

LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS NO PROCESSO CIVIL

Leonardo Greco*

Uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea difunde na sociedade é a de que todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional, que lhe assegurará o pleno gozo desse direito.

Ocorre que o direito nasce dos fatos e não houve até hoje nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz, no seu mister, pudesse limitar-se a dizer o direito a ela aplicável.

Nos livros em que estudamos, as questões de fato pareciam quase inteiramente alheias ao mundo do Direito, como se fossem objeto ou de um saber vulgar naturalmente sujeito a erro, resultante da percepção sensorial de qualquer pessoa, como a testemunha, em si pouco confiável, ou de um sofisticado saber científico, revelado enigmaticamente pelo perito, investido de uma confiança cega e incontestável, ou de documentos iguais aos que diariamente manipulamos nos sucessivos episódios da nossa vida e que aprendemos a avaliar intuitivamente através do senso comum.

O processo estudaria apenas os meios e o modo como o conhecimento dos fatos é produzido como premissa necessária da sentença judicial, estabelecendo ainda, juntamente com o direito material e em benefício deste, algumas regras mais ou menos interventivas na sua investigação ou na sua avaliação.

Se essas regras jurídicas tiverem sido observadas, nenhuma importância terá o resultado, que poderá tanto estar muito próximo quanto muito distante da realidade da vida.

Essa indiferença com o resultado da apuração dos fatos no processo encontrava justificativa na inspiração divina da decisão judicial, aceita desde a Antiguidade grega, ou no poder absoluto do soberano, que substituiu na Idade Moderna o poder divino, ou no individualismo da livre convicção liberal, em que o juiz emanava a lei do caso concreto, mas seguramente não satisfaz aos ideais democráticos do Estado contemporâneo, que assenta a legitimidade política do poder dos juízes na credibilidade das suas decisões.

A sociedade do nosso tempo é mais exigente. Ela não mais se contenta com qualquer reconstrução dos fatos, mas apenas com aquela que a consciência coletiva assimila e aceita como autêntica, porque a exata reconstituição dos fatos é um pressuposto fundamental de decisões justas¹ e da própria eficácia da tutela jurisdicional dos direitos, já que legitimadora do poder político de que estão investidos os julgadores.

* Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Michele Taruffo. “Idee per una teoria della decisione giusta”. In: *Sui confini - scritti della giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p.224.

1.– A DESCOBERTA DA VERDADE

Alguns autores, que apontam a formação da convicção do juiz como a função da prova, também, alternativa ou cumulativamente, lhe atribuem uma função objetiva de revelação da verdade ou da certeza dos fatos.

Assim, Mittermayer² se refere à prova subjetiva e objetivamente: *subjetivamente* como o conjunto de esforços para firmar a convicção no espírito do juiz; *objetivamente*, como sinônimo de certeza, compreendendo o complexo dos motivos poderosos que fazem concluir com toda a segurança a realidade dos fatos.

Devis Echandia³, do mesmo modo, atribui às provas a função de levar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos.

Também Moniz de Aragão⁴ invoca o artigo 339 do CPC para observar que o descobrimento da verdade é objetivo precípua a ser alcançado para que se pronuncie o julgamento.

Em todos os tempos, a idéia de Justiça, como objeto do Direito, sempre esteve axiologicamente ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na incidência das normas jurídicas sobre a realidade da vida tal como ela é. Os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade.

É claro que na História da Humanidade, em muitas épocas, o conceito de verdade, como *adequatio intellectus ad rem*, foi questionado pelos filósofos, ou foi considerado inacessível ou foi sobrepujado pelo Estado autoritário ou pelo positivismo, mas sempre, na teoria da prova judiciária, a verdade ou a certeza dos fatos sobreviveu como uma função importante.

Respondendo ao ceticismo dominante no seu tempo, Jaime Guasp, em estudo contemporâneo à 2ª Guerra⁵, concluiu, citando Chiovenda: “... *no hay más que una Justicia como no hay más que una Verdad*”⁶.

Outro autor italiano que não pode ser ignorado no trato da matéria é Michele Taruffo, já agora representativo do salto qualitativo dado pelo Direito Processual no segundo Pós-Guerra, em direção a um processo como instrumento de tutela efetiva dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, que precisa se reconciliar com a verdade, porque negar a capacidade do processo de revelá-la implicaria em negar a própria possibilidade de o Estado assegurar o acesso ao direito, que decorre dos fatos⁷.

O que é preciso assentar é a necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. De nada adianta a lei atribuir ao cidadão inúmeros direitos, se não lhe confere a possibilidade concreta de demonstrar ser titular desses direitos, ou seja, se lhe impõe uma investigação fática *capenga*, incompleta, impedindo-o de obter a tutela dos direitos pela

² Carl Joseph Anton Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 11ª ed. Madrid: Reus, 2004, p. 108.

³ Hernando Devís Echandia, *Compendio de pruebas judiciales*. Tomo I. Santa Fe: ed. Rubinzal-Culzoni, 1984, p. 35.

⁴ Égas Dirceu Moniz de Aragão, *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.53.

⁵ Jaime Guasp. *Juez y hechos en el Proceso Civil – una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Barcelona: Bosch, 1943, pp. 83/101.

⁶ Giuseppe Chiovenda, *Principi di Diritto Processuale Civile*. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1923 , p.101.

⁷ Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, *passim*.

impossibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais eles se originam. Ferrajoli qualifica a garantia jurisdicional como o direito a um julgamento conforme à verdade jurídica e fática⁸. Mas a verdade não compõe apenas essa garantia. É também pressuposto da justiça das decisões judiciais e, como tal, da própria legitimidade política do Judiciário, como guardião da ordem jurídica e dos direitos dos cidadãos, e limite intransponível ao arbítrio. Por isso Taruffo a qualifica como um dos escopos institucionais do processo⁹.

Se a verdade no processo tem essa relevância humanitária e política, ela não pode ser uma outra verdade senão aquela que resulta do mais qualificado método de investigação acessível ao conhecimento humano, em qualquer área do saber.

Como diz Taruffo, a busca da verdade é teoricamente possível e ideologicamente oportuna e até necessária, para que o processo seja o meio de produzir decisões justas¹⁰.

Daí resulta que o discurso justificativo das decisões sobre os fatos deve ter por função a demonstração lógico-racional da correspondência das afirmações aos fatos do mundo real, com o emprego dos mesmos métodos e critérios das ciências correspondentes, quando for o caso¹¹. Isso não significa transformar o processo numa busca interminável da verdade absoluta, pois, mesmo a investigação científica está sujeita a imposições temporais.

O fundamental é que as normas jurídicas relativas à produção das provas não podem constituir obstáculos que dificultem a reconstrução objetiva dos fatos. Para que a celeridade não constitua um obstáculo, certamente o processo deverá ser aperfeiçoado, através de técnicas mais apropriadas de antecipação da atividade probatória, como a *disclosure* e a *discovery* do direito anglo-americano.

A conceituação da prova como um instrumento de busca da verdade, na luta pelo acesso à tutela jurisdicional efetiva dos direitos, impõe necessariamente uma ampla revisão de todo o sistema normativo probatório, redefinindo a configuração de uma série de institutos, cujo conteúdo se consolidou no curso no tempo e que dificulta o acesso à verdade.

Peter Häberle, no seu ensaio sobre *Direito e Verdade*, ressalta que a verdade é um valor humanitário fundamental no Estado Democrático de Direito, porque dela dependem a eficácia da liberdade, da justiça e do próprio bem comum. Depois da experiência do modelo autoritário, o estado constitucional impõe a verdade como um valor cultural. Ao contrário de Hobbes (*auctoritas non veritas facit legem*), podemos dizer que é a verdade e não a autoridade que origina a lei. Correta, portanto, é a observação de Vaclav Havel de que “há nos sistemas pós-totalitários uma característica particular: a aspiração humana à verdade”¹².

⁸ Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione – teoria del garantismo penale*. 7ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2002, p.43.

⁹ V. M. Taruffo. *La prova...*, p.144; também citado por Gian Franco Ricci. *Le prove atipiche*. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 1141.

¹⁰ M. Taruffo. *La prova...*, p.42.

¹¹ Luigi Lombardo. *La prova giudiziale – contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*. Milano: Giuffrè, 1999, p.16; G. F. Ricci. *Le Prove...*, p.1138.

¹² Vaclav Havel, *Versuch in der Wahrheit zu leben*, citado por Peter Häberle. *Diritto e verità*. Torino: Einaudi, 1995, p.105.

Como instrumento da verdade é que a prova vai cumprir aquela função social apontada por Devís Echandia: dar segurança às relações sociais e comerciais, prevenir e evitar litígios e delitos, servir de garantia dos direitos subjetivos e dos diversos *status* jurídicos¹³.

É sob essa perspectiva que iremos estudar as chamadas limitações probatórias.

2. – CONCEITO

Limitações probatórias são todas as proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas consideradas necessárias ou úteis para investigar a verdade dos fatos que interessam à causa.

Essas limitações são de diversas naturezas. Algumas resultam da imposição de prazos e de preclusões pelas normas que regem os diversos procedimentos e a prática dos atos processuais neles inseridos. Outras decorrem da necessidade de assegurar ao processo celeridade e rápida solução, impedindo a produção de provas consideradas inúteis ou procrastinatórias. Outras visam a dar segurança a certas relações jurídicas, mediante a admissibilidade da prova de certos fatos somente por meio de fontes de excepcional qualidade formal, como o registro público, repudiando as demais. Outras, ainda, pretendem impedir que a investigação dos fatos pelo juiz viole preciosos direitos fundamentais da pessoa humana, como a intimidade, a integridade física e a honra, ou preservar o interesse público ao sigilo, o que leva à proibição de provas consideradas ilícitas. E, também em vários casos, a lei ou os costumes impõem limitações à admissibilidade de certas provas que consideram inidôneas, disciplinando a investigação da verdade pelo juiz para que ele não se deixe influenciar por fontes ou por métodos considerados pouco confiáveis ou suspeitos.

Essas limitações probatórias devem ser cuidadosamente analisadas, para verificar se encontram suporte na proteção da dignidade humana, na preservação de direitos fundamentais ou de algum outro valor humano excepcionalmente relevante, o que poderá justificar ou não a sua sobrevivência.

Afinal, defender a natureza meta-jurídica da prova e a sua função demonstrativa da verdade não significa impor ao juiz o dever de buscar a verdade a qualquer preço, porque também a ciência tem limites éticos, políticos e econômicos e, nem por isso, o cientista se afasta do seu compromisso de investigar a realidade dos fatos como ela é.

3. - CLASSIFICAÇÃO DAS LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS

Gian Franco Ricci¹⁴ divide as limitações probatórias, quanto à função que desempenham no processo, em três espécies: a) as que visam a repudiar provas supostamente suspeitas, como as incapacidades, impedimentos e suspeições para depor; b) as que se destinam a garantir um ordenado desenvolvimento do processo, como as preclusões, os prazos probatórios e muitas regras procedimentais; e c) as que preservam valores constitucionais, como a intimidade, o segredo de ofício ou o segredo profissional¹⁵.

¹³ Hernando Devís Echandia. *Compendio de pruebas judiciales*. Tomo I. Santa Fe : ed. Rubinzal-Culzoni, 1984, p.26.

¹⁴ Gian Franco Ricci. “Nuovi rilievi sul problema della ‘specificità’ della prova giuridica”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: ed. Giuffrè, ano LIV, p.1148, 2000.

¹⁵ Proponho distribuir nessas três categorias as limitações probatórias que identifico no Código de Processo Civil: a) limitações que visam a repudiar provas supostamente suspeitas: a incapacidade para prestar depoimento pessoal (CPC,

4. FUNDAMENTOS PARA A ADMISSÃO OU REJEIÇÃO DAS LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS

Numa observação panorâmica das limitações probatórias e sem adiantar a análise das limitações específicas de cada meio de prova, considero essencial tentar identificar os principais fundamentos para a sua admissão ou rejeição, que deverão ser invocados na busca da sua compatibilização com o escopo probatório de apurar a verdade objetiva, em nível de confiabilidade compatível com o de quaisquer outras áreas de conhecimento.

4.1 - DIGNIDADE HUMANA E PRIVACIDADE

O primeiro fundamento de inúmeras limitações probatórias são os direitos fundamentais, em especial a dignidade humana e a privacidade. A verdade não pode ser obtida a qualquer preço, pois o Estado de Direito, assentado na dignidade de todos os seres humanos e na eficácia concreta dos seus direitos fundamentais, não pode admitir que a tutela dos direitos de uns se faça com o sacrifício de um núcleo intangível dos próprios direitos fundamentais de outros.

Entretanto, muitos direitos fundamentais podem sofrer limitações à sua eficácia para assegurar igual eficácia de outros. Bobbio dizia que há apenas dois direitos fundamentais absolutos que, em nenhum caso e sob nenhum pretexto podem ser sacrificados: não ser torturado e não ser escravizado¹⁶.

art. 8º); a proibição de requerer o próprio depoimento pessoal (CPC, art. 343); a proibição da presença da parte à tomada de depoimento pessoal da outra (CPC, arts. 344 e 413); a limitação do depoimento pessoal à forma oral (CPC, art. 344); a proibição de reperguntas pelo advogado do próprio depoente; a forma escrita da confissão extrajudicial (CPC, art. 353); a subordinação da prova contra o autor do documento particular à assinatura (CPC, art.368); as incompatibilidades para depor como testemunha; as incapacidades para depor como testemunha (CPC, art. 405, § 1º; Código Civil, art. 228); os impedimentos e motivos de suspeição das testemunhas (CPC, art. 405, §§ 2º e 3º); a não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos (CPC, art. 401; Código Civil, art. 227); a não admissão da prova testemunhal sobre fato já provado por documento ou confissão ou que só por documento ou exame pericial possa ser provado (CPC, art.400); os impedimentos, os motivos de suspeição e a carência de conhecimentos técnicos ou científicos (CPC, arts. 423 e 424); as limitações ao depoimento oral do perito (CPC, art. 435); b) limitações que visam a garantir um ordenado desenvolvimento do processo: as preclusões processuais, como a vedação à proposição e produção de provas não requeridas pelo autor na petição inicial e pelo réu na contestação (CPC, arts. 282 e 300), a proibição de provas novas em grau de apelação (art. 517) e a cognição recursal restrita à matéria de direito no recurso especial e no recurso extraordinário; a proibição de juntada de documentos posteriormente aos articulados (CPC, arts. 396 a 398, 326 e 327); o prazo para oferecimento do rol de testemunhas (CPC, arts. 407 e 435); o número máximo de testemunhas (art.407, parágrafo único); as restrições à substituição de testemunhas (CPC, art. 408); a limitação temporal aos quesitos suplementares (CPC, art. 425); o prazo para intimação do perito para prestar depoimento oral em audiência (CPC, art. 435); c) limitações que visam a preservar valores constitucionais: a proibição de provas ilícitas (Constituição Federal, art. 5º, inc. LVI; CPC, art. 332); as provas legais de determinados fatos, através dos registros públicos dos fatos da vida civil, como o nascimento, o casamento e o óbito (CPC, arts. 320, inc. III, e 366; Código Civil, arts. 9, 10, 108 e 1.543); as escusas de prestar depoimento pessoal (CPC, art. 347); a inadmissibilidade da confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis (CPC, art. 351); as escusas de exibição (CPC, art. 363); a proibição de requisição do processo administrativo fiscal (Lei nº. 6.830/80, art.41); a proibição de acesso a documentos acobertados pelo segredo de Estado (Constituição, art. 5º, inc. XXXIII); as escusas de depor (CPC, art. 406; Código Civil, art. 229); a escusa do perito por motivo legítimo (CPC, art. 146).

¹⁶ Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, ed. Campus, Rio de Janeiro, 15ª tiragem, 1992, p.187.

A dignidade da pessoa humana é o principal e mais valioso direito fundamental, inscrito na Constituição brasileira como uma das bases de sustentação da República e do Estado Democrático de Direito (art. 1º).

Como direito fundamental inalienável, constitui um limite intransponível à busca da verdade no processo ou fora dele, pois também o cientista, numa sociedade democrática, está proibido, em suas investigações, de efetuar experiências degradantes, que violem a liberdade de consciência ou de vontade do ser humano, que exponham publicamente os aspectos mais íntimos da sua personalidade ou o submetam a tratamento humilhante, doloroso ou cruel. Essa proibição está consagrada no Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, em vigor no Brasil, no seu art. 7º: “Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”.

A privacidade é uma projeção da dignidade humana, protegida em diversos instrumentos internacionais definidores de Direitos Humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, a Convenção Européia de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Todas elas, entretanto, reconhecem que se trata de um direito que pode sofrer limitações. Assim, o primeiro (art. 17) estabelece:

“Art. 17 - 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.”

A Convenção Européia (art.8º) também dispõe:

“Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

Já a terceira, no artigo 11, após estabelecer que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”, proíbe “ingerências arbitrárias ou abusivas” na vida privada, na da família, no domicílio e na correspondência, cabendo definir o que sejam tais ingerências.

Na proteção da privacidade diferem fundamentalmente os sistemas probatórios anglo-americano e continental europeu, conforme observaram diversos autores¹⁷, sendo o segundo bem mais protetivo do que o primeiro, especialmente no confronto desse direito com o interesse público.

¹⁷ Nicolò Trocker. “Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, p. 475 e ss., 1992; Vittorio Denti. “La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos”. In: *Estudios de derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1974, pp. 77 e ss.

Esses limites vêm sendo construídos pouco a pouco pela doutrina e pela jurisprudência de cada país em função das circunstâncias específicas de casos concretos, o que gera muitas incertezas, que poderiam ser dissipadas se tivéssemos no ordenamento jurídico interno uma lei específica sobre a privacidade. À sua falta, a invocação da doutrina e da jurisprudência continental européia, especialmente a alemã, que mais avançou no estudo do tema, não obstante acendradas polêmicas e frequentes hesitações, é inevitável, em face da afinidade do nosso sistema jurídico com o direito europeu, inclusive na mais recente evolução da teoria dos direitos fundamentais e das garantias fundamentais do processo.

Tentando estabelecer critérios para a ponderação entre a proteção da privacidade e algum outro interesse a ela contraposto, a jurisprudência constitucional alemã engendrou a chamada *teoria dos três graus* de proteção da privacidade. O primeiro grau, intangível, indisponível, insuscetível de ponderação, porque sem ele não há respeito à dignidade humana, que preserva as relações do indivíduo consigo mesmo; o segundo grau, correspondente a relações e vínculos de identificação pessoal do seu titular com outros sujeitos da comunidade, está sujeito a ponderação, podendo ser sacrificado em benefício de valores ou interesses superiores; o terceiro grau, decorrente de relações do sujeito com outras pessoas da comunidade que, embora não sejam públicas, não lhe atribuem uma identidade particular, mas correspondem a relações comuns entre pessoas de um determinado grupo social, em que o conteúdo objetivo da comunicação sempre prevalece sobre qualquer interesse individual¹⁸.

No grau mais intenso de preservação da intimidade se encontram as provas que dizem respeito às relações do ser humano consigo mesmo. Assim, o diário, em que a pessoa registra para sua própria memória o relato de fatos ou a sua opinião sobre fatos, pessoas ou coisas, integra o chamado *direito de domínio da informação* que deve ser considerado impenetrável por qualquer outra pessoa sem a sua expressa autorização. Igualmente, o direito ao conhecimento do próprio corpo, pois não há interesse alheio ou público por mais relevante, para cuja prova alguém possa ser obrigado a expor o próprio corpo. Como frequentemente as informações pertencentes a esse núcleo essencial de preservação da dignidade humana se encontram guardadas no domicílio da pessoa, as buscas domiciliares legalmente autorizadas devem sempre respeitá-las¹⁹. Também integra esse núcleo mais forte de privacidade a liberdade de expressão que, no processo criminal, tem condenado a utilização dos detectores de mentira, que levam as declarações da pessoa a serem utilizadas como provas de fatos em sentido contrário à sua vontade²⁰. Da mesma natureza é a prova extorquida mediante tortura, grave ameaça, hipnose ou a administração de drogas que embotem a vontade do declarante²¹.

Já quanto aos exames de sangue e exames de DNA, a meu ver é preciso verificar se se destinam apenas a investigar e apurar características do próprio portador para avaliar a sua capacidade de entendimento ou de vontade, hipótese em que devem considerar-se protegidos por uma privacidade de primeiro grau; ou se visam a demonstrar uma relação jurídica com outras pessoas da comunidade, como, por exemplo, para a prova da paternidade ou a prova da autoria de um crime de elevada gravidade, caso em que me parece se enquadrarem no segundo grau.

¹⁸ Manuel da Costa Andrade. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2006, pp.94-96.

¹⁹ M. da C. Andrade. *Sobre as proibições...*, p.51.

²⁰ M. da C. Andrade. *Sobre as proibições...*, p.78.

²¹ O § 136a do Código de Processo Penal alemão enumera exemplificativamente: maus tratos, fadiga, ofensas corporais, administração de quaisquer meios (*Verabreichung von Mitteln*), tortura, fraude (*Täuschung*) ou hipnose.

Já quanto às conversas privadas, como se trata de informação decorrente de relação de um sujeito com outro, me parece que compõem a privacidade de 2º (segundo) grau.

A esse propósito, não podem deixar de ser mencionadas as escutas telefônicas, previstas no texto constitucional (art. 5º, inc. XII) e regulamentadas em lei (Lei nº. 9.296/96), vulgarizadas no País como instrumento de investigação criminal, menos por esse fato, e mais porque o teor dessas escutas poderá vir a ser utilizado como prova em algum processo civil.

De início, cumpre assinalar que a invasão excepcional da privacidade em determinado processo judicial, civil ou criminal, como instrumento necessário para a prova de uma situação jurídica reputada bastante relevante, não torna público o acesso aos fatos e provas por esse modo desvendados, devendo o respectivo processo correr em segredo de justiça (Constituição, art. 5º, inc. LX e art.93, inc. IX; CPC, art. 155) e não podendo o adversário daquele que teve a privacidade devassada ou qualquer sujeito do processo deles fazer uso para outros fins ou em outros processos.

Mais uma vez é o direito alemão que oferece balizamentos mais minuciosos a respeito da utilização em juízo das gravações de escutas telefônicas. O direito germânico somente permite a escuta telefônica para apuração de determinados crimes excepcionalmente graves, relacionados no § 100a do Código de Processo Penal. Enumeração legal taxativa é também feita pelo direito português, no artigo 187º do seu Código de Processo Penal. A suspeita da prática de um desses crimes deve fundar-se em fatos determinados. O recurso à escuta pressupõe que a apuração do crime seja impossível ou extremamente difícil por qualquer outro meio. As escutas devem limitar-se aos próprios investigados ou a pessoas em relação às quais há indícios, baseados em fatos determinados, de que recebem ou transmitem comunicações provenientes dos investigados ou a eles destinadas ou cujos telefones utilizem os investigados²². O dispositivo citado do código português proíbe a escuta de conversas ou comunicações entre o investigado e seu defensor, “salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime”. Quanto ao conhecimento de outros fatos revelados pela escuta, alheios aos que a motivaram, exige-se para que sirva de prova que se trate de fatos de natureza criminosa igualmente relacionados como particularmente graves e que não haja outro meio de apurá-los²³.

4.2 - DIREITO À NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

Outro fundamento frequentemente invocado de limitações probatórias é o chamado direito à não auto-incriminação. A Corte de Justiça das Comunidades Europeias, numa decisão de 1989, reconheceu o direito de uma empresa de não ser obrigada a prestar depoimento contra si mesma, através de seu representante. Em 1998, o Tribunal de Primeira Instância, em outro caso, não admitiu essa escusa de prestar informações, admitindo que a Comissão Europeia aplicasse sanções mais severas à sociedade empresária que se abstinisse de prestá-las invocando esse direito²⁴.

O privilégio de recusar-se a depor ou a exhibir documento com fundamento no direito a não se auto-incriminar, também conhecido como o direito de não produzir prova contra si mesmo, proveio do processo penal. Alega-se que ele teve origem no curso da Idade Moderna como uma reação à tortura. Através do direito ao silêncio ou da escusa de depor, de exhibir, de officiar como

²² M. da C. Andrade. *Sobre as proibições...*, pp.289-294.

²³ M. da C. Andrade. *Sobre as proibições...*, pp.311-312.

²⁴ Jean-Pierre Spitzer. “Le procès équitable devant la Cour de Justice des Communautés Européennes”. In: *Union des avocats européens. Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*. Bruxelles: ed. Bruylant, 2001, p.111-112.

perito, réus, testemunhas e terceiros podem recusar-se a responder a perguntas, a fornecer documentos ou a colaborar como peritos, para não se auto-incriminarem, nem incriminarem aos seus familiares. Em alguns países, esse privilégio está incluído no rol dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, sendo freqüente a sua extensão ao processo civil, que também adota as escusas de depor ou de exhibir.

Se, no processo penal, a proibição de auto-incriminação parece justificável na medida em que reflete o ônus da acusação de demonstrar cabalmente a responsabilidade do acusado, como corolário da presunção de inocência, no processo civil tem ela merecido severas críticas, pois viola o princípio da cooperação e pode constituir um obstáculo intransponível ao acesso à tutela jurisdicional do direito em favor de uma das partes ou de ambas, que ficam privadas da possibilidade de provar os fatos dos quais o seu direito decorre.

Zuckerman, na Inglaterra, considera-a um instituto anacrônico, incompatível com a cultura dominante no processo civil, em que as partes têm o direito de produzir todas as provas relevantes, mesmo as que se encontram em poder do adversário²⁵.

Creio que esse dever de colaboração recai com mais intensidade, se o depoente ou o informante é uma das partes, porque violaria a paridade de armas se uma delas, a pretexto de proteção da sua privacidade, subtraísse da outra a possibilidade concreta de provar os fatos dos quais pode resultar o seu direito. Nesse caso, a escusa de depor ou de exhibir somente poderia ser admitida se fundada em motivo do 1º grau de privacidade. Se o depoente ou o informante não for parte, é preciso não esquecer que todo terceiro tem o dever de colaborar com a justiça no descobrimento da verdade (CPC, art. 339) e, assim, também a prestação de depoimento ou a entrega de documento decorrem desse dever, não podendo o ordenamento jurídico criar escusa com fundamento no suposto direito de não se auto-incriminar, sob pena de grave limitação à busca da verdade.

Mas, é claro que, se o depoente ou informante, parte ou terceiro, invocar o direito à não auto-incriminação, e desde que não seja o caso de escusa de depor ou de exhibir com fundamento em privacidade de 1º grau, o juiz não deverá em princípio dispensá-lo, salvo se, num juízo de ponderação reconhecer a recusa como legítima como meio de proteção indispensável de direito fundamental excepcionalmente valioso. Em qualquer caso, se o juiz não dispensar a informação ou o depoimento, mas reconhecer o seu direito a preservar a sua reserva, deverá impor ao processo o segredo de justiça. Nesse caso, a parte beneficiada pelo acesso à informação estará vinculada ao dever de conservar esse sigilo, especialmente quando o fato ou o documento incriminadores possam ser geradores ou servir para provar outros direitos seus em relação a terceiros. Ao segredo de justiça estará vinculado o próprio juiz, caso o fato ou a prova sejam reveladores de responsabilidade criminal do depoente ou de terceiro.

4.3 - CELERIDADE. PROCEDIMENTO. PRAZOS E PRECLUSÕES

Seguindo tendência verificada em outras Constituições e disposições expressas em diplomas internacionais de Direitos Humanos, a Constituição brasileira, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, introduziu no rol dos direitos fundamentais a duração razoável do processo e a celeridade (artigo 5º, inciso LXXVIII).

²⁵ *Apud* Joseph M. Jacob. *Civil justice in the age of human rights*. Hampshire: ed. Ashgate, 2007, p.169.

Antes disso pode-se dizer que já era consensual na doutrina processual que a celeridade do processo constituía um componente essencial do direito de acesso à Justiça e da própria eficácia dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico²⁶.

Não são mais aceitáveis demoras na solução de litígios justificadas pelo volume excessivo de processos ou pela ineficiência da máquina judiciária. Todo processo judicial representa uma crise na eficácia e no pleno gozo dos direitos dos cidadãos, que deve ter mínima duração, porque somente assim o Estado estará cumprindo na prática a promessa constitucional de assegurar a mais ampla efetividade a esses direitos.

Embora a razoabilidade da duração do processo seja um juízo valorativo, que deverá resultar de uma série de circunstâncias, como tem sido explicitado em diversos estudos e por diversas fontes, entre as quais se destaca a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, que tem imposto repetidas censuras a Estados-membros do Conselho da Europa pela excessiva duração de processos judiciais, pode-se dizer que a demora da prestação jurisdicional que pode ser considerada *razoável* é aquela que é imposta pela necessidade de assegurar às partes a mais ampla possibilidade de oferecer alegações, propor e produzir provas e de facultar ao juiz uma cognição adequada.

Para alcançar esse objetivo, os ordenamentos processuais devem disciplinar procedimentos que encadeiem os atos processuais do modo mais racionalmente apropriado para que essas atividades sejam exercidas e para que o processo não se desvie desses objetivos, marchando permanentemente em direção ao seu fim, por meio da estipulação de prazos e da previsão de preclusões.

Tanto a rigidez do procedimento, quanto dos prazos, quanto das preclusões, em benefício de um processo célere, podem constituir obstáculos à tutela jurisdicional efetiva e a um processo justo ou, no que nos interessa, ao pleno exercício do direito de produzir no processo todas as provas relevantes, sendo necessário explicitar critérios objetivos que assegurem a sua flexibilização, sem ultrapassar a fronteira do *razoável*, porque resolver um processo em tempo razoável não significa simplesmente decidi-lo com a observância do procedimento, dos prazos e das preclusões estabelecidos pela lei, mas considerar como legítimas e, portanto, razoáveis, ou não, eventuais dilações, assim como considerar como legítimas, ou não, determinadas proibições a essas dilações.

Os prazos e as preclusões não podem impossibilitar novas iniciativas probatórias após os momentos legalmente previstos em cada procedimento, sob pena de violação da garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, inc. XXXV).

Recorro, neste passo, à preciosa lição de Giampiero Balena, professor ordinário na Universidade de Bari, em estudo recente²⁷.

Recorda o Autor que Chiovenda, em 1910, já manifestara o seu ceticismo com a imposição de preclusões probatórias, sustentando que na audiência deveria ser possível “modificar, retificar, abandonar qualquer declaração anunciada e fazer outras não anunciadas nos atos escritos”, pregando que o remédio para evitar a procrastinação do processo não é evitar a proposição e

²⁶ David Vallespín Pérez. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: ed. Atelier, 2002, p.81, considera que o direito a um processo “sem dilações indevidas” faz parte do conteúdo próprio do direito a um processo com todas as garantias, ou seja, do direito ao processo justo.

²⁷ Giampiero Balena. “Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità”. In: *Le prove nel processo civile – atti del XXV Convegno Nazionale – Cagliari, 7-8 ottobre 2005*. Milano: Giuffrè, 2007, pp.201-264.

produção de novas provas, mas, na esteira do direito alemão e austríaco, proibir aquelas caracterizadas pela “manifesta intenção de retardar o processo²⁸”.

Também Carnelutti²⁹, referindo-se à proibição de novas provas em grau de apelação, que entre nós é objeto do art. 517 do Código de Processo Civil, chegou a mencionar que a experiência lhe havia ensinado que a apelação não serve apenas para reparar os erros dos juízes, mas, muito mais frequentemente, a suprir as omissões da conduta processual das partes, não todas culposas e, mesmo, não todas verdadeiramente a elas imputáveis.

Balena destaca e critica a associação, comumente feita em nossos dias, do enfraquecimento das preclusões com uma suposta privatização do processo ou com o desrespeito à sua celeridade. Ao contrário, são as preclusões que colidem com os mais elevados fins publicísticos do processo, distanciando-o da busca de uma sentença justa.

Não é correto o argumento de que a falta de preclusões retardaria incontrolavelmente a duração do processo, porque há exemplos de procedimentos sem preclusões que mantêm duração menor do que outros com muitas preclusões. As causas da duração excessiva dos processos são outras.

Mas há razões específicas para admitir a produção de provas depois dos momentos estabelecidos pela lei, como, por exemplo, a dificuldade do autor e do réu de proporem justificadamente as provas na inicial e na contestação, por não conhecerem ainda os contra-argumentos do adversário a respeito das suas próprias alegações.

Abstraindo do advento de fatos supervenientes, Balena aponta algumas hipóteses em que fica clara a necessidade de permitir que as partes proponham novas provas³⁰: quando, após a produção das provas inicialmente requeridas, surgem circunstâncias novas que, integrando fatos secundários, seja conveniente esclarecer para demonstrar os fatos principais; quando, em razão de provas já produzidas, se verifique a conveniência de que outras venham a ser produzidas para mais bem esclarecer algum fato, o que comumente ocorre após a entrega do laudo pericial. Permitir que o juiz, nesses e em outros casos, em juízo discricionário, determine ou não a produção dessas provas novas, não satisfaz à moderna concepção da prova como componente do direito de defesa, do direito de defender-se provando.

Em síntese, se as partes puderam aduzir novos fatos jurígenos, novos fundamentos, novos pedidos ou novos argumentos de defesa, conseqüentemente ambas devem ter o direito de propor e produzir novas provas, tanto para que sejam acolhidos, como para que sejam rejeitados. Se, mesmo que não haja qualquer inovação fática ou jurídica, surgiu a referência a algum fato secundário ou a alguma outra prova, cujo esclarecimento ou produção possam ser úteis à apuração da verdade, deve ter a parte interessada o direito a propor e produzir a prova suplementar. Se, mesmo sem qualquer dado novo, a parte toma conhecimento de alguma outra prova após o momento próprio para a sua produção, tem o direito de propô-la e produzi-la, salvo se for manifesta a sua intenção de retardar excessivamente o andamento da causa, ou seja, no momento em que requerer a sua produção tardia, deverá justificar o motivo do seu retardamento. O mesmo deve ocorrer se a prova é nova, como um documento que surgiu depois do momento da sua proposição; se o conhecimento da existência da prova nova pela parte foi posterior àquele momento; se o acesso à prova nova foi posterior àquele

²⁸ G. Balena. “Le preclusioni ...”, p.215.

²⁹ *Apud* G. Balena. “Le preclusioni ...”, p. 219.

³⁰ G. Balena. “Le preclusioni ...”, p. 247.

momento, como no caso de documento que está numa repartição pública, cuja certidão somente foi obtida posteriormente; se a prova somente se tornou disponível após aquele momento, como o depoimento do médico que somente pôde ser prestado após a liberação do sigilo profissional pelo paciente.

4.4 - SEGURANÇA JURÍDICA

A concepção clássica de segurança jurídica é a de estabilidade das relações jurídicas e previsibilidade da sua evolução e das suas consequências, que se vincula à razão de ser do Direito como fórmula da ordem³¹. Modernamente a expressão passou a ser usada também como o conjunto de mecanismos criados pelo Direito para resguardar interesses por ele tutelados de riscos engendrados pelo próprio Direito. O ordenamento jurídico é complexo. A revelação do seu conteúdo decorre de fontes diversas, não necessariamente articuladas entre si, e nem sempre coerentes nos seus pronunciamentos, como as autoridades que compõem os três Poderes do Estado. Assim, sem prejuízo de uma aspiração genérica de estabilidade e previsibilidade de todas as relações jurídicas, certas situações ou certos direitos a que o sistema jurídico atribui especial relevo são protegidos por normas formais mais exigentes do que outros. Carlos Alberto Alvaro De Oliveira denominou a esse fenômeno de *formalismo valorativo*³².

Embora a segurança jurídica seja um princípio cuja origem pode ser encontrada na Antiguidade e que apresenta manifestações em todas as épocas da História, adquire especial importância na Idade Contemporânea com a evolução do conceito de Estado de Direito, que se desprende do legalismo e se torna o fiador de valores humanos fundamentais. É o Estado de Direito que pode ser qualificado de *material*.

A segurança jurídica é um direito fundamental, como já tive oportunidade de expor em outro estudo³³, cuja eficácia deve ser implementada com a maior amplitude possível e que estende o seu campo de aplicação tanto ao direito público, quanto ao direito privado. Entretanto, não é um direito absoluto, nem a sua busca obsessiva pode sacrificar outros direitos fundamentais.

Anne-Laure Valembois classifica a segurança jurídica, no rol dos direitos fundamentais, como um *direito-garantia*, categoria na qual inclui o direito de acesso à justiça, o princípio da proporcionalidade, o princípio da igualdade, a liberdade de expressão, o pluralismo e a liberdade de comunicação³⁴. Como direito-garantia, a segurança jurídica se efetiva necessariamente antes dos direitos e liberdades por ela garantidos. Em sua dimensão material, permite a todos os cidadãos interagirem em clima de confiança, podendo considerar-se o resultado de uma soma de outros direitos e princípios constitucionais, como o da irretroatividade das leis, da proibição do arbítrio, da legalidade, da igualdade e da hierarquia das normas, enfim, de um Estado inteiramente submetido ao primado do Direito³⁵.

³¹ Anne-Laure Valembois. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*. Paris: ed. L.G.D.J., 2005, p.4.

³² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 388, 2007, pp.11-28.

³³ V. "Ainda a coisa julgada inconstitucional". In: *Estudos de Direito Processual*. Campos: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p.557-581.

³⁴ Anne-Laure Valembois. *La constitutionnalisation...*, p.50-52.

³⁵ Anne-Laure Valembois. *La constitutionnalisation ...*, p.58.

A segurança jurídica, como direito fundamental, vem em reforço às garantias constitucionais do processo, no sentido de corroborar a necessidade de que seja assegurada no processo judicial a mais ampla liberdade de acesso às provas, sem limitações que impeçam a busca efetiva da verdade.

Em contrapartida, a segurança jurídica também vai impor que certos fatos, aos quais o sistema jurídico e os valores humanos nele agasalhados conferem especial relevância, somente possam ser considerados provados em juízo mediante provas solenes, como a escritura ou o registro público, que conferem a esses fatos, graças aos requisitos formais de que se revestem e à amplitude de acesso a que essas provas estão sujeitas em razão da publicidade, a presunção de que efetivamente ocorreram.

Moacyr Amaral Santos perguntava: “Como se prova o casamento? Como se prova o domínio?”³⁶. A segurança das relações jurídicas numa sociedade democrática é um direito fundamental de elevada hierarquia.

Para a solenização e publicidade dessas relações jurídicas, constitucionalmente tuteladas e geradoras de direitos subjetivos exercitáveis *erga omnes*, a lei cria os registros públicos. A exigência da lei processual de que os fatos geradores dessas relações jurídicas somente sejam reputados verdadeiros com a certidão do registro competente é um resquício de prova legal que deve ser respeitado, não se admitindo que tais fatos sejam reputados provados por outras fontes.

A segurança jurídica pode ser invocada, portanto, em matéria probatória, tanto para justificar certas limitações probatórias como para repudiá-las, sendo indispensável a identificação de certas regras básicas para a sua implementação, que permitam resolver as situações duvidosas.

A primeira dessas regras é a do respeito aos direitos adquiridos e à imutabilidade das situações jurídicas subjetivas definitivamente constituídas.

O chamado princípio da confiança legítima é outra regra de aplicação da segurança jurídica³⁷, que diz respeito à previsibilidade de que o regime jurídico de determinada atividade não será modificado, numa dimensão temporal razoável, de modo que todos os que a exercem possam planejá-la e executá-la de acordo com as regras previamente estabelecidas e conhecidas.

Em matéria probatória, a confiança legítima não justifica, como poderia parecer, a absoluta rigidez do procedimento, mas apenas que este não sofra desvios que sacrifiquem as oportunidades de defesa anteriormente previstas. Se a proposição ou produção tardia de provas não resultou da intenção manifesta de procrastinar, conforme a justificativa que a parte requerente deverá apresentar, concilia-se a confiança legítima com a busca da verdade.

4.5 - CREDIBILIDADE DA PROVA

Se grande parte das limitações probatórias provoca obstáculos à apuração da verdade, algumas delas, ao contrário, visam a obter um resultado probatório mais conforme com a verdade, evitando a produção de provas suspeitas e despidas de credibilidade.

³⁶Moacyr Amaral Santos. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol.I, São Paulo: Max Limonad, s.d, p. 47.

³⁷Anne-Laure Valembois. *La constitutionnalisation...*, pp. 348/357.

Se a produção ou apreciação de determinadas provas restringe a liberdade do juiz, por outro lado certamente contribui para orientá-lo na aceitação de provas que sejam realmente confiáveis e no repúdio às que evidentemente provêm de origem suspeita, assentando essa decisão em critério uniforme, que aumenta a previsibilidade da decisão judicial e a confiança na sua justiça.

Ao instituir essas regras, o legislador deve ter-se mirado na prática, nos costumes, nos valores e nas máximas da experiência da sua época e da sua comunidade. São regras de sabedoria, transmitidas de geração a geração, que criam padrões uniformes de julgamento. Elas são justificadas na necessidade de que o juiz aprecie os fatos de acordo com provas objetivamente confiáveis e de que todas as causas sejam examinadas e decididas através dos mesmos critérios, o que teoricamente assegura que a justiça dê tratamento igual a todos os jurisdicionados.

Assim, quando o legislador proíbe o depoimento de um alienado mental, está impedindo que a causa seja julgada com base numa prova que ele presume não ter qualquer credibilidade, pois originária das declarações de pessoa absolutamente irresponsável e inteiramente impossibilitada de compreender os fatos que percebeu ou de relatá-los com fidelidade. Do mesmo modo, quando a lei proíbe a prova exclusivamente testemunhal em contratos de elevado valor, ela sinaliza ao juiz que é uma máxima da experiência comum a de que aqueles que celebram um contrato de vulto procuram cercar-se de garantias de que as cláusulas desse contrato sejam claras e objetivas e que estejam cristalizadas em documentos que sirvam para comprovar o seu teor, se surgir alguma dúvida ou alguma controvérsia.

Com essas regras, o legislador tenta suprir a imaturidade, a falta de cultura, a falta de experiência de vida de juízes, ou ainda a diversidade de concepções de vida, perenizando costumes e valores que, em última análise, são úteis para homogeneizar a sua atuação na apreciação das questões de fato, para que as suas decisões respeitem os mesmos valores e concepções dominantes na sociedade e sejam desse modo por esta acolhidas como legítimas e justas.

Algumas dessas limitações não têm previsão legal, mas decorrem do costume judiciário sustentado pela doutrina, como atualmente ocorre com a proibição de reperguntas pelo advogado do declarante no depoimento pessoal³⁸.

Entretanto, a falta de credibilidade de determinadas provas, ainda que fundada na observação daquilo que geralmente acontece, é um modo absolutamente imperfeito de conduzir os juízes a proferirem decisões conforme a verdade. Muitas vezes, a prova presumivelmente suspeita é a única prova de determinado fato. Outras vezes, a presunção do legislador de que determinada prova é suspeita já está inteiramente superada pela evolução dos costumes ou da própria sociedade. Em outras ocasiões, a prova presumidamente suspeita é de fato a mais confiável, porque particularidades do caso concreto evidenciam que é a que fornece elementos de convicção mais consistentes, mais verossímeis e mais coerentes com as demais circunstâncias apuradas.

Num processo que respeita amplamente o direito de defender-se provando, o juiz tem o dever de acolher e considerar todas as provas relevantes dos fatos probandos, mesmo aquelas que a lei presume suspeitas, desde que justifique racionalmente os motivos que o levaram a distanciar-se da recomendação da lei.

³⁸ M. A. Santos. *Prova...*, p.247.

O método cognitivo que contribui para a busca da verdade é o da absoluta liberdade. O estigma de que uma determinada prova é suspeita prejudica a capacidade crítica do juiz e o afasta da reconstrução objetiva e racional dos fatos.

Referindo-se ao método científico, Paul Feyerabend demonstra a importância da ruptura com regras pré-estabelecidas, para o aperfeiçoamento do conhecimento humano³⁹:

“(…) um dos aspectos mais notáveis das recentes discussões na história e na filosofia da ciência é a compreensão de que eventos e desenvolvimentos como a invenção do atomismo na Antiguidade, a Revolução Copernicana, o surgimento do atomismo moderno (teoria cinética, teoria da dispersão, estereoquímica, teoria quântica) e a emergência gradual da teoria ondulatória da luz ocorreram apenas porque alguns pensadores *decidiram* não se deixar limitar por certas regras metodológicas ‘óbvias’, ou porque as *violaram inadvertidamente*.

Essa prática liberal, repito, não é apenas um *fato* da história da ciência. É tanto razoável quanto *absolutamente necessária* para o desenvolvimento do conhecimento. Mais especificamente, pode-se mostrar o seguinte: dada qualquer regra, não importa quão ‘fundamental’ ou ‘racional’, sempre há circunstâncias em que é aconselhável não apenas ignorá-la, mas adotar a regra oposta”.

E, mais adiante, conclui:

“Está claro, então, que a idéia de um método fixo ou de uma teoria fixa da racionalidade baseia-se em uma concepção demasiado ingênua do homem e de suas circunstâncias. Para os que examinam o rico material fornecido pela história e não têm a intenção de empobrecê-lo a fim de agradar a seus baixos instintos, a seu anseio por segurança intelectual na forma de clareza, precisão, ‘objetividade’ e ‘verdade’, ficará claro que há apenas um princípio que pode ser defendido em *todas* as circunstâncias e em todos os estágios do desenvolvimento humano. É o princípio de que *tudo vale*.”

4.6 - PROTEÇÃO DA CONFIANÇA PROFISSIONAL E DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Há dois valores humanos extremamente relevantes, ainda que não estejam explicitados em textos constitucionais, a não ser em situações especiais (art. 5º, inc. XIV) ou de modo indireto ou através da proteção da intimidade, que na sociedade contemporânea merecem especial proteção, podendo constituir fundamentos de limitações probatórias: a confiança profissional e a solidariedade familiar.

A primeira diz respeito à proteção do sigilo profissional relativo ao conhecimento da vida privada de pessoas físicas ou jurídicas por profissionais ou instituições a cujos serviços tenham elas de recorrer licitamente no exercício de quaisquer direitos: advogados, médicos, sacerdotes, bancos etc. Os profissionais ou instituições a quem as pessoas confiam informações sobre a sua vida privada, buscando aconselhamento ou patrocínio jurídico, aconselhamento ou tratamento médico ou religioso, a guarda de bens ou valores, têm o dever de manter sigilo sobre as informações que lhes são confiadas, não devendo revelá-las a terceiros por nenhum meio de prova. A possibilidade de

³⁹ Paul Feyerabend. *Contra o método*. São Paulo: editora UNESP, 2007, pp.37-42.

serem esses profissionais ou instituições forçados a fornecer a terceiros, ao próprio juiz ou aos peritos, por meio de algum meio de prova, essas informações, depende do grau de privacidade em que elas se situam, conforme já expusemos anteriormente.

Parece-me que as informações confiadas ao médico e ao sacerdote se incluem no primeiro grau de privacidade mais intensa, não podendo o sigilo ser sacrificado em benefício de qualquer outro direito, por mais valioso que seja, salvo por expressa autorização do próprio titular da informação.

Exceção ao caráter absoluto do sigilo médico é o dever de notificação compulsória de certas doenças altamente contagiosas, objeto dos artigos 7º a 13 da Lei 6.259/1975. O artigo 8º da referida lei impõe a qualquer cidadão o dever de notificação à autoridade sanitária local e o artigo 10 impõe o sigilo dessas informações. O parágrafo único do mesmo artigo 10 estabelece que a identificação do paciente, fora do âmbito médico sanitário, somente poderá efetivar-se em caráter excepcional, em caso de grave risco à comunidade a juízo da autoridade sanitária e com o conhecimento prévio do paciente ou do seu responsável. Nesse caso, a violação do sigilo profissional dependerá de um juízo de ponderação com o interesse público que agasalha o direito à vida e à saúde de uma multidão de outros cidadãos.

Ainda assim, fora dessas hipóteses legalmente previstas, certos episódios revestidos de grande dramaticidade têm sido objeto de intensas polêmicas, bastando citar dois exemplos. O primeiro, do médico que, conhecedor da epilepsia do paciente, é chamado a depor numa ação em que este pede a anulação da decisão do órgão de trânsito que cassou a sua carteira de habilitação por ter causado um acidente grave e que, em benefício da segurança do trânsito, é exortado pelo juiz a depor sobre o seu conhecimento a respeito do respectivo estado de saúde. O segundo, do sacerdote que do púlpito da igreja no domingo alertou a população masculina de que havia tomado conhecimento, em confissão de uma prostituta portadora de doença sexualmente transmissível, de que ela vinha mantendo relações sexuais com o maior número possível de habitantes da cidade com a intenção deliberada de contaminá-los. Chamado a depor posteriormente em ação de indenização de familiares de um habitante que faleceu em virtude da referida doença contra a prostituta que ouvira em confissão, é exortado pelo juiz a declarar se fora a ré que lhe havia confidenciado a contaminação intencional.

Nos dois casos, a doença não é uma informação de interesse exclusivo do paciente, incluindo-se, a meu ver, no segundo grau de proteção da privacidade, que deve ceder em benefício de interesse individual ou coletivo particularmente relevante, como é o da segurança do trânsito ou o da vida ou o da saúde. Se no primeiro caso, a anulação da cassação da carteira de habilitação vai pôr em risco a segurança do trânsito e, conseqüentemente, a vida, a integridade física e o patrimônio de inúmeras pessoas, no segundo caso, o dano à vida e à saúde, para uns já se consumou, resolvendo-se em reparação puramente patrimonial, para outros pode ser por ele evitado, desde que ao alerta do sacerdote seja dada adequada publicidade. Penso que no primeiro caso o médico não pode se acobertar no sigilo profissional para escusar-se de depor, enquanto no segundo deve o sacerdote invocá-lo, beneficiando-se da escusa e resguardando a privacidade da prostituta, porque existe um outro meio, que é o alerta à população, de evitar futuras contaminações.

O sigilo profissional do advogado é particularmente intenso, porque não pode ser por ele violado, nem mesmo se autorizado ou solicitado pelo cliente, segundo o artigo 7º, inciso XIX, da Lei nº. 8.906/94.

Já as informações acobertadas pelo sigilo bancário se incluem, em minha opinião, no segundo grau de privacidade, sujeitas a ponderação quando necessárias para a prova de algum outro direito ou interesse particularmente relevante.

Quanto à solidariedade familiar, ela constitui um elemento essencial na conservação e no aprofundamento dos laços afetivos que unem os membros de uma família, na participação das pessoas da família do âmbito mais restrito da vida privada de cada um dos seus membros e na assistência recíproca absolutamente desinteressada, especialmente em favor dos familiares, por qualquer motivo, mais necessitados.

Essa solidariedade é um instrumento de proteção da entidade familiar e deve ser respeitada pela Justiça, como integrantes do 2º grau de privacidade. As escusas de depor ou de exhibir fundadas em laços de família se destinam a assegurar essa proteção e devem ser respeitadas como limitações absolutamente legítimas, mas devem ser obrigatoriamente invocadas pelas pessoas que forem instadas a depor ou a exhibir, pois a elas pertence o juízo sobre a necessidade de utilizá-las, sujeitando-se ao juízo de ponderação. Já não é a solidariedade familiar que justifica o impedimento para depor dos familiares das partes, mas o risco da produção de provas suspeitas. Enquanto as escusas de depor são intransponíveis, o impedimento da testemunha decorrente do parentesco não é absoluto, devendo ser afastado pelo juiz que reputar necessário o depoimento para apuração da verdade, pois, apesar da suspeição, pode fornecer elementos necessários à clarificação das circunstâncias envolvidas no caso.

4.7 - INTERESSE PÚBLICO

Em todos os fundamentos anteriores podem ser identificadas exigências de algum modo lastreadas no interesse público, seja na celeridade, seja na segurança jurídica, seja no respeito ao procedimento legal, e até mesmo no respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais, como os direitos da personalidade, pois, afinal, a eficácia concreta dos direitos de todos interessa à sociedade como um todo, não sendo possível admitir que o Estado tenha algum interesse próprio que se contraponha ao respeito dos interesses dos particulares agasalhados pela lei⁴⁰.

A sistemática preponderância do interesse público, no sentido de interesse personificado no Estado, sobre os direitos individuais foi uma das causas da ruína do chamado Estado-Providência, porque sob o argumento da necessidade da preservação do bem comum, muitas vezes a dignidade humana e os direitos fundamentais foram sacrificados, implantando-se em vários países regimes autoritários nos quais foram perpetradas as mais terríveis atrocidades.

As trágicas experiências que a Humanidade viveu no século XX, daí decorrentes, não podem voltar a ocorrer e, por isso, o Estado de Direito Contemporâneo assenta os seus fundamentos no primado dos Direitos Humanos e não na sistemática supremacia do interesse público.

Entretanto, isso não quer dizer que sempre o interesse público deva ser sacrificado em benefício de algum direito individual, porque isso significaria, em última análise, pôr em risco a própria capacidade do Estado de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

⁴⁰ V. sobre a noção de interesse público e o seu confronto com os interesses privados Daniel Sarmiento (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª tiragem, 2007.

A contraposição entre o interesse público e o interesse individual é problema recorrente na jurisdição civil, especialmente nas causas do Estado, que tem de ser equacionado por meio de critérios objetivos aptos a estabelecer entre eles o justo equilíbrio.

Em matéria criminal, o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça da Alemanha já definiram que a boa realização da justiça penal é um valor nuclear do Estado de Direito, que pode ser ponderado por meio do princípio da proporcionalidade com a liberdade individual e outros direitos fundamentais. Esse valor é especialmente relevante quando se está diante da imputação de crimes de especial gravidade.

O *leading case* do *Bundesverfassungsgericht* é um julgado de 31 de janeiro de 1973 sobre escutas telefônicas, que decidiu o seguinte:

“Em geral, não subsistem obstáculos jurídico-constitucionais a que, nos casos de criminalidade grave - contra a integridade física e a vida, contra os fundamentos existenciais de uma ordenação comunitária livre e democrática ou contra outros bens jurídicos de idêntica dignidade - as autoridades processuais recorram, para identificar os verdadeiros criminosos e inocentar as pessoas infundadamente acusadas, a gravações feitas às ocultas”⁴¹.

Todavia, vozes autorizadas da doutrina alemã, como as de Wolter e de Hassemer, alertam que não pode ficar sacrificado pela ponderação um núcleo essencial indisponível da dignidade humana em favor de uma suposta funcionalidade da justiça penal. Diz Wolter:

“a procura da verdade material e de uma decisão justa, os esforços pela punição e reparação dos danos não são apenas relativizados pela garantia da dignidade humana, mas por ela inteiramente bloqueados”⁴².

Se o Estado Democrático de Direito assenta na prevalência da dignidade humana e dos direitos fundamentais e se para que essa prevalência se efetive em benefício de todos ou de um grupo de cidadãos é necessário limitar o acesso à prova judiciária de determinados fatos, que favoreceria outro cidadão, é necessário ponderar o interesse público que protege a coletividade ou determinada atividade do Estado com o interesse perseguido pelo particular que àquele se contrapõe, identificando com precisão qual é tal interesse público e quais são os direitos fundamentais de outros cidadãos que correm o risco iminente de sacrifício, caso o interesse público invocado não venha a prevalecer.

É claro que tal ponderação deverá ser antecedida do esgotamento de todos os meios alternativos de acesso à prova do fato ou de preservação do interesse público, que possam ser adotados sem que sobrevenha o dano a um ou a outro.

Não se deve aceitar a supremacia absoluta de qualquer indeterminado interesse público, nem o acesso indiscriminado à prova em detrimento de preciso interesse público cujo sacrifício causará prejuízo grave e de difícil reparação a valiosos direitos fundamentais de outros cidadãos.

⁴¹ G. Grünwald. “Anmerkung”. In: *Strafverteidiger*. 1987, p.457, e “Anmerkung”. In: *Juristenzeitung*. 1976, pp.772 e ss., *apud* M. da C. Andrade. *Sobre as proibições...*, p.31.

⁴² J. Wolter. *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*. München, 1991, p. 23, *apud* M. da C. Andrade. *Sobre as proibições...*, p.38.

4.7.1 - SEGREDOS DE ESTADO

Dispõe o inciso XXXIV, do art. 5º da Constituição que a todos é assegurado o direito de obter certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e o esclarecimento de situações. E o inciso LXXII do mesmo artigo institui o *habeas data*, “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante” ou para a retificação de dados. Por sua vez, o inciso XXXIII concede a todos o direito de obter informações de órgãos públicos, de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas as informações cujo sigilo “seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Por fim, o art. 37 da Carta Magna submete a Administração Pública ao princípio da publicidade. A matéria está regulada nas Leis 8.159/91 e 11.111/2005.

A primeira conclusão a tirar dos mencionados dispositivos constitucionais é a de que para o conhecimento de dados pessoais do próprio requerente não colhe opor qualquer alegação de interesse público, por mais relevante que seja⁴³. Cumpre repelir, como consequência, restrição geralmente aceita antes da Constituição de 1988⁴⁴, de que somente teriam publicidade os atos da Administração consistentes em deliberações, não os pareceres, opiniões e informações que as instruem. A transparência da Administração Pública não permite que o funcionário público se oculte no sigilo para subtrair-se do controle social da sua exação no cumprimento dos seus deveres.

A segunda conclusão é a de que, para qualquer outro fim, a parte tem o direito de exigir a requisição de todos os documentos que se encontrem em poder da Administração Pública, que possam ser úteis à defesa em juízo dos seus interesses, porque o seu direito de defender-se provando não pode ser prejudicado pela recusa ou demora no fornecimento de certidões (CPC, art. 399)⁴⁵. A requisição dos autos de qualquer procedimento administrativo também não pode ser obstada, salvo quando a sua simples exibição, nos termos do artigo 41 da Lei das Execuções Fiscais (Lei 6.830/80), for suficiente para que dele a parte extraia todos os elementos necessários à sua defesa⁴⁶.

Fundamento frequentemente invocado para a recusa de fornecimento de informações ou de documentos pela Administração é o chamado *segredo de Estado* que, em face do inciso XXXIII, do art. 5º, da Lei Maior, pode hoje ser conceituado entre nós como o sigilo de atos e documentos constantes dos arquivos de órgãos públicos que contenham informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, essa ressalva constante da parte final do preceito “não pode ser banalizada, sob pena de se tornar inócua a garantia de que se cuida”⁴⁷.

José Afonso da Silva elucida que a segurança do Estado é a garantia da sua inviolabilidade especialmente em face de Estados estrangeiros; e a segurança da sociedade é a garantia da ausência de conflitos que ponham em risco a ordem pública⁴⁸.

⁴³ V. Gilmar Ferreira Mendes *et alii*. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.589.

⁴⁴ M. A. Santos. *Prova...*, pp. 276-277.

⁴⁵ V. Lei 9.784/99, arts.37 e 46; Lei 10.259/01, art.11.

⁴⁶ V. Leonardo Greco. “As garantias fundamentais do processo na execução fiscal”. In: *Execução civil (aspectos polêmicos)*. João Batista Lopes. Leonardo José Carneiro da Cunha (coord.). São Paulo: ed. Dialética, 2005, pp. 249/266.

⁴⁷ G. F. Mendes *et alii*. *Curso...*, p.589.

⁴⁸ José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.129.

Sem dúvida se incluem na noção de segredo de Estado os segredos militares, enquanto durarem as operações de guerra, e o segredo diplomático. Em outras situações em que a Administração invoque o sigilo, o próprio Judiciário terá de avaliar a sua gravidade através do exame de circunstâncias concretas excepcionalmente relevantes que caracterizem o perigo iminente de abalo da segurança da sociedade e do Estado, porque o Direito brasileiro não conhece a suspensão individual de direitos fundamentais, mas apenas a suspensão coletiva nas situações que ensejam a decretação do estado de sítio ou do estado de defesa, com a observância das rígidas regras prescritas na própria Constituição (art. 136).

Em outros países, existem mecanismos mais aperfeiçoados para avaliar essas situações. Assim, por exemplo, na França, admite-se que o Ministro de Estado ao qual está vinculado o órgão público retire do documento requisitado pelo juiz a parte que deva ficar acobertada pelo sigilo, fornecendo o teor restante. Nesse país, também, em alguns casos, a lei institui uma autoridade independente para intermediar a requisição judicial e ponderar a conveniência ou não do seu entendimento. Uma última solução possível, evitando o confronto entre os poderes, é o juiz, na avaliação das provas, considerar a recusa da Administração como um indício de pretender ocultar a prova de fato que lhe é desfavorável⁴⁹. Isso pode funcionar quando na causa uma das partes é o Estado, mas não quando o Estado é terceiro.

O certo é que a separação de poderes não pode servir de desculpa para que a Administração Pública se esquive do seu dever de colaborar com o Judiciário no descobrimento da verdade, porque o nosso Estado de Direito assenta-se sobre o primado dos direitos fundamentais e ao Judiciário cabe o controle externo dos atos da Administração, sendo ele próprio o único juiz dos seus próprios limites, segundo a lição insuperável de Pedro Lessa⁵⁰. Assim, a busca e apreensão de documentos ou a intervenção judicial em órgão administrativo para assegurar o acesso à prova serão providências extremas, mas de que o Judiciário não deve ter receio de fazer uso, em cumprimento da sua missão constitucional⁵¹.

Não por outra razão, o art. 24 da Lei 8.159/91 determina que o Poder Judiciário, em qualquer instância, poderá “determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte”.

4.8 – BOA-FÉ

“No processo, como na guerra e na política, a moral não entra”, aforisma extraído por Comoglio da obra clássica de Goldschmidt, *O processo como situação jurídica*, serve como ponto de partida para demonstrar que a concepção que ele representa, foi inteiramente superada pela noção de *processo justo* ou garantístico, vitoriosa a partir da segunda metade do século XX. Todo processo é um drama humano, uma interação entre seres humanos, em busca do reconhecimento e da efetividade de direitos por alguns deles invocados. É, portanto, um acontecimento da vida humana, que interrelaciona pessoas que devem respeitar-se mutuamente, na sua dignidade humana e nos seus direitos fundamentais. Se um desses direitos fundamentais é justamente o direito a um processo justo, todos os sujeitos do processo têm o direito de exigir dos outros probidade e lealdade

⁴⁹ Alain Plantey e François-Charles Bernard. *La preuve devant le juge administratif*. Paris: Economica, 2003, pp.117-118.

⁵⁰ Pedro Lessa. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p.299.

⁵¹ V. o meu estudo “Execução de liminar em sede de mandado de segurança”. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p.131-174.

num ambiente de convivência inspirado nos “valores fundamentais da civilidade e da democracia”⁵².

A probidade ou boa-fé protege a busca da verdade, mas se trata de dever a que estão sujeitos não apenas os litigantes, mas todos os sujeitos processuais, desde o juiz até qualquer participante eventual, “como aqueles que fazem lances em hasta pública”⁵³.

Tem-se robustecido recentemente na doutrina processual a tutela da boa-fé como elemento balizador da eficácia dos atos processuais e fator de convalidação de eventuais vícios desses atos.

Há um progressivo abandono de uma concepção meramente repressiva das condutas desleais e uma preocupação crescente, resultante dos princípios da previsibilidade e da confiança legítima, de alcançar a máxima eficácia possível dos atos das partes e do juiz, aproveitando sempre o seu conteúdo, salvo se violador de um princípio imperativo de ordem pública precisamente identificado ou de um direito fundamental indisponível.

Muitas vezes as suspeitas do legislador em relação à credibilidade de um ato, consubstanciadas na imposição de requisitos formais extraídos da experiência comum, revelam-se infundadas ou a sua inobservância não impede que o ato tenha atingido a sua finalidade. Em matéria probatória, conforme já observei, a harmonia das afirmações de uma testemunha incapaz com todos os indícios que cercam os fatos probandos pode auxiliar o juiz a reconstruir com bastante segurança o que efetivamente ocorreu, sem que se cogite declarar nulo o processo pelo descumprimento da proibição de inquirir testemunha incapaz. Eis aí mais um dos reflexos do formalismo-valorativo.

Desse modo, pode-se afirmar com segurança que, independentemente da ponderação dos interesses em jogo, a boa-fé pode constituir critério útil para solucionar o conflito entre a busca efetiva da verdade e algumas limitações probatórias.

A boa fé também deve ser invocada para legitimar a produção de provas ilícitas, quando o sujeito responsável pela sua obtenção tiver motivos suficientes para supor que a sua obtenção não foi ilícita. Se a lesão ao direito fundamental por ela violado é totalmente irreversível e o único efeito prático da proibição seria o de evitar a repetição da sua prática (*deterrent effect*), não se justifica a fragilização da busca da verdade, a não ser na medida em que eficiente como meio de tutela do direito fundamental⁵⁴.

5.- CRITÉRIOS GERAIS APLICÁVEIS ÀS TRÊS ESPÉCIES

Percorridos os diversos fundamentos que podem justificar as limitações probatórias, acredito ser possível fixar critérios gerais básicos que devam servir para equacionar o modo de compatibilização dessas limitações com a busca da verdade, em cada uma das três categorias da classificação de Gian Franco Ricci.

⁵² Luigi Paolo Comoglio. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p.3-8.

⁵³ Alcides de Mendonça Lima. O princípio da probidade no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v.16, São Paulo, 1979, p.15-42, *apud* Rui Portanova. *Princípios do processo civil*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, p.157.

⁵⁴ V. Marina Gascón Abellán. “Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”. In: Jordi Ferrer Beltrán *et alii*. *Estudios sobre La prueba*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p.84-85, referindo-se a julgados da Corte Suprema americana nos casos *United States v. Leon* (1984), *Illinois v. Krull* (1987) e *Arizona v. Evans* (1995), e à sentença 22/2003 do Tribunal Constitucional da Espanha.

5.1 – CARÁTER INDICATIVO DA PROIBIÇÃO DE PROVAS SUSPEITAS

A proibição de provas presumivelmente suspeitas, como as incapacidades, impedimentos e motivos de suspeição para prestar depoimento pessoal ou como testemunha (CPC, arts. 8º e 405), a não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos (CPC, art. 401; Código Civil, art. 227) ou sobre fato já provado por documento ou confissão (CPC, art.400) não pode ter maior força do que a de um simples alerta ao juiz.

Lessona defendia essas espécies de prescrições legais, porque, segundo ele, a lei avalia os resultados da lógica e da experiência e, desse modo, elimina arbítrios e injustiças⁵⁵. Muitas limitações probatórias, especialmente as que visam a repudiar provas presumivelmente suspeitas, são máximas da experiência que o legislador extrai da observação do que comumente acontece, para resguardar a credibilidade da prova. São alertas ao juiz para ir em busca, sempre que possível, da prova melhor, que não podem impedi-lo, entretanto, de investigar a verdade, com os meios de que dispõe, quando se afigurar necessária uma dessas provas como instrumento de sua apuração. Algumas dessas limitações, como a proibição de reperguntas do advogado ao seu cliente que presta depoimento pessoal, não têm previsão legal expressa, resultando do costume. À falta de provas mais seguras, deve o juiz produzi-las e têm as partes o direito de que sejam superadas essas limitações, justificando o juiz na decisão que as admitir a necessidade da sua produção. É o que ocorre, por exemplo, com a proibição de depoimento pessoal de pessoas incapazes, com a limitação do depoimento pessoal à forma oral (CPC, art. 344), com a forma escrita da confissão extrajudicial (CPC, art. 353), com a subordinação da força probante do documento particular à assinatura, com as incapacidades, os impedimentos e motivos de suspeição das testemunhas (CPC, art.405; Código Civil, art.228), com a não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos (CPC, art. 401; Código Civil, art. 227) e com a não admissão da prova testemunhal sobre fato já provado por documento ou confissão ou que só por documento ou exame pericial possa ser provado.

5.2 – FLEXIBILIZAÇÃO DAS LIMITAÇÕES PROCEDIMENTAIS

As limitações procedimentais, como as decorrentes da inobservância de prazos e de preclusões, como regra, devem ser respeitadas, para assegurar a boa marcha do processo, a celeridade e a observância do princípio da confiança legítima. Entretanto, devem ser afastadas se a parte requerer a prova tardiamente, justificando a sua necessidade ou utilidade e o motivo do retardamento, que evidenciem que este não resultou de manifesta má-fé, com o intuito de procrastinar o desfecho do processo. É o que ocorre com a preclusão da proposição e da produção de provas não requeridas nos articulados da fase postulatória (CPC, arts. 282 e 300), com a proibição de prova nova em grau de apelação (CPC, art. 517), com as restrições à juntada de documentos posterior aos articulados (CPC, arts. 396 a 398, 326 e 327), com a preclusão dos prazos para oferecimento do rol de testemunhas e para requerer esclarecimentos orais aos peritos (CPC, arts. 407 e 435), com a limitação do número de testemunhas (art.407) e com a limitação temporal aos quesitos suplementares (CPC, art. 425).

⁵⁵ Carlo Lessona. *Trattato delle prove in materia civile*. 3ª ed. Vol. I. Firenze: Casa Edtrice Libreria Fratelli Cammelli, 1922, pp.12/13.

5.3 – PONDERAÇÃO NO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dignidade humana, a privacidade, a segurança jurídica, a proteção da confiança profissional e da solidariedade familiar, assim como o interesse público podem contrapor-se no processo como sustentáculos tanto da busca da verdade como das suas limitações. Já vimos como a proibição do arbítrio exige a objetivação da aplicação do princípio da proporcionalidade nos conflitos entre direitos fundamentais, através da definição de uma hierarquia entre eles. No conflito entre direitos fundamentais e o interesse público é preciso identificar objetivamente em que consiste este último e quais são os direitos fundamentais por ele resguardados para propiciar a ponderação. Essa hierarquia pode ser estabelecida por escolhas do legislador, desde que razoáveis, ou pela construção doutrinária ou jurisprudencial, como ocorreu na Alemanha com a teoria dos três graus de tutela da privacidade. Na impossibilidade da ponderação *in abstracto*, a ponderação *in concreto* deve ser objetiva e deve ser feita, preferencialmente, por um órgão independente, que, a meu ver, em muitos casos, não deveria ser o próprio juiz da causa.

Escutas telefônicas, quebra do sigilo bancário e fiscal, exibição ou apreensão de documentos que acobertam o sigilo industrial, requisição de documentos cuja revelação pode afetar a segurança do Estado, para instruir processos judiciais, são exemplos noticiados diariamente nos jornais de violações de limitações probatórias que, de um lado se fundamentam na necessidade de apuração da verdade para reconhecer e tutelar o direito de alguns, mas, de outro lado, podem tornar-se instrumentos de abusos, pois acabam por servir a outros interesses muitas vezes ilícitos.

O juiz da causa não se encontra na posição ideal para definir se tal tipo de prova deve ou não ser deferido, por inúmeras razões. A primeira delas é o risco de deixar-se impressionar por provas ilícitas que, mesmo que desentranhadas depois de trazidas aos autos, já podem de algum modo influenciá-lo, se ele não for suficientemente cuidadoso na formação do seu convencimento.

De outro lado, muitas vezes não há como trazer para o processo as informações necessárias para elucidar o fato probando, sem que elas venham acompanhadas de outras informações inteiramente dissociadas dessa função, e às quais as partes não têm o direito de ter acesso.

Ademais, cumpre dar a esses conflitos um tratamento uniforme, em benefício do respeito aos direitos fundamentais, à isonomia, à confiança legítima e ao equilíbrio social, especialmente quando esse tipo de prova vai atingir a esfera da privacidade de terceiros, que não são sequer partes no processo.

Na França, a devassa do patrimônio do devedor para apurar onde se encontram os seus bens na execução, não cabe ao juiz da causa, nem ao executor judicial, mas ao Ministério Público, que serve de intermediário entre o juiz da execução e todas as instituições públicas ou privadas em que se encontram as informações desejadas, transmitindo àquele apenas os elementos necessários à marcha da execução e preservando o sigilo das demais.

Em muitos países, como a própria França e a Itália, foram instituídos órgãos especiais dotados de absoluta autonomia, as chamadas autoridades administrativas independentes, que estabelecem critérios uniformes de solução desses conflitos de direitos fundamentais ou do conflito destes com o interesse público, para assegurar, de um lado, o mais amplo acesso possível às provas necessárias à instrução dos processos judiciais e, ao mesmo tempo, preservar ao máximo o interesse público e os direitos fundamentais que possam sofrer ameaça em razão desse objetivo.

No Brasil, não obstante a consistente sustentação dessa solução por Danilo Doneda, a respeito da proteção dos dados pessoais cotidianamente difundidos com invasão da privacidade por sítios da *internet*⁵⁶, considero que seria utópico e até altamente perigoso adotar esse modelo, porque não temos tradição da criação de órgãos administrativos dotados de verdadeira independência. Aí estão as chamadas agências reguladoras para demonstrar essa nossa incapacidade.

O único Poder capaz de instituir órgãos com alguma independência é seguramente o Judiciário, em razão da forma de provimento dos seus cargos e das garantias que são constitucionalmente asseguradas aos seus titulares.

Entretanto, cabe distinguir três situações inteiramente diversas: a) a primeira é aquela em que o direito fundamental ou o interesse público já foi violado através da obtenção ilícita da prova que chega ao conhecimento do juiz para a sua regular produção no processo; b) a segunda é aquela em que, no curso do processo, uma parte exige da outra a produção de determinada prova, que esta considera ilícita ou sujeita a alguma escusa probatória; c) a terceira é aquela em que uma das partes ou o próprio juiz pretendem ter acesso a prova em poder de terceiro, podendo essa produção violar direito fundamental, interesse público ou constituir prova ilícita.

Nas duas primeiras hipóteses, parece-me que a admissibilidade da prova deva ser decidida pelo próprio juiz da causa. No primeiro caso, já tendo sido violado direito fundamental contraposto ao direito à prova, caberia apenas examinar a possibilidade da sua utilização no processo em curso, o que é matéria de interesse exclusivamente endoprocessual, sujeita à avaliação da boa-fé do proponente. O risco de contaminação precisaria ser afastado, dando o juiz demonstração cabal na sua futura decisão de que de nenhum modo deixou-se influenciar pela prova ilícita eventualmente indeferida. Essa é uma têmpera, um vigor moral, que a sociedade tem o direito de exigir dos juízes, o de saber separar os fatos e provas que podem ou não ser levados em consideração na formação do seu convencimento. No segundo caso, também me parecem preponderantes o interesse na paridade de armas dentro do processo e o equilíbrio entre as partes, objetivos que devem ser superiormente atingidos por meio da apreciação do comportamento das partes pelo juiz da causa. Neste último caso, poderia a lei processual vir a exigir que o juiz ouvisse o órgão do Ministério Público ou, ainda que sigilosamente, auscultasse a opinião, como *amici curiae*, de pessoas e instituições públicas ou privadas para instruir a sua decisão a respeito de que interesse deveria prevalecer ou de que modo conciliá-los com o menor prejuízo possível para ambos.

Na terceira hipótese, entretanto, parece-me que a lei processual deveria determinar que fosse provocado, pelo próprio juiz, por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo terceiro interessado, incidente perante um outro juízo especializado, que seria o único competente em determinada área geográfica ou em toda a organização judiciária para resolver, quanto à requisição de provas junto a terceiros, quando houvesse conflito entre direitos fundamentais ou entre estes e o interesse público, assim como para colher as informações necessárias para decidir em que medida podem ser parcialmente limitados os direitos fundamentais ou o interesse público contrapostos ao direito à prova, para assegurar, de um lado, o mais amplo acesso à verdade e, de outro, a mais adequada proteção do interesse contraposto.

Esse órgão jurisdicional poderia ser uma câmara ou turma de um tribunal superior. Não seria a primeira vez em que a lei processual outorgaria a um tribunal de grau superior resolver um incidente sobre questão suscitada em processo em curso no primeiro grau de jurisdição. Vejam-se

⁵⁶ Danilo Doneda. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2006, pp. 385 e ss.

os antecedentes dos conflitos de competência (CPC, arts. 118-124) e das exceções de impedimento e de suspeição do juiz (arts. 313-314).

Aliás, em alguns países, como a França, certas questões urgentes, como as liminares cautelares, são da competência originária de magistrados integrantes de tribunais de segundo grau.

Enquanto isso não ocorrer, ao próprio juiz da causa caberá a difícil missão de resolver esses conflitos, atento ao alcance dos fundamentos das limitações probatórias e ao interesse superior de busca da verdade.

6. CONCLUSÃO

Estabelecidos esses critérios, poderíamos prosseguir no exame analítico de todas as limitações probatórias existentes na lei processual⁵⁷, tarefa em grande parte desenvolvida com excepcional maestria e visão de futuro por Moacyr Amaral Santos na sua insuperável *Prova Judiciária*, baseados em princípios bem mais sólidos que, com bastante segurança, podem atualmente ser hauridos na teoria dos direitos fundamentais, na efetividade e no garantismo processuais.

De qualquer modo, a lição que espero poder extrair, desde logo, destas reflexões é a de que as limitações probatórias previstas em lei não podem mais ser consideradas intangíveis e insuperáveis. Para não ultrapassar o limite da inconstitucionalidade, à maioria delas deve ser atribuído caráter meramente indicativo; outras devem ser predominantemente observadas em benefício da boa marcha do processo, mas podem ser afastadas excepcionalmente em razão de motivos relevantes; outras, ainda, deverão ser objeto de cuidadosa ponderação à luz do conflito de direitos fundamentais; e, por fim, apenas algumas poucas devem considerar-se insuperáveis em razão da necessidade de proteção de um núcleo duro e impenetrável de direitos da personalidade, ao qual deve ceder até mesmo o elevado ideal de descoberta da verdade a que justamente aspiram os seres humanos quando acorrem em busca da Justiça.

Rio de Janeiro, 22 de outubro de 2009

⁵⁷ V. nota 15.