

Da prova dos negócios jurídicos

Gilmar Ferreira Mendes

1. Introdução

O novo Código Civil manteve, nos artigos 212 a 232, em título especial, a disciplina sobre a prova dos atos jurídicos. Diferentemente do Código Civil de 1916, a disciplina da matéria foi separada da forma dos negócios jurídicos (Livro III ,Título I, Capítulo IV, “A forma dos atos jurídicos e da sua prova”).

Há muito controverte-se sobre a natureza material ou processual da prova. Entre os processualistas domina idéia de que a matéria é típica do direito processual. Não negam eles, porém, que muitas dessas normas dizem respeito aos direitos em si mesmos, devendo, por isso, ser disciplinadas pelo direito material. Daí reconhecerem alguns a existência de um direito processual formal, ao lado de um direito processual material¹. Outros curvam-se ao caráter de direito material, decorrente da quase inseparabilidade entre o direito subjetivo e sua prova.

Nessa linha é a lição de Moacir Amaral Santos:

¹. Cf. Moreira Alves, José Carlos, A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, São Paulo, 1986, p.158/159, nota 8.

“Na sistemática do direito brasileiro, que no tocante se filia ao sistema do direito francês, belga e italiano, os princípios referentes à prova se incluem no direito material e no direito formal. Entram na esfera do direito civil a determinação das provas e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade. Ao direito processual cabe estabelecer o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo. Daí as disposições relativas à essência das provas, à sua admissibilidade, aos seus efeitos, às pessoas que devem ministrá-las, por isso que pertencem ao direito substancial, estarem incluídas nos códigos de direito privado, como no Código Civil, arts. 129 a 144, enquanto que as regras propriamente relativas ao modo, tempo e cautelas da sua constituição e produção se acharem indicadas no Código de Processo Civil, arts.332 a 443 e outros”².

Essa orientação foi seguida pelo novo Código Civil, embora, como observa Moreira Alves, nem sempre seja fácil estabelecer uma linha divisória precisa entre uma e outra situação.³

A discussão sobre as provas, no campo do direito material, pode receber inúmeros subsídios do direito constitucional, especialmente dos direitos fundamentais. Alguns direitos fundamentais têm repercussão direta sobre a matéria relacionada com a prova dos atos jurídicos, como o direito à honra, à intimidade e à privacidade (CF, art. 5º, X), a liberdade do exercício profissional (CF, art. 5º, XIII) e seus reflexos sobre o sigilo profissional, a problemática da prova obtida de forma ilícita, como nos casos de interceptação telefônica ilegal (art. 5º, XII) ou do exame de DNA (dignidade da pessoa humana, CF, art. 1º, III), a aplicação do princípio constitucional do contraditório, dentre outros. Assume relevo ímpar, nesse contexto, a aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo menos como regra de ponderação para superação de eventuais colisões entre interesses em conflito.

² . Prova Judiciária no cível e comercial, 5ª. edição, São Paulo, 1983, v. 1, n. 22, p. 42.

³ . Cf. Moreira Alves, op cit., p. 159, nota 8, parte final.

A par do seu inegável significado como direito de proteção ou de defesa contra atos lesivos por parte do Poder Público, cumprem os direitos fundamentais um relevante papel como elementos da ordem jurídica objetiva da comunidade⁴. A disposição expressa da Lei Fundamental que considera essas garantias como "*fundamento de qualquer comunidade humana*" (*Grundlage jeder menschliche Gemeinschaft*) (LF, art. 1, II) ressalta exatamente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁵. Também entre nós pode-se afirmar que, ao gravar os direitos fundamentais com a cláusula de eternidade (CF, art. 60, § 4º), pretendeu o constituinte explicitar o especial significado objetivo dos direitos fundamentais como elementos da ordem jurídica objetiva.

Tal como observado por Hesse, os direitos fundamentais contêm elementos essenciais não só do sistema democrático (igualdade, liberdade de opinião, liberdade de reunião, igualdade de oportunidade), mas também do próprio Estado de Direito (vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais)⁶. Também as regras básicas sobre o casamento, família, propriedade e direito de sucessão configurariam, para Hesse, os fundamentos da ordem jurídica privada⁷.

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)⁸.

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria,

⁴. Hesse, Konrad, *Grundzüge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlan*, 20ª. edição, Heidelberg, 1995, p. 118-119.

⁵. Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts*, cit., p. 119.

⁶. Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts*, cit., p. 119.

⁷. Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts*, cit., p. 120.

⁸. Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts*, cit., p. 139-140.

assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbote*)⁹.

Os direitos fundamentais são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, isto é, como direitos do cidadão em face do Estado. Se se considerar que os direitos fundamentais são *prima facie* direitos contra o Estado, então parece correto concluir que todos os Poderes e exercentes de funções públicas estão diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos e garantias fundamentais.

Em outros termos, a exigência de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata traduz a pretensão do constituinte no sentido de instituir uma completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais¹⁰.

Tal como enunciado, os direitos fundamentais obrigam a todos os Poderes do Estado, seja o Legislativo, Executivo ou o Judiciário, nos planos federal, estadual e municipal.

Nesse contexto, assume relevo questão relativa ao grau dessa vinculação, especialmente à aplicação desses direitos e garantias fundamentais nas relações privadas. Se o Estado não pode estabelecer qualquer discriminação ou restrição em razão de sexo, idade, raça, concepção religiosa ou filosófica, é lícito indagar em que medida podem as entidades privadas deixar-se influenciar, nas suas relações jurídicas, por esses elementos de distinção ou de discriminação.

⁹. Canaris, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS 1989, p. 161 (163).

¹⁰. Cf., sobre o assunto no Direito alemão, Stern, Klaus. *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III (1), p. 1988, p. 1204; Dürig. *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 1, n. 100.

Assim, já teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de acentuar a inadmissibilidade da realização forçada do exame de DNA em processo de investigação de paternidade¹¹.

Ressalte-se que o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais. Em uma das decisões sobre a obrigatoriedade de submissão ao exame de DNA, em ação de paternidade, anotou o Ministro Sepúlveda Pertence, *verbis*:

“Cuida-se aqui, como visto, de hipótese atípica, em que o processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação.

Não discuto aqui a questão civil da admissibilidade da demanda.

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.

*É de sublinhar que efetivamente se cuidaria de simples **prova de reforço** de um fato que, de outro modo, se pode comprovar.*

Com efeito. A revolução, na área da investigação da paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sangüíneos dos envolvidos, está em que o resultado deste se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza.

Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise do DNA do autor, do menor e de sua mãe – v. 4/f.853)¹².

¹¹. HC 71.373, Redator para acórdão: Ministro Marco Aurélio Mello, julg. em 10.11.94, publicado 22.11.96.

¹². HC 76.060-4, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Lex-STF-237, p. 304 (309).

Tem-se aqui, notoriamente, a utilização da proporcionalidade como “*regra de ponderação*” entre os direitos em conflito, acentuando-se a existência de outros meios de prova igualmente idôneos e menos invasivos ou constrangedores.

Classificação

As provas podem ser classificadas em prova geral ou livre ou prova especial.

No primeiro caso, expressa-se o princípio da livre admissibilidade, pressuposto no próprio artigo 212 do novo Código Civil (Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I-confissão; II-documento; III-testemunha; IV-presunção e V-perícia).

No segundo caso, o da prova especial, depende de preenchimento de um requisito específico para que esta seja válida ou eficaz.

Resta evidente, assim, que o regime geral é o da “liberdade da prova”, podendo os fatos jurídicos ser comprovados por qualquer meio de prova admitido em direito. A lei contempla, porém, casos nos quais a prova de determinados atos depende de forma especial.

Assim, o pacto antenupcial somente pode ser comprovado mediante exibição de escritura pública. A renúncia de herança há de ser comprovada por escritura pública ou por termos nos autos. Para o reconhecimento de filho a lei prevê ato solene, admitindo-se, porém, formas diversas de comprovação: (a) certidão de registro de nascimento, escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; por testamento ou por manifestação expressa perante o juiz (Lei n. 8.560, de 1992, art. 1º, incisos I a IV). No

contexto da prova especial, Caio Mário da Silva Pereira cogita da chamada prova pré-constituída, anotando que “com o fim de premunir o interessado dos meios de evidenciar seu *status* pessoal, a lei determina se lavrem os assentos de nascimento, casamento, e óbito; com o propósito de demonstrar a existência da relação obrigacional, o credor toma do devedor o título da confissão da dívida, etc”¹³.

Espécies de Provas

Nos termos do novo Código Civil, o fato jurídico pode ser provado mediante confissão, documento, testemunha, presunção e perícia. (art. 212).

A confissão é “*o reconhecimento que uma pessoa faz quanto ao fato alegado pela outra, em benefício desta*”.¹⁴ O Código Civil português consagra que “confissão é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária” (art. 352º). A confissão pode ser judicial ou extrajudicial, conforme se verifique no curso do processo ou fora dele. A confissão judicial configura prova plena para todos os atos cuja validade não seja dependente de requisito formal. Deve ser pronunciada pela própria parte, mas vale quando efetivada por mandatário, desde que possua poderes especiais para tanto (art. 213, parágrafo único). A confissão extrajudicial também constitui prova plena, se reduzida a escrito, mas pode ser contestada pelos mesmos motivos que conduzem à invalidade ou à ineficácia dos atos jurídicos¹⁵. Não reduzida à escrita, está sujeita às mesmas condições de validade da prova

¹³ . Cf., Pereira, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, vol I, 19ª. edição, 2002, p. 383.

¹⁴ . Cf, Pereira, Instituições, cit., p. 389.

¹⁵ . Cf., Pereira, Instituições, cit., p. 389.

testemunhal, se por este meio ela puder ser reconstituída¹⁶. Em qualquer hipótese, resulta ineficaz a confissão proveniente de quem não é capaz de dispor dos direitos a que se referem os fatos confessados (art. 213, caput). Alguns sistemas, como o português, fixam como regra escrita a indivisibilidade da confissão, o que em outros entende-se como norma não-escrita ou implícita. Assim, o art. 360º do Código Civil português, “*se a declaração confessória, judicial ou extrajudicial, for acompanhada da narração de outros factos ou circunstâncias tendentes a infirmar a eficácia do facto confessado ou a modificar ou extinguir os seus efeitos, a parte que dela quiser aproveitar-se como prova plena tem de aceitar também como verdadeiros os outros factos ou circunstâncias, salvo se provar a sua inexatidão*”. Cogita-se ainda de confissão expressa ou presumida, se esta decorre de deliberação do confitente, por palavras ou por escrito, ou de presunção estabelecida em lei com base no comportamento determinado da parte. O Código de Processo Civil brasileiro prevê a confissão presumida nas hipóteses de revelia e não-comparecimento (CPC, art. 302)¹⁷.

A prova documental assume ímpar relevância no sistema jurídico, por permitir a perpetuação do ato pela via escrita. Os documentos podem ser públicos ou particulares. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, “constituem documentos públicos os que constam dos livros e notas oficiais, ostentando igual força pública as certidões e os traslados que o oficial público extrai dos instrumentos e documentos lançados em suas notas (...), bem como as certidões fornecidas pelas autoridades competentes, de atos ou fatos existentes nas repartições e departamentos administrativos”¹⁸. Os documentos particulares são os elaborados ou assinados pelos interessados, seja sob a forma manuscrita, datilografada ou impressa. Assim, são documentos as cartas, os telegramas, os bilhetes, memorandos, ou qualquer outro documento escrito que se mostre apto a comprovar

¹⁶ . Cf., Pereira, Instituições, cit, p. 389,; Oliveira, Carlos Santos de, Da prova dos Negócios Jurídicos, in : Tepedino, Gustavo (organizador), A Parte Geral do novo Código Civil, Rio de Janeiro/São Paulo, 2002, p. 429 (434).

¹⁷ . Oliveira, op. cit., p. 435.

¹⁸ . Pereira, Instituições, op.cit., p. 384.

determinado fato. O documento particular deve ser apresentado, em princípio, no original, aceitando-se, porém, a cópia fotográfica do documento particular devidamente conferida por tabelião de notas como prova de declaração de vontade (art. 223).

Os fatos relevantes para a prova dos negócios jurídicos podem ser comprovados mediante prova testemunhal. A prova testemunhal constitui, porém, uma prova que, por depender dos sentidos, está submetida a um critério restrito de aceitação¹⁹. O art. 227 do Código Civil limita a validade da prova exclusivamente testemunhal aos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do salário mínimo. Evidentemente, a prova testemunhal é admitida como subsidiária ou complementar de qualquer negócio jurídico, independentemente do seu valor (art. 227, parágrafo único)²⁰.

Observe-se, porém, que o Código de Processo Civil, de 1973, consagra ser admissível a prova testemunhal, qualquer que seja o valor do negócio jurídico se “o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel” (art. 402, II).

A propósito anota Pontes de Miranda:

“Assim, se alguém entregou ao cônjuge, ou filho, neto, irmão ou outro parente determinada quantia para que ele fosse, depressa depositar no banco, em seu nome, ou no do parente, e assistiram ao fato testemunhas, nada impede que se admita a prova testemunhal. Idem, se a pessoa foi ao hospital, em que parente estava internado, para pagar, em dinheiro, as despesas, e foram testemunhas disso quem o acompanhou,

¹⁹. Pereira, Instituições, cit., p. 386; Oliveira, op cit., p. 436.

²⁰. Cf., a propósito, Súmula 149 do STJ “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário” e a Súmula 27 do TRF, da 1ª. Região: “Não é admissível prova exclusivamente testemunhal para reconhecimento de tempo de exercício de atividade urbana e rural”.

alguma pessoa que também estava perto do caixa e o próprio caixa, a despeito de não figurar na conta o nome do pagador. Se alguém se hospeda em hotel em alta hora da noite, quando ainda não podia ser-lhe dado recibo de hospedagem, e ao sair entrega a quantia à pessoa que o deixou entrar e ocupar o quarto ou apartamento, e pessoas que o foram buscar assistiram ao pagamento, cabe a prova testemunhal. Outrossim, se o hoteleiro atendeu a alguém que pediu quarto ou apartamento para amante e, a despeito de haver quem assistisse à entrada, à permanência e à saída, a pessoa que tomou o apartamento não pagou e o hoteleiro não quis remeter-lhe a nota, ou chamá-la pelo telefone.

O que importa, para que se aplique o art. 402, II, é que o interessado haja alegado e provado que não lhe foi possível obter documento necessário à prova. A impossibilidade pode ter resultado de extravio ou de furto do documento, ou de incêndio. A prova testemunhal tem de referir-se ao documento que literalmente provaria a obrigação e ao seu conteúdo” ²¹.

Caio Mário da Silva Pereira observa que a tradição jurídica recomendava a não-aceitação da prova testemunhal quando assente na declaração de uma só testemunha por maior que fosse a sua idoneidade (*testis unus, testis nullus*)²². Essa orientação não mais goza de prestígio, assumindo relevo especial a credibilidade ou a qualidade do depoente.

O Código Civil de 2002 elenca causas de incapacidade e de suspeição aptas a impedir o depoimento de determinadas pessoas (art. 228). Assim, não podem ser testemunhas os menores de 16 anos, absolutamente incapazes em razão de idade; aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática de atos da vida civil (CC, art. 3º, II); os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam. Evidentemente, esses casos de incapacidade

²¹. Pontes de Miranda, Tratado, cit., p. 491-492.

²². Pereira, Instituições, cit., p. 387.

não se equiparam. A incapacidade absoluta acarreta a impossibilidade de testemunhar (CPC, art. 405, § 1º, I e II). A incapacidade do cego e do surdo, quanto ao testemunho, é fática. Como observa Pontes de Miranda, “se não podia ver o que se passou, não pode falar sobre o fato, como algo que foi visto; se não podia ouvir o que ocorreu, não pode falar sobre o que teria de ser ouvido²³”.

Pontes de Miranda acrescenta, ainda:

“O louco e o cego não podem ser testemunhas instrumentárias de escritura pública; nem o surdo, pois que não pode ouvir a leitura da escritura pública. O louco e o cego não podem ser testemunhas instrumentárias de escritos particulares. O surdo sim”²⁴.

O Código não admite, igualmente, o depoimento de pessoas interessadas no litígio, do amigo íntimo ou do inimigo capital das partes, bem como dos cônjuges, ascendentes ou descendentes e os colaterais até o terceiro grau de alguma das partes, por consaguinidade ou afinidade. Trata-se de hipótese relacionada com a ausência de imparcialidade ou a configuração de suspeição (CC, art. 228, IV e V). Embora o texto do Código seja silente a propósito, não parece haver dúvida de que o impedimento que recai sobre o cônjuge, na hipótese, há de atingir, igualmente, o companheiro ou a companheira. É que idênticas são as razões que legitimam a imposição de restrições num e noutro caso.²⁵

²³ ., Pontes de Miranda, Tratado, cit., p. 493.

²⁴ . Pontes de Miranda, Tratado, cit., p. 493.

²⁵ . Sobre o tema, Karl Larenz, *in Metodologia da Ciência do Direito*, 1997, 3ª ed., tradução de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, observa:

“Na maioria dos casos em que falamos de uma lacuna da lei não está incompleta uma norma jurídica particular, mas uma determinada regulação em conjunto, quer dizer: esta não contém nenhuma regra para

uma certa questão que, segundo a intenção reguladora subjacente, precisa de regulação. A estas lacunas - trata-se quase sempre das denominadas por ZITELMANN de lacunas 'inautênticas' - qualificamo-las de 'lacunas de regulação'. Não se trata de que aqui a lei, se se quiser aplicar sem uma complementação, não possibilite uma resposta em absoluto; a resposta teria de ser que justamente a questão não está regulada e que, por isso, a situação de facto correspondente fica sem consequência jurídica. Mas, uma tal resposta, dada pelo juiz, haveria de significar uma denegação de justiça, se se tratar de uma questão que caia no âmbito da regulação intentada pela lei e não seja de atribuir, por exemplo, ao espaço livre do Direito. Por isso, para chegar a uma resolução juridicamente satisfatória, o juiz precisa de preencher a lacuna da resolução legal e, por certo, em concordância com a intenção reguladora a ela subjacente e com a teleologia da lei." (pág. 528).

(...)

"Tanto as lacunas normativas como as lacunas de regulação são lacunas dentro da conexão reguladora da própria lei. Se existe ou não uma tal lacuna, há-de aferir-se do ponto de vista da própria lei, da intenção reguladora que lhe serve de base, dos fins com ela prosseguidos e do 'plano' legislativo. Uma lacuna da lei é uma 'interpretação contrária ao plano' da lei." (págs. 529-530).

Segundo os ensinamentos de Larenz, que distingue as lacunas em patentes e ocultas, aqui ela é patente, porque, "a lei não contém regra alguma para um determinado grupo de casos, que lhes seja aplicável - se bem que, segundo a sua própria teleologia, devesse conter tal regra" (cf. Larenz, op. cit., p. 535). Mas, como ele pondera, o limite entre as

O próprio Código Civil admite a possibilidade de depoimento de pessoas incapazes ou suspeitas para a prova de fatos que só elas conheçam (art. 228, parágrafo único). É a reprodução, de forma mais ampla, das regras contidas no art. 143 do antigo Código Civil – *Os ascendentes por consaguinidade, ou afinidade, podem ser admitidos como testemunhas em questões em que se trate de verificar o nascimento ou óbito dos filhos* -- e do art. 405 § 4º do Código de Processo Civil – *sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.*

O art. 229 concretiza norma tradicional no direito, isentando do dever de depor sobre fato (I) a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; (II) a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível (Código Civil, art. 1829), ou amigo íntimo, ou, ainda, (III) que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato. Assim, as pessoas submetidas ao regime de segredo em razão da profissão ou do

lacunas patentes e ocultas da regulação é algo que depende, muitas vezes, da possibilidade de se inferir da lei uma norma jurídica geral, em relação à qual a regra omissa haveria de supor ou não uma restrição.

Nesse sentido, refira-se novamente a Karl Larenz, em sua obra já citada, ao asseverar que:

“A ‘teleologia imanente’ da lei não deve, certamente, ser entendida, neste contexto, em sentido demasiado estrito. Não só se hão-de considerar os propósitos e as decisões conscientemente tomadas pelo legislador, mas também aqueles fins objectivos do Direito e princípios jurídicos gerais que acharam isenção na lei. Um princípio que é inerente a toda a lei porque e na medida em que pretende ser ‘Direito’, é o do tratamento igual daquilo que é igual. Se uma lei regula uma determinada situação de facto A de uma maneira determinada, mas não contém nenhuma regra para o caso B, que é semelhante àquele no sentido da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei.” (pág. 531).

estado, como o advogado, o médico, o padre, o confessor, o jornalista, dentre outros, não estão obrigadas a responder a perguntas sobre fatos por ele cobertos. Da mesma forma, a proibição de que se deponha sobre fato que possa causar a desonra própria ou a do cônjuge ou de parentes em grau sucessível consolida, no plano de direito privado, a proteção à honra e à intimidade constitucionalmente garantida (CF, art.5º, inciso X).

A propósito do sigilo profissional tem entendido o Supremo Tribunal Federal a liceidade da escusa de prestar depoimento sobre dada matéria coberta por essa proteção, embora não se admita uma imunidade genérica ao dever de depor. Nesse sentido, extrai-se de decisão da relatoria do ministro Paulo Brossard:

“ (...) a testemunha pode escusar-se a prestar depoimento se este colidir com o dever de guardar sigilo. O sigilo profissional tem alcance geral e se aplica a qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar.

Não basta invocar sigilo profissional para que a pessoa fique isenta de prestar depoimento. É preciso haver um mínimo de credibilidade na alegação e só a posteriori pode ser apreciado caso a caso. A testemunha não pode prever todas as perguntas que lhe serão feitas. O Judiciário deve ser prudente nessa matéria, para evitar que a pessoa venha a obter HC para calar a verdade, o que é modalidade de falso testemunho”²⁶. Na orientação pacífica do Supremo Tribunal Federal, o sigilo profissional não outorga o eventual titular de recusar-se o comparecimento perante a autoridade, mas o de não responder a perguntas sobre fato por ele coberto”²⁷.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confere-se destaque à proteção constitucional do sigilo da fonte. Nesse sentido, anota Celso de Mello, que “a

²⁶ . HC 71.039, Relator: Ministro Paulo Brossard, DJ 06.012.96, p. 48.708.

²⁷ . RHC 71.321, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ. 31.10.96.

proteção constitucional que confere ao jornalista o direito de não proceder à “disclosure” da fonte de informação ou de não revelar a pessoa de seu informante desautoriza qualquer medida tendente a pressionar ou a constranger o profissional da imprensa a indicar a origem das informações a que teve acesso, eis que – não custa insistir – os jornalistas, em tema de sigilo da fonte, não se expõem ao poder de indagação do Estado ou de seus agentes e não podem sofrer, por isso mesmo, em função do exercício dessa legítima prerrogativa constitucional, a imposição de qualquer sanção penal, civil, ou administrativa”²⁸.

O Supremo Tribunal Federal reconhece, ainda, como direito subjetivo público, o direito da pessoa de permanecer calada ou de recusar-se a fornecer, de qualquer modo, prova que o possa incriminar²⁹ (CF, art. 5º, LXIII) assentando não configurar “crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la”³⁰. É irrelevante, outrossim, o *status* da autoridade perante a qual a pessoa há de depor ou o tipo de investigação que se desenvolve. Na lição do Supremo Tribunal, “a garantia contra a auto-incriminação não tem limites especiais nem procedimentais: estende-se a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir subsídios à imputação ao declarante da prática de crime”³¹. Observe-se, ainda, que não se pode exigir da testemunha que motive ou fundamente os riscos ou temores. Também aqui já acentuou o Supremo Tribunal que “não cabe traçar fronteiras rígidas à invocação do direito ao silêncio, mas sim recordar o acórdão lavrado por Warren em *Emspack vs. Estados Unidos* (in ^a D. Weinberger, *Liberdade e Garantias*, trad. Forense, 1965, p. 62), quando se

²⁸ . Inq. 870, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 15.04.96, p. 11.461.

²⁹ . Cf. especialmente HC 68.929, de 22.10.91, Relator: Ministro Celso de Mello, RTJ 149, p. 494; HC 75.527, Relator: Ministro Moreira Alves, julg. 11.06.97.

³⁰ . HC 73.035, Relator: Ministro Carlos Velloso, Plenário 13.11.96, RTJ 163, p. 626.

³¹ . HC 79.244 (MC), Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 06.05.99.

*assentou que o direito ao silêncio “ seria de pouca valia se a testemunha que o invocasse ficasse obrigada a desvendar com precisão os riscos que tem”*³².

Os fatos que dependem de conhecimento especial ou que escapem do conhecimento comum hão de ser provados mediante exame pericial, a ser realizado por técnico segundo as normas regulamentares da especialidade. A prova pericial em juízo é disciplinada pelo Código de Processo Civil (CPC arts. 420-439), que regula também os motivos de impedimento dos peritos³³. A prova pericial que tiver por finalidade uma estimativa do valor da coisa, de uma quantidade ou do valor de uma indenização, denomina-se *arbitramento*.

Perfilhando tradição contrária à brasileira, o Código Civil português define presunção, consagrando que “presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido” (art. 349º). Na mesma linha estabelece-se, no art. 350º:

“1. Quem tem a seu favor presunção legal escusa de provar o facto que a ela conduz.

2. As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir”.

E, em relação às presunções judiciais consagra-se que “só são admitidas nos casos e termos em que é admitida prova testemunhal” (art. 351º).

Embora inclua a presunção como meio de prova, a nossa legislação civil – seja o Código de 1916, seja o de 2002 – não é tão generosa no trato desses temas conceituais. O texto de 2002 limitou-se a estabelecer, como regra expressa, que “as presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal” (art. 230).

³² . Cf. HC 79.244 (MC), Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 06.05.99, p. 9.

³³ . Pereira, Instituições,. cit, p. 388.

As presunções legais dividem-se em presunção relativa ou presunção absoluta: no primeiro caso, também chamada presunção *iuris tantum*, admite-se a prova em sentido contrário; no segundo, também denominada presunção *iuris et de jure*, não se afigura suscetível de refutação. O art. 1597 do Código Civil consagra regras relativas à presunção de paternidade, estabelecendo que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos (a) nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; (b) nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento; (c) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; (d) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga; (e) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. O art. 1598 estabelece, ainda, que “salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1523 -- dez meses --, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo marido, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597 -- cento e oitenta dias.” Os artigos 1599, 1600 e 1602 contêm, igualmente, normas ligadas à presunção da paternidade e à sua eventual superação:

-- A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção de paternidade (art. 1509);

-- Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado para ilidir a presunção legal de paternidade (art. 1600);

-- Não basta a confissão materna para excluir a paternidade (art. 1602).

Outras vezes, a lei, mediante norma de caráter interpretativo, consagra a negação da presunção. É o que se verifica no art. 265, segundo o qual a “solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Conclusão

Como se pode depreender, o novo Código Civil brasileiro manteve a tradição da disciplina da matéria relativa às provas também no direito material. É inegável que o direito civil continua a ter, na expressão de Konrad Hesse, significado especial para a preservação e a garantia da personalidade do homem, para sua autodeterminação e responsabilidade própria³⁴. É certo, porém, que esses valores desenvolvem-se hodiernamente dentro de marcos institucionais muito mais claros, como princípio da dignidade humana, o devido processo legal, a liberdade de exercício profissional, o direito de não se incriminar e outros. Tal como observa Hesse, a autonomia privada e sua manifestação mais importante - a liberdade de contratar -, encontram seus fundamentos e seus limites na própria idéia de personalidade. Elas pressupõem a igualdade jurídica e fática dos interessados. Na ausência desses pressupostos, a autonomia privada de um conduz à falta de liberdade do outro³⁵. Assim, cabe à regulação estatal especial e à própria interpretação estabelecerem o necessário equilíbrio entre pólos em eventual ou inevitável tensão dialética. Parece inegável que a disciplina sobre as provas do negócio jurídico no Código oferece rara oportunidade ao intérprete de buscar a aplicação equilibrada dos diversos princípios em jogo.

³⁴. Cf., Hesse, Konrad, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madri, 1995, p. 74.

³⁵. Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, cit., p. 78.