

MICHELE TARUFFO

A
PROVA

Tradução
João Gabriel Couto

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

Coleção
Filosofia e Direito

Direção
Jordi Ferrer
José Juan Moreso
Adrian Sgarbi

A prova
Michele Taruffo

Título original: *La prueba*

Tradução
João Gabriel Couto

Capa
Nacho Pons

Preparação e editoração eletrônica
Ida Gouveia / Oficina das Letras®

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CIP-Brasil. Catalogação na Publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

T198p

Taruffo, Michele
A prova / Michele Taruffo ; tradução João Gabriel Couto. - 1. ed. - São Paulo :
Marcial Pons, 2014.

Tradução de: La prueba
Apêndice
Inclui bibliografia
ISBN 978-85-66722-14-7

1. Livre convencimento. 2. Prova (Direito). 3. Função judicial. 4. Juízes - Decisões.
5. Sentenças (Direito processual). I. Título. II. Série.

14-08210

CDU: 347.95

© Michele Taruffo

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461, conj. 64/5, Torre Sul
Jardim Paulistano CEP 01452-002 São Paulo-SP

☎ (11) 3192.3733

www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil [10-2014]

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

PROVA E VERDADE NO PROCESSO CIVIL.....	15
A. Fatos e meios de prova.....	15
1. Função dos meios de prova	15
2. Definição de «fato».....	16
3. Fatos institucionais e fatos brutos.....	17
4. Fatos determinados valorativamente	18
5. Fatos e enunciados fáticos	19
B. Meios de prova e teorias do processo.....	20
6. Processo e verdade judicial.....	20
7. Verdade e decisões corretas.....	21
C. Prova e teorias da verdade.....	23
8. A verdade judicial.....	23
9. As teorias irracionalistas.....	25
10. Verdade absoluta e verdade relativa.....	25
11. A verdade como coerência	26
12. Verdade como correspondência.....	28
13. Incerteza e decisão.....	29
D. Prova e probabilidade.....	29
14. Verdade e probabilidade.....	29
15. A probabilidade quantitativa	30

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: 732.

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; GILISSEN, 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; DENTI, 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 STÜRNER, 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 LÜKE, 1992:

Por vezes, distinções adicionais são feitas no âmbito dos documentos públicos. Por exemplo, na Alemanha distinguem-se os chamados *Tatbestandurkunden* dos *Zeugnisurkunden*, 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; MAZEAUD, MAZEAUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 598; TERRÉ, 2003: 484; GHESTIN e GOUBEUX, 1977: 493; TESKE, 1990: 9, 11; o Código Processual Civil espanhol, art. 317; DE LA OLIVA SANTOS e DíEZ-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 MÍNGUEZ, 2000: 206; FALCÓN, 2003: vol. I, 879.

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

⁸⁵ Ver o Código Processual Civil alemão, §§ 415, 417 e 418; MURRAY e STÜRNER, 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 LÜKE, 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; MAZEAUD, MAZEAUD e CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 595; TERRÉ, 2003: 487; GHESTIN e GOUBEUX, 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; COMOGLIO, 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 STERNER, 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 DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 337; MONTERO AROCA, 2000: 208; RAMOS MÉNDEZ, 1990: vol. 1, 567; MUÑOZ SABATÉ, 1967: 340; SILVA MELERO, 1963-1964: vol. 1, 262; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 665; COMOGLIO, 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; COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 667; COMOGLIO, 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 COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 674; COMOGLIO, 2004a: 345; PATTI, 1991: 11. Cfr., também, VERHEYDEN e JEANMART, 1991: 408; FALCÓN, 2003: vol. 1, 863.

⁹² Cfr. COMOGLIO, 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: t. I, vol. 1, 610; TERRÉ, 2003: 509; GHESTIN e GOUBEAUX, 1977: 519; TESKE, 1990: 40; o Código Civil italiano, art. 2.707; COMOGLIO, 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; COMOGLIO, 2004a: 350.

⁹⁵ Ver os arts. 1.329 e 1.330 do Código Civil francês; MAZEAUD, MAZEAUD e CHABAS, 2000: t. 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; COMOGLIO, 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 COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 671; COMOGLIO, 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 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 COMOGLIO, 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-

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.

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, *querela 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-

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; ZPO-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; TERRÉ, 2003: 487; VINCENT e GUINCHARD, 2003: 806; CADIEU, 2000: 509; o art. 221 do Código Processual Civil italiano; COMOGLO, 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 STÜRNER, 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; CADJET, 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; CADJET, 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 STÜRNER, 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 desafiar 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 CAPITANT, 1988: 137-236. Cfr., também, VON SPONECK, 1991: 269; FALCÓN, 2003: vol. 1, 894.

¹¹⁹ Ver GAHTAN, 1999: 7.