

MOACYR AMARAL SANTOS

Ministro do Supremo Tribunal Federal; Professor Catedrático de Direito
Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;
Professor Catedrático de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito
da Universidade Mackenzie. Professor de Direito Processual Civil da
Universidade Federal de Brasília.

PROVA JUDICIÁRIA
NO
CÍVEL E COMERCIAL

45 R\$

(OBRA LAUREADA PELO INSTITUTO
DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO)

VOLUME II

4.^a Edição correta e atualizada

1971

MAX LIMONAD

Editor de Livros de Direito
RUA QUINTINO BOCAIUVA, 191 - 2.^o and.
São Paulo - Brasil

CAPÍTULO V

DO DEPOIMENTO PESSOAL

SUMÁRIO: I — Princípios gerais. 82 — Conceito de depoimento pessoal. 83 — Importância. 84 — Origens e evolução. 85 — Diferenças nas várias legislações. 86 — No direito francês. 87 — No direito italiano. 88 — No direito alemão e austríaco. 89 — No direito espanhol, português e argentino. 90 — No direito pátrio anterior. 91 — No direito pátrio vigente. 92 — Natureza do depoimento pessoal. 93 — Elementos do depoimento pessoal. 94 — Características próprias do depoimento. II — Do proponente do depoimento. 95 — Quem pode propor o depoimento. 96 — Depoimento “ex officio”. III — Do sujeito do depoimento. 97 — Quem deve depor. 98 — Depoimento de terceiros intervenientes. 99 — Dos que são inibidos de depor. 100 — Dos que podem escusar-se a depor. 101 — Declarações de terceiros que agem no processo. IV — Do objeto do depoimento. 102 — Qual seja o objeto. 103 — Condições dos fatos. 104 — Que sejam pertinentes. 105 — Que sejam influentes. 106 — Que sejam pertinentes. 107 — Que não sejam meramente negativos. 108 — Fatos criminosos ou difamatórios. V — Da obrigatoriedade do depoimento. 109 — Obrigatoriedade do depoimento. 110 — Voluntariedade da confissão e obrigatoriedade do depoimento. 111 — Penalidade: confissão ficta.

I — Princípios Gerais

82. Porque mui raro quem litiga se dispõe a confessar espontaneamente, o direito, desde as mais antigas legislações, conheceu um instituto, e dele se utiliza, destinado a provocar a confissão da parte, ou mesmo proporcionar-lhe ocasião para fazê-la.

Varia êsse instituto, quanto às roupagens processuais, mesmo quanto ao nome, segundo as diferentes legislações. Mas não varia quanto à finalidade que o caracteriza: provocar a confissão da parte. Chame-se-lhe depoimento pessoal, como no direito pátrio e português; interrogatório, como no direito italiano, alemão ou

inglês; confissão por absolvição de posições, como no direito espanhol e argentino; revista-se de tais ou quais peculiaridades, no que diz respeito à sua proposição em juízo, admissibilidade ou execução, na essência o instituto é o mesmo; procedimento apropriado a provocar a confissão do litigante.

Poder-se-ia concebê-lo como meio de que se vale a parte para tentar a confissão do adversário, ou mesmo para tentar a prova dos fatos em que funda o seu direito.¹ Mas ocorre que, em certos sistemas processuais, tal o vigente no país, ao próprio juiz é lícito dêle servir-se com o mesmo objetivo, pelo que cunpre conceitua-lo de uma forma mais ampla: é, assim, o meio do qual se socorre a parte, ou o juiz, para a produção da confissão em juízo.

83. Instrumento de manifestação da parte, que depõe, sôbre os fatos litigiosos, a força probatória do depoimento pessoal dimana tão somente da confissão dêle resultante.

Não obstante raramente aconteça, apesar do depoimento, venha a parte a confessar, e por isso mesmo se considere meio de prova de ordinário inócuo, ainda assim é a forma mais usual de confissão.²

Em quase todos os processos, tenta o litigante colher a confissão do adversário, confiado no aforisma de que é mais fácil dizer a verdade do que mentir. Esfôrço em regra inútil. Mas mesmo quando não a consegue, muitas vêzes o seu trabalho não é de todo desperdiçado, porque, ao menos, graças às respostas do interrogado se precisam melhor os fatos controvertidos, facilitando a sua prova.³

Bem porque communmente utilizado, o instituto do depoimento pessoal tem merecido cuidados especiais da doutrina e a atenção do geral das legislações, que lhe dedicam com certa largueza normas regulamentadoras.

84. O instituto vem de eras antiquíssimas, não sendo exagerado dizer-se que tem suas origens nos primórdios da administração da justiça nas sociedades civis.⁴

a) — Conheceu-o a Grécia, onde as partes, no começo do litígio, podiam interrogar-se, em presença do juiz, de um árbitro, ou mesmo extrajudicialmente, com o fim de acelerar a solução do

feito. As interpelações e as respostas se faziam diante de testemunhas e eram tomadas por escrito, para que as partes daí tirassem elementos favoráveis à sustentação de sua causa, não só das respostas, como também da recusa de responder.⁵

b) — Em Roma, no tempo das *legis actiones*, as partes compareciam à audiência e se interrogavam à vontade.

No sistema das *formulae*, as perguntas e respostas, que antecediam à litiscontestação, eram precisamente meios de prova. Na consonância da doutrina dominante, lícito era ao autor, como medida preliminar à propositura da ação, formular perguntas ao adversário, antes que fôsse pronunciada a fórmula.⁶ Eram as *interrogationes in iure*, perante o pretor. Em face do que dizem as fontes, e sem qualquer generalização, pode-se dizer que as perguntas deviam ser concernentes a questões prejudiciais, isto é, relativas à pessoa do réu, à sua qualidade, a fim de o autor saber se este era parte legítima para ser acionado.⁷ Interpelava-se o herdeiro, para certificar-se se êle realmente o era,⁸ ou, na ação noxal, interrogava-se o patrão para apurar se o servo causador do dano estava sob seu poder;⁹ ou, ainda, na *actio de pauperie*, a fim de saber se o interpelado era dono do animal ocasionador do dano;¹⁰ interpelava-se sôbre a idade do réu;¹¹ interpelava-se o réu para indagar se êle era possuidor do imóvel;¹² etc.

Mas não só as partes se interrogavam.¹³ O próprio pretor podia também ter a iniciativa das interpelações, como se vê do

5. BONNIER, O. C., n. 306; LESSONA, O. C., 1.º V., n. 472; ALSTINA, O. C., 2.º V., p. 243

6. GRÜCK, *Pandette*, v. XI, p. 2 e ss.; CASTELLARI, sôbre GRÜCK, O. e loc. cit.; e apêndice à p. 57 e ss.; KELLER, O. C., § 51; LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, em *Studi in onore di Chiovenda*, p. 459; LESSONA, *Interrogatorio*, em *Enciclopedia Giuridica Italiana*, n. 1.

7. Contrariando a teoria dos pandetistas e geralmente seguida, DEMELIUS sustenta que a *interrogatio* não era admitida em qualquer caso, isto é, não era admitida sempre que o autor houvesse necessidade de assegurar-se quanto à qualidade do réu, mas sim e tão somente em casos taxativos, fundamentado o pedido em razões especiais (em CASTELLARI, sôbre GRÜCK, O. e loc. cit.; LESSONA, *Interrogatorio*, n. 2).

8. FR. 9, § 5; fr. 9, §§ 6 e 7, D., de *interrog. in iure*.

9. FR. 5, fr. 14 a 17, fr. 20, D., *ead.* tit.

10. FR. 7, D., *ead.* tit.

11. FR. 11, D., *ead.* tit.

12. FR. 20, § 1, D., *ead.* tit.

13. BONNIER, O. e loc. cit.; LESSONA, *Teoria delle Prove*, 1.º V., n. 472; DALIOZ, *Repertoire*, vbo. *Interrogatoire*, n. 3; ALSTINA, O. C., 2.º V., p. 243.

1. ANDRIOLI, O. C., n. 4.

2. JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial no Direito Brasileiro*, p. 47.

3. MATTROLO, O. C., 2.º V., n. 720.

4. MATTROLO, O. C., 2.º V., n. 721; LESSONA, O. C., 1.º V., n. 471; SAREDO, *opud LESSONA*, loc. cit.

Digesto, l. 1, *De interrogationibus in iure faciendis: Ubicumque iudicem aequitas movent, aequo oportere interrogationem fieri dum non est*.¹⁴

Conquanto, regra geral, a *interrogatio in iure* não fosse de natureza a constranger o interrogado a emitir a resposta, em certas ações — escreve CÂMARA LEAL, calcado em SAVIGNY — em que se suscitava alguma questão prejudicial, concernente à pessoa do réu, podia éste ser obrigado a responder, com referência a dita questão.¹⁵

Ao pretor competia decidir sôbre a admissibilidade do interrogatório. Mas não podia deixar de admiti-lo em certas causas, como no caso de ação noxal, na *de pauperie*, na *de peculio*, na da *legis Aquiliae*, na *reivindicacionis*, e, ainda, na *de haereditatis petitiis*, para que se averiguasse *qua ex parte heris est quem era de mandado*.¹⁶ Mas, em tais casos de *interrogatio in iure* coercitiva, sômente o autor ou o pretor podiam interrogar.

Tinha a *interrogatio* efeito probatório, principalmente quando as respostas eram afirmativas, pois o autor, então, estaria habilitado a iniciar a ação com a prova dos fatos afirmados. Por outro lado, se o interpelado silenciava, era havido como se estivesse mentindo, por isso que havia obrigação de responder.¹⁷

No período da *cognitio extraordinaria*, a *interrogatio in iure*, por isso que o processo corria todo êle *in iudicium*, se transformou em *interrogatio in iudicium*, pelo qual se interrogavam reciprocamente as partes sôbre fatos da causa, uma vez admitido pelo juiz êsse meio probatório.¹⁸

c) — Por criação do direito canônico ou costume por êle reconhecido, sem extinção dos interrogatórios, surgiram as *positio-nes*.¹⁹

O *ponens* jurava e afirmava os fatos; o adversário respondia após juramento.

Sintetiza LESSONA as diferenças então existentes entre a *interrogatio* e a *positio*.

14. LESSONA, o. e loc. citis.
15. CÂMARA LEAL, *Depoimento pessoal*, p. 14.
16. LESSONA, o. e loc. citis.; CASTELLARI, o. e loc. citis.; BRONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, I, sec. 3, cap. 4, p. 246 e ss., e PABILETTI OGGIOLIO, *Storia del diritto romano*, cap. 51, n. 3, apud LESSONA, o. e loc. citis.
17. LESSONA, *Interrogatorio*, n. 5.
18. LESSONA, *Interrogatorio*, n. 6.
19. GRÜCK, o. c., XV v., §§ 747-749; CASTELLARI, a. GRÜCK, apêndice aos §§ 747-749, p. 68 e ss.; LESSONA, o. c., 1.º v., ns. 473-474; LIEMAN, *Sul riconoscimento della domanda, em Studi in onore di Chiovenda*, p. 459 e ss.; LESSONA (Marco), *Interrogatorio*, ns. 7-10.

“Além da disparidade de origens, uma vinda do direito romano e outra do direito canônico, a *interrogatio* tinha caráter prejudicial, a *positio* o mérito de controvérsia; podia o juiz por iniciativa própria dirigir a *interrogatio*, só o autor a *positio*; o *interrogans*, quando o autor expressava dúvida nos fatos, o *ponens* a afirmativa; *interrogans* era só o autor, *ponens* podia ser também o réu *excipiens*. A *interrogatio* se propunha oralmente e era sempre admissível; por escrito a *positio*, de cuja admissibilidade dispunha o juiz.²⁰

d) — Com uns longes do sistema romano e com muito da *positio*, origem do interrogatório do direito francês e italiano,²¹ instituiu-se em França, pela Ordenação de Blois, de março de 1498, ao tempo de Luiz XII, um tipo de interrogatório. Eis o que rezava essa Ordenação: — “nós ordenamos que depois que o autor haja exposto e afirmado por juramento aos Santos Evangelhos crer ser verdadeiro o que constar do seu pedido e escrituras, e isso tanto nas côtes parlamentares como perante os juizes reais, o réu deverá em sua presença, se se achar no lugar em que correr o feito, responder por *credit vel non credit*, convenientemente, por meio de juramento aos Evangelhos, a cada artigo das escrituras do autor; e, quando o réu estiver ausente, e da mesma forma o autor, deverão enviar a afirmação e a exposição dos fatos, bem como a resposta correspondente, por escrito, assinada de seu próprio punho, se souberem escrever, ou por notário, a seu pedido, sôbre cada artigo daquela demandada”.

Abolida a Ordenação de Blois pela de 1539, ficou por esta instituído o interrogatório sôbre fatos e artigos, puramente facultativo, que, em linhas gerais, perdura ainda no vigente processo francês e nos códigos italianos,²² certamente mais parecido com a *positio* e com pouca ou nenhuma afinidade com a *interrogatio in iure*.²³

e) — Mas a *interrogatio in iure*, que no direito francês e italiano produziu o instituto do *computecimento pessoal das partes*, desenvolver-se no direito português e pártio até assumir a figura do *depoimento pessoal*, forma indiscutivelmente mais apertadoada que suas similares estrangeiras.

Já nas Ordenações Afonsinas, liv. 3.º, tít. 58, sob influência da *interrogatio* romana, o autor formulava os artigos, sôbre os quais

20. LESSONA, o. c., 1.º v., ns. 473-474.
21. “O interrogatório italiano constitui um resíduo de processos de outros tempos e, precisamente, das *posiciones*” (ANDRIOLI, o. c., n. 2).
22. DALLOZ, *Repertoire*, vbo. “*Interrogatoire*”, ns. 3 e ss.; BONNIER, o. e loc. citis.
23. LESSONA, o. c., 1.º v., n. 475; CHIOVENDA, *Institutiones*, 3.º v., § 57, n. 328.

o réu havia de depor; as Ordenações Manuêlinas, liv. 3.º, tit. 40, reproduzidas, neste particular, pelas Ordenações Filipinas, de 1603, liv. 3.º, tit. 53, mantiveram o instituto do depoimento pessoal, quase como fóra introduzido por aquelas Ordenações, com a circunstância, aliás de alto relêvo e profundamente sábia, de estenderem êsse meio de prova também ao réu.

Assim, adotado pelo Brasil, já nação independente, em 1823, o Código Filipino, o instituto do depoimento pessoal era meio hábil para uma das partes provocar a confissão da outra. Para que a parte fôsse constrangida a depor, mistér era, porém, que os artigos respeitassem condições legais,²⁴ a saber: 1.º — versassem sôbre coisa certa;²⁵ 2.º — fôsssem pertencentes ao feito;²⁶ 3.º — não fôsssem contraditórios;²⁷ 4.º — fôsssem consistentes em matéria de fato e não de direito, salvo o costumeiro, municipal ou estrangeiro;²⁸ 5.º — não fôsssem meramente negativos, exceto se a negativa fôsse coartada a certo tempo ou lugar, ou se resolvesse em afirmativa;²⁹ 6.º — não fôsssem criminosos, difamatórios ou torpes.³⁰ Outrossim, vedado era pedir-se duas vezes o depoimento, exceto quando devesse versar sôbre fatos novos.³¹ Se a parte não comparecia para depor ou se recusava a prestar depoimento, era havida por confessa, pena que lhe era aplicada por sentença.³²

f) — No regime do Reg. n. 737, de 1850, a principio apenas aplicado as causas comerciais e a partir de 1890, por decreto n. 763, de 19 de setembro dêsse ano, estendido às ações civis, o depoimento pessoal³³ manteve as mesmas características do direito filipino, acrescido apenas da condição de só ser a êle obrigado quem estivesse na livre administração de seus bens.

Com pequenas variantes, que não o afetavam em sua essência, os códigos de processo dos Estados reproduziram o instituto do depoimento da parte segundo o direito tradicional.³⁴

24. Ord., liv. 3.º, tit. 53; PEREIRA E SOUSA, o. c., nota 466; MORAIS CARVALHO, o. c., § 428; SOUSA PRINTO, o. c., § 1.101; NAZARETH, o. c., §§ 407 a 411; PAULA BATISTA, o. c., § 164; RAMALHO, *Praxe*, §§ 180 a 182; FERAS, o. c., arts. 349 a 362; CÂMARA LEAL, o. c., ns. 3 e 4.
25. Ord., liv. 3.º, tit. 53 pr. e § 1.º, tit. 20, § 5.º.
26. Ord., liv. 3.º, tit. 53, §§ 2, 3 e 4.
27. Ord. cit., §§ 5 e 6.
28. Ord. cit., §§ 7, 8 e 9.
29. Ord. cit., § 10.
30. Ord. cit., § 11; tit. 20, § 4.º.
31. Ord. cit., § 12.
32. Ord. cit., § 13.
33. Reg. n. 737, de 1850, arts. 206 a 208.
34. Cód. de Pernambuco, arts. 288 e ss.; Bahia, arts. 334 e ss.; Espírito Santo, arts. 174 e ss.; do Rio de Janeiro, arts. 1.251 e ss.; do

g) — Não rompeu com o passado o Código de Processo Civil, no tocante ao instituto. Aperfeiçoou-o tão somente, conservando-o. Aperfeiçoou-o com reforçar a autoridade judicial, como consequência do procedimento oral estabelecido.

Enquanto que, no direito anterior, o depoimento de uma parte sômente podia ser provocado pela outra, isto é, enquanto ali se incluía êsse meio de prova entre os atos de disposição da parte, no direito em vigor também ao juiz foi facultado o poder de, *ex officio*, determinar a sua realização (Cód. de Proc. Civil, arts. 117, 295, n. V).^{34-A}

Além dessa inovação, outra não deve ficar despercebida: o depoimento pessoal, no sistema do Código, como se verá logo mais,³⁵ abraça, suprimindo-as, duas outras modalidades de meios de confissão oral judicial: a confissão em respostas ao juiz e o interrogatório.

85. A confissão judicial oral, ou seja a resultante de declarações orais prestadas pela parte em juízo, a requerimento de outra parte ou por determinação *ex officio*, não se verifica nas várias legislações sob a mesma e única modalidade de procedimento.

86. Assim, no direito francês, a confissão oral judicial pode realizar-se por dois processos: pelo interrogatório sôbre fatos ou artigos ou pelo comparecimento pessoal das partes.³⁶ Aquêlê, segundo a regra do art. 324, do Código de Processo, não pode ser ordenado de ofício, mas sim a requerimento da parte; êste é ordenado *ex officio*, muito embora se admita que a parte provoque sua determinação.

Para que se realize o primeiro, a parte, que o requer, deverá, após autorização judicial, proferida por decisão em audiência, mandar citar o adversário, com antecedência mínima de vinte e quatro horas, para comparecer em dia e hora designados diante do magistrado encarregado do interrogatório, dando-lhe, no ato da citação, trado

Distrito Federal, arts. 200 e ss.; de São Paulo, arts. 283 e ss.; de Santa Catarina, arts. 712 e ss.; do Rio Grande do Sul, arts. 410 e ss.; de Minas, arts. 275 e ss.

34-A. *Anteprojeto cit.*, de ALFREDO BUZARD, art. 371.

35. Vide n. 91.

36. GARSONNET, o. c., 2.º v., ns. 285 a 296; FAREGUTTES, o. c., p. 90 e ss.; BELINIE, o. c., 2.º v., p. 667 e ss.; BONNIER, o. c., ns. 305 a 317; JAKOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 1935, n. 806 e ss.; MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 1932, n. 507 e ss.; CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, 1937, n. 461 e ss.

ciência dos fatos sobre os quais será interrogado; o citado comparecerá àquele dia e hora e, sem a presença do requerente da prova, responderá às perguntas sobre os fatos constantes da relação que acompanhara o mandado de citação, ou mesmo de relação suplementar, ainda que desta não lhe tivessem dado conhecimento, bem como a perguntas relativas a outras matérias e que entenda o juiz de moto-próprio, dirigir-lhe.

A realização do segundo se faz em presença do adversário, em audiência pública, sem que o depoente tenha prévio conhecimento da matéria sobre a qual será inquirido.

87. Também no direito italiano, no sistema do Código de 1865, se achavam instituídos o interrogatório (Cód. de Proc., arts. 216 a 219) e o comparecimento pessoal das partes (Cód. de Proc., art. 401), mais ou menos segundo o sistema francês, com a diferença que no interrogatório não era vedada a presença do requerente da prova,³⁷ e que o comparecimento pessoal das partes só se podia ordenar em causas comerciais.³⁸

No tocante ao interrogatório, o direito vigente na Itália não diverge nos pontos essenciais do que era regulado pelo código anterior. O interrogatório ou, mais precisamente, o *interrogatório formal*, como o denomina a lei,³⁹ tende a provocar a *confissão judicial*, "contrapondo-se a "confissão judicial", provocada pelo "interrogatório formal" — escreve ZANZUCCHI — à confissão *espontânea*, a qual pode conter-se em qualquer ato processual de que pessoalmente participe a parte".⁴⁰ Exatamente porque visa a provocar a confissão, o interrogatório: a) é deduzido pela parte;⁴¹ sobre fatos desfavoráveis ao depoente e favoráveis ao requerente; b) os fatos são deduzidos "por artigos separados e específicos";⁴² constantes de questionários de que se dará ciência à parte interrogada; c) esta, em audiência, responderá pessoalmente. São vedadas perguntas sobre fatos não constantes do questionário, a menos que as partes concordem a respeito e o juiz as considere úteis. O juiz, no entanto, poderá pedir ao interrogando os esclarecimentos que entender oportunos.⁴³

37. MATTEOLO, O. C., 2.º v., ns. 747 e ss.; LESSONA, O. C., 1.º v., ns. 488 e ss.

38. MATTEOLO, O. C., 2.º v., ns. 751 a 754.

39. Cód. de Proc. Civ. Italiano, art. 228.

40. ZANZUCCHI, O. C., 2.º v., p. 57.

41. Cód. de Proc. Civ. Italiano, art. 230.

42. Cód. de Proc. Civ. Italiano, art. 230.

43. Cód. de Proc. Civ. Italiano, art. 231; ZANZUCCHI, O. C., 2.º v., ps. 56-58; ANDRIOLI, O. C., 2.º v., ps. 137-143; REDENTI, O. C., 1.º v., n. 119;

88. Pelo sistema alemão,⁴⁴ a parte que tenha prova por fazer poderá solicitar se ouça o adversário sobre os fatos que devam ser provados.⁴⁵ Admitido o interrogatório, será o requerido notificado pessoalmente e deverá comparecer à audiência e pessoalmente responder às perguntas sobre aqueles fatos.⁴⁶ Poderá o interrogatório ser determinado de ofício, sempre que dos debates sobre a causa e das provas produzidas o Tribunal não formar convicção quanto à verdade ou inexistência de um fato que deva ser provado.⁴⁷ Mesmo a parte a quem incumba fazer a prova de um fato poderá ser ouvida a respeito deste, uma vez que o antagonista haja pedido o seu interrogatório e ela concorde em prestá-lo.⁴⁸ Particularidade interessante: não obstante seja a parte ouvida, regra geral, independentemente de juramento, pode o Tribunal ordenar que ela o preste, uma vez este não se convença quanto à verdade ou falsidade da declaração. Na hipótese de ambas as partes serem interrogadas, tão somente uma delas, à escolha do Tribunal, prestará juramento.⁴⁹

A mencionada particularidade do interrogatório no sistema alemão se encontra também no regulado pelo processo austríaco. A parte, notificada pessoalmente, deporá em audiência, com ou sem juramento. Neste caso, se as declarações não convencerem o juiz, poderá êle determinar novo interrogatório de qualquer das partes, então acompanhado de juramento.⁵⁰ O interrogatório pode ser ordenado a requerimento ou de ofício.⁵¹

89. No direito espanhol, a parte, que pretender seja ouvido o adversário, formulará suas "posições" por escrito e pedirá a noti-

ANDRIOLI, *Interrogatorio*, em *Nuovo Digesto Italiano*; CARLUCCI, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*, trad. de JARME GUAS, ed. 1942, ns. 412-413; REDENTI, *Diretto processuale civile*, 1.º v., n. 119; LIBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 2.º v., ns. 220, 221; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, 2.º v., n. 131; CARLUCCI (Mauro), *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, 1962; D'ONOFRIO, *Comento al codice di procedura civile*, 1953, 1.º v., n. 524 e ss.; SARTI, *Commentario al codice di procedura civile*, 1.ª ed., 2.º v., p. 221 e ss.

44. Vide n. 58; GOLDSCHMIDT, O. C., § 49-A; ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, 2.º v., § 121; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, § 67.

45. Cód. de Proc. Civ. Alemão (Z. P. O.), § 445.

46. Cód. de Proc. Civ. Alemão (Z. P. O.), §§ 450-451.

47. Cód. de Proc. Civ. Alemão (Z. P. O.), § 448.

48. Cód. de Proc. Civ. Alemão (Z. P. O.), § 447.

49. Vide n. 58; Cód. de Proc. Civ. Alemão (Z. P. O.), § 452.

50. Cód. de Proc. Civ. Austríaco, § 272.

51. Cód. de Proc. Civ. Austríaco, § 371.

fiacção deste para "absolvê-las". A relação das posições poderá conservar-se em segredo (*en pliego cerrado*) até o ato do comparecimento do requerido, ou poderá mesmo ser apresentada nesse ato. Comparecendo o requerido, depois de deliberar o juiz sobre a admissão das perguntas, responderá o declarante pessoalmente, e de viva voz, presentes a parte contrária e seu advogado, se assim entenderem.⁵² "Quando concorra ao ato o litigante que haja sollicitado as posições, ambas as partes, pessoal e reciprocamente, sem mediação de seus advogados ou procuradores, mas por intermédio do juiz, poderão fazer as perguntas e observações que este admita por convenientes à averiguação da verdade dos fatos, sem consentir, todavia, que se apartelem ou se interrompam".⁵³

Quanto ao interrogatório no processo português e no argentino, veja-se o resumo feito em páginas anteriores.⁵⁴

90. No direito pátrio anterior a confissão oral judicial podia resultar de três procedimentos distintos: de depoimento pessoal propriamente dito; de respostas ao juiz e de interrogatório.

a) — O *interrogatório*, de absoluta inusança, posto que legalmente praticáveis na vigência do processo regulado pelas Ordenações, era feito *in initio litis*, antes das provas, por iniciativa do juiz, que assim se aparelhava para melhor julgar. Tinha assento nas Ordenações, liv. 3.º, ff. 20, § 4.º, que dispunham: — "Tanto que o réu fôr citado (citação inicial) e vier a juízo, o juiz fará, assim ao autor como ao réu, de seu officio, ou à petição da parte, as perguntas que bem lhe parecer, assim para a ordem do processo, como para a decisão da causa". Se, pelas respostas, se achava habilitado para julgar, decidia definitivamente, e, caso contrário, mandava oferecesse o autor libelo na primeira audiência.

Vem a propósito o parecer de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, anotando a citada Ordenação: "Se os juizes fizessem vigorar esta prática, quantas demandas morreriam no nascedouro".⁵⁵

b) — O mesmo interrogatório, mas após a conclusão dos autos para julgamento, admitiam-no o Reg. n. 737, de 1850, e alguns códigos

52. CASAS Y SANTALÓ (José), notas a CHROVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, apêndice ao § 61; Lei de Procedimento Civil, arts. 579 e ss.; GUASP, *Derecho procesal civil*, p. 379 e ss.

53. CASAS Y SANTALÓ, o. e loc. citis.

54. Vide n. 58.

55. PONTES DE MIRANDA e NEVES E CASTRO, o. c., nota à p. 108;

JOÃO MONTEIRO, o. c., § 149; PAIVA BATISTA, o. c., § 163, nota 2.

56. CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código Filippino*, ed. 1870, p. 387.

gos de processo das unidades da Federação.⁵⁷ Efectuava-se por iniciativa do juiz, quando, segundo o texto do art. 230, daquele Regulamento, "examinados os autos, o juiz, entender necessária, para julgar afinal, alguma diligência, ainda que não tenha sido requerida nas razões finais".

O juiz, nessa hipótese, ordenaria a citação da parte para, em dia e hora designados, ouvi-la em depoimento. A confissão que daí resultasse era a chamada confissão *nas respostas ao juiz*, prevista pelo dito Regulamento, art. 162.

c) — O *depoimento da parte*, propriamente dito, procedimento usual de provocação da confissão, estava incluído entre os atos de mera disposição das partes. A parte interessada no depoimento de outra, devia requerer para isso sua citação.⁵⁸

91. Entre outros princípios que regem o processo vigente no país, dois cumpre serem aqui ressaltados: a função autoritária do juiz e o da oralidade.

Por aquêlé é atribuída ao juiz a direção do processo, intervenido de forma que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo da investigação dos fatos e descoberta da verdade. "Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto fôr necessário ao conhecimento da verdade" (Cód. de Proc. Civil, arts. 112, 117).^{58-a}

Pelo procedimento oral,⁵⁹ compreendido como sistema no qual o juiz entra em contacto directo e imediato com os sujeitos da prova — partes, testemunhas, perito — e do qual resulta, como postulado, o princípio da concentração dos atos do processo, foi levado o legislador a estabelecer um momento único para a produção e debate

57. Reg. n. 737, de 1850, arts. 162 e 230; Cód. de Proc. do Espírito Santo, art. 180; Cód. de Proc. de São Paulo, arts. 280, n. 3, e 289; da da Bahia, art. 229; do Rio Grande do Sul, art. 413; JOÃO MONTEIRO, o. e loc. citis.; PAIVA BATISTA, o. e loc. citis.; PONTES DE MIRANDA e NEVES E CASTRO, o. c., nota à p. 107; JORGE AMERICANO, *Proceso Civil e Comercial*, p. 45.

58. Reg. n. 737, de 1850, arts. 206 e 208; Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 283; da Bahia, art. 235; do Espírito Santo, art. 174; do Rio de Janeiro, art. 1.251; do Distrito Federal, art. 200; de São Paulo, art. 283; de Santa Catarina, art. 712; do Rio Grande do Sul, art. 410; de Minas, art. 278.

58-A. *Anteprojeto cit.*, de ALFREDO BUZARD, arts. 143 e 148.

59. Vide 1.º vol., cap. XIX.

das provas entre as partes, seguindo-se imediato julgamento (Cód. de Proc. Civil, arts. 263 a 272).^{59-A}

Fundado nesses princípios, a provocação da confissão oral, meio da prova, por qualquer de suas modalidades até então conhecidas, deixou de ser meramente ato de disposição das partes para apresentar-se também entre os atos incluídos no poder inquisitório do juiz. Conquanto não fique a parte sem o direito de, dando impulso ao processo, provocar a confissão do adversário, também atribui o Código vigente iniciativa da provocação ao juiz (Cód. de Proc. Civil, art. 117).^{59-B} Ademais, as declarações da parte provocada só devem ser feitas num dado momento, nem antes, nem depois: na audiência de instrução e julgamento (Cód. de Proc. Civil, art. 268).^{59-C}

De conseguinte, não há mais, nem haveria mesmo, motivos para se estabelecerem as diferenças de confissões provocadas, que se encontravam no direito anterior. No em vigor, a iniciativa da provocação pode partir da parte interessada ou do próprio juiz; o modo e o momento de produção da inquirição é um único. No depoimento pessoal, regulado pelo Código, que segue, quanto à essência do instituto, as mesmas regras processuais das leis revogadas, se acham também, em linhas gerais, as mesmas características do interrogatório ou das declarações às perguntas do juiz, não só porque sua produção se dá anteriormente às demais provas que se produzem em audiência, o que permite a dispensa destas na hipótese de confissão, como também porque o juiz, que é quem interroga a parte, deve orientar a inquirição no sentido de esclarecer os fatos da causa, sem embargo de, por essa forma, provocar a confissão.

92. Pelo depoimento da parte, procura-se indagar desta a ciência que tem dos fatos em que o antagonista funda o seu direito. A confirmação dos fatos importa em confissão. Mas o depoente é livre quanto à resposta: poderá reconhecer como verdadeiros os fatos, no todo ou em parte, negar-lhes veracidade ou narrá-los diversos da forma exposta pelo adversário e até mesmo ignorá-los.

Assim, instrumento de provocação da confissão, em si mesmo o depoimento pessoal não é prova, sim e apenas meio de prova. Prova será a confissão dele resultante, com o reconhecimento da verdade dos fatos argüidos pelo adversário como fundamento do seu direito.⁶⁰ "O depoimento pessoal — diz CÂMARA LEAL — não gera

59-A. *Anteprojeto* cit., de ALFREDO BUZARD, arts. 482 e ss., 489 e ss.

59-B. *Anteprojeto* cit., de ALFREDO BUZARD, arts. 148 e 371.

59-C. *Anteprojeto* cit., de ALFREDO BUZARD, art. 490, n. II.

60. JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, p. 48; CÂMARA LEAL, o. c., n. 5; CASTELLARI, o. c., p. 97; ANDRIOLI, *Interrogatório*, n. 15.

por si só a certeza; sua força probativa emana da confissão, da qual éle é sòmente um dos instrumentos de manifestação. A confissão é a *espécie*, o depoimento é a *forma*; éle constitui, portanto, um meio apenas de prova, um ato processual".

Mas, meio de prova, o depoimento pessoal deve ter por fim último buscar a verdade, que poderá tanto estar na confissão dos fatos conforme os relata o antagonista do inquirido, como nas declarações do depoente narrando-os diferentemente, ou negando-os. Cumprindo ao juiz encontrar a verdade, é-lhe, pois, vedado forçar a confissão. Esta deve surgir das respostas obtidas livremente, sem embargo dos processos que a técnica do interrogatório aconselha ao juiz.

Mesmo tão sòmente narre o depoente os fatos, mesmo tão sòmente negue sua veracidade, no depoimento, por vèzes, vai o juiz encontrar material que — sem eficácia bastante para formar sua convicção, porque ninguém pode criar prova em favor próprio — poderá servir de auxilio no esclarecimento da verdade. Mercê do princípio da immediatidade entre o juiz e o sujeito da prova, aquêlê poderá das atitudes dêste, da maneira pela qual responde, da natureza e das circunstâncias dos fatos narrados, ou da justificação da negativa dos fatos argüidos, encontrar manancial precioso para a formação de sua convicção.

Quando a mais não se preste, tem ainda o depoimento pessoal, por vèzes, a virtude de melhor precisar os fatos, facilitando sua prova, acentua MATTIROLO.⁶¹ Com efeito, mesmo que inútil haja sido

3-4; LESSONA (Marco), o. c., n. 12. "O interrogatório não é uma prova, mas um procedimento probatório", "... é um meio para obter a confissão da outra parte" (ANDRIOLI, o. e loc. cit.); CHIOVENDA, *Istituzioni*, 3.º v., n. 328; GARRELUTTI, *Sistema*, 1.º v., p. 738; REDENTI, *Diritto processuale civile*, 1.º v., n. 119; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 2.º v., n. 220; UGO ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, 3.º v., p. 116 e ss.; GARRERI, DE RIZZENDE FILHO, *Curso de direito processual civil*, 2.º v., n. 732; FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, 3.º v., n. 801.

61. MATTIROLO, o. c., 2.º v., n. 720. Cf. CHIOVENDA, *Istituzioni*, 3.º v., n. 328; FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, 3.º v., n. 801; REDENTI, *Diritto processuale civile*, 1.º v., n. 119. Conforme PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.º v., p. 200), "é êrro definir-se o depoimento pelo resultado eventual de conter confissão. Nem sempre isso ocorre, nem sempre, ao requerê-lo, é intuito da parte adversa, ou do juiz, ou dos interessados na demanda, ainda curadores, provocar a confissão. Não raro só se pretende captar, com precisão, o conteúdo de alguma afirmação, inserida no pedido, ou posteriormente, de relevância para a decisão, sem o caráter de concordância com as afirmações da parte adversa".

como instrumento de provocação da confissão, o depoimento servirá para fornecer subsídios úteis ao investigador da verdade.

Em suma, o depoimento da parte é meio probatório, dêle podendo resultar a confissão⁶² ou elementos auxiliares na investigação da verdade e conseqüente formação da convicção do juiz.

93. Mas o depoimento vale, principalmente, pela confissão que dêle resulta.

As declarações do interrogado, para assumirem o caráter de confissão, devem compreender os elementos imprescindíveis, como a tódas as modalidades de confissão, relativamente ao sujeito, ao objeto da confissão e à intenção do confitente, assunto já suficientemente explanado.⁶³ Outrossim, uma tal confissão precisa também reunir as condições peculiares à confissão judicial, do que também já se tratou,⁶⁴ como uma das formas que é desta, e, por isso, deverá ser prestada em juízo, respeitadas as regras processuais a respeito estabelecidas.

94. Contudo, o depoimento pessoal, que em si mesmo é apenas meio de prova, tem características próprias, para as quais influi decisivamente o fato de poder dêle resultar a confissão. No depoimento, como é de primeira intuição, exercem influência as possíveis conseqüências.

Essas características se evidenciam, preponderantemente, em dois momentos, isto é, na sua proposição e na sua admissão, não obstante também se manifestem na sua produção. Uma são de natureza subjetiva, e dizem respeito ao proponente da prova e ao sujeito do depoimento; outras de ordem objetiva, e dizem respeito ao objeto da prova; terceiras de ordem formal, e dizem respeito às regras processuais que regulam a proposição, admissão e produção da prova.

Para conhecimento das características do depoimento pessoal, serão debatidas, a seguir, questões sôbre

- a) — o proponente do depoimento;
- b) — o sujeito do depoimento;
- c) — o objeto do depoimento;
- d) — a obrigatoriedade do depoimento.

62. "Para que o depoimento de uma parte sirva de confissão, necessário se torna que suas palavras se refiram, claramente e de forma individual, ao objeto do litígio" (Ac. T. J. São Paulo, *Arguição Judicial*, 59/219).

63. Vide cap. III.

64. Vide ns. 65-70.

II — DO PROPONENTE DO DEPOIMENTO

95. O depoimento pessoal é meio de prova. Como todo meio de prova, pode ser proposto pela parte que tiver interesse na demonstração dos fatos, como também ser determinado *ex officio* pelo juiz.⁶⁵

Nem sempre assim se entendem no direito pátrio.

Ao tempo das Ordenações Afonsinas, do velho direito português, só ao autor era lícito pedir o depoimento do réu. Desde as Ordenações Manuelinas ficou consagrada a igualdade entre os litigantes, admitindo-se a ambas as partes o direito de requerer o depoimento do adversário, sistema que ainda perdura no direito vigente no país.⁶⁶

Ainda no direito anterior, o juiz, por deliberação própria, podia submeter uma ou ambas as partes a interrogatório.⁶⁷ Não podia, porém, ordenar *ex officio* o depoimento pessoal propriamente dito. Adotando o sistema publicístico do processo, fortalecendo a autoridade do juiz, o Código de Processo Civil lhe atribui também o poder de promover as provas que entender necessárias ou convenientes para a formação de sua convicção, e, pois, o autoriza, mesmo sem provocação das partes, determinar o depoimento de qualquer delas, ou de ambas.⁶⁸ Tal poder emana da regra contida no art. 117,^{68-A} daquele Código: — "*A requerimento, ou ex officio, o juiz poderá, em despacho motivado, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e deferir as inteiros em relação a seu objeto ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios*".

Em suma, o depoimento pessoal pode ser requerido por qualquer dos litigantes, ou ordenado *ex officio* pelo juiz.

a) — No litisconsórcio, ativo ou passivo, necessário ou voluntário (Cód. de Proc. Civil, arts. 88 e 94),^{68-B} qualquer dos litigantes poderá requerer o depoimento da parte contrária, não só porque, "salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados em suas relações com a parte adversa como litigantes distintos" (Cód.

65. CÂMARA LEAL, O. C., n. 9; CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil Interpretado*, 3.º v., p. 292; GANSONNER, O. C., 2.º v., n. 287.

66. Vide ns. 84-90.

67. Vide n. 90.

68. Vide n. 91.

68-A. *Anteprojeto* cit., de ALFREDO BUZARD, art. 148.

68-B. *Anteprojeto* cit., de ALFREDO BUZARD, art. 55 e ss.

de Proc. Civil, art. 89), 68-C como também porque "o direito de promover os atos do processo cabe, indistintamente, a qualquer dos litisconsortes" (Cód. de Proc. Civil, art. 92).⁶⁹

b) — Quando qualquer das partes chama outrem à autoria, poderão verificar-se três hipóteses: I — o chamado à autoria comparece e assume a defesa; II — não comparece; III — comparece e confessa o pedido.

Na primeira hipótese, o denunciante deixou de ser parte na ação e, conseqüentemente, não pode mais produzir provas, não pode pedir o depoimento do adversário. Mesmo porque, em tal caso, "é defeso ao autor litigar com o denunciante" (Cód. de Proc. Civil, art. 97).

Na segunda hipótese, porém, a causa continuará com o denunciante, que, como parte, a quem cumprirá defender a causa até final sob pena mesmo de perder o direito à evicção (Cód. de Proc. Civil, art. 98), poderá provocar o depoimento do adversário.⁷⁰

E na terceira hipótese? O chamado à autoria atende ao chamamento, mas confessa o pedido. Ao denunciante estão traçados pela lei os caminhos que poderá seguir: "Se o denunciado confessar o pedido, poderá o denunciante prosseguir na defesa" (Cód. de Proc. Civil, art. 97).^{70-A} Explica PEDRO BATISTA MARTINS: "Se o denunciado, entretanto, comparece e confessa o pedido, ao denunciante será lícito tomar qualquer das seguintes atitudes: conformar-se e exercer logo o direito decorrente da evicção, ou não se conformar com a confissão, que poderá ser fraudulenta, e, neste caso, prosseguir na defesa".⁷¹ Assumindo aquela atitude, deixou de ser parte no feito, ocorrendo a figura e as conseqüências da primeira hipótese; assumindo esta atitude, como litigante que continua sendo, poderá, como na segunda hipótese, solicitar o depoimento do adversário.

68-C. Anteprojeto cit., de ALFREDO BUZARD, art. 57.

69. CÂMARA LEAL, O. C., n. 10; CARVALHO SANTOS, O. E. LOC. CITS.; AINSIN, O. C., 2.º V., p. 249; GABRIEL DE REZENDE FILHO, *Curso de direito processual civil*, 2.º V., n. 286; FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, 2.º V., n. 383; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 1962, 2.º V., n. 294; Anteprojeto cit., de ALFREDO BUZARD, art. 58.

70. CARVALHO SANTOS, O. E. LOC. CITS.; CÂMARA LEAL, O. C., n. 13; GABRIEL DE REZENDE FILHO, *Curso de direito processual civil*, 1.º V., n. 317; FREDERICO MARQUES, *Instituições*, 2.º V., § 76; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2.º V., n. 303.

70-A. Anteprojeto cit., de ALFREDO BUZARD, art. 84.

71. PEDRO BATISTA MARTINS, O. C., 1.º V., p. 303; GABRIEL DE REZENDE FILHO, *Curso de direito processual civil*, 1.º V., n. 317; FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, 2.º V., § 76; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2.º V., n. 303.

c) — Nomeando o réu alguém à autoria, ocorrem três hipóteses: I — o nomeado comparece e aceita a nomeação; II — comparece, mas não aceita a qualidade que lhe foi atribuída; III — não comparece.

Na primeira hipótese, aceita a nomeação-pelo nomeado, este passa a ser o réu, deixando de ser parte quem o nomeou. Ao nomeado, não ao réu primitivo, pois, será lícito requerer depoimento do autor.⁷²

Nas duas outras hipóteses, aplicar-se-á a regra do parágrafo único do art. 99, do Cód. de Proc. Civil:^{72-A} "Se a pessoa nomeada não comparece, ou se negar a qualidade que lhe for atribuída, o autor poderá prosseguir contra o nomeante e o nomeado, assumindo-se novo prazo para a contestação". A situação do nomeante e do nomeado dependerá, pois, da atitude do autor; se contra ambos prosseguir a ação, estabelecido o litisconsórcio, qualquer deles poderá requerer o depoimento deste; se prosseguir apenas contra um deles, apenas a esse será facultado usar do direito de requerê-lo.

d) — Pela oposição, um terceiro, que se julgue com direito, no todo ou em parte, ao objeto da causa, poderá intervir no processo para excluir autor e réu (Cód. de Proc. Civil, art. 102).^{72-B} O oponente é uma nova parte: parte numa verdadeira ação contra as partes originárias.⁷³

Em conseqüência, ser-lhe-á lícito requerer o depoimento dos seus contendedores — autor e réu.⁷⁴

e) — A figura da "assistência" consta de um único artigo (Cód. cit., art. 93) e aí mesmo, como acentua LOPES DA COSTA, delimitada de modo algo confuso.⁷⁵

72. CÂMARA LEAL, O. C., n. 14; GABRIEL DE REZENDE FILHO, *Curso de direito processual civil*, 1.º V., n. 328; FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, 2.º V., § 77; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2.º V., n. 309.

72-A. Anteprojeto cit., de ALFREDO BUZARD, arts. 75-76.

72-B. Anteprojeto cit., de ALFREDO BUZARD, art. 59 e ss.

73. JOÃO MONTEIRO, O. C., § 306; PEDRO BATISTA MARTINS, O. C., 1.º V., p. 310 e ss.; CÂMARA LEAL, O. C., n. 12; GABRIEL DE REZENDE FILHO, *Curso de direito processual civil*, 1.º V., cap. XXXIV; FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, 2.º V., § 78; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2.º V., n. 311 e ss.

74. CARVALHO SANTOS, O. E. LOC. CITS.; CÂMARA LEAL, O. C., n. 12.

75. LOPES DA COSTA, O. C., 3.º V., ns. 344-361. O Anteprojeto cit., de ALFREDO BUZARD, reformula o instituto da assistência (arts. 65-70).

O assistente, embora *equiparado ao litisconsorte*, não é litisconsorte, não é parte, mas apenas assiste a uma das partes.

Como não é parte, mas tão só *assistente* da parte, e, pois, sujeito secundário da relação processual, não pode pedir para si próprio, nem reconvir, nem alterar, restringir ou ampliar o objeto da causa.

Mas, porque *se equipara ao litisconsorte facultativo*, suas atividades processuais não se subordinam às da parte assistida, em face da qual ele se comporta como se fôsse um litigante distinto, e nessas condições se acha autorizado a impulsionar o processo, bem como a alegar, excepcionar, oferecer provas, arrazoar ou debater, recorrer, ainda que o assistido seja revel, ou nada alegue ou prove, ou não excepcione, nem discuta ou não recorra.⁷⁶

Decorre da própria feição da assistência que ao assistente é dado promover o depoimento do adversário do assistido.⁷⁷

f) — Por meio de embargos de terceiro (Cód. de Proc. Civil, art. 707), que são uma verdadeira ação, êste, por sofrer turpação ou esbulho em sua posse, ou direito, por efeito de penhora, depósito, arresto, sequestro, venda judicial, arrecadação, partilha ou outro ato de apreensão judicial, poderá defender seus bens. Ação especialíssima, incluída entre os processos acessórios pelo Código (liv. 5.º, tit. VIII), nela o embargante é legítimo autor e, pois, poderá provocar o depoimento do embargado, ou dos embargados.

g) — A posição dos credores concorrentes, no concurso creditório (Cód. de Proc. Civil, arts. 1.017 a 1.030), em que se disputa preferência ou rateio de créditos, e mesmo se discute nulidade, simulação, fraude ou falsidade das dívidas ou contratos (Cód. de Proc. Civil, art. 1.024), é de natureza a permitir que cada um dos credores possa promover o depoimento de outro e, conforme os casos, como nos de simulação e fraude, mesmo do executado. A êste, sendo-lhe lícito igualmente, impugnar créditos,⁷⁸ também deve ser concedido o poder de requerer depoimento dos credores titulares dos créditos contra os quais se insurge.

76. PEDRO BAPTISTA MARTINS, O. C., 1.º v., p. 295; LOPES DA COSTA, O. C., 3.º v., ns. 344-361; GABRIEL DE REZENDE FILHO, *Curso de direito processual civil*, 1.º v., cap. XXXV; FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, 2.º v., § 79; MOACYR AMARAL SANTOS, *Princípios das linhas de direito processual civil*, 2.º v., n. 319 e ss.

77. CAMARA LEAL, O. C., n. 11.

78. FRAGA, *Teoria e Prática na Execução das Sentenças*, p. 112; AMÍCAR DE CASTRO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10.º v., n. 507; BUZARD (Alfredo), *Do concurso de credores no processo de execução*, 1952; MOACYR AMARAL SANTOS, *Princípios das linhas de direito processual civil*, 3.º v., n. 913 e ss.

96. Atribuindo ao juiz a faculdade de promover, *ex officio*, diligências necessárias à instrução do processo (Cód. de Proc. Civil, art. 117), não quis o legislador se substituir as partes por aquele no que diz respeito ao ônus da prova. Em outras palavras, ao juiz não cabe, em regra, tomar a iniciativa e corrigir, no tocante à instrução da causa, as falhas deixadas pelos litigantes displicentes, despreocupados, desprevenidos ou manhosos. Às partes é que cumpre fornecer o material probatório de suas alegações,⁷⁹ não só propondo as provas com que pretendem demonstrar a verdade dos fatos em que fundam o seu direito, como providenciando no sentido de sua produção.

Mas o juiz precisa, para decidir, formar convicção quanto aos fatos litigiosos. E poderá acontecer que nas provas propostas pelas partes, mesmo nas provas produzidas, não encontre êle manancial ou meio suficiente à satisfação do seu espírito, que, em face da controvérsia ou de circunstâncias constantes dos autos, reclama, para formação da convicção, se esclareçam certas questões, ou certos pontos destas. Quando isso aconteça, tem o juiz o poder, e mesmo o dever, de ordenar, *ex officio*, as diligências necessárias à perfeita instrução do processo, de forma a que possa afinal, com convicção, bem decidir.

A função do juiz, quanto à proposição de provas, é pois supletiva. Explica bem essa função o projeto de Código de Processo Civil italiano, de CARNELUTTI: "Se do resultado da prova produzida, ou ainda em curso, surgir a necessidade de completá-la ou de admitir outro meio instrutório relativamente a novas circunstâncias, o juiz, a pedido da parte, ou *ex officio* e nos limites dos poderes que a lei lhe concede para a instrução da causa, ordenará as necessárias providências".⁸⁰

Com êsse espírito, para esclarecer ou completar a prova, permitir se elucidem circunstâncias que desta resultaram imperfeitamente demonstradas, quicá imprevisitas ou imprevisíveis às partes, ou, ainda, com o propósito de precisar e delimitar melhor os fatos controvertidos e assim facilitar a sua prova, bem como sempre que reclamá-lo o seu espírito para formação de convicção a respeito do litígio, ao juiz sempre é lícito ordenar, *ex officio*, o depoimento de quaisquer ou de todos litigantes.⁸¹

79. Vide 1.º v., cap. VI.

80. CARNELUTTI, *Progetto di Codice di Procedura Civile*, da Itália, art. 176; MOACYR AMARAL SANTOS, *Conta o juiz autoritário*, em *Revisão de Direito Processual Civil*, 1.º v., p. 30.

81. "A faculdade conferida ao juiz, pelo art. 117 do Cód. de Processo Civil, pode ser utilizada em qualquer momento, antes de

III — DO SUJEITO DO DEPOIMENTO

97. Sujeito do depoimento pessoal, ou depoimento da parte, o próprio nome do instituto está indicando, não pode senão ser quem fôr parte no processo.⁸² E isso mesmo diz a lei (Cód. de Proc. Civil, art. 229 e seus parágrafos), ao regular a matéria: — “O depoimento da parte será sempre...”; “a parte será inquirida...”; “se a parte não comparecer...”.

Aliás, é lógico. Sendo o depoimento pessoal meio de provocação da confissão, não se compreende possa depor quem não se acha em condições de confessar. Onde, somente quem fôr parte no feito e tenha capacidade para obrigar-se pode ser constangido a prestar depoimento.

O assunto, já devidamente ventilado anteriormente,⁸³ não necessita venha aqui reproduzido. Já se disse o bastante. Pode depor quem possa confessar. Com uma circunstância diferencial apenas: a confissão pode ser feita por procurador da parte, com poderes especiais, enquanto que o depoimento é ato exclusivo da própria parte, vedada sua produção por meio de procurador.⁸⁴

proferta a sentença, não estando restrita à oportunidade do despacho saneador, a que se refere o art. 295. Justificada a necessidade da diligência assim ordenada, julga-se impropriedade a reclamação contra o despacho, que a determinou, por não ser tumultuário do processo.” (Ac. T. J. Distrito Federal, *Arguinto Judiciário*, 57/231; *Direito*, 8/361).

“Pelo sistema do atual Cód. de Proc. Civil, não está o juiz adstrito às provas requeridas ou produzidas pelas partes, podendo, por sua iniciativa, ordenar a realização das que forem cabíveis e necessárias ao completo esclarecimento da controvérsia” (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 130/669).

82. AINSIN, O. C., 2.º v., p. 250; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.º v., p. 208.

“O curador de resíduos, na qualidade de representante do Ministério Público e no exercício de suas funções, não pode ser compelido a prestar depoimento pessoal, mesmo porque não tem poderes para transigir e confessar” (Ac. T. J. São Paulo, em *Revista dos Tribunais*, 172/525).

83. Vide ns. 37-50.

84. Vide n. 47.

“Na justiça comum o depoimento pessoal é ato direto, da própria parte. Não se admite externado por procurador” (Ac. T. de Alçada de São Paulo, rel. des. CANDIANO DE ALMEIDA, em *Revista dos Tribunais*, 230/378).

“Na sistemática do Código de Processo Civil Nacional o depoimento pessoal não pode ser prestado por intermédio de procurador”

98. Os terceiros que intervem no processo, de forma que assumam no litígio a posição de parte, estão sujeitos a prestar depoimento.

a) — O chamado à autoria, vindo a juízo, toma a posição do denunciante, como seu substituto processual (Cód. de Proc. Civil, art. 97), e, pois, como parte, deverá submeter-se à obrigação de depor.⁸⁵

b) — Nos mesmos casos em que ao nomeado à autoria é lícito promover o depoimento do autor,⁸⁶ poderá ser constangido a depor. Comparando a juízo e aceitando a nomeação, toma a posição de réu; não comparecendo ou comparecendo, mas negando a qualidade que lhe foi atribuída, mas contra êle prosseguindo a demanda, também assume a posição de réu. Em qualquer das hipóteses, não poderá eximir-se da obrigação de depor.

c) — Pela mesma razão que ao oponente é facultado requerer o depoimento dos contendores,⁸⁷ se justifica a obrigação, que tem, de atender ao pedido de depor.⁸⁸

d) — Diversa a situação do assistente, eis que não é parte no feito. Conquanto equiparado ao litisconsorte do assistido, ao qual auxilia, não pode prejudicá-lo nem ser condenado. Sua confissão, consequentemente, seria inócua, donde, inútil provocá-la por meio de depoimento.⁸⁹

(Ac. T. de Alçada de São Paulo, rel. o juiz ADHEMAR DE TOLEDO LYRA, em *Revista dos Tribunais*, 236/391).

“A jurisprudência tem-se inclinado pela inadmissibilidade de depoimento pessoal mediante procurador.” (Ac. T. J. de São Paulo, rel. des. CARMO PINHO, em *Revista dos Tribunais*, 304/181).

“A confissão pode ser feita por meio de procurador, com poderes especiais, mediante petição. Mas depoimento pessoal só a parte poderá prestar.” (Ac. do Supremo Tribunal Federal, rel. min. LUIZ GALOTTI, em “*Direito*”, 72/98).

“Entendo que a confissão pode ser feita por meio de procurador, mas não o depoimento pessoal. O Código de Processo Civil trata, no mesmo capítulo, do depoimento pessoal e da confissão. Daí a dúvida. Mas tenho como certo que, quando o art. 230 dispõe que será válida a confissão da parte ou de mandatário com poderes especiais, se refere, quanto a esta última hipótese, à confissão mediante petição e não a que se faz em depoimento. Deixa-o ver o § 2.º do mesmo art. 230, ao declarar que a confissão poderá ser feita por petição ou em depoimento” (Ac. do Supremo Tribunal Federal, rel. min. LUIZ GALOTTI, em *Arguinto Judiciário*, 93/261).

85. CÂMARA LEAL, O. C., n. 34.

86. Vide n. 95.

87. Vide n. 95.

88. CÂMARA LEAL, O. C., n. 33.

89. CÂMARA LEAL, O. C., n. 36.

99. A parte, quando provocada regularmente, não pode, em regra, eximir-se de prestar depoimento. Exatamente a obrigatoriedade de depor, do que mais adiante falar-se-á,⁹⁰ é uma das características do instituto.

Mas, da mesma forma que somente pode ser constangido a depor quem possa validamente confessar, todos aqueles que se não acham habilitados a confessar, e dos quais já se tratou suficientemente,⁹¹ ficam inibidos de prestar depoimento. Se a parte, por defeito de capacidade jurídica de obrigar-se, não pode confessar, não o poderá tão pouco ser provocada a isso.⁹²

100. Mesmo a parte não inibida, ou não proibida, de depor, por vêzes e em dadas hipóteses, verificadas certas circunstâncias, pode escusar-se de dar depoimento. Tais escusas, geralmente, são de duas ordens: *personais* ou *formais*.

a) — As escusas *personais* decorrem de condições físicas ou morais da parte, que impeçam o seu depoimento.

A parte, ou por enfermidade, ou por defeito físico, ou ainda por circunstâncias de natureza moral, ou mesmo por motivos outros que a êsse se assemelhem, encontrando-se em estado de não poder depor, assiste o direito de escusar-se ao interrogatório. É necessário, porém, que o obstáculo, ou impedimento, seja *legítimo*, isto é, que realmente a impeça de depor.⁹³

90. Vide n. 109.

91. Vide ns. 37-50.

92. "Não se justifica a exigência de depoimento pessoal da mulher do réu, em simples ação de cobrança (ação pessoal) movida contra o casal" (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 136/252). Confissão feita nas ações de desquite. Promoção do dr. CARLOS MENDES DA SILVA (*Revista Forense*, 93/641).

"A Fazenda Pública só pode confessar por representante devidamente autorizado". (Ac. Supremo Tribunal Federal, *Arguêdo Judicial*, 56/60).

É permitida a escusa para o depoimento pessoal mesmo depois de iniciada a audiência para que êle foi designado" (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 129/668).

Quando a parte não pode comparecer no dia designado, havendo motivo justo, requer o adiamento, mas uma vez aplicada a pena não é mais possível suspender os seus efeitos". (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 132/218).

"O curador de residuôs, na qualidade de representante do Ministério Público e no exercício de suas funções, não pode ser compelido a prestar depoimento pessoal, mesmo porque não tem poderes para transigir e confessar". (Ac. T. J. São Paulo, em *Revista dos Tribunais*, 172/525).

93. MATTIROLI, O. C., 2.º v., n. 762; LESSONA, O. C., 1.º v., n. 552; CÂMARA LEAL, O. C., ns. 56 e ss.

Presta-se a questão a alguma controversia no processo pátrio vigente, principalmente em face da confissão tácita, ou presumida, consequência do não comparecimento da parte para depor ou recusa de prestar depoimento e, por isso mesmo, convém deixá-la para mais delto estudo no desenvolvimento do capítulo seguinte.⁹⁴

Por ora, basta se saiba que, para se verificar legítimo impedimento, não é mister impossibilidade física e absoluta, sendo suficiente a impossibilidade moral.⁹⁵ Mas, por outro lado, um leve incômodo, uma dificuldade facilmente superável não constituem motivos ponderosos para justificar a escusa.⁹⁶ Em qualquer hipótese, ao juiz compete indagar das razões em que se funda o impedimento, dando-o por existente, ou não, segundo convicção que delas lhe resultar.

b) — Exerce certa influência a forma no instituto do depoimento pessoal. Da falta de observância de algumas de suas condições formais, ou processuais, resulta direito à parte de escusar-se a depor. Das escusas formais, falar-se-á no capítulo referente ao procedimento da confissão.⁹⁷

101. Questão interessante, e que ocorre surgir com frequência na vida forense, é a controversia quanto à admissibilidade do depoimento de certas pessoas que, não sendo partes no feito, agem como representantes legais destas ou demonstram interesse, embora mediato, na solução da causa.

Certo é que representantes legais de incapazes, quanto a negócios destes, fálidos, com referência a interesses da massa; procuradores com poderes de administração, no tocante a atos do admi-

"O juiz dispensou o autor de prestar depoimento pessoal, por lhe parecer de todo desnecessária, para o esclarecimento da questão, essa prova; aliás, o fez no uso da faculdade que lhe atribui o art. 117 do Código de Processo Civil. Além do que, está provado ser o autor apelado homem de avançada idade, doente, impossibilitado de prestar depoimento". (Ac. T. J. São Paulo, em *Revista dos Tribunais*, 160/198).

Atestado revelando "não se achar a autora, em condições mentais de depor em juízo, pelas enfermidades que sofre e ali reveladas". "Considerada justificada a ausência da autora, deixou de ser-lhe combinada a pena de confissão" (Ac. T. de Alçada de São Paulo, rel. o des. Cruz Negro, em *Revista dos Tribunais*, 316/389).

94. Vide capítulo VI.

95. MATTIROLI, O. C. e loc. cit.; RICCÍ, *Comentário al Codice Civile Italiano*, 2.º v., n. 169; NEVES E CASTRO, O. C., n. 86; CÂMARA LEAL, O. C. e loc. cit.; LESSONA, O. C. e loc. cit.; CARVALHO SANTOS, O. C., 3.º v., ps. 295 e ss.; LOBÃO, O. C., nota 443, ns. 18 e 19; PEREIRA E SOUSA, O. C., nota 466; SOUSA PINTO, O. C., § 1.098; MORAIS CARVALHO, O. C., § 441.

96. MATTIROLI, O. C. e loc. cit.; LESSONA, O. C. e loc. cit.

97. Vide cap. VII.

nistrado, mas por eles praticados; agentes de pessoas jurídicas, sem capacidade para representá-las, mas que participaram da criação do ato, e ainda outras pessoas em condições semelhantes, são, no geral das vezes, pessoas em condições de melhor que ninguém esclarecer aqueles negócios, atos ou fatos, porque diretamente partícipes na sua formação ou desenvolvimento. No entanto, como não são partes, não podem ser forçadas a depor como estas o são, pelo princípio de que só às partes é lícito exigir-se depoimento pessoal, porque só elas podem válidamente confessar.⁹⁸

Contudo é princípio, universalmente acatado e reconhecido no sistema jurídico brasileiro, que ao processo cabe fornecer ao juiz o conhecimento da verdade relativamente aos fatos litigiosos. E nesse conhecimento que o juiz deles formará convicção, de maneira a poder decidir.

Porque pelo processo se visa a descoberta da verdade, como corolário se tem por assentado que ao juiz é dado ordenar tudo quanto, sem ofensa à lei ou ao direito, seja necessário para alcançar aquele objetivo.

Por outro lado, e ainda como consequência do mesmo princípio, a todos que atuam no processo incumbe, indistintamente, o dever de dizer a verdade.

O conhecimento da verdade poderá, quantas vezes, ser facilitado, mesmo resultar das declarações prestadas por aquelas pessoas que teriam sido parte na formação do ato ou no desenvolvimento do fato controvertido. Deixar o juiz de ouvi-las seria, positivamente, sacrificar o fim objetivado pelo processo, com real prejuízo à justiça e à ordem jurídica.

Mas ouvi-las em depoimento pessoal? Tal não lhe seria admitido, porque a prestá-lo só podem ser constrangidas as partes em pessoa, e mesmo entre estas exclusivamente as que têm capacidade para confessar.

Ouvi-las como testemunhas? Mas nessa qualidade, entretanto, não poderão aparecer no processo, porque proibidas de depor, quando mais não seja por serem interessadas no objeto do litígio (Cód. Civil, art. 142, n. IV; Cód. de Proc. Civil, art. 235).⁹⁹

a) — Em que qualidade ouvi-las, pois? Certamente, não está o juiz impedido de interrogá-las, eis que não há dispositivo legal vedando-lhe esse poder. Ao contrário, segundo a regra do art. 117, do Cód. de Proc. Civil,^{99-A} o juiz poderá,

mesmo *ex officio*, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo, sem restrição alguma, salvo as que ofendam à lei ou ao direito. Interrogando-as, quando necessário, atenderá à finalidade do processo.

Além do que, o direito não veda meios de instrução não especificados na lei, tanto que o juiz formará livremente o seu convencimento, apenas atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ressalvada a hipótese da forma ser da substância do ato (Cód. de Proc. Civil, art. 118).^{99-B} Assim, parece que nada obsta possa o juiz tomar *depoimento* das pessoas em questão, denomine-se esse ato simplesmente *depoimento* (não depoimento da parte) ou mesmo *depoimento de informantes*.

Constituirá o ato o meio pelo qual se informa quanto aos fatos de pessoas que, sendo terceiros, não podem ser constrangidas a prestar depoimento pessoal, nem ser admitidas como testemunhas.

Tanto mais será justificadamente admissível o depoimento *desses terceiros* quando a eles houverem feito referência, como sabedores dos fatos, quaisquer das partes ou testemunhas. Aplicar-se-á, nesta hipótese, a regra contida no art. 210, do Cód. de Proc. Civil: — “O juiz poderá ouvir terceiro, a quem as partes ou testemunhas hajam feito referência como sabedor de fatos ou circunstâncias que influam na decisão da causa...”.

Não se diga, como CARVALHO SANTOS e o próprio PEDRO BATISTA MARTINS, que o transcrito dispositivo cogita da “testemunha referida”.¹⁰⁰ Porque, para ouvi-la, o juiz tem apoio legal no art. 248 daquele Código. Mais acertado será interpretar-se a lei dando ao art. 210 sentido mais conforme ao art. 117, do mesmo estatuto, e ao sistema, por este estabelecido, que atribui ao juiz amplitude de poderes na instrução da causa, podendo para tal fim ouvir terceiros, como aquelas pessoas o são na realidade, uma vez necessárias as suas declarações.

b) — Porque tais depoimentos não constituem depoimentos da parte, das declarações deles constantes não poderá resultar confissão, mas tão somente “elementos de convicção para a autoridade julgante, os quais, unidos a outros elementos e a outras presunções, decorrentes das circunstâncias da causa, valerão para completar a prova do fato”.¹⁰¹

Precisamente porque não constituem depoimento da parte, não podem ser ordenados sob pena de confissão. A obrigatoriedade de

98. Vide n. 50.

99. Vide 3.º v., ns. 66-69. *Anteprojeto* cit., de ALFREDO BUZARD, art. 440.

99-A. *Anteprojeto* cit., de ALFREDO BUZARD, art. 148.

99-B. *Anteprojeto* cit., de ALFREDO BUZARD, arts. 149, 361.

100. CARVALHO SANTOS, o. c., 3.º v., p. 178; PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 2.º v., p. 447.

101. MATTHEOLO, o. c., 2.º v., n. 772.

semelhantes depoimentos apenas emana do dever que todos têm de em juízo dizer a verdade. O não comparecimento, ou a recusa de depor, poderá, quando muito, acarretar indício em favor da verdade dos fatos argüidos pelo adversário da parte à qual o terceiro está ligado pelos laços da representação ou mesmo do interesse.

IV — DO OBJETO DO DEPOIMENTO

102. Como o objeto das demais espécies de prova, o objeto do depoimento da parte são os fatos, não o direito.¹⁰²

Aliás, o objeto do depoimento é o mesmo que o da confissão que por elle se provoca, assunto já sufficientemente debatido no es-tudo feito dos elementos desta.¹⁰³

103. Contudo, alguma coisa há ainda a dizer-se quanto aos fatos objeto do depoimento.

Constituem todos os fatos, em principio, matéria de interrogatório, mas dado o fim principal do depoimento da parte, que é tentar sua confissão, costuma-se, exactamente para que esta possa surtir, cercá-los de condições, cuja inexistência acarretará a inadmissibilidade do depoimento ou o direito à parte de recusar-se a depor ou mesmo a responder.

Reproduzindo o direito tradicional, constante das Ordenações, liv. 3.º, tit. 53, do que já se deu notícia pouco atrás,¹⁰⁴ o Reg. n. 737, de 1850, art. 208, no que era seguido pela generalidade dos códigos de processo das unidades da Federação, foi dispuinha, expressamente: 'Para que a parte seja obrigada a depor é essencial:

§ 1.º — que os artigos sejam claros, precisos, não contraditórios, não criminosos, e nem meramente negativos;

§ 2.º — que os artigos versem sobre matéria de fato, e sobre coisa certa, e pertinente ou conexa com a causa."

Estavam aí claramente indicadas as condições que deveriam coexistir nos fatos, para que o depoimento fôsse admitido, desobrigada ficando a parte de prestá-lo sempre que ditas condições, elevadas a requisitos legais obrigatórios, não se verificassem.¹⁰⁵ "Se a parte não comparecer para depor, ou, comparecendo, se recusar a depor, sob a alegação de que os artigos são obscuros, indecisos, estranhos à causa, contraditórios ou meramente negativos, e o juiz entender que de fato o são, ficará a parte isenta da pena de confessa, que não lhe será pelo juiz aplicada, visto como a applicação dessa pena supõe a obrigação de depor, e, em tais casos, não é a parte obrigada a depor".¹⁰⁷

Muito embora a lei vigente, o Cód. de Proc. Civil,^{107-A} não disponha de regra semelhante, não há dúvida que, com apoio na doutrina, ficou ao juiz conferido o poder de admitir o depoimento tão somente quando verificadas aquelas condições sem as quais o fim visado por esse meio de prova se torna difficil, quicá impossivel de ser alcançado. Entre essas condições se acham as que dizem respeito à matéria do depoimento. Os fatos, além de serem da natureza daquelles que podem ser provados por confissão, precisam ser apresentados ao depoente de modo tal que a recusa a depor ou a recusa a responder possam ser admitidas como tácito reconhecimento de sua veracidade.

Nã falta de um dispositivo de lei regulando as condições que devem revestir os fatos e assim ser admitido o depoimento, urge apegar-se, para apontá-las e criticá-las, ao direito tradicional, à doutrina e à jurisprudência.

Com êsses guias, chega-se à conclusão de que os fatos, objeto do depoimento, devem apresentar as seguintes condições:

- a) — ser pertinentes;
- b) — ser influentes;
- c) — ser precisos;
- d) — não ser meramente negativos.

104. São pertinentes os fatos relativos à causa, isto é, que sirvam de fundamento à pretensão do autor ou do réu e quando haja nexó lógico entre sua determinação e o direito por êstes invocado.¹⁰⁸

106. JOÃO MONTEIRO, O. e loc. cit.; CÂMARA LEAL, O. C., ns. 26 e ss.; ALSTINA, O. C., 2.º V., p. 257.

107. CÂMARA LEAL, Código de Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo, 2.º V., p. 64.

107-A. Anteprojeto cit., de ALFREDO BUZARD, art. 377.

108. MATTIROLI, O. C., 2.º V., n. 731; CÂMARA LEAL, Depoimento pessoal, n. 27; LESSONA, O. C., 1.º V., n. 511; NEVES E CASTRO, O. C., n. 83.

102. LESSONA, O. C., 1.º V., n. 509; MATTIROLI, O. C., 2.º V., n. 731; GABSONWEI, O. C., 2.º V., n. 286; BONNIER, O. C., n. 308; FARRERGETTIS, O. C., p. 91; MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.º V., ns. 618 e ss.; NEVES E CASTRO, O. C., n. 83; GOLDSCHMIDT, O. C., § 49 "a"; Reg. n. 737, de 1850, art. 208; Cód. de Proc. Alemão, § 445; Cód. de Proc. Civ. Ital. de 1865, art. 216; Ord., liv. 3.º, tit. 53; FERREIRA E SOUSA, O. C., nota 466; MORAIS CARVALHO, O. C., § 429; RAMALHO, O. C., § 180; PAIVA BATISTA, O. C., § 164; JOÃO MONTEIRO, O. C., § 148; CÂMARA LEAL, Do depoimento pessoal, n. 25; CARVALHO SANTOS, O. C., 3.º V., p. 286; DE PLACIDO E SILVA, O. C., 1.º V., nota 355; ALSTINA, O. C., 2.º V., p. 256.

103. Vide ns. 29-36.

104. Vide n. 84.

105. Vide n. 84.

Indispensável é a pertinência dos fatos,¹⁰⁹ mesmo porque de nada adiantariam depoimentos sôbre fatos não concernentes à causa. E, por principio probatório, não se prova o que é inútil.

A exigência sempre foi expressa no direito anterior. Já as Ordenações, liv. 3.º, tít. 53, § 2.º, reclamavam como condição para o depoimento "que os artigos sejam pertencentes ao feito de que se trata"; o Reg. n. 737, de 1850, art. 208, repetia a exigência, no que era seguido pelas leis processuais das unidades da Federação.¹¹⁰

Mesmo os antigos doutrinadores proibiam *positiones* impertinentes, como tais sendo *quae nec directe, nec indirecte, nec praesumptive, nec illo modo ad causam conferunt*, para só admitir as pertinentes, como tais sendo "quae directe, indirecte, principia-liter, administrativae, conjecturativae, praesumptivae, conjunctivae, vel quocumque alio modo, faciunt ad causam."¹¹¹

Convém acentuar-se, no entanto, que a impertinência, para eximir a parte da obrigação de depor, deve ser absoluta e não relativa, real e não aparente.¹¹²

Por outro lado, preciso é se diga que a pertinência tanto pode ser *directa* como *conexa*. Por directa se entende quando entre os fatos e a causa há relação directa ou immediata, "quando os fatos a inquirir constituem a própria matéria do litígio"; pertinência por conexão se dá "quando os fatos, posto que não constituam a matéria immediata da demanda, têm contudo uma certa ligação ou dependência com o objeto da causa."¹¹³ Uma e outra justificam a admissibilidade do depoimento. Nesse sentido já dispunham as Ordenações, liv. 3.º, tít. 53, §§ 2.º, 3.º e 4.º, e ensinavam MORAIS CARVALHO e outros ilustres praxistas.¹¹⁴

105. Os fatos devem ser *influentes*, entendendo-se como tais os que reclamam prova para a formação da necessária convicção do juiz. "A prova não tem outro escopo senão fornecer ao juiz

109. MATTIROLI, o. e loc. cit.; LESSONA, o. e loc. cit.; JOÃO MONTEIRO, o. e loc. cit.; CÂMARA LEAL, o. e loc. cit.; FABRETTES, o. e loc. cit.; DALLOZ, o. c., vbo. *Interrogatoire*, n. 27; NEVES E CASTRO, o. e loc. cit.

110. Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 292; Bahia, art. 238, "b"; Espírito Santo, art. 177, "b"; Rio de Janeiro, art. 1254, n. 2; Distrito Federal, art. 201; São Paulo, art. 284; Santa Catarina, art. 713, § 4.º; Rio Grande do Sul, art. 412, "c"; Minas, art. 278, n. 3.

111. *apud* LESSONA, o. e loc. cit.

112. LESSONA, o. e loc. cit.

113. CÂMARA LEAL, *Depoimento pessoal*, n. 27.

114. MORAIS CARVALHO, o. c., § 428; SOUSA FIRTO, o. c., § 1.101; RAMALHO, o. c., § 180, nota e.

elementos de convicção; consequentemente, basta que os fatos, que se queiram provar, sejam úteis à solução da causa, mesmo que não a abranjam totalmente."¹¹⁵

De nada adiantaria interrogar-se a parte para indagar de fatos que, embora alegados, nenhuma influência exerçam na decisão do litígio. De aplicar-se aqui o brocardo — *confessus pro iudicito habetur*, no sentido de que é inútil interrogar-se a parte sôbre fatos que reconhecidos verdadeiros não importem em confissão do interrogado.

Como a matéria do depoimento deve ser influente, resulta, em consequência, que não deve ser esse meio de prova admitido quando os fatos, ou obrigações, que pretenda demonstrar, não são passíveis de confissão: I) — por não serem próprios e pessoais do deponente; II) por não serem de natureza susceptível de renúncia; III) por serem de natureza que reclame forma especial.¹¹⁶

a) — Advirta-se, com GARSONNET, que, não obstante certos fatos não sejam susceptíveis de confissão, como os relativos a questões de estado, podem, a critério do juiz certamente, constituir matéria objeto de depoimento pessoal, não para levar o deponente à confissão, mas apenas para completar ou encaminhar a inquirição de testemunhas.¹¹⁷

b) — São influentes e, pois, constituem objeto de depoimento fatos tidos como *inverossímeis*?

Alguns escritores, como RICCI, são pela negativa.¹¹⁸ Contra a opinião dêsses se insurgem outros, MATTIROLI e LESSONA à frente.

MATTIROLI, entendendo que um fato, só por parecer inverossímil, não deve deixar de ser submetido à prova, argumenta: "Algumas vezes, o verdadeiro não é verossímil: a *verossimilitude* é *aparência*, não *realidade*; ela constitui, pois, no máximo, uma presunção, que deve ceder à prova em contrário. Por isso mesmo o juiz não pode recusar admissão à prova, seja por depoimento pessoal, seja por testemunhas, oferecida precisamente para contrariar aquela presunção."¹¹⁹

115. RICCI, *Proce.*, n. 251.

"Pode o juiz indeferir pergunta à parte, no depoimento pessoal desta, desde que se trate de indagação inútil, desnecessária e até supérflua" (Ac. T. de Alçada de São Paulo, rel. des. OCTAVIO GONZAGA JÚNIOR, em *Revista dos Tribunais*, 307/603).

116. Vide n. 30. GARSONNET, o. e loc. cit.; CARVALHO SANTOS, o. c., 3.º v., p. 292; ALSINA, o. c., 2.º v., p. 257.

117. GARSONNET, o. e loc. cit.

118. RICCI, *Procedura Civile*, 2.º v., n. 156.

119. MATTIROLI, o. c., 2.º v., n. 734.

Com esse argumento, justamente louvado por LESSONA,¹²⁰ parece mais acertado consentir-se no depoimento de fatos tidos como inverossímeis. Ademais, como a inverossimilhança deve ser considerada objetivamente, no conhecimento do próprio fato, mais uma razão existe para produção da prova relativa a este. Feita, aquilo que era inverossímil passará a ser verdade, segundo o gráu de convicção que produzir no espírito do juiz.

106. Os fatos devem ser *precisos*, isto é, determinados, de forma a não permitir se lhes dê sentido vago ou indeciso.¹²¹

Preciso é o fato quando certo e determinado, devidamente especificado. "Assim — observa CÂMARA LEAL — versando o litígio sobre bens, é necessário que eles fiquem nitidamente individualizados, os móveis por seus característicos, os imóveis por suas confrontações e localização, os fungíveis por sua qualidade e quantidade".¹²²

Justificável a exigência dessa condição. Porque dificilmente a parte poderia responder com segurança quanto a fatos ou obrigações indeterminados, não individualizados com clareza, nem ao juiz seria lícito conferir caráter de confissão a respostas confirmatórias de fatos ou obrigações imprecisamente apresentados ao depoente.¹²³

Essa condição corresponde exatamente à prescrita nas Ordenações, liv. 3.º, tít. 53, pr., — "que sejam feitos sobre coisa certa" — reproduzida no Reg. n. 737, de 1850, art. 208 — "que os artigos versem sobre coisa certa" — e na generalidade dos códigos de processo das unidades da Federação.¹²⁴

a) — Porque a confissão deva ser *clara e certa*,¹²⁵ ou seja provir de uma declaração isenta de qualquer ambigüidade, forçoso é que os fatos sobre os quais depõe a parte sejam *certos, determinados, precisos e claramente expostos*.

120. LESSONA, O. C., 1.º v., n. 513.

121. CÂMARA LEAL, *Depoimento pessoal*, n. 28, e *Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo*, 2.º v., p. 64; NEVES e CASTRO, O. e loc. cit.; MORAIS CARVALHO, O. e loc. cit.; SOUSA PINHO, O. e loc. cit.; PAULA BAPTISTA, O. e loc. cit.

122. CÂMARA LEAL, *Dep. Pess.*, n. 28.

123. "Para que o depoimento de uma parte sirva de confissão necessário se toma que suas palavras se refiram, claramente, e de forma inidivível, ao objeto do litígio". (Ac. T. J. São Paulo, *Arguição Judicial*, 59/219).

124. Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 292, 1.º e 3.º; Bahia, art. 238, "a" e "b"; Rio de Janeiro, art. 1.254, 1.º e 2.º; Distrito Federal, art. 201; São Paulo, art. 284; Santa Catarina, art. 713, § 4.º; Rio Grande do Sul, art. 412, "a" e "c"; Minas, art. 278, 1.º e 3.º.

125. JOÃO MONTEIRO, O. C., § 143; *Revista dos Tribunais*, 95/400.

Da imprecisão dos fatos, ou da falta de clareza na sua exposição ao depoente, resulta que a sua confirmação por este não equiva- le à confissão, segundo o preceito romano — *semper in obscuris, quod minimum est sequimur*.¹²⁶ Mesmo porque quem afirma coisas imprecisas, ambíguas ou obscuras, não demonstra estar possuído de *animus confitendi*, elemento indispensável à confissão.

b) — Como consequência, para que o depoimento se torne admissível urge não sejam os fatos *contraditórios ou contraditória- mente apresentados ao depoente*,¹²⁷ de modo que as afirmações se repilam reciprocamente.

Vale a pena, como elemento elucidativo, transcrever os pará- grafos 5.º e 6.º da citada Ordenação do liv. 3.º, tít. 53:

"A terceira coisa que se requer é que os artigos não sejam em si contrários; porque sendo-o de maneira que a parte, que os faz, néles se contradiz, a outra parte não será obrigada a depor a eles.

"E pósto que a parte, que oferece os artigos, não seja néles em si contrária, se elle fizer um artigo, que dependa de outro, se a parte contrária, depõdo ao primeiro artigo o negar, não será obriga- do a depor ao segundo, por não cair em contradicção. Pode-se, por exemplo, se a parte fez um artigo em que se contém que Pedro fez seu solene testamento, e em outro artigo disse que o dito Pedro o deixou em o dito testamento por seu herdeiro; se a parte, depõdo aos dits artigos, negou o primeiro artigo, não será obrigada a res- ponder, nem depor ao segundo, porque confessando o segundo, seria em si contrário e cairia em peijúrio".

c) — Observa, com alguma razão, CARVALHO SANTOS que a con- dição de deverem os fatos ser precisos, não contraditórios e clara- mente expostos, em rigor está satisfeita desde que a petição inicial haja sido deferida ou recebida a contestação,¹²⁸ visto que uma e outra, exige-o a lei (Cód. de Proc. Civil, arts. 158 n. III, e 180), devem indicar "o fato e o fundamento do pedido"¹²⁹ (ou da con- testação) *expostos com clareza e precisão*".

Sem dúvida alguma, uma vez que a inicial foi deferida, é de presumir-se que ela haja obedecido à esse requisito, à vista do dis- posto no art. 160, do mesmo Código.

126. JOÃO MONTEIRO, O. C., § 145, nota 2; D., *De Reg. Juris*, fr. 9.

127. MORAIS CARVALHO, O. C., loc. cit.; Reg. n. 737, art. 208, § 1.º; Cód. de Pernambuco, art. 292; Bahia, art. 238, "a"; Espírito Santo, art. 177, "a"; Distrito Federal, art. 201; Rio de Janeiro, art. 1.254, 1.º; São Paulo, art. 284; Santa Catarina, art. 713, § 4.º; Rio Grande do Sul, art. 412, "a"; Minas Gerais, art. 278, 1.º.

128. CARVALHO SANTOS, O. C., 3.º v., p. 288.
129-A. *Anteprojeto* cit., de ALFREDO BUZARD, art. 312, n. III.

Mas note-se que se trata de uma presunção, que cede a arguição em contrário. Poderá ter sido a inicial deferida sem que obedea àquele requisito e exatamente ser esse um dos motivos da contestação do réu, arguindo não poder, em razão da falta de clareza e de precisão dos fatos alegados pelo autor, "preparar a defesa" convenientemente. Como, apresentada a contestação, o autor não poderá alterar a causa do pedido, a ação proseguirá, embora a falta de clareza e precisão dos fatos indicados na inicial.

Nesse caso, certamente, se no despacho saneador não fôr decretada a ineptia da inicial, cumpre ao juiz deliberar sobre a admissibilidade do depoimento pessoal do réu, ordenando-o tão somente quando as arguições imprecisão do fato ou ambiguidade e obscuridade da exposição lhe parecerem infundadas.

Ademais, merece reparo a circunstância de que à contestação não se aplica o disposto no art. 160, do referido Código: ela não pode ser sumariamente repelida, como inepta, por não haver indicado o fato, em que se funda a defesa, com precisão e clareza. De tal sorte, não é porque impreciso o fato, que argui, ou obscuramente exposto, que deixará de ser recebida.

Assim, parece mais acertado, acompanhando a maioria dos processualistas, incluir-se, entre as condições exigidas à matéria do depoimento, que esta verse sobre fatos precisos, não contraditórios e claramente expostos.

107. Os fatos não devem ser meramente negativos.¹²⁹

Aliás, quando os fatos são meramente negativos, não podem ser provados por nenhuma espécie de prova. Certo é, porém, que, muitas vezes, consoante já se demonstrou em outra parte deste trabalho,¹³⁰ as negativas, eis que podem transformar-se em afirmações, são suscetíveis de prova e, nessa hipótese, admissível é o depoimento quanto aos fatos positivos em que se traduzem.

A condição não mereceria ser indicada, porque condição exigida para admissão de prova de qualquer fato probando é que este seja positivo, não fôsse a controversia que em seguida se vai debater.

129. Ord., liv. 3.º, tit. 53, § 10; Reg. n. 737, de 1850, art. 208, § 1.º; Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 292, n. 2; Bahia, art. 238, n. 2; Espírito Santo, art. 177, "a"; Rio de Janeiro, art. 1.254, n. 1; Distrito Federal, art. 201; São Paulo, art. 284; Santa Catarina, art. 713, § 4.º; Rio Grande do Sul, art. 412, "b"; Minas, art. 278, n. 2; Moraes CARVALHO, o. e loc. cit.; SOUSA PINTO, o. e loc. cit.; RAMALHO, o. e loc. cit.; PAULA BATISTA, o. e loc. cit.; CÂMARA LEAL, *Depoimento pessoal*, n. 27; CÂMARA LEAL, *Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo*, 2.º v., p. 64.

130. Vide 1.º v., cap. IX.

a) — Dado que o réu, na contestação, negue pura e simplesmente o fato alegado pelo autor, será lícito àquele pedir o depoimento pessoal deste?

Quem contesta por negação atribui ao autor o ônus da prova. É a regra do art. 209, § 1.º, do Cód. de Proc. Civil: — "Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova".

Concorde-se, porém, que o réu, não querendo ficar inativo, "poderá assumir a iniciativa de provar, *ex abundantia*, outros fatos que, sendo compatíveis com o alegado pelo autor, sirvam para provar-lhe direta ou indiretamente a inexistência. Neste caso, o réu exercerá o direito que lhe assiste à *prova contrária* ou *contraprova*".¹³¹

Mas é de convir-se que o depoimento pessoal visa provocar a confissão. Quem nega pura e simplesmente não fornece ao processo fatos que permitam sobre eles seja inquirido o autor. Não constando do processo esse fato, sobre o qual possa o juiz interrogar e o autor responder, como provocar-se o seu reconhecimento por parte deste, ou seja, como provocar-se sua confissão?

Se o juiz não conhece o fato, objeto da contraprova, certamente estará inibido de admitir depoimento pessoal, eis que o ordenará somente quando haja matéria para arguir e esta consista em fato pertinente ao feito, influente ou relevante, preciso, claramente exposto. Conceder ao réu o direito de expor o fato por petição, será concordar com adendo à contestação, coisa que lhe não seria lícito permitir, porque a controversia já está circunscrita ao alegado na inicial e na contestação.

Em consequência, é de concluir-se que o réu que, na contestação, nega pura e simplesmente os fatos alegados pelo autor, não pode pedir o depoimento pessoal deste.¹³²

131. PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 2.º v., n. 271.

132. Nas ações ordinárias, contestadas por negação, não haverá matéria para se interrogar o autor (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 84/313).

"Quem contestou a causa por negação não pode produzir prova testemunhável" (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 59/264).

"A ausência de contestação impossibilita o réu de pedir e obter depoimento pessoal do autor" (Ac. T. J. de São Paulo, rel. des. DAVID FILHO, em *Revista dos Tribunais*, 261/275).

"Nas ações de processo ordinário contestadas, dispensa-se despacho saneador desnecessário. Em casos assim, verificada a regularidade do processo, lavra-se logo a decisão quanto ao mérito" (Sentença do dr. ARTUR DE SOUSA MARINHO, *Revista Jurisprudência Brasileira*, 49/203).

108. Não deixa de ser interessante a velha controversia quanto à admissibilidade de depoimento sobre fatos criminosos ou difamatórios, já aventada num dos capítulos anteriores, com promessa de ulterior solução.¹³³

Então se disse que, contra a provocação de confissão de fatos dessa natureza, se levantavam em protesto princípios de ordem moral e de equidade natural, segundo a regra que ninguém é obrigado a confessar a própria torpeza.

Mas, urge agora acrescentar, razões outras, de orden moral também e de ordem jurídica, desfazem a impressão causada por semelhante protesto. É o que se vai ver.

a) — Da influência exercida pelo direito canônico no desenvolvimento dos sistemas jurídicos dos povos cristãos e ante o silêncio, a respeito, do direito romano, resultara e firmara-se a regra, geralmente admitida, de que *positi criminosae non est respondentum*. Fundava-se a regra na moral e na equidade natural, argumentando-se que obrigar o depoente a responder seria constangê-lo a mentir, incidindo em perjúrio, ou confessar a própria torpeza, atitudes inconciliáveis com aquêles princípios.¹³⁴ Daí a máxima jurídica, que prevaleceu por muito tempo e foi mesmo acolhida no direito pátrio anterior: — *nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*.

Por extensão analógica, equiparados aos fatos criminosos os difamatórios, também estes não podiam constituir objeto de depoimento.

b) — Vigorando as Ordenações, manifestamente influenciadas pelo direito canônico, vedado era o depoimento sobre artigos criminosos, segundo preceituava dita codificação, liv. 3.º, tt. 53, parágrafo 11: — “A sexta coisa que é necessária para o litigante ser obrigado depor aos artigos é que não sejam os artigos criminosos, porque no feito-crime não é a parte obrigada a depor aos artigos que contra êle forem dados; porque sendo constrangido para a êles depor, sempre negaria o crime de que fôsse acusado, e seria causa de cair em perjúrio, por escusar a pena, que por o tal malefício receberia, se o confessasse. E bem assim, não será obrigado depor aos artigos, por que fôsse demandado por pena pecuniária, ou sendo tais que incorreria nela, se os confessasse”.

Referia-se a proibição exclusivamente aos fatos criminosos. A inclusão na proibição dos fatos difamatórios, a paridade entre uns

e outros, se deve aos intérpretes da citada Ordenação, escreve GYGES PRADO, neste passo: — “A restrição, quando difamatórios os artigos, não se encontra, entretanto, nas Ordenações, mas os praxistas, desde SILVA (“Ad. Ord.”, comentário ao tt. 53 acima, § 11, n. 3 — *Septimum sit requisitum ultra specificata in nostro titulo, quod articuli, seu positiones non continent turpitudinem, vel dolum, aliter non debet quis illis responderere*), a incluíram entre os demais casos, porque no mesmo livro, tt. 20, n. 34, proibiu o legislador a inclusão, nos artigos, de palavras desconastas e difamatórias (“que não façam a bem de sua justiça, e fazendo o contrário, mandará o juiz, que por elas se não perguntem testemunhas”), porque, proibida a articulação de fatos caluniosos, dispensada estaria a parte de depor sobre artigos de tal natureza.”¹³⁵

Bebendo na fonte dos praxistas, o Reg. n. 737, de 1850, art. 208, § 1.º, consagrou expressamente em lei a regra de que, para que a parte fôsse obrigada a depor, os artigos não deveriam ser criminosos ou difamatórios.

A lei reproduzia a doutrina dominante, abraçada pela quase unanimidade dos civilistas e processualistas que escreveram ao tempo das Ordenações ou na vigência daquele Regulamento.¹³⁶ Na esteira do direito tradicional se mantinham quase todos os códigos de processo estaduais, que repetiam a proibição.¹³⁷

A jurisprudência pátria acompanhava, geralmente, a lei e a doutrina então dominante.¹³⁸ Contudo já se desenhava, mesmo nos mais altos tribunais, contrariando a opinião de PAULA BATISTA e JOÃO MONTEIRO,¹³⁹ uma restrição à proibição, admitindo-se depoimento sobre fatos difamatórios quando pertencessem à substância da causa. Nesse sentido julgou do Supremo Tribunal Federal: “Não podem ser conceituados como difamatórios artigos que men-

135. GYGES PRADO, *Revista dos Tribunais*, 101/565.

136. PEREIRA E SOUSA, o. c., nota 466; MORAIS CARVALHO, o. c., § 428; SOUSA PINTO, o. c., § 1.101; RAMALHO, *Praxe*, § 180; PAULA BATISTA, o. c., § 164; RIBAS, o. c., art. 349, § 6.º; NEVES E CASTRO, o. e loc. citis.; JOÃO MENDES JUNIOR, o. c., 2.ª ed., p. 225; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 148; CÂMARA LEAL, *Depoimento pessoal*, n. 29.

137. Cód. de Pernambuco, art. 292, n. 2; Bahia, art. 238, “a.”; Espírito Santo, art. 177, “a.”; Rio de Janeiro, art. 1.254, n. 1; Distrito Federal, art. 201; Santa Catarina, art. 173, § 4.º; Rio Grande do Sul, art. 412, “b.”; Minas, art. 278, “b.”.

138. *Gazeta Jurídica*, de São Paulo, 5/55; 32/76; *Revista Forense*, 62/36; 45/512; *Revista de Direito*, 47/151; *O Direito*, 36/500; *Revista de Jurisprudência*, 3/95; *Revista dos Tribunais*, 84/408; 101/564.

139. PAULA BATISTA, o. c., § 164, nota 1; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 148, nota 3.

133. Vide n. 31.

134. MATILDO, o. c., 2.º v., n. 736; LASSON, o. c., 1.º v., n. 517; DAUOZ, o. c., vbo. *Interrogatório*, n. 26.

cionem fatos da substância da causa".¹⁴⁰ Na conformidade desse julgado a lição de JORGE AMERICANO,¹⁴¹ anterior ao código paulista, para quem quando o fato criminoso fôsse o próprio fundamento da demanda, como na hipótese da ação cível de indenização, cobrada pela vítima contra o seu agressor, ou pelos herdeiros da vítima contra o assassino, não podia o réu eximir-se do depoimento pessoal sob o pretêxto de se tratar de fato daquela natureza, pois seria acobertar-se com o próprio crime.

Da orientação generalizada se desviou o Código de Processo do Estado de São Paulo,¹⁴² graças, principalmente, ao prestígio dos argumentos de ALCANTARA MACHADO, que se reportava aos de MARTIROLO, mais adiante reproduzidos.¹⁴³ E, conforme o espírito da lei paulista, firmou o Tribunal de Apelação jurisprudência, a partir de acórdão de autoria dos desembargadores Mário Masagão e Theodomiro Dias, ficando decidido que, "contrariamente à tradição do nosso direito, o Cód. de Processo do Estado admite a obrigação da parte depor sobre artigos não só difamatórios como até criminosos".¹⁴⁴

c) — A doutrina firmada pelo código e jurisprudência paulistas tem apoio de escritores consagrados.

Por ocasião da elaboração do Código de Napoleão, alguns tribunais franceses pediram ficasse formalmente expresso o princípio segundo o qual fatos, objeto do depoimento, não seriam "nem calúniosos, nem capciosos, nem prejudiciais às partes e não poderiam servir à descoberta da verdade". Não tendo a lei francesa acolhido de modo expresso a proibição, a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de tornar vencedora a tese que admite depoimentos sobre tais fatos.¹⁴⁵

Também na Itália eminentes juristas sufragavam a mesma doutrina,¹⁴⁶ sem embargo da controvérsia que sua legislação suscitava.

140. *Rev. do Supremo Tribunal Federal*, 26/351.
141. JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, p. 55.
142. Cód. de Proc. do Est. de São Paulo, art. 284; GYGES PRADO, o. e loc. cit.
143. *Projeto de Código de Processo do Estado de São Paulo*, 1.º v., nota ao art. 304.
144. *Revista dos Tribunais*, 104/534.
145. BONNTER, o. e loc. cit.; FABREGUETTES, o. c., p. 91, nota 3; DALLOZ, o. e loc. cit.; GARNONNET, o. c., 2.º v., nota 286.
146. FICCI, *Prove*, n. 247; MATTIROLLO, o. c., 2.º v., ns. 756 e ss.; LESSONA, o. c., 1.º v., n. 517 e ss.; CHIOVENDA, *Instituciones*, 3.º v., n. 328.

d) — As opiniões dos doutores sobre o assunto podem ser assim agrupadas:¹⁴⁷

1.º — Alguns *negam* absolutamente a admissibilidade de depoimento sobre fatos criminosos ou difamatórios. Tais os autores sob a influência do direito canônico e outros como LOMONACO, GARBULO, CHAVEAU, citados por LESSONA e MATTIROLLO.¹⁴⁸

2.º — Outros o admitem apenas quanto aos fatos *torpes* ou *difamatórios*,¹⁴⁹ não, porém, quanto aos criminosos. Nesse sentido o texto das Ordenações, liv. 3.º, tít. 53, § 11.

Nessa corrente se incluem os que o admitem mesmo quanto a fatos criminosos, mas tão somente quando não haja outro meio de prova.¹⁵⁰

3.º — Há os que, recusando, em *princípio*, se interroguem as partes sobre tais fatos, admitem o depoimento, no entanto, como exceção. Entre estes PISCARORE, BORSARI, SAREDO. PISCARORE escreve que os interrogatórios sobre fatos torpes ou imorais "são inadmissíveis *a priori*, salvo quando as circunstâncias do caso *convençam plenamente*, ou seja, acarretem a *certeza moral* ao espírito do juiz quanto à *necessidade* e justiça de admiti-los".¹⁵¹ BORSARI, considerando em princípio inadmissíveis depoimentos sobre tais fatos, concede ao juiz, no entanto, certo arbítrio, permitindo-lhe admiti-los, à vista de cada caso, conforme o grau de imoralidade dos fatos.¹⁵² SAREDO reconhece que a regra da inadmissibilidade deve ser encarada com certa reserva, concordando com especiais exceções.¹⁵³

4.º — Finalmente, outros *admitem sempre* o depoimento.¹⁵⁴

e) — Para os que *negam* a admissibilidade de depoimento quanto a fatos torpes ou criminosos, o fundamento da regra está no bro-

147. MATTIROLLO, o. c., 2.º v., n. 738; LESSONA, o. c., 1.º v., n. 520; GYGES PRADO, o. e loc. cit.
148. LOMONACO, *Obbligazioni*, 3.º v., n. 235; GARUTURO, *Il Codice di Procedura Civile*, 2.ª ed., 1887, 2.º v., p. 36.
149. MARENCO, BORSARI, DONISOTTI, *apud* LESSONA, o. e loc. cit.; BETTENGOURT, *Des Provas em Processo Civil, Ordinário, Comercial e Sumário*, ed. 1930, p. 27.
150. SPINGARDI (Romagnoli), *apud* LESSONA, o. e loc. cit.
151. PISCARORE, *Logica del diritto*, parte 1.ª, ps. 143-145.
152. BORSARI, *apud* MATTIROLLO, o. e loc. cit.
153. SAREDO, *Istituzioni di Procedura Civile*, ed. 1873, n. 418.
154. FICCI, *Prove*, n. 247; MATTIROLLO, o. c., 2.º v., n. 739; LESSONA, o. c., 1.º v., n. 523 e ss.; CHIOVENDA, o. e loc. cit.; BONNTER, o. e loc. cit.; GARNONNET, o. e loc. cit.; FABREGUETTES, o. e loc. cit.; GYGES PRADO, o. e loc. cit.; CARVALHO SANTOS, o. c., 3.º v., p. 288; JORGE AMERICANO, *Comentarios ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.ª ed., 1.º v., p. 350; HEROTIDES DA SILVA LIMA, *Comentarios ao Código de Processo Civil Brasileiro*, 1.º v., p. 425.

cardo — *nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*, ou na máxima — *allegans propriam turpitudinem non est audiendus*.

Mas, como bem salienta LESSONA, esta máxima tem aplicação na hipótese de procurar alguém tirar partido da própria torpeza ou fundar-se nesta para prejudicar terceiro, consoante já ensinava STRYCKO: *Tunc allegans propriam turpitudinem non est audiendus, quoties se fundat in illa turpitudine et inde actionem vel ius aliquod praetendit, quod tendit in praedictum tertium*.¹⁵⁵

Por sua vez, o brocardo — *nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*, conquanto se assente em princípio de ordem moral, é repellido por outros princípios não só de ordem jurídica, como mesmo de ordem moral.

Na verdade, acentua MATTIROLI, “a imoralidade está na acção desonesta; quem, depois de praticá-la, se recusa a reconhecê-la, produz novo mal, ajunta à primeira uma segunda imoralidade”. Repetir-se um interrogatório, porque os fatos sejam criminosos ou imorais, é muitas vezes privar um inocente do único meio que tem para a prova do seu direito e contribuir para a vitória judiciária do mau, que cometeu a acção má e se recusa a sofrer as consequências.¹⁵⁶

Por outro lado, acrescenta esse eminentemente processualista, a parte, a que são atribuídos tais fatos, ou é inocente, ou é culpada. Na primeira hipótese, nenhuma ocasião será melhor para desfazer as dúvidas que a desabonam; na segunda, não só não deverá merecer melhor tratamento do que aquêles que praticam atos licitos, como também será motivo para, depondo, confessar o êrro em que incidu, expandindo o mal que praticou.¹⁵⁷

Ainda mais êste argumento de MATTIROLI: — “Na verdade não compreendemos como se possa invocar a moralidade, para repellar nos juízos cíveis os interrogatórios sobre fatos torpes ou criminosos, quando sobre esses mesmos fatos a pessoa pode e deve ser interrogada nas causas penais pelo magistrado. A moralidade é coisa absoluta, não relativa: aquilo que é considerado moral no juízo criminal não pode ser tido como imoral no juízo cível”.¹⁵⁸

f) — Ponderavam os intérpretes das Ordenações que exigir-se depoimento sobre fatos criminosos ou difamatórios seria constranger-se a parte a mentir, incidindo em perjúrio. Compreensível que assim considerassem, de vez que o depoimento era tomado após prévio juramento. Outra não era a razão da inadmissibilidade do

depoimento quanto a tais fatos, segundo o sistema influenciado pelo direito canônico.

Hoje, porém, desapareceu esse motivo ou justificativa. Livre do constrangimento moral do juramento, à parte é lícito responder por meio de evasivas, ou negativamente.¹⁵⁹ “O deponente — escreve RICCI, fundando-se em acórdão de um dos tribunais de seu país, — mesmo afirmando coisas contrárias à verdade, não incide em perjúrio e não incide em nenhuma sanção penal. Não sofre o deponente nenhuma coação. Não tem diante de si senão a própria consciência. É livre de seguir o proprio impulso, ou de mentir, se assim entender. A lei não lhe faz nenhuma exprobação, nem o pune, se afirmar alguma falsidade. Por que, pois, deverá êle existir-se de responder sobre um fato, que lhe diz respeito, por torpe ou imoral que seja?”¹⁶⁰

g) — Com razões assim convincentes, não há senão como, em doutrina, repellar-se a máxima proibitiva de depoimento sobre fatos criminosos ou torpes, quer sob a forma absoluta por que a formulam e a adotam os escritores da primeira corrente, quer sob a forma temperada por que a apresentam os do segundo e terceiro grupos.¹⁶¹

Por outro lado, não se encontra, no direito pátrio vigente, um único dispositivo de lei que agasalhe a proibição.

Na verdade, illustre autor pátrio, CARVALHO SANTOS, conquanto em doutrina se manifeste contrário à regra vinda do direito canônico, conclui que, “no sistema do nosso Código, porém, é lícito ao deponente negar-se a depor sobre fatos a que não possa responder sem deshonra própria, ou de seu cônjuge, ou parente em grau sucessível, ou amigo íntimo, ou sem expô-los a perigo de demanda ou de dano patrimonial imediato”.¹⁶² Assim conclui, em face do art. 241, do Cód. de Proc. Civil. Mas, *data venia*, não tem razão o eminente jurista. Traça o art. 241 regras tão somente aplicáveis à prova por testemunhas, como a estas são aplicáveis as de vários outros dispositivos do cap. V, do tit. VIII, do liv. II, do citado Código, onde o mencionado artigo se encontra. Não é porque “a parte será inquirida na forma prescrita para a inquirição das testemunhas” (Cód. de Proc. Civil, art. 229, § 1.º) que se conclua que a norma do art. 241 se ajusta também ao depoimento pessoal. Tal norma é de direito substancial e somente as procedimentais e relativas à

155. LESSONA, O. C., 1.º V., n. 523.

156. MATTIROLI, O. C., 2.º V., n. 742.

157. MATTIROLI, O. C., loc. cit.; LESSONA, O. C., 1.º V., n. 525.

158. MATTIROLI, O. C., loc. cit.

159. BONNIER, O. C., loc. cit.; GYGES PRADO, loc. cit.

160. RICCI, *Prove*, n. 247.

161. Vide n. 108, letra “g”.

162. CARVALHO SANTOS, O. C., 3.º V., p. 290.

*forma da inquirição das testemunhas se aplicam ao depoimento ou inquirição da parte.*¹⁶³

De tal modo, não só em face da doutrina, como em face da lei, nenhuma proibição existe que vede depoimento pessoal sobre fatos difamatórios ou criminosos.^{163-A}

Contudo, à vista do sistema do Cód. de Proc. Civil, ao juiz será lícito não admitir depoimento sobre tais fatos sempre que o verifique inútil em relação ao objeto do processo. Mas o indeferimento do depoimento não terá por fundamento a circunstância de serem imorais ou criminosos os fatos e sim por motivo a *inutilidade* do depoimento (Cód. de Proc. Civil, art. 117), como quando os fatos, por sua natureza, não sejam suscetíveis de confissão.^{163-B}

V — DA OBRIGATORIEDADE DO DEPOIMENTO

109. Só existe confissão nas declarações *voluntariamente* feitas. É mesmo condição da confissão seja ela *libre, voluntária*.¹⁶⁴

No entanto, o depoimento, pelo qual se provoca a confissão, é de natureza *obrigatória*. A parte, regularmente notificada para depor, está obrigada a comparecer em juízo e prestar depoimento. Nessa *obrigatoriedade* está uma das características do depoimento pessoal.

Justifica-se a obrigatoriedade.

Realmente, a parte não é, em regra, obrigada a comparecer em juízo. Tanto que o autor pode propor a ação e em seguida abandoná-la, sujeitando-se às consequências do abandono; e ao réu é lícito deixar correr o feito à revelia. Mas a liberdade da parte, quanto à sua atuação no desenvolvimento dos atos processuais, encontra-se limitada.

163. Vide Cap. VII.

163-A. Em contrário, *Anteprojeto* cit., de ALFREDO BUZARD, art. 377.

163-B. "O juiz poderá e deverá dispensar o depoimento pessoal sempre que o verifique inútil em relação ao objeto do processo". "Excelente, a propósito, a lição de MOACYR AMARAL SANTOS quando entende que, embora não possa o juiz, diante do que dispõe o nosso Código de Processo, deixar de admitir depoimento sob o fundamento de que poderá redundar na confissão de fatos difamatórios ou criminosos (vide sobre a admissibilidade dos depoimentos o acórdão do vol. 104/534 da Revista dos Tribunais), poderá e deverá dispensá-lo sempre que o verifique inútil em relação ao objeto do processo (*A Prova na Jurisdição no Cível e Comercial*, vol. II, p. 185). E era bem essa a hipótese dos autos, uma vez já provados os fatos pelo dito de numerosos testemunhas" (Ac. T. J. de São Paulo, rel. des. PAULO BARBOSA, *Revista dos Tribunais*, 266/291).

164. Vide n. 51.

tra em oposição o direito do adversário ou o dever da Justiça, ou seja do Estado, de realização dos mesmos atos.

Com requerer o depoimento do adversário, a parte visa, promovendo sua confissão, exonerar-se de mais provas dos fatos que alega. É um direito que lhe assiste. Se é certo que a todos compete o dever *moral* de dizer a verdade, e desta tem ou deve ter ciência o litigante, à parte que reclama surtia a verdade assiste o direito de promover sua verificação pelo depoimento daquele que espontaneamente não quis fornecê-la ao juízo. A esse direito não pode opor-se impunemente o antagonista.

Por outro lado, o Estado deseja a definição dos litígios da forma mais rápida e com o menor gasto possível de atividades processuais.¹⁶⁵ Indiscutivelmente, não pode a parte, abusando da liberdade de participar ou não do desenvolvimento dos atos processuais, fugir ao dever jurídico, que lhe compete, de comparecer em juízo e prestar as declarações que a Justiça lhe pede para o fim de atender àquele desejo, que decorre de necessidades sociais.¹⁶⁶

Tais razões — no capítulo seguinte desenvolvidas — justificam a obra dos legisladores, nos diferentes sistemas processuais, opondo limites à liberdade das partes, tornando obrigatório seu depoimento, quando regularmente ordenado.

110. Mas, dizendo-se que a confissão deve ser *voluntariamente* feita e, por sua vez, que o depoimento pessoal, quando regularmente ordenado, é *obrigatório*, à primeira vista parece haver antagonismo de princípios. Como conciliar-se a *obrigatoriedade* do depoimento com a *voluntariedade da confissão*, quando aquele têm por fim primordial a provocação desta?

Apenas aparente, porém, é o conflito.

Exigindo o comparecimento da parte para o depoimento, visa a lei tão somente sua participação num ato processual de suma significação para o direito do adversário e para o esclarecimento da justiça. Visa principalmente, é certo, provocar a confissão da parte, medida sempre aconselhável para solução rápida do litígio, com o mínimo de dispêndio de atividades processuais.

Mas a lei não exige que o depoente confesse, tanto que lhe concede todas as garantias para que deponha livremente. Por isso mesmo é interrogado pelo próprio juiz e sobre matéria perti-

165. CHIOVENDA, *Instituciones*, 3.º v., n. 259.

166. CHIOVENDA, O. C., 3.º v., § 44, ns. 266 e ss.; JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, p. 48; CARVALHO SANTOS, O. C., 3.º v., p. 296; Cód. de Processo Civil, Exposição de Motivos, n. 4; Cód. de Processo Civil, art. 112.

nente à causa (Cód. de Processo, art. 246), em audiência pública (Cód. de Proc. Civil, arts. 263 e 268); é-lhe lícito responder afirmando ou negando, sem responsabilidade pelas inverdades que declarar; em suma, é livre quanto à *maneira de depor*, apenas confessando quando, *voluntariamente*, assim entender. Em síntese, JORGE AMERICANO dirime a aparente contradição, dizendo que na *obrigatoriedade* do depoimento “não há nada que se considere nocivo à *voluntariedade da confissão*, porque o constrangimento é apenas para que a parte *venha depor em juízo*, mas não sôbre a *maneira de depor*”.¹⁶⁷

Em última análise, não há sanção legal que constranja a parte a confessar os fatos, sendo puramente *moral* a obrigação que tem de dizer a verdade, de não mentir. As respostas do deponente são livres, fruto de sua vontade, e se elas, no seu complexo, não constituem confissão dos fatos probandos, a tentativa do depoimento deve ser considerada como improdúcete, salvo a faculdade concedida ao juiz, atendendo às condições peculiares de cada caso, de deduzir delas presunções ou indícios.¹⁶⁸

III. Para coagir a parte a atender ao chamamento judicial e prestar o depoimento, estabeleceu-se, desde remotas legislações, uma pena: a de ser a parte havida por confessa caso não compareça ou se recuse a depor (Cód. de Proc. Civil, art. 229, § 2.º).¹⁶⁹

Quer dizer que a passividade da parte ou sua desatenção à ordem judicial, quer deixando de comparecer em juízo ou de dar respostas às perguntas que lhe são formuladas, importarão na aplicação da *pena de confissão*. Daí resulta a chamada *confissão ficta, presumida*, ou *tácita*, instituto que merece ventilação com certa largueza, o que se fará no capítulo seguinte.

CAPÍTULO VI

DA CONFISSÃO TÁCITA

SUMÁRIO: 112 — O que seja. 113 — Direitos e deveres processuais. 114 — Conceito de confissão tácita. 115 — Fontes romanas e direito estrangeiro. 116 — No direito pátrio anterior. 117 — No direito pátrio vigente. 118 — Eficácia da confissão tácita. 119 — Seu fundamento. 120 — Sua natureza. 121 — Admissão de prova em contrário. 122 — Requisitos da confissão tácita. 123 — Respostas inseguras, respostas vagas, falta de memória, ignorância. 124 — Ausência e silêncio escusáveis; justo impedimento. 125 — Momento de decretação da confissão tácita. 126 — Aprecação da confissão tácita pelo juiz. 127 — Efeito único da confissão tácita.

112. A confissão se assenta num ato positivo — numa declaração feita pelo confitente. Em certos casos, no entanto, como exceção à regra, considera-se haver confissão no fato negativo de não se verificar a declaração da parte, quando esta devera e pudera falar. Chama-se a isso confissão *tácita*, porque decorrente do silêncio; ou *presumida*, porque não expressa e apenas admitida por presunção; ou *ficta*, porque criada por uma ficção jurídica.

As razões do seu fundamento devem ser encontradas em certos princípios da processualística.

113. Tendo por sujeitos o juiz e as partes, há direitos e deveres processuais.¹

“Todos os direitos processuais — escreve GOLDSCHMIDT — se acham em relação causal com um ato processual, cuja finalidade é evidenciar um fato ou, ao menos, com a existência de um meio de prova”.² Têm-nos as partes, tem-nos o juiz, quer impere no processo o princípio dispositivo, quer o princípio inquisitivo. Com o princípio dispositivo, os direitos daquelas são mais numerosos e extensos;

167. JORGE AMERICANO, O. e loc. citis.

168. MATTEIROLI, O. C., 2.º v., n. 758.

169. *Anteprojeto* cit., de ALFREDO BUZARD, art. 372, § único.

1. CHIOVENDA, *Instituciones*, 3.º v., § 43; GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, ns. 22, 27 e ss.

2. GOLDSCHMIDT, O. C., n. 27.