

Responsável
Harms

de Operações de Conteúdo
Mayumi Ono

Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria,
Arcia Mendonça, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

o Editorial

Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino
s, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Mauricio Zednik Cassim, Sue Ellen dos Santos
Diogo César Gonçalves de Souza

de Editorial
ação
Vaz Cameira

de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Cintia Mesojedovas Nogueira,
Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecino e Maria Angélica Leite

risley Figueiredo

rativo e Produção Gráfica
ação
nrique Andrade

Administrativo: Antonia Pereira

Administrativos: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Assis, Araken de
Processo civil brasileiro, volume III : parte especial : procedimento
comum : (da demanda à coisa julgada) / Araken de Assis. – São Paulo :
Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-6589-2

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil I. Título.

15-07117

CDU-347.9(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Processo civil 347.9(81)

ARAKEN DE ASSIS

Processo Civil Brasileiro

VOLUME III

Parte Especial: Procedimento Comum
(da demanda à coisa julgada)

2.^a tiragem

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

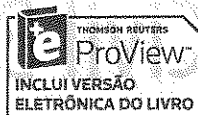
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Vol. III

Parte Especial: Procedimento Comum
(da demanda à coisa julgada)

ARAKEN DE ASSIS

1.^a tiragem, 1.^a edição: setembro de 2015.



© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS

Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, lmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos, a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta i qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, go Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [11-2015]

Universitário Texto

Fechamento desta edição [04.09.2015]



ISBN 978-85-203-6589-2

Estrutura da Obra

VOLUME I

PARTE GERAL: FUNDAMENTOS E DISTRIBUIÇÃO DE CONFLITOS

LIVRO 1 – PARTE GERAL DO PROCESSO CIVIL

TÍTULO I – Direito Processual Civil

TÍTULO II – Fundamentos Constitucionais do Processo Civil

TÍTULO III – Institutos Fundamentais do Processo Civil

TÍTULO IV – Distribuição dos Conflitos

VOLUME II

PARTE GERAL: INSTITUTOS FUNDAMENTAIS

TÍTULO V – Das Partes

TÍTULO VI – Dos Terceiros

TÍTULO VII – Do Juiz

TÍTULO VIII – Das Funções Essenciais à Administração da Justiça

TÍTULO IX – Dos Atos Processuais

TÍTULO X – Provas em Geral

TÍTULO XI – Instrução Antecipada

TÍTULO XII – Tutela da Urgência e Tutela da Evidência

TÍTULO XIII – Da Formação do Processo

TÍTULO XIV – Da Suspensão do Processo

TÍTULO XV – Da Extinção do Processo

CAPÍTULO 86

PROVA TESTEMUNHAL

SUMÁRIO: § 402.º – Prova testemunhal em geral – 1.955. Conceito de testemunha – 1.956. Fonte do conhecimento da testemunha – 1.956.1. Depoimento de ciência própria – 1.956.2. Depoimento de ciência alheia – 1.957. Espécies de testemunhas – 1.957.1. Testemunha *de visu* e testemunha *ex auditu* – 1.957.2. Testemunha instrumentária e testemunha do juízo (ou judicial) – 1.957.3. Testemunha referente e testemunha referida – 1.957.4. Testemunha compromissada e testemunha informante – 403.º Cabimento da prova testemunhal – 1.958. Sistemas de admissibilidade da prova testemunhal – 1.959. Inadmissibilidade da prova testemunhal – 1.959.1. Fatos já provados por confissão – 1.959.2. Fatos já provados por documento – 1.959.3. Fatos dependentes da prova documental – 1.959.4. Fatos subordinados à prova pericial – 1.960. Inadmissibilidade da prova testemunhal exclusiva – 1.960.1. Âmbito objetivo da restrição à prova testemunha exclusiva – 1.960.1.1. Determinação *ad valorem* do objeto da restrição da prova testemunhal exclusiva – 1.960.1.2. Determinação do fato negocial objeto da restrição da prova testemunhal exclusiva – 1.960.2. Âmbito subjetivo da restrição à prova testemunhal exclusiva – 1.961. Admissibilidade da prova testemunhal complementar – 1.961.1. Prova testemunhal complementar ao começo de prova escrita – 1.961.1.1. Função do começo de prova – 1.961.1.2. Conceito e natureza do começo de prova – 1.961.1.3. Requisitos do começo de prova – 1.961.2. Prova testemunhal subsidiária à impossibilidade da prova escrita – 1.961.2.1. Impossibilidade material da prova escrita – 1.961.2.2. Impossibilidade moral da prova escrita – 1.962. Admissibilidade da prova testemunhal plena – § 404.º Estatuto da testemunha – 1.963. Aptidão da testemunha – 1.963.1. Deposição da pessoa jurídica – 1.963.2. Deposição do juiz – 1.964. Capacidade da testemunha – 1.964.1. Incapacidade da pessoa absolutamente incapaz – 1.964.2. Incapacidade da pessoa sem discernimento – 1.964.3. Incapacidade da pessoa sensorialmente deficiente – 1.964.4. Incapacidade da pessoa interessada – 1.964.4.1. Interesse em razão da incompatibilidade de funções – 1.964.4.2. Interesse em razão de parcialidade – 1.964.4.3. Interesse em razão de excessos emocionais – 1.964.5. Incapacidade do cônjuge e dos parentes – 1.965. Deveres da testemunha – 1.965.1. Dever de comparecer da testemunha – 1.965.2. Dever de depor da testemunha – 1.965.3. Dever de veracidade da testemunha – 1.966. Direitos da testemunha

– 1.966.1. Direito de convocação prévia – 1.966.2. Direito à audição do juiz – 1.966.3. Direito de recusar a deposição – 1.966.4. Direito ao tratamento digno – 1.966.5. Direito ao reembolso das despesas da testemunha – 1.966.5.1. Objeto do reembolso da testemunha – 1.966.5.2. Iniciativa do reembolso da testemunha – 1.966.5.3. Responsabilidade pelo reembolso da testemunha – 1.966.5.4. Forma do reembolso da testemunha – § 405.º Produção da prova testemunhal – 1.967. Admissão da prova testemunhal – 1.968. Tempo da prova testemunhal – 1.968.1. Depoimento prestado *ante causam* – 1.968.1.1. Depoimento antecipado em razão de ausência – 1.968.1.2. Depoimento antecipado em razão da idade – 1.968.1.3. Depoimento antecipado em razão da saúde – 1.968.2. Depoimento prestado por carta – 1.968.3. Depoimento antecipado incidentalmente – 1.969. Lugar da prova testemunhal – 1.970. Depósito do rol de testemunhas – 1.970.1. Funções do rol de testemunhas – 1.970.2. Requisitos do rol de testemunhas – 1.970.3. Prazo do rol de testemunhas – 1.970.4. Forma do rol de testemunhas – 1.970.5. Efeitos do rol de testemunhas – 1.971. Número de testemunhas arroladas – 1.971.1. Limitação *ope legis* do número de testemunhas – 1.971.1.1. Alcance objetivo da limitação *ope legis* do número de testemunhas – 1.971.1.2. Alcance subjetivo da limitação *ope legis* do número de testemunhas – 1.971.2. Limitação *ope judicis* do número de testemunhas – 1.972. Intimação da testemunha – 1.972.1. Forma da intimação para depor – 1.972.2. Meios da intimação para depor – 1.972.3. Destinatário da intimação para depor – 1.972.4. Requisição para depor – 1.972.5. Antecedência da intimação para depor – 1.973. Comparecimento da testemunha – 1.974. Qualificação da testemunha – 1.974.1. Identificação da testemunha – 1.974.2. Costumes da testemunha – 1.975. Compromisso da testemunha – 1.975.1. Sujeitos do compromisso – 1.975.2. Forma do compromisso – 1.975.3. Recusa do compromisso – 1.975.4. Efeitos do compromisso – 1.976. Forma do depoimento da testemunha – 1.976.1. Assistência do juiz – 1.976.2. Intérprete na inquirição – 1.976.3. Urbanidade da inquirição – 1.976.4. Requisitos da inquirição – 1.976.4.1. Audição individual – 1.976.4.2. Audição ordenada – 1.976.4.3. Audição isolada – 1.976.5. Matéria da inquirição – 1.976.6. Técnicas de inquirição – 1.976.6.1. Deposição livre – 1.976.6.2. Deposição questionada – 1.976.6.2.1. Proibição da pergunta impertinente – 1.976.6.2.2. Proibição da pergunta capciosa – 1.976.6.2.3. Proibição da pergunta vexatória – 1.977. Documentação do depoimento da testemunha – 1.977.1. Conteúdo do termo de depoimento – 1.977.2. Subscrição do termo de depoimento – § 406.º Incidentes da prova testemunhal – 1.978. Ausência da testemunha – 1.978.1. Testemunha intimada – 1.978.1.1. Ausência motivada da testemunha intimada – 1.978.1.2. Ausência desmotivada da testemunha intimada – 1.978.2. Testemunha levada – 1.979. Dispensa da testemunha – 1.979.1. Dispensa da(s) testemunha(s) supérflua(s) – 1.979.2. Dispensa da(s) testemunha(s) abandonadas(s) – 1.980. Recusa de depor da testemunha – 1.980.1. Natureza da recusa de depor – 1.980.2. Momento da recusa de depor – 1.980.3. Forma da recusa de depor – 1.980.4. Causas da recusa de depor – 1.980.4.1. Recusa em defesa da vida – 1.980.4.2. Recusa em defesa da honra – 1.980.4.3. Recusa em defesa do sigilo – 1.980.5. Contraditório na recusa de depor – 1.980.6. Decisão na recusa de depor – 1.981. Contradita da testemunha – 1.981.1. Natureza da contradita – 1.981.2. Momento da contradita – 1.981.3. Legitimados na contradita – 1.981.4. Forma da contradita – 1.981.5. Instrução da contradita – 1.981.6. Decisão da contradita – 1.982. Substituição da testemunha – 1.982.1. Testemunha falecida – 1.982.2. Testemunha enferma

– 1.982.3. Testemunha desconhecida – 1.983. Prisão da testemunha – 407.º Complementação da prova testemunhal – 1.984. Acareação das testemunhas – 1.984.1. Requisitos da acareação – 1.984.2. Procedimento da acareação – 1.985. Audição da testemunha referida – 1.985.1. Requisitos da audição da testemunha referida – 1.985.2. Iniciativa da audição da testemunha referida – 1.985.3. Procedimento da audição da testemunha referida – 1.986. Renovação do depoimento – 1.987. Retratação do depoimento – 1.988. Correção do depoimento – § 408.º Força probante da prova testemunhal – 1.989. Livre apreciação da prova testemunhal – 1.990. Critérios da apreciação da prova testemunhal.

§ 402.º Prova documental em geral

1.955. Conceito de testemunha

A prova testemunhal é prova constituenda. Forma-se no curso do processo, através de meio de prova que emprega pessoas como fonte de prova, e cuja tônica recai na figura dessa fonte ou da testemunha. A prova é o conjunto de declarações prestadas por pessoa natural, alheia e desinteressada no litígio, sob o compromisso explícito ou não de dizer a verdade, nada mais que a verdade, transmitindo ao juiz o que sabe ou imagina saber sobre as alegações de fato controvertidas.¹ Após análise e ponderação de outras definições, estimou-se síntese particularmente feliz entender a testemunha – do latim *testis* – como “pessoa capaz e estranha ao feito, chamada a juízo para depor o que sabe sobre o fato litigioso”.²

O depoimento é um ato jurídico processual, que consiste na emissão de declaração de ciência.³ Em princípio, a testemunha enuncia ao juiz o que se passou – e, portanto, enunciados representativos –⁴ tal como apreendido por seus sentidos e retido na sua memória.⁵ À testemunha incumbe narrar ao juiz o que sabe ou supõe saber.

Em que pese evidente a função, a existência do depoimento não se prende a qualquer experiência sensorial prévia (*v.g.*, ouvir ou ver): a testemunha que declara nada saber ou nada lembrar acerca dos fatos que originaram o litígio presta depoimento.⁶ Depoimento negativo, sem dúvida, mas nem sempre inútil. A eficácia do

depoimento dependerá da natureza do fato probando: se alegação da parte diz que manteve colóquio com a testemunha, sobre tal ou qual assunto, em determinado lugar e dia, e a testemunha declara que nada sabe, o depoimento é útil.

Das declarações de ciência são inseparáveis os juízos de valor ou as “apreciações” da testemunha. Do que a testemunha declara saber, porque percebeu por um dos seus sentidos, precisamente os eventos e as condutas juridicamente relevantes, resultam juízos sobre a identidade, condições, qualidade e conteúdo. Aliás, não se excluem testemunhas que depõem sobre o caráter das partes, caso em que, não relatando eventos concretos em que os atributos pessoais hajam sido revelados, emitem apenas juízos de valor sobre pessoas. E, em determinados casos, havendo domínio técnico, científico, artístico ou prática, acompanhará a declaração de ciência juízos dessa natureza (depoimento técnico), a exemplo do médico, chamado para relatar o estado da parte logo após acidente de trânsito. O que não se admite é a testemunha emitir juízos jurídicos (*v.g.*, enunciado, em tese, sobre o sentido da declaração contratual).⁷

A tal figura peculiar no processo, que é a testemunha, chega-se por exclusão. Percebe-se da restrição à capacidade plena da parte e dos terceiros interessados (art. 447, § 2.º, II e III) para depor que a testemunha distingue-se dos já participam ou podem participar do processo, a outro título, descansando a isenção das suas declarações no desinteresse, não lhe aproveitando, prejudicando ou afetando a litispendência e os efeitos do julgamento. Eventual interesse no litígio não impede o depoimento, mas diminui-lhe a eficácia. Tão maior é a força probante do depoimento quanto desinteressada a testemunha.

A função de testemunha é antitética à do juiz.⁸ O juiz é (a) sujeito da relação processual e (b) não pode usar o conhecimento porventura adquirido privadamente sobre os fatos que originaram o litígio para julgar a causa (*retro*, 1.352). A pessoa investida na função judicante que testemunha não pode julgar (art. 144, I, c/c art. 452, I). Uma função exclui a outra: ou a pessoa testemunha, ou a pessoa julga.

Das partes a testemunha se diferencia nitidamente, porque não figura no processo como tal, formalmente (parte formal), nem é sujeito da lide (parte material). Quem figura como parte não depõe como testemunha (“... wer Partei ist, kann nicht Zeugen sein...”),⁹ mas prestará depoimento “pessoal” (art. 385), calhando recordar a singela diretriz germânica: quem depõe como parte não depõe como testemunha e vice-versa.¹⁰

1. Riccardo Crevani, *La prova nel processo civile*, p. 274.

2. João Monteiro, *Programa do curso de processo civil*, v. 2, § 162, p. 464. Vide, Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 23, p. 53.

3. Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, v. 2, n.º 195, p. 30.

4. Francesco Cernelutti, *La prova civile*, n.º 26, p. 143.

5. Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil*, v. 4, p. 390.

6. Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, v. 2, n.º 192, p. 27.

7. Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab e Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, § 120, I, n.º 2, p. 681.

8. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 19, p. 47.

9. Hans-Joachim Musielak, *Grundkurs ZPO*, § 6.º, V, b, n.º 430, p. 259.

10. Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht*, § 53, I, p. 209.

109. Dos auxiliares do juízo, incluindo os colaboradores da justiça, em particular o perito, a testemunha se distingue pela investidura. Os auxiliares são investidos na função. O perito recebe a incumbência específica de perceber e de deduzir em lugar do juiz.¹¹ Tal não obsta a parte de arrolar experto como testemunha.¹² Ali, porém, não se trata de perito, mas de testemunha.

110. Feitas as distinções cabíveis, resta precisar a condição jurídica da testemunha na relação processual. É fonte de prova, indubitavelmente, mas a pessoa participa da formação da prova no processo, e, portanto, tecnicamente se cuida de agente (ou órgão) da prova.¹³ Embora arrolada por uma das partes, na forma e no prazo fixado no art. 357, § 4.º e 5.º, ou ordenada audição pelo juiz, *ex officio*, a testemunha e o respectivo depoimento pertencem ao processo, em decorrência do princípio da comunhão (art. 371), trazendo subsídios para a formação do convencimento do juiz de primeiro grau e ulterior revisão pelo órgão *ad quem*.

1.956. Fonte do conhecimento da testemunha

A declaração de ciência da testemunha tem por objeto as alegações de fato controvertidas. Por sua vez, tais alegações invocam eventos e condutas que compõem os elementos de incidência das normas porventura aplicáveis ao litígio. Os fatos afirmados pelas partes no processo são de natureza heterogênea, comportando variadas classificações. A controvérsia sobre o caráter temporal do fato, em princípio situado no passado,¹⁴ não exclui o transcurso simultâneo do evento e da conduta com o ato do depoimento.¹⁵

As declarações da testemunha respeitam, nesses termos, a diversas classes de fatos: (a) fatos jurídicos (*v.g.*, o colóquio amoroso entre B e C, na ação movida por A contra B, fundada no adultério) e fatos simples (*v.g.*, o dia do encontro entre B e C no motel X); (b) fatos passados (*v.g.*, do dia do colóquio) e fatos presentes (*v.g.*, a identificação positiva de B como acompanhante de C no motel X); (c) fatos transitórios e fatos permanentes; (d) fatos internos (*v.g.*, a emoção de B ao encontrar C) e fatos externos (*v.g.*, o beijo de B em C); (e) fatos positivos e fatos negativos. A enumeração é infundável.

A respeito desse material de fato, as declarações da testemunha derivam de duas fontes: (a) ciência própria; e (b) ciência alheia (*ex auditu*). Desde as Or-

denações Filipinas (Livro 1, Título 86, n.º 1) cumpre ao juiz perquirir a “razão do dito”, aduzindo-se em época mais recente: “Certo é que este direito de exigir o porquê da informação constitui uma das melhores garantias do litigante contra uma testemunha desonesta”.¹⁶ A eficácia da prova testemunhal não é a mesma nas duas situações.¹⁷

Em alguns autores, cogita-se de outra fonte: a crença própria.¹⁸ Como já assinalado no item precedente, por força da natureza da percepção se imiscuem juízos de valor no que a testemunha sabe (ou imagina saber: fabulações também integram o depoimento) e relata ao juiz, e, portanto, a crença na veracidade do que ficou na memória íntegra ou a ciência própria ou a ciência alheia, não constituindo categoria autônoma. Seja como for, este assunto – a teoria da percepção – integra outra área de saber. Ela não será examinada aqui. Existem, entretanto, exposições de juristas a tal propósito, examinando o mecanismo da transmissão.¹⁹

1.956.1. *Depoimento de ciência própria* – A declaração da testemunha que sabe por ciência própria implica experiência sensível, a percepção do evento ou da conduta narrados por um dos sentidos – a visão, a audição, o tato, o olfato e o paladar. O conhecimento advém direta e imediatamente dos próprios sentidos.

Dependendo da relação entre o evento e o meio de percebê-lo, por esse motivo – impossibilidade de ciência própria – a testemunha se torna incapaz de depor; por exemplo, o cego e o surdo, “quando a ciência do fato” subordinar-se ao sentido faltante, conforme o preciso esclarecimento do art. 228, III, do CC. O cego é plenamente capaz de testemunhar de ciência própria o perfume que sentiu na outra pessoa (olfato), permitindo-lhe a identificação positiva, e o teor do diálogo entre B e C no quarto do motel X no dia Y; o surdo, testemunha capaz de relatar esse mesmo diálogo, mediante leitura labial.

1.956.2. *Depoimento de ciência alheia* – A declaração da testemunha *ex auditu* também se baseia em sentido próprio (audição), mas se origina do relato de outra pessoa: por exemplo, a camareira E do motel X relata ao dono G que o representante comercial B e a figurinista C, após a reunião de negócios, ocuparam por duas ou mais horas uma das suítes do estabelecimento. O conhecimento da testemunha é indireto ou de segunda mão. Admite-se tal espécie de depoimento.²⁰ A fonte direta do conhecimento pode ser (a) a parte (*ex auditu partis*), (b) o terceiro que supostamente empregara seus sentidos (*ex auditu propriis*) ou, ainda, (c) o terceiro

11. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 18, p. 46; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, n.º 1.178, p. 603.

12. Manuel Ortells Ramos, *Derecho procesal civil*, p. 408.

13. Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, v. 2, n.º 198, p. 41.

14. Vide, Francesco Carnelutti, *La prova civile*, n.º 26, p. 144.

15. Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, v. 2, n.º 205, p. 60.

16. Afonso José de Carvalho, *Inquirição cível*, n.º 37, pp. 78-79.

17. João Monteiro, *Programa do curso de processo civil*, v. 2, § 167, p. 478.

18. Carlo Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, v. 4, n.º 189, p. 255.

19. Lluís Muñoz I Sabaté, *Tratado de la probatica judicial*, v. 1, pp. 11-115.

20. Francesco Ricci, *Delle prove*, n.º 155, p. 256.

que ouviu de outra pessoa (*ex auditu alieno* ou *auditu auditus*).²¹ À medida que aumenta o número de transmissões, mais frágil, imprecisa e insegura a informação, servindo muito pouco à formação do convencimento do juiz.

Declarando a testemunha que ouviu de terceiro o que relata, o interrogatório do juiz se concentrará nesse ponto, esquadrinhando – a recomendação provém das Ordenações Filipinas (Livro I, Título 86, n.º 1) – “a quem o ouviram, em que tempo e lugar, requisitos, aliás, necessários; a pessoa a quem o ouviram para se conhecer a sua qualidade, e probidade, se morta, se viva; o tempo para se ver, se esse ouvido foi antes, se depois da demanda”, e assim por diante.²² Feitas as indicações pertinentes, ou o depoente individualiza de quem ouviu o que relata ao juiz, ou não. O juiz, *ex officio* ou a requerimento da parte, mandará intimar a testemunha referida (art. 418, I), no primeiro caso, buscando confirmar a declaração prestada pelo depoente. Do contrário, cuidando-se de fato relativamente recente e preciso, o juiz descartará o depoimento, aplicando a seguinte presunção: “quem ouve um fato o guarda e pode repeti-lo, é de presumir-se que também haja retido na memória o nome da pessoa de quem ouviu”.²³ A apreciação da prova se inverterá dramaticamente no caso de confirmação ulterior pela testemunha referida: no exemplo ministrado, tendo *G* alegado que ouviu de *E* que *B* e *C* se trancaram quarto do motel *X*, e a testemunha *E* confirma a versão, o juiz presumirá fundada a alegação de adultério assacada por *A* contra *B*.

Em determinados casos, a eficácia da testemunha *ex auditu* independe da individualização ou identificação da fonte: (a) quanto a fatos muito antigos,²⁴ percebidos por pessoas já falecidas;²⁵ (b) quanto à fama pública, ou seja, o juízo de valor mais ou menos generalizado sobre certa pessoa (depoimento de abonação) ou fato da vida.²⁶ Embora admissível, *a priori*,²⁷ a prova da fama pública, ocioso advertir dos riscos de levá-la em consideração, porque tanto se prega o falso como o verdadeiro e as mentiras incessantemente repetidas tendem a encorpar como verdades imutáveis.

1.957. Espécies de testemunhas

Adjetiva-se a palavra “testemunha” em várias situações, a bem da clareza, atribuindo-lhe significado preciso ou conexão exata. Aqui se mencionará, nessa

linha, “testemunha arrolada” (art. 357, § 4.º e 5.º), indicando a oportunidade em que o terceiro adquire a posição de testemunha no processo civil, por sua vez intimada para comparecer (art. 455, *caput*), levada à audiência pela parte (art. 455, § 2.º), requisitada ao superior hierárquico (art. 455, § 4.º, III) ou, em deferência à função política, convidada a designar dia, hora e lugar (art. 454, § 1.º). A enumeração é ampla. Dessas categorias fundamentalmente didáticas, três assumem importância, parcialmente esclarecida no item anterior: (a) testemunha *de visu* e testemunha *de auditu*; (b) testemunha instrumentária e testemunha do juízo; (c) testemunha referente e testemunha referida.

1.957.1. *Testemunha de visu e testemunha ex auditu* – Segundo a origem (ou fonte) do conhecimento que a testemunha transmitirá ao órgão judiciário, existem duas classes identificáveis de terceiros habilitados: (a) a testemunha *de visu*, ou original; (b) a testemunha *ex auditu*.²⁸

A testemunha *de visu* percebeu diretamente os fatos. Também se chama a essa pessoa de testemunha “ocular”, embora a visão não seja o único sentido empregado na aquisição do conhecimento (o cego pode ouvir o diálogo), ou de testemunha “presencial”.²⁹ Existem outras subespécies, como a testemunha fidejussória, que dá fé do fato.³⁰

A testemunha *ex auditu* adquiriu conhecimento indiretamente, ouvindo relato de outra pessoa. Ao depor sobre a fama pública de certa pessoa, a pessoa chama-se de testemunha abonatória. Nenhum desses depoimentos é, em princípio, inadmissível ou inútil. O juiz os apreciará livremente. A testemunha *ex auditu* talvez identifique o autor do relato, habilitando o juiz a ouvir a testemunha referida (art. 461, I). A testemunha que ouviu certo relato da própria parte tampouco é prescindível.³¹ Supõe-se que a parte só faça declarações favoráveis ao próprio interesse: ao menos, prova a declaração em si. Os riscos da testemunha abonatória são maiores e flagrantes. A testemunha faz eco a rumores transmitidos de boca à orelha, externando opinião vaga, imprecisa e, sobretudo, inverificável.³²

À testemunha *ex auditu* opõem-se duas objeções: (a) parece prova testemunhal colhida fora do processo, porque o verdadeiro depoente nele não depõe; e

21. Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, v. 2, n.º 207, pp. 68-69.

22. Manuel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil*, p. 550.

23. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 92, p. 189.

24. Francesco Ricci, *Delle prove*, n.º 155, p. 257.

25. Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, v. 2, n.º 207, p. 70.

26. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 93, p. 190.

27. Carlo Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, v. 4, n.º 189, p. 257.

28. Leonardo Pietro-Castro, *Tratado de derecho procesal civil*, v. 1, n.º 339, p. 674; Jaime Guasp e Pedro Aragoneses, *Derecho procesal civil*, v. 1, n.º 24, I, p. 414.

29. Daniel Amorim Assumpção Neves, *Manual de direito processual civil*, n.º 14.2.5.1, p. 297.

30. Jorge Fabrega P., *Medios de prueba*, p. 150.

31. Em sentido contrário, Mario Conte, *Le prove nel processo civile*, p. 254.

32. Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil – Introduction générale*, n.º 716, p. 698.

(b) o relato (*hearsay testimony*) impede o contraditório.³³ Nenhuma é decisiva e, de toda sorte, depoimento dessa natureza é comum e submetido à livre apreciação do juiz.

1.957.2. Testemunha instrumentária e testemunha do juízo (ou judicial) – Dá-se o nome de (a) testemunha instrumentária à pessoa que intervém no documento público ou privado dando fé que assistiram a formação ou a assinatura, integrando a forma *ad solenitatem* dos negócios jurídicos. A importância da testemunha instrumentária diminuiu na lei civil em vigor.

Em relação às escrituras públicas, o art. 215 do CC, a regra consiste na facultatividade da participação das testemunhas instrumentárias (inciso II), exceto no caso de o tabelião não conhecer, nem puder o figurante identificar-se por documento, a teor do parágrafo quinto. As testemunhas instrumentárias (duas ou, conforme o caso, três) são necessárias nas várias modalidades de testamento; por exemplo, no art. 1.864, II (testamento público), art. 1.868, I (auto de aprovação do testamento cerrado), art. 1.876, § 1.º (testamento particular) do CC, sendo digno de registro que o art. 1.865 do CC alude às “testemunhas instrumentárias”. O assento de casamento necessita de testemunhas (art. 1.536, VI, do CC).

O art. 221, *caput*, do CC, declarando que o instrumento particular assinado prova obrigações convencionais de qualquer valor, dispensou as testemunhas instrumentárias, comparativamente ao art. 135 do CC de 1916, na mais expressiva mudança legislativa na exigência de testemunhas privadas na prova documental escrita. O espaço reservado à assinatura da testemunha nos instrumentos particulares – nome completo, número da cédula de identidade e do cadastro na Receita Federal – subsiste mais como costume (*v.g.*, nos contratos de locação). O art. 595 do CC prevê assinatura do contrato de prestação de serviços pelas testemunhas, a rogo do figurante que não saiba ou não possa escrever, mas a função das testemunhas é outra nesse caso, substituindo ou completando a forma da manifestação de vontade. No que tange aos instrumentos particulares, a notória “confissão” de dívida prevista no art. 585, II, adquirirá eficácia executiva, cuidando-se de documento particular, assinada pelo devedor e por duas testemunhas.

As testemunhas instrumentárias intervêm nos negócios e nos atos jurídicos (art. 185 do CC). São pessoas que guardam indiferença quanto aos fatos jurídicos em sentido estrito e os atos-fatos.³⁴

A testemunha instrumentária nada relata ao juiz, e, portanto, não subministra prova. Não é, pois, testemunha no sentido preconizado pelo art. 447, *caput*. Avulta

33. Danilo Knijnik, *A prova nos juízos civil, penal e tributário*, n.º 3.4, pp. 63-64.

34. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 3, § 351, p. 438.

que a prova dos negócios e dos atos jurídicos eventualmente sujeita-se a forma especial, tornando inútil, a mais das vezes, a audição dessas pessoas.

No entanto, o signatário do documento torna-se (b) testemunha judicial,³⁵ quando for arrolada pela parte, ou ordenado seu depoimento, *ex officio*, quando admissível prova testemunhal. A testemunha judicial define claramente o destinatário dessa prova: o juiz da causa.³⁶ Tal não exclui o direito autônomo da parte à aquisição de prova desse teor, como se infere do art. 382, § 2.º, para os fins do art. 381, II e III.

1.957.3. Testemunha referente e testemunha referida – Ao depor em juízo, a testemunha *ex auditu* talvez identifique a pessoa que lhe transmitiu o conhecimento, e, dessa forma, torna-se testemunha referente; a outra pessoa, chamada de testemunha referida,³⁷ pode ser ouvida, *ex officio*, ou a requerimento das partes, a teor do art. 461, I, complementando a prova testemunhal.

1.957.4 Testemunha compromissada e testemunha informante – Uma das obrigações da testemunha é a de dizer a verdade e, para esse efeito, presta compromisso (art. 458, *caput*) e recebe a comedia advertência de que sofrerá persecução penal se fizer afirmação falsa, negar ou calar a verdade, consoante o art. 342, *caput*, do CPB. No entanto, o empenho da palavra da testemunha não tem qualquer relevo na caracterização do fato típico, segundo a jurisprudência do STJ.³⁸

Função precípua do compromisso é a de distinguir duas classes de testemunhas: a testemunha compromissada e a testemunha informante, simplesmente conhecida como informante. O informante é a pessoa impedida (art. 447, § 2.º), a suspeita (art. 447, § 3.º) e a menor de idade (art. 447, § 4.º) que, todavia, presta declarações ao juiz, sendo estritamente necessário, cabendo atribuir-lhes o valor que possam ter, segundo o art. 447, § 5.º. Ora, essa brevíssima menção ao valor da prova testemunhal – título da subseção que cuida da admissibilidade – nada esclarece, porque não é diferente o valor teórico das declarações da testemunha compromissada. E, a partir da vigência do art. 228, *caput*, do CC, que permitiu o depoimento das pessoas incapazes (art. 447, § 4.º), quanto aos fatos de seu exclusivo e insulado conhecimento (art. 228, parágrafo único, do CC), o número de informantes aumentou, abrangendo grupo (*v.g.*, o menor de dezesseis anos) que simplesmente não prestavam depoimento, pois totalmente incapazes de praticar

35. Vide, Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, v. 2, n.º 210, pp. 75-77.

36. Manuel De La Plaza, *Derecho procesal civil español*, v. 1, p. 511.

37. João Monteiro, *Programa do curso de processo civil*, v. 2, § 167, p. 478.

38. 6.ª T. do STJ, AgRg no HC 190.766-RS, 25.06.2013, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJE 13.09.2013; 5.ª T. do STJ, HC 20.924-SP, 11.03.2003, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 07.04.2003, p. 302.

semelhante ato. O art. 447, § 5.º, limitou a regra civil, admitindo o depoimento dos menores de idade, porque os demais casos (art. 447, § 1.º, I, II e IV) a incapacidade de prestar informações ao juízo é absoluta.

Essas considerações mostram diferença tênue e, na prática, irrelevante entre a testemunha e o informante. Ela descansa no empenho, ou não, da palavra de dizer a verdade.

§ 403.º Cabimento da prova testemunhal

1.958. Sistemas de admissibilidade da prova testemunhal

A linguagem denota a racionalidade da pessoa humana. Por óbvio, a transmissão de conhecimento por esse meio ou prova oral – depoimento das partes e depoimento de terceiros – constitui instrumento imprescindível na apuração da veracidade das alegações de fato nas sociedades mais antigas. Essa prova antecedeu à criação e à difusão dos meios escritos de registro. À essa época, então, a prova testemunhal desconhecia limites ou condições originadas pela prova literal.

O advento da escrita e, em seguida, a flagrante corrupção dos costumes evidenciaram os dramáticos inconvenientes do depoimento de terceiros como mecanismo de reconstrução histórica dos fatos que originaram o litígio. São intrínsecas à pessoa deficiências de percepção, inclusive as no plano físico físicas (v.g., a cegueira, impedindo o depoimento *de visu*), as dificuldades de retenção e de transmissão do conhecimento. As qualidades pessoais interferem na aquisição do conhecimento. E, ainda, geralmente transcorre tempo considerável entre o momento da percepção e o momento de transmissão ao órgão judiciário. Nessa conjuntura, o apelo à memória da testemunha é mais ou menos fiel, pois a retenção não é uniforme ou segura. Esse tempo ainda expõe a pessoa às sugestões do inconsciente. E, por fim, ao exprimir os fatos retidos na memória através da palavra, fatores culturais influenciam decisivamente a transmissão.³⁹ Esses assuntos integram outras áreas de saber (neurociências), mas o juiz atento tem ambos presentes na apreciação da prova.

Aos inconvenientes naturais, somam-se fatores externos e ilícitos. A testemunha corre o grave risco de intimação, cuja proveniência é heterogênea, incontornável, e, não raro, promovida pelo círculo social da pessoa ou, subliminarmente, pelos meios de comunicação de massa, dispostos a prejudicar irresponsavelmente causas públicas ou do peculiar interesse da empresa que explora o meio. O caráter

39. Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil – Introduction générale*, n.º 713, p. 694.

do depoente contrabalança a pressão social e mediática, mas tem suas fraquezas: nada pior que pessoa propensa a receber vantagem pecuniária ou peita. A esse risco responde a ordem jurídica tipificando a mentira em juízo (art. 342 do CPB).

O juiz apreciará livremente a prova testemunhal (*infra*, 1.989). Levará na devida conta os defeitos intrínsecos e extrínsecos da fonte da prova nessa avaliação.

As restrições à prova testemunhal começaram no direito romano. Antes mesmo do término da primeira centúria da era cristã, o desprestígio do meio de prova promoveu-lhe a inadmissibilidade, em proveito da escrita, ou o acréscimo de exigências em torno da qualidade e da quantidade das testemunhas.⁴⁰ O movimento restritivo acentuou-se no formalismo do processo germânico e por força generalização das ordálias. Em determinada altura, porém, a ignorância triunfou. O domínio da escrita por clérigos firmou, na Idade Média, o princípio *témoins passent lettres*.⁴¹ A história moderna da prova testemunhal inicia, segundo opinião assaz difundida nos sistemas jurídicos latinos, por força da *Ordonnance de Moulins*, de 1566,⁴² firmando a diretriz de política legislativa que *lettres passent témoins*, posteriormente reafirmada na *Ordonnance de Saint-Germain-en-Laye*, de 1667.⁴³ O art. 1.341 do CC francês acolheu a orientação do direito antigo.

Linhas evolutivas diferentes formaram dois sistemas: (a) o sistema da admissibilidade ampla, ou sistema germânico, adotado apesar das opiniões em contrário,⁴⁴ ressalva feita à eficácia do instrumento público, mas acompanhado, de ordinário, da recomendação de apreciação cautelosa dessa prova, cuja eficácia subordina às capacidades de percepção, retenção e transmissão do conhecimento;⁴⁵ (b) o sistema da admissibilidade restrita (preconstituição da prova literal), ou sistema latino, em maior ou menor grau marcado pela influência do art. 1.341 do CC francês.⁴⁶

O direito brasileiro anteriormente se filiava a esse último sistema. É significativa a revogação do art. 227, *caput*, do CC. A respeito do valor da prova testemunhal

40. Vide, G. Cesareo Consolo, *Trattato della prove per testimoni*, n.º 2, p. 78.

41. Édouard Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves*, n.º 104, p. 108.

42. Virgilio Andrioli, *Prova testimoniale*, n.º 1, p. 239; Édouard Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves*, n.º 104, p. 108.

43. Raymond Legeais, *Les règles de preuve en droit civil*, p. 40.

44. Leo Rosenberg e Karl Heinz Schwab, *Zivilprozessrecht*, § 123, VIII, p. 647.

45. Arthur Nikisch, *Zivilprozessrecht*, § 89, I, 3, p. 347.

46. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 129, p. 271. O texto vigente do art. 1.341, primeira parte, do CC francês, é o seguinte (Lei de 12.07.1980): "Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre".

há ligeira referência, contida no art. 447, § 5.º, *in fine*, relativamente ao informante. Essa proposição tem escassa utilidade. O juiz também apreciará livremente o produto do depoimento da testemunha compromissada.

O art. 442 proclama a diretriz universal em matéria de admissibilidade do meio de prova: "A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso". Da omissão do CPC de 1939 retirava-se idêntico princípio:⁴⁷ "a regra é a admissibilidade da prova testemunha; a inadmissibilidade é a exceção".⁴⁸

Essa visão idealista e positiva não corresponde ao regime efetivamente vigente. A conjugação do art. 443, I e II, com a precipitação do julgamento (art. 355, I), o advento do depoimento técnico (art. 472) e a difusão dos depoimentos escritos – modalidade de prova atípica (*retro*, 1.845) –, oferecem outro panorama: ou a lei erige barreiras à audição das testemunhas, ou elide a custosa tomada dos depoimentos por sucedâneos escritos. Leitura rápida e superficial dos incisos I e II do art. 443, partes integrantes do sistema de precipitação do julgamento (art. 355, I), demonstra suficientemente o ponto. É assaz difícil, senão altamente desfavorável posição e perspectivas de quem almeja produzir contraprova à prova documental do adversário.

Do direito fundamental processual à prova, subentendido no veto à aquisição de prova ilícita, infere-se a inconstitucionalidade das disposições restritivas, baseadas em preconceitos.⁴⁹ As regras são razoáveis, baseiam-se em noções hauridas de outras áreas de saber (*v.g.*, relativamente às fraquezas da memória), assentes cientificamente, e o legislador é constitucionalmente legitimado a realizar opções técnicas, razões suficientes para repelir a pecha o vício apregoado. Localiza-se aí influência do direito italiano, no qual o juiz poderá admitir a prova testemunhal exclusiva de acordo com a natureza do contrato e outras circunstâncias.⁵⁰

A jurisprudência erige seus próprios critérios e acompanha a orientação legislativa de restrição. A Súmula do STJ, n.º 149, enuncia: "A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito da obtenção de benefício previdenciário".⁵¹ O art. 55, § 3.º, da Lei 8.213/1991 exige começo de "prova material" e, *expressis verbis*, veta a prova exclusivamente testemunhal. Disposição extravagante que, acatada pela jurisprudência do STJ, revela a mínima repercussão das críticas à intervenção legislativa no sacrossanto altar da livre apreciação da prova. Aliás, há outros casos em que, por um motivo ou outro, regra

especial impõe forma escrita a ato jurídico em sentido escrito (*v.g.*, a ciência da cessão de crédito, a teor do art. 290 do CC), e semelhante forma há de ser atendida,⁵² não se admitindo outra espécie de prova.

1.959. Inadmissibilidade da prova testemunhal

O art. 443, *caput*, preceitua que o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: (a) provados por documento ou por confissão (inciso I); e (b) que só por documento ou perícia comportam prova (inciso II).

Segundo a opinião prevalecente no direito anterior,⁵³ o inciso I do art. 443 consubstancia singular e flagrante manifestação da proibição da prova inútil (art. 370, parágrafo único). A bem da clareza, a separação das duas hipóteses versadas nos incisos auxilia no entendimento das proposições legislativas.

1.959.1. Fatos já provados por confissão – O juiz indeferirá a oitiva de testemunhas quando o fato já se encontra provado por confissão da parte (art. 443, I, *in fine*).

Entenda-se bem a situação antevista na regra: a confissão acompanhou aos atos postulatórios principais (petição inicial e contestação) das partes, ou sobreveio antes da decisão de saneamento, ou seja, já se produziu na oportunidade em que o juiz apreciará a admissibilidade da prova testemunhal (art. 357, II). A confissão é ato jurídico em sentido estrito, contendo declaração de ciência da parte, que admite fato desfavorável ao próprio interesse, mas favorável ao adversário, e na ocasião do saneamento concebem-se duas espécies: (a) a confissão judicial espontânea (art. 390, *caput*) – a confissão judicial provocada deriva do depoimento pessoal; portanto, em momento posterior ao inicialmente aqui cogitado –, que é, ademais, ato processual; e (b) a confissão extrajudicial feita à contraparte (art. 394).

Enorme é a importância do efeito atribuído à confissão no art. 443, I, *in fine*. Não importa o fato de o NCPC não reconhecer na confissão eficácia de prova plena, pré-excluindo contraprova, e a latente e suspeitosa hostilidade com que se encara a criação de vínculos ao órgão judiciário, todavia gerados em outras situações (*v.g.*, no reconhecimento do pedido). O regime legal é nítido e inequívoco. O fato afirmado por uma das partes, mas confessado pela outra, não comporta prova, a teor do art. 374, II. Desaparece, assim, o interesse de a parte contrária produzir prova testemunhal,⁵⁴ manifestamente redundante, e o interesse de o confitente

47. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 282, p. 14.

48. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 127, p. 269.

49. Leonardo Greco, *Instituições de processo civil*, v. 2, p. 260. No mesmo sentido, André de Almeida Garcia, *Prova civil*, n.º 9.2, p. 50.

50. Vide, Cláudio Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, v. 3, p. 172.

51. Vide, Marcos Destefenni, *Curso de processo civil*, v. 1, p. 400.

52. No direito argentino, Hugo Alsina, *Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial*, v. 3, p. 563.

53. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 283, p. 15; Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao código de processo civil*, v. 4, n.º 150, p. 158.

54. Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 2, n.º 156, p. 229; Carlo Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, v. 1, n.º 461, p. 653.

de produzir prova contra sua própria declaração.⁵⁵ E avulta que o vínculo criado pela confissão ao julgamento só pode ser eliminado se o juiz julgar procedente a ação anulatória prevista no art. 393, *caput*. Na prática, por conseguinte, o juiz encontrar-se-á vinculado à confissão, rejeitada contraprova.

Este efeito produzir-se-á, por igual, sobreindo confissão judicial provocada expressa ou tácita (art. 385, § 2.º), a última na forma de pena pela falta de comparecimento da parte intimada para depor na audiência principal. A confissão provocada produzirá prova contra o confitente (art. 391, *caput*) e tornará inútil a prova testemunhal. Nesse sentido, há notável precedente do STJ no direito anterior, destacando a inexistência de cerceamento de defesa na hipótese de o juiz indeferir a oitiva das testemunhas e julgar contra a parte que as arrolou, *in verbis*: "... a ouvida de testemunhas, inclusive as do autor, apesar de antes deferida, pode ser dispensada porque o depoimento pessoal do próprio autor esvaziou a credibilidade das alegações que amparavam o direito invocado na inicial".⁵⁶

Feitas as ressalvas subjetivas e objetivas quanto à eficácia da confissão em casos tais, limitada no caso de litisconsórcio ou conforme a natureza do litígio, o ato jurídico em sentido estrito, originado da parte, dispensa o juiz de promover a instrução. Ao autorizar o julgamento antecipado (art. 355, I), ensejará o alívio de evitar ou encerrar prematuramente a audiência de instrução e julgamento. Formou-se a convicção do juiz. É o bastante para ladear a custosa e trabalhosa atividade de instrução.

1.959.2. Fatos já provados por documento – A alusão aos fatos já provados documentalmentemente do art. 443, I, exclui, por definição, os casos de prova documental obrigatória, ou seja, a forma *ad solenitatem* do ato ou do negócio jurídico, situação versada no art. 444, parte inicial. Por exemplo: a falta de juntada da escritura pública nos negócios jurídicos que visem à constituição, à transferência, à modificação ou à renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país (art. 108, *caput*, do CC).

Em outros casos, produzida prova documental nos momentos azados, ou seja, na petição inicial e na contestação (art. 434), a audição de testemunhas torna-se inadmissível quanto aos fatos (controversos) objeto dessa prova, porque – admitiu-se francamente – há no acervo "prova histórica de maior relevo probante", precisamente do documento público e do "documento particular admitido expressa ou tacitamente".⁵⁷

55. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao código de processo civil*, v. 5, t. 2, p. 496.

56. 3.ª T. do STJ, REsp. 1.228.751-PR, 06.11.2012, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJE 04.02.2013.

57. João Carlos Pestana de Aguiar, *Comentários ao código de processo civil*, v. 4, p. 289.

O esquema articulado para conferir força probante decisiva à prova documental e, colateralmente, pré-excluir a admissão da prova testemunhal, propiciando o julgamento antecipado, revela extraordinário rigor e engenho. É preciso ter em mente, na correta aplicação do art. 443, I, primeira parte, dois pormenores. Na ocasião do saneamento, propícia à fixação do tema da prova e, ato contínuo, ao exame da admissibilidade da prova testemunhal, as partes usufruíram a oportunidade hábil para contraditar a prova documental. O réu manifestou-se na contestação acerca dos documentos juntados pelo autor. E o autor contraditou a prova documental da defesa na réplica. A junção de documentos na defesa, concorrentemente ou não com outras hipóteses, determina a abertura do prazo de réplica do art. 437 (*retro*, 1.942). É esta a prova documental mencionada no art. 443, I, primeira parte, como revela o emprego do advérbio "já" da regra.

Cumprе distinguir a eficácia probatória do documento público, abstraída a forma *ad solenitatem*, e do documento particular.

A força probante do documento público, lavrado por escrivão, por tabelião – englobando (a) a escritura pública, que faz prova plena (art. 215, *caput*, do CC), e fundamentalmente, (b) a ata notarial (art. 384 c/c art. 7.º, III, da Lei 8.935/1994) – e por funcionário público (art. 405), embora este seja incompetente (art. 407), "sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade" (art. 427, *caput*). Essa fórmula, contrastando com a do art. 408, atinente aos documentos particulares, tem significação transcendente. Não basta a parte impugnar na contestação ou na réplica a autenticidade (material ou ideológica) do documento, impende-lhe arguir a falsidade, na forma e no prazo do art. 430. Pois bem: arguida a falsidade, forma-se incidente que o juiz resolverá antes de admitir a prova documental dos fatos principais, incidente que dispõe de seus próprios meios de prova (art. 431, *caput*), concebendo-se dois termos de alternativa: (a) rejeitado o incidente, subsistirá a fé do documento público, não se admitindo contraprova testemunhal; (b) acolhido o incidente, em tese admissível a contraprova testemunhal. Abstendo-se a parte de arguir a falsidade do documento público, a prova testemunhal é inadmissível, a teor do art. 443, I, primeira parte.

A força probante do documento público recai sobre os fatos que ocorreram na presença do escrivão, do tabelião e do servidor público (art. 405, *in fine*). Logo, caberá prova testemunhal, independentemente da subsistência da fé pública do documento, não quanto às declarações feitas e anotadas pelo autor do documento, mas quanto à respectiva veracidade. Por exemplo, no boletim de ocorrência que registra o acidente de trânsito entre A e B, a autoridade pública anota a confissão da responsabilidade por A e o pagamento de X a B, declarando este já ter recebido a quantia. A confissão da responsabilidade de A perante B ocorreu na presença da autoridade (v.g., do agente de trânsito), entrando na órbita da fé pública, mas

o recebimento, ou não, da quantia X, paga anteriormente à lavratura do boletim por A, comporta prova testemunhal.

Essa distinção entre a prova da declaração e a prova do fato declarado revela-se decisiva no que tange à força probante do documento particular. O art. 411, I, presume autêntico o documento particular, quanto à assinatura e ao conteúdo, tendo o tabelião reconhecido a firma do signatário, declarando que foi aposta na sua presença. Em tal hipótese, a força probante se desfaz mediante “declaração judicial da falsidade”, a teor do art. 427, *caput*. Esse dispositivo alude ao documento particular conjurando essa possibilidade e outro meio leal de certificação, inclusive digital (art. 411, II). Faltando o reconhecimento de firma, a fé do documento particular cessará quando: (a) impugnada a autenticidade da assinatura (art. 428, I); (b) alegado preenchimento abusivo (art. 428, II, c/c parágrafo único); (c) impugnado o fato declarado (art. 436, IV), sem embargo da declaração de ciência.

Nessas condições, a admissibilidade da prova testemunhal, produzida prova documental dependerá, no mínimo, da impugnação da parte (art. 433) e, em alguns casos, da arguição de falsidade (art. 427 c/c art. 430). Do contrário, subsiste a presunção legal de veracidade,⁵⁸ eliminando o fato do tema da prova, a teor do art. 374, IV.

Fator acessório no esquema, cuja influência não pode ser esquecida e negligenciada, avulta na irresistível atração da técnica do julgamento antecipado (art. 355, I). A rigor, existindo questão de fato provada documentalmente, mas objeto de impugnação hábil da contraparte, o juiz deverá abrir a instrução, nos termos expostos. O juiz não dispõe de fundamento para denegar a produção da prova testemunhal na suposição que, firmado seu convencimento, a audição das testemunhas não alteraria o panorama probatório.⁵⁹ Porém, a pressão midiática pela produtividade numérica, e as metas fixadas pelo CNJ, objetivando dourar as estatísticas dos órgãos judiciais nacionais, sem nenhuma ressalva quanto aos *hard cases*, afastam o juiz da causa do caminho reto, seguro e equilibrado, conduzindo à precipitação do julgamento do mérito. Por essa razão, o processo civil garantista clama pelo corte da possibilidade de o juiz indeferir as provas regularmente propostas pelas partes, aplicando de forma estrita as regras de admissibilidade. Talvez não seja muito, mas é essencial ao processo constitucionalmente justo e equilibrado.

1.959.3. Fatos dependentes da prova documental – Determinados atos ou negócios jurídicos subordinam-se obrigatoriamente à prova documental. O instrumento integra a forma *ad solenitatem* do ato ou do negócio.

Cuidando-se de instrumento público, a exemplo dos negócios jurídicos visando à constituição, à transferência, à modificação ou à renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país (art. 108, *caput*, do CC), o art. 406 declara inadmissível outra prova, “por mais especial que seja”, suprimindo-lhe a falta. O art. 43, II, primeira parte, c/c art. 406, *in fine*, consagra antigo entendimento do direito pátrio.⁶⁰

Por igual, os contratos formais que exigem instrumento particular, a exemplo da fiança (art. 819 do CC), sujeitam-se à incidência do art. 443, II, primeira parte, inclusive no que tange à simetria do distrato (art. 472 do CC), pré-excluindo, na falta do documento, a prova testemunhal.

Aos figurantes, no âmbito da autonomia privada, mostra-se lícito transformar contrato informal em formal, mas o inverso jamais se revelará admissível: não lhes cabe estabelecer que contrato solene existe e vale a despeito da preterição da formal estabelecida em lei.⁶¹

O procedimento probatório segue a linha do direito material. Não deixa dúvida quanto aos termos de alternativa abertos ao órgão judiciário em casos tais: ou as partes (ou a parte gravada com o ônus) produziram a prova documental no momento oportuno (art. 434), e há prova bastante e nenhuma outra é útil, incidindo o art. 370, parágrafo único, c/c art. 443, II; ou não produziram prova documental, e, destarte, por ser esta a única admissível, a parte gravada com ônus (regra de conduta) não se desonerou e deverá suportar os efeitos daí decorrentes.⁶² A sistemática se harmoniza com o direito material: o negócio jurídico é nulo quando não se reveste da forma prescrita em lei (art. 166, IV, do CC), cabendo ao juiz decretar as invalidades, *ex officio*, ao conhecer do assunto, “não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes” (art. 168, parágrafo único, do CC). Exemplo: o locador A move ação de cobrança contra o casal B e C, alegando que afiançaram D, que não pagou aluguéis: ou o autor instruiu a petição inicial com o instrumento, porque documento indispensável (art. 320), ou o juiz assinar-lhe-á o prazo de quinze dias previsto no art. 321, *caput*, indeferindo a petição inicial, na forma do art. 321, parágrafo único, se o autor não juntar o instrumento. Se, por algum motivo, a causa alcançou estágio avançado, em que pese ausente o documento, o juiz atentará para sua ausência e precipitará a extinção após as providências preliminares (art. 357), antes da decisão de saneamento.

60. Frederico Augusto das Neves e Castro, *Teoria das provas*, n.º 135, pp. 248-249; Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 131, n.º 3, p. 273.

61. Araken de Assis, *Comentários ao código civil brasileiro*, v. 5, n.º 4.6, p. 44; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, v. 2, n.º 18.1, p. 431; J. M. de Carvalho Santos, *Código de processo civil interpretado*, v. 3, pp. 343-344.

62. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 283, p. 15.

58. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 1, n.º 462, pp. 473-474.

59. Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht*, § 51, III, 4, p. 206.

1.959.4. *Fatos subordinados à prova pericial* – A alegação de fato cuja veracidade depende de conhecimento técnico, científico, artístico ou prático (v.g., na ação de A contra B, na qual A alega que contraiu infecção quando internado no hospital B, a natureza e origem da bactéria), obrigatória prova pericial, a teor do art. 156, *caput*. E, de fato, havendo necessidade de conhecimento científico, técnico, artístico ou prático (a enumeração do artigo é incompleta) para resolver *questio facti*, inexiste discricção judicial: a realização de perícia é dever inexorável do órgão judiciário.⁶³ A aquisição de conhecimentos dessa natureza necessita do entendimento de fato. Não é possível substituí-lo pela testemunha desprovida da expertise. Logo, a prova testemunhal é inadmissível.

A prova pericial é demorada e custosa. Para abreviá-la, indiretamente favorecendo o julgamento antecipado (art. 355, I), o art. 472 autoriza o parecer técnico, produzido na forma da prova documental (art. 434), e, como alternativa menos atraente, a audição de especialista (art. 464, § 3.º). O sucedâneo da audição do experto não empolga o juiz, porque obriga a realização da audiência de instrução, ao contrário da perícia em sentido estrito, inclusive no caso do pedido de esclarecimentos (art. 477, § 3.º), respondidos por escrito; porém, os depoimentos do perito e dos assistentes não equivalem à prova testemunhal. Fica nítida a diferença na ordem das audições: primeiramente, a do perito e dos assistentes (art. 361, I); por última, a das testemunhas (art. 361, III).

1.960. Inadmissibilidade da prova testemunhal exclusiva

O art. 401 do CPC de 1973 declarava inadmissível a prova testemunhal exclusiva nos contratos cujo valor excedesse o décuplo do maior salário mínimo vigente do país no momento da formação do vínculo. O art. 227, *caput*, do CC estabelecia idêntica diretriz.

Fonte legislativa direta dessas regras era o art. 1.341 do CC francês que, na redação vigente (Lei de 12.07.1980), permite a fixação do valor mediante decreto, na teoria sistema flexível na atualização. Disposição similar constava nas Ordenações Filipinas (Livro 3, Título 59, n.º 1) e, recuando o texto às Ordenações Manuelinas, de 1521 (Livro 3, Título 45, n.º 1). Este diploma português antecedeu a *Ordonnance de Moulins*, de 1566,⁶⁴ por sua vez fonte remota de inspiração da codificação francesa, segundo revela o emprego da expressão “toutes choses”,⁶⁵ e constitui a primeira disposição geral nesse sentido.

Descansava a exigência da prova documental de certos fatos na sociedade moderna, viciada no uso papel (recurso natural renovável), em que todos ou quase todos sabem ler e escrever fluentemente.⁶⁶ Surpreende o fato de a corrupção dos costumes chegar a tal grau das primícias da era dos descobrimentos. E, de toda sorte, revelava-se intolerável culto tão intenso à escrita em países socialmente desiguais, em que boa parte da população sabe ler e escrever apenas o próprio nome e tem acesso restrito às informações provenientes dos meios de comunicação.

O objetivo da rejeição da prova testemunhal repercutia a desmoralização dos depoimentos. Em país próximo ao nosso, o Ministro da Justiça, em debate parlamentar, afirmou que as testemunhas dizem o que as partes desejam.⁶⁷ Ora, não há como impedir a mendacidade, ou seja, as fraquezas humanas; mas, o processo do Estado Constitucional Democrático não pode prescindir dos terceiros como fonte de prova. A mudança de mentalidade explica as atenuações dessa regra de exclusão da prova testemunhal exclusiva em diversos sistemas da *Civil Law* já na segunda metade do século XX.⁶⁸ Em realidade, o art. 401 do CPC de 1973 restringia a livre apreciação da prova pelo juiz, o que não podia ser bem visto no paradigma do processo civil autoritário. E, indiretamente, instituiu regra sobre forma dos atos jurídicos em sentido estrito e dos negócios jurídicos (*forma ad probationem*).⁶⁹

O art. 401 do CPC de 1973 e o art. 227, *caput*, do CC, não reclamavam, senão indiretamente, a prova documental, ao contrário do paradigma francês. Pré-excluía a prova “exclusivamente testemunhal”. Tal não a importava a admissão de outro meio de prova para suprir a ausência da prova documental. A inteligência da proposição esclarecia-se no cotejo com o art. 221 do CC, declarando este que o instrumento particular prova “obrigações convencionais de qualquer valor”. O art. 227, parágrafo único, do CC admite a prova testemunhal como subsidiária e complementar da prova por escrito. Se é apenas prova literal, ou de espécie diferente, mas na função de complemento, cogitar-se-á em outro sítio.⁷⁰ Aqui a questão proposta é distinta: inadmissível a prova testemunhal, porque cabível unicamente a prova documental, interessava precisar se nos litígios envolvendo contratos acima do valor estipulado no art. 401 do CPC de 1973 admitir-se-ia, ou não, outro meio como sucedâneo do documento.

66. Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil – Introduction générale*, n.º 659, p. 635.

67. Amado Adip, *Prueba de testigos y falso testimonio*, p. 31.

68. Vittorio Denti, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, n.º 3, p. 43.

69. Clovis do Couto e Silva, *Direito material e processual em tema de prova*, p. 54.

70. No direito anterior ao CC vigente, em sentido positivo Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 3, § 351, p. 438.

63. Vincenzo Ansanelli, *La prova nel processo civile*, p. 1.107.

64. Clovis do Couto e Silva, *Direito material e processual em tema de prova*, p. 54.

65. Charles Aubry, Frédérique-Charles Rau e Étienne Bartin, *Cours de droit civil français*, v. 12, § 762, p. 305; Théophile Huc, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, v. 8, n.º 279, p. 351.

Existem casos em que o documento integra a forma, sob a pena de nulidade (art. 166, IV, do CC), não se admitindo outra prova, por mais especial que seja (art. 407, *in fine*), quando for hipótese de instrumento público: a prova documental é obrigatória; portanto, a única prova admissível. Nenhuma outra lhe supre a falta.

No entanto, a inexistência formal de prova plena – exceção feita à escritura pública (art. 215, *caput*, do CC) –, vinculando o juiz, não obsta o sutil vínculo da confissão (judicial ou extrajudicial). Lícito conjecturar se a confissão, fazendo prova contra o confitente (art. 391), e pré-excluindo a prova testemunhal (art. 443, I, segunda parte), supre a falta de prova testemunhal da existência e do conteúdo do “contrato” (*rectius*: dos negócios e atos jurídicos). Impõe-se resposta positiva à questão: é válida e eficaz a confissão a respeito de direitos disponíveis (*retro*, 1.877).⁷¹ Também a perícia, antecedida ou não da exibição, servirá a esse propósito, pois os livros do empresário fazem prova contra o seu interesse (art. 417).

A inadmissibilidade da prova testemunhal exclusiva nos litígios contratuais suscitava variadas questões. À primeira vista, a mais simples era o efeito da regra: a inadmissibilidade da prova testemunhal. Fora daí, entretanto, e sem embargo dos valiosos subsídios hauridos do direito francês, em mais de um aspecto a disciplina brasileira era particular.

Conforme já se assinalou, o art. 1.072, II, do NCPC revogou os arts. 227, *caput*, e 229 do CC, emprestando configuração da admissibilidade da prova testemunhal mais afeição ao sistema germânico (*retro*, 1.958). Em tal contexto, há dois termos de alternativa: ou desprezam-se as questões do direito anterior, porque superadas pela bem vinda evolução legislativa; ou empreende-se o exame desses assuntos, eventualmente úteis em processos vindouros (*v.g.*, na rescisória). É mais prudente, por enquanto, percorrer o segundo caminho.

1.960.1. *Âmbito objetivo da restrição à prova testemunha exclusiva* – Segundo aguda observação feita no direito anterior, o direito probatório brasileiro em vigor era “o resultado de dois retículos normativos, com pontos e espaços que nem sempre coincidem”.⁷² A falta de coincidência há de pôr o intérprete de sobreaviso contra os perigos da superficialidade. E, no atinente a limitação da inadmissibilidade *ad valorem* da prova testemunhal estampava-se flagrante contraste entre o art. 401 do CPC de 1973 e o art. 227, *caput*, do CC, ambos revogados: o dispositivo

civil aludia a “negócios jurídicos”, enquanto o processual contentava-se com uma das suas espécies, a dos “contratos”.

O art. 227, *caput*, do CC ampliara o âmbito objetivo da restrição à prova testemunhal exclusiva.

Ficavam alheios à incidência da regra, nos termos regra processual revogada, os negócios jurídicos unilaterais (*v.g.*, promessa de recompensa, outorga de poder), os atos jurídicos em sentido estrito (*v.g.*, constituição de renda, gestão de negócios sem mandato) e os atos-fatos (*v.g.*, especificação, abandono da posse, pagamento).⁷³ Em relação ao pagamento (ato-fato) e à remissão (ato jurídico) já inovara o art. 403 do CPC de 1973, admitindo prova testemunhal, mas o art. 227, *caput*, do CC, manteve-se indiferente à regra processual.

Não comportavam prova testemunha exclusiva os negócios jurídicos bilaterais e unilaterais e os atos jurídicos (art. 185 do CC), em geral.⁷⁴ E, como antes, a natureza empresarial do contrato não apresentava relevo.⁷⁵ O contrato civil e o empresarial entravam na órbita do art. 227, *caput*, do CC.

Ressalvava o art. 227, *caput*, do CC, os “casos expressos” em contrário. No direito anterior, entendeu-se ociosa a ressalva de idêntico teor, inexistindo casos de contratos de valor superior ao prefixado que se provariam por testemunhas.⁷⁶ No entanto, os contratos agrários já comportavam prova exclusivamente testemunhal, a teor do art. 92, § 8.º, primeira parte, da Lei 4.504/1964.⁷⁷ E, hoje, o novo regime apenas reforça a regra pescial.

Exceto nessa parte, os dispositivos em exame não excepcionavam a qualidade dos figurantes, a natureza do negócio e outras circunstâncias, autorizando a autoridade judiciária a admitir prova testemunhal exclusiva, a exemplo do art. 2.721, n.º 2, do CC italiano, e, desse modo, era inaplicável orientação análoga. Ao juiz brasileiro restava decidir se o art. 401 do CPC de 1973 incidia, ou não, na espécie; constatado valor superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente do país, no momento da formação do negócio, simplesmente não caberia prova testemunhal exclusiva.⁷⁸

A destruição ou o extravio da única via do instrumento particular, excepcionalmente a destruição do instrumento público (*v.g.*, lavrada a escritura de

71. No direito francês, Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil – Introduction générale*, n.º 659, p. 636. Entre nós, com ressalva do caráter de prova plena, J. M. de Carvalho Santos, *Código de processo civil interpretado*, v. 3, pp. 342-343.

72. José Carlos Barbosa Moreira, Anotações sobre o título “Da Prova” do novo código civil, n.º 1, p. 143.

73. Eduardo Espínola, *Dos fatos jurídicos*, v. 3, t. 3, n.º 44, p. 365.

74. Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo código civil*, v. 3, t. 2, n.º 496, p. 530.

75. Jorge Americano, *Comentários ao código de processo civil*, v. 1, p. 508.

76. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no civil e comercial*, v. 3, n.º 132, p. 277. Em termos, Afonso José de Carvalho, *Inquirição civil*, n.º 11, p. 25.

77. Joel Dias Figueira Júnior, *Comentários ao código de processo civil*, v. 4, t. 1, p. 349.

78. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 287, p. 20.

compra e venda de imóvel, avassalador incêndio no prédio do tabelionato liquidou fisicamente os livros do tabelião, antes da entrega do traslado às partes), encerrava a problemática geral da extensão objetiva da inadmissibilidade da prova documental exclusiva.

Em casos tais, era (e ainda é, quanto aos negócios formais) lícito aos litigantes provar através de qualquer meio não a formação do negócio jurídico em si, mas a existência prévia do instrumento e ulterior desaparecimento, suprindo-lhe, indiretamente, a falta.⁷⁹ O art. 221, parágrafo único, do CC, devidamente preservado pelo art. 1.072, II, do NCPC, reza o seguinte: "A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal". A despeito do disposto no art. 406 do NCPC, segundo o qual a falta do instrumento público não pode ser suprida por outro meio,⁸⁰ idêntica faculdade a ele se estende. Lícito à parte provar a anterior existência e o teor do instrumento público por qualquer meio de prova. A perda ou o extravio dos instrumentos é caso de admissibilidade da prova testemunhal.

Fixado o panorama geral do âmbito objetivo de incidência do art. 401 do CPC de 1973 c/c art. 227, *caput*, do CC, no direito anterior, urge resolver dois problemas especiais: a determinação do valor e a espécie de fatos que, nos negócios jurídicos, submetem-se à restrição legal.

1.960.1.1. *Determinação ad valorem do objeto da restrição da prova testemunhal exclusiva* – Em sentido felizmente uníssono, o art. 401 do CPC de 1973 e o art. 227, *caput*, do CC convergiam no tocante (a) ao valor do negócio (décuplo do maior salário mínimo vigente no país) e (b) ao momento da apuração do valor: o da formação do negócio.

O valor prefixado – décuplo do maior salário mínimo vigente no país – refletia opção de política legislativa, cuja razoabilidade pode ser posta em dúvida, em virtude de eventual insuficiência, e, não por excesso. Em muitos casos, negócios de valor aquém do prefixado envolviam interesses transcendentais da pessoa natural, nada obstante, têm prova livre. O objetivo de emprestar maior segurança às relações jurídicas através da prova literal, interessando precipuamente à ordem pública,⁸¹ razão por que exclui estipulação das partes em contrário,⁸² ficaria comprometido para setores significativos da população. Feita essa ressalva, o critério revelava-se imune ao controle judiciário.

79. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 178, p. 345; José Mendonça, *A prova civil*, n.º 20, p. 141.

80. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 3, § 347, p. 419.

81. Charles Aubry, Frédérique-Charles Rau e Étienne Martin, *Cours de droit civil français*, v. 12, § 761, p. 299.

82. J. M. de Carvalho Santos, *Código de processo civil interpretado*, v. 3, p. 344.

O emprego de escala móvel – salário mínimo – imunizava o valor do negócio jurídico, na época da sua formação, das vicissitudes da moeda nacional. Representava solução tecnicamente superior à da fixação periódica e casuística do direito francês.⁸³ O valor do negócio era apurado no momento da "celebração", ou seja, na oportunidade do ingresso no mundo jurídico, uma vez preenchidos os elementos de existência. Eventos e condutas anteriores (fase das tratativas) e posteriores (v.g., o inadimplemento) ficavam alheios à restrição. A circunstância de o valor da prestação ultrapassar o valor prefixado (v.g., em razão da fluência dos juros da mora), no momento em que é pedida pela ação de cumprimento (art. 475 do CC), revelava-se irrelevante à admissibilidade da prova testemunhal exclusiva.⁸⁴

Podia acontecer de os figurantes não estipularem formalmente o valor do negócio na época sua formação. Exemplo clássico é o da permuta entre dois quadros. Nessa contingência, distinguem-se três situações: (a) o valor atribuído à causa pelo autor, porque impraticável a definição do valor, e suposto retrato do conteúdo econômico da pretensão, não era impugnado pelo adversário; (b) o valor atribuído pelo autor à causa, inferior ou superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país (art. 401 do CPC de 1973), era impugnado; (c) o valor do negócio era inestimável.⁸⁵ O valor da causa atribuído pelo autor predeterminava, no primeiro caso, a admissibilidade da prova testemunhal, conforme seja inferior ou superior ao valor prefixado no art. 401. Essa disposição refletia análoga liberdade na estipulação do valor do próprio negócio.⁸⁶ Sobrevindo impugnação do réu, o juiz, servindo-se, quando necessário, do auxílio de perito, determinava o valor da causa, e, conseqüentemente, condicionava o cabimento, ou não, da prova testemunhal. E, na última hipótese, não se concebendo, como outrora, a omissão do autor,⁸⁷ a admissibilidade regulava-se pelo valor livremente atribuído na petição inicial.

A admissibilidade da prova testemunhal governava-se unicamente pelo valor do negócio. O valor do litígio superveniente não exibia importância.⁸⁸ Ao contrário da hipótese anteriormente ventilada e resolvida, ou seja, a da inexistência formal

83. Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil – Introduction générale*, n.º 661, pp. 638-639.

84. J. M. de Carvalho Santos, *Código de processo civil interpretado*, v. 3, p. 324. Na literatura francesa mais antiga, Charles Aubry, Frédérique-Charles Rau e Étienne Martin, *Cours de droit civil français*, v. 12, § 762, p. 320.

85. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 135, p. 282.

86. Carlo Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, v. 4, n.º 60, p. 100; G. Cesareo Consolo, *Trattato delle prove per testimoni*, n.º 35, p. 137.

87. Nesse sentido, porém, Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 135, p. 284.

88. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 287, p. 23.

do valor, agora o negócio tem valor determinável; porém, a pretensão concretamente exercida apresenta conteúdo econômico inferior ao valor prefixado no art. 401 do CPC de 1973.

Recebeu o assunto ampla análise na literatura francesa antiga.⁸⁹ Os resultados fundam-se na premissa que à admissibilidade da prova testemunhal exclusiva importa só o valor do negócio. Se o valor era superior ao prefixado na lei, e os figurantes optaram por ignorar a forma *ad probationem*, porque livre a forma *ad solenitatem*, presume-se a assunção dos riscos daí advindos. Além disso, litígios parciais subordinam-se ao teto de admissibilidade. Desse modo: (a) pedindo o autor prestação principal de valor inferior ao prefixado, mas excedendo o valor do negócio ao teto da admissibilidade, exclui-se a prova testemunhal exclusiva; (b) a transmissão do objeto de negócio a mais de uma pessoa, por negócio *inter vivos*, ou *causa mortis*, excedendo o valor originário o teto da admissibilidade, em que pese as pretensões individuais dos sucessores sejam de valor inferior ao teto não apaga a inadmissibilidade da prova testemunhal exclusiva; (c) o pedido de prestação acessória (v.g., os juros) de valor inferior ao teto de admissibilidade, sendo superior o valor do negócio, não torna admissível a prova testemunhal insulada; (d) reclamando o credor prestação de valor supostamente inferior ao teto de admissibilidade, na verdade, porém, de valor superior, a prova testemunhal insulada é inadmissível. Todavia, pleiteando o credor prestações originadas de dois ou mais negócios de valor inferior ao teto de admissibilidade da prova testemunhal exclusiva, cuja soma excede o valor prefixado, a prova testemunhal insulada é admissível.⁹⁰

1.960.1.2. Determinação do fato negocial objeto da restrição da prova testemunhal exclusiva—O art. 401 do CPC de 1973 e o art. 227, *caput*, do CC não esclareciam a natureza do litígio envolvendo o negócio. Entendia-se que são os fatos principais relativos à formação, à modificação, à confirmação, à transmissão ou à extinção dos negócios jurídicos (bilaterais e unilaterais) e dos atos jurídicos.⁹¹ Fatos simples podiam ser provados unicamente por testemunhas.⁹²

Por extensão explícita, o pagamento (ato-fato) e a remissão (negócio jurídico unilateral) também se encontravam jungidos ao valor prefixado, a teor do art. 403 do CPC de 1973, regra inspirada no art. 2.726 do CC italiano.⁹³ Embora a palavra

pagamento compreendesse quaisquer meios de solução da dívida,⁹⁴ ao mencionar um meio extintivo—remissão—, a norma restringia a simetria do regime de admissibilidade da prova testemunhal ao adimplemento do obrigado e à remissão.⁹⁵ No tocante ao pagamento, era a interpretação adotada na vigência do art. 141 do CC de 1916.⁹⁶ O ônus da prova dos fatos em sentido amplo posteriores à fase de formação do contrato incumbia ao obrigado.⁹⁷ Não importava a alegação do ato-fato como elemento da pretensão ou da exceção.⁹⁸

Limitação desse teor equacionava problema agudo. Podia acontecer de os figurantes olvidarem os proveitos da escritura em determinados negócios, a exemplo da intermediação, do transporte de coisas ou de pessoas, e da locação de imóveis, caso em que a prova testemunhal do adimplemento de um dos parceiros outorga-lhe direito à contraprestação.⁹⁹ Exemplo clássico era o direito do corretor de imóveis à contraprestação de quem o contratou no caso de êxito da mediação.¹⁰⁰

Em princípio, a prova dos fatos jurídicos *lato sensu* e dos atos-fatos, exceção feita ao pagamento, escapava à regra restritiva do art. 401 do CPC de 1973. Este largo critério suscita mais de um problema no direito francês, o principal deles—prova testemunhal do pagamento autoriza, ou não, o juiz a inferir a existência do negócio que originou a dívida—solvido no art. 403 do CPC de 1973.¹⁰¹ A jurisprudência francesa passou a distinguir entre os atos jurídicos *lato sensu* e os “fatos materiais” com o propósito de mitigar o ônus de preconstituir a prova literal.¹⁰² Entre nós, idêntica diretriz é *ope legis*.

Ao contrário do modelo francês, submetendo ao mesmo regime o período pré-contratual e pós-contratual, entre nós eventos e condutas nessas fases já comportavam prova testemunhal exclusiva. Por exemplo, na ação de reparação de dano movida por A contra B, alegando o autor o rompimento caprichoso, intempestivo

94. Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao código de processo civil*, v. 4, n.º 156, p. 164.

95. Salvatore Patti, *Prova testimoniale – presunzioni*, p. 76.

96. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 137, p. 288; J. M. de Carvalho Santos, *Código de processo civil interpretado*, v. 3, pp. 324-325.

97. Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, § 19, I, p. 262.

98. Luis Muñoz Sabaté, *La prueba de la prestación mercantil*, p. 108.

99. Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo código civil*, v. 3, t. 2, n.º 487, pp. 531-532. No direito anterior, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 3, § 351, p. 440.

100. 4.ª T. do STJ, AgRg no Ag 1.106.104-RO, 10.05.2011, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJE 18.05.2011; 3.ª T. do STJ, Resp. 55.984-SP, 17.03.1995, Rel. Min. Waldemar Zveiter, RJSTJ, 74/412.

101. Vide, Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil – Introduction générale*, n.º 662, pp. 639-640.

102. Raymond Legeais, *Les règles de preuve en droit civil*, pp. 113-116.

89. Charles Aubry, Frédérique-Charles Rau e Étienne Martin, *Cours de droit civil français*, v. 12, § 762, pp. 315-323.

90. J. M. de Carvalho Santos, *Código de processo civil interpretado*, v. 3, p. 323.

91. Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil – Introduction générale*, n.º 662, p. 639.

92. M. P. Fabreguettes, *La logique judiciaire et l'art de juger*, p. 160.

93. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 294, p. 37.

e racional das tratativas preliminares pelo réu, visando à formação de contrato de empreitada vultoso, a prova testemunhal era admissível sem restrições.

Em contrapartida, inadmissível prova testemunhal exclusiva dos pactos idôneos a modificar ampliativa ou restritivamente o conteúdo do negócio, cujo valor original supera o prefixado.¹⁰³ Fórmula originada no direito romano: *Contra scriptum testimonium, non scriptum testimoniun non fertur*. Conforme assinalou antigo escritor italiano, em passagem de limpidez cativante,¹⁰⁴ “admitir a prova testemunhal para contrariar a resultante do documento escrito seria, à evidência, pretender-se reviver as dificuldades que as partes quiseram excluir com a redação da escritura”.¹⁰⁵ Exemplos: (a) no contrato entre A e B, que estipula o valor da dívida em vinte vezes o maior salário mínimo, não se afigurava lícito provar unicamente por testemunhas que a dívida montava, na verdade, a quinze salários mínimos; (b) no contrato entre A e B, no valor de vinte salários mínimos, inexistindo cláusula estipulando juros compensatórios, revelava-se inadmissível provar por testemunhas a estipulação dos juros e a respectiva taxa.¹⁰⁶

Era (e, naturalmente, o é no direito vigente) admissível a prova testemunhal exclusiva, a despeito do valor do contrato, com o intuito de precisar-lhe o alcance das cláusulas.¹⁰⁷ Por exemplo, no contrato entre A e B, estipulara-se o pagamento das prestações no quinto dia de cada mês, mas o credor A tolerava o adimplemento de B até o décimo dia, sem cobrar os encargos do retardamento.

Os erros materiais na prova literal comportam prova exclusivamente testemunhal.¹⁰⁸ Em relação à data do instrumento particular, o art. 409, *caput*, dispõe: “A data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito” (*retro*, 1.927).

1.960.2. *Âmbito subjetivo da restrição à prova testemunhal exclusiva* – O art. 401 c/c art. 227, *caput*, do CC vinculava as partes e seus sucessores, a qualquer título, na relação contratual.

O vínculo dos figurantes do negócio, ou do figurante nos negócios jurídicos unilaterais e no ato jurídico em sentido estrito, justificava-se em razão da declaração de vontade emitida, assumindo os riscos da forma livre, em que pese o expressivo conteúdo do negócio ou do ato.¹⁰⁹ E o vínculo dos figurantes respaldava-se na cir-

cunstância de a sucessão a título particular ou a título universal transferir somente os direitos, pretensões, ações, deveres e exceções do sucedido. Nada mais.

Litígios entre os figurantes, ou entre certo figurante e o sucessor de outro, quadravam-se na restrição à prova testemunhal exclusiva. Por óbvio, no âmbito dos limites objetivos anteriormente examinados. A esse propósito, a parte dispunha da pretensão à exibição do documento comum, lavrado o negócio em documento particular na posse privativa do adversário. Todavia, invocando o sucessor direito próprio, contra outro sucessor ou o(s) figurante(s) remanescente, o princípio da relatividade do negócio repele a incidência do art. 401 do CPC de 1973.¹¹⁰ Era o caso do herdeiro B que busca invalidar a doação feita por A ao herdeiro C, vez que excedeu a parte disponível.¹¹¹

Os negócios jurídicos destinam-se a produzir efeitos típicos ou próprios, de natureza real ou obrigacional, conforme o estipulado no respectivo conteúdo. Esses efeitos não vinculam terceiros e, aqui como alhures (*retro*, 506), chama-se terceiro à pessoa que não figura no negócio ou no ato. A inexistência de extensão subjetiva, ou pessoal, dos efeitos próprios ou naturais do negócio, preside o princípio da relatividade dos efeitos.¹¹² O brocardo *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest* expressa a regra geral. No entanto, terceiros têm o dever de respeitar os negócios alheios, e de não prejudicá-los, e por exceção, também se vinculam supervenientemente. É o caso do adquirente de imóvel locado, vigorando a locação por prazo determinado, pactuada cláusula de vigência e averbada no álbum imobiliário, a teor do art. 576 do CC. Os efeitos predeterminados, *ope legis*, do ato jurídico em sentido estrito seguem idêntico regime.

Em virtude desse princípio, nos litígios entre terceiros a existência, a subsistência e o conteúdo do negócio alheio entende com os fatos simples, e, portanto, passível de prova testemunhal irrestrita.¹¹³ Por exemplo, na ação de A movida contra B, pleiteando a separação fundada no adultério do réu B com C, a versão de que C é figurinista da fábrica de roupas de cama D, a existência desse último vínculo de valor superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país comportava prova testemunhal.

Litigando um dos figurantes do negócio jurídico contra terceiro, o quadro altera-se radicalmente: admitir-se-á prova testemunhal exclusiva do terceiro, mas o figurante do negócio (ou sucessor a título universal ou singular) valer-se-ia da

103. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 287, p. 21.

104. Vide, Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 140, p. 291.

105. Luigi Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, v. 2, n.º 360, pp. 328-329.

106. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 141, p. 293.

107. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 287, p. 20.

108. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 146, p. 298.

109. J. M. de Carvalho Santos, *Código de processo civil interpretado*, v. 3, p. 321.

110. Carlo Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, v. 4, n.º 97, p. 140.

111. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 133, p. 279.

112. Araken de Assis, *Comentários ao código civil brasileiro*, v. 5, n.º 5.3, pp. 66-71.

113. Francesco Ricci, *Delle prove*, n.º 185, p. 317.

prova documental.¹¹⁴ Exemplo: A ingressa com ação de despejo contra B, fundado na sublocação do espaço-estacionamento do imóvel X a C, violando a proibição contratual contrato, mas B alega a extinção o último vínculo: A dispõe da prova testemunhal irrestrita para provar a existência da sublocação, pois é terceiro; mas B necessitava de prova documental da extinção da sublocação de valor superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país, porque figurante neste contrato. Dependia a proposição deste ou daquele meio de prova do interesse derivado da regra de conduta aplicável ao litígio. Segundo a mecânica do procedimento probatório comum, A só necessitava valer-se das testemunhas na hipótese de B não produzir a prova documental na contestação: produzida esta, com efeito, incidia regra equivalente ao atual art. 443, II, segunda parte, do NCPC tornando desnecessária a instrução. Restaria ao juiz decidir se sublocação não consentida, mas já extinta, constituía violação suficientemente grave para decretar o despejo.

1.961. Admissibilidade da prova testemunhal complementar

Os arts. 444 e 445 declaram admissível a prova testemunhal nos negócios formais em duas hipóteses: (a) havendo começo de prova por escrito; e (b) havendo impossibilidade material e moral de o credor constituir “prova escrita da obrigação”. Esses dispositivos excepcionam a regra da inadmissibilidade prevista no art. 444, primeira parte, devendo entender-se “obrigação” em sentido amplo, haja ou não negócio jurídico, conforme prevê o art. 227, parágrafo único, do CC.

Duas observações preliminares preparam a análise dessas hipóteses nas quais o juiz admitirá prova testemunhal subsidiária ou complementar.

O art. 444 descuro das hipóteses de (a) perda e (b) extravio da única via do instrumento particular ou público sem cópia. Não é implausível aventar-se o calamitoso e anormal desaparecimento de instrumento público, impossibilitada a parte, ainda, de obter certidão. Basta recordar o exemplo já ministrado de incêndio destruir os livros físicos do tabelião antes da entrega dos traslados da escritura pública e, aposentado ou morto o antigo titular do ofício, extraviarem-se os arquivos no todo ou em parte. É admissível produzir prova testemunhal exclusiva da (a) existência e do (b) conteúdo, no todo ou em parte, do negócio jurídico subordinado à forma *ad solenitatem* ou, informal que seja, constituído por escrito *ad probationem*.¹¹⁵ Suprem as partes, por essa via, a falta superveniente do instrumento público ou particular, e, não, a preterição da forma *ad solenitatem*.¹¹⁶

Eas disposições aplicam-se a quaisquer modalidades de extinção da obrigação (ug., pagamento e novação).

1.961.1. *Prova testemunhal complementar ao começo de prova escrita* – O art. 444, segunda parte, admite prova testemunhal complementar ao começo de prova por escrito do contrato formal ou solene.

O dispositivo descende do art. 1.347 do CC francês, que utiliza expressão idêntica – *commencement de preuve par écrit* –, mas sua fonte direta é nacional. Éram similares os termos do art. 183 do Regulamento 735/1985, por sua vez origem do art. 141, parágrafo único, do CC de 1916 e do art. 227, parágrafo único, do CC vigente, e, ainda, do art. 402, I, do CPC de 1973. Relativamente ao art. 2.724, n.º 1, do CC italiano e ao art. 1.347, n.º 2, do CC francês, a fórmula brasileira avanteja-se no quesito da clareza e precisão: estabeleceu imputabilidade do começo de prova à parte contra a qual o adversário fez a alegação cuja veracidade pretende demonstrar, e, não, a pessoa demandada, sugerindo atribuição dessa prerrogativa unicamente ao autor.¹¹⁷

1.961.1.1. *Função do começo de prova* – O art. 444, segunda parte, do NCPC discrepa do modelo prescrito no art. 1.347, n.º 2, do CC francês no que tange à função do começo de prova por escrito. Absteve-se o dispositivo nacional de apresentar o começo de prova como hábil a tornar verossímil a alegação de fato controvertida. Nada obstante, a função é idêntica: o documento produzido não se mostra bastante à cabal formação do convencimento do juiz, quanto à existência do negócio jurídico solene, necessitando o complemento da prova testemunhal (ou de outro meio hábil), mas persuade o necessário para a autoridade judiciária passar à instrução da causa.¹¹⁸ A esse estágio do convencimento, flagrantemente intermediário entre a incerteza e a convicção da veracidade,¹¹⁹ dá-se o nome de juízo de verossimilhança.

Em determinadas situações, principalmente na tutela da urgência, o juízo de verossimilhança é suficiente; quer dizer, resultado possível e máximo da instrução. Eis o motivo por que a medida da livre apreciação (*retro*, 1.335.1.3.2) assumiu importância primacial no processo civil contemporâneo e o prestígio da verossimilhança como modelo de constatação aumentou exponencialmente. Exemplo clássico de juízo de verossimilhança que leva ao acolhimento do pedido de reparação do dano localiza-se no furto de automóvel no estacionamento dos supermercados.

114. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 133, p. 280.

115. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 293, p. 36;

116. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 178, p. 345; José Mendonça, *A prova civil*, n.º 20, p. 141.

117. Vide, Mario Battaglini, *Appunti sul concetto di principio di prova per iscritto*, n.º 11, p. 573-574 e n.º 16, pp. 580-581.

118. No mesmo sentido, Francesco Paolo Luiso, *Diritto processuale civile*, v. 2, n.º 16.7, p. 128.

119. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 155, p. 311.

O art. 444, segunda parte, não chega a tais extremos de ausência de subsídio probatório. Ao contrário, o elemento de prova produzido enseja ulteriores perquirições, presumivelmente frutíferas para alcançar o desejável juízo de certeza. Assim, ao admitir a prova testemunhal, o juiz invocará o começo de prova por escrito, forma de controle do raciocínio judicial.¹²⁰

1.961.1.2. *Conceito e natureza do começo de prova* – Se o começo de prova por escrito contemplado no art. 444, segunda parte, enseja ulterior atividade de instrução, cuida-se de prova incompleta, ou de prova semiplena;¹²¹ na verdade, a “meia prova” das Ordenações Filipinas (Livro 2, Título 52, n.º 1): “os escritos de obrigações, pactos, ou liberações, feitos por pessoas, cujos escritos não tem força de escritura pública”.¹²² A par dessa frisante característica, inexistência de uniformidade quanto à noção do que, realmente, preenche o gabarito de “começo de prova por escrito”. Evoluiu a doutrina italiana da noção assaz ampla, abrangendo qualquer escrito, independentemente da forma e da finalidade da redação,¹²³ para outra mais restrita: a de documento redigido e assinado pelo respectivo autor, prejudicado por defeito formal.¹²⁴ Entre nós, sustentou-se tratar-se de qualquer documento, escrito ou não, inclusive os do art. 422 (v.g., a fotografia).¹²⁵

A título de exemplo, representaria começo de prova por escrito a fotografia do banqueiro A, estampada no jornal local, festejando a inauguração do estabelecimento de B, supostamente instalado com recursos provenientes do mútuo por ele concedido ao obrigado. Embora convincente o exemplo, revelando tanto a verossimilhança da alegação de fato (existência do mútuo), como a insuficiência isolada desse elemento de prova para suprir a ausência da escritura privada, urge considerar a exigência de “escrito” justaposta no art. 444, segunda parte, ao começo de prova. Em geral, entende-se o começo de prova como documento escrito.¹²⁶ Completamente distinta a visão clássica, reclamando escrito desprovido dos requisitos legais. Dos exemplos colecionados (v.g., livros comerciais, registros domésticos e cartas) segundo tal concepção restritiva,¹²⁷ resulta inequívoco que, a vingar a tese, sobrariam poucos escritos aptos a incidir no art. 444, segunda parte. Parece recomendável dilatar o campo de incidência da regra. Se a anotação em

registro doméstico supre a falta do título (art. 415, II), bastando como prova do crédito, então começo de prova por escrito é menos que tal: a minuta do recibo de pagamento com o carimbo de “cancelado”, por exemplo.

O começo de prova por escrito é qualquer documento que, emanado da parte contra quem é feita a alegação de fato, exiba ou não a força probante intrínseca prova documental (v.g., a minuta do contrato e o desenho da obra contratada).

Cumpra à parte produzir o documento no momento oportuno (art. 434); por conseguinte, será prova pré-constituída, jamais constituenda (v.g., depoimento pessoal e confissão). Não releva o ônus de produzi-lo, *oportuno tempore*, a inexistência de controvérsia ou o requerimento de provar por testemunhas também a respectiva existência.¹²⁸

1.961.1.3. *Requisitos do começo de prova* – São três os requisitos do começo de prova: (a) a forma documental; (b) a imputabilidade à parte contrária;¹²⁹ e (c) aptidão para o juízo de verossimilhança. Resta examinar a proveniência do documento abrigado no art. 444, segunda parte.

Documento emanado da parte contra a qual pesa a alegação de fato controvertida, relativamente ao negócio jurídico formal, não é documento que pertença ou esteja na posse desse sujeito da relação processual, mas declaração de ciência imputável. Costuma-se distinguir nesses domínios o (a) documento autógrafo (v.g., o documento feito e assinado pelo seu autor, a teor do art. 410, I; a anotação do art. 415, II); e o (b) documento eterógrafo.¹³⁰ O documento eterógrafo subdivide-se em duas espécies, conforme a proveniência da declaração: (ba) a declaração origina-se da parte (v.g., o instrumento público redigido por oficial incompetente; o comprovante do estacionamento do veículo; o cartão de ingresso no quarto do hotel); (bb) a declaração origina-se de terceiro (v.g., a prova testemunhal emprestada).¹³¹ Emanará da parte contra quem se pretende utilizar documento feito pelo mandatário (incluindo o advogado, no que praticar fora da procura judicial),¹³² pelo gestor de negócios,¹³³ o sucessor, e assim por diante. Relativamente à prova testemunhal emprestada, produzida sob a forma documental, mas com eficácia de testemunhal, não tem o menor cabimento: prova testemunhal antecedente não é

120. Salvatore Patti, *Prova testimoniale – presunzioni*, p. 61.

121. Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, n.º 305, pp. 743-744.

122. Manuel de Almeida e Souza, *Tratado do juramento supletório e semiplena prova*, §16, p. 287.

123. Carlo Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, v. 3, n.º 479, p. 524.

124. Salvatore Patti, *Prova testimoniale – presunzioni*, pp. 58-59.

125. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 290, p. 30.

126. Juan Burbos Ladron de Guevara, *El principio de prueba en el proceso civil español*, p. 91.

127. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 157, pp. 314-315.

128. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 155, p. 60. Em sentido contrário, Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 158, pp. 316-317.

129. Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili*, p. 437.

130. Emilio Betti, *Diritto processuale civile*, n.º 99, p. 160.

131. Mario Battaglini, *Appunti sul concetto di principio di prova per iscritto*, n.º 7, p. 568.

132. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 162, p. 321.

133. Salvatore Patti, *Prova testimoniale – presunzioni*, p. 59.

começo de prova escrita da prova testemunhal subsequente.¹³⁴ Do mesmo modo o depoimento pessoal do terceiro.

1.961.2. *Prova testemunhal subsidiária à impossibilidade da prova escrita* – O art. 445 do NCPC, reproduzindo o art. 402, II, do CPC de 1973, contempla, em termos amplíssimos e exemplificativos, regra implícita na vigência do CPC de 1939:¹³⁵ a impossibilidade da constituição de negócio jurídico bilateral ou unilateral e do ato jurídico em sentido estrito na forma documental. É o sentido da expressão “prova escrita da obrigação” inserida na regra. Convém lembrar a prova a admissibilidade, em iguais condições, da prova testemunhal das modalidades de extinção das dívidas em geral (v.g., pagamento). Em tal contingência, impossibilitada a juntada do instrumento, o juiz admitirá prova testemunhal subsidiária. A impossibilidade é de duas espécies: (a) material; (b) moral.

1.961.2.1. *Impossibilidade material da prova escrita* – Da enumeração da parte final do art. 444, incluindo o depósito necessário e a hospedagem em hotel, evidencia-se critério elástico de impossibilidade material.¹³⁶ Ao contrário do direito italiano,¹³⁷ prescinde-se de obstáculo extraordinário e imprevisível (v.g., incêndio, inundação), contemporâneo ou não ao ingresso do negócio no mundo jurídico,¹³⁸ bastando circunstâncias comuns (v.g., a pressa do hóspede). Como quer que seja, o rigor da impossibilidade decorrente de fatos imprevisíveis e incontornáveis recebeu atenuação no acréscimo da impossibilidade moral.¹³⁹

Em relação ao direito anterior, o art. 444 acrescentou a impossibilidade material em decorrência das práticas “comerciais” no local da formação do negócio. Claro está que a disposição não se restringe às práticas empresariais em sentido estrito, e, de resto, a exceção envolve contratos formais. Assim, a compra e venda de imóvel de valor superior ao teto do art. 108 do CC, contrato solene por excelência, pode ser provado por via de testemunhas, demonstrado o costume local em formar negócios dessa natureza oralmente, na ação em que A pretenda receber o preço de B. Problema distinto é a aquisição do domínio em casos tais.

A perda ou o extravio do instrumento particular supre-se mediante qualquer meio de prova típico ou atípico (art. 221, parágrafo único, do CC). E, apesar do disposto no art. 406, há de se entender que na remotíssima hipótese da impossibilidade de obter traslado (v.g., incêndio destruiu os livros do tabelião) idêntica faculdade estende-se aos instrumentos públicos em geral.

1.961.2.2. *Impossibilidade moral da prova escrita* – O art. 444 exemplifica a impossibilidade moral de obtenção da prova escrita no parentesco. O parentesco é, de fato, poderoso inibidor das formalidades na área dos negócios. Exemplo clássico de óbice dessa espécie avulta no caso do devedor de alimentos. Na execução da dívida alimentar, ao juiz cumprirá admitir, conforme a proposta da defesa incidental, a prova unicamente testemunhal do pagamento, da remissão, da transação, da dação e de outros meios de solução da dívida. Corresponde ao *quod plerumque accidit*, no ato do pagamento em espécie dos alimentos, o credor abster-se de pedir recibo ou de formalizar o adimplemento por escrito. Não é o único caso: o empréstimo da sogra ao genro, filho para o pai, do futuro sogro, dentro outros negócios comuns no âmbito familiar, calham ao art. 445.

Determinados contratos de prestação de serviço são orais independentemente do valor, ou da forma *ad solenitatem*, em virtude de variados motivos: a urgência do atendimento (v.g., a cirurgia médica após grave acidente do paciente); a fidúcia da relação (v.g., a sustentação oral feita pelo advogado em causa de antigo cliente); ou, simplesmente, o costume (v.g., o tratamento odontológico). Situações que, de ordinário, desestimulam a forma escrita.

Preocupação especial suscitava o contrato de mediação. O corretor adquire direito à retribuição pecuniária no caso de os figurantes que aproximou chegarem a formar vínculo contratual. Por exemplo, A tem interesse em comprar a casa de B, e contata o corretor C para persuadir o proprietário B a vender-lhe, sob determinadas condições, preterindo D: assinada a promessa de compra e venda, atingiu sucesso a mediação de C e este adquire direito de receber a comissão usual de A. Em relação ao contrato entre A e B, C é terceiro e, por esse motivo, não precisa provar-lhe documentalmente a existência, nem sequer a corretagem é contrato formal, a atrair a restrição do art. 444, primeira parte. A data do negócio tem importância, por exemplo, no termo inicial do prazo de prescrição da pretensão de C contra A.¹⁴⁰ No que tange ao próprio contrato de mediação, entretanto, C é figurante com A, e o mais usual, segundo o costumes do comércio jurídico, é a contratação informal do intermediário. Na melhor das hipóteses, C insere cláusula no contrato entre A e B, fixando o valor da comissão e quem obriga-se a pagá-la. Fora daí, inexistirá prova escrita, caso C ingresse em juízo contra A. O STJ superava a dificuldade da restrição

134. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 165, p. 324; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao código de processo civil*, v. 5, t. 2, p. 506. Em sentido contrário, Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 291, p. 34.

135. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 175, pp. 338-339.

136. Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao código de processo civil*, v. 4, n.º 155, p. 163.

137. Salvatore Patti, *Prova testimoniale – presunzioni*, p. 63.

138. Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao código de processo civil*, v. 4, n.º 155, p. 163.

139. Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili*, p. 493.

140. Giorgio Grasselli, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, p. 295.

ad valorem, no direito anterior, admitindo a prova exclusivamente testemunhal: “É possível prova exclusivamente testemunhal para comprar a intermediação para venda de imóvel e demonstrar os efeitos dos fatos em que as partes estiveram envolvidas e as obrigações daí decorrentes”.¹⁴¹ Desapareceu o problema perante o art. 445.

Em que pese adesão influente ao acerto da tese,¹⁴² o empréstimo das economias acumuladas no curso da relação pelo empregado ao respectivo empregador, precisado de quantia vultosa em moeda corrente para pagar o abastecimento de gêneros alimentícios da mansão familiar, representa hipótese de flagrante impossibilidade moral. O liame de subordinação e de dependência constringerá o empregado, receoso em melindrar o patrão, aparentando desconfiança, haja ou não motivo real para semelhante inibição.

Relações de cortesia e de amizade, a autoridade ou o prestígio de um dos figurantes do negócio, constituem fatores dignos de apreciação na incidência do art. 445. Rejeita-se, nessa linha de raciocínio, a rigidez na interpretação corrente de regra similar no direito italiano.¹⁴³ O sistema brasileiro é diferente. O juiz usufruirá de ampla liberdade para aquilatar o constrangimento moral que impediu a documentação do negócio ou do ato.

1.962. Admissibilidade da prova testemunhal plena

Encerra o sistema de admissibilidade da prova testemunhal a disposição do art. 446, declarando admissível a prova testemunhal da simulação e dos vícios do consentimento, em geral, pela parte. Em relação ao direito anterior, eliminou-se a referência a “parte inocente”.

Em mais de um aspecto a disposição suscita dúvida quanto ao seu campo de incidência. A regra é a admissibilidade da prova testemunhal, a teor da proclamação veemente do art. 442, a inadmissibilidade é a exceção. A repetição do cabimento da prova testemunhal caberá neste ou naquele caso torna-se supérflua, máxime eliminada a restrição *ad valorem*. O que necessita de regra expressa é, portanto, a exclusão do meio de prova. A extensão das exceções à prova exclusivamente testemunhal compeliu o CPC de 1973 a reafirmar a regra geral em certos assuntos.¹⁴⁴ No regime atual, o art. 446 não tem muito sentido, restringindo-se aos contratos formais.

141. 4.ª T. do STJ, AgRg no Ag 1.106.104-RO, 10.05.2011, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJE 18.05.2011.

142. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 176, p. 340.

143. Giorgio Grasselli, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, p. 287; Salvatore Patti, *Prova testimoniale – presunzioni*, p. 63. No mesmo sentido, entre nós, Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 292, p. 36.

144. João Carlos Pestana de Aguiar Silva, *As provas no cível*, p. 240.

Segundo a natureza das coisas, a prova testemunhal releva-se essencial à demonstração da veracidade da alegação dos vícios no consentimento dos negócios jurídicos, na pior das hipóteses criando indício do defeito. Por exemplo, o concerto fraudulento (*consilium fraudis*) na fraude contra credores. Quem fraudar os seus credores, segundo o mais elementar senso comum, jamais indicará por escrito o móvel escuso e os objetivos censuráveis do negócio. O credor prejudicado demonstrará a maquinação do devedor e do terceiro mediante prova testemunhal,¹⁴⁵ demonstrando indícios sérios e convergentes, e o juiz inferirá a participação mediante presunção judicial.

E uso da expressão “parte inocente” como habilitada a provar vícios do negócio e do ato jurídico mediante testemunhas, no direito anterior, aumentava a perplexidade: aludindo a um dos contratantes, consoante preconizava arguto intérprete da lei processual,¹⁴⁶ não se aplicaria à simulação, na qual, por definição, inexistia contratante inocente. Felizmente, o art. 446, *caput*, não reproduziu a expressão.

Para alcançar conclusões mais consistentes, a análise da estrutura e dos efeitos da simulação auxilia a compreensão do escopo fundamental do art. 446.

Dá-se a simulação quando duas ou mais pessoas, objetivando enganar ou ludibriar alguém, formam negócio jurídico aparente, dissimulando o negócio realmente existente (simulação relativa) ou, na verdade, negócio nenhum (simulação absoluta).¹⁴⁷ Em outras palavras: “A simulação é absoluta quando não se quis outro ato jurídico nem aquele que se simula. Relativa, quando se simula ato jurídico para se dissimular, ou simplesmente dissimulando-se outro ato jurídico”.¹⁴⁸ Daí a identificação de duas espécies de simulação: (a) relativa; e (b) absoluta. No entanto, há de considerarem-se os efeitos da burla na esfera jurídica alheia: ou as partes pretendem prejudicar terceiros (*v.g.*, na chamada dissimulação fraudulenta, em que o escopo é o de fraudar os credores), ou infringir regra proibitiva.¹⁴⁹ O expediente a que recorreram os figurantes encobre negócio real que, por sua vez, é viciado: por exemplo, a cessão de promessa de compra e venda a um parente colateral do promissário comprador, a fim de evitar a penhora dos aluguéis ou do próprio direito (real) formativo à aquisição do domínio.¹⁵⁰ Claro está que o negócio fraudulento não é, necessariamente, dissimulado por outro,

145. Orosimbo Nonato, *Fraude contra credores (da ação pauliana)*, n.º 21, p. 148; Raphael Cirigliano, *Prova civil*, p. 379.

146. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 296, p. 41.

147. Sílvia Rodrigues, *Direito civil*, v. 1, n.º 104, p. 237.

148. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 4, § 468, p. 375.

149. Eduardo Espínola, *Dos fatos jurídicos*, v. 3, t. 1, n.º 117, pp. 445-446.

150. Sílvia Rodrigues, *Direito civil*, v. 1, n.º 106, p. 240.

e bem pode ser o negócio real.¹⁵¹ Assim, a compra e venda de imóvel do réu, na pendência de ação capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 792, IV), em que o comprador realiza atribuição patrimonial ao devedor, pagando preço de mercado pelo bem, é negócio real, mas ineficaz perante o autor da demanda, porque fraudulento.

Essas características autorizam distinguir duas espécies de simulação por outro critério: (a) inocente; ou (b) nocente.¹⁵²

Pois bem. No sistema do CC de 1916, só os negócios fraudulentamente simulados eram defeituosos, ensejando pretensão à invalidação do terceiro ou do órgão do Ministério Público. Aos respectivos figurantes, apesar de julgados em contrário,¹⁵³ não se mostraria lícito e admissível, de acordo com o art. 104 do CC de 1916, desvincularem-se do negócio aparente em juízo,¹⁵⁴ ressalva feita ao distrato – hipótese implausível, em geral, pois um deles situar-se-ia em posição de vantagem (v.g., o adquirente do imóvel alienado em fraude contra credores pelo devedor à sua namorada, entrementes desfeita a relação afetiva). Ao invés, os negócios inocentemente simulados, sem prejuízo aos terceiros e ao negócio, comportariam pretensão à declaração do negócio real, entre os figurantes (v.g., em lugar de compra e venda, restaurando a doação).¹⁵⁵ Opinião isolada, mas influente, defendia a inexistência do negócio simulado, no caso de simulação absoluta (inexistência de negócio encoberto) e inocente (inexistência de prejuízo a terceiros).¹⁵⁶

Em tal regime, a “parte inocente” mencionada no art. 404, *caput*, do CPC de 1973, legitimada a provar a simulação através de testemunhas era o figurante do negócio inocentemente simulado: o pai rico que, para estimular o filho pródigo a cuidar da própria vida, simula a transferência dos investimentos financeiros e aliena o patrimônio imobiliário a dois ou mais amigos.¹⁵⁷

Se compreensíveis os propósitos do art. 404, *caput*, do CPC de 1973, no terreno da simulação, em parte, desapareceu essa possibilidade perante o art. 167, *caput*, do CC em vigor: o negócio simulado é nulo (e, não, anulável), porque agasalha declaração falsa.¹⁵⁸ Em qualquer das hipóteses – simulação relativa ou absoluta, simulação

inocente ou nocente –, o negócio jurídico, e, *a fortiori*, o ato jurídico em sentido estrito (art. 185), passou a existir, ingressando no mundo jurídico, mas – eis o ponto – deficientemente. Variam, todavia, os efeitos da decretação da invalidade: na simulação relativa, fraudulenta ou não, o desaparecimento da regra proibitiva do art. 104 do CC de 1916 autoriza a pretensão de um dos figurantes – todavia, não “inocente”, porque participante de burla –, com a finalidade de restaurar o negócio real.¹⁵⁹

No antigo regime da simulação, desfeito o negócio aparente nada sobrava na simulação absoluta. Desde o início o negócio era mera e só aparência. Na simulação relativa, diversamente, subsistia o negócio real, “se lícito”.¹⁶⁰ Era o entendimento da jurisprudência do STJ.¹⁶¹ Foi o que estabeleceu o art. 167, *caput*, segunda parte, do CC vigente.¹⁶² Assim, o figurante em posição de vantagem, graças a simulação (v.g., o suposto adquirente do imóvel alienado, na verdade doado, repelindo a pretensão à cobrança do preço), não poderá se prevalecer da simulação, porque ao outro será lícito pretender o reconhecimento do negócio real.¹⁶³

Limita-se o aproveitamento como válido e eficaz do negócio real, todavia, nos termos do art. 167, *caput*, do CC, “se válido for na substância e na forma”. Assim, não é possível validar a compra e venda que dissimula o pagamento de propina a servidor público. O desfazimento do negócio aparente (compra e venda) traria à tona o negócio real (corrupção).¹⁶⁴ Este é fato típico penal, incidindo, destarte, o art. 166, II, do CC.

Feita a digressão sistemática e comparativa do velho e do novo diploma civil, eliminam-se as dúvidas: o art. 446 do CPC autoriza a provar por testemunhas contra e além seu conteúdo,¹⁶⁵ vez que os fatos relativos aos vícios do consentimento (v.g., dolo e coação) e aos vícios sociais (v.g., simulação e fraude contra credores) não apareciam no instrumento particular ou público, e, destarte, a mais das vezes dependem da prova testemunhal de indícios.¹⁶⁶ Não é lícito introduzir as restrições do direito italiano que, cuidando-se de negócio subordinado à forma *ad substantiam*, não admite prova testemunhal.¹⁶⁷

151. Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao código de processo civil*, v. 5, n.º 1.108 e n.º 1.109, p. 473; Yussef Said Cahali, *Fraudes contra credores*, p. 48.

152. Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, v. 1, n.º 106, p. 241.

153. 3.ª T. do STJ, REsp. 441.903-SP, 10.02.2004, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 15.03.2004, p. 265. 3.ª T. do STJ, EDcl no AgRg no REsp. 402.925-MG, 21.06.2007, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 01.08.2007, p. 454.

154. Wilson de Souza Campos Batalha, *Defeitos dos negócios jurídicos*, p. 175; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 4, § 475, p. 396.

155. Alfredo Buzaid, *A ação declaratória no direito brasileiro*, n.º 152, pp. 242-244.

156. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 4, § 470, p. 380.

157. Alfredo Buzaid, *A ação declaratória no direito brasileiro*, n.º 143, p. 232.

158. Ralpo Waldo de Barros Monteiro Filho, *Negócio jurídico – vícios sociais*, n.º 3.5.5, p. 145.

159. Idem, ob. cit., n.º 3.5.4, p. 143.

160. Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, v. 1, n.º 108, p. 244.

161. 3.ª T. do STJ, REsp. 243.767-MG, 21.02.2000, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RJSTJ, 133/314.

162. Paulo Nader, *Curso de direito civil*, v. 1, n.º 139.5, p. 512. 2.ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

163. Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo código civil*, v. 3, t. 1, p. 495.

164. Ralpo Waldo de Barros Monteiro Filho, *Negócio jurídico – vícios sociais*, n.º 3.5.4, p. 144 e Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo código civil*, v. 3, t. 1, p. 498.

165. Jônatas Milhomens, *A prova no processo*, n.º 420, p. 500. Em sentido contrário, sem razão, Artur Oscar de Oliveira Deda, *A prova no processo civil*, p. 77.

166. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no civil e comercial*, v. 3, n.º 148, p. 301.

167. Giorgio Grasselli, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, p. 304.

§ 404.º Estatuto da testemunha

1.963. Aptidão da testemunha

A aptidão para depor descansa em diretriz retirada da noção já ministrada da testemunha e consoante os dados do *ius positum*. Por definição, testemunha é terceiro, no tocante às partes e ao objeto do litígio, constituindo essa condição penhor da isenção na transmissão do conhecimento ao órgão judiciário.

Em tese, inexistem diferenças substanciais entre o depoimento da parte e o depoimento do terceiro: a natureza das declarações da pessoa humana não discrepa em função da posição ocupada no processo.¹⁶⁸ Nos sistemas jurídicos da *Civil Law*, entretanto, a testemunha em sentido próprio é terceiro em relação à causa. Uma coisa exclui a outra: quem é parte não depõe como testemunha e quem testemunha não depõe como parte.¹⁶⁹ E, enquanto a aptidão para ser parte (*Parteifähigkeit*), ou personalidade processual (*retro*, 507), apresenta extensão inaudita, entre nós mais que simples reflexo da capacidade de direito,¹⁷⁰ a aptidão para depor estrutura-se, na órbita dos terceiros, de acordo com outros e restritos princípios. Limites abstratos, *a priori*, não tem cabimento no âmbito da aptidão.

O dever de depor é universal. Ele obriga até as mais altas autoridades da estrutura política republicana. Essa extensão subjetiva constitui o lado positivo do “privilégio” estabelecido no art. 454. Formulou corretamente a regra geral o art. 447, *caput*, primeira parte: “Podem depor como testemunhas todas as pessoas”. É quase idêntica essa parte da proposição da *Federal Rules of Evidence*: “Every person is competent to be a witness”. E qualquer pessoa, incluindo a parte, tem aptidão para testemunhar.¹⁷¹ Se nos ordenamentos filiados ao sistema da *Common Law*, as partes também testemunham, porque juram dizer a verdade – e, no direito brasileiro, a parte assumirá análogo compromisso na respectiva deposição (*retro*, 1.863.1.3), por força do dever de veracidade (art. 77, I) –, ato de altíssima significação moral (a mão direita repousará nos livros sagrados) e legal (o crime de perjúrio é gravíssimo) nesse sistema, e provam a favor de suas próprias declarações, é problema distinto.

A aptidão abstrata reclama duas explicitações. Em primeiro lugar, a função da testemunha consiste na transmissão ao órgão judiciário do conhecimento alhures adquirido. A transmissão eficaz exige três capacidades especiais: (a) a capacidade

de perceber; (b) a capacidade de remeter (memória); e (c) a capacidade transmitir na oportunidade da audição.

Parece evidente que a função dependente dessas capacidades só pode ser desempenhada por pessoas naturais.¹⁷² Logo, no item da aptidão importa definir quem depõe quando eventos e condutas ocorrem na esfera das pessoas jurídicas. Por exemplo, na ação de separação (ou de divórcio) de A contra B, em que a autora alega que B e C mantiveram relações sexuais no motel X, no dia Y, e o réu alega que visitou tal estabelecimento com C, figurinista da fábrica de roupas de cama D, pretendendo angariar pedido de fornecimento para a rede de motéis, interessa definir quem confirmará, ou não, a versão do réu do lado do motel X.

E, além disso, a pessoa investida na função judicante ocupa a posição de terceiro, mas integra os direitos fundamentais das partes que sejam julgadas por alguém equidistante, relativamente às partes e aos interesses em jogo. Assim, ao juiz (e, *a fortiori*, ao árbitro) é vedado utilizar seu conhecimento privado ao emitir o juízo de fato (*retro*, 1.353), impedimento retratado no art. 447, § 2.º, III, e, após depor como testemunha, impedido de julgar, gravando-lhe o dever de abster-se e usufruindo as partes o direito de recusá-lo (art. 144, I). Pode acontecer, entretanto, que o juiz conheça os fatos que originaram o litígio, mas não declare seu impedimento (*v.g.*, o juiz encontrava-se no motel X no dia Y, realizando inspeção judicial ordenada em ação civil pública, a fim de aquilatar o isoladamente acústico do estabelecimento), ou a parte suponha que conheça e arrole o juiz como testemunha, direito cujo exercício desvirtuado servirá para impedir artificialmente juiz ou juíza que uma das partes teme por motivos alheios à equidistância. Desse último assunto ocupa-se o art. 452.

Ressalva feita a essas duas situações, problemas atinentes às capacidades de percepção, retenção e transmissão do conhecimento, integram o regime legal da incapacidade, do impedimento e da suspeição. Segundo outra opinião fortemente crítica ao art. 228, parágrafo único, do CC, a capacidade sensorial e, notadamente, a capacidade intelectual da pessoa natural, situar-se-iam no campo da aptidão, porque seria absurdo imaginar um cego depondo sobre o que viu ou o doente mental relatando acontecimentos.¹⁷³ Apesar de correta a visão crítica do dispositivo, ao menos seja dado ao juiz verificar se nada de útil pode colher desses depoimentos à primeira vista imprestáveis.

1.963.1. Deposição da pessoa jurídica – A aptidão para adquirir conhecimento é da pessoa natural.¹⁷⁴ As pessoas jurídicas não depõem como testemunha.

168. Vide, na antiga literatura germânica, Wilhelm Endemann, *Die freie Prüfung des Zeugenbeweises*, p. 258.

169. Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht*, § 53, I, p. 209.

170. Em sentido contrário, Wolfgang Lücke, *Zivilprozessrecht*, § 9.º, I, n.º 111, p. 118.

171. Joseph W. Glannon, *Civil procedure*, p. 442.

172. Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, p. 367.

173. Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, v. 1, p. 426.

174. Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao código de processo civil*, v. 4, n.º 160, p. 169.

O regime da capacidade de depor da pessoa jurídica como parte abriga imensas dificuldades práticas nas grandes empresas. O representante orgânico desconhece os fatos e quem os conhece não é o representante orgânico.¹⁷⁵ Ora, quando o evento e a conduta objeto de afirmação no processo ocorrem na esfera da pessoa jurídica, e interessa à parte demonstrar a veracidade da alegação controvertida, vale a linha preconizada pelo pragmatismo do processo norte americano para o depoimento pessoal (figuralá inexistente, porque terceiros e partes depõem como testemunhas): a parte arrolará a pessoa natural habilitada a prestar esclarecimentos e informações relevantes à solução da lide na estrutura da empresa.¹⁷⁶ Assim, no caso hipotético aventado, se *B* alega que visitou o motel *X* profissionalmente, acompanhado da figurinista *C*, cumpra-lhe arrolar como testemunha não o estabelecimento, mas a pessoa (representante orgânico ou não) com a qual manteve contrato e entabulou o negócio.

O acionista da pessoa jurídica não é terceiro isento no litígio entre a empresa e terceiro.¹⁷⁷ Tem interesse no litígio e depõe como informante.

1.963.2. Deposição do juiz—O homem e a mulher investidos pelo Estado na grave responsabilidade de exercer a função judicante devem apresentar-se à sociedade em posição equidistante e alheia aos interesses concretos da causa. Essa frisança garantia da justiça da decisão tem fundamento político baseado, dentre outros fatores, na proibição do uso pelo juiz do seu conhecimento privado,¹⁷⁸ ou seja, o conhecimento adquirido por meios que não sejam os meios de prova legalmente predispostos e fiscalizados pelas partes (*retro*, 1.353). Existe nítida incompatibilidade entre a função judicante e a de testemunha.¹⁷⁹ O juiz que prestou depoimento como testemunha encontra-se impedido de processar e julgar a causa (art. 144, I).

Se o juiz conhece previamente os fatos que originaram o litígio, a exemplo hipótese de ter assistido o acidente de trânsito postado na janela da sua residência, e recebe tal causa pelos azares da distribuição, sendo digno da vocação que abraçou tem o dever de abster-se de poder de processar e julgar a causa, invocando motivo íntimo (art. 135, parágrafo único). É atitude mais comum do que se imagina, pois o homem e a mulher investidos na função judicante inserem-se na comunidade em que vivem e o contato social lhes propicia semelhante conhecimento. Uma

175. Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, p. 234.

176. Fleming James Junior, Geoffrey C. Hazard Junior e John Leubsdorf, *Civil procedure*, § 5.4, p. 295.

177. Emilio Gomez Orbaneja e Vicente Herce Quemada, *Derecho procesal civil*, v. I, § 24, II, p. 278.

178. Hans Joachim Musielak, *Grundkurz ZPO*, § 6, III, n.º 411, p. 251.

179. Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao código de processo civil*, v. 4, n.º 170, p. 182.

das formas consiste nos célebres segredos de alcova. Em qualquer hipótese, não ficará registrado no processo o motivo real da abstenção (art. 145, § 1.º, *in fine*). Por influência do art. 119, § 1.º do CPC de 1939—“Se a suspeição for de natureza íntima, comunicará os motivos ao órgão disciplinar competente”—, a lei de organização judiciária obriga o juiz a revelar o motivo em ofício ao Conselho da Magistratura. O órgão de controle interno apreciará o assunto em sessão reservada, mandando arquivar o expediente. Rejeitando a dúvida quanto à legalidade dessa medida,¹⁸⁰ a Resolução 82/2009, do STJ, consagrou o sistema, quanto aos juízes de primeiro grau, e, nos tribunais inferiores, os desembargadores comunicarão motivo, consoante o mesmo roteiro, à Corregedoria Nacional de Justiça (art. 2.º), rejeitando a alegação de ilegalidade. O art. 145, § 1.º, *in fine*, do NCPC, esclarece o ponto: a pessoa investida na função judicante não necessitará indicar o motivo (*v.g.*, namoro com a advogada do réu).

Os arts. 144 e 145 não conferiram às partes o direito de recusar o juiz, em virtude da óbvia dificuldade em se apurar semelhante circunstância e demonstrar o grau de influência exercido pelo conhecimento privado no espírito do julgador. Suspeitando que o juiz conheça os fatos, e que tal lhe impeça de julgar conforme o acervo probatório, a parte tem o direito de arrolá-lo como testemunha (art. 452, *caput*).

Na hipótese prevista no art. 452, I e II, por influência do direito português, abrem-se dois termos de alternativa: (a) o juiz admite conhecer fatos, “que possam influir na decisão” (*v.g.*, na ação de *A* contra *B*, em que a autora alega adultério do marido com *C*, o juiz viu *B* e *C* no motel *X*, no dia *Y*, na oportunidade em que comemorava suas bodas de prata com a esposa, e percebeu intimidade amorosa), declarando-se impedido de atuar no feito, mas a parte ficará impedida de desistir do seu depoimento (art. 452, I), cujo peso será intenso; (b) o juiz declara não conhecer os fatos relevantes (*v.g.*, o juiz esteve com a esposa no motel *X*, no dia *Y*, aniversário do seu casamento, mas em horário diferente e não viu *B* e *C* no local), caso em que mandará riscar seu nome do rol (art. 452, II).

Esse regime passa ao largo do problema principal. Por óbvio, a simples alegação de uma das partes, quanto ao suposto conhecimento privado do juiz, não lhe traz nenhum impedimento ao exercício da função judicante. Representaria meio caviloso de a parte livrar-se do juiz íntegro, mas que não lhe convém, manipulando a distribuição impessoal dos feitos. E, se o juiz conhece, ou não, os fatos que originaram o litígio, só o próprio juiz pode informar com segurança. Assim, pode acontecer (a) de a parte desconhecer a ciência prévia do juiz e (b) a parte conhecer essa ciência prévia, arrolar o julgador como testemunha, mas o juiz não declara seu impedimento, mandado riscar seu nome do rol, porque estima preservada a

180. Antonio Dall'Agnol, *Comentários ao código de processo civil*, v. 2, p. 178.

isenção (v.g., o juiz viu B e C no motel X, no dia Y, mas desconhece o móvel da visita e não percebeu qualquer intimidade); (c) uma das testemunhas refere o juiz como a pessoa que lhe transmitiu o conhecimento (v.g., a testemunha F declara que o presidente da audiência lhe segredara, no jogo de futebol, que vira B e C no motel X) ou que também assistiu o evento (v.g., a camareira E declara que o presidente da audiência, presente com a esposa no motel X, no dia Y, assistiu as intimidades de B e C antes de ingressarem no quarto).

São situações difíceis e de solução heterogênea. No primeiro caso (a), a proibição ao uso do conhecimento privado dependerá da consciência do juiz. Claro está que, exteriorizado esse conhecimento na motivação do provimento (art. 371, *in fine*), a parte invocará o impedimento implícito no art. 452, I. Fora daí, inexistente controle concebível e efetivo à quebra da equidistância. No segundo (b), admite-se a exceção de impedimento,¹⁸¹ através de construção teleológica do art. 144, I, constringendo o juiz a invocar o art. 145, § 1.º, ou obtendo provimento que proclame o impedimento, vencida a delimitação rígida dos números do art. 144. E, por fim, no terceiro (c) incidirá o art. 452, I e II, mandando o juiz riscar a referência ou declarando-se, *incontinenti*, impedido, sem embargo do direito de a parte, na primeira variante, arguir-lhe o impedimento.¹⁸²

O regime aqui descrito aplica-se aos integrantes do TJ e do TRF nas causas de competência originária dos tribunais, incidindo o art. 144, I, quanto aos que prestaram depoimento em primeiro grau.

Os auxiliares do órgão judiciário arrolados na forma na forma do art. 357, § 4.º e 5.º, prestarão depoimento e, embora declarem nada saber a respeito dos fatos, ficarão impedidos de funcionar no processo. Não há motivo para emprestar-lhes o tratamento consagrado no art. 452.

1.964. Capacidade da testemunha

A capacidade de depor genérica proclamada no art. 447, *caput*, submete-se a restrições aí explicitadas. Rompendo com a sistematização do art. 142 de CC de 1916 ("Não podem ser admitidos como testemunhas"), o art. 447 distribuiu a incapacidade em três círculos de inabilitação, das pessoas proibidas de depor (incapacidade) às pessoas que presumivelmente prestarão depoimento insincero (suspeição): (a) incapacidade (art. 447, § 1.º); (b) impedimento (art. 447, § 2.º); (c) suspeição (art. 447, § 3.º). Os bens jurídicos tutelados variam do tino intelectual à isenção da pessoa.

181. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 323, p. 92.

182. Idem, ob. cit., n.º 324, p. 92.

Entre os três grupos há expressiva diferença. As pessoas incapazes não prestam depoimento, ressalva feita aos menores. As pessoas impedidas e suspeitas depõem "quando necessário", mas na qualidade de informantes, e, portanto, independentemente de compromisso (art. 447, § 4.º e § 5.º). O motivo abstrato da incapacidade nos casos do art. 447, § 1.º, I, II e IV é de tal índole e natureza (v.g., impossibilidade de percepção, de retenção ou de transmissão do conhecimento) que o esquema legislativo erigiu exclusão absoluta. Retirou do órgão judiciário a análise concreta das possibilidades de obter declarações proveitosas e lúcidas do depoente. O depoimento dessas pessoas seria ocioso e vão.¹⁸³

A respeito da capacidade de depor, desenvolveram-se dois sistemas fundamentais: (a) o regime francês, fixando causas de incapacidade abstratas e estabelecendo motivos de contradita (*raproche*), tornando suspeito o depoimento;¹⁸⁴ (b) o regime germânico, admitindo o depoimento de qualquer um, mas facultando-se a recusa por determinados motivos. O direito brasileiro não se filiou a nenhum dos dois integralmente.¹⁸⁵

O sistema das inabilitações instituído no art. 447 discrepa do modelo germânico ao estabelecer incapacidades. À luz dessa última variante, todos podem prestar testemunho. Não importa a idade, o estado mental, o parentesco e o interesse no litígio.¹⁸⁶ O âmbito das pessoas que conhecem os eventos e as condutas alegados, objeto de incidência da norma, ocorridos no passado, por definição é restrito, não convindo restringi-lo com qualquer espécie de exclusão. E restrições dessa ordem, em especial os arts. 247 (impedimento do cônjuge e dos parentes, exceto nas questões de estado) e 248 (impedimento dos menores de quatorze anos) do CPC italiano não passaram incólumes ao crivo da Corte Constitucional, e o art. 246 (incapacidade do terceiro interessado) sobreviveu graças à técnica da interpretação conforme à Constituição.¹⁸⁷ Em contrapartida à capacitação genérica, a pessoa arrolada tem o direito de abster-se de depor, a exemplo do cônjuge, a fim de não revelar fatos que só a intimidade permitiu-lhe conhecer e presumivelmente desfavorecem o consorte.

Linha de raciocínio análoga, considerando desarrazoada a obliteração da apuração da veracidade das alegações de fato pela sistemática das inabilitações abstratas, ensejaria dúvida, entre nós, quanto à constitucionalidade do art. 447,

183. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no civil e comercial*, v. 3, n.º 59, p. 131.

184. Vide, Louis Crémieu, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, pp. 232-237; Loïc Cadet e Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, n.º 601, p. 387.

185. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no civil e comercial*, v. 3, n.º 59, p. 131.

186. Wolfgang Lüke, *Zivilprozessrecht*, § 26, II, n.º 298, *in verbis*: "Als Zeuge kommt grundsätzlich jeder in Betracht".

187. Vide, Lotario Dittrich, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, pp. 105-137.

§ 1.º. O problema constitucional recai sobre a incapacidade em sentido estrito. Não se formulou veto irretorquível no art. 447, § 1.º, à semelhança do art. 240, segunda parte, do CPC de 1939 (“Se legalmente impedida a testemunha, o juiz não lhe tomará o depoimento”), subentendendo da possibilidade de o juiz colher o depoimento das pessoas impedidas, suspeitas e, doravante, do menor de idade (art. 447, § 4.º). E, com efeito, a pessoa impedida (art. 447, § 2.º) ou suspeita (art. 447, § 3.º), e o menor de idade (art. 447, § 1.º, III), depõem, a critério do juiz, recebendo o depoimento “o valor que possam merecer” (art. 447, § 5.º). Ora, a explicitação revela-se supérflua: todo depoimento, inclusive o das pessoas que prestaram o compromisso de dizer a verdade, receberá o devido valor na livre apreciação motivada.

A superveniência do art. 228, parágrafo único, do CC, já dissipara quaisquer inconvenientes no plano da constitucionalidade. Tal regra permite ao juiz ouvir: (a) pessoas menores de dezesseis anos (art. 228, I, do CC); (b) pessoas sem discernimento para os atos da vida social (art. 228, II, do CC); (c) a pessoa cega ou surda, quanto aos fatos que dependam desses sentidos (art. 228, III, do CC); (d) a pessoa interessada no litígio, amiga ou inimiga da parte (art. 228, IV, do CC); (e) o cônjuge ou os parentes das partes (art. 228, V, do CC), relativamente à prova “de fatos que só elas conheçam”. Em outras palavras, o juiz ouvirá as pessoas – para usar a terminologia do art. 447 do CPC de 1973 – incapazes, impedidas e suspeitas, a seu critério, emprestando ao respectivo depoimento o valor devido. Parece óbvio que a força probante de qualquer depoimento de terceiro submeter-se-á à livre apreciação do juiz. Importa a regra não ter tomado os efeitos como causa.

O regime das inhabilitações tornou-se relativo no direito pátrio. O juiz apreciará a incapacidade no caso concreto e tomará o depoimento quanto ao conhecimento passível de transmissão. Essa é a regra fundamental na matéria. O fato de o art. 447, § 4.º, ter ressaltado apenas a hipótese do art. 228, I (menor de dezesseis anos) do CC não a contradiz. E tem consequência expressiva. A motivação da sentença de mérito baseada – por exemplo – no depoimento do menor de dezesseis anos (art. 228, I, do CC c/c art. 447, § 1.º, III), prevalecente ou exclusivamente, revela-se válida, inclusive no caso de simultaneamente rejeitar ou depreciar o depoimento de pessoas maiores de idade.

O art. 447 do NCPC e o art. 228 do CC apresentam diferenças reais e aparentes, mas inexistente incompatibilidade insuperável entre os dois conjuntos, reclamando as regras interpretação conjunta e harmônica. Dependerá da situação submetida à apreciação do juiz, em particular dos predicados referidos (percepção, retenção e transmissão), a capacidade de depor da pessoa arrolada.

Das omissões do art. 228 do CC, comparativamente ao art. 406 do CPC de 1973, ocorriam dois casos de indubitável revogação dos motivos de suspeição, relativos às testemunhas idôneas: (a) o da pessoa condenada por crime de falso testemunho;

e (b) da pessoa que, por seus costumes, não é digna de fé. Ora, labéu do condenado não pode ser eterno, prescrevendo a prescrição punitiva tanto quanto esse efeito da condenação.¹⁸⁸ E as pessoas de maus costumes, porque empulhadores, talvez declarem a verdade em certo processo, competindo ao juiz avaliar a força probante dos depoimentos. Fez bem o art. 447, § 3.º, ao identificar a suspeição unicamente na amizade ou inimizade e no interesse do terceiro quanto ao desfecho do litígio.

1.964.1. Incapacidade da pessoa absolutamente incapaz – É incapaz de depor, reza o art. 228, I, do CC, o menor de dezesseis (16) anos, regra constante também do art. 447, § 1.º, III.

Arigor, havendo capacidade de percepção, de retenção e de transmissão do conhecimento adquirido, a presunção da regra é excessiva e por mais de uma razão. Em muitos casos, a maturidade emocional chega de forma abrupta, indiferentemente provocada por circunstâncias adversas (v.g., o abandono, o falecimento prematuro dos pais) ou favoráveis (v.g., o potencial do intelecto). O juiz abster-se-á de riscar o nome do incapaz do rol e, na qualificação (*infra*, 1.974.1), sopesará a capacidade de depor real do incapaz. Essa idade mínima não é congruente com a capacidade penal.¹⁸⁹ E, de toda sorte, poderá ouvi-la como informante (art. 447, § 4.º).

1.964.2. Incapacidade da pessoa sem discernimento – O art. 228, II, do CC, reunira na mesma rubrica a falta de discernimento, em razão de enfermidade ou desenvolvimento mental insuficiente, chamado de “retardamento” na regra e, por si, uma doença autônoma, os incisos I e II do art. 405, § 1.º, do CPC de 1973. Os incisos I e II do art. 447, § 1.º, repetiram a fórmula da lei processual anterior.

Por um lado, a redação do art. 228, II, é nitidamente superior, pois interessa a inexistência da capacidade de depor, e, não, a formalidade da interdição por enfermidade ou deficiência mental. Em contrapartida, a redação do art. 228, II, do CC não explicitou corretamente o problema, todavia ferido no art. 447, § 1.º II. Com efeito, a falta de discernimento, em virtude de enfermidade ou de retardamento mental respeita ao (a) tempo em que ocorreram os fatos, hipótese em que a percepção já era prejudicada, e (b) ao tempo do depoimento. Um e outro tornam a testemunha incapaz. Se, no primeiro momento, nada percebeu do que se passava, o depoimento é inútil; se percebeu tudo naquela conjuntura, mas atualmente é incapaz de transmitir o conhecimento, por igual inútil o depoimento. Entre os dois termos aludidos situa-se a capacidade de retenção: a pessoa percebeu

188. Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 210.

189. Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, n.º 48.1, p. 233.

no passado, pode transmitir no presente, mas perdeu a memória, em virtude de doenças neurológicas (v.g., o infelizmente muito conhecido mal de Alzheimer) e emocionais (v.g., a síndrome amnésica retrógrada psicogênica): então, no tempo do depoimento, nada tem a transmitir e o depoimento revela-se também inútil.

Em casos tais, o maior problema não consiste na proclamação da incapacidade, porque hipótese absurda insistir que a pessoa mentalmente doente deponha sobre fatos que só ela conhece, mas na apreciação da falta de discernimento. O juiz avaliará o caso concreto. Deverá motivar suficientemente a dispensa da testemunha e, para essa finalidade, invocará auxílio médico, aplicando por analogia o art. 245.¹⁹⁰

1.964.3. Incapacidade da pessoa sensorialmente deficiente—Eventos e condutas fora do alcance sensorial da testemunha não podem ser transmitidos ao juiz. Assim, o art. 447, § 1.º, IV, e o art. 228, III, do CC declaram a pessoa cega ou a pessoa surda incapazes de depor, dependendo a percepção do fato probando do sentido que lhe é deficiente: o cego não “viu” o acidente, o surdo não “ouviu” o diálogo ocorrido longe da sua vista. A incapacidade é relativa: o cego relatará ao juiz o que ouviu de terceiros, referindo-os nominalmente, e, dessa forma, ensejando-lhes a convocação como testemunhas referidas (art. 418, I); o surdo relatará ao juiz o que viu e, presenciando o diálogo, a leitura labial permitir-lhe-á depor utilmente.

Por analogia, as disposições incidem no caso de outras deficiências sensoriais (v.g., a perda completa do olfato, chamada de anosmia).

1.964.4. Incapacidade da pessoa interessada—O art. 228, IV, do CC, declara incapaz duas classes de pessoas: (a) a pessoa interessada no litígio; e (b) o amigo íntimo ou o inimigo capital de uma das partes. O dispositivo aglutina duas hipóteses de suspeição versadas no art. 447, § 3.º, II e I, respectivamente. E com razão: amor e ódio constituem formas especiais de interesse, ou seja, distúrbios emocionais de integrantes do numeroso grupo dos terceiros indiferentes.

A caracterização do interesse inibidor incapacitante é tema polêmico, relacionado à noção mesma de testemunha, mostrando-se indispensável separá-lo por classes.

1.964.4.1. Interesse em razão da incompatibilidade de funções—O art. 228, *caput*, do CC cuidou da capacidade da testemunha. E o revogado art. 229, *caput*, do CC estabeleceu causas de recusa ou exceções ao dever de depor, atinentes às partes e aos terceiros (ou testemunhas). Essa diferença no âmbito subjetivo explica a omissão no rol dos art. 228 da pessoa que figura como parte (art. 447, § 2.º, II)

e das pessoas que exercem outras funções no processo (art. 447, § 2.º, III), na lei processual consideradas impedidas.

Em relação às partes, a lei não precisava abalar-se: o interesse direto no litígio é flagrante, prestando depoimento na condição de parte, e, não, de testemunha. Aplica-se o princípio encontrado na literatura alemã: quem depõe como parte não depõe como testemunha e vice-versa. Os terceiros intervenientes tornam-se parte após a respectiva intervenção e depõem nessa qualidade, e, não, como testemunhas.

Formalmente, são terceiros: (a) o titular do direito material posto em causa, nos casos em que figura como parte legitimado extraordinário autônomo, exclusivo (v.g., o agente fiduciário) ou concorrente (v.g., o Ministério Público, na tutela coletiva de direitos); (b) o sucessor da parte em razão de negócio jurídico *inter vivos* (adquirente do objeto litigioso). São terceiros interessados e, porque titulares do direito posto em causa, originária ou sucessivamente, depõem como partes.

São mais delicadas as hipóteses de impedimento previstas no art. 447, § 2.º, III, relativa às pessoas que desempenham funções processuais, em tese incompatíveis com a isenção, a saber: (a) o tutor; (b) o representante legal (v.g., o curador); (c) o representante orgânico da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado; (d) o juiz; (e) o advogado; e (f) outras pessoas que assistam ou tenham assistido uma das partes (v.g., o autor do parecer juntado aos autos).

Um caso particular de incapacidade é a do conciliador e a do mediador. As atividades desses colaboradores regulam-se, dentre outros princípios enunciados no art. 166, *caput*, pela mais estrita confidencialidade das informações que lhe são prestadas pelas partes no curso das tentativas de promover o consenso. Em decorrência desse princípio, inerente à função—e, daí, a incompatibilidade em razão da função—, o conciliador e o mediador, bem como qualquer integrante da equipe interdisciplinar, “não poderão divulgar e depor acerca de fatos ou elementos” conhecidos por força da atividade (art. 166, § 2.º). É uma incompatibilidade natural.

Exceção feita ao juiz, que não tem aptidão (*retro*, 1.963.2), e para depor como testemunha perderá a função judicante (art. 452, II), e do representante da pessoa jurídica, que depõe como parte, há de examinar-se a capacidade do representante legal e do representante técnico.

Do representante da pessoa natural já se cogitou no contexto do depoimento da parte (*retro*, 1.857.1). Os representantes legais (v.g., o tutor; os pais) constituem fonte de prova assaz valiosa para serem dispensados, *à outrance*, do dever de depor. Participaram do ato ou do negócio que se tornou litigioso, assistindo ou representando a parte no processo. Cabe ao juiz colher-lhes o depoimento—naturalmente, ostentando interesse no litígio, como informantes (art. 447, § 4.º).

A posição do representante técnico da parte apresenta outras nuances. À primeira vista, parece contrassenso ouvir o advogado como testemunha, vez

190. No direito anterior, Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 301, p. 53.

que se identifica com a causa do cliente;¹⁹¹ entretanto, abstraído o aspecto ético, a capacidade de depor é inegável.¹⁹² Em determinado julgado, assentando que o impedimento inscrito no art. 405, § 2.º, IV, do CPC de 1973, equivalente ao art. 447, § 2.º, III, cinge-se à causa em que representa o cliente, o STJ estabeleceu o seguinte: “A proibição do advogado que assiste ou assistiu a parte de testemunhar se dá, no direito processual, pela proximidade de ambos em decorrência do vínculo contratual que os une, o que levaria a colher depoimento que nada mais seria que a assertiva da parte com força de testemunho. Nada obsta, contudo, que o advogado, por si e não por ouvir dizer de seu constituinte, preste depoimento em juízo a respeito dos fatos que ele próprio presenciou”.¹⁹³

Tal precedente visualizou o motivo da omissão do art. 228, IV, do CC. O advogado equipara-se aos que têm interesse no litígio. O interesse do advogado no êxito do cliente é autônomo, ou moral, no tocante ao renome e quartel de vitórias, e subordinado ou econômico (v.g., os honorários sucumbenciais), vinculado ao desfecho favorável do processo. E, ainda, assiste-lhe o direito de recusar-se a depor, invocando o sigilo (art. 448, II), demonstrando a preexistência da capacidade de depor. A recusa toca a quem tem o dever de depor, mas outro interesse isenta-a do gravame da deposição. Relevado o interesse direto no êxito de uma das partes, o advogado tem capacidade de depor quanto aos fatos que só ele conhece (art. 228, parágrafo único, do CC). Ademais, cessada a procura no processo, a capacidade de depor do advogado reassumirá forma plena,¹⁹⁴ apesar de opinião em contrário.¹⁹⁵ Daí não se segue que o juiz pretenda tomar o depoimento do advogado em qualquer circunstância, desafiando-o a alegar sigilo (art. 448, II), e promovendo incidente desnecessário e pouco gratificante. O depoimento há de ser indispensável ao juízo de fato e respeitar a fatos só pelo advogado conhecidos.

A pessoa que assistiu uma das partes (v.g., o corretor de imóveis, contratando pelo compromitente, no litígio com o compromissário) tem capacidade de depor. O julgado do STJ que recusou o depoimento do assistente técnico não tem mais cabimento:¹⁹⁶ o art. 464, § 3.º, autoriza o depoimento técnico em caso de menor complexidade do fato probando (*infra*, 1.955.1).

191. Alfonso de Paula Perez, *La prueba de testigos en el proceso civil español*, p. 35.

192. Virgílio Andrioli, *Prova testimoniale*, n.º 5, pp. 335-336.

193. 4.ª T. do STJ, REsp. 76.513-SP, 05.12.1995, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *RJSTJ*, 83/258.

194. Carlo Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, v. 4, n.º 27, p. 45.

195. Lotario Dittrich, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, p. 470.

196. 3.ª T. do STJ, AgRg no Ag 283.323-SP, 27.04.2000, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJF* 26.06.2000, p. 171.

1.964.4.2. *Interesse em razão de parcialidade*—Em outra oportunidade, dividiu-se o grupo dos terceiros, identificado por exclusão, em duas classes: (a) terceiros indiferentes; e (b) terceiros interessados (*retro*, 759). À primeira vista, portanto, o motivo incapacitante arrolado no art. 447, § 3.º, II, ou “interesse no litígio”, alude à classe genérica dos terceiros juridicamente interessados. Naquela conjuntura, também se enunciou a existência de interesses que, não implicando a posição de titular de relação jurídica autônoma, mas derivada ou incompatível com o objeto litigioso—interesse jurídico no sentido clássico—, assumiram importância singular na sociedade pós-moderna; por exemplo, o interesse político habilita a pessoa intervir na causa pendente (a do *amicus curiae*). Lícito especular se o “interesse no litígio” contemplado no art. 228, IV, do CC e no art. 447, § 3.º, II, do NCPC transmudou-se em algo distinto do “interesse jurídico” no desfecho no litígio.

Disposição similar localiza-se no art. 246 do CPC italiano, mas formulada em termos completamente diferentes, declarando inadmissível a testemunha habilitada a intervir no processo por um dos meios legais. Compreensivelmente, o art. 246 do CPC peninsular ensejou interpretações divergentes: de um lado, e fitando os capazes de depor como parte, a separação dos sujeitos do processo (parte formal) e dos sujeitos da lide (parte material), contrastados com terceiros,¹⁹⁷ de outro, a exclusão da esfera do art. 246 do CPC peninsular dos titulares de direitos incompatíveis com o objeto litigioso, e, portanto, indetermináveis, *a priori*, entre os habitantes do orbe humano, exceto os que hajam deduzido pretensão (intervenção principal).¹⁹⁸ Parece razoável equipar a parte atual com a parte potencial (v.g., o legitimado concorrente), excluindo, assim, a capacidade de depor das partes potenciais e as pessoas legitimadas a intervir, porque atingidas direta ou indiretamente, *in bonam* e *in malam partem*, pelos efeitos da sentença.¹⁹⁹ A jurisprudência italiana nem sempre resolve com clareza os limites entre o interesse legítimo e o interesse de fato.²⁰⁰

Nesse ponto, a redação do art. 228, IV, do CC, bem como a do art. 447, § 3.º, II, aludindo a “interesse no litígio”, repelem a controversa proposição do direito italiano, emprestando maior amplitude à causa legal de incapacidade. Inexiste motivo para restringir a esfera dos incapacitados às pessoas titulares de interesse jurídico em sentido estrito—quer dizer, titulares de relação jurídica incompatível ou dependente da relação litigiosa (*retro*, 759.2). Ao contrário, avaliando o juiz a capacidade de depor no caso concreto, e, não, abstratamente, convém dilatar o

197. Francesco Carnelutti, *Legittimazione all'intervento e testimonianza*, pp. 120-121.

198. *Vide*, Edoardo F. Ricci, *Legittimazione alla testimonianza e legittimazione all'intervento*, n.º 9, p. 333.

199. Lotario Dittrich, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, pp. 345-346.

200. Giorgio Grasselli, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, p. 691.

grupo dos interessados, ressaltando a possibilidade de os respectivos integrantes deporem como “informantes” (art. 447, § 4.º). E, de fato, o proprietário do imóvel X, situado na rua do imóvel Y, cuja vista será prejudicada pela construção do edifício Z, eventualmente exibe interesse no êxito do proprietário do imóvel Y contra a construtora do edifício Z, ou vice-versa, conforme seja um conservacionista radical ou pretenda vender o imóvel X a outra construtora. Faltar-lhe-á isenção para depor. É caso típico de incapacidade relativa, pois ao juiz interessa conhecer as expectativas divergentes da vizinhança em relação à construção, mas o depoimento é de informante.

Em nosso sistema jurídico, portanto, o interesse incapacitante será heterogêneo: (a) político (*v.g.*, a afinidade ideológica); (b) religioso (*v.g.*, a testemunha e a parte compartilham da mesma crença); (c) moral (*v.g.*, a testemunha passou por idêntica prova social de uma das partes); (d) afetivo (*v.g.*, o afilhado de uma das partes); (e) econômico (*v.g.*, a testemunha mantém relação de emprego com uma das partes);²⁰¹ (f) social (*v.g.*, o acionista na ação movida contra a companhia); e, por fim, (g) jurídico (*v.g.*, o sublocatário, no litígio entre locador e locatário).

Não é necessário o interesse habilitar o terceiro a intervir no processo. O depoimento dos policiais que efetuaram a prisão do autor de ação de reparação contra o Estado-membro, fundada na ilegalidade do ato, é “suspeito”,²⁰² porque respondem eles civil, criminal e administrativamente por esse eventual ilícito. Ao invés, (a) o depoimento do ativista do Estado laico, na ação movida por A contra o Município B, reclamando da obrigatoriedade da educação religiosa; e (b) o do integrante de agremiação política, na ação de reparação de C contra D, este também integrante do partido e suposto responsável por danos ao imóvel do autor no curso de manifestação de rua – o interesse político constitui exemplo clássico na doutrina francesa –,²⁰³ são depoimentos interessados no êxito de A e de D; porém, não se mostram necessariamente insinceros, inidôneos ou errôneos, nem sequer, *a priori*, verdadeiros. Depõem relativamente aos fatos só por eles conhecidos.

Das situações aventadas resulta que o interesse aludido no art. 447, § 3.º, II, necessita ser intenso e apaixonado; na realidade, tão avassalador que comprometa a sinceridade, e, portanto, muito próximo da afeição nutrida pelo ascendente em relação ao descendente.²⁰⁴ Relação dessa espécie torna a testemunha capaz de tudo,

201. 5.ª T. do STJ, Resp. 276.153-GO, 07.03.2006, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 01.08.2006, p. 507.

202. 2.ª T. do STJ, AgRg no Ag 652.861-RJ, 21.02.2006, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU 27.03.2006, p. 247.

203. François Gorphe, *La critique du témoignage*, pp. 210-211.

204. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 66, p. 144.

principalmente mentir. Assim, o motorista do veículo da empresa que participou do evento é incapaz de depor na ação de reparação de dano movida pelo dono de outro veículo;²⁰⁵ o gerente do supermercado é incapaz de depor no litígio entre a empresa, da qual é empregado, e cliente, juízo negativo que não comporta revisão no recurso especial.²⁰⁶ Esses precedentes revelam a repulsa da jurisprudência do STJ à linha da Corte de Cassação italiana, segundo a qual vínculos de dependência e de colaboração não turvam a capacidade de depor.²⁰⁷

1.964.4.3. *Interesse em razão de excessos emocionais* – O art. 447, § 3.º, I, e o art. 228, IV, do CC, arrolam o amigo íntimo e o inimigo capital no grupo das pessoas relativamente incapazes de depor. O amor desmedido e o ódio persistente ou rancor da pessoa, elementos configuradores da amizade íntima e da inimizade capital, turvam a percepção, a retenção e a transmissão do conhecimento, voluntariamente ou não. São distúrbios da personalidade.

As noções de amizade íntima e de inimizade capital já receberam análise com causas de suspeição do juiz (*retro*, 969.1). Em suma, amigo íntimo é quem recebe confidências de outra pessoa, porque mantém laços de afeição e de lealdade (*v.g.*, o parente espiritual, o comensal), devendo ser estreito, intenso e íntimo do laço (mais que no parentesco);²⁰⁸ no campo oposto, a inimizade capital reclama o desejo de desforra a todo transe, e, não, a simples malquerença revelada pela recusa em trocar saudações e cumprimentos na vida em sociedade.

1.964.5. *Incapacidade do cônjuge e dos parentes* – O cônjuge, o(a) companheiro(a), os ascendentes (pais, avós, bisavós), os descendentes (filhos, netos e bisnetos), em qualquer grau, e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade (irmãos; tios e sobrinhos), ou afinidade (cunhados; sogros; genro ou nora),²⁰⁹ são incapazes de depor (art. 447, § 2.º, II), sob a forma de impedimento.

A disposição restritiva a essas pessoas remonta às Ordenações Filipinas (Livro 3, Título 56, n.º 1 e 2). O bem jurídico tutelado é o interesse social na preservação dos laços de afeição e de solidariedade dos familiares mais próximos. Chamadas a depor em juízo, tais pessoas sofreriam enorme constrangimento moral, e coragem dessa espécie não é atributo geral, perturbando a serenidade e induzindo-as

205. 3.ª T. do STJ, REsp. 172.335-SP, 17.08.1999, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, RE, 353/291.

206. 4.ª T. do STJ, REsp. 97.916-SP, 12.11.1996, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 03.02.1997, p. 733.

207. Lotario Dittrich, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, p. 347.

208. Alfonso de Paula Perez, *La prueba de testigos en el proceso civil español*, p. 83.

209. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 68, p. 132.

a calar, senão a declarar inverdades, a exemplo da mãe que se recusa a admitir os malfeitos do filho ou do cunhado que não deseja desfazer as ilusões da irmã acerca do caráter do marido ou companheiro.

O art. 447, § 2.º, I, abarca esse círculo de pessoas, declarando-as impedidas de depor, salvo: (a) imposição do interesse público da causa; (b) causa relativa ao estado da pessoa, inexistindo outro meio de obter prova que o juiz estime indispensável ao julgamento do mérito. A essas duas exceções, há de acrescentar-se a do art. 228, parágrafo único, do CC: fatos só conhecidos por tais pessoas, no fundo referência elíptica às causas de estado, em que os fatos que interessam ao litígio (v.g., a injúria grave do marido) não saem do círculo familiar (v.g., a sogra presenciou o ato).²¹⁰ Objetiva esta última regra ampliar, e, não, restringir, a capacidade de depor.²¹¹

Relativa que seja a incapacidade, já abrangia o(a) companheiro(a), a exemplo de figurar no processo o companheiro da irmã da testemunha,²¹² perdendo a lei civil excelente oportunidade para ajustar-se à legalidade constitucional, todavia resgatada no superveniente art. 447, § 2.º, I.

A separação do casal não dissolve o vínculo conjugal e, conseqüentemente, a incapacidade do cônjuge, bem como as relações de parentesco por afinidade.

Tampouco o divórcio e a dissolução da união estável eliminam a incapacidade do antigo cônjuge e companheiro e dos parentes na linha colateral.²¹³ A subsistência da incapacidade, sobrevivendo o divórcio do casal, recebeu menção do art. 206, *in fine*, do *Code de Procédure Civile* francês.²¹⁴ Registre-se a circunstância de a extinção do vínculo conjugal deixar incólume o parentesco por afinidade em linha reta (v.g., o enteado), a teor do art. 1.595, § 2.º, do CC, mas extingue na linha colateral (v.g., o cunhado). E a razão plausível para a manutenção da incapacidade. A despeito das vicissitudes da comunhão de vida, há que ponderar os sentimentos contraditórios que acompanham tais rupturas: ou sobreviveu afeição, agora redobrada pela solidariedade pelo consorte “inocente”, ou transformou-se em ódio.²¹⁵ Nenhum desses sentimentos trabalha em prol da isenção.

210. Sérgio Gilberto Porto, *Prova: generalidades da teoria e particularidades do direito de família*, n.º 3.1.1, p. 123.

211. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao código de processo civil*, v. 5, t. 2, p. 522.

212. 3.ª T. do STJ, REsp. 81.551-TO, 23.09.1997, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *RJSTJ*, 105/265.

213. Em sentido contrário, Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 302, p. 55.

214. Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, n.º 601, p. 387.

215. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 69, p. 170.

1.965. Deveres da testemunha

A pessoa natural tem deveres específicos no que tange ao imperativo social de depor em juízo (art. 380, I): (a) o dever de comparecer; (b) o dever de depor; (c) o dever de dizer a verdade.²¹⁶ Esses deveres impõem sacrifícios pessoais e, em algumas situações, despesas financeiras ao terceiro. É dever cívico cooperar com os órgãos jurisdicionais ou de não retardar a marcha do processo.²¹⁷

1.965.1. Dever de comparecer da testemunha – A testemunha tem o dever de comparecer por seus próprios meios de transporte ao lugar designado para prestar depoimento. Em princípio, o juiz coleta a prova testemunha na sede do juízo, local onde pratica os atos do seu ofício, mas nada obsta que outro lugar seja designado. O interrogatório *sur-le-champ*, feito no curso de outra medida de instrução (v.g., no direito brasileiro, a inspeção judicial), é modalidade corrente na *enquête* francesa.²¹⁸

O dever de comparecer para prestar depoimento pressupõe que a testemunha seja convocada. Chama-se a essa convocação, no processo norte-americano, de *subpoena*, ou seja, a ordem do tribunal para comparecer e prestar depoimento.²¹⁹ Em princípio, visando maior segurança da presença efetiva e pontual, a convocação assumirá a forma de intimação prévia no direito brasileiro (art. 455). A par da intimação por ordem do juiz (art. 455, § 4.º), de regra o encargo passou ao advogado da parte (art. 455, *caput*), atribuindo-se o serviço do processo ao representante técnico, em virtude da ineficiência da burocracia judiciária.

O dever de comparecer surge quando respeitada a antecedência mínima de quarenta e oito horas do horário marcado pelo juiz (art. 218, § 2.º). Por exceção, o juiz intimará requisitará a testemunha ao superior hierárquico, cuidando-se de servidor público civil ou militar, a fim de não prejudicar o princípio da continuidade do serviço público (art. 455, § 4.º, III). Essa requisição propicia a localização e o emprego hábil de substituto. E, por outro lado, as pessoas egrégias do art. 454, I a XII, são oficiadas (art. 455, § 1.º), pois desfrutam da prerrogativa de prestar depoimento na própria residência ou no lugar em que desempenham a função, a par da excepcional assunção do poder de agenda – a testemunha marca o dia, a hora e o lugar do interrogatório. Essas pessoas têm o dever de comparecerem à entrevista programada. Problema diverso é a respectiva sujeição às sanções ordinárias que o juiz aplica aos ausentes. O poder de agenda retornará ao órgão

216. Lodovico Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, v. 3, n.º 510, p. 608; Hans-Joachim Musielak, *Grundkurz ZPO*, § 6.º, V, b, n.º 432, p. 260. No mesmo sentido, Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, n.º 807, p. 351.

217. G. Cesareo Consolo, *Trattato della prove per testimoni*, n.º 349, p. 590.

218. Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, n.º 600, p. 386.

219. Joseph W. Glannon, *Civil procedure*, p. 443.

judicial, havendo omissão (art. 455, § 2.º) ou falta de comparecimento (art. 455, § 3.º), mas não ficam nítidas as consequências de a testemunha egrégia não acudir à convocação (v.g., no caso de embaixador de país estrangeiro). E, por fim, a parte pode dispensar a convocação formal, assumindo o ônus de levar a testemunha à audiência (art. 455, § 2.º).

O dever de comparecer obriga as pessoas domiciliadas no território da comarca ou da seção judiciária. Nesse âmbito, por vezes extenso, a distância entre a residência e a sede do juízo (ou lugar diferente) não tem importância. As testemunhas domiciliadas em lugar distinto da comarca ou da seção judiciária tem a prerrogativa de serem inquiridas através de carta (art. 453, II) ou por videoconferência (e outro meio tecnológico de transmissão e recepção de imagens em tempo real), a teor do art. 453, § 1.º, modalidade enfraquecedora do princípio da imediação. O princípio pré-exclui que, divergindo os depoimentos da testemunha A, interrogada pelo juízo da causa, e a testemunha B, interrogada pelo juízo deprecado, o juiz obrigue B a comparecer na sede do juízo para ser confrontado com A (*infra*, 1.981).

À testemunha que deixa de atender à convocação do juiz, sem motivo justo, aplicam-se sanções pecuniárias. O comparecimento forçado, ou condução “sob vara” (art. 455, § 5.º), é o meio radical de obrigar a testemunha a comparecer em juízo. Tal coerção é universalmente aceita e adotada.²²⁰

1.965.2. Dever de depor da testemunha – A testemunha tem o dever de depor, que é de natureza pública,²²¹ ao comparecer em juízo, declarando o que souber e respondendo ao que lhe for perguntado. A recusa de depor constitui ilícito penal e civil, sujeitando a testemunha às sanções respectivas. O art. 463, *caput*, considera o depoimento serviço público.

A existência do dever de depor no processo civil já recebeu impugnações, sob o influxo do liberalismo exaltado, mas há fundamento sólido para sua proclamação. Funda-se na solidariedade social, ou seja, “nos mais graves interesses da justiça e da ordem social”.²²²

1.965.3. Dever de veracidade da testemunha – Ao depor, a testemunha tem o dever de declarar o que sabe e de responder às perguntas, dizendo a verdade. O dever de veracidade é reforçado, em muitos ordenamentos, pelo juramento sobre os livros sagrados,²²³ e, no Estado laico brasileiro, pelo compromisso civil previsto no art. 458, *caput*. Segue-se a advertência que, mentindo, calando ou ocultando a

verdade, submete-se à persecução penal (art. 458, parágrafo único), porque tais fatos são tipificados no art. 342 do CPB.

O compromisso reforça o dever de veracidade, mas não lhe é essencial. Ninguém fica liberado do dever de dizer a verdade à autoridade judiciária com ou sem compromisso. Recusando-se a testemunha a prestar o compromisso legal, nada obstante será advertida e, se for o caso, sujeitar-se-á à persecução penal nas mesmas condições da pessoa que se comprometeu regularmente (*infra*, 1.983).

O dever de dizer a verdade é tão mais intensamente observado quanto grave a sanção penal que lhe corresponde. Na *Common Law*, o crime de perjúrio assume superlativa gravidade, em muitos casos levando os perjuros à cadeia por períodos longos. Ao contrário, as superlotadas e indignas prisões brasileiras ficariam vazias se a respectiva ocupação se restringisse aos condenados pelo crime de falso testemunho.

1.966. Direitos da testemunha

O complemento natural do estatuto da testemunha radica nos direitos que suavizam o dever de depor. Esses direitos contrabalançam o peso do sacrifício imposto à testemunha pela solidariedade social.

1.966.1. Direito de convocação prévia – A testemunha tem direito a receber notícia oportuna do dia, hora e lugar em que prestará depoimento. Só é obrigada a comparecer em lugar situado na divisão territorial em que reside e com antecedência mínima de quarenta e horas (art. 218, § 2.º).

1.966.2. Direito à audição do juiz – Apesar de o art. 459, *caput*, autorizar a formulação de perguntas pela parte diretamente à testemunha, a audiência é feita na presença da autoridade judiciária. A autoridade judiciária tem o dever de coletar a prova oral direta e pessoalmente, haja ou não regra explícita nesse sentido. O juiz não é simples assistente, tanto que lhe cabe perguntar antes ou depois das partes (art. 459, § 2.º), cabendo-lhe presidir a audiência. A pessoa investida na função judicante, sobretudo, incumbirá a preservação da ordem material e moral do depoimento.²²⁴

Entre nós, a intervenção dos advogados das partes era subsidiária, formulando as “instâncias” em complementação às perguntas do juiz, e jamais dirigindo-se à própria testemunha. A modificação do art. 459, *caput*, não eliminou o controle do juiz, inderindo perguntas impertinentes, capciosas ou vexatórias (art. 459, § 2.º).

220. Carlo Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, v. 4, n.º 161, p. 211.

221. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 98, p. 196.

222. Afonso José de Carvalho, *Inquirição cível*, n.º 43, p. 91.

223. Richard D. Freer, *Civil procedure*, § 8.2.2, p. 371.

224. Afonso José de Carvalho, *Inquirição cível*, n.º 47, p. 104.

A fórmula do art. 459, *caput*, já constara do art. 181 do Regulamento 750/1850. O célebre diploma adotava o exame cruzado (*cross examination*) tão comum na *discovery*.²²⁵ Em síntese larga,²²⁶ a testemunha arrolada por uma das partes presta juramento promissório, é interrogada oralmente pelo advogado desta, *in open court*, visando a desincumbir-se do *onus probandi*, passando, em seguida, a responder às perguntas do advogado da parte adversa, cujo objetivo consiste em quebrar a obstinação da testemunha em dizer a verdade, assistindo-lhes direito a uma *re-examination* ou *re-cross-examination*.²²⁷ Essa técnica expõe as testemunhas (e, *a fortiori*, as partes) a grosseira provação. O órgão judiciário fica relegado ao papel menor de controle da regularidade do exame e, a requerimento da parte, perguntas sugestivas (*leading questions*), impertinentes e a respeito de *privilege matters* (*v.g.*, a *confidential communication*, equivalente ao sigilo do art. 448, II).

A influência (cultural, econômica e política) norte-americana assoalhou retorno ao regime das inquirições em mais de um ordenamento (*v.g.*, o art. 516, n.º 2, do NCPC português de 2013). Essa inclinação liberal, na medida em que os juristas da *Common Law* tendem a enxergar viés inquisitório nos sistemas da Europa continental, parece pouco razoável por várias razões. Em primeiro lugar, o preparo dos advogados é insuficiente para empreender autêntico e frutífero exame cruzado. Os advogados brasileiros dispõem de escasso domínio nas técnicas de inquirição. É disciplina alheia ao currículo das faculdades de direito, e, ademais, o adestramento profissional da área cível enfatiza a elaboração de peças escritas, e, não, o debate. Poucos se sentem à vontade na mesa da sala de audiências. E convém recordar que, a mais das vezes, o debate do art. 364, *caput*, é protocolar. E, ainda, o liberalismo excessivo traz à cena o problema dos recursos financeiros. A prova testemunhal renderá os frutos melhores na arte dos advogados proficientes, cuidadosamente preparados, e, portanto, dispendiosos e presumivelmente contratados pela parte provida de recursos financeiros superiores. No sistema anterior, o juiz presidia a audiência principal sem pleno conhecimento das questões de fato (*v.g.*, não fixara o tema da prova pessoalmente), dificuldade que o art. 357, II, buscou erradicar, em tese de modo irreprochável, e sentia-se desconfortável, motivo por que optava pelo relato livre. Desapareceu o constrangimento da pessoa investida na função judicante, supondo-se habilitados os advogados das partes; porém, nada assegura que o autor do ato postulatório principal seja o advogado encarregado de colher a prova, principalmente nos grandes escritórios de advocacia.

225. Fleming James Junior, Geoffrey C. Hazard Junior e John Leubsdorf, *Civil procedure*, § 5.3, p. 291.

226. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, *Da prova no processo penal*, n.º 9.2, p. 154.

227. Vide, Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nell sistema dell'oralità*, v. 2, pp. 473-474.

Do ponto de vista da máquina judiciária, o art. 459, *caput*, arrostando o grave risco de reintroduzir a principal mazela do regime do art. 181 do Regulamento 737/1850: a ausência do juiz, a quem tocava o policiamento do ato. À semelhança dos seus antecessores, e com maiores razões, o juiz contemporâneo pretextaria outros trabalhos urgentes para trancar-se em seu gabinete, controlando de perto, mas mediatamente a inquirição. Funcionários subalternos acabariam dirigindo ato processual de sumo relevo. Também se notou essa distorção em outros países (*infra*, 1.976.1). Não afigura-se prudente escancarar-lhes, outra vez, as portas da sala de audiência.

Do ponto de vista do processo civil garantista, aqui coincidente com os poderes de direção da autoridade judiciária, o interrogatório promovido pelo juiz pondera adequadamente os interesses em jogo e não merecia a modificação do art. 459, *caput*.

O direito de a testemunha ser inquirida pelo juiz significa que, ausente o juiz, tem o legítimo direito de negar-se a depor.²²⁸ Indisponível a pessoa investida na função judicante, a sessão que nem sequer deveria iniciado prosseguirá em outra data, oportunamente designada.

1.966.3. *Direito de recusar a deposição* – Em determinados casos, a testemunha tem o direito de recusar-se a depor, invocando motivo legal, previsto no art. 448, I e II (*infra*, 1.980). Este direito tem função predominante no direito alemão, em que inexistem, *a priori*, incapacidades de testemunhar, integrando, entre nós, a peculiar configuração do dever de depor.

1.966.4. *Direito ao tratamento digno* – O direito fundamental da dignidade da pessoa humana estrutura toda a ordem constitucional e de per si asseguraria à testemunha o direito de ser tratada polida e corretamente, do ingresso na sede do juízo até a dispensa após a prestação do depoimento, por juiz, auxiliares do juízo, órgão do Ministério Público, advogados, litigantes e o público em geral. Assim estabelece o art. 459, § 2.º, parte inicial, do NCPC.

É dever precípua da autoridade judiciária a manutenção da ordem e do decoro na audiência, mediante atento e efetivo poder de polícia, a teor do art. 360, *caput*, e inciso I. Fica a testemunha preservada pelo poder de polícia das intimidações, provocações e reações dos litigantes e da assistência.²²⁹

O respeito à dignidade da testemunha propicia a “tranquilidade necessária ao surto da verdade”.²³⁰ Assim, a testemunha não pode ser destrutada e ofendida –

228. Afonso José de Carvalho, *Inquirição cível*, n.º 48, p. 107.

229. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 110, p. 221.

230. Afonso José de Carvalho, *Inquirição cível*, n.º 49, p. 110.

excessos típicos da *cross examination*—, seja qual for o autor das assacartilhas. Essa é a razão da proibição das perguntas vexatórias, inclusive no processo penal.²³¹

A testemunha tem o direito e o dever moral de protestar, *incontinenti*, e de representar perante a autoridade competente (*v.g.*, órgão interno de controle da magistratura) contra os abusos sofridos, inclusive os que se originam da autoridade judiciária. A gravação a que alude o art. 460, *caput*, parte final, auxiliará na prova dos fatos.

À testemunha não assiste, ao contrário, o direito de calar-se, recusar-se a responder ou de retirar-se da audiência em retaliação ao tratamento indigno. Suportará, subserviente, as agruras até o fim do suplício para reagir no momento oportuno pela via legal.

1.966.5. Direito ao reembolso das despesas da testemunha – O dever de comparecer em juízo e, comparecendo, o dever de a testemunha depor perante a autoridade judiciária, em princípio no dia, na hora e no lugar designados pelo órgão judiciário, sem a menor atenção por sua conveniência ou ocupações habituais, impõem superlativos sacrifícios às pessoas comuns. Em muitas situações, há irremediáveis prejuízos: o profissional liberal, afastado do consultório no mínimo por um turno, jamais recuperará a oportunidade de atender o novo paciente ou de fechar negócio de ocasião. Bem se entende a enorme relutância em oferecer o nome para testemunhar e a ainda menor vontade de acudir à convocação judicial. As Ordenações Filipinas já se ocupavam de minorar as despesas de locomoção da testemunha (Livro 1, Título 11, n.º 1) e, atualmente, há dois direitos a esse título: (a) reembolso das despesas de locomoção (art. 462); e (b) integridade da retribuição pecuniária devida em razão de relação de emprego (art. 463, parágrafo único), e, *a fortiori*, de vínculo estatutário, consoante o respectivo regime.

1.966.5.1. Objeto do reembolso da testemunha – Segundo o art. 462, *caput*, a testemunha “pode requerer” ao juiz o pagamento das despesas realizadas para desincumbir-se do dever de comparecer à audiência. Entende-se por “despesa” o custo da locomoção e, se for o caso, alimentação e hospedagem da testemunha.²³²

Embora não seja a pessoa obrigada a comparecer em lugar diverso da comarca em que se situa a respectiva residência, prolongando-se a audiência e cessando de operar os meios de transporte públicos, a hospedagem em lugar próximo talvez seja indispensável, máxime prosseguindo a audiência no dia seguinte. Tal reembolso não significa que a testemunha é paga pelo cumprimento do dever de depor. O pagamento envolve os gastos de ida à sede do juízo, estadia e retorno à

residência. É nesse sentido, salvo engano, que o art. 84, alude à “indenização de viagem” da testemunha.

Impende considerar que o art. 84 também menciona a “diária de testemunha” como parte integrante das despesas processuais a que sentença condenará o vencido a ressarcir ao vencedor. Em item anterior (*retro*, 638.4), cuidou-se desse tópico, aqui reapresentado.

A expressão – “diária da testemunha” – é de intuitiva compreensão. O art. 463, *caput*, declara serviço público relevante o depoimento da prestado em juízo e, mantendo a testemunha vínculo trabalhista, o comparecimento não importará “perda de salário nem desconto no tempo de serviço”. Não há limite prévio ao número de deslocamentos protegidos na regra. Às vezes, a testemunha precisará se deslocar duas ou mais vezes até ser finalmente ouvida em juízo. O dispositivo aplica-se aos servidores públicos civis e militares, para os quais os respectivos estatutos dispõem nesse mesmo sentido. Assim, o cumprimento do dever de depor não importará prejuízo às pessoas que recebem retribuição pecuniária por força de vínculo empregatício ou estatutário.

Resolvido o problema de quem mantém vínculo trabalhista ou estatutário, ficariam sem a devida tutela outros grupos sociais, cujo trabalho é por conta de outrem. Pessoas há que empreendem individualmente ou que recebem por tarefa, por diária ou por serviço, favorecidas ou não pela fortuna, do mais modesto artesão (*v.g.*, o sapateiro) até profissionais liberais de prestígio (*v.g.*, o psicanalista). Essas pessoas não ficam prejudicadas em seus rendimentos pelo cumprimento do dever de depor. Assim, a terapeuta que perdeu as consultas marcadas no dia da audiência será razoavelmente reembolsada. O art. 462 autoriza o juiz a arbitrar indenização à testemunha, mediante comprovante hábil do que gastou deslocando-se até a sede do juízo. Essa indenização não compreenderá os lucros cessantes dos negócios da testemunha,²³³ porque excessivamente onerosa à parte vencida e, ainda, há que ponderar a natureza pública do dever de depor.²³⁴ Assim, a testemunha tem direito a um paliativo, raramente concedido, na prática, encarregando-se as próprias partes, ou os respectivos advogados, de assalariar a testemunha, principalmente as mais modestas. É um costume incômodo, que compromete a isenção do depoimento, mas tolerado como mal menor.

O exercício do direito previsto no art. 462 não reclama prova pré-constituída do valor e da efetivação da despesa. Em geral, deslocando-se a testemunha pelos meios de transporte público (*v.g.*, ônibus, trem ou metrô), o valor da passagem não é muito expressivo, comparativamente às despesas carreadas às partes pelo

231. Roberta Casiraghi, *La prova dichiarativa*, p. 449.

232. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 352, pp. 125-126.

233. Em sentido contrário, José Maria Asencio Mellado, *Derecho procesal civil*, v. 1, p. 258.

234. Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, v. 2, n.º 202, p. 55.

processo, embora relevante para as pessoas de baixa renda, e não há recibo do pagamento. O juiz arbitrarará prudentemente o valor do reembolso da vinda ao juízo, estadia e retorno à residência. Residente a testemunha em outro município ou Estado-membro, e, nada obstante, espontaneamente se deslocado até a sede do juízo para prestar relevante serviço público, auxiliando o ritmo do processo, tem direito ao reembolso das despesas. Tais despesas serão de valor mais expressivo e, não sendo comprovadas no ato (*v.g.*, recibo da passagem aérea), também arbitradas pelo juiz.

1.966.5.2. *Iniciativa do reembolso da testemunha* – À luz da fórmula dubitativa do art. 462, ainda não vigência do CPC de 1939 formara-se o entendimento de que ao juiz não é dado ordenar o reembolso *ex officio*.²³⁵ Ora, o poder de direção do juiz autoriza a iniciativa, suprimindo a inércia da testemunha, quiçá constrangida pela solenidade da sessão ou absorvida pelos ritos judiciais. O art. 462 apenas curou de expressar a disponibilidade desse direito. Pode suceder que a testemunha não considere relevantes as despesas feitas para atender a convocação judicial. Findo o depoimento, e antes de colher a assinatura da testemunha no termo de depoimento (art. 460, *caput*), o juiz indagará quais sejam e a quanto montam as despesas. O requerimento da testemunha é feito oralmente nessa oportunidade.²³⁶

1.966.5.3. *Responsabilidade pelo reembolso da testemunha* – A responsabilidade pelo reembolso imediato das despesas de locomoção, alimentação e hospedagem da testemunha é da parte que a arrolou na forma do art. 357, § 4.º e § 5.º. Para essa finalidade, nenhuma diferença há entre a testemunha intimada (ou requisitada) e a testemunha que a parte se obrigou a levar independentemente de intimação (art. 455, § 2.º). Se a testemunha é ouvida *ex officio*, ou a requerimento do órgão do Ministério Público, nas causas em que há atuação da parte coadjuvante (art. 178), incumbirá ao autor antecipar as despesas (art. 82, § 1.º).

A parte vencida ressarcirá à parte vencedora o valor pago à testemunha (art. 85).²³⁷

1.966.5.4. *Forma do reembolso da testemunha* – Depreende-se do art. 462 que o reembolso ocorrerá na própria audiência, uma vez definido o respectivo valor, ou no prazo de três dias. Este prazo fluirá da intimação da decisão de arbitramento. Em tal hipótese, a parte responsável depositará a quantia na conta corrente bancária da testemunha, ou o escrivão realizará transferência eletrônica, “pois seria absurdo fazê-la voltar ao cartório, incorrendo em novas e provavelmente equivalentes

despesas, para receber o que lhe é devido”.²³⁸ A testemunha fornecerá os dados respectivos e o juiz mandará consigná-los no termo de depoimento.

§ 405.º Produção da prova testemunhal

1.967. Admissão da prova testemunhal

Segundo os arts. 319, VI, e 336, *in fine*, constitui ônus do autor e do réu, e, *a fortiori*, dos terceiros intervenientes na oportunidade dos atos postulatorios principais, a especificação da audição de testemunhas como meio de prova idôneo à apuração da veracidade das respectivas alegações de fato. O procedimento probatório comum raramente se satisfaz com a anódina indicação genérica. O juiz manda as partes proporem os meios de prova após firmar-se real e definitivamente a controvérsia, mas antes da decisão de saneamento. No que tange às provas a serem produzidas por carta precatória ou rogatória, ou por auxílio direto, o momento da proposição assumirá superlativo relevo: condição *sine qua non* para suspenderem o término da instrução é que sejam requeridas “antes da decisão de saneamento”, a par de imprescindível a prova, conforme dispõem o art. 377 c/c o art. 313, V, b.

Fixado o tema da prova, o juiz cotejará as alegações de fato controvertidas e as regras de admissibilidade da prova testemunhal, deferindo-a, ou não, conforme haja correspondência do meio com o objeto. E tal sucederá na decisão de saneamento, proferida na audiência preliminar (art. 357, § 3.º), ou em gabinete (art. 357, *caput*), porque a oportunidade para o juiz (a) fixar o tema da prova e (b) admitir o meio da prova proposto ou, suprimindo a inércia das partes, ordenar a produção de prova *ex officio*. O regime da impugnação desse ato, em qualquer sentido, já recebeu análise em item anterior (*retro*, 1.822) e é parcial.

Abstendo-se de especificar a prova testemunhal no momento hábil (petição inicial ou contestação) e de propô-la, quando o juiz estimulou a renovação do ato, assente a controvérsia, a parte tem direito de produzir prova testemunhal própria na hipótese de o juiz admitir este meio, a requerimento do adversário, ou ordenar a produção *ex officio*. Não há preclusão lógica.²³⁹ É o que resulta do art. 357, § 4.º. E, com efeito, na pior das hipóteses, jamais se poderia negar ao omissor o direito de contraprova; na verdade, entretanto, o direito à prova testemunhal descansa na inelutável igualdade de armas dos litigantes. Aberta a instrução, as partes têm

235. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 118, p. 242.

236. Moniz de Aragão, *Exegese do código de processo civil*, v. 4, t. 2, n.º 352, p. 125.

237. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 3, n.º 118, p. 243.

238. Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao código de processo civil*, v. 4, n.º 187, p. 203.

239. Neste sentido, porém, Raquel Heck Mariano da Rocha, *Preclusão no processo civil*, n.º 5.1.2.2, p. 107.