERNIG, 1991: 196; ARENS e LUKE, 1992: 221; FASCHING, 1990: 516; 1959-1974: vol. 3, 466; MONTERO AROCA, 2000: 242, 251; FONT SIERRA, 2000: 70; RAMOS MÉNDEZ, 1990: vol. 1, 625; SILVA MELERO, 1963-1964: vol. 1, 273; KIELMANOVICH, 1996: 448; FALCÓN, 2003: vol. 2, 20.

¹⁵⁸ Ver, por exemplo, o Código Processual Civil italiano, arts. 61 e 191-193; COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 679; COMOGGIO, 2004a: 639; CARPI e TARUFFO, 2002: 186, 628; VELLANI, 1988: 526; o Código Processual Civil francês, art. 232; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 790; o Código Processual Civil alemão, §§ 404 e 406; MURRAY e STURNER, 2004: 281; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: §§ 404 e 406; ZPO-KOMM, 1987: § 404, n. 1-9; § 406, n. 1-13; o Código Processual Civil austríaco, §§ 183 e 351; FASCHING, 1990: 517; o Código Processual Civil espanhol, arts. 125-128; MONTERO AROCA, 2000: 247, 249; para o caso da Argentina, consulte-se FALCÓN, 2003: vol. 2, 46.

¹⁵⁹ Ver MURRAY e STURNER, 2004: 282; ARENS e LUKE, 1992: 221; FASCHING, 1990: 519; FONT SIERRA, 2000: 90; MONTERO AROCA, 2002: 243.

¹⁶⁰ Ver o Código Processual Civil alemão, § 402; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 402, n. 1-2; ZPO-KOMM, 1987: § 402, n. 1; ARENS e LUKE, 1992: 222.

¹⁶¹ Ver o Código Processual Civil alemão, §§ 404.a) e 411; MURRAY e STURNER, 2004: 280, 282, 287; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: §§ 404.a) e 411.

diretrizes necessárias.¹⁶² O perito pode retirar-se do caso pelas mesmas razões que justificam a retirada do juiz, bem como negar-se a atuar pelas mesmas razões que justificam a negativa de uma testemunha; finalmente, pode ser desclassificado pelas partes.¹⁶³ Se o perito aceita a nomeação, ele tem a obrigação de realizar sua tarefa com rapidez e pessoalmente, sob a direção do tribunal.¹⁶⁴

Em outros sistemas de *civil law* não há qualquer similaridade entre o perito e a testemunha. O perito é simplesmente um assistente do tribunal e sua função é regulada somente nesse sentido. Por conseguinte, os mecanismos processuais relativos à apresentação das provas periciais não têm qualquer conexão com a prova testemunhal. Um modelo desse tipo de sistema é o Código Processual Civil francês, que inclui uma regulação ampla e muito articulada das provas periciais.¹⁶⁵ A regra geral, disposta no art. 232 daquele diploma, estabelece que o tribunal pode nomear qualquer pessoa com o propósito de ajudar a resolver problemas relacionados com os fatos em litígio.¹⁶⁶ Essa pessoa pode ser impugnada pelas mesmas razões que pode o juiz, bem como pode retirar-se pelo mesmo fundamento.¹⁶⁷ O perito, por sua vez, é obrigado a desempenhar sua tarefa pessoalmente e com objetividade e imparcialidade,¹⁶⁸ sob a direção e o controle do juiz.¹⁶⁹ O perito pode emitir sua opinião sobre qualquer matéria sempre que requerido e pode coletar toda informação e obter qualquer documento de que possa precisar.¹⁷⁰ O Código Processual Civil francês distingue e regula detalhadamente várias formas de provas periciais: a) o tribunal pode requerer ao perito que faça as chamadas *constatations*, isto é, que determine e verifique algo.¹⁷¹ Nesse caso, o perito descreverá somente a

¹⁶² Ver o Código Processual Civil alemão, §§ 404.a); MURRAY e STURNER, 2004: 283.

¹⁶³ Cfr. o Código Processual Civil alemão, §§ 406 e 408; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 406, n. 3-27; § 408.

¹⁶⁴ Ver o Código Processual Civil alemão, §§ 407.a); MURRAY e STURNER, 2004: 284.

¹⁶⁵ Arts. 232-284. Sobre a reforma das provas periciais na França, ver BLANC, 1974: 75.

¹⁶⁶ Na Itália, o perito deve ser nomeado dentre os que figuram em listas especiais organizadas por matéria, mas o tribunal também pode fazer de maneira diversa. Ver o Código Processual Civil italiano, art. 61; VELLANI, 1988: 530; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 680; COMOGLIO, 2004a: 656; CARPI e TARUFFO, 2002: 186. O sistema francês é similar; cfr. BOURGEOIS, JULIEN e ZAVARO, 1999: 37, 93.

¹⁶⁷ Ver o Código Processual Civil francês, art. 234; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 843. Para disposições similares, cfr. o Código Processual Civil italiano, arts. 63 e 192; VELLANI, 1988: 530; COMOGLIO, 2004a: 658; CARPI e TARUFFO, 2002: 195, 631.

¹⁶⁸ Ver o Código Processual Civil francês, arts. 233 e 237; BOURGEOIS, JULIEN e ZAVARO, 1999: 164, 51; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 844. Sobre o sistema italiano, ver COMOGLIO, 2004a: 659.

¹⁶⁹ Ver o Código Processual Civil francês, arts. 236, 239, 241 e 245.

¹⁷⁰ Cfr. os arts. 238 e 242-244 do Código Processual Civil francês. Segundo o Código Processual Civil italiano, art. 194, o perito pode receber autorização para coletar informações das partes e de terceiros, bem como para fazer experimentos.

¹⁷¹ Ver os arts. 232 e 249; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 846; CADIEU, 2000: 531. Uma regulação similar pode ser vista no Código Processual Civil italiano, arts. 62 e 194. Segundo o art. 260

situação fática, sem expressar qualquer opinião;¹⁷² b) quando há um problema técnico, mas não se requer uma pesquisa complexa, o juiz pode requerer ao perito uma *consultation*, isto é, uma opinião dada oralmente ou por escrito;¹⁷³ c) quando não há outros meios disponíveis, o tribunal pode pedir ao perito que elabore um laudo pericial. Nesse caso, o perito é formalmente nomeado, prazos são fixados e o juiz determina as questões que o perito deverá responder. O perito pode realizar todas as investigações e experimentos de que necessitar, atuando sozinho ou com o juiz; esse resolverá qualquer problema que surgir durante as atividades do perito.¹⁷⁴ As partes também têm o direito de participar nas atividades através de seus próprios peritos, e suas observações devem ser consideradas pelo perito judicial.¹⁷⁵ O resultado da *expertise* é um relato que contém a opinião do perito e as respostas às questões formuladas pelo tribunal, podendo ser emitido oralmente ou por escrito.¹⁷⁶

A recente *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, por outro lado, adotou um sistema interessante. Dispõe sobre duas formas principais de provas periciais: uma ordinária, apresentada pelas partes, e outra na qual um perito é nomeado pelo tribunal, possivelmente seguindo as sugestões das próprias partes.¹⁷⁷

76. *Características gerais das provas periciais.* Ainda que os mecanismos processuais para a apresentação das provas periciais sejam em certa medida diferentes, há certos princípios gerais que são comuns a todos os sistemas, pois tratam fundamentalmente dos mesmos problemas. Um ponto comum é o campo de aplicação das provas periciais, que tende a ser muito amplo, incluindo, por exemplo, conhecimento e informações gerais, regras e princípios científicos e técnicos, valoração de fatos, pesquisas e experimentos, inspeções e descobrimento de fatos, entre outros. Por conseguinte, a relação entre o tribunal e o perito pode mudar de um caso a outro; a tendência geral é, todavia, que a prova pericial seja flexível e versátil, uma vez que a necessidade

desse Código, o juiz pode ordenar que o perito realize inspeções corporais.

¹⁷² Ver o Código Processual Civil francês, art. 249.2.

¹⁷³ Cfr. o art. 256 do Código Processual Civil francês; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 848. Um mecanismo similar é estabelecido pelo Código italiano em seus arts. 62, 194 e 197, de acordo com os quais, o juiz pode ordenar que perito esteja presente nas audiências, bem como quando o tribunal reúne-se a portas fechadas para deliberar sobre o caso; ver VELLANI, 1988: 531.

¹⁷⁴ Ver COMOGLIO, 2004a: 672; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 845.

¹⁷⁵ Cfr. COMOGLIO, 2004a: 669.

¹⁷⁶ Ver, por exemplo, o Código Processual Civil francês, arts. 160, 161, 264-273, 276, 278, 279, 282 e 283, para a regulação detalhada de todos estes aspectos. Cfr. BOURGEOIS, JULIEN e ZAVARO, 1999: 115, 135; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 848, 855; CADIEU, 2000: 540.

¹⁷⁷ Cfr. o Código Processual Civil espanhol, arts. 335 e 339; DE LA OLIVA SANTOS e DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 358, 361; MONTERO AROCA, 2002: 269, 273; FONT SERRA, 2000: 71, 75, 79, 81, 83.

de conhecimento científico e técnico pode surgir em uma grande variedade de situações.

Outra orientação geral é que as garantias do devido processo legal, também no contexto das provas periciais, devem ser asseguradas. Isso é óbvio nos sistemas de *common law*, uma vez que os peritos são interrogados como testemunhas pelos advogados das partes. Pode parecer menos óbvio, todavia, nos sistemas de *civil law*, pois o perito é uma espécie de funcionário do tribunal, não possuindo, geralmente, qualquer obrigação especial para com as partes. Todavia, a tendência atual aponta no sentido de se assegurar às partes uma oportunidade efetiva de participar nas atividades do perito.¹⁷⁸ Outro princípio comum é o da não vinculação do julgador ao resultado das provas periciais, por mais persuasivas que sejam: com efeito, a prova pericial é sempre apreciada discricionariamente pelo tribunal. O tribunal verifica a plausibilidade e a credibilidade do laudo pericial e faz uma valoração livre dos dados e informações nele contidos.¹⁷⁹ Todavia, isso faz sentido apenas em teoria; na prática, geralmente juízes e jurados não possuem o treinamento técnico e científico que seria necessário para verificar de maneira efetiva o trabalho do perito.¹⁸⁰ Por isso, a livre apreciação das provas periciais por parte do tribunal pode não ser mais do que ficção, uma vez que esse pode estar condicionado por uma «deferência epistêmica» ao perito.¹⁸¹ Dessa forma, pode o conteúdo final do julgamento ser definido, de fato, pelo perito.¹⁸²

77. *As provas científicas.* Todos esses problemas são amplificados quando a atenção é centrada especificamente na prova científica. Tradicionalmente, o uso de dados e informações científicas para decidir sobre os fatos em litígio não representava um problema especialmente relevante, dado que tais dados e informações eram oriundas de especialistas. Por esse ponto de vista, a situação não mudou, porém o fenômeno das provas científicas está passando por uma espécie de explosão nas últimas décadas, que suscita diversos novos problemas e aumenta a importância dos antigos. Em verdade, a frequência com que se recorre à ciência para a realização da prova dos fatos de um caso está crescendo em todos os sistemas processuais e, em alguns casos, os procedimentos ordinários parecem ser inadequados para acompanhar esse desen-

¹⁷⁸ Ver, principalmente, DENTI, 1983: 297; COMOGGIO, 2004a: 669; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 853; CADDIET, 2000: 534.

¹⁷⁹ Consulte-se, principalmente, MARBURGER, 1986. Ver, também, MURRAY e STURNER, 2004: 289; ARENS e LUKE, 1992: 224; JAUERNIG, 1991: 198; FASCHING, 1990: 521; VELLANI, 1988: 537; COMOGGIO, 2004a: 681; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 845; CADDIET, 2000: 532; MONTERO AROCA, 2002: 278; RAMOS MÉNDEZ, 1990: vol. 1, 634.

¹⁸⁰ Para uma análise ampla do problema, ver BREWER, 1998: 1535.

¹⁸¹ Cfr. BREWER, 1998: 1550, 1559, 1162.

¹⁸² Ver, por exemplo, sobre a experiência alemã, MURRAY e STURNER, 2004: 290.

volvimento.¹⁸³ Em consequência, nas últimas décadas desenvolveu-se uma ampla bibliografia sobre a matéria, especialmente nos Estados Unidos.¹⁸⁴

Dentre os muitos problemas relativos à prova científica, um dos mais complexos é a determinação de «qual ciência» merece ser admitida e utilizada nos processos judiciais. Ainda que seja um problema complexo, que aqui não pode ser examinado em todas as suas peculiaridades, cumpre ressaltar brevemente alguns de seus aspectos mais relevantes.¹⁸⁵

Um desses aspectos é o de que a tradicional ideia da ciência como fonte de prova judicial mudou. Tradicionalmente, de fato, o uso probatório da ciência consistia essencialmente em provas periciais nos campos da medicina, química, engenharia e, às vezes, física e matemática. Em suma, apenas um número limitado de ciências «rígidas» era relevante. Todo o resto, salvo algumas matérias «técnicas», como mecânica e construção, era relegado ao senso comum ou à cultura média do julgador. O panorama das ciências que podem oferecer provas judiciais é, atualmente, completamente diferente. De uma parte, as tradicionais ciências rígidas tornaram-se cada vez mais sofisticadas e especializadas: falamos agora de genética, bioquímica, epidemiologia, toxicologia, entre outras. Por outro lado, as chamadas ciências «flexíveis» ou «sociais», como a psicologia, a psiquiatria, economia, sociologia, são agora consideradas como possíveis fontes de prova no processo civil.¹⁸⁶ Isso significa que a amplitude das provas periciais é agora muito maior do que foi no passado: novos peritos estão no mercado e o problema de se verificar a credibilidade das provas periciais tornou-se muito mais complicado. Por conseguinte, os domínios que são cobertos por algum tipo de ciência são atualmente muito mais amplos do que no passado, e as áreas nas quais o julgador pode decidir de maneira apropriada com fundamento somente na sua própria cultura ou no senso comum tornaram-se relativamente mais reduzidas.¹⁸⁷

Outro aspecto muito importante diz respeito à qualidade e à credibilidade dos dados e informações científicas apresentados como meio de prova. A distinção básica trava-se entre «boa» ciência e «má» ciência, ou *junk science*.¹⁸⁸

¹⁸³ Ver, por exemplo, SCHWARZER e CECIL, 2000: 41.

¹⁸⁴ Cfr., em geral, FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS e CHENG'S, 2002a; 2002b; GIANNELLI e IMWINKELRIED, 1993. Para uma primeira abordagem aos problemas relacionados com o uso das provas científicas, ver SAKS e VAN DUZEND, 1983.

¹⁸⁵ Ver um panorama geral em GOODSTEIN, 2000: 68.

¹⁸⁶ Ver TREADWAY, JOHNSON, KRAFFA e CECIL, 2000: 2.3; FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS e CHENG'S, 2002a; vol. 1, 331; vol. 2, 1, 73, 103, 144; vol. 3, 55, 111; 2002b: vol. 2, 1, 171, 308, 423; GIANNELLI e IMWINKELRIED, 1993: 427; MONAHAN e WALKER, 1990: 83, 279; TARUFFO, 1996: 230. Sobre a admissibilidade das provas científicas «soft», ver, também, LEDERMAN, 2000: 232.

¹⁸⁷ Ver TARUFFO, 2002: 121, para uma análise mais ampla destes temas. Consulte-se, também, os ensaios compilados em COMANDÉ e PONZANELLI, 2004.

¹⁸⁸ Ver, sobretudo, HUBER, 1991: 1990: 276; FOSTER e HUBER, 1999: 17.

O problema surge porque, na experiência prática do uso de provas científicas, há centenas de casos de erros, mal-entendidos, uso de dados falsos ou pouco confiáveis se passando por cientificamente corretos. Por outro lado, o domínio das ciências inclui também uma quantidade de métodos ou técnicas que, na verdade, carecem de validade científica e, portanto, não devem ser considerados fontes de prova confiáveis. A lista de tais «ciências não científicas» ou «pseudociências» é bem longa e inclui também métodos comumente aceitos, como a grafologia, a análise de impressões digitais e o uso de máquinas da verdade.¹⁸⁹ Mesmo testes científicos que foram considerados absolutamente confiáveis, como, por exemplo, o teste de DNA, estão agora sob cuidadoso escrutínio, podendo sua validade ser impugnada.¹⁹⁰

Nas últimas décadas, esse conjunto de problemas sofreu uma grande explosão, sobretudo nos Estados Unidos, como efeito de vários casos nos quais se sublinhou com agudeza o problema da credibilidade das provas científicas, a partir do famoso *Agent Orange Case*¹⁹¹ até milhares de *asbestos cases* e dúzias de *Bendectin cases*.¹⁹² Esses e outros processos, mormente na área dos chamados *mass toxic torts*, deixaram claro que o uso de provas científicas é um aspecto do processo civil extremamente complexo e delicado: os dados científicos podem ser pouco confiáveis ou insuficientes para respaldar uma conclusão sobre os fatos em litígio, as provas periciais podem ser equivocadas ou confusas, o perito pode não ser neutro e não ter credibilidade,¹⁹³ jurados e juízes podem ser enganados na avaliação da prova científica, os testes científicos podem ser realizados de maneira imprópria, e assim sucessivamente.

Em uma situação tão complexa, a decisão proferida no *Daubert case*, em 1993, pela Suprema Corte dos Estados Unidos marcou um momento decisivo.¹⁹⁴ No caso *Daubert*, a Corte levou a cabo uma tentativa muito interessante de estabelecer alguns critérios que o juiz deveria aplicar, como um «filtro» que faz uma seleção preliminar das provas científicas com o objetivo de admitir somente aquelas baseadas em ciência «válida». Tais critérios são: a) a verificabilidade e a possibilidade de ser falsa a teoria ou a técnica aplicada;

¹⁸⁹ Em verdade, são várias as «ciências forenses» que não podem ser consideradas verdadeiras ciências de acordo com os *standards* geralmente aceitos. Ver FAIGMAN, 1999: 70, 86; FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS e CHENG'S, 2002b: vol. 1, 49, 95; vol. 2, 580; vol. 3, 113, 555; 2002a: 346, 400; GIANNELLI e IWINKELRIED, 1993: vol. 1, 363, 737.

¹⁹⁰ Ver, por exemplo, KAYE e SENSABAUGH, 2000: 488; COMMITTEE ON DNA TECHNOLOGY IN FORENSIC SCIENCE, 1992: 22, 44, 74; FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS e CHENG'S, 2002b: vol. 3, 697; 2002a: vol. 2, 207; TARUFFO, 1996: 225.

¹⁹¹ Ver, entre a extensa bibliografia relativa a este caso, SCHLUCK, 1986.

¹⁹² Igualmente sobre estes casos há extensa bibliografia. Ver, por exemplo, SANDERS, 1998; TARUFFO, 1996: 223, 225, 233.

¹⁹³ Em tais casos, com o propósito de garantir a neutralidade e a imparcialidade dos peritos, propõe-se o uso de comissões neutras de peritos; consulte-se, por exemplo, HOOPER, CECIL e WILLIAMS, 2001.

¹⁹⁴ Ver *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 113, S.Ct. 2786 (1993).

b) o conhecimento da *ratio* de erro real ou potencial; c) a publicação de dados em revistas científicas com *peer-review*; d) a aceitação geral de tais dados por parte da comunidade científica relevante. Ademais, a Corte enfatizou que as provas científicas somente deveriam ser admitidas quando «ajustadas» aos fatos em litígio, isto é, quando as provas forem especificamente relevantes para a decisão sobre esses fatos. Esses critérios impostos pela Suprema Corte no caso *Daubert* foram discutidos, criticados e interpretados em centenas de ensaios.¹⁹⁵ Todavia, o entendimento adotado no caso *Daubert* foi confirmado por outras decisões da Suprema Corte,¹⁹⁶ dando origem, finalmente, à emenda anteriormente mencionada à *Rule 702* das *Federal Rules of Evidence*.

Não vale a pena analisar aqui os detalhes dessa discussão, ainda que seja extremamente interessante para o problema geral do uso da ciência como meio de prova em contextos judiciais. Todavia, cumpre ressaltar que os problemas enfrentados no caso *Daubert* são extremamente importantes, correntemente, em todos os sistemas processuais. Os critérios específicos formulados nesse caso podem ser criticados de diversas maneiras, porém não há dúvida de que representem uma significativa tentativa de encarar seriamente a questão relativa à validade, à credibilidade e ao uso correto da ciência como fonte de prova. Em verdade, «o caso *Daubert* exorta os cientistas a fazerem boa ciência e espera deles que sejam, em primeiro lugar, cientistas e, em segundo, peritos (e advogados)».¹⁹⁷ Enquanto na perspectiva do caso *Daubert* o problema foi abordado em termos da admissibilidade das provas periciais, uma vez que no sistema americano o problema é fundamentalmente da seleção das provas que podem ou não ser apresentadas, nos outros sistemas processuais a questão da prova científica possui ainda outro aspecto: como foi mencionado, um dos problemas mais relevantes que permeiam as provas periciais é a valoração, por parte do juiz, dos resultados do trabalho do perito. Em verdade, nos sistemas de *civil law*, esse é o verdadeiro momento em que a validade científica das provas técnicas é avaliada pelo juiz. Desse ponto de vista, dizer que a valoração do perito e das provas científicas é deixada à discrição do juiz parece uma solução muito pobre. Ante problemas como os que caracterizam atualmente o uso da ciência como meio de prova,

¹⁹⁵ É impossível oferecer, aqui, uma bibliografia completa com relação ao caso *Daubert* e os problemas que esse suscitou. Para uma análise desses problemas, assim como referências adicionais, ver, por exemplo, FOSTER e HUBER, 1999: 23, 37, 69, 111, 163; SANDERS, 1998: 153, 194, 210; TARUFFO, 1996: 237.

¹⁹⁶ Cfr. GRAHAM, 2003: 331; 2000: 317; ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMP, 2003: 345, 350; FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS e CHENG'S, 2002b: vol. 1, 38; 2002a: vol. 1, 69. Para uma perspectiva diferente do caso *Daubert*, ver, entre outros, CANDILL e LARUE, 2003; GATOWSKI, 2001: 433.

¹⁹⁷ Ver FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS e CHENG'S, 2002b: vol. 1, 53. Em verdade, o caso *Daubert* influenciou na prática dos tribunais federais, já que os juízes são agora mais cuidadosos ao verificar a admissibilidade das provas periciais. Cfr. TREADWAY, JOHNSON, KRAKFA e CECIL, 2000: 4.

com todos os perigos do uso indevido de métodos científicos e da *junk science*, não é suficiente confiar somente na «livre valoração» do tribunal para garantir que a boa ciência seja utilizada validamente e interpretada corretamente como base para a decisão dos fatos em litígio. O que se requer para que as provas científicas válidas ofereçam fundamentos racionais à decisão sobre os fatos é uma análise judicial profunda e clara sobre elas, de acordo com modelos confiáveis de avaliação.

78. *As provas estatísticas.* No âmbito das provas científicas, um tema peculiar é o do uso de estatísticas como elementos de prova. Em verdade, as provas estatísticas têm adquirido cada vez mais importância nas últimas décadas, encontrando-se uma extensa bibliografia que discute os principais problemas envolvidos no valor probatório dos dados estatísticos.¹⁹⁸ Tais dados são usados principalmente em processos de discriminação¹⁹⁹ e *mass torts*,²⁰⁰ mas as provas estatísticas podem ser úteis em uma ampla gama de casos. Todavia, surgem problemas relevantes relativamente ao uso apropriado das estatísticas como meio de prova. Alguns desses problemas relacionam-se ao fato de que a utilização apropriada das estatísticas é uma tarefa muito complexa e delicada, na qual erros e mal-entendidos são muito frequentes.²⁰¹ Outra questão é se as chamadas «estatísticas puras» podem ser usadas para provar a existência de um fato específico. Apesar de alguns argumentos aduzidos a favor do uso probatório das estatísticas puras,²⁰² a opinião amplamente dominante é no sentido de que estatísticas não podem oferecer um suporte probatório válido a um enunciado sobre um fato específico, posto que somente podem determinar a frequência relativa de classes de eventos.²⁰³ É claro que isso não significa que estatísticas não possam ou não devam ser usadas como prova: significa que, em geral, essas não são suficientes *per se* para que se estabeleça a probabilidade da ocorrência de um fato específico. Por outro lado, se o «fato» a ser provado é somente a frequência relativa de duas classes de eventos, estatísticas podem ser a prova adequada de tal fato. Se, todavia, o objetivo for demonstrar uma

¹⁹⁸ Ver, *e. g.*, FROSINI, 2002, *passim*; KAYE e FREEDMAN, 2000b: 83; RUBINFELD, 2000: 179; GIANNELLI e IWINKELRIED, 1999: vol. 1, 655; FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS e CHENG'S, 2002b: vol. 1, 150; 2002a: vol. 1, 155; GASTWIRTH, 2000; FIENBERG, 1989; FINKELSTEIN e LEVIN, 1990; FINKELSTEIN, 1978; WEHMHÖFER, 1985.

¹⁹⁹ Ver, por exemplo, SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 3, 702-237; GASTWIRTH, 2000: 227; FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS e CHENG'S, 2002b: vol. 1, 153; RUBINFELD, 2000: 182; PAETZOLD e WILLBORN, 1994; KAYE e AICKIN, 1986.

²⁰⁰ Ver, *e. g.*, FROSINI, 2002: 37; TARUFFO, 1992a: 126; GIUSSANI, 1989: 1033.

²⁰¹ Cfr., em geral, FROSINI, 2002: 17, 55, 65, 86, 98, 129. Ver, também, FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS e CHENG'S, 2002b: vol. 1, 159, 182, 198.

²⁰² Ver, entre outros, SHAVIRO, 1989: 530; KOEHLER e SHAVIRO, 1990: 247. Para uma discussão recente acerca do problema e argumentos a favor do uso probatório direto das estatísticas, ver SCHAUER, 2003: 94.

²⁰³ Para uma análise deste problema, ver FROSINI, 2002: 11, 65, 73, 79. Ver, também, GIANNELLI e IWINKELRIED, 1999: vol. 1, 731; TARUFFO, 1992a: 198.

conexão causal específica entre dois eventos, as coisas complicar-se-ão muito mais. Esse é o caso das estatísticas epidemiológicas que são usadas como prova nos casos de *mass torts*: se o fato a ser provado é somente uma «correlação» entre classes de eventos – como quando o fato principal é o aumento do grau de risco – estatísticas epidemiológicas podem ser provas suficientes; em alguns outros casos também pode haver prova suficiente para se estabelecer uma conexão de «causalidade geral» entre duas classes de eventos. Todavia, quase nunca logram demonstrar a causalidade individual em um caso específico.²⁰⁴ Portanto, pode-se afirmar que não há bons argumentos contra o uso de provas estatísticas quando essas são diretamente relevantes aos fatos em litígio; porém deve-se ressaltar que fazer o uso correto de tais provas pode ser extremamente difícil e arriscado. Estabelecer a relevância dos dados estatísticos em um caso particular e determinar o valor probatório de tais dados para se provar um fato específico requer cautela e um treinamento especial no uso do cálculo próprio.

E. PROVAS REAIS E CIRCUNSTANCIAS

79. *Provas reais ou demonstrativas.* Sob o rótulo de provas «reais» ou «demonstrativas» agrupam-se muitos tipos de provas. O traço comum dessa diversidade de elementos probatórios é que se trata de eventos, comportamentos, situações, objetos ou ocorrências que são ou podem ser diretamente percebidos pelo julgador.²⁰⁵ Em alguns sistemas, a característica mais relevante é que aquilo que se percebe tem uma função probatória, como é posto em evidência pelo uso de palavras como «real» (isto é, algo que existe empiricamente) e «demonstrativo» (isto é, aquilo que pode mostrar algo relevante). Em outros sistemas, confere-se especial ênfase à percepção do julgador. Assim, por exemplo, o termo *Augenscheinsbeweis* na Alemanha e na Áustria, o termo *ispezione* na Itália, a expressão *vérifications personnelles du juge* na França e o termo *reconocimiento* na Espanha, definem claramente a natureza desse tipo de prova, baseada na percepção direta do juiz.

Cumprido ressaltar, todavia, que a definição geral de «prova real» é interpretada de forma muito ampla. O que é percebido pelo juiz pode ser qualquer objeto sujeito à percepção direta: um objeto material móvel (um automóvel, uma pintura), um terreno ou um edifício, um estado material de fato, um comportamento e inclusive, o corpo de uma pessoa.²⁰⁶

²⁰⁴ Para um panorama geral sobre estes problemas, ver, por exemplo, GREEN e FREEDMAN GORDIS, 2000: 374, 381; LOUE, 2000: 263; FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS e CHENG'S, 2002b: vol. 1, 286, 299, 307, 321; GIANNELLI e IWINKELRIED, 1999: vol. 1, 703.

²⁰⁵ Ver, em geral, RYCHLAK, 1995. Ver, também, GRAHAM, 2002: 406; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 1049; LEMPERT e SALTZBURG, 1982: 1043; DENNIS, 1999: 379; CROSS e TAPPER, 1990: 45.

²⁰⁶ Ver MURRAY e STURNER, 2004: 270; MUIELAK, 1991: 234; JAUERNIG, 1991: 190; ARENS e LUKE, 1992: 213; FASCHING, 1990: 524; CROSS e TAPPER, 1990: 45; FRIEDENTHAL e SINGER, 1985:

Dois tipos de provas reais merecem especial atenção em razão das suas características distintivas. Um desses tipos inclui todas as coisas que têm tipicamente natureza «demonstrativa» e cuja função própria é mostrar, demonstrar, expressar ou representar um fato. Essa função é característica das gravações em fitas de áudio e vídeo, dos filmes, dos raios-X, das fotografias e de qualquer outra classe de reprodução feita através de qualquer meio técnico.²⁰⁷

O mesmo aplica-se aos dados computadorizados²⁰⁸ e aos objetos como mapas, diagramas e duplicatas.²⁰⁹ O caráter especial desse material é claro: são objetos materiais que desempenham a função de reproduzir ou representar uma coisa ou um fato. Conhecendo-as, o julgador obtém informações relacionadas ao fato relevante em litígio. Portanto, um problema importante é o da verificação da autenticidade e da credibilidade dessas «coisas demonstrativas», isto é, sua conformidade à realidade que registram e representam. Em geral, esse controle pode ser feito através de qualquer meio disponível: é possível se recorrer a peritos e, por vezes, o próprio ordenamento prevê mecanismos de autenticação.²¹⁰

As provas reais apresentam-se de diferentes formas nos distintos sistemas, em função da natureza específica de cada elemento de prova. Nos sistemas de *common law*, tais provas são apresentadas em juízo para que sejam observadas pelo julgador. O critério geral de relevância acerca dos fatos em litígio é o princípio básico que rege a sua admissão. Todavia, sua exibição pode ser rejeitada pelo tribunal se houver perigo de prejuízo indevido por ser escandalosa,

desnecessária, cumulativa, repulsiva ou indecente.²¹¹ O tribunal também pode permitir demonstrações no curso do processo²¹² e, quando necessário, pode ordenar a inspeção de uma propriedade, de um objeto ou de uma pessoa.²¹³

Nos sistemas de *civil law*, há alguns princípios comuns que regem a admissão das provas reais. Em geral, a admissão depende do critério discricionário do juiz, que decide quando é realmente necessário conhecer um elemento de prova real.²¹⁴ A percepção que o julgador tem do elemento de prova pode ser de qualquer tipo: visual, tátil, gustativa, auditiva, olfativa, e assim sucessivamente. Se necessário, o juiz pode nomear um perito para que o auxilie, sendo-lhe facultado, inclusive, delegar-lhe a função da inspeção.²¹⁵ O tribunal dirige o procedimento pelo qual se observa o elemento de prova real, podendo dispor de todos os meios necessários para a inspeção de lugares ou de objetos. O tribunal tem a faculdade, ainda, de requerer demonstrações, experimentos, fotos ou gravações de qualquer coisa ou lugar.²¹⁶ O critério geral que guia a discricionariedade do tribunal é o da relevância da prova e o da utilidade das diversas atividades para o conhecimento dos fatos em litígio.

Em geral, o valor das provas reais ou demonstrativas é determinado pelo julgador de acordo com a sua apreciação discricionária. Essa é a regra para as exhibições e para o resultado das inspeções realizadas pessoalmente pelo juiz ou através de um perito. Também a credibilidade dos resultados das demonstrações e experimentos e a autenticidade das reproduções e gravações

²¹¹ Ver a regra 403 das *Federal Rules of Evidence*; GRAHAM, 2003: 108; GIANNELLI, 2003: 363.

²¹² Cf. GRAHAM, 2003: 101; LEMPERT e SALTZBURG, 1982: 1087; FRIEDENTHAL e SINGER, 1985: 234.

²¹³ Ver GRAHAM, 2003: 103; LEMPERT e SALTZBURG, 1982: 1084; FRIEDENTHAL e SINGER, 1985: 239; CROSS e TAPPER, 1990: 47.

²¹⁴ Ver BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 371, n. 3; JAUERNIG, 1991: 191; FASCHING, 1990: 526. Consulte-se, também, o Código Processual Civil francês, art. 179; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 764; o Código Processual Civil italiano, art. 258; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 678; COMOGLIO, 2004a: 630; CARPI e TARUFFO, 2002: 781. Segundo o art. 118 do Código Processual Civil italiano, a inspeção de uma propriedade somente pode ser ordenada quando essa seja necessária para conhecer os fatos litigiosos. Cf. CARPI e TARUFFO, 2002: 365.

²¹⁵ Cf. o Código Processual Civil alemão, § 372; MURRAY e STURNER, 2004: 271; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 372; ARENS e LÜKE, 1992: 215; MUSIELAK, 1991: 234; SCHLOSSER, 1983: 277; o Código Processual Civil francês, art. 181; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 765; o Código Processual Civil italiano, arts. 259 e 260; COMOGLIO, 2004a: 619; CARPI e TARUFFO, 2002: 783, 785; HINOSTROZA MINGUEZ, 2000: 249; DE LA OLIVA SANTO e DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 366; MONTERO AROCA, 2002: 342.

²¹⁶ Consulte-se, novamente, o Código Processual Civil alemão, § 372. Desde 2002, os tribunais alemães podem ordenar que terceiros ponham a disposição lugares ou objetos para inspeção; ver MURRAY e STURNER, 2004: 270. Sobre a prática da inspeção de coisas e lugares, ver o Código Processual Civil francês, arts. 179, 180 e 182; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 765; o Código Processual Civil italiano, arts. 259, 261 e 262; CARPI e TARUFFO, 2002: 783, 786; o Código Processual Civil espanhol, art. 169; MONTERO AROCA, 2002: 783; o Código Modelo Latinoamericano, arts. 175 e 176.

226; GRAHAM, 2003: 93; WRIGHT e GRAHAM, 1977-1989: vol. 22, 127, 236; RYCHLAK, 1995: 6. Por vezes, há disposições especiais relativas à inspeção do corpo de uma pessoa: ver, por exemplo, o art. 260 do Código Processual Civil italiano, que exige um cuidado especial para a proteção dos direitos da pessoa; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 679; CARPI e TARUFFO, 2002: 785. Cf., também, o Código Processual Civil espanhol, art. 353; ORDOÑO ARTES, 2000: 205; MONTERO AROCA, 2002: 325, 329.

²⁰⁷ Cf. RYCHLAK, 1995: 149, 182, 191, 231, 277; GIANNELLI, 2003: 361; WRIGHT e GRAHAM, 1977-1989: vol. 22, 122; LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2000: 1146, 1202, 1211; GRAHAM, 2003: 95; 2002: 415; MUELLER e KIRKPATRICK, 2003: 1052; CROSS e TAPPER, 1990: 48; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS e HARTMANN, 2003: § 371, n. 10; JAUERNIG, 1991: 191; SCHLOSSER, 1983: 277; FASCHING, 1990: 525; MONTERO AROCA, 2002: 353. O art. 2.712 do Código Civil italiano considera a reprodução técnica e mecânica como um tipo de prova documental; ver COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 672; COMOGLIO, 2004a: 361.

²⁰⁸ Ver RYCHLAK, 1995: 333; LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2000: 1200; CROSS e TAPPER, 1990: 48; MONTÓN REDONDO, 2000: 191.

²⁰⁹ Ver RYCHLAK, 1995: 245; GRAHAM, 2003: 95.

²¹⁰ Nos Estados Unidos, estes mecanismos estão determinados pela regra 901 das *Federal Rules of Evidence* e também podem ser utilizados na autenticação dos meios de prova demonstrativos. Ver GRAHAM, 2003: 531; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: vol. 5, 901-9, 901-33, 901-42, 901-53; LEMPERT, GROSS e LIEBMAN, 2000: 1151; WEINSTEIN e BERGER, 1975: vol. 5, 901-61.

são geralmente apreciadas discricionariamente pelo tribunal. Quando necessário, o tribunal considerará a opinião de um especialista ou algum outro meio de prova para a confirmação. Todavia, há algumas exceções a esse princípio geral: por exemplo, o Código Civil italiano, no seu art. 2.712, estabelece que as reproduções e gravações de fatos ou coisas fornecem uma prova plena de tais fatos ou coisas quando a sua correspondência com a realidade não for contestada pela parte contrária.²¹⁷

80. *As provas circunstanciais.* Quando inferências acerca da verdade de um enunciado relativo a um fato principal são traçadas supondo outro fato como premissa, este último é considerado um meio de prova indireto daquele fato principal. Essa classe de provas é geralmente chamada de *circumstantial* nos sistemas que adotam a língua inglesa, *Indizienbeweis* nos de língua alemã, *présomption de l'homme* na França, *presunzione semplice* na Itália e *presunción* na Espanha. Não obstante, as provas desse tipo têm algumas características comuns a todos os sistemas processuais.

Uma dessas características é a de ser impossível identificar *a priori* as circunstâncias que podem ser usadas como prova através de inferências dos fatos em litígio. Algumas tentativas de classificação das possíveis fontes de provas circunstanciais foram feitas,²¹⁸ porém não lograram abarcar a infinita variedade de fatos que podem ser utilizados como premissas de inferências cognitivas sobre outros fatos. Isso não obsta que, por vezes, individualize-se alguma circunstância específica: um exemplo interessante é a conduta das partes, que pode ser interpretada como uma circunstância com algum valor probatório.²¹⁹

Todo fato, na acepção mais ampla da palavra, pode ser considerado como elemento de prova circunstancial. O único critério relevante para se considerar o valor probatório de uma circunstância é o da sua utilidade; a partir dela, o juiz deve poder obter conclusões inferenciais sobre a verdade ou falsidade de um fato em litígio.²²⁰ De certo modo, então, um fato converte-se em prova circunstancial simplesmente porque o juiz o considera como tal. Qualquer fato pode ser qualificado como um elemento de prova circunstancial exclusivamente com base na sua relevância para a determinação de um fato

²¹⁷ Ver COMOGLIO, 2004a: 361.

²¹⁸ Cfr., por exemplo, a distinção entre meios de prova prospectivos, concomitantes e retrospectivos (*prospectant, concomitant, retrospectant*) proposta por WIGMORE, 1983: t. 1, 1144, 1703, 1744.

²¹⁹ Ver MANSFIELD, 1991: 695. O Código Processual Civil italiano, em seu art. 116, § 2º, regula expressamente a possibilidade de que o juiz extraia inferências do comportamento judicial das partes. Consulte-se COMOGLIO, 2004: 129; CARPI e TARUFFO, 2002: 363. Para uma regra similar na Argentina, ver FALCÓN, 2003: vol. 2, 469.

²²⁰ Ver, em geral, TARUFFO, 1992a: 381, 444. Ver, também, HINOSTROZA MINGUEZ, 2000: 249; FALCÓN, 2003: vol. 2, 458.

em litígio. Essa é a razão pela qual nenhuma disposição legal pode definir apropriadamente o que constitui uma prova circunstancial.

A estrutura fundamental das provas circunstanciais está estabelecida pela conexão inferencial por meio da qual o julgador vincula uma circunstância (o *factum probans*) a um fato litigioso (o *factum probandum*).²²¹ O *factum probandum* é descrito por um enunciado acerca do fato principal (ver *supra* § 5) e o *factum probans* descreve uma circunstância que o julgador conhece por tê-la percebido diretamente (como um elemento de prova real: ver *supra* § 79) ou porque se demonstrou essa circunstância através de prova específica. O traço mais importante da estrutura lógica básica das provas circunstanciais é a inferência que o julgador traça ao conectar o *factum probans* ao *factum probandum*. A partir do *factum probans* é possível se extrair uma quantidade teoricamente ilimitada de inferências: a questão é saber se esse fato pode ser ou não a premissa de uma inferência que conduza a uma conclusão relativa ao *factum probandum* especificamente. Se essa inferência for possível, a circunstância será verdadeiramente *probans*, pois sustentará uma conclusão sobre a veracidade de um enunciado acerca de um fato em litígio; se não for, essa circunstância carece de qualquer valor probatório, não podendo ser considerada propriamente um elemento de prova. Portanto, no núcleo desse raciocínio estão os critérios de acordo com os quais o julgador pode realizar as inferências que vinculam esses dois fatos. Os critérios usuais são generalizações fornecidas – e justificadas – pelo senso comum, a experiência ou a cultura média da época e do lugar nos quais se toma a decisão. Essas noções são chamadas de *Erfahrungssätze* ou máximas de experiência. Esse conceito foi definido e discutido principalmente na doutrina especializada alemã e italiana, com o propósito de identificar algumas regras gerais ou quase-regras derivadas da experiência e propor seu uso como premissa de inferências dedutivas ou quase-dedutivas que vinculem o *factum probans* ao *factum probandum*.²²² Todavia, esse tipo de racionalização da experiência comum é criticado e debatido na doutrina jurídica moderna; ademais, muitos especialistas não compartilham da concepção dedutiva das inferências no contexto das provas circunstanciais.²²³ De qualquer modo, não há dúvida de que o julgador tenha que se basear no seu conhecimento prévio e no senso comum para poder estabelecer uma conexão significativa entre o *factum probans* e o *factum probandum*. Por vezes, quando delas dispuser, o julgador poderá recorrer a leis e generalizações científicas, quando suas inferências serão gerais

²²¹ Ver, por exemplo, DENNIS, 1999: 7; CROSS e TAPPER, 1990: 20; COMOGLIO, 2004a: 470; MONTERO AROCA, 2002: 128; FALCÓN, 2003: vol. 2, 458.

²²² Para a primeira e mais influente análise desse conceito, ver STEIN, 1893. Da bibliografia alemã moderna, consulte-se, por exemplo, KOCH e RUSSMAN, 1982: 285; MUSIELAK, 1975: 113. Ver, também, MONTERO AROCA, 2000: 56; FALCÓN, 2003: vol. 2, 457.

²²³ Ver, por exemplo, TARUFFO, 2002: 140; 1992a: 194, 246. Ver, também, VAN ZANDT, 1991: 775, 777.

ou quase-gerais; na maioria dos casos, entretanto, as inferências baseiam-se em generalizações aproximadas, noções vagas e máximas extraídas do senso comum e da cultura média.²²⁴ Por conseguinte, a força racional das inferências e o valor probatório das provas circunstanciais estão ligados diretamente ao valor cognitivo e à credibilidade dos *standards* que o julgador emprega como critério para extrair inferências. A verdade do enunciado acerca do *factum probandum* é mais ou menos apoiada, e esse enunciado aparenta ser mais ou menos crível, razoável ou provável, de acordo com a credibilidade de tais *standards*.²²⁵ De qualquer modo, quando se obtém a inferência de maneira racional, essa representa o fundamento lógico das provas circunstanciais e converte um fato «bruto» em uma circunstância com valor probatório.

Por vezes, há somente um elemento de prova circunstancial a partir do qual se pode extrair uma conclusão cognitiva sobre um fato litigioso. Na maioria dos casos, entretanto, a prova lastreada em meios circunstanciais é composta por várias inferências extraídas de distintas circunstâncias que convergem de maneira consistente à mesma conclusão.²²⁶ A estrutura desse raciocínio pode ser muito complexa, especialmente porque o enunciado sobre o *factum probandum* pode ser justamente o último elo de uma corrente – ou o centro de uma teia – de várias inferências.²²⁷ Os nomes de «provas em cascata» ou «provas concatenadas» também são utilizados para se fazer referência a causas complexas, nas quais se empregam sofisticadas estruturas lógicas para se poder desenvolver o raciocínio acerca das provas circunstanciais.²²⁸

81. *O valor das provas circunstanciais.* Como regra geral, o valor das provas circunstanciais é determinado pelo julgador de acordo com sua avaliação discricionária. Não obstante, essa valoração discricionária pode ser incerta e perigosa por várias razões: a inferência pode ser duvidosa, o valor probatório das circunstâncias relevantes pode ser baixo, as diversas circunstâncias podem conduzir a conclusões inconsistentes ou contraditórias e o seu valor probatório pode ser superestimado ou subestimado pelo julgador. Por isso, a tentativa de se evitar ao menos os erros mais frequentes na valoração das provas circunstanciais, conduz à construção de modelos racionais que se espera sejam utilizados pelo julgador como guias no processo de decisão. A maioria das análises lógicas do conceito de relevância (ver *supra* §§ 20-22) ou da livre apreciação da prova (ver *infra* § 95) foi desenvolvida especialmente em relação aos problemas das provas circunstanciais. O objetivo dessas análises

²²⁴ Ver, novamente, TARUFFO (nota anterior).

²²⁵ Para uma análise mais ampla desses temas, ver TARUFFO, 1992a: 233, 426, 443.

²²⁶ Ver, por exemplo, CROSS e TAPPER, 1990: 21.

²²⁷ Para uma análise mais ampla dessas situações, ver, por exemplo, TARUFFO, 1992a: 241, 248, 256.

²²⁸ Ver TARUFFO, 1992a: 248; SCHUM e MARTIN, 1982: 105; ANDERSON e TWINING, 1991: 58, 89, 94.

é a construção de um conjunto de critérios racionais que logrem reduzir os perigos do uso indevido ou mal-entendidos nas decisões judiciais baseadas em provas circunstanciais.²²⁹

Às vezes, todavia, disposições legais são criadas com o objetivo de se superarem essas dificuldades. Tais disposições limitam a discricionariedade do juiz e o obrigam a cumprir com determinados critérios legais na apreciação das provas circunstanciais. Em alguns casos, o uso de tal tipo de prova é limitado às situações nas quais se admite prova testemunhal, em sistemas nos quais a prova testemunhal é excluída em muitos casos (ver *supra* § 57).²³⁰ Outra solução é a admissão do uso das provas circunstanciais somente quando as inferências acerca do *factum probandum* forem sérias, precisas e convergentes.²³¹ Tais disposições pretendem impor *standards* racionais na determinação do valor das provas circunstanciais. Na prática, porém, tais *standards* são vagos e confusos, não sendo aplicados pelos tribunais, em geral, de maneira direta e consistente.²³² Em verdade, as provas circunstanciais não se ajustam facilmente a regras analíticas e a restrições formais, motivo pelo qual as garantias necessárias de equidade e credibilidade devem fundar-se, com maior razão, na racionalidade das inferências extraídas pelo julgador. Dessa maneira, quando confiável, as provas circunstanciais poderão ter o mesmo valor probatório que qualquer outro tipo de provas.

²²⁹ Para debates mais amplos e panoramas críticos, ver, e. g., TARUFFO, 1992a: 166, 199, 217; WIGMORE, 1983: t. I, 1004.

²³⁰ Ver, por exemplo, o Código Civil francês, art. 1.353; o Código Civil italiano, art. 2.729, § 2.º; e o Código Civil espanhol, art. 1.253.

²³¹ Ver os dispositivos citados na nota anterior. Na Itália, todavia, uma inferência circunstancial pode ser suficiente para embasar o julgamento. Ver, por exemplo, COMOGGIO, 2004a: 478. O Código Processual Civil espanhol, em seu art. 386.1, não exige a coincidência de várias inferências, porém diz-se que a presunção deve se basear em uma conexão precisa e direta entre o *factum probans* e o *factum probandum* estabelecida de acordo com as «reglas del criterio humano».

²³² Ver, por exemplo, TARUFFO, 1992a: 443; COMOGGIO, 2004a: 470, 478, 484, 490.