

A FLEXIBILIZAÇÃO DO DEVER DE TESTEMUNHAR: Uma análise à luz da teoria dos deveres fundamentais e da teoria do risco na sociedade contemporânea

THE FLEXIBILIZATION OF THE DUTY OF WITNESSING: An analysis in the light of theory of fundamental duties and the theory of risk in contemporary society

Adriano Sant'Ana Pedra¹

FDV

Sonia do Carmo Groberio²

FDV

Resumo

Trata da análise da flexibilização do dever de testemunhar, com enfoque na interpretação do novo Código de Processo Civil Brasileiro, à luz da teoria dos deveres fundamentais e da teoria do risco na sociedade contemporânea em Raffaele De Giorgi. Considera-se risco a probabilidade de que se verifique um dano futuro que uma decisão poderia ter evitado e, se o evento indesejado ocorrer, poderá ser imputado a alguma decisão. Destaca-se a previsão da admissão da escusa de depor quando o fato a ser esclarecido possa representar dano grave à testemunha ou a pessoas a ela ligadas por casamento, união estável, parentesco em grau sucessível ou amizade íntima, protegendo interesses e deveres morais, sociais, tidos como muito importantes à vida em sociedade, em relativo detrimento do conhecimento da verdade. Utiliza-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica. Conclui-se que a previsão no Código Civil Brasileiro da flexibilização do dever de testemunhar é uma decisão que refletirá na dificuldade de solução dos processos e na colaboração com a justiça e, assim, acarretará impunidade e gerará mais riscos para a sociedade.

Palavras-Chave:

Deveres fundamentais. Colaboração com a justiça. Testemunha. Impunidade. Risco.

Abstract

It deals with the analysis of flexibilization of the duty to testify, focusing on the interpretation of the new Code of Brazilian Civil Procedure, in light of the theory of fundamental duties and the theory of risk in contemporary society in Raffaele De Giorgi. Risk is considered to be the likelihood of future damage that a decision could have prevented and, if the undesired event occurs, may be imputed to a decision. It is important to emphasize the prediction of the admission of the excuse to testify when the fact to be clarified can represent serious damage to the witness or to people related to him by marriage, stable union, kinship in successive degree or intimate friendship, protecting interests and moral, social duties, considered as very important to life in society, to the detriment of the knowledge of the truth. The deductive method and the bi-biographic research are used. It is concluded that it is a decision that will reflect on the difficulty of solving the processes and on collaboration with justice, and thus impunity and generate more risks for society.

Key words:

Fundamental duties. Collaboration with justice. Witness. Impunity. Risk.

¹ Doutor em Direito do Estado (PUC/SP), mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), mestre em Física Quântica (UFES), especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos (Università degli Studi di Pisa), especialista em Economia e Direito do Consumo (Universidad de Castilla-La Mancha), bacharel em Direito (UFES) e bacharel em Física (UFES). Realizou pós-doutorado no Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É Professor permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória - FDV (conceito CAPES 5), e um dos líderes do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais deste PPGD. Também é Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública - Mestrado Profissional - da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES (conceito CAPES 3). Professor do Curso de Direito da FDV, membro da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL), da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC) e Procurador Federal.

² Doutoranda em Direitos e Garantias Constitucionais pela FDV - Faculdade de Direito de Vitória/ES. Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, FDV - Faculdades de Vitória. Licenciatura plena em Educação Física pela Universidade Federal do Espírito Santo, graduação no Curso de Formação de Oficiais pela Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, graduação em Direito pelo Centro Universitário de Vila Velha. Especialização em Segurança Pública pela Universidade Federal do Espírito Santo.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em virtude da destacada importância da prova testemunhal nas diversas demandas processuais e sua conseqüente colaboração com a justiça, este trabalho objetiva analisar a flexibilização do dever de testemunhar prevista no Código de Processo Civil, à luz da teoria dos deveres fundamentais e da teoria do risco na sociedade contemporânea em Raffaele De Giorgi.

A ideia surgiu da pouca exploração sobre o tema e da possibilidade de implicações nos processos diversos relacionadas à flexibilização do dever de testemunhar. A prova testemunhal é coletada por meio da inquirição de testemunhas a respeito de fatos relevantes para o julgamento. A testemunha é a pessoa estranha ao feito que se apresenta ao juízo para dizer o que sabe sobre os fatos e, de forma geral, o depoimento da testemunha é sobre aquilo que presenciou, podendo, ainda, narrar sobre fato que ouviu, mas não presenciou. É uma prova que possui grande valoração nos processos judiciais e que poderá esclarecer muito e, inclusive, modificar decisões.

A prova testemunhal tem recebido muitas críticas pois existe a falibilidade da memória humana e a influência que as questões emocionais podem exercer sobre as lembranças da pessoa do depoente. Mesmo assim, as testemunhas são importantíssimas e são as provas mais utilizadas na elucidação dos fatos que compõem a lide. No novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, o tema encontra-se disposto nos artigos 442 a 463, que traz minuciosamente os detalhes quanto a obrigatoriedade e isenções das testemunhas, incluindo algumas mudanças em relação ao Código anterior.

Como nos ensina Nabais(2007.p.169), o indivíduo, no Estado Democrático de Direito, é livre e responsável, merecedor de direitos e prestador de deveres. Através do cumprimento desses deveres destaca-se, segundo o autor, que não será exigido do cidadão além das forças que possui, ou seja, o cumprimento do dever deverá ser proporcional às suas condições. Nesse contexto, há o dever de testemunhar dos cidadãos que decorre diretamente do dever fundamental de colaborar com a justiça, previsto implicitamente na Constituição Federal e do qual decorre o artigo 6º do CPC, que prevê “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.(BRASIL, 2005, p. 635).

Trata-se do princípio da cooperação que espalha seus efeitos para além dos sujeitos atuantes do processo e inclui no artigo 378 do CPC que, “ninguém se exime do dever de colaborar com o poder judiciário para o descobrimento da verdade”, ou seja, é o dever geral de colaboração com o Estado-juiz para o descobrimento da verdade e todos devem abster-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.(BUENO, 2016,p.345).

Ressalta-se que, segundo Beck(2000, p.19), vivemos numa sociedade de risco que

deslocou a sociedade industrial. Se antes os riscos distribuídos eram relacionados às diferenças econômicas, sociais ou geográficas, hoje a distribuição democrática dos riscos afeta o mundo todo, ainda que em diferentes níveis, e dizem respeito aos assuntos nucleares, químicos e genéticos, por exemplo.

Em contrapartida, Bauman(2011, p.33) afirma que a globalização constitui também oportunidades e sugere o ideário de uma ética global da responsabilidade, citando Beck em algumas das suas colocações. Acrescenta o autor que vivemos numa sociedade de consumidores que privatiza e individualiza as responsabilidades. E, assim, indaga: como pode prosperar um ser que se volta para o outro se o outro existe como perigo, risco e ameaça.

As formas que possibilitaram complexas auto-descrições da sociedade moderna,segundo Raffaele De Giorgi(1998,p.185), tornaram-se obsoletas. Considerando a reflexão científica sobre a sociedade produzida nos últimos cinco anos, “pode-se observar um processo de desgaste, e pode-se ver também, facilmente, que consumido o potencial criativo daquelas formas, restam desorientação, insegurança, medo do outro, medo do diverso”.

Para De Giorgi(1998, p.193), que trata da questão do risco na sociedade contemporânea, esta é definida por três elementos básicos que procuram legitimar a concepção de sociedade concebida em cada época, que são: a verdade, os valores e a segurança. A compreensão de mundo que cada uma destas criará, depende da comunicação estabelecida entre os sujeitos sociais, pois como postula o referido autor, as relações sociais só existem através da comunicação empreendida na solução de divergências.

Em relação à necessidade de respeito entre as pessoas em eventos do nosso cotidiano e o estabelecimento de relações sociais através da comunicação na solução de divergências, como nos traz os autores referenciados, registra-se atualmente muitos conflitos entre as pessoas e, para dirimi-los, cidadãos são relacionados para colaborar com a justiça como testemunhas nos diversos processos e, entretanto, muitos são impossibilitados de se deslocarem e comparecerem para prestar seus depoimentos por sofrerem ameaças e possibilidade de danos graves, vivendo sob uma insegurança constante.

No novo Código de Processo Civil consta a previsão de que a testemunha fica isenta de se pronunciar sobre fatos que possam acarretar dano grave a si próprio, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos e afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, conforme o art. 448, inciso I. Não obstante, quando a testemunha não comparece a uma oitiva, amparada pela previsão legal da flexibilização do dever de testemunhar, influencia na celeridade e a resolutividade das lides processuais, ocorrendo muitas vezes a falta de esclarecimentos sobre a verdade dos fatos, afetando o direito à justiça.

Dessa forma, indaga-se, em virtude da importância da prova testemunhal, se a flexibilização do dever de testemunhar para proteger a testemunha, em detrimento do conhecimento da verdade, refletirá na solução dos processos e na colaboração com a justiça, acarretando a impunidade e gerando mais riscos para a sociedade, de acordo com a teoria do risco na sociedade contemporânea em Raffaele De Giorgi.

Nesta abordagem é que reside a importância desta pesquisa, na qual será realizada uma análise do dever de testemunhar previsto no novo CPC à luz da teoria dos deveres fundamentais e da teoria do risco na sociedade contemporânea em Raffaele De Giorgi. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica abordando ambas as teorias com enfoque na flexibilização do dever de testemunhar nos casos de danos à pessoa, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos e afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

2 FUNDAMENTALIDADE E CARACTERÍSTICAS DOS DEVERES FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS

A Constituição Brasileira de 1988 prevê expressamente a existência de deveres fundamentais das pessoas em seu Capítulo I do Título II. Em outras partes do texto constitucional é possível encontrar referências diretas a deveres fundamentais, e, ainda, é possível verificar alguns deveres implícitos no texto constitucional.

Durante muito tempo a doutrina e a jurisprudência preferiram inclinar suas abordagens para os direitos fundamentais, de maneira que a preocupação em entender e resolver os vários problemas suscitados pela temática dos direitos fundamentais proporcionou sua excessiva ênfase e deixou as questões levantadas pelos deveres fundamentais na sombra.(CANOTILHO, 2005, p,80).

Entretanto, aos poucos foi surgindo a preocupação com o estudo sobre os deveres fundamentais e vários autores atualmente têm registrado seus entendimentos sobre o tema, pois os deveres não podem ser concebidos noutra lugar que não ao lado dos direitos fundamentais, como afirma Peces -Barba Martinez(1987, p.330), e ainda, não se pode, atualmente, conceber o indivíduo como portador apenas de direitos, devendo-se observá-lo também como sujeito de deveres em relação a si próprio, à sociedade e às futuras gerações.

Para Nabais(2007, p.169), é preciso compreender os deveres fundamentais não como um contraponto ou um mitigador de direitos, mas sim como um provedor ou promotor destes. Para se estudar os deveres é demasiadamente importante o estudo também dos direitos, sob pena

de incidirem conclusões não democráticas. Assim, a questão dos deveres sempre terá como correlata a questão dos direitos.

O indivíduo, no Estado Democrático de Direito é livre e responsável, merecedor de direitos de prestador de deveres. E ainda destaca Nabais(2007, p.170) que ao contrário do que o seu esquecimento ou fraco tratamento constitucional parecem sugerir, “são uma categoria constitucional própria colocada ao lado da dos direitos fundamentais [...]” Assim, para o referido autor, os deveres têm a Constituição como o único fundamento, independente de estarem expressos, podendo apresentar-se de forma implícita.

Nabais(2007, p.251), amplia a definição dos deveres fundamentais, afirmando que podemos definir os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por essa ser exigidos. Uma noção, que decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autônomas, subjectivas, individuais, universais, permanentes e essenciais.

Destaca-se ainda na teoria sobre os deveres fundamentais discussões acerca da existência, ou não, de deveres positivos gerais, bem como sobre o modo como se daria a contraprestação ao direito, pois se entende que todo dever, conseqüentemente, deverá encampar um direito que lhe é correlacionado.

Nesse sentido, Valdés(1986, p.24) qualifica quais seriam esses deveres fundamentais de natureza geral, ou seja, aqueles que todos nós estaríamos obrigados a cumprir, independentemente de mantermos relação direta com aquele que possui o direito de lhe cobrar. Assim, os deveres positivos gerais são aqueles cujo conteúdo é uma ação de assistência ao próximo que requer um sacrifício trivial e cuja existência não depende da identidade do obrigado nem a do(s) destinatário(s) e tampouco é o resultado de algum tipo de relação contratual prévia.

Dessa forma, podemos perceber que, por este entendimento, qualquer pessoa poderia, em uma situação de risco, obrigar quaisquer outros, a lhes ajudar, não devendo essa ajuda ser maior que algo trivial, ou seja, algo que não imponha àquele que presta a ajuda uma diminuição de suas posses capaz de levá-lo ao *status* daquele a quem ajuda(VALDÉS, 1986a, p.25).

Para se atingir os objetivos de edificação de uma sociedade justa e solidária, as condutas dos indivíduos desta sociedade devem ser compatíveis com esses valores, bem como os deveres fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal devem ser harmônicos na promoção desses ideais. Nesse sentido Pedra(2013, p.237) destaca que “mesmo em decorrência da ideia de solidariedade não se pode impor ao sujeito do dever um sacrifício extraordinário - ou

desproporcional- com o fim de salvaguardar determinado direito”.

Corroborando com os autores referenciados, e por se tratar de um tema que ainda carece de mais discussões para um melhor entendimento, os membros do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória³, elaboraram um conceito de dever fundamental que foi adotado neste estudo, como se segue:

uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais.

O dever de testemunhar decorre do dever fundamental de colaborar com a justiça e foi concretizado no novo CPC, que traz os impedimentos, as exceções, as suspeições e as isenções das testemunhas, destacando sua importância nas lides processuais e na colaboração com a justiça. Destaca-se que o dever fundamental de colaborar com a justiça está previsto implicitamente na Constituição brasileira e, em outras Constituições, como na Constituição da Colômbia⁴, por exemplo.

Na Constituição Colombiana existe a configuração expressa no artigo 95, 7, do capítulo V, que trata dos deveres e obrigações, trazendo que todo mundo é obrigado pela Constituição e as leis, prevendo dentre os direitos da pessoa e do cidadão, a Colaboração para o bom funcionamento da administração da justiça.

De forma mais detalhada, será tratado no próximo tópico sobre a previsão do dever de testemunhar no CPC, bem como da conceituação sobre prova, fontes e meios de prova, destacando a prova testemunhal.

3 O DEVER DE TESTEMUNHAR E A COLABORAÇÃO COM A JUSTIÇA

Dinamarco(2003, p.43) ressalta que “prova é demonstração e provar é demonstrar”. E continua o autor afirmando que para realizar o julgamento é necessário esclarecer se certos fatos ocorreram ou não. Por isso,

³Conceito construído pelo grupo de pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, no 1º semestre de 2013, coordenado pelos professores Dr. Daury Cesar Fabríz e Dr. Adriano Sant’Ana Pedra, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória.(FDV).

⁴[...] “Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano:[...] 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia.” Artigo 95,7,do capítulo V. Constitución Política de Colômbia de 1991.Disponível em:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20%202015.pdf>>. Acesso em: 26/11/2016. Acesso em: 26/11/2016.

é indispensável dotar o processo de meios capazes de tirar seu espírito do estado de obscuridade e iluminá-lo com a representação da realidade sobre a qual julgará. Essa representação é o conhecimento da realidade fática e esses meios, em conjunto, compõem a instrução probatória. O resultado a ser obtido mediante a instrução probatória é o conhecimento dos fatos e consequente firmeza para proferir a decisão.

No Código de Processo Civil está previsto o direito à prova no artigo 369, constando que as partes têm “o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. (BRASIL, 2005, p.243).

O artigo trata dos meios e não das fontes de prova. Dinamarco (2003, p. 48) traz o conceito dos dois vocábulos afirmando que fontes de prova “são elementos externos ao processo, sendo representados por pessoas ou coisas das quais se possam extrair informes úteis ao julgamento” e os meios de prova são “as técnicas destinadas a atuar sobre as fontes e delas extrair o conhecimento dos fatos relevantes para causa”.

As fontes de provas que são elementos externos utilizados para a formação da convicção do juiz e podem se subdividir em provas reais e provas pessoais. As provas reais são fontes passivas de convencimento, como os documentos, coisas e serviços que são postos à disposição do juiz para análise ou inspeção e para exames, vistoria, avaliação a serem realizados pelos auxiliares da justiça. E as fontes ativas de prova são as provas pessoais, ou seja, as pessoas que, pela palavra oral ou manifestações por outro meio, fornecem informes destinados a esclarecer a verdade sobre as alegações contrapostas pelas partes. Essas pessoas são as testemunhas e as próprias partes quando prestam depoimento pessoal, como previsto nos artigos 385 e seguintes do CPC.(DINAMARCO, 2003, p.614-616).

Encontram-se vários deveres elencados nesses citados artigos do CPC e destaca-se a parte que trata das obrigações das testemunhas, que foi prevista de forma bem detalhada, como será abordado a seguir.

3.1 Previsão no código de processo civil: obrigatoriedade e isenções de testemunhar

O CPC trouxe algumas inovações em relação às testemunhas e os artigos previstos oferecem minuciosa disciplina referente a admissibilidade e isenções, destacando-se os deveres referentes a este importante meio de prova.

A princípio, qualquer pessoa pode ser testemunha, com exceção das pessoas incapazes, impedidas ou suspeitas, conforme disposto no art. 447 do CPC. No mesmo sentido, o Código Civil, em seu art. 228, apresenta um rol de pessoas que não devem ser testemunhas. No CPC, são

considerados incapazes aqueles que, em razão da idade, de deficiência mental ou de deficiência física, não têm condições de perceber os fatos e transmiti-los, como previsto no art. 447, § 1º:

[...] I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental; II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos; IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.(BRASIL, 2005, p.242).

Consta ainda no CPC, art 447, §2º, os considerados impedidos, que, de acordo com Dinamarco (2002, p,605), são aqueles que, em razão de vínculo de parentesco ou afinidade com uma das partes, ou em virtude de posição assumida junto ao feito, presumidamente, têm interesse em que a causa seja solucionada em determinado sentido, o que os levaria a narrar os fatos sem a isenção necessária, como disposto nos incisos:

[...] I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; II - o que é parte na causa; III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

Acrescenta-se ao rol das exceções, os considerados suspeitos, que são aqueles de quem, razoavelmente, se pode esperar que falem com a verdade, seja em razão de aspectos do seu caráter, seja em razão do seu relacionamento social com uma das partes, conforme disposto no art. 447, § 3º: I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo; II - o que tiver interesse no litígio. E, ainda, admite-se o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas, nos casos em que o juiz considerar indispensável para o bom andamento do processo, sendo esses depoimentos prestados independentemente de compromisso e com o valor cabível atribuído pelo juiz, conforme traz o art. 447, §§ 4º e 5º.

As testemunhas que são admitidas pelo CPC devem cumprir com os deveres de comparecimento, depoimento e de veracidade. Esses deveres aplicam-se às testemunhas previamente intimadas, e, se descumprirem a obrigação de comparecimento, serão conduzidas coercitivamente e responsabilizadas pelas despesas decorrentes. Sobre o dever de prestar depoimento, objeto desta pesquisa, este decorre do dever fundamental de colaboração com a justiça para o descobrimento da verdade, concretizado no artigo 378 do CPC. E, ainda, à testemunha cabe o dever de dizer a verdade, pois a testemunha não serve para favorecer a parte

que a arrolou, mas sim para auxiliar o juiz na busca da verdade dos fatos.(DINAMARCO, 2002, p.607-608).

Assim, sobre o dever de colaborar com a justiça, as disposições do Código de Processo Civil, trazem, no art 378: "Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade" e, no artigo 380, inciso I: "Compete ao terceiro, em relação a qualquer causa: I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento". Este artigo trata dos deveres dos terceiros em relação à produção da prova, prevendo, inclusive, no caso de inobservância, medidas visando o estímulo ao seu cumprimento.

Embora exista a previsão da obrigatoriedade da testemunha em prestar depoimento, conforme já apresentado, a lei mitiga racionalmente essas exigências, definindo no art.448 do CPC que a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos que lhe acarretem grave dano⁵, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau.

Disposição análoga está prevista também no inciso IV do artigo 388 do CPC, com a previsão de isenção de depoimento pessoal sobre fatos que coloquem a parte, cônjuge ou companheiro ou de parente em grau sucessível, em perigo a vida. Nessas situações, a testemunha não é considerada incapaz, impedida ou suspeita, e a escusa de depor é uma faculdade da testemunha. O juiz, no caso concreto, irá verificar o grau de gravidade decorrente do depoimento, permitindo ou não, conforme o seu convencimento, que a testemunha deixe de falar.

Situação análoga quanto à isenção é quando os fatos a cujo respeito a testemunha, por estado ou dever de ofício, deva guardar sigilo, como previsto no art 448,II do CPC. Registra-se que a isenção quanto ao dever de depor já estava prevista no Código de Processo Civil anterior e a análise desta flexibilização, nos casos de grave dano, se tornou necessária em virtude da importância da prova testemunhal, pois se não existirem outros meios de prova, surgirão dificuldades para solução da lide.

Ressalta-se a inovação através do art. 453, § 1º, com a previsão da possibilidade de oitiva da testemunha por meio de videoconferência, ou seja, o depoimento pode ser recolhido por meio da rede mundial de computadores de qualquer lugar do mundo. A prática já vinha sendo adotada em alguns tribunais e a inclusão dela no texto legal certamente quebrará resistências às inovações tecnológicas, podendo ser estendida a possibilidade de criação de outros meios de prova em substituição às testemunhas isentas de depor.

⁵ O grave dano é entendido na doutrina majoritária como dano à honra ou ao patrimônio, bem como, o perigo à vida das pessoas.

Pelo exposto, o dever de testemunhar decorre do dever fundamental de colaboração com a justiça e, ao cumprir este dever, promove-se o direito ao esclarecimento, à verdade, destacando-se assim a importância da testemunha, como será tratado a seguir.

3.2 A importância da testemunha na colaboração com a justiça

Para Dinamarco(2002, p.601), a prova testemunhal é a “técnica de obtenção de informes sobre fatos relevantes para o julgamento mediante perguntas a serem respondidas por pessoas estranhas ao processo, as testemunhas.” Acrescenta o referido autor que se trata de uma prova pessoal e ativa porque dela participa uma pessoa com seus sentidos e sua vontade, ouvindo e respondendo.

Nem sempre as testemunhas são capazes de reproduzir os fatos com fidelidade, pois existem falhas intencionais, falhas de percepção, de memória ou da capacidade de reproduzir fatos. Para Dinamarco(2002, p.602), existem casos em que o decurso de tempo e as fantasias que às vezes se criam em torno dos acontecimentos da vida real são responsáveis pelo esquecimento daquilo que foi visto, ouvido, lido ou sentido. Apesar da falibilidade apontada e das ressalvas previstas no Código de Processo Civil, a admissibilidade da prova testemunhal é uma regra principal, existindo poucas exceções e é a principal prova utilizada nos diversos processos.

O artigo 444 do CPC, em virtude da confiabilidade menor nas testemunhas, exclui a eficácia da prova exclusivamente testemunhal quanto à existência de contratos acima do equivalente a dez salários mínimos, nos quais esse meio de prova só é admitido associado a um documento escrito⁶, como carta, recibo, anotações, dentre outros. Mas existe a previsão de se admitir prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor maior, conforme o disposto no artigo 445 do CPC, quando a parte não obter a prova escrita da obrigação, como, por exemplo, nos contratos em família, entre amigos, à distância, negociados via *internet*, dentre outros. E ainda, conforme o artigo 446 do CPC, incisos I e II, admite-se a prova exclusivamente testemunhal da simulação, do erro, do dolo ou coação nos contratos de qualquer valor.(DINAMARCO, 2002, p. 602-604).

Apesar das ressalvas apresentadas pelo CPC, a admissibilidade da prova testemunhal é uma regra central, conforme prevê o artigo 442: “A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso” (BRASIL, 2005, p.635). Dessa forma, destaca-se a importância da prova testemunhal nos inúmeros processos, pois, sem a colaboração da testemunha, o Estado

⁶Para ALVIM, 2015, p. 727, a expressão ‘começo de prova por escrito’ prevista no artigo 444 do CPC “quer significar a existência de prova capaz de demonstrar ao juiz a verossimilhança da alegação da parte acerca da existência do contrato. Deve constituir em documento derivado da parte contrária, contra a qual se quer produzir a prova”.

ficaria impossibilitado de exercer umas das suas principais finalidades que é a de administrar a justiça, especialmente naqueles casos em que a prova testemunhal constitui o principal e único fundamento da decisão. É o próprio interesse público que impõe aos indivíduos a obrigação de testemunhar em juízo. Acrescenta-se que, apesar de controvérsia, em virtude da sua falibilidade já apontada, é impossível conceber um sistema processual sem a prova testemunhal, que permanece sendo importantíssimo meio de prova, o que foi revigorado pelo novo Código de Processo Civil.

Como já abordado, o cumprimento do dever pelo cidadão deverá ser proporcional às suas condições. E através da realização do dever é que se alcançará o direito, sendo que o cumprimento desse dever não deverá ser levado à últimas consequências. Assim, a testemunha, ao cumprir o seu dever não deve se expor a situações de grave dano, sendo isenta de prestar o depoimento nestas situações, e essa flexibilização corrobora com o pensamento dos autores Valdés e Laporta, conforme já referenciados.

Na sequência, será realizada uma abordagem da teoria do risco na sociedade contemporânea, visando correlacioná-la à flexibilização do dever fundamental nos casos de graves danos à testemunha ou familiares, destacando-se o pensamento de Raffaele De Giorgi.

4 O RISCO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A RELAÇÃO COM O FUTURO

Da origem da palavra “risco”⁷ é extraída uma característica fundamental que, até hoje, é válida para a compreensão do fenômeno: a incerteza diante da novidade desconhecida e imprevisível. Para De Giorgi (2008, p.41), se o risco diante da novidade desconhecida não é uma exclusividade de nossos dias, devemos observar que atualmente os riscos causados pelo próprio homem são tão ou mais importantes do que aqueles gerados pela natureza. Então, o que há de novo não é a incerteza ou o risco, mas a origem deles, pois a maioria das incertezas que vivemos hoje foram criadas pelo próprio homem. Afirma De Giorgi que uma das estratégias de vincular o futuro é

aquela que permite que um eventual dano futuro seja imputável a uma decisão na certeza de que uma outra decisão poderia ter evitado a ocorrência do dano. Este modo de construir o futuro, este vínculo do tempo, chama-se risco. Risco, portanto, é correlato do não-saber e da necessidade de escolha. Em um outro sentido, no entanto, pode-se afirmar que é um correlato do saber. Isso se pensarmos que, quanto maior o saber, maior o não-saber; quanto maior o conhecimento, maior o não-saber das consequências.(DE GIORGI, 2008,p.43).

⁷DE GIORGI,1998, p.227, “poder-se-ia falar de risco quando qualquer dano seja imputado a uma decisão, isto é, quando esse dano deva ser tratado como consequência de uma decisão”.

A expressão “sociedade de risco” surgiu pela primeira vez em 1986, após o acidente nuclear de Chernobyl, ocorrido na Ucrânia. Foi criada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, para designar a vida nos dias atuais, partindo da constatação de que os perigos enfrentados pela humanidade são resultado dos efeitos colaterais da própria ação humana, o que acaba por gerar uma imprevisibilidade quanto às consequências das medidas adotadas, e o enfraquecimento da racionalidade baseada no conhecimento do passado.

No mesmo sentido, Bauman(2001, p. 43) nos traz que a nossa vida tem se mostrado diferente do estilo de vida que os sábios do Iluminismo e seus discípulos e herdeiros avistaram e procuraram planejar. Pois, quando as tradições perdem a força determinante do futuro e das novas gerações, quando a verdade não é mais vista como revelação divina e se multiplica em versões parciais e saberes especializados, e quando não há mais a representação da figura da autoridade, o indivíduo é chamado para se tornar o centro de suas próprias referências e assim encontrar seu lugar na ordem do universo.

E acrescenta o referido autor que esse movimento – de tomar as rédeas do mundo em suas mãos – teve um efeito não previsto pelos seres modernos: o individualismo. O individualismo, tão diferente da individualidade (prevista e almejada pelos teóricos do Iluminismo), característico da era moderna, parece ser o maior desafio para a segurança ontológica.

De Giorgi(1998, p.196-197) faz uma crítica à expressão sociedade de risco, onde o autor italiano nega que o risco seja uma categoria ontológica da sociedade moderna ou uma condição existencial do homem. No mesmo sentido, Costa(2006, p.58-59) faz uma crítica à periodização da modernidade proposta por Beck, dizendo que o autor deixa, em seu roteiro de análise, pelo menos dois nós mal atados que ricochetearão em suas explanações teóricas subsequentes.

O primeiro problema está relacionado com a apresentação das diferentes modernidades numa linha cronológica, como se a sociedade industrial se seguisse inevitavelmente a segunda modernidade; a primeira, coordenada por um padrão de racionalidade simples, a segunda por uma racionalidade reflexiva. O segundo nó mal atado relaciona-se com a tendência a tomar a sociedade industrial e modernidade simples.

Segundo De Giorgi(1998, p193), a sociedade é definida por três elementos básicos que procuram legitimar a concepção de sociedade concebida em cada época, que são: a verdade, os valores e a segurança. A compreensão de mundo que cada uma destas criará depende da comunicação estabelecida entre os sujeitos sociais, pois, como trata o referido autor, as relações sociais só existem através da comunicação empreendida na solução de divergências.

Sua teoria apresenta um conceito de sociedade nos moldes da teoria sistêmica, como sendo um grande sistema no qual podemos encontrar outros subsistemas constituídos pelo

homem e pelo direito. Ao tratar conceito de segurança⁸, Raffaele De Giorgi(1998, p.194) esclarece sobre sua evolução e afirma que segurança e estabilidade são conceitos destituídos de sentido.

Conceitos que poderiam ser justificados apenas nos estreitos espaços da velha ontologia. [...] Formas de confiança, de segurança e de estabilidade evoluem da mesma forma que evolui a representação do tempo em conexão com a temporalização da complexidade que a sociedade moderna produz. Trata-se, na verdade, de uma técnica de tratamento da complexidade que a própria complexidade produz. De fato, as garantias e seguranças não são mais procuradas no passado. O passado não gera estabilidade. Agora, o problema refere-se ao futuro. O acesso sempre maior a um futuro que ameaça ou promete depende do observador, que pode ser sempre diverso.

E acrescenta De Giorgi(1998, p.196) que os riscos aumentam na mesma proporção que as medidas de segurança, pois a experiência afirma que,

quanto mais se aumentam as medidas de segurança, mais se incrementam os riscos. Sistemas de segurança constituídos por máquinas multiplicam, em seu interior, os riscos de controle dos controladores. A possibilidade dos cidadãos portarem armas para se defender aumenta o risco, não a segurança [...] Segurança não é uma condição que pode ser instaurada excluindo a multiplicação, o deslocamento e a difusão dos riscos que qualquer dos seus modelos produz. A política não consegue controlar os riscos que ela produz mediante a planificação de políticas de segurança.

Extrai-se do pensamento do referido autor que, quanto mais segurança criamos, mais riscos produzimos. No mesmo sentido, como tratado por Bauman(2001, p 227), verifica-se o “fenômeno da ambivalência”, com a resolução de determinados problemas gerando outros problemas. Ou seja, cada resolução de um problema gera novos problemas e a solução de um determinado problema é a formulação de inumeros outros problemas que precisam ser resolvidos. O conhecimento aumenta durante a resolução dos problemas bem como a quantidade dos problemas.

Assim, a flexibilização do dever de testemunhar prevista no Código de Processo Civil, desobrigando as testemunhas de depor sobre fatos que causem grave dano ao depoente, visando a proteção e a segurança destes, é uma medida que refletirá na solução dos diversos processos, e, assim, acarretará o não conhecimento da verdade, gerando impunidade e mais riscos para a sociedade. Corroborando com essa afirmação, será tratado no próximo tópico a correlação do dever de testemunhar com a teoria dos deveres fundamentais e a teoria do risco na sociedade contemporânea em Raffaele De Giorgi.

5 A FLEXIBILIZAÇÃO DO DEVER DE TESTEMUNHAR À LUZ DA TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS E DA TEORIA DO RISCO NA SOCIEDADE

⁸Segundo Aquino, a segurança é referida como um “mal a evitar”, assim entendida como ausência de risco, a certeza

CONTEMPORÂNEA

Aos deveres fundamentais é reservado um nobre papel, segundo Pedra(2015, p.1134),“Em muitas situações, a atuação estatal não é suficiente para assegurar os direitos fundamentais de uma pessoa, o que só ocorrerá com a prestação de um dever por parte de outra pessoa”. É o caso, por exemplo, do dever de testemunhar previsto no Código de Processo Civil.

Ao analisarmos a exigibilidade do dever de testemunhar imposto aos particulares pelo CPC e posteriormente a previsão no artigo 448 da sua flexibilização, verifica-se uma abordagem do dever de testemunhar sob a perspectiva de exigência de um “sacrifício trivial”, conforme a teoria dos direitos fundamentais, pois existem pessoas as quais o cumprimento do dever de depor constituiria o sacrifício de interesses e deveres outros, igualmente respeitáveis e dignos de serem tutelados pelo Estado.

Esclarece De Giorgi(1998, p.48), que risco é “a probabilidade de que se verifique um dano futuro que uma outra decisão teria podido evitar. Se o evento indesejado ocorrer, poderá ser imputado a alguma decisão.” Dessa forma, o autor considera o risco como um vínculo com o futuro, como uma estratégia de construção do futuro. E acrescenta que, “por último, podemos ver, assim, como a alternativa em relação ao risco não é a segurança e sim um outro risco.”

Os deveres fundamentais se destinam a promover e proteger os direitos fundamentais a eles correlacionados e, no caso em comento, o dever de testemunhar que decorre do dever de colaborar com a justiça objetiva proteger o direito ao conhecimento da verdade. Afirma De Giorgi(1998, p.15) que, “em uma sociedade em que os riscos aumentam, o direito torna seus limites manifestos”.

Ao se admitir a escusa de depor quando o fato a ser esclarecido possa causar sério dano à testemunha, a lei busca proteger interesses e deveres morais, sociais, reconhecidos como muito importantes à vida em sociedade, em relativo detrimento ou limitação do direito ao conhecimento da verdade, revelando-se uma tensão entre o dever fundamental de testemunhar, o direito de proteção da testemunha e o direito à justiça.

A decisão quanto à flexibilização de testemunhar poderia ser tomada de maneira diversa. De Giorgi(1998, p.192) ressalta que o futuro pode ser o lugar do arrependimento. A sociedade moderna tem a capacidade de produzir uma complexidade que ela não é capaz de traduzir, indicando, porém, que a ideia do contrato tem relação com a ideia de tentar novas sincronizações, novas possibilidades. E, dessa forma, ao se flexibilizar o dever de testemunhar que está correlacionado ao dever de colaborar com a justiça, e pela importância da prova testemunhal, é

preciso inovar na busca pela utilização de outros tipos de meios de prova com uso de novas tecnologias.

Uma dessas possibilidades é a utilização da videoconferência. A tal respeito, registra-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) concluiu a mediação de um processo que tramitava há 22 anos com a ajuda da videoconferência. Em setembro de 2016 foi a primeira vez no Estado do Rio de Janeiro que um procedimento de mediação utilizou este meio digital.⁹

Registra-se que já existe uma previsão na legislação quanto ao uso de tecnologias e pode-se acompanhar as evoluções destas, circunstância que viabilizará a utilização maior dos referidos meios e ou aplicativos, realizando as oitivas sem a necessidade de comparecimento das testemunhas, buscando preservar a segurança, através da redução dos riscos, e, conseqüentemente, gerando menos prejuízos para a solução das lides processuais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos deveres fundamentais estarem previstos de forma expressa, bem como implícita, na Constituição brasileira de 1988, eles não eram tratados adequadamente pela doutrina até então, cujo foco sempre foram os direitos fundamentais. Após o entendimento de que os deveres não podem coexistir sem estarem ao lado dos direitos fundamentais, foram ampliados os estudos referentes aos deveres fundamentais.

Nesse contexto, o dever de testemunhar foi elencado, dentre outros deveres, no novo Código de Processo Civil, que tratou minuciosamente da obrigatoriedade e isenções das testemunhas, demonstrando a importância da prova testemunhal nos processos para a solução das causas e sua relação intrínseca com a colaboração com a justiça.

Dentre as previsões do CPC, destaca-se que a testemunha fica isenta de se pronunciar sobre fatos que possam acarretar dano grave a si próprio, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos e afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. É reconhecida a importância da prova testemunhal, e existem casos em que é indispensável para a solução da lide processual.

Assim, é necessário comprovar efetivamente o grave dano alegado, bem como a utilização de diversas tecnologias já disponíveis, com a finalidade de se buscar, nesses casos,

⁹A mediação, referente a um processo de inventário foi aberto há mais de duas décadas, e era complexa, porque grande parte dos herdeiros se encontravam fora do Brasil, e apenas um deles fora do Estado do Rio. E com o uso do *facetime* finalmente foi realizada a mediação em 15 sessões. Disponível em: <[http://: www.tjrj.jus.br/Assessoria de Imprensa](http://www.tjrj.jus.br/Assessoria%20de%20Imprensa)>. Acesso em: 26/11/2016.

novas formas de obtenção de provas para resolução dos processos.

Já existe a previsão na legislação do uso de tecnologias, pode-se acompanhar a evoluções destas, adaptando às necessidades de coleta de provas nos processos. Essa circunstância viabilizará maior utilização dos meios e ou aplicativos, para realizar as oitivas sem a necessidade de comparecimento das testemunhas. Assim, a segurança destas testemunhas poderá, a princípio, ser preservada evitando danos graves e, conseqüentemente, prejuízos para a celeridade, bem como para a solução das lides processuais.

Em relação aos deveres fundamentais, como já destacado, não será exigido do cidadão o cumprimento de um dever desproporcional às suas condições. E, através da realização do dever, é que se alcançará o direito, sendo que o cumprimento deste dever não deverá ser levado à últimas conseqüências. Assim, a flexibilização do dever de testemunhar prevista no Código de Processo Civil encontra-se de acordo com a teoria dos deveres fundamentais, que trata o dever como uma ação de assistência ao próximo que requer um sacrifício trivial, mas sem reduzir a capacidade de quem cumpre o dever. Além da flexibilização em abstrato, o juiz deve analisar o caso concreto para saber o quanto se deve exigir de uma testemunha.

À luz da teoria do risco na sociedade em Raffaele De Giorgi, que trata da probabilidade de que se verifique um dano futuro que uma decisão poderia ter evitado, a flexibilização do dever de testemunhar prevista no CPC, isentando a testemunha de se pronunciar sobre fatos que possam acarretar dano grave a si próprio, possivelmente refletirá na dificuldade de solução dos processos e na colaboração com a justiça, acarretando o cerceamento do direito, a impunidade e mais riscos para a sociedade.

Deve-se tentar novas sincronizações e novas possibilidades, quanto à utilização de outros tipos de prova além da testemunhal. Sobressai nesse contexto, a necessidade de realização de outras interpretações, bem como análises criteriosas das escusas de depor, quando for flexibilizado o dever de testemunhar, buscando minorar a tensão entre o dever de testemunhar, o direito de proteção das testemunhas e o direito à justiça das partes envolvidas no processo.

REFERÊNCIAS

AQUINO, São Tomás de. **Summa Theologica**. Disponível em: <<http://www.newadvent.org/summa/>>. Acesso em: 11/11/2016.

BAYÓN, Juan Carlos. **Los Deberes Positivos Generales y la Determinación de sus Límites: observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés**. In: *DOXA* 3, 1986. p.35-54. <<https://doi.org/10.14198/doxa1986.3.02>>

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da pós-modernidade**. Trad. Luís Carlos Fridman. Rio de

Janeiro: Zahar, 1997.

_____. **Comunidade:** A busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar. 2003.

_____. **Modernidade e Ambivalência.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: 1º ed. Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34; 2010.

BRASIL. Código de Processo civil (2002). **Código de Processo civil.** 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudências.** Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/Assessoria de Imprensa>>. Acesso em: 26/11/2016.

_____.Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Assessoria de Imprensa.** Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/Assessoria de Imprensa>>. Acesso em: 26/11/2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** 2 Ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

Colômbia. **Constitucion Política de Colômbia de 1991.** Corte Constitucional. Disponível em:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20%202015.pdf>>. Acesso em: 26/11/2016.

COSTA, Sérgio. **Dois Atlânticos:** teoria social, anti-racismo, cosmopolismo. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 58-59.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil** , V. III. São Paulo: Malheiros, 2003, 3 ed.

GIORGI, Raffaele De. **Direito, Democracia e Risco** - Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p.263.

_____. **O risco na sociedade contemporânea.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo v. 9, n. 1p. 37-49 Mar./Jun. 2008. Disponível em<www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13100>. Acesso em 25/06/2016.

GRECO, Leonardo. **A prova no processo civil:** do Código de Processo Civil de 1973 ao novo Código Civil. Scientia Iuris, nº 374. Agosto de 2004. Disponível em <www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11161> Acesso em: 26/11/2016.

LAPORTA, Francisco J. **Algunos problemas de los deberes positivos generales** (observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés). *Doxa*, Alicante, n. 3, 1986, p. 55-63. <<https://doi.org/10.14198/doxa1986.3.03>>.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade:** estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar; e FONSESA, João Francisco Naves da. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.** São Paulo: Saraiva, 2014, 46ªed.

PACES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Los deberes fundamentales.** *Doxa*, Alicante, n. 4,

1987.< <https://doi.org/10.14198/doxa1987.4.19>> .

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos.** In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org.). Níveis de efetivação de direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: UNOESC, 2013.

_____. **Solidariedade e deveres fundamentais da pessoa humana.** In: Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie. Special Workshop: VII Jornada Brasileira de Filosofia do Direito. GALUPPO, Marcelo e outros(Editor). Belo Horizonte, 2015.
<https://doi.org/10.17931/ivr2013_sws97_04> .

VALDÉS, Ernesto Garzón. **Los Deberes Positivos Generales y su Fundamentación.** In: *DOXA* 3, 1986a.< <https://doi.org/10.14198/doxa1986.3.01>> .

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil,** Artigo por artigo. 1ª edição. São Paulo: RT, 2015, página 727.