

MOACYR AMARAL SANTOS

PROVA JUDICIÁRIA
NO
CÍVEL E COMERCIAL

VOLUME II
(2.^a tiragem)

DA CONFISSÃO E DO
DEPOIMENTO PESSOAL

MAX LIMONAD
Editor de Livros de Direito
RUA SENADOR FEIJÓ, 176 — SÃO PAULO

*Todos os exemplares, devidamente
numerados, são rubricados pelo autor.*

Arice Moacyr
812

A
ARICE MOACYR,
com a bênção de seu pai.

CAPÍTULO II

NATUREZA E FUNDAMENTO DA CONFISSÃO

SUMÁRIO: 1 — Quanto à natureza da confissão: correntes. 2 — Corrente que atribui à confissão natureza convencional. 3 — Fundamentos da confissão. 4 — Fundamento jurídico. 5 — Fundamento psicológico. 6 — Fundamento lógico. 7 — A confissão e os demais meios de prova. 8 — A confissão é simples testemunho? 9 — Corrente que atribui à confissão natureza probatória. 10 — A confissão é ato de disposição de direitos processuais? 11 — O caráter probatório da confissão. 12 — Natureza da confissão segundo o direito pátrio.

1. — Divergem os escritores no que se refere à natureza da confissão, formando-se em duas correntes distintas. Conquanto dissídio doutrinário, nem por isso versa questões meramente acadêmicas: desdobra-se em consequências práticas assás relevantes.

Uma das correntes, a que se filiam GIORGI, PESCATORE, MATTIROLO, SALEILLES, GARSONNET, entre outros, atribui à confissão caráter de verdadeiro contrato; outra, de que fazem parte LESSONA, RICCI, CHIOVENDA, BETTI, COVIELLO, DEMOLOMBE, MAXIMO CASTRO, e muitos outros, entre os quais a unanimidade dos escritores patrícios, considera-a legítimo meio de prova.

2. — A natureza convencional da confissão já fôra focalizada por GOSSIN.¹ Mas quem a difundiu, desenvolvendo doutrina em tórno ao assunto de forma a grangear adeptos, foi PESCATORE.

¹ GOSSIN, citado por LESSONA, o. c., 1^o v., n. 375; e por MAXIMO CASTRO, o. c., 1^o v., n. 519.

Segundo esse escritor, na exposição de MATTIROLLO,² “a confissão judicial expressa apresenta dois elementos distintos: um, *lógico*; outro, *convencional*. O primeiro, comum a todas as provas, consiste na declaração da verdade, resultante de uma confissão, produzida na solenidade judicial, por uma das partes ou por seu procurador especial, contra seu próprio interesse. O segundo, o convencional, está no tácito acôrdo das partes de considerarem, para os efeitos jurídicos que se agitam na lide, como demonstrado, como verdadeiro, o fato reconhecido pela confissão, subtraindo-o, assim, de ulterior contestação”.

Para PESCATORE, quem confessa renuncia a todas exceções, donde resultar uma verdade convencional, que, se preciso, deve prevalecer sobre a verdade real.³ Assim, o elemento convencional prepondera sobre o elemento lógico, que é comum às demais espécies de provas.

Adotando essa teoria, MATTIROLLO entende que a confissão judicial expressa “não tem somente o valor de prova: porque a lei a diz *irrevogável* e não admite que ela possa, *regra geral*, ser impugnada com simples prova em contrário”. Mostra o insigne escritor de como a parte, chamada a depoimento pessoal, sobrepondo ao interesse pecuniário da causa o interesse do próprio sossêgo, ou por outros motivos, responde confessando os fatos litigiosos, não obstante duvide de sua veracidade ou mesmo os saiba inverídicos. “Mais tarde, porém, arrependido do que fizera, será possível retratar-se, oferecendo prova em contrário? Não, responde inconcusso canon de direito antigo e moderno: — *in jure confessi pro judicatis habentur: confessos in jure pro judicatis haberi placet*; — *in confessum nulloe judicis sunt partis, nisi ad condemnandum*”.⁴

Essa força especial da confissão, — considera MATTIROLLO — que derroga os princípios gerais que regem a prova, que regem a lógica das provas, reside no elemento *convencional*,

2 MATTIROLLO, o. c., 2º v., n. 683; PESCATORE, *Logica del diritto*, parte I, cap. XVI

3 PESCATORE, o. c., apud LESSONA, o. c. e loc. cit.

4 MATTIROLLO, o. c., 2º v., n. 632.

que, prevalecendo sobre o elemento lógico, atribui à confissão caráter de *contrato*.⁵

Na mesma esteira, com clareza, se encontra a exposição de GIORGI.

Não nega êle seja a confissão despida do caráter puramente lógico, comum a todas as provas, ou mesmo do caráter legal que lhe atribui o legislador italiano de 1865. Mas entende que “a eficácia especial”, própria à confissão, de dispensar qualquer outra prova, decorre do “caráter convencional e próprio da confissão”, eis que por ela se dá “o reconhecimento voluntário do direito alheio”, e, exatamente, “por quem podia renunciar o próprio direito”. “Sob êste aspecto, diz, a confissão pertenceria antes aos contratos que às provas”.⁶

E acrescenta, em nota: “o caráter convencional da confissão não decorre somente do fato de ficar ao juiz vedada a convicção racional, que é substituída pela legal, mas do motivo especial porque isso acontece, que está, precisamente, no *reconhecimento voluntário*, feito por quem é *capaz de renunciar o próprio direito*. É esta especialidade que afasta a confissão das demais provas verdadeiramente legais, coisa que é olvidada pelos opositores e os leva, pois, a contradizer-se, quando falam da capacidade do confitente”.⁷

3. — Que a confissão é legítimo meio de prova, sustenta a segunda corrente: exprime, apenas, o desejo da parte de estabelecer a verdade quanto ao fato tido como litigioso.

Para compreender melhor a doutrina, convém, primeiramente, saber-se qual o *fundamento da confissão*, isto é, como se justifica reconheça uma parte como verdadeiro, muito embora isso a prejudique, o fato arguido pelo adversário.

Três são os fundamentos: o *jurídico*, o *psicológico* e o *lógico*.⁸

5 MATTIROLLO, o. c., 2º v., ns. 682 e 683.

6 GIORGI, o. c., 1º v., n. 388.

7 GIORGI, o. c., 1º v., nota à pág. 504.

8 LESSONA, o. c., 1º v., n. 403; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 527; CARVALHO SANTOS, *Cód. de Proc.*, 1º v., p. 275.

4. — Quando alguém, citado para uma ação de cobrança, comparece em juízo e confessa a dívida, as atenções do juiz voltam-se, imediatamente, para o confitente, no sentido de averiguar se êle é juridicamente capaz. Como pela confissão há reconhecimento de fato, ou de obrigação, que corresponde a ato dispositivo de obrigar-se, natural é que possa exercê-la somente quem no uso e gozo de sua capacidade jurídica.

É certo que lícito é, a quem possa dispôr, reconhecer a verdade dos fatos alegados pelo adversário. A verdade, por princípio de ordem social universal, nunca deverá ser negada ou obscurecida. Reconhecendo a verdade do fato, ou da obrigação, o litigante pratica um dever de ordem social e jurídica. Mas como, com o reconhecer, pode dar-se o caso de verificar-se ato equivalente ao de disposição de direitos privados — como quando se confessa uma dívida, ou a propriedade ou posse do adversário — o direito exige que, para confessar, seja o litigante juridicamente capaz. Confissão produzida por quem nestas condições, é suficiente para que o juiz se pronuncie quanto ao fato confessado. Eis o fundamento jurídico da confissão.⁹

Considerando relevante sobre os demais o fundamento jurídico, considerando a equiparação entre a capacidade para confessar e a capacidade para obrigar-se, GIORGI e os de sua corrente¹⁰ vêm na confissão um meio de disposição de direitos privados e lhe atribuem natureza convencional. Ao que redargui CHIOVENDA,¹¹ dizendo que “o processo não é jamais considerado como meio de disposição de direitos privados, visto que a sentença deve declarar direitos existentes e não constituir ou criar direitos novos”.

Nisso está, precisamente, uma das diferenças flagrantes entre contrato e confissão. “Aquêlé cria um vínculo jurídico,

9 LESSONA, o. e loc. cit.; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 528; CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.; CHIOVENDA, *Instituciones*, § 57.

10 Vide n. 2.

11 CHIOVENDA, o. e loc. cit.

esta reconhece sua existência. O contrato é um estado de fato; a confissão a prova de um estado de fato”.¹²

A distinção, assim formulada, não deixa dúvidas. Assinala FRAGA, apoiando-se em DEMOLOMBE, que a confissão, “como uma homenagem prestada à verdade e um dever cumprido, não passa do reconhecimento de um fato ocorrido no passado; e, como tal, prova uma obrigação anterior e preexistente, mas não origina por si tal obrigação; portanto, ela não constitui nem um contrato nem uma obrigação”.¹³

Poder-se-á objetar que há contratos que regulam obrigações preexistentes, como os que regulam ou dissolvem vínculos jurídicos, e, pois, aquela distinção não é de todo satisfatória. É de redarguir-se, porém, que, ainda aí, a diferença entre contrato e confissão se manifesta clara: por aquêlé ter-se-á criado, modificado ou dissolvido obrigação preexistente, é certo; por esta, não se criam, não se modificam, nem se dissolvem vínculos jurídicos, mas apenas se reconhece sua criação, modificação ou dissolução.¹⁴ Cumpre acrescentar, ainda, com LESSONA, que “um contrato que dissolve um vínculo jurídico nunca é objeto de confissão por parte do devedor, porque a confissão deve provar precisamente a existência de um vínculo de quem confessa, não a inexistência. Quem confessa a dissolução de um vínculo, não sendo o credor, cria em seu favor uma liberação: não confessa, por conseguinte, mas apenas faz uma declaração que não é confissão”.¹⁵

5. — O segundo fundamento da confissão é o *psicológico*.

Consiste na repugnância, própria à natureza humana, de confessar, ou condenar-se. A confissão é fundamentalmente contrária à natureza humana.¹⁶

Tal a força dêsse princípio, que tem servido de argumento aos que propõem a exclusão da confissão do quadro

12 LESSONA, o. c., 1º v., n. 374; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 519; FRAGA, o. c., 2º v., ps. 407-408.

13 FRAGA, o. e loc. cit.; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, v. XXX, n. 463.

14 LESSONA, o. e loc. cit.

15 LESSONA, o. e loc. cit.

16 LESSONA, o. c., 1º v., n. 403; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 529; MALATESTA, *A Lógica das Provas*, trad. de J. Alves de Sá, 2º v., p. 194 e ss.; CHIOVENDA, *Principii*, § 61; *Instituciones*, § 57; CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.

das provas. QUINTILIANO chegou mesmo a dizer: "*ea natura est omnis confessionis, ut possit videri demens qui de se confitetur*".

Nas conclusões dos oponentes à confissão como meio probatório, há evidente exagero. O princípio da aversão humana à confissão, êsse é verdadeiro. Por instinto de defesa, o homem tende a fugir ou afastar-se daquilo que possa prejudicá-lo, ou contrariar seus interesses.

Assim, quando confessa, quando, por exceção, concorre, com o reconhecimento do fato arguido pelo adversário como verdadeiro, e, pois, contraria a própria natural tendência, se deve compreender existam razões ponderosas para isso. Certa a observação de MALATESTA: "se na consciência humana existe um motivo genérico que se opõe à confissão, motivos há também específicos contrários, que, em casos particulares, impelem a confessar, vencendo aquele motivo genérico que se lhe opõe".¹⁷

Um desses motivos, o principal certamente, que leva o litigante à confissão, consiste na força com que a verdade atua sobre a consciência. Se êle admite e reconhece fatos contrários ao seu interesse, é porque sobre êste prevalece o seu respeito pela verdade, seja impulsionado pelo amor ou consideração à própria verdade, seja por motivos outros que o impelem a ser verdadeiro e não passar por mentiroso. Daí dizer LESSONA que a confissão tem sempre caráter coativo, imposto pela regra moral, que obriga a dizer a verdade.¹⁸ O certo é que "no espírito humano existe sempre um instinto de veracidade, que se opõe à mentira", o qual, "irresistível, vencendo a força do interesse contrário que arrastaria à mentira, conduz à confissão".¹⁹

Além desse motivo, outros há que poderão exercer influência no sentido de fazer propender o espírito à confissão. Não parece desacertado dizer-se, ainda com MALATESTA, que ao litigante ocorre sempre a idéia de que, no desenrolar do

17 MALATESTA, o. c., 2º v., p. 196.

18 LESSONA, o. c., 1º v., n. 376.

19 MALATESTA, o. c., 2º v., p. 202.

processo, surjam provas que o confundam, "que tornem inútil toda mentira". "Êle sente então que lhe não resta outro caminho a seguir senão o de dispor por bem o espírito dos julgadores, que é o da confissão verdadeira: e confessa".²⁰

Essas razões são bastantes para concluir-se que, se o litigante admite fatos contrários ao seu interesse, é porque os fatos confessados são verdadeiros.²¹

Aliás, tem a experiência demonstrado que a mentira, ou falsidade, é caso excepcional nas confissões. A regra, quase absoluta, é o predomínio da verdade. "Estas considerações psicológicas são além disso larga e brilhantemente confirmadas pelos fatos: em face da afirmação de que toda confissão se deve considerar falsa, existe o fato contrário de mil confissões, em que a verdade do seu conteúdo tem sido verificada em mil julgamentos".²²

O fundamento psicológico da confissão conduz à compreensão da natureza probatória desta. No processo, busca-se a apuração da verdade. A confissão trá-la ao processo. A mesma verdade que seria produzida por outros meios de prova, ou, ainda, a verdade que, em alguns casos, por outros meios de prova não se encontraria.

6. — O terceiro fundamento é o lógico.

Sòmente os fatos são suscetíveis de confissão. Pela confissão se reconhece como verdadeiro fato alegado pela parte contrária.

Ora, os fatos caem sob a observação direta dos sentidos e uma vez percebidos poderão ser, por intermédio da memória, com maior ou menor segurança evocados ou rememorados.

Certamente que, em regra, a percepção dos fatos será mais nítida para aquêle a quem êles interessam ou digam respeito, do que para terceiros, testemunhas eventuais e desinteressadas. Aquêle, mais do que estas, se acha, pois, em con-

20 MALATESTA, o. e loc. cit.

21 LESSONA, o. c., 1º v., n. 401; CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.

22 MALATESTA, o. c., 1º v., p. 196.

dições de memorá-los com a clareza necessária reclamada pela verdade. O confitente, ao reconhecer verdadeiro um fato, o evoca tal qual os seus sentidos o perceberam. Não será mais digna de crédito a reprodução dos fatos pelo confitente, que representou papel principal ou ao menos importante nos acontecimentos, do que a trazida por terceiros, que apenas desempenharam papel secundário, desinteressados das ocorrências? Não será mais digna de crédito a própria parte, “por ter representado o principal papel nos acontecimentos por ela referidos, e cujas minuciosas particularidades conhece melhor do que ninguém?” — pergunta MITTERMAYER.²³

Eis aí a razão lógica, justificando a confissão como meio de prova. Lógico é que a reprodução pela própria parte, de fatos que foram sujeitos à sua observação imediata, deverá merecer mais crédito do que qualquer outra emanada de terceiros.²⁴

Por outro lado, rememorar um fato é muito mais fácil do que inventá-lo. Rememorar o fato é reproduzi-lo, com o auxílio da memória, segundo o apreenderam os sentidos. Inventá-lo, exige poder de criação, o predomínio da imaginação. Mais fácil é falar a verdade do que mentir. “Dizer a verdade — acentua MAXIMO CASTRO — é mais fácil do que urdir a mentira, porque aquela não reclama outra coisa que evocar a recordação dos fatos caídos sob o domínio dos nossos sentidos, enquanto que esta requer todo um processo mental de coordenação de circunstâncias falsas afim de não surgir em dado momento contradição com manifestações anteriores”.

Donde, conclui o ilustrado professor argentino, conduzir-nos a lógica a admitir que a declaração feita pela parte corresponde à verdade, “pela maior facilidade que há em dizer a verdade do que em urdir a mentira”.²⁵

²³ MITTERMAYER, *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, trad. de ANTONIO ALBERTO SOARES, anotado por PONTES DE MIRANDA, 3ª ed., cap. XXXI, p. 294; LESSONA, o. c., 1ª v., n. 401.

²⁴ CARVALHO SANTOS, o. c., 3ª v., p. 276; MAXIMO CASTRO, o. c., 1ª v., n. 530.

²⁵ MAXIMO CASTRO, o. e loc. cit.

Pode-se, pois, à vista da razão lógica, que justifica a confissão e a aprecia como meio produtor excelente da verdade quanto aos fatos, concluir-se que, por mais êsse motivo, a confissão se integra entre as provas. Seria contrário à evidência negar à confissão natureza probatória, quando é certo que por ela se chega mais facilmente à verdade relativamente aos fatos litigiosos e, pois, se alcança o fim colimado pela prova.

7. — Olvidam os fundamentos da confissão os escritores que lhe atribuem caráter convencional. Qualquer dos fundamentos — o jurídico, o psicológico, o lógico — explica e justifica a natureza probatória da confissão.²⁶

Aliás, a confissão traz em si muitos pontos de semelhança com os demais meios de prova. Como as demais provas, visa ela produzir no processo a verdade relativamente aos fatos litigiosos, levando a convicção, quanto a êstes, ao espírito do juiz; como as demais provas, está sujeita às regras processuais probatórias, quanto à sua proposição, admissibilidade, produção, não sendo de todo excluída do critério da avaliação, mesmo podendo, em dados casos, ser desprezada pelo juiz na formação de sua convicção.

8. — Há mesmo escritores de sumo respeito que atribuem à confissão caráter de testemunho.

Entre êstes, o moderníssimo e acatadíssimo CARNELUTTI,²⁷ para quem a confissão é “um testemunho qualificado pelo sujeito”, eis que “o sujeito da confissão é sempre a parte”.

O próprio MATTIROLLO, que admite à confissão natureza convencional, a qualifica como testemunho: — “A confissão, considerada como prova, é o testemunho que uma das partes faz contra si própria”.²⁸

²⁶ LESSONA, o. e loc. cit.; MAXIMO CASTRO, o. e loc. cit.; CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.

²⁷ CARNELUTTI, o. c., 1ª v., n. 311.

²⁸ MATTIROLLO, o. c., 2ª v., n. 678.

Sem embargo de ser incluída entre as provas pessoais e orais, revestindo-se assim de vários caractères peculiares a estas, a confissão não é, no entanto, simples testemunho, isto é, simples declaração de ciência, ou de conhecimento dos fatos litigiosos, o que admitiria prova em contrário.²⁹

BETTI examina a questão e com clareza expõe a diferença entre confissão e testemunho. Para o eminente processualista, “a confissão não é simples expressão de ciência desinteressada — isto é, de testemunho — *mas reconhecimento da verdade de uma afirmação que teria interesse em contestar*, reconhecimento que *pressupõe, normalmente, mas não necessariamente, um conhecimento*”. Mostra, em seguida, que a dissemelhança entre confissão e testemunho ressalta quando se indaga a questão de sua disponibilidade. O testemunho é fornecido por terceiro, em virtude de uma verdadeira obrigação jurídica; a confissão se calca num interesse e num ônus do confitente. “O terceiro é obrigado a manifestar ao juiz tóda a própria ciência acêrca dos fatos litigiosos. A parte, ao contrário, não tem — salvo o dever de comportar-se com lealdade e boa fé — obrigação comparável àquela, da testemunha, e tanto isso é certo que suas respostas não estão vinculadas a qualquer juramento”.³⁰

Na confissão não há apenas méra declaração de ciência; há também, sob certo aspecto, declaração de vontade. E uma e outra declarações se diferenciam. A eficácia da declaração de ciência está na sua credibilidade apenas, isto é, no seu poder de convicção perante o juiz, enquanto que a declaração de vontade tem por eficácia vincular-se ao juiz, que deve tomá-la como base da decisão tal como foi confessada. Por outro lado, a declaração de ciência pode ser ilidida por meio de prova em contrário, enquanto que à declaração de vontade fica vinculado o declarante, que não pode revogar a confissão senão por êrro de fato.³¹

29 CHIOVENDA, *Instituciones*, 3º vol. p. 215; BETTI, *Dir. Processuale Civile Italiano*, n. 119, p. 497.

30 BETTI, o. e loc. cit.

31 ANTONIO CONIGLIO, *Atto di citazione e confessione giudiziale*, in *Riv. di Diritto Processuale Civile*, 5º v., parte I, p. 207 e ss., n. 6.

Diferenciam-se, ainda, a confissão e o testemunho não só quanto ao modo de sua apreciação pelo juiz, como quanto à sua eficácia probatória. A prova testemunhal é avaliada e resulta da convicção que produz no espírito do juiz. A confissão, quando expressa e formal, pode, por si só, atribuir o direito à parte contrária. O assunto se presta a mais amplas especulações, pelo que será, mais adiante, em lugar próprio, convenientemente tratado.

9. — Em contrário aos que concedem natureza convencional à confissão, alinha-se longa coorte de eminentes juristas, tais como DEMOLOMBE, BELIME, AUBRY ET RAU, LESSONA, RICCI, CHIOVENDA, BETTI, SÍLVIO LESSONA, COVIELLO, NEVES E CASTRO, MÁXIMO CASTRO, JOÃO MONTEIRO, AURELIANO GUSMÃO, CARVALHO SANTOS, BORGES DA ROSA, MORAIS CARVALHO, FRAGA.³²

Partem todos, como DEMOLOMBE e BORSARI, — e isso já foi exposto anteriormente³³ — de uma primeira linha divisória entre convenção e confissão, qual a de que o contrato cria ou modifica obrigações, enquanto que a confissão é uma declaração que se refere ao passado, não engendrando por si mesma uma obrigação. “Ela reconhece somente, constata uma obrigação anterior e preexistente” — escreve DEMOLOMBE.

Sintetiza o ilustre RICCI: — “A confissão não é a mesma coisa que convenção: esta consiste na união de dois consentimentos, do que deriva o vínculo jurídico; aquela, ao contrá-

32 DEMOLOMBE, o. e loc. cit.; BELIME, *Philosophie du droit*, 2º v., p. 661 e ss.; AUBRY ET RAU, o. c., 12º v., § 751; LESSONA, o. c., 1º v., ns. 376 e ss.; RICCI, *Dir. Civile Italiano*, 6º vol., n. 455; CHIOVENDA, *Instituciones*, § 57; BETTI, o. c. § 29, pág. 406; SÍLVIO LESSONA, *Atto di citazioni e confessione giudiziale*, in *Riv. di Diritto Processuale Civile*, 1º v., parte II, ps. 177 e ss.; COVIELLO, *Man. di dir. civ. italiano*, 1º v., § 178; NEVES E CASTRO, *Teoria das Provas*, p. 81 e ss.; MÁXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 516 e ss.; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 153, nota 1; AURELIANO GUSMÃO, *Processo Civil e Comercial*, 2º v., p. 50 e ss.; CARVALHO SANTOS, o. c. 3º v., p. 275; BORGES DA ROSA, *Proc. Civ. e Com.* 1º v., p. 512; MORAIS CARVALHO, *Praxe Forense*, § 394; FRAGA, o. c., 2º v., p. 407.

33 Vide n. 4.

rio, não é senão a nua e simples afirmação de um fato. Ora, esta afirmação é por si mesma um ato unilateral; logo, para produzir o seu efeito jurídico, não há necessidade do concurso da outra parte. Daí se tira a consequência de que uma confissão emitida não pode ser retratada por falta de aceitação da parte em favor de quem foi feita, não sendo essa aceitação necessária para que adquira eficácia jurídica".³⁴

Exatamente no tocante à necessidade ou desnecessidade de aceitação da confissão para que tenha eficácia jurídica se debatem as correntes que atribuem à confissão natureza convencional ou probatória.

Ora, o que vale na confissão é a verdade que dela deflui com referência aos fatos confessados. "Precisamente, porque é a afirmação de um fato que uma pessoa faz contra o próprio interesse, a confissão tem a máxima eficácia probatória".³⁵ O que influi na convicção do juiz é a confissão em si mesma, não é a aceitação da parte contrária, como observa BELIME, no que é repetido por LESSONA, FRAGA e CARVALHO SANTOS.³⁶ Com essa conclusão concordam os juristas que não reconhecem na confissão caráter convencional³⁷ e é concorde o direito pátrio vigente, o Código de Processo Civil, cujo art. 232 dispõe: — "*A validade da confissão não depende de aceitação da parte contrária a quem beneficiar*".³⁸ O mesmo princípio dominava o direito pátrio antigo, uma vez que ali era exigida a aceitação da confissão, para valer como prova plena, apenas quando, extrajudicial, feita verbalmente em presença da parte.³⁹ Os códigos de processo alemão (§ 288) e austríaco (§ 266) consignam o princípio, nos mesmos termos da lei brasileira.

10. — Alguns escritores concebem a confissão não como ato de disposição de direitos privados, isto é, não como con-

³⁴ RICCI, *Diritto Civile Italiano*, 6^o v., p. 455.

³⁵ COVIELLO, o. c., 1^o v., § 178.

³⁶ BELIME, o. c., 2^o v., p. 665; LESSONA, 1^o v., n. 458; FRAGA, o. c., 2^o v., p. 408; CARVALHO SANTOS, o. c., 3^o v., p. 311.

³⁷ LESSONA, o. e loc. cit.; RICCI, o. e loc. cit.; COVIELLO, o. e loc. cit.; CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.

³⁸ Vide Cap. X.

³⁹ RIBAS, *Consolidação das Leis de Processo Civil*, art. 346, § 2^o.

trato, mas como ato dispositivo de direitos processuais. Quem confessa, dizem, dispõe de materiais da causa, de tal forma que conduz o juiz à obrigação de aceitar como verdade o fato confessado; quem confessa renuncia o direito de provar, dispondo, pois, de atos processuais.

A isso responde magistralmente o eminente CHIOVENDA que "o material da causa não pode ser objeto de disposição das partes". É certo que o juiz está obrigado a respeitar a confissão da parte, mas não em homenagem à vontade dela, sim porque a lei lhe impõe esse dever como consequência imediata da *atividade* das partes. Por outro lado, "não se pode conceber a confissão como renúncia de direito à prova, visto que não existindo um *dever* de provar, não existe um *direito* à prova que possa ser renunciado; há tão somente possibilidade de manter atitude passiva, deixando à parte contrária o ônus de provar".⁴⁰

11. — Cumpre ressaltar que mesmo os escritores que enxergam na confissão natureza convencional não negam de forma perentória seu caráter probatório,⁴¹ pelo menos em face do direito positivo. Entre êsses, GIORGI, talvez o mais ardoroso entre êles, diz mesmo que seria ingenuidade negar, diante do direito positivo italiano, caráter de prova à confissão, eis que como prova é reconhecida pelo Código Civil e pelo Código de Processo. E, mesmo sob o aspecto puramente teórico, o eminente jurista não pôde deixar de afirmar que a confissão efetivamente tem "certo valor probatório".⁴²

Não se pode ocultar que a declaração que uma parte faz contra si própria se reveste de acentuadas razões de credibilidade, quer se encare pelo prisma psicológico, quer pelo prisma lógico. Quando uma parte declara contra si, quando reconhece verdadeiro um fato contrário ao próprio interesse, existem as maiores probabilidades de que a declaração seja verdadeira.

Nela vai o juiz encontrar a verdade com referência ao

⁴⁰ CHIOVENDA, *Instituciones*, 3^o v., § 57; *Principii*, § 61.

⁴¹ MATTIROLLO, o. c., 2^o v., n. 677; GIORGI, o. e loc. cit.

⁴² GIORGI, o. e loc. cit.

fato. A convicção do juiz decorre da ciência e da convicção do confitente, com referência ao fato confessado que, implicitamente, estão contidas na confissão. "Convicção e conhecimento que — escreve BETTI — revelando-se da parte de quem tem interesse contrário, parecem ao legislador — segundo experiência dos casos normais — suficientes para justificar a ilação de que o fato realmente seja verdadeiro, sem que ao juiz, como acontece no processo penal, ocorra dever de apurar caso por caso".⁴³

Com efeito, é normal que ninguém preste declarações reconhecendo como verdadeiro um fato contrário ao próprio interesse. Mas quando as presta, compreende-se que isso o faça por estar realmente convencido quanto à verdade do fato, a elas sendo levado por força da regra moral. Por outro lado, a experiência tem verificado que, regra geral, quando a parte, a quem o fato prejudica, está convencida da verdade do fato, este efetivamente é verdadeiro.⁴⁴

Meio idôneo, assim, para formar a convicção do juiz no tocante aos fatos litigiosos, corresponde a confissão, pois, a legítimo meio de prova.

Não se veja nela um negócio jurídico, unilateral ou bilateral, em que é predominante a declaração de vontade. Prepondera, é certo, a declaração de ciência, mas uma declaração de ciência voluntária, afirmação, reconhecimento da verdade relativamente a um fato. "Não se afirma que se quer qualquer coisa, mas se afirma que se reconhece como verdadeiro um fato".⁴⁵ A vontade de confessar, o *animus confitendi*, reforça e qualifica a declaração de ciência, de forma a ter eficácia suficiente correspondente à eficácia que a convicção da verdade produz no espírito do juiz.

Exatamente por isso a própria lei, em geral, já atribui à confissão a respetiva eficácia. E muitos autores não a encaram senão sob esse aspecto. "A consequência da irretratabilidade da confissão, a da sua eficácia vinculadora ao conven-

43 BETTI, o. c., n. 119, p. 406.

44 CHIOVENDA, *Principii*, § 61, p. 818; *Instituciones*, 3º v., § 57.

45 COVIELLO, o. e loc. cits.

cimento do juiz, derivam só e exclusivamente da lei; não são queridas por si mesmas, nem correspondem ao efeito prático querido, porque outra coisa não se pode pensar que se entenda fazer com a confissão senão dizer a verdade". Mesmo o elemento "capacidade jurídica" para obrigar-se, indispensável ao confitente, para eficácia da confissão, não desnatura a natureza probatória desta, por isso que aquela condição não deflui da índole jurídica da confissão, mas das suas consequências práticas, em regra danosas ao confitente.⁴⁶

Negar à confissão natureza probatória, apenas porque por ela fica a parte contrária dispensada do ônus da prova, à evidência é mostrar desconhecer questões que não se confundem: a referente a quais sejam os meios de prova e a relativa ao ônus da prova. O problema do ônus da prova não repudia a confissão como prova. Se provar cabe a quem tem interesse em demonstrar a verdade dos fatos alegados, nem por isso deixará de haver prova quando exatamente quem podia permanecer inativo se propõe a produzi-la. Por isso mesmo escreve COVIELLO que a confissão difere dos demais meios de prova apenas porque é fornecida por quem, em regra, não tem interesse de provar, isto é, por quem poderia permanecer passivamente no tocante à instrução do processo. Mas — acentua — "meio de prova é qualquer meio idôneo para formar a convicção do juiz, seja fornecido por quem o fôr".⁴⁷

12. — Desta orientação não discrepam o direito pátrio, antigo ou vigente, e os nossos juristas.

Já as Ordenações do Reino se referiam expressamente à confissão como meio de prova,⁴⁸ o mesmo fazendo os escritores que pontificaram durante a sua vigência,⁴⁹ portugueses ou brasileiros.

46 COVIELLO, o. e loc. cits.; CHIOVENDA, o. e loc. cits.

47 COVIELLO, o. e loc. cits.

48 Ord. liv. 1º tit. 52, pr.; tit. 53, § 9º; liv. 4º, tit. 18; etc.; etc.

49 MELO FREIRE, o. c., liv. IV, tit. XX; LOBÃO, *Segundas Linhas*, nota 426 e ss.; PEREIRA E SOUSA, § CCXXI; MORAIS CARVALHO, o. cit., §§ 393 e seg.; SOUSA PINTO, §§ 1063 e ss.; RAMALHO, *Praxe Brasileira*, § 157 e ss.; RIBAS, o. c., § 326 e § 340 e ss.; PAULA BATISTA, o. c., § 138 e § 160 e ss.

O Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, art. 138, a incluía expressamente entre os meios de prova e lhe traçava as regras fundamentais (arts. 155 a 163). Os códigos de processo dos Estados da União mantiveram o mesmo sistema.⁵⁰

Também expressamente a inclui entre os meios de prova o Código Civil brasileiro, art. 136. O Cód. de Processo vigente, art. 208, dispondo que “*são admissíveis tôdas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais*”, reafirmou os arts. 136, do Cód. Civil, e 138, do Reg. 737, de 1850,⁵¹ que consagram a confissão como prova civil e comercial, respetivamente. Além do que o Cód. de Processo alinha as regras mestras da confissão, nos arts. 229 a 234, no cap. IV, intitulado — “*Do Depoimento Pessoal e da Confissão*”, do liv. 2.º, título VIII, que tem por epígrafe — “*Das Provas*”.

Os processualistas patricios mais ilustres, da época contemporânea, JOÃO MENDES JÚNIOR, JOÃO MONTEIRO, AURELIANO GUSMÃO, ESPÍNOLA, JORGE AMERICANO, PEDRO BATISTA MARTINS, CARVALHO SANTOS, FRAGA, CAMARA LEAL, BORGES DA ROSA, DE PLACIDO E SILVA, e muitos outros, que seria longo enumerar, não divergem nesse particular, sendo unânimes em atribuir à confissão natureza probatória.⁵²

50 Cód. de Pernambuco, art. 261; da Bahia, art. 135; do Espírito Santo, art. 160; de Minas, art. 265; do Rio Grande do Sul, art. 368; do Distrito Federal, art. 181; de São Paulo, art. 263.

51 Vide 1º volume cap. V.

52 JOÃO MENDES JUNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, ed. de 1910, p. 140; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 153, nota 1; AURELIANO GUSMÃO, o. c., loc. cit.; ESPÍNOLA, *Cód. de Proc. da Bahia*, arts. 174-175; JORGE AMERICANO, *Cód. de Proc. Civil*, 1º v., p. 480 e ss.; CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.; FRAGA, o. e loc. cit.; CAMARA LEAL, *Cód. Proc. de S. Paulo*, 2º v., p. 40 e ss.; DE PLACIDO E SILVA, o. e loc. cit.

ELEMENTOS DA CONFISSÃO

- I — *Elemento objetivo*
- II — *Elemento subjetivo*
- III — *Elemento intencional.*

CAPÍTULO III

ELEMENTOS DA CONFISSÃO

SUMÁRIO: 1 — Quais os elementos da confissão. I — *Elemento objetivo*. 2 — Só os atos são suscetíveis de prova. 3 — Quais fatos podem ser confessados. 4 — Fatos criminosos ou difamatórios. 5 — Fatos de caráter permanente. 6 — O direito não é suscetível de confissão. 7 — O direito estadual, municipal, costumeiro, singular e estrangeiro e a confissão. 8 — Ainda o direito costumeiro e a confissão. 9 — Questões de fato que parecem de direito. II — *Elemento subjetivo*. 10 — O sujeito da confissão é a parte. 11 — Capacidade do confitente. 12 — Confissão de cônjuge em causas relativas a imóveis. 13 — A mulher casada e a confissão. 14 — A mulher comerciante. 15 — Menores púberes. 16 — Pródigos. 17 — Selvícolas. 18 — Falidos. 19 — Representantes legais dos incapazes. 20 — Confissão por procurador. 21 — Pessoas jurídicas de direito privado. 22 — Pessoas jurídicas de direito público interno. 23 — Declarações que não constituem confissão. III — *Elemento intencional*. 24 — Elemento intencional: do que se compõe. 25 — A forma: uma declaração. 26 — A vontade na confissão. 27 — O “*animus confitendi*”.

1. — Do próprio conceito de confissão deduz-se que se decompõe ela em elementos que dizem respeito ao seu objeto, ao sujeito que a presta e à intenção que o anima ao produzi-la.¹

I — ELEMENTO OBJETIVO

2. — Só os fatos são suscetíveis de prova²; não o direito.³

Meio de prova, que é, a confissão só se refere a fatos.

1. LESSONA, o. c., 1º v., n. 385; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 644; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 144; BORGES DA ROSA, o. c., 1º v., p. 542; JORGE AMERICANO, *Proc. Civ. e Comercial*, ed. 1925, p. 30.

2. Vide 1º v., cap. XII.

3. Vide 1º v., caps. XII e XIII.

Daí dizer-se que o objeto da confissão são os fatos.⁴

Princípio pacífico, hoje sem opositor.

Já acolhido no regime das Ordenações,⁵ no do Reg. 737, de 1850, vem proclamado pelos escritores nacionais e portugueses dessas gerações.⁶ Igualmente reconheceram-no os códigos de processos das unidades da Federação,⁷ especialmente os dos Estados de Santa Catarina e de São Paulo, bem como o do Distrito Federal, que dispunham, expressamente, que a confissão devia "*versar sôbre fatos da causa*".

Não discrepando do direito tradicional, o Cód. de Processo vigente, conquanto sem disposição expressa, manteve idêntico princípio, que é um dos princípios cardiais do direito probatório. Desnecessário pareceu ao legislador, depois de incluir a confissão entre os meios de prova, reproduzir para ela uma regra que é comum a todos êles.

3. — Mas nem todos os fatos precisam ser provados, nem todos são suscetíveis de ser provados, nem todos podem ser provados.

Meio de prova, a confissão está sujeita às regras em que se assenta o direito probatório, inclusive àquelas que dizem respeito à incidência da prova, entre as quais se incluem as relativas às condições dos fatos que precisam, não precisam, devem ou não podem ser provados.⁸

Contudo, mesmo nem todos fatos suscetíveis de prova o podem ser por confissão, dada a natureza dêsse meio pro-

4 LESSONA, o. c., 1º v., n. 386; RICCI, *Delle Prove*, n. 233; LAURENT, o. c., 20 v., n. 156; BETTI, o. e loc. cit.; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 568; JOÃO MONTEIRO, o. e loc. cit.

5 *Ord. Afonsinas*, liv. 3, tit. 58; *Ord. Manuelinas*, liv. 3, tit. 40; *Ord. Filipinas*, liv. 3º, tit. 53.

6 MELO FREIRE, o. c., liv., IV, tit. XX, § 2º; PEREIRA E SOUSA, ed. Teixeira de Freitas, § 225, nota 457; LOBÃO, o. c., nota 431; NAZARETH, *Elementos de Processo Civil*, 1º v., § 406; MORAIS CARVALHO, o. c., § 394; SOUSA PINTO, *Primeiras Linhas sôbre o Processo Civil*, 2º v., § 1.076; RAMALHO, *Praxe Brasileira*, § 176; BENTO DE FARIA, Reg. 737, nota ao art. 155.

7 Cód. de Pernambuco art. 262 c/c. art. 292; da Bahia, art. 166, c/c. art. 238, "b"; do Espírito Santo, art. 163 c/c. art. 177; Rio de Janeiro, art. 1238 c/c. art. 1254; do Distrito Federal, art. 191; de São Paulo, art. 275; de Santa Catarina, art. 700; do Rio Grande do Sul, art. 399 c/c. art. 412, "c".

8 Vide 1º vol., cap. XII.

batório. É certo que pela confissão uma das partes, com animo de obrigar-se, reconhece como verdadeiro fato alegado pelo adversário. Daí concluir-se que o fato, para ser confessado, deva ser

- a) próprio e pessoal do confitente;
- b) favorável à parte que o invoca e desfavorável ao confitente;
- c) suscetível de renúncia;
- d) não sujeito à forma especial.⁹

a) *Próprio e pessoal* do confitente deve ser o fato, no sentido de que lhe diga respeito. Se o fato, ou obrigação, fôsse de terceiro, a declaração do confitente, reconhecendo-o verdadeiro, não teria senão o efeito de testemunho.

b) Esse princípio é completado por outro, qual o que reclama que *os fatos sejam contrários aos interesses do confitente e favoráveis à parte que os invoca*.

Na verdade, ninguém pode criar prova em seu favor, ou fazer prova em seu próprio benefício. Consente a razão seja alguém admitido a declarar contra si mesmo, devendo-se entender que semelhante declaração decorre da influência da verdade sôbre o declarante; mas não consente deponha alguém em seu próprio favor, porque seria permitir que a influência do interesse se sobrepusesse à da verdade.¹⁰

Insuficiente é, porém, que a declaração do confitente não lhe seja favorável. Mistér é que seja contrária aos seus interesses. "Porque — escreve LESSONA — se fôsse contrária a um terceiro, ou a uma das partes, e não àquela que a emite, não se trataria, como é evidente, de uma confissão".¹¹ Isto é, é preciso que a confissão se apresente como uma *contra se pronuntiatio*.

Mesmo porque a confissão deve prejudicar apenas ao confitente, não prejudicando em absoluto a terceiros, consoante a máxima de PAPINIANO: *non debet alteri per alte-*

9 LESSONA, o. c., 1º v., n. 390 e ss.; MAXIMO CASTRO, 1º v., n. 568; FRAGA, o. c., 2º v., p. 405; NEVES E CASTRO, o. c., n. 96; JORGE AMERICANO, o. c., ps. 41 e ss.

10 RICCI, o. c., n. 233; MATTIROLO, o. c., 2º v., n. 674.

11 LESSONA, o. c., 1º v., n. 391.

*rum iniqua conditio inferri.*¹² Aliás é essa regra tradicional no direito pátrio, que a herdou do direito português.¹³

“A confissão que se referisse a terceiros pessoas — escreve NEVES E CASTRO — perderia êste nome para ter o de testemunho. É por esta razão que não prejudica o fiador aquela que é feita pelo devedor com o fim de lhe aumentar a obrigação. Da mesma sorte não é válida a confissão de um pai que se declara devedor a um filho, ainda que em testamento”.¹⁴

Sobre o assunto, anotando a PEREIRA E SOUSA, escreve TEIXEIRA DE FREITAS: — “A confissão, a respeito de terceiro, não é verdadeiramente uma confissão; mas um testemunho, que se deve regular pela doutrina da prova testemunhal. Assim, a confissão, que faz o marido de haver recebido o dote da mulher, só a êle prejudica, e não aos credores. A confissão de um sócio, ou de um co-herdeiro, não prejudica a outro; a do procurador, tutor, ou curador, não prejudica ao constituinte, ao pupilo, ou ao menor; a do prelado não prejudica a Igreja, a do devedor não prejudica ao fiador para lhe aumentar a obrigação; nem, também, sendo a favor de um credor, prejudica a outros credores”.¹⁵

A regra constava do Reg. 737, de 1850, art. 161, que dispunha que a confissão “sòmente prejudica ao confitente, aos seus herdeiros, e não ao terceiro ainda que seja co-herdeiro, co-obrigado ou sócio”. Reproduziram-na RIBAS e CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, em suas consolidações, bem como os códigos de processo dos Estados.¹⁶ O Cód. de Processo vi-

12. D., liv. 74, *De Reg. Jur.*; NEVES E CASTRO, o. e loc. cit.; JORGE AMERICANO, o. c., p. 41; TEIXEIRA DE FREITAS, notas 472 e 473 a PEREIRA E SOUSA; PEREIRA E SOUSA, o. c., § 230.

13. PEREIRA E SOUSA, o. c., § 230; LOBÃO, o. c., nota 448; NEVES E CASTRO, o. e loc. cit.; JORGE AMERICANO, o. e loc. cit.; BENTO DE FÁRIA, Reg. 737, nota ao art. 161; CAMARA LEAL, *Cód. de Proc. do Est. de São Paulo*, 2º vol., p. 47.

14. NEVES E CASTRO, o. e loc. cit.

15. TEIXEIRA DE FREITAS, a PEREIRA DE SOUSA, nota 473

16. RIBAS, *Cons. das Leis de Proc. Civ.*, art. 364; CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *Consolidação*, art. 1.099; Código da Bahia, art. 706; do Estado do Rio, art. 1243; do Distrito Federal, art. 199; de São Paulo, art. 279; de Santa Catarina, art. 706; do Rio Grande do Sul, art. 405.

gente, art. 231, consagra-a, dispondo: — “A confissão produzirá efeitos em relação apenas ao confitente e a seus herdeiros e não prejudicará os litisconsortes...”

Assunto que será ventilado mais adiante, quando se tratar dos efeitos da confissão,¹⁷ vem agora à baila apenas para mostrar que, para haver confissão, indispensável é que o fato ou obrigação confessados sejam contrários aos interesses do confitente.

Além disso, e mesmo em consequência disso, o fato confessado deve ser favorável aos interesses da parte contrária ao confitente,¹⁸ eis que por meio dela libera o adversário do ônus da prova.

c) O fato, ou obrigação, *deve ser de natureza suscetível de renúncia.*¹⁹

Quem confessa renuncia o próprio direito e atribui o direito ao adversário. Mas há direitos inalienáveis, cuja renúncia é inoperante, e, pois, os fatos, ou obrigações, que os traduzem, não são suscetíveis de confissão. Donde, ineficaz é a confissão, e, pois, inadmissível, quando dela resulta a perda de direitos que o confitente não pode renunciar ou sobre que não possa transigir, pois nesses casos os princípios de ordem pública prevalecem sobre a vontade das partes.²⁰

“Assim — anota PONTES DE MIRANDA — a confissão dos cônjuges, de que se casaram pelo regime da separação de bens, não destroi, só por si, a presunção legal de que os cônjuges de ordinário se casam pela comunhão universal. A confissão não prova também em nulidade de casamento. Se o marido confessa ser pai de sua mulher, esta confissão não basta para provar o incesto e a correspondente nulidade absoluta do matrimônio. O Código Civil brasileiro (art. 346) deu

17. Vide Cap. 8º.

18. LESSONA, o. e loc. cit.; PONTES DE MIRANDA, an. a NEVES DE CASTRO, p. 120; JORGE AMERICANO, *Cód. de Proc.*, 1º, pág. 490.

19. NEVES E CASTRO, o. e loc. cit.; PONTES DE MIRANDA, a NEVES E CASTRO, p. 120; JORGE AMERICANO, *Cód. de Processo*, 1º v., p. 490.

20. NEVES E CASTRO, o. e loc. cit.

um exemplo, expressamente: "Não basta confissão materna para excluir a paternidade".²¹

d) O fato, ou obrigação, deve ser *de natureza que a sua prova não reclame forma especial*.²²

Vem o princípio, que é tradicional no direito pátrio, reconhecido nos arts. 129, 130 e outros, do Cód. Civil. Dispõe o art. 129: — "A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente o exigir". E o art. 130: — "Não vale o ato que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei, salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida".

Dita tais princípios preceito universalmente acatado: — *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*. Por uma razão de ordem pública, cujas normas são invioláveis, superior à vontade dos contratantes, a lei estabelece para certos atos forma especial. A preterição desses preceitos de ordem pública, mesmo referentes à forma dos atos jurídicos, importa em nulidade insuprível. É a própria lei que declara ser nulo o ato jurídico "quando não revestir a forma prescrita em lei". (Cód. Civil, arts. 145 n. 3, 82 e 130).

Em consequência, "a confissão não pode suprir entre as partes contratantes a escritura pública ou a particular que fôr da essência ou substancia do contrato, na forma das leis em vigor".²³ Está contida essa regra no art. 136, do Cód. Civil, que exclui de prova pelos meios comuns, qual a confissão, os atos jurídicos *a que se impõe forma especial*. Princípio tradicionalmente reconhecido no direito pátrio, era expressamente previsto no Reg. 737, de 1850, art. 159, bem como na Consolidação de CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO e ainda por códigos de processo dos Estados.²⁴ O Cód. de Processo

21 PONTES DE MIRANDA, o. e loc. cit.

22 NEVES E CASTRO, o. e loc. cit.; PONTES DE MIRANDA, o. e loc. cit.; BENTO DE FARIA, Reg. 737, nota ao art. 159; JORGE AMERICANO, *Proc. Civ. e Com.*, p. 36; FRAGA, o. c., 2º v., p. 429; MÁXIMO DE CASTRO, o. c., 1º v., n. 573.

23 JORGE AMERICANO, o. e loc. cit.

24 CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *Cons.*, arts. 1.086 e 1.087; Código de Pernambuco, art. 267; da Bahia, arts. 171 e 172; de Minas, art. 269; do Rio de Janeiro, art. 1242; do Distrito Federal, art. 195; do Rio Grande do Sul, art. 404.

vigente reproduz a regra, no art. 233: — "Os êrros da ação ou do processo serão sanados pela confissão, *que todavia, não suprirá a escritura pública, quando da substância do contrato*".

"Se a confissão pudesse suprir formas essenciais dos contratos — escreve JORGE AMERICANO — a razão superior cederia à vontade dos contratantes, que, depois de haver burlado a lei, deixando de praticar o ato essencial, sanariam a sua falta confessando em juízo determinados fatos para validar o ato nulo."²⁵

Assim, por meio de confissão não se provariam pactos antenupciais ou adoções, porque tais fatos só podem ser provados mediante escritura pública (Cód. Civil, art. 134, n. I); nem tão pouco contratos constitutivos ou traslativos de direitos reais, porque para êstes a prova, se de valor superior a mil cruzeiros, há de ser necessariamente a escritura pública (Cód. Civil, art. 134, n. II); se de valor inferior, o instrumento particular.

4. — Discute-se se os fatos criminosos ou difamatórios são suscetíveis de confissão.

Presta-se a matéria a vasta controvérsia.

Para dirimí-la, mistér é se distingam as hipóteses de confissão espontânea e de depoimento pessoal.

Certamente, na confissão espontânea, pela qual a parte, sem provocação do adversário, comparece em juízo e reconhece o fato imoral, difamatório ou criminoso alegado por êste, sempre pairará dúvida quanto ao valor probante da confissão. O princípio segundo o qual é contrário à natureza humana confessar, dado o caráter do fato confessado — imoral, criminoso ou difamatório — prevalece, à vista da finalidade probatória de produzir convicção no espírito do julgador, sôbre o princípio que atribui à verdade mais força que ao interesse. Mas nem por isso se deve considerar inadmissível a prova de tais fatos por meio de confissão. Os fatos

25 JORGE AMERICANO, o. e loc. cit.

alegados na causa, e dos quais importem consequências jurídicas, devem e podem ser provados por todos os meios admissíveis em direito, inclusive confissão, pelo que seria injurídico negar-se a admissibilidade desta para sua demonstração, só por serem difamatórios, imorais ou criminosos.

Mas com ser admitida a confissão não quer dizer que a prova dos fatos reconhecidos esteja feita. Entra aí, como em geral na apreciação da prova, o critério do juiz, aplicando-se, com carradas de razão, o princípio exarado no art. 118, do Cód. de Processo: — “Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes”.²⁶ Aliás, como com referência às demais provas, o juiz só empresta valor à confissão “quando se convence de que traduz a realidade. De outra forma, nega-lhe qualquer valor, alegando a sua inverossimilhança ou outra razão qualquer que, segundo o sistema vigente de provas, lhe retire tódta fôrça probante”.²⁷

Na segunda hipótese, tratando-se de confissão por meio de depoimento, e, pois, confissão provocada, a solução do assunto, que merecerá mais largas considerações em momento apropriado,²⁸ encerra maiores dificuldades. Porque a parte, então, é solicitada e mesmo constringida a confessar, e princípios de moral e de equidade natural se levantam em protesto contra isso, segundo a regra que ninguém é obrigado a confessar a própria torpeza.

5. — Também se indaga se os fatos de caráter permanente são suscetíveis de prova por meio de confissão.

Pela negativa se manifesta RICCI, que entende deverem tais fatos ser verificados por outros meios probatórios, e, especialmente, pela verificação judicial ou pericial.²⁹

Para prova de tais fatos, na verdade, não parece seja a confissão o meio mais apropriado, eis que outros mais segu-

26 Vide Cap. 11º; Vide 1º v., cap. XVIII.

27 CARVALHO SANTOS, o. c., 2º v., p. 154; HEROTIDES DE LIMA, *Cód. de Processo Civil*, 1º v., p. 425.

28 Vide Cap. 5º.

29 Ricci, o. e loc. cit.

ros existem. Confessar a existência de um córrego, de uma colina, de uma rua, coisas convincentemente apuráveis por uma vistoria, é abandonar-se melhor meio de prova, o que é contrário aos princípios gerais do direito probatório.

Contudo, a opinião de LESSONA e MAXIMO CASTRO, admitindo, para tais fatos, a confissão, é mais sensata e mesmo lógica. “Verdade é — escreve o primeiro — que se com um interrogatório se quer provar um fato permanente, o juiz poderá negar-lhe eficácia e ordenar a prova pericial; porém, poderá igualmente admitir o interrogatório”.³⁰ Em face do direito pátrio vigente, que concede ao juiz o poder de formar livremente sua convicção (Cód. de Processo, art. 118) e ordenar, “*ex-officio*”, as diligências necessárias à instrução do processo (Cód. de Processo, arts. 117, 294 n. IV),³¹ essa opinião é perfeitamente acertada. Segundo seja a confissão, o confitente, a natureza do fato confessado, a matéria controvertida, caberá ao juiz resolver se lhe basta aquêle meio de prova ou se se torna necessário outro, mais seguro, para formar sua convicção.

6. — O direito não é suscetível de confissão.³²

Em outra parte dêste trabalho³³ foi já assunto de longas considerações que o direito não se prova, salvo o direito estadual, municipal, costumeiro, singular ou estrangeiro (Cód. de Processo, art. 212). Parece, por isso, desnecessárias maiores indagações. Como o direito não é objeto de prova, não é êle suscetível de confissão. “A confissão, *psicológicamente* válida — diz JORGE AMERICANO — pois só o poder da verdade leva ordinariamente os homens a reconhecer os fatos favoráveis ao adversário, não seria *juridicamente* válida, quando reconhecesse uma regra jurídica diversa da que rege

30 LESSONA, o. c., 1º v., n. 389; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 574.

31 Vide 1º v., capítulos XIII, XVIII e XIX.

32 LESSONA, o. c., 1º v., n. 386; MATTIROLLO, o. c., 2º v., 674; RICCI, o. e loc. cit.; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 144 e nota 12; TEIXEIRA DE FREITAS e PEREIRA e SOUSA, nota 457; NEVES e CASTRO, o. e loc. cit.; JORGE AMERICANO, o. c., p. 35; CAMARA LEAL, *Do depoimento pessoal*, n. 25.

33 Vide 1º v., capítulos XII, X.

a matéria aplicável, a confissão seria absurda; sendo prestada no sentido da regra aplicável, seria pelo menos inútil porque, estabelecidos os fatos, a função do juiz é exatamente essa de dizer qual a regra jurídica aplicável".³⁴

No direito pátrio, esse princípio sempre teve acolhida, sem necessidade de texto expresso a respeito. Vem deduzido, como corolário lógico, do princípio segundo o qual só os fatos são suscetíveis de prova, e passou a ser observado pela sua longa prática. A propósito escreve JOÃO MONTEIRO: "Desde a mais antiga prática não se admitiam as *positiones juris*, quer dizer, artigos de direito para base de interrogatório. E estas eram as duas principais razões: 1.º, porque *jus non est probandum*; 2.º, porque tais artigos são o meio de dispensar o pretendente do ônus da prova, e isso jamais se pode obter provocando o adversário a uma declaração puramente jurídica". E continua, transcrevendo MANCINI: "A *probatio juris* é coisa supérflua, antes vã e absurda, pois que o direito é uma noção ideal, objetiva, por si existente, *et probatione non indiget*".³⁵

7. — O direito não se prova, salvo o estadual, municipal, costumeiro, singular ou estrangeiro, tem-se dito e repetido. Como este — o estadual, municipal, consuetudinário, singular e estrangeiro — depende de prova (Cód. de Processo, art. 212), pergunta-se: sua prova se faz mediante confissão?

Sustenta CAMARA LEAL, ainda na vigência da legislação processual anterior, que o depoimento pessoal podia versar sobre o direito singular, municipal, estadual e estrangeiro, excluído de prova por esse meio o direito consuetudinário.³⁶

Conclusão inaceitável.

Quando se diz que o direito estadual, municipal, singular ou estrangeiro precisa ser provado, não se visa, propriamente, a prova do direito: trata-se de provar o fato da exis-

34 JORGE AMERICANO, o. e loc. cit.

35 JOÃO MONTEIRO, o. c., § 144, nota 12; MANCINI, *Comentário*, 3º, nota à pág. 339.

36 CAMARA LEAL, *Do depoimento pessoal*, n. 25.

tência de uma lei que dispõe isto ou aquilo. Mesmo porque a interpretação de tal lei é da competência judicial.

A prova do fato da existência de uma lei escrita — municipal, estadual, singular ou estrangeira — uma vez necessária,³⁷ reclama a exibição do seu texto, para que o juiz a aprecie. Conseqüentemente, a prova de tal fato, "por sua própria natureza, repele qualquer outro meio que não seja literal, porque só o documento pode ser autenticado".³⁸ Aliás, reprovável seria a prova de uma lei escrita por um dos meios probatórios orais. Se o que se quer é o teor, o contexto de uma lei invocada, certamente constante de repertórios ou coleções de leis, códigos, revistas jurídicas, publicações oficiais, obras de autores consagrados, etc., ou dos arquivos de repartições públicas, extravagante parece se deixe a prova literal e se conceba a possibilidade de sua substituição pelos meios orais. Calcado em BALDI e CONSOLO, escreve a propósito JORGE AMERICANO que "o texto da legislação estrangeira jamais se prova por meio de testemunhas, por não ser objeto sensivelmente observado por todos, mas tão somente visível a um número restrito de especialistas, em circunstâncias particulares, para cujo conhecimento são necessários estudos superiores, não presumíveis na testemunha".³⁹ Com os mesmos argumentos, e pelos motivos expostos, é de concluir-se que a prova de legislação estrangeira, estadual, municipal ou do direito singular, jamais se pode permitir produzida por meio de confissão.

8. — Já com referência ao direito consuetudinário, é de distinguirem-se os usos e costumes que exigem prova literal (Cód. de Processo, arts. 260 e 261) e os que podem ser provados pelos meios admissíveis em juízo (Cód. de Processo, arts. 259 e 262).⁴⁰ Aquêles, à evidência, não podem ser con-

37 Vide 1º v., capítulo X.

38 JORGE AMERICANO, o. c., p. 172.

39 JORGE AMERICANO, o. e loc. cit.; BALDI, *Le prove civili*, verb. *Leggi Stranieri*, nº 5; CONSOLO, *Delle prove per testimoni*, 2ª ed., intr., p. 19, n. 24.

40 Vide 1º v., capítulo XI.

fessados; estes, desde que averiguáveis por meio de testemunhas, nada impede sejam provados por confissão, sem prejuízo da faculdade conferida ao juiz de atribuir a tal prova o valor que lhe parecer.

9. — Por vêzes acontece que certas confissões parecem de direito, quando na realidade o são sobre questões de fato, adverte LESSONA.⁴¹

“Na interpretação de um contrato — escreve — um contratante declara que o significado de uma cláusula é este ou aquêle. A cláusula em questão pode ter sido transcrita do Código; porém, nesse caso, o direito se converte em um fato porque a vontade da parte é o que se trata de interpretar, e seguramente a declaração da parte quanto à interpretação de sua vontade é verdadeira confissão de um fato”.

Fato dessa natureza é perfeitamente suscetível de confissão. Não se trata de interpretar o texto de lei reproduzido no contrato como uma de suas cláusulas, mas sim o de apurar a intenção das partes reproduzindo no contrato o texto legal. A exegese do texto de lei, matéria concernente à hermenêutica jurídica, não se enquadra no objeto da prova; o fato da intenção, a explicação da razão da incorporação ao contrato da cláusula estabelecida na lei, cabe nos âmbitos probatórios e, pois, constitui matéria passível de confissão.⁴²

II — ELEMENTO SUBJETIVO.

10. — Do próprio caráter da confissão resulta deva esta ser prestada pela parte e pela própria parte.

É claro.

Pela confissão, o confitente reconhece como verdadeiro fato, ou obrigação, suscetível de consequências jurídicas. Da mesma forma que a ninguém é lícito constituir direito em seu favor, também a ninguém é lícito criar obrigações para terceiros. As consequências jurídicas decorrentes da confissão só

41 LESSONA, o. c., 1º vol., n. 387.

42 LESSONA, o. c. loc. cit.; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º vol. n. 575.

podem, pois, prejudicar o confitente.⁴³ Logo, só a parte, contra a qual são invocados os fatos, pode reconhecê-los, ou seja confessá-los.

E pela própria parte. Porque os fatos, ou obrigações, confessados, são do conhecimento, ou presumivelmente do conhecimento, de quem os confessa, compreende-se quão ilógico seria admitir-se terceiro viesse reconhecê-los. Por outro lado, não fôsse pela própria parte, em que ficaria o cânone que afirma que a confissão prejudica apenas a quem confessa? Como decorrerem consequências jurídicas contra a parte, se o confitente é terceiro? Contudo, por motivos de ordem prática, estabelece a lei, respeitadas certas formalidades, a admissibilidade de confissão por meio de procurador, com poderes especiais.⁴⁴

Daí dizer-se que *sujeito da confissão é sempre a parte*,⁴⁵ axioma a que as legislações costumam dedicar dispositivos expressos.⁴⁶ O Cód. de Processo vigente consagra-o em vários dos seus dispositivos: no art. 230 — “Será válida a confissão da parte...”; no art. 229 — “O depoimento da parte será sempre determinado...”; no § 1.º, desse artigo — “A parte será inquirida...”; no § 2.º, do mesmo artigo — “Se a parte não comparecer...”

11. — Acresce que *a confissão deve emanar de pessoa capaz de obrigar-se*. Quer dizer que, além de parte, esta deve ser juridicamente capaz.⁴⁷

43 Vide n. 2.

44 Vide n. 20.

45 LESSONA, o. c., 1º v., n. 339; MATTIROLLO, o. c., 2º v., n. 673; RICCI, *Istituzione di Diritto Civile Italiano*, 1º v., § 92, n. 27; PACIFICI-MAZZONI, o. c., 2º v., n. 226; CHIOVENDA, *Institutiones*, § 57; FABREGUETTES, *A lógica judiciária e a arte de julgar*, trad. de HENRIQUE DE CARVALHO, p. 90; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2º v., n. 27; MAXIMO DE CASTRO, o. c., 1º v., n. 545 e ss.; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 144; JOÃO MENDES JÚNIOR, o. c., p. 143; JORGE AMERICANO, o. c., p. 36; FRAGA, o. c., 2º v., p. 413; DE PLACIDO E SILVA, o. c., 1º v., p. 238; CAMARA LEAL, *Cód. de Proc. do Estado de São Paulo*, 2º v., p. 40; NAZARETH, o. c., 1º vol. § 406.

46 Cód. Civil Francês, art. 1356; Cód. Ital., art. 1361; Reg. 737, de 1850, art. 155; Códigos de Processo de Pernambuco, art. 262; da Bahia art. 160; do Espírito Santo, art. 163; do Estado do Rio, art. 1238; do Distr. Federal, art. 191; de S. Paulo, art. 275; de Sta. Catarina, art. 700; do Rio Grande do Sul, art. 399.

47 Vide autores mencionados na nota 45.

A razão deste requisito dimana da própria natureza da confissão. Conquanto meio de prova, é certo que por ela o confitente se despe de um direito, qual o de ver sejam os fatos argüidos pelo antagonista por êle provados, e, por isso mesmo, favorece o adversário e contraria o seu próprio interesse. Reconhecendo-se verdadeiro o fato, ou a obrigação, em desproveito próprio e em proveito do adversário, pela confissão se pratica ato que equivale à verdadeira renúncia.

Na verdade, observa RICCI, como pela confissão nada mais se faz senão afirmar a existência de um fato jurídico, parece não haver motivo para se lhe negar eficácia mesmo quando produzida por quem não tenha capacidade jurídica para dispôr ou obrigar-se. Mas, — continúa — se assim parece no campo da pura doutrina, o mesmo não se pode dizer no terreno da prática,⁴⁸ onde se verifica que pela confissão se reconhecem obrigações que importam em legítima renúncia.

É de considerar-se ainda, com JORGE AMERICANO, que o “indivíduo a quem a lei proíbe de se obrigar, tirando-lhe a administração dos bens, está *ipso facto* proibido de reconhecer qualquer obrigação; do contrário burlaria facilmente a lei, que, por uma razão de ordem superior à própria vontade dêle, considera-o incapaz”.⁴⁹ Não seria lógico que a pessoa incapaz para contrair uma obrigação pudesse, pela confissão, fazer-se condenar a prestar o objeto da confissão, ou seja aquela obrigação. Se isso fôsse possível, “a incapacidade de obrigar-se não existiria senão na ordem teórica, enquanto que na ordem prática bastaria a confissão para exigir uma obrigação de quem não pudesse contraí-la mediante contrato”.⁵⁰ Pudesse um menor de idade, que está impedido de obrigar-se, confessar uma dívida que houvesse contraído, a proibição legal, ditada por motivos superiores, seria facilmente burlada.

48 Ricci, *Delle Prove*, n. 239.

49 JORGE AMERICANO, o. c., p. 36.

50 Ricci, o. e loc. cit.

O princípio de que a confissão deve emanar de pessoa juridicamente capaz, vem do mais antigo direito. Tinha amparo no próprio direito romano e se traduz pelos brocardos — *qui non potest donari, non potest confiteri* — *qui non potest contrahere, non potest confiteri*, tirados dos frs. 4, 1, 6, de *confessis*.

Acolheu-o o direito pátrio anterior, mesmo o regido pelas Ordenações. “Só pode confessar válidamente quem tem a livre administração de seus bens”, sentenciava autorizadamente PEREIRA E SOUSA.⁵¹ No que era acompanhado por MORAIS CARVALHO: “A confissão só é válida sendo feita por quem seja capaz de se obrigar e que tem a administração de seus bens”.⁵² E LOBÃO, repetindo MELO FREIRE: “é preciso que a confissão para ser prejudicial “*ab eo fiat qui liberam rerum suarum administrationem*”.⁵³

Expressamente dispunha o Reg. 737, de 1850, art. 160: “Só pode ser feita (a confissão) pela pessoa que está na livre administração dos seus bens”. Reproduziram o preceito, aliás admitido sem controvérsia, vários códigos de processo das unidades da Federação.⁵⁴ Consignava o princípio o ante-projeto de Código de Processo do Estado de São Paulo, nesta parte de autoria de RAFAEL SAMPAIO: “A confissão é válida quando, livre e explícita, é feita por quem estiver no gozo de sua capacidade civil”.⁵⁵

Não contém dispositivo expresso nesse sentido o Cód. de Processo vigente, mas nem por isso repeliu ou esqueceu o princípio, que é do espírito de nosso direito e reconhecido pelos seus mais abalizados intérpretes.⁵⁶

12. — Exatamente porque sufraga o princípio de que somente a parte juridicamente capaz de obrigar-se pode váli-

51 PEREIRA E SOUSA, o. c., § 324.

52 MORAIS CARVALHO, o. c., § 397.

53 MELO FREIRE, o. c., lib. IV, tit. XX, § II; LOBÃO, o. c., nota 430.

54 Códigos de Processo de Pernambuco, art. 262; do Espírito Santo, art. 166; Rio Grande do Sul, art. 339.

55 *Projeto do Cód. Civil e Com. do Estado de São Paulo*, 1º v., p. 274.

56 CARVALHO SANTOS, *Cód. de Proc.*, 3º v., p. 276; FRAGA, o. c., 2º v., p. 413; JORGE AMERICANO, *Cód. de Proc.*, 1º v., p. 488; BORGES DA ROSA, o. c., 1º v., p. 543; DE PLÁCIDO E SILVA, o. c., 1º v., nota 359.

damente confessar, determina o Cód. de Processo que a confissão de um cônjuge não surtirá efeito sem a do outro, nas causas relativas a imóveis. É o preceito contido no § 1.º, do art. 230: — “*Nas causas relativas a imóvel, a confissão de um cônjuge não valerá sem a do outro*”.

Explica esse texto a restrição que a lei civil impõe à capacidade de disposição dos cônjuges com referência a imóveis. Veda a lei civil ao marido (Cód. Civil, art. 325, I e II) e à mulher (Cód. Civil, art. 242, I, II, III, VI) que um sem outro possa alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis ou direitos reais sobre coisas imóveis alheias, bem como pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos. Quer dizer que relativamente a esses bens (Cód. Civil, art. 44), como a capacidade de cada um não é completa sem o assentimento do outro, a confissão de um só deles não terá força bastante para produzir suas naturais conseqüências. É a tradução, para uma dada espécie de atos, do princípio romano — *qui non potest contrahere, non potest confiteri*. Além do mais, se a lei prescreve (Cód. de Processo, art. 81) que “*nas causas que versarem sobre bens imóveis, ou sobre direitos a eles relativos, o marido não poderá demandar sem exhibir outorga uxória e, quando réu, será citado juntamente com a mulher*”, o que decorre daquelas regras de direito substantivo, que limitam na espécie a capacidade dos cônjuges, nada mais lógico, para que da confissão surtam os devidos efeitos, seja a de um ratificada ou repetida pela do outro.

Precisamente isso é que, resumidamente, escreve CARVALHO SANTOS: — “Se se trata de ação referente a imóveis, portanto, nada mais lógico do que exigir-se a confissão de ambos os cônjuges, para que possa produzir suas naturais conseqüências, isto é, possa real e válidamente obrigá-los. De outra forma, a confissão diria respeito a uma coisa sobre a qual o confitente não podia ter a livre disposição, precisamente porque faltava-lhe a capacidade para obrigar-se”.⁵⁷

⁵⁷ CARVALHO SANTOS, o. c., 3º v., p. 302.

O preceito em questão, do § 1.º, do art. 230, do Cód. de Processo, vinha expresso no Cód. de Processo Civil do Distrito Federal,⁵⁸ e sempre fôra afirmado pela doutrina,⁵⁹ como consequência lógica do princípio que exige do confitente capacidade para obrigar-se.^{59a}

Não deixa, porém, de ser ponderosa a observação de JORGE AMERICANO: “Fique claro que, se um deles (dos cônjuges) se reportar à confissão do outro, declarando que nada sabe de ciência própria por ter sido o ato praticado pelo cônjuge, vale a confissão como se fôsse prestada por ambos”.⁶⁰

13. — Sem se indagar da perfeição técnica em face do sistema da lei civil brasileira, o certo é que o art. 6.º n. II, do Cód. Civil, considera a mulher casada relativamente incapaz para certos atos, entre os quais está o de não poder litigar em juízo cível e comercial sem autorização do marido (Cód. Civil, art. 242, n. 6). Proibição com caráter de regra geral e aplicável seja qual fôr o regime de bens ou o pacto antenupcial; seja qual fôr o objeto do litígio; seja qual fôr a situação da mulher no processo, autora, ré, assistente, etc.⁶¹

Conseqüentemente, em regra, a mulher casada comparece em juízo assistida ou autorizada pelo marido. Nesses casos, é válida a confissão da mulher casada?

⁵⁸ Cód. de Proc. Civil do Distr. Federal, art. 191, § 2º.

⁵⁹ TEIXEIRA DE FREITAS a PEREIRA E SOUSA, nota 456; MORAIS CARVALHO, o. c., § 457, nota 258; LOBÃO, o. c., nota 439; RAMALHO, *Praxe*, § 177; SOUSA PINTO, o. c., § 1.067; BENTO DE FARIA, Reg. 737, nota 112; JORGE AMERICANO, o. c., p. 39; PONTES DE MIRANDA, nota a NEVES E CASTRO, p. 90.

^{59a} Por isso se tem julgado: “A imposição da pena de confesso, cerceando, de alguma forma, a defesa, por obrigar a parte a produzir provas, de que estaria dispensada, não justifica a exigência de depoimento pessoal da mulher do réu em simples ação de cobrança (ação pessoal) movida contra o casal” (Ac. T. A. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 136/252).

“A confissão ficta só é capaz de gerar presunção de verdade dos fatos alegados, se estes forem verossímeis e coerentes com as demais provas dos autos. Se o réu é casado não basta, nas ações relativas a imóveis, que lhe seja cominada a pena de confesso, pois, nesse caso, ela só terá valor se, também abranger o outro cônjuge”. (Ac. T. A. Rio Grande do Sul, em “*Justiça*”, 22/64).

⁶⁰ JORGE AMERICANO, o. e loc. citis.

⁶¹ VICENTE RÃO, *Da capacidade civil da mulher casada*, n. 85.

Parece que há de distinguirem-se a hipótese da mulher assistida e a de se achar autorizada, porque ali a sua incapacidade permanece, enquanto aqui a autorização para litigar fá-la desaparecer.

a) No primeiro caso, a própria assistência do marido mostra, à evidência, que este não lhe conferiu o poder, que só a ele cabe conferir, de litigar em juízo. Logo, exatamente porque está evidenciada a incapacidade da mulher para esse ato, sua confissão não terá nenhuma eficácia jurídica.

b) Já no segundo caso, diferente é o aspecto jurídico. Autorizada a litigar, a mulher casada surge com plena capacidade, eis que a condição para que a goze foi satisfeita pela autorização. Ocorre, porém, que esta pode ser geral ou especial (Cód. Civil, art. 243).

Quando autorizada de um modo geral, sem limitação alguma, a litigar em juízo, a confissão da mulher casada deve ser considerada válida, como confissão emanada de parte absolutamente capaz.⁶² Esta solução é perfeitamente conforme a justificação que lhe dá LESSONA, que diz que sendo a confissão "o cumprimento da obrigação usual de dizer a verdade, não se pode legalmente supor nem reconhecer no marido a faculdade de proibir esta obrigação, nem tão pouco presumir-se o erro; mas, se se prova que este existe, meios há para anular-se a confissão".⁶³

c) Se, porém, da autorização constam limitações, entre as quais a que veda confessar?

Segundo a opinião de LESSONA, atrás reproduzida, parece que semelhante restrição deverá ter-se como inoperante. De observar-se, porém, que a autorização é faculdade de competência do marido, que lhe é atribuída por lei. Será diminuir-lhe a autoridade, indispensável para a administração e direção da família, considerar inoperante uma restrição constante da autorização, máxime quando com aquela restrição,

62 LESSONA, o. c., 1º v., n. 415; PACIFICI-MAZZONI, o. c., 2º v., n. 226; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., ns. 547 a 551; VICENTE RÁO, o. c., n. 87; CAMARA LEAL, *Depoimento pessoal*, n. 44.

63 LESSONA, o. e loc. cit.

pelas conseqüências que sua preterição pode acarretar, visa o marido evitar danos que afetem o patrimônio do casal, ou da própria mulher, que lhe cabe defender. Por outro lado, uma tal restrição, em última análise, importa em reafirmar a incapacidade da mulher casada. Mais acertado, pois, é concluir-se que a autorização para litigar, com proibição de poder confessar, corresponde à autorização defeituosa, inoperante, sem efeito, à vista do princípio que impede aos relativamente incapazes comparecer em juízo sem assistência de seus representantes legais (Cód. de Processo, arts. 106 e 80).

d) Outra questão interessante ocorre da prática, aliás injurídica, de ser a mulher autorizada a litigar em juízo cível ou comercial mediante simples procuração do marido, *sem declaração expressa e formal de autorização*. Com esse instrumento não se acha ela, à evidência, autorizada a litigar, mas sim e apenas a representar o marido.⁶⁴ Nesse caso, é bem de ver-se, o marido é o litigante e, conseqüentemente, a mulher, como procuradora, somente poderá válidamente confessar se a procuração lhe conferir poderes especiais para isso.⁶⁵

e) Mas a mulher casada, em dadas hipóteses, previstas em lei (Cód. Civil, arts. 248, 251, 277, 380, 394, 395; Cód. de Processo, art. 82),⁶⁶ por exceção à regra geral, poderá litigar independentemente de autorização marital. Na plenitude de sua capacidade jurídica para esse ato, à sua confissão nada obsta para que surtam todos os efeitos.⁶⁷

f) Que dizer-se quando a mulher casada litiga em juízo com suprimento judicial de autorização (Cód. Civil, art. 245)?

O suprimento judicial faz às vezes de autorização, tanto que valida os atos da mulher, apenas não obrigando os bens próprios do marido (Cód. Civ., art. 245, parág. único). Quer dizer que pelo suprimento judicial a mulher casada assume

64 VICENTE RÁO, o. c., n. 108.

65 Vide n. 20.

66 VICENTE RÁO, o. c., n. 85.

67 CAMARA LEAL, o. c., ns. 47 e 48.

capacidade plena para a prática dos atos por essa forma autorizados. Assim, ela se encontra como se autorizada fôsse pelo marido.

Acresce, ainda, que, consoante pondera MAXIMO CASTRO, desenvolvendo idêntico parecer de LESSONA, quando o juiz, suprimindo o consentimento do marido, concede à mulher casada autorização para estar em juízo, não pode deixar de fazê-lo senão com o objetivo de que a verdade seja demonstrada e declarada em juízo; por conseguinte, se a mulher casada confessa como verdadeiro um fato, sobre o qual é interrogada, certamente não excede aos limites da autorização judicial, porque esta compreende a totalidade dos atos necessários para o comparecimento em juízo, com tôdas as conseqüências derivadas de tais atos.⁶⁸ Seguramente, pois, quando litiga em juízo com suprimento judicial de autorização, a mulher casada pode válidamente confessar.

14. — Habilitada para comerciar (Cód. Comercial, art. 1º n. 4) e fazendo da mercância profissão habitual, a mulher casada goza as vantagens e fica sujeita às obrigações estabelecidas em geral para os comerciantes,⁶⁹ isto é, para os atos do comércio tem completa capacidade. Bem por isso, “a mulher casada comerciante pode estar em juízo (demandar e ser demandada) quanto aos atos relativos à sua profissão, sem necessidade de autorização especial, intervenção ou citação do marido”.⁷⁰

Assim, em face do nosso direito, como em face da doutrina, a mulher casada comerciante está habilitada a confessar sobre tudo o que se refira a atos de comércio que haja praticado ou esteja autorizada a praticar, mesmo porque seria ilógico ser capaz de contrair obrigações e estar proibida de reconhecê-las verdadeiras.⁷¹

68 MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 550.

69 J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Traf. de Dir. Comerc. Brasileiro*, 2º v., n. 77 e 78.

70 J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, o. c., 2º v., n. 95.

71 LESSONA, o. c., 1º v., n. 415; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 553.

15. — Incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, os maiores de 16 anos e menores de 21 anos (Cód. Civil, art. 6, n. 1), poderão êles confessar?

Não é das mais fáceis a resposta.

Primeiramente, é preciso lembrar que tais menores só poderão ingressar em juízo assistidos de seus representantes legais (Cód. de Proc., art. 80; Cód. Civil, art. 426, n. I) e sob a fiscalização obrigatória do Ministério Público (Cód. de Proc., art. 80, § 2.º).

Em segundo lugar, é preciso distinguir se se trata de menores sujeitos à autoridade paterna (Cód. Civil, art. 385) ou sujeitos à tutela (Cód. Civil, art. 422).

a) O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores dos bens dos filhos que se acham sob o seu poder (Cód. Civil, art. 385), sejam impúberes ou púberes êstes. Mas o pai e, na sua falta, a mãe não podem alienar, hipotecar, ou gravar de ônus reais, os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome dêles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade, ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização do juiz (Cód. Civil, art. 386).

Quer dizer que o pai não pode alienar, hipotecar, ou gravar de ônus reais, os imóveis dos filhos, a não ser mediante prévia autorização do juiz. Por isso mesmo, uma vez que lhe é negado aquêle poder, não poderá conferi-lo ao filho, quer apenas assistindo-o, quer suprimindo-lhe o consentimento. Em conseqüência sempre que se tratar de ação imobiliária, o menor púbere, mesmo assistido pelo pai, ou na sua falta pela mãe, não poderá confessar, seja por confissão espontânea, seja por meio de depoimento provocado, porque admitir-se a confissão seria tornar sem efeito a proibição do art. 386, do Cód. Civil.

CAMARA LEAL entende, porém, que nas causas mobiliárias, uma vez autorizado pelo pai, ou na sua falta pela mãe,

poderá o menor púbere confessar por meio de depoimento pessoal.⁷²

A questão está na interpretação que se deva dar à proibição imposta ao pai de contrair em nome dos filhos, "obrigações que ultrapassem os limites da simples administração" (Cód. Civil, art. 386). Diga-se, com CLÓVIS BEVILÁQUA, que "os poderes do pai, quanto aos bens dos filhos, não excedem, de ordinário, aos de simples administração". "Por poderes de simples administração, entendem-se os atos concernentes à boa conservação e exploração dos bens, como as benfeitorias, o pagamento de impostos, a defesa judicial, a alienação de móveis destinados a êsse fim. Os atos alienativos ou obrigações, que não sejam conseqüências diretas da gestão dos bens, a renúncia da herança de qualquer direito, excedem os limites da simples administração".⁷³ Conquanto possa dispor dos bens móveis, como entender, lhe é vedado dissipá-los (Cód. Civil, arts. 394; 827, n. II), dêles dispor gratuitamente ou com relação a êles praticar qualquer ato de liberalidade, como transigir nos direitos a êles referentes.⁷⁴ Por isso mesmo, para fiscalizar a atuação do pai nos processos judiciais e impedir que vá além dos simples atos de gestão, quanto aos bens dos filhos, trate-se de ação imobiliária ou mobiliária, a lei exige no processo funcione sempre, obrigatoriamente, o órgão do Ministério Público.

Com efeito, dispõe o art. 80, § 2.º, do Cód. de Processo: — "Será obrigatória a intervenção do órgão do Ministério Público nos processos em que houver interesses de incapazes". Bem a propósito estas observações de CARVALHO SANTOS:

"As legislações modernas, realmente, sempre e cada vez mais, procuram garantir os interesses dos menores. Não se contentam em evitar as más administrações, resguardando os incapazes das conseqüências do dolo ou da negligência dos tutores, ou até mesmo em proporcionar os meios de reparação do dano que os menores venham a sofrer por culpa dos seus

72 CAMARA LEAL, *Do Depoimento Pessoal*, n. 43.

73 CLÓVIS BEVILÁQUA, *Cód. Civil*, obs. ao art. 376.

74 CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ. Intrpr.*, 6º v., ps. 77-78.

tutores; mas, vão além nas suas medidas de segurança instituindo um contróle da autoridade pública para os atos que mais diretamente interessam aos menores, mesmo quando praticados por seus representantes — pais ou tutores".

"Êsse contróle varia de país a país, mas, não há dúvida, que em nosso direito é êle exercido pelo poder judiciário, como medida de precaução, sempre que se fizer necessário".⁷⁵

Se assim deve ser e se assim é, mostra-se mais consentâneo com o espírito do direito pátrio, como medida de ordem geral, ser vedado ao menor púbere, assistido ou autorizado pelo pai, confessar espontaneamente ou por meio de depoimento, mesmo nas ações mobiliárias. Não obstante isso, como exceção a regra, deverá, às vêzes, ser lícito admitir-se a confissão, nessas ações, por qualquer de suas modalidades, sempre que autorizada pelo pai e em manifesto interesse do menor, matéria que, opinando o Ministério Público, ficará adstrita ao critério do juiz (Cód. de Proc., art. 112), que, de resto, considerará válida, ou não, a confissão.

b) Diversa a situação jurídica, no caso de menores púberes sob tutela. Porque ao tutor incumbe, "*sob inspeção do juiz*, reger a pessoa do menor, velar por êle e administrar-lhe os bens" (Cód. Civil, art. 422); porque ao tutor, sem autorização do juiz, é proibido alienar bens imóveis ou móveis pertencentes ao menor tutelado (Cód. Civil, arts. 386 e 427 n. VI); porque mesmo os atos de administração do tutor, em regra, dependem de autorização judicial⁷⁶ e ainda desta depende o seu comparecimento em juízo (Cód. Civil, art. 427, n. VII), — é certo que não pode êle, mediante própria autorização ou com sua assistência, suprir o consentimento do menor púbere tutelado.

Em conseqüência, sem embargo da opinião em contrário do erudito PONTES DE MIRANDA,⁷⁷ que admite como válida a confissão do menor púbere, "se o tutor lhe der autorização",

75 CARVALHO SANTOS, o. c., 1º v., p. 282.

76 CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ. Int.*, 6º v., p. 280 e ss.; CLÓVIS BEVILÁQUA, o. c., obs. ao art. 422.

77 PONTES DE MIRANDA, nota a NEVES E CASTRO, o. c., 90.

é de concluir-se, com CAMARA LEAL, que nas ações imobiliárias ou mobiliárias o menor relativamente incapaz, sob tutela, está impedido de confessar espontaneamente ou por meio de depoimento.⁷⁸

16. — Entre os relativamente incapazes, a lei inclui o pródigo (Cód. Civil, art. 6.º, n. III) e o faz privado de, *sem curador*, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado e praticar, em geral, atos que não sejam de mera administração” (Cód. Civil, art. 459).

Ora, ao curatelado se aplicam (Cód. Civil, art. 453) os princípios de representação quanto à tutela,⁷⁹ e, pois, a regra do art. 427 n. VIII, donde não poder o curador, *sem autorização do juiz*, propor em juízo as ações e promover tôdas as diligências a bem do tutelado, assim como defendê-lo nos pleitos contra êle movidos.

Vê-se, daí, que, devendo o curador, até para demandar e ser demandado, reclamar autorização judicial, não poderá êle suprir o consentimento do pródigo, autorizando-o a confessar. Consequentemente, o pródigo está impedido de confessar, depor como parte.⁸⁰

17. — Os selvícolas, também relativamente incapazes (Cód. Civil, art. 6.º, n. IV), estão sujeitos ao regime tutelar (Cód. Civil, art. 6.º, parág. único) ora estabelecido pelo Dec. n. 5.484, de 27 de junho de 1928, que regula a situação dos índios nascidos no território nacional.

Segundo êsse decreto, os índios são classificados em quatro categorias (art. 2.º): 1.ª — índios nômades; 2.ª — índios arranchados ou aldeados; 3.ª — índios pertencentes a povoações indígenas; 4.ª — índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados.

Mas o art. 6.º, dêsse decreto, dispõe: “Os índios de qualquer categoria, não inteiramente adaptados, ficam sob tutela do Estado, que a exercerá segundo o gráu de adaptação de

78 CAMARA LEAL, o. c., p. 71.

79 CARVALHO SANTOS, o. c., 6º v., p. 44.

80 CAMARA LEAL, loc. cit.; NEVES E CASTRO, o. c., n. 76; PONTES DE MIRANDA, o. c., p. 90.

cada um, por intermédio do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, sendo facultado aos ditos inspetores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos índios, perante as justiças e autoridades, praticando para o referido fim todos os atos permitidos em direito”.

Nessas condições, os selvícolas — os habitantes das florestas, enquanto não adaptados à vida civilizada e não confundidos na massa geral da civilização⁸¹ — serão representados pelos ditos inspetores sempre que deverem reclamar seus direitos em juízo e, pois, não poderão confessar ou ser constrangidos a depor pessoalmente.

18. — Sem ser pròpriamente incapaz, o falido, — despossado da administração dos seus bens, como fica; destituído da administração dos bens, que passa à massa — se torna impedido de praticar atos que produzam efeito sôbre os bens sujeitos à massa ou ofendam direitos ou interêsses nela compreendidos. Mas não se torna proibido de adquirir novos direitos, nem perde a capacidade jurídica e os direitos inerentes à sua pessoa.⁸² “Êle (o falido) — escreve CARVALHO SANTOS — é atingido apenas com uma limitação a seus direitos enquanto necessária para a ressalva dos direitos dos credores, impedindo-lhe que possa extraviar ou prejudicar as garantias que existirem para satisfazer integral ou parcialmente o passivo existente no dia da declaração da falência”.⁸³

Sintetizando o assunto, leciona o claríssimo VALDEMAR FERREIRA: — “O falido não é, portanto, um incapaz. A arrecadação dos seus bens não lhe acarreta a incapacidade, que sòmente poderia resultar do processo de interdição. Não se lhe dá um curador. Proíbe-lhe a lei, tão sòmente, dispor dos

81 CLÓVIS BEVILÁQUA, o. c., 1º v., p. 181; CARVALHO SANTOS, *Cód. Civil Int.*, 1º v., p. 276 e ss.

82 CARVALHO DE MENDONÇA, o. c., 7º v., n. 429 e ss.; VALDEMAR FERREIRA, *Curso de Direito Comercial*, 2º v., n. 28; OTAVIO MENDES, *Falências e Concordatas*, n. 73; PAULO DE LACERDA, *Falência*, ns. 508 a 516; CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ. Interpr.*, 1º v., p. 279.

83 CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.

seus bens, que constituem penhor comum dos credores. Mas também o devedor executado não pode dispor dos bens penhorados.

“ Conserva o falido a sua capacidade jurídica, tanto que o art. 46, do Dec. n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929 (que reproduz idêntica disposição da Lei n. 2.024), estabelece que a falência não afetará os bens próprios e particulares da mulher e dos filhos do devedor, razão porque não poderão ser arrecadados: a) os bens dotais estimados para qualquer efeito, os parafernais, os incomunicáveis sob o regime da comunhão, os que não respondem por dívidas anteriores ao casamento, as arras e as doações antenupciais; b) o pecúlio castrense, quase-castrense e bens adventícios dos filhos menores, legítimos, legitimados ou reconhecidos.

“ Pode êle, de resto, estar em juízo, como autor ou como réu, sobre questões que se não referirem a interesses, direitos e obrigações da massa, sobre direitos que lhe pertencem como homem, como membro da família e como chefe da sociedade conjugal, que a falência nem dissolve e nem afeta. Pode propor as ações de Estado, como as de reconhecimento de paternidade, de desquite, de nulidade de casamento. Pode fazer testamentos. Pode casar, contratando o regime de bens, em contrato antenupcial. Pode intentar ações criminais, de injúria, de calúnia e outras. Continua no exercício do pátrio poder, administrando os bens dos filhos em seu poder. Continua como chefe da sociedade conjugal, administrando os bens comuns e particulares da mulher, que competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado ou do pacto antenupcial. Como tal, representará, legalmente, a família, fixando-lhe ou mudando-lhe o domicílio.

“ Nem ficará privado do direito de autorizar a profissão da mulher.

“ Também não sofre nenhuma restrição nos seus direitos políticos ”. ⁸⁴

84 VALDEMAR FERREIRA, o. e loc. citis.

Disso resulta claro o seguinte:

a) O falido não pode confessar sobre fatos dos quais derivem obrigações de conseqüências para a massa, isto é, sobre questões que se refiram a interesses, direitos ou obrigações da massa. ⁸⁵

b) Mas em tôdas as ações que lhe digam respeito como homem, cidadão, membro da família, chefe da sociedade conjugal e, pois, em certas ações mesmo de caráter patrimonial, como as que se refiram a honorários ou salários profissionais, o falido poderá válidamente prestar confissão, qualquer que seja sua modalidade. ⁸⁶

19. — Divergem os escritores quanto à admissibilidade de confissão dos representantes legais dos incapazes, nas causas em que êstes são partes, formando-se em três correntes principais: a) os que admitem sempre a confissão; b) os que não a admitem; c) os que a consentem, porém nos limites da autorização que a lei ou a autoridade competente lhes concede.

a) O eminente LESSONA admite a confissão, mesmo não provocada, do representante do incapaz, com a justificativa de que a obrigação de dizer a verdade existe sempre e quem a diz não pode ser responsável por expressá-la. ⁸⁷

Sem embargo de dispor o cód. civil italiano, art. 1.361, que “ a confissão dos tutores e administradores não prejudica aos administrados, senão quando feita nos casos e modos em que êles podem obrigar os próprios administrados ”, — o insigne jurista entende que o representante não responde jamais por dizer a verdade: responderá por culpa na prática do *fato confessado*, não pela *confissão* do fato.

Em conseqüência, para êsse autor e os que o seguem, a confissão do representante do incapaz, mesmo não provocada, é sempre admissível.

85 MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 555.

86 MAXIMO CASTRO, o. c., 1º vol. ns. 556 e 557.

87 LESSONA, o. c., 1º v., n. 417.

b) Com fundamento no princípio de que a confissão é ato privativo da parte, isto é, de que deve ser feita pela própria parte em pessoa, sustentam ilustres juristas que ao representante do incapaz, por não ser parte no feito, é vedado confessar, mesmo quando provocado.⁸⁸

Em abono dessa doutrina, diz-se ainda: "Se o incapaz não pode confessar, o representante respectivo deve fundar todos os seus atos na ciência certa por êle adquirida quanto aos fatos que os determinaram. Ora, esta ciência certa, para convencer o representante do incapaz, deve constar de prova que supra perfeitamente a confissão. Quando não houver outro meio de prova, a convicção do representante do incapaz não tem fundamento legal, e, portanto, a confissão não o pode prejudicar".⁸⁹

c) Sem se manifestar em oposição à doutrina que veda possa confessar o representante do incapaz, uma outra corrente, e esta bem numerosa, admite sua confissão quanto aos atos e fatos que possa livremente praticar ou que haja praticado com autorização judicial.⁹⁰

Em regra, a confissão do representante do incapaz não será admitida. Sê-lo-á, porém, sempre que tenha por objeto atos, ou fatos, que podia êle, responsabilizando o representado, executar independentemente de autorização, porque a lei lhe permitia assim agir, e sempre que, não podendo praticá-los livremente, os haja executado com autorização judicial. Fundam-se, os que assim entendem, no princípio de que pode confessar quem tenha capacidade de dispor. Se o ato se

88 JOÃO MONTEIRO, o. c., § 144, nota 5; LAURENT, o. c., 20º v., n. 173; JORGE AMERICANO, o. c., p. 37; VERGARA, *Cod. de Proc. do Rio Grande do Sul*, apud JORGE AMERICANO, loc. cit.; CAMARA LEAL, *Depoimento Pessoal*, n. 53; LAUDO DE CAMARGO, in VAMPRÉ, *Da Prova Civil*, 1º v., § 8º, n. 6.

89 JORGE AMERICANO, o. e loc. cit.

90 RICCI, *Delle Prove*, n. 240; PACIFICI-MAZZONI, o. c., 2º v., n. 226; LOMONACO, *Dir. Civil Ital.*, p. 695; PLANIOL, o. c., 1º v., n. 17 e nota 1; FABREGUETTES, *A lógica judiciária e a arte de julgar*, p. 90; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 564; PONTES DE MIRANDA e NEVES e CASTRO, nota à p. 80; RAFAEL SAMPAIO, *Ante-Projeto do Cód. de Proc. do Estado de São Paulo*, 1º v., p. 274.

enquadra entre os que o representante pode praticar sem necessidade de autorização judicial, porque contido na esfera dos de sua atribuição, com referência a êle íntegra se manifesta a capacidade do representante. Igualmente, se a prática do ato reclamava autorização judicial e esta foi concedida, a capacidade do representante, assim suprida, se apresenta plena em relação ao ato.

Em outras palavras, entendem, os escritores dessa corrente, que o representante do incapaz é admitido a confessar quanto a atos, ou fatos, que digam respeito à sua gestão.

d) A doutrina exposta por essa terceira corrente foi expressamente consagrada por vários códigos de processo dos Estados da União, entre os quais o do Distrito Federal e o do Rio Grande do Sul. Dispunha o primeiro, no art. 191, § 1º: — "Poderão, entretanto, confessar, nos limites da autorização que lhes conceder a lei, ou a autoridade competente, os representantes dos incapazes". E o segundo, art. 400: — "Os representantes dos incapazes, dos ausentes e das pessoas jurídicas só poderão confessar nos limites da autorização que a lei ou a autoridade competente lhes conceder".

Igualmente, dispunha o ante-projeto do Código de Processo Paulista, art. 193, § 1º: — "Poderão, entretanto, confessar, nos limites que a lei ou a autoridade competente lhes conceder, os representantes legais dos incapazes". Combateu-o, e o dispositivo não foi incluído na lei, o sr. ALCANTARA MACHADO, "fazendo sentir que, em seu parecer, é requisito essencial da confissão, como dos atos jurídicos, em geral, a capacidade do confitente. Subscreve as palavras de João MONTEIRO: é inconcebível confissão feita pelo tutor ou curador em causa do tutelado ou curatelado. Não há confundir com a confissão a transação que, autorizada pelo juiz, o tutor ou o curador podem fazer. A primeira importa em renúncia; a segunda pressupõe concessões mútuas em matéria litigiosa ou duvidosa".⁹¹

91 *Ante-Projeto do Cód. de Proc. do Estado de S. Paulo*, 1º v., p. 275.

e) No antigo direito pátrio, não se permitia confissão do representante do incapaz.⁹² Mesmo essa era a exegese que se dava ao art. 206, do Reg. 737, de 1850, e assim se expressavam os juízes e tribunais, do que é exemplo sentença do eminente ministro LAUDO DE CAMARGO.⁹³

Não há dúvida que a justificação, acima exposta, oferecida pelos que admitem a confissão do representante nos limites da autorização que a lei ou a autoridade competente lhe conceder, não há dúvida que se reveste de certo cunho lógico e concludente. Mas também não há dúvida que o incapaz merece ser e é amparado por uma proteção especial, tanto que é obrigatória a intervenção do Ministério Público, como órgão fiscalizador e de defesa dos incapazes, em todos os feitos em que estes sejam interessados (Cód. de Processo, art. 80, § 2.º).

Se, por um lado, ante o dever de dizer a verdade e ante a falta de razão de ordem lógica em contrário, justificada parece a confissão dos representantes dos incapazes, nos limites da autorização que a lei ou o juiz lhes concede, por outro lado razões ponderosas, não só de ordem prática como de ordem eminentemente social, contrapondo-se àquelas, explicam a inadmissibilidade daquela confissão. As mesmas razões que levam à conclusão de que o menor púbere, mesmo autorizado pelo pai, não pode confessar validamente, exatamente porque assim se acautelam os seus interesses,⁹⁴ autorizam assentar-se, como regra, que os representantes dos incapazes não devem ser admitidos a confessar, mesmo quando a isso provocados.

Muito embora essa conclusão, nada impede possa o juiz, por deliberação própria, ou mediante provocação, ouvir o representante do incapaz, fundado, para isso, no art. 210, do Cód. de Processo. Mas, nesse caso, não o ouvirá como con-

⁹² PEREIRA E SOUSA, o. c., nota 466; MORAIS CARVALHO, o. c., § 429; RIBAS, o. c., art. 353; JOÃO MONTEIRO, o. e loc. cit.

⁹³ LAUDO DE CAMARGO, o. e loc. cit.

⁹⁴ Vide n. 15, "a" e "b".

fitente, como parte, mas como terceiro, "*a quem as partes ou terceiros hajam feito referência, como sabedor de fatos ou circunstâncias que influam na decisão da causa*".⁹⁵

20. — Ficou dito, mais de uma vez, que a confissão é ato da parte. Mas acontece que é lícito às pessoas, regra geral, fazerem-se representar na prática dos atos jurídicos em que são parte, por procuradores com poderes suficientes. Pelo mandato, o mandatário fica investido de poderes para agir em nome do mandante e representá-lo juridicamente, obrigando terceiros para com o mandante e este para com terceiros, como se o próprio mandante estivesse atuando em pessoa.⁹⁶ Assim, a parte, por meio de mandatário, pode confessar, sem que deixe de ser ela mesma quem seja a confitente. Confessando por procurador, o princípio de que a confissão é ato da parte não se torna desrespeitado.

Como porém, para confessar a parte deve ser capaz de obrigar-se; como a confissão, conquanto não seja propriamente uma renúncia, a esta se equipara; como a renúncia, que é quase sempre uma modalidade de transigir, ou a isso se assemelha, sempre é ato que exorbita da administração ordinária, e, pois, precisa o mandatário que lhe confira o mandante poderes expressos e especiais, segundo o princípio tradicional acolhido pelo Cód. Civil, art. 1.295, § 1.º, — a doutrina e a lei sempre exigiram que o mandatário, para confessar, se ache munido de poderes especiais para tal fim.

Daí a regra, no direito pátrio e estrangeiro, de que a confissão deve ser feita pela própria parte ou seu procurador com poderes especiais.⁹⁷

⁹⁵ Vide n. 23.

⁹⁶ CLÓVIS BEVILÁQUA, o. c., obs. ao art. 1288; CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ. Interp.*, 18º v., p. 108.

⁹⁷ C. Civil., art. 1356; Cód. Civ. Franc., art. 1356; Cód. de Pr. Civ. Port., art. 562; Cód. de Proc. Civ. Bras., art. 230; LESSONA, o. c., 1º v., n. 399; RICCI, *Delle Prove*, n. 241; PACIFICI-MAZZONI, o. c., 2º v., n. 226; BONNIER, *Traité des Preuves*, n. 287; PLANIOL, o. c., 2º v., n. 27; FABREGUETTES, o. c., p. 90, nota 3; J. ALBERTO REIS, *Cód. de Proc. Civ. Port.*, nota ao art. 562; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 145; JORGE AMERICANO, o. c., p. 38; *Cod. de Proc. Civ.*, 1º v., p. 414; FRAGA, o. c., 2º v., p. 413.

a) No direito regido pelas Ordenações sustentava-se já, sem contestação séria, a exigência de poderes especiais para ser válida a confissão prestada por procurador.⁹⁸

No Reg. 737, de 1850, ficou expressamente disposto, art. 155: — “A confissão somente vale... sendo feita pela parte em pessoa, ou por procurador bastante e com poderes especiais”.

De outra forma não procederam os legisladores dos códigos de processo das unidades da Federação, que consignavam dispositivos idênticos.⁹⁹

b) Na conformidade do direito tradicional, o Cód. de Processo vigente, art. 230, preceitua, expressamente: — “Será válida a confissão da parte ou de mandatário com poderes especiais”.

Se para a confissão, quando prestada por procurador, reclama a lei, para que seja válida, haja a parte conferido a este poderes especiais, torna-se concludente que, na falta de tais poderes, não existe confissão.

c) Mas qual o sentido da expressão — *poderes especiais?*

Convém se diga, desde logo, que com “poderes especiais” não se podem confundir os geralmente conferidos aos advogados para a defesa dos direitos das partes.¹⁰⁰ O próprio fato da lei exigir, para confissão, que o mandatário esteja munido de “poderes especiais”, põe em relevo a natureza diversa desses poderes da que é suficiente à defesa dos litigantes, eis que para este fim bastam os para procurar “*ad judicium*”. É, pois, a lei que se encarrega de salientar que, para confessar, é necessário que o mandatário tenha pode-

⁹⁸ LOBÃO, o. c., nota 448, n. 5; MORAES CARVALHO, o. c., § 402; PAULA BATISTA, o. c., § 160; COELHO DE ROCHA, o. c., § 167; RIBAS, o. c., art. 341.

⁹⁹ Cód. de Processo de Pernambuco, art. 262; da Bahia, art. 165; do Espírito Santo, art. 163; do Estado do Rio de Janeiro, art. 1238; de Minas Gerais, art. 267; do Distrito Federal, art. 191; de São Paulo, art. 275; de Santa Catarina, art. 700; do R. Gr. do Sul, art. 401.

¹⁰⁰ LESSONA, o. c., 1º v., n. 421; JOÃO MONTEIRO, o. e loc. cit.; JORGE AMERICANO, *Proc. Cív. e Com.*, loc. cit.; CARVALHO SANTOS, o. c., 3º v., p. 301.

res *expressos*, preceituando (Cód. de Processo, art. 108) que “a procuração que contiver a cláusula “*ad judicium*” habilitará o procurador a praticar todos os atos do processo, dispensada a menção especial de outros poderes, salvo para receber a citação inicial, confessar, transigir, desistir, receber e dar quitação, e firmar compromisso”. De tal forma, o Cód. de Processo completa, interpretando, o art. 1.326, do Cód. Civil, pelo qual “a procuração para o fôro em geral não confere os poderes para os atos que os exigem especiais”.

Claro está, de conseqüente, que o mandatário, para confessar, não basta ter poderes para o fôro em geral; mistér é que os haja especiais e expressos para aquêle fim.¹⁰¹

Não só se justifica a exigência de tais poderes pelo que decorre do próprio caráter da confissão, como “pela importância de que ela se reveste para a decisão final da causa.¹⁰² Como é a parte quem confessa por procurador, “uma vez que este tenha *poderes declaradamente especiais para a questão*, é como se fôsse a própria parte”.¹⁰³

Será, porém, bastante a cláusula genérica, inserta na procuração, autorizando o procurador a fazer confissões?

Pela negativa se manifesta CARVALHO SANTOS, que considera indispensável se especifique em que causa ou ação. “Vamos mais longe — escreve o eminente jurista. Entendemos mesmo que são necessários poderes especificados para confessar tais e tais fatos, ou, em globo, o direito da parte contrária, pois exigindo o Código poderes especiais, isto vale a exigir poderes para confessar tais fatos enumerados e especificados na procuração”.¹⁰⁴ Acompanha, assim, a lição de JOÃO MONTEIRO: — “Dizemos *poderes declaradamente especiais para a questão* porque não devem bastar os que forem dados vagamente para *fazer confissões* — ou, como diziam os clássicos, *ad confitendum*; é preciso poderes para tal

¹⁰¹ PEDRO BATISTA MARTINS, *Com. ao Cód. de Proc. Cív.*, 1º v., p. 329; CARVALHO SANTOS, *Cod. de Proc.*, 2º v., p. 103.

¹⁰² CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.

¹⁰³ JOÃO MONTEIRO, o. e loc. cit.

¹⁰⁴ CARVALHO SANTOS, o. c., 2º v., p. 103; 3º v., 301.

ou tal confissão. E a razão está na regra ou princípio geral de direito — que o procurador só pode prejudicar *in omitendo*, nunca *in committendo* — const. 1, 3 *de errore advocatorum* (II, 10); *potest que sunt necessitatis non voluntatis*.¹⁰⁵ No mesmo sentido PONTES DE MIRANDA: “Não basta a instrumento que dê ao mandatário o poder de *fazer confissões*, ou confessar, *ad confitendum*. É preciso que se determine o objeto da confissão. Assim, para confissão de dívida, é preciso que a procuração dê poderes para confessar a dívida de tal quantia a uma determinada pessoa. Será improficua a procuração que der poderes gerais para confessar dívidas, obrigações, atos ilícitos; é necessário especificar o objeto, a matéria a ser confessada”.¹⁰⁶ Poder-se-ia também reproduzir idêntica opinião de AFONSO DIONÍSIO DA GAMA.¹⁰⁷

Não há dúvida que êsses juristas esposam a melhor doutrina. A simples cláusula, vaga e genérica — “*com poderes para confessar*”, não satisfaz a exigência legal de que o procurador seja investido de “*poderes especiais*”. Com a doutrina está a jurisprudência”.¹⁰⁸

105 JOÃO MONTEIRO, o. c., § 145, nota 5.

106 PONTES DE MIRANDA a NEVES E CASTRO, nota “c”, á pág. 95.

107 AFONSO DIONÍSIO DA GAMA, Rev. dos Tribunais, 29/379.

108 *Revista dos Tribunais*, 59/264; 85/581; 117/625. “Para a confissão, é preciso que o mandatário tenha poderes especiais, e determinadamente para fazer a confissão de que se tratar, evitando as travessuras dos advogados, segundo a observação de JOÃO MONTEIRO, citando a LOBÃO”. (Ac. Supremo Tribunal Federal, Revista do Supremo Tribunal, 39/67).

“É admissível o depoimento por procurador, munido de poderes especiais”. (Ac. T. A. Minas Gerais, *Revista Forense*, 3/46).

“Para confissão judicial por mandatário não basta a outorga para fazer confissões, constantes da parte impressa e ratificada do mandato; é necessário que sejam especiais ou para o caso em debate”. (Ac. T. A. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 85/581).

“Não causa dano irreparável o despacho que indefere o pedido de depoimento pessoal, sob fundamento de que o citado, para depor, é procurador geral, mas não é sócio ou representante legal da firma citada para depor”. (Ac. T. A. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 59/264).

“Para depor, a parte não pode fazer-se representar por seu advogado”. (Ac. T. A. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 117/625).

“Acresce que a afirmativa do advogado, mesmo quando feita na mesma causa, não vale como confissão da parte. Esta precisa ser feita pela própria parte ou procurador com poderes especiais para confessar determinados fatos”. (Ac. T. A. Alagôas, em *Revista Forense*, 88/227).

Certamente, não haverá necessidade de se mencionar no instrumento de mandato todos os pontos sobre que deva versar a confissão, pois então, como assinala ALCANTARA MACHADO,¹⁰⁹ a confissão estaria feita e acabada pelo próprio mandante, mas cumpre que daquele ao menos conste a indicação da causa, ou ação, que deva ser confessada, ou, em linhas gerais, os fatos que o mandante autoriza sejam reconhecidos pelo mandatário.

d) Provoca divergência a questão relativa à admissibilidade do depoimento pessoal por meio de procurador com poderes especiais.

O depoimento pessoal, em si mesmo, como se verá mais adiante,¹¹⁰ não é confissão, mas apenas um modo de provocar-se a confissão. Por meio dêle, pode o depoente, parte no feito, ser conduzido à confissão.

Como por meio dêle se chega à confissão, há quem sustente, com apóio até em julgados, fundando-se na regra de que “quem pode o mais pode o menos”, ser admissível depoimento por procurador com poderes especiais para confessar.

Mas redarguí-se, com tôda razão, que no depoimento a confissão não é espontânea, é provocada; ela decorre das perguntas sobre os fatos, formuladas pelo juiz ou pelo adversário. No depoimento, a parte é inquirida dos fatos sobre os quais versa a causa, devendo expô-los segundo a ciência que tiver, reconhecendo-os, ou não, verdadeiros. Trata-se de legítimo testemunho qualificado pelo sujeito, que não pode ser senão a parte. Daí o nome que ao instituto deu o direito pátrio — “*depoimento pessoal*” ou “*depoimento da parte*”; daí adotar-se para a inquirição da parte a “*forma prescrita para a inquirição de testemunhas*”. “O procurador — como bem acentua CAMARA LEAL — por mais instruído que esteja acêrca da matéria a responder, não conhece os fatos pelo

109 *Projeto do Cód. do Proc. do Est. de São Paulo*, 1º v., p. 275.

110 Vide Cap. 4º, n. 9; cap. 5º.

testemunho ocular e não os tem bem gravados na memória, porque os não presenciou, mas apenas ouviu sua narrativa; e nem a parte, nem o procurador poderiam prever tôdas as perguntas que poderiam ser, no momento, formuladas pela parte contrária", ¹¹¹ ou pelo juiz.

Não admitem o depoimento pessoal por procurador os códigos de processo que mais influíram na formação jurídica nacional, o francês (art. 333), o alemão (arts. 414 a 418), o italiano, de 1865 (art. 218), o novo Código de Processo Civil italiano, projeto definitivo (art. 226), — nem mesmo se podia afirmar sua admissibilidade em face das Ordenações. ¹¹² Segundo CHIOVENDA, referindo-se à lei italiano, a circunstância da lei exigir que a própria parte, em pessoa, deponha, corresponde mesmo a uma das "garantias" da prova produzida por êsse meio. ¹¹³ Com efeito, o simples fato de se conceber a hipótese do depoimento ser prestado por procurador conduz admitir a lei a hipótese de ser alguém instruído para comparecer em juízo e enfrentar às perguntas que lhe são formuladas, respondendo-as na conformidade das instruções do mandante. Seria modo fácil de safarem-se os litigantes menos "habilitados" das conseqüências que acarreta o depoimento pessoal, fazendo-se substituir por pessoas prevenidas e mesmo por profissionais do fóro. Onde se encontraria a verdade, buscada pela prova, com semelhante depoimento?

Em face da lei processual vigente, a questão perdeu a importância que lhe dava a divergência aludida. Porque o Cód. de Processo não admite depoimento da parte por meio de procurador.

Com efeito. O cap. IV, tít. XIII, do liv. II, do Cód. de Processo, assim se inscreve: — "*Do depoimento pessoal e da confissão*". Com isso o legislador quis distinguir os dois ins-

¹¹¹ CAMARA LEAL, *Depoimento Pessoal*, n. 38.

¹¹² CAMARA LEAL, *o. e loc. cit.*

¹¹³ CHIOVENDA, *Instituciones*, 3º v., § 57, n. 328.

titutos, o da confissão provocada e o da confissão espontânea. Traçou-lhes regras especiais de ordem processual: para o depoimento da parte, no art. 229 e seus parágrafos; para a confissão, no art. 230. Dizendo, no art. 230, que "*será válida a confissão da parte ou de mandatário com poderes especiais*", a lei quis ficasse certo que "a confissão que pode ser feita por procurador é a espontânea, não aquela outra, provocada, que somente poderá ser feita em depoimento pessoal, isto é, pela própria parte". ¹¹⁴

Certamente, porém, nada impede que a parte, notificada para prestar depoimento, desejando confessar, se faça representar naquele ato por meio de procurador com poderes especiais. Mas, nesse caso, o procurador não prestará propriamente depoimento, mas apenas, na conformidade dos poderes conferidos pelo mandante, confessará os fatos sobre os quais versa a causa, tomando-se o depoimento (melhor dir-se-ia, o termo de confissão). Êsse o sentido que se pode dar ao parágrafo 2.º, do art. 230, dispondo que "*a confissão poderá ser feita por petição ou em depoimento*". ¹¹⁵

21. — As pessoas jurídicas de direito privado (C. Civil, art. 16), cuja personalidade jurídica é adquirida pelo arquivamento, ou inscrição, do seu contrato constitutivo no registro público peculiar, ou após autorização, ou aprovação do Governo, quando precisa (C. Civil, art. 16, §§ 1.º e 2.º; 18; Cód. Comercial, arts. 300, 301, 302), são representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou não o designando, pelos seus diretores (Cód. Civil, arts. 17, 19 n. II; Cód. Comercial, art. 302, n. 3; Cód. de Processo, art. 86).

São os estatutos que traçam os poderes dos representantes. Segundo os poderes conferidos, podem êstes confessar, ou não, pela representada.

¹¹⁴ CARVALHO SANTOS, *Cód. de Proc.*, 3º v., p. 300.

¹¹⁵ Vide Cap. 4º.

a) Se ao representante são conferidos poderes que impliquem em capacidade de dispor, tais os de alienar, transigir, ou renunciar, claro é que pode confessar, espontaneamente, por meio d'ele, a pessoa jurídica de direito privado.

Quando ao representante sejam conferidos poderes restritos, de forma que não possa, por deliberação própria, dispor — como nos casos de para isso depender da aprovação dos demais sócios ou da assembléia geral — torna-se lógico que, espontaneamente, a pessoa jurídica não poderá confessar, salvo outorgando poderes especiais ao representante.

b) Discute-se sobre se podem prestar depoimento pessoal os representantes das pessoas jurídicas do direito privado, quando não são àqueles conferidos poderes de dispor.

Em sentido negativo se manifesta CAMARA LEAL. Para esse ilustre escritor, “como o depoimento pode determinar a confissão e só podendo confessar quem pode transigir ou alienar, segue-se que o representante das pessoas jurídicas somente poderá ser coagido quando a lei ou seus estatutos lhe conferir a faculdade de confessar, transigir ou alienar”. Daí — continua — a excusa legal admissível, eximindo-se o representante de depor, sempre que por lei ou pelos estatutos está inibido de transigir ou alienar em nome da pessoa jurídica que representa”.¹¹⁶

Nesse sentido se têm pronunciado algumas vezes os tribunais, do que é exemplo acórdão da Relação de Minas Gerais decidindo que o gerente de um Banco, não podendo renunciar, confessar, dispor dos bens deste, não podia ser constrangido a depor.¹¹⁷

Tomado isoladamente, o argumento impressiona. Quando, porém, se encara a exata figura do representante da pessoa jurídica de direito privado, aquêle argumento se desfaz. O “representante”, fôsse méro mandatário desta, certamen-

116 CAMARA LEAL, o. c. n. 60.

117 Rev. Forense, 41/311.

te não poderia prestar depoimento por ela, sem que do mandato constassem poderes especiais que a tanto o autorizassem. Mas os “representantes” — embora assim os denomine a lei — antes são órgãos da pessoa jurídica do que mandatários dela e em certas ocasiões, como quando esta se acha em juízo, “substituem-se por assim dizer à pessoa representada, por isso mesmo que a personificam”.¹¹⁸

A propósito, pontifica J. X. CARVALHO DE MENDONÇA:

“Tem-se dito, aliás com bons fundamentos, que aos administradores ou gerentes, que servem de órgãos da sociedade, não cabe, em rigor, o nome, ordinariamente atribuído, de *representantes*. A representação supõe duas pessoas: o representante e o representado. O órgão, ao contrário, se identifica com a pessoa jurídica, cuja vontade exprime e realiza.

“Não se representa senão quem já existe, escreve GIERKE. O representante substitui a sua personalidade jurídica por outra personalidade. O papel dos administradores de uma coletividade é diverso. Eles trazem do interior e manifestam exteriormente essa vontade coletiva e, ao mesmo tempo, uma, que se encontra na base da personalidade civil; servem de intermediários; são os órgãos. A vontade dos administradores, quando se produz na esfera de sua ação social, não é a vontade individual substituindo a de outrem, de modo a se poder distinguir duas personalidades diferentes; é a própria vontade do corpo social expressa pela sua personalidade.

“Na Câmara belga, por ocasião de ser elaborada a lei de 1873 sobre sociedades, PIRMEZ disse: “quando os administradores intervêm, não são terceiros que intervêm pela sociedade, é a própria sociedade que age pelos seus órgãos legais, pelo único meio de ação direta que possui. Ora, a lei, organizando corpos morais, determinou a sua representação física, facultando a esta o poder de praticar o necessário ao

118 JOSÉ ANTONIO NOGUEIRA, Rev. dos Tribunais, 59/175.

fim para que existem. Quando a administração da sociedade obra, é a própria sociedade que obra pelo meio mais direto; é sair da verdade jurídica considerá-la agindo por meio de terceiros".¹¹⁹

Acresce que a pessoa jurídica, individualmente suscetível de direitos e obrigações idênticos à pessoa física, tem perante a lei, por isso mesmo, situação igual a esta. Gozando de direitos, está sujeita às obrigações correspondentes. Podendo chamar o adversário a depoimento pessoal, não pode ela própria eximir-se da obrigação de prestá-lo, quando provocada, sob a alegação de que o seu "representante", em virtude dos estatutos sociais, está impedido de depor. Aceitar uma tal excusa, seria admitir-se que a lei permitisse tivesse a pessoa jurídica, no ato da sua criação, o poder de auto-limitar a sua própria capacidade, tornando-se capaz de direitos e não de obrigações correspondentes; seria admitir-se que a lei concedesse à pessoa jurídica a prática de atos visados pelos estatutos, e lhe concedesse a possibilidade de excusar-se a reconhecê-los verdadeiros ou falsos, pelo fato de ser impedido de depor o seu órgão de manifestação externa, aquêle que a personifica.

Pode-se, pois, afirmar, e em muito boa companhia, que às pessoas jurídicas de direito privado, mesmo quando seus representantes, em vista de cláusula estatutária, não possam dispor livremente, não é vedado prestar em juízo depoimento pessoal, mesmo devendo a isso ser constrangidas, quando regularmente provocadas. Assim se manifestam escritores eminentes¹²⁰ e assim se tem encaminhado a jurisprudência dos tribunais pátrios.¹²¹

¹¹⁹ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, o. c., 3º v., n. 608.

¹²⁰ MORTARA, *Procedura Civile*, 3º v., p. 575; GARSONNET, *Traité de Procedure*, 2º v., § 292; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, o. c., 3º v., n. 640; JOSÉ ANTÔNIO NOGUEIRA, o. e loc. cit.; JORGE AMERICANO, o. c., p. 54; DE PLÁCIDO E SILVA, o. c., 1º v., nota 358.

¹²¹ "O depoimento pessoal de sociedade pode ser prestado por qualquer um dos seus administradores, mormente se o que foi intimado para isso tem poderes para representar aquela". (Ac. T. A. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 91/354).

"O art. 17 do Código Civil preceitua que as pessoas jurídicas são representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extra-judiciais por quem os respectivos estatutos

Como elemento elucidativo, tenha-se em vista o que dispõe o Código de Processo da Bahia, art. 232: — "Nas controvérsias duma sociedade em nome coletivo, para os efeitos do depoimento, todos os sócios se consideram partes; nas duma sociedade em comandita têm êsse caráter os sócios solidários; em se tratando de outras pessoas jurídicas, serão ouvidos os representantes legais".

22. — Discute-se quanto à confissão das pessoas jurídicas de direito público — União, Estados e Municípios.

Certo é que, dispondo sobre *as partes e sua capacidade processual*, o Cód. de Processo (liv. I, tit. VIII, cap. I) diz, no art. 87, como será representada em juízo a pessoa de direito público: — "A União será representada em juízo por

designarem, ou, não o designando, por seus diretores. Ora, no caso em julgamento, os estatutos designam de modo expresso o presidente para representar oficialmente o Banco". (Ac. T. A. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 86/314).

"Se, pelo contrato social, é a gerência exercida por mais de um sócio, é lícito a terceiro, que demanda a firma, pedir o depoimento de todos". (Ac. T. A. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 75/36). "Uma vez que qualquer dos gerentes podia representar a sociedade, cabia apenas ao agravante o direito de pedir a citação de qualquer dos três. Permitir-lhe tomar, sem necessidade, o depoimento pessoal dos três gerentes, é conceder uma regalia que ultrapassa as raías da faculdade, de exhibir prova, para entrar pela zona do capricho". (Votos vencidos dos desembargadores JÚLIO DE FARIA e AFONSO DE CARVALHO, *Revista dos Tribunais*, 75/37).

"Os administradores das sociedades anônimas têm qualidade para prestar depoimento pessoal e não podem fugir a essa "obrigação", porque são eles que "personificam" a sociedade. Pretender o contrário é desfazer, em parte, o utilíssimo mecanismo da ficção reconhecida expressamente na lei. É amputar à pessoa jurídica um dos seus meios de exteriorização, é não admitir a técnica instituída pelo legislador, é contrair, em parte, do disposto nos arts. 13, 16 e 17, do citado Código Civil". (Despacho do dr. J. A. NOGUEIRA, *Revista dos Trib.*, 59/175).

"Embora os estatutos de uma sociedade anônima não dêem poderes para transgredir aos seus administradores, estes, representando-a em juízo, podem depôr pessoalmente, em nome dela". (Ac. T. A. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 52/137).

É princípio corrente em direito que aos gerentes, ou administradores, das pessoas jurídicas, não é vedado prestar em juízo o seu depoimento, sobre os fatos e artigos, que lhe são pessoais". (Ac. Corte de Apelação do Distrito Federal, *Revista de Direito*, 36/147).

seus procuradores; os Estados, por seus advogados ou procuradores; os Municípios, por seus prefeitos ou procuradores; o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores”.

Será o representante — procurador ou advogado — habilitado para confessar, em nome da representada, União, Estado, Município, Distrito Federal ou Território?

a) É também certo que “*será válida a confissão da parte ou de mandatário com poderes especiais*” (Cód. de Proc., art. 230).

A parte é a pessoa de direito público, personificada pelo órgão do poder executivo — o presidente da União, o governador do Estado ou Território, o prefeito do Distrito Federal ou do Município.

Seus procuradores ou advogados têm capacidade para representá-la em juízo, em todos os atos processuais; mas não a personificam. Não podem receber citação inicial, não podem transigir, nem mesmo em juízo, geralmente. Para que determinados procuradores sejam capazes de receber citação inicial, cumpre sejam para isso autorizados por lei especial, do que é exemplo o Decreto-lei n. 986, de 27 de dezembro de 1938, cujo art. 18 menciona os procuradores da União que podem ser citados inicialmente.

Como para receber citação inicial, transigir, desistir, também para confessar, o procurador, como mandatário, deve ter poderes especiais (Cód. de Proc., art. 108). Tanto quanto é preciso lei especial para indicar quais os representantes que podem receber citação inicial, não valendo a feita a qualquer procurador ou advogado, também o é para conceder a procuradores ou advogados poderes especiais que os autorizem válidamente confessar. Somente os por essa forma autorizados, e não quaisquer outros, poderão confessar.

Sem a existência de lei nesse sentido, o representante — procurador ou advogado — somente poderá confessar se lhe

forem conferidos, em cada caso, poderes expressos e especiais, como os procuradores em geral (Cód. de Proc., art. 108).

b) CAMARA LEAL advertia que “o representante da pessoa de direito público está, em regra, proibido de transigir ou alienar, sem permissão do poder competente, e, por isso, deve excusar-se a depor”, isto é, de prestar depoimento pessoal pela representada.¹²²

Contudo, a jurisprudência dos tribunais paulistas era no sentido de obrigar o representante a depor.¹²³ Sustentava-se, em favor dessa tese, que o procurador da Fazenda Pública “não é um simples advogado dela”, e sim “a representação física, em juízo, dessa personalidade jurídica”, “oficiando como órgão visível dessa entidade jurídica”, devendo ser compelido, pois, a cumprir os deveres inerentes à espécie de representação, dizendo o que sabe sobre o fato controvertido. “Se o representante da pessoa jurídica receia não saber dos fatos, que se lhe perguntam, não deve converter essa ignorância em excusa de depor, pois a presunção é que saiba de tudo que interesse à entidade representada. Mas, se de algum fato não sabe, isso mesmo deverá dizer. O que não pode é excusar-se de depor, porque a recusa importa em dizer — ou que de nada sabe ou que é verdade o que o adversário alegou. Em qualquer desses casos, haverá uma traição à pessoa que representa”.¹²⁴

Contrariando êsses argumentos, nos quais não encontrava “razão bastante”, dizia o eminente professor ALCANTARA MACHADO, quando se elaborava o Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, que “o procurador fiscal é um advogado, que não tem poderes para confessar ou transigir, que está sujeito ao dever do segredo profissional”, e, “além disso, não tem, em regra, conhecimento pessoal dos

122 CAMARA LEAL, *Depoimento Pessoal*, n. 60.

123 *Revista dos Tribunais*, 15/384; 36/24; 36/384; 70/43.

124 AFONSO JOSÉ DE CARVALHO, sentença na *Revista dos Tribunais*, 43/386.

fatos". Entendia que o presidente do Estado, como chefe do poder executivo, como representante do Estado, é que devia depor. Mas concluía: "No entanto, por motivos de primeira intuição, é justo que se lhe conceda o direito de fazer-se representar no ato por um de seus auxiliares ou por um dos procuradores judiciais da fazenda, o qual ficará *ipso facto* exonerado da obrigação de guardar segredo e investido dos poderes que nas circunstâncias ordinárias não possui".¹²⁵

As judiciosas ponderações do ilustre professor, que, como disse, se inspiravam no art. 336, do Código do Processo Civil francês, levaram o legislador paulista, aliás muito sãbiamente, a preceituar uma regra pela qual ficava o presidente do Estado autorizado a conferir aos seus secretários ou a procuradores judiciais poderes especiais para prestar depoimento pessoal. Era o preceituado no art. 286, do Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo: — "Nas causas em que fôr parte o Estado, deporá o presidente, que, entretanto, poderá designar para fazê-lo um dos secretários de Estado ou o representante judicial no feito". Cópia desse dispositivo se encontrava no art. 717, do Código de Processo do Estado de Santa Catarina.

Importa em dizer que os legisladores desses Estados reconheceram, e com fortes razões jurídicas, a necessidade de uma regra expressa que autorizasse o presidente ou governador do Estado a outorgar poderes especiais a determinados funcionários para, como representantes do poder público, prestar por este depoimento pessoal.

As razões que assim os fizeram reconhecer perduram atualmente, mesmo em face do Cód. de Processo em vigor. Os procuradores ou advogados da pessoa de direito público, com capacidade para representá-la em juízo, não têm poderes, nem se encontram habilitados, apenas revestidos daquela capacidade, para depor. Para que deponham válidamente se torna mister haja lei especial indicando aquêles procuradores

¹²⁵ Projeto do Cód. de Proc. Civ. e Com. do Estado de São Paulo, 1º v., p. 292.

ou advogados que tenham qualidades para isso ou que, em cada caso, sejam conferidos a dado procurador ou advogado poderes especiais e expressos que os habilitem a depor.

23. — Convém se faça sentir a conveniência, mesmo a necessidade, muitas vezes observada, de se ouvir em depoimento a parte, ou seu representante, conquanto uma ou outro não possam válidamente confessar, por falta das condições legais para isso. Trata-se de menores púberes, que em bem da própria verdade devam ser ouvidos sobre fatos que lhes dizem respeito; de representantes de incapazes, que podem dizer com referência a atos, ou fatos, de que participaram pelos seus representados ou assistidos; de falidos, que podem esclarecer atos, ou fatos, que envolvam interesses ou obrigações da massa; de procuradores com poderes de administração, que atuaram na efetuação do negócio jurídico controvertido; de agentes de pessoas jurídicas, sem capacidade para falar em seu nome mas que foram personagem em fatos, ou atos, de cuja verdade precisa o juízo ficar de posse.

Nenhuma dessas pessoas pode confessar, ou por lhes faltar a capacidade jurídica indispensável para isso, ou por não serem parte no feito. Mas somente elas, às vezes, estarão em condições de elucidar convenientemente o juízo, expondo os fatos, esclarecendo circunstâncias, dissipando dúvidas. Deixar de ouvi-las seria, muitas vezes, prejudicar a verdade visada pelo processo e embaraçar se forme a legítima convicção do julgador.

Atendendo a essas razões, consente a lei, com apoio na melhor doutrina, possam ser ouvidas tais pessoas, mas seus depoimentos devem ser avaliados segundo as regras de avaliação da prova testemunhal, nunca podendo implicarem seus ditos em confissão. Assunto merecedor de maiores elucidações, e, na verdade incabível neste capítulo, será devidamente ventilado noutro ponto deste trabalho.¹²⁶

¹²⁶ Vide Capítulo 10.

III — ELEMENTO INTENCIONAL

24. — Pela confissão, o confitente, com *ânimo de obrigar-se*, reconhece como verdadeiros os fatos alegados pela parte contrária como fundamentais da ação ou da defesa. É o que se conclui da definição,¹²⁷ que, aceita, exige, assim, se ponha em evidência um terceiro elemento da confissão — *o elemento intencional*.

Esclarecendo, pode-se dizer que a parte, para reconhecer a verdade do fato alegado pelo adversário, deve estar suficientemente certa de que, assim procedendo, age de forma a praticar um ato do qual resultam conseqüências jurídicas contrárias ao seu interêsse. Eis o elemento intencional, que, em regra, resulta de

- a) uma declaração
- b) voluntária,
- c) com ânimo de obrigar-se (*animus confitendi*).

25. — Para que haja confissão, em regra, exige-se uma declaração formal e expressa. No sentido próprio, que se lhe deve dar, a confissão reclama um ato declaratório, uma manifestação de vontade.¹²⁸ Por isso mesmo se costuma dizer que na confissão há a *afirmação*¹²⁹ da parte de um fato que lhe é desfavorável.

Impõe-lhe a forma de *declaração* o direito estrangeiro.¹³⁰

¹²⁷ Vide Capítulo 1º, n. 14.

¹²⁸ LESSONA, o. c., 1º v., n. 395; CHIOVENDA, *Instituciones*, § 61, n. 327; CARNELUTTI, *Sistema*, 1º v., n. 311; SILVIO LESSONA, *Atto di citazione e confessione giudiziale*, in *Rev. di Dir. Proc. Civile*, 1º v., parte II, p. 177 e ss.; AUBRY ET RAU, o. c., 12º v., § 751; BONNIER, *Traité des Preuves*, 2ª ed., n. 289; GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, § 34, p. 198; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 576; JOÃO MONTEIRO, o. c., §§ 144 e 145; CARVALHO SANTOS, o. c., 3.º v., p. 276; BORGES DA ROCHA, o. c., 1º v., p. 542.

¹²⁹ CARNELUTTI, o. e loc. cit.; AUBRY ET RAU, o. e loc. cit.; JOÃO MONTEIRO, o. e loc. cit.; COVIELLO, o. c., § 178; RAMALHO, *Praxe*, § 175.

¹³⁰ Cód. Civ. Italiano, art. 1356; Cód. Civ. Francês, art. 1356; Cód. Proc. Civ. Port., arts. 562 e 568.

Igualmente o direito pátrio, antigo e moderno. Ainda no regime das Ordenações, era imprescindível uma *declaração* como forma, por termo nos autos, por artigos, por depoimento, e, quando extrajudicial, por instrumento ou vocalmente.¹³¹ Apresentava-se sob forma de termo nos autos, de depoimento, ou de respostas ao juiz, sempre, pois, como declaração, no regime do Reg. 737, de 1850.¹³² Não discrepava, no tocante, o processo regulado pelos códigos das unidades da Federação.¹³³

Expresso é o Cód. de Processo vigente, art. 230, § 2.º, regulando a confissão judicial: — “*A confissão poderá ser feita por petição ou em depoimento*”. Quer dizer que a confissão judicial sempre se apresentará como *declaração* que a parte faz em juízo.

a) Contudo, numa hipótese, a omissão, o silêncio poderá acarretar confissão. Dar-se-á isso quando, notificada para prestar depoimento, a parte não comparece ou, comparecendo, se recusa a fazê-lo. Nesse caso, “*será havida por confessa*” (Cód. de Proc., art. 229, § 2.º). Ocorre o que se denomina *confissão presumida* ou *ficta*.

Mas a hipótese, que servirá de matéria para capítulo especial,¹³⁴ não contradiz a regra. Porque a confissão presumida decorre da obrigação que tem a parte de depor, isto é, da obrigação que tem de prestar declarações sobre os fatos litigiosos. Há como que uma manifestação de que a parte não pode negar tais fatos. Daí dizer-se que não se confessa com o silêncio senão quando há obrigação de responder.

¹³¹ Ord., liv. 1º, tit. 24, §§ 19 e 20; liv. 3º, tit. 50, § 1º; liv. 3º, tit. 53, § 9º; tit. 59, § 15; tit. 52, princ.; PEREIRA E SOUSA, o. c., §§ 227 e 228; MORAIS CARVALHO, o. c., §§ 401, 402, 407; RAMALHO, *Praxe*, § 175.

¹³² Reg. 737, de 1850, art. 162.

¹³³ Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 265; da Bahia, art. 173; do Espírito Santo, art. 169; do Rio de Janeiro, art. 1245; do Distrito Federal, art. 193; de São Paulo, art. 280; de Sta. Catarina, art. 177; do R. G. Sul, art. 406; de Minas, art. 292.

¹³⁴ Vide Cap. 6º.

26. — A declaração deve ser *voluntária*, isto é, resultar de consentimento não viciado.¹³⁵

Manifestação de vontade do declarante de fixar como verdadeiros fatos que lhe são contrários, cujo reconhecimento lhe é desfavorável, a confissão, como todos os atos jurídicos, deve calcar-se num consentimento livre. “A confissão — escreve JOÃO MONTEIRO — é ato de vontade, expressa ou tácita; portanto, como todo ato voluntário, deve partir de um consentimento livre ou não viciado”. E acrescenta, citando PEREZ — *Libera emissa sit confessio; nam si quis, meta compulsus, in se aliquid confesus esset, confessio non nasceret.*¹³⁶

Por isso mesmo dizia BONNIER, e é pacífico na doutrina, na lei e na jurisprudência, como toda declaração feita em juízo, a confissão pode ser retratada quando obtida por violência, dolo ou erro.¹³⁷ Importa em dizer que “não vale, pois, a confissão extorquida com força, ou por medo, como a que se fazia outrora entre tormentos, a confissão havida por doloosas persuações, a que é feita no calor da ira ou do arrebatamento”.¹³⁸

O Cód. de Processo, afirmando a doutrina, que exige valha como confissão apenas a declaração feita voluntariamente, isto é, livremente, sem qualquer vício de consentimento, assegura, no art. 231, possa “*ser retratada por erro de fato, até o julgamento definitivo da causa, ou, em qualquer tempo, em ação direta, quando obtida por dolo ou violência*”.

Aliás, o direito pátrio sempre dispôs expressamente quan-

135 LESSONA, o. e loc. cit.; BONNIER, o. c., n. 292; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 576; NEVES E CASTRO, o. c., n. 76; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 145; JORGE AMERICANO, o. c., p. 36; FRAGA, o. c., 2º v., p. 413; PEREIRA E SOUSA, o. c., nota 460; MORAIS CARVALHO, o. c., § 395; RAMALHO, Praxe, § 176; LOBÃO, o. c., nota 436; MATTIROLO, o. c., 2º v., n. 695 e ss.

136 JOÃO MONTEIRO, o. e loc. cit.; PEREZ, *Praelec. in Cod.*, L. VII, tit. 9, apud LESSONA, o. e loc. cit.; MATTIROLO, o. c., 2º v., n. 704.

137 BONNIER, o. e loc. cit.; MATTIROLO, o. c., 2º v., n. 704.

138 PEREIRA E SOUSA, o. e loc. cit.

to à necessidade de ser a confissão a manifestação de vontade livre. Assim no tempo das Ordenações,¹³⁹ como no do Reg. 737, de 1850,¹⁴⁰ e dos códigos de processo das unidades da Federação.¹⁴¹

De capital importância o assunto, porque, como se disse, o vício da vontade retira às declarações da parte o caráter de confissão, será mais amplamente explanado no capítulo dedicado à retratabilidade desta.¹⁴²

27. — Certamente, como toda declaração de vontade, esta se revela pelo objetivo que visa. Ou melhor, a vontade, manifestada pela declaração, tem em vista alguma coisa. Na confissão, a vontade se manifesta reconhecendo verdadeiros fatos contrários ao interesse do confitente e favoráveis ao adversário. É a intenção de confessar, o *animus confitendi*, de renunciar ao próprio direito ou de fornecer uma prova ao adversário.¹⁴³

Explica bem o que seja a intenção de confessar, esta definição de PESCATORE: — “é a confissão a declaração que se faz com o propósito de que o adversário dela se aproveite”.¹⁴⁴

a) Contudo, negam alguns escritores seja imprescindível a manifestação do *animus confitendi*, para que na declaração se encontre confissão.

Entre eles, GOLDSCHMIDT, que considera indiferente que o confitente haja ou não querido o efeito probatório resul-

139 PEREIRA E SOUSA, o. c., § 226; MELO FREIRE, o. c., L. 4º, tit. 20, § 2º; LOBÃO, o. c., nota 436; MORAIS CARVALHO, o. c. e loc. cit.; SOUSA PINTO, o. c., §§ 1077 e 1082; RAMALHO, o. e loc. cit.

140 Reg. 737, de 1850, art. 155; BENTO DE FARIA, Reg. 737, nota 107.

141 Cód. de Proc. de Pernambuco, arts. 262 e 269; da Bahia, arts. 166 e 169; do Espírito Santo, art. 163; do Distrito Federal, art. 191; de São Paulo, art. 281; do Rio de Janeiro, art. 1238; do R. Grande do Sul, art. 401; de Minas, arts. 266 e 270.

142 Vide Capítulo 9º.

143 LESSONA, o. c., 1º v., n. 395; GIORGI, o. c., 1º v., n. 388 e nota à pág. 504; AUBRY ET RAU, o. c., 12º v., § 751; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 576; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 144; FRAGA, o. c., 2º v., p. 413; BORGES DA ROSA, o. c., 1º v., p. 542.

144 PESCATORE, *La logica del diritto*, p. 121, apud LESSONA, o. e loc. cit.

tante da confissão e que haja tido, ou não, consciência desse efeito (*animus confitendi*).¹⁴⁵

Assim entendem os partidários dessa opinião, entre os quais está CARVALHO SANTOS, porque a confissão pode ser feita sem que o confitente se preocupe com as conseqüências da declaração, que pode mesmo existir sem qualquer predisposta intenção.¹⁴⁶

Poder-se-á responder a esse argumento dizendo que, com efeito, na grande maioria dos negócios jurídicos, o declarante chega mesmo a ignorar os seus efeitos e se satisfaz com os objetivos práticos que pretende conseguir e que a regra jurídica tutela. Mas nem por isso a vontade deixou de ser a parte essencial ou nuclear do ato jurídico.

Tanto que seja uma declaração de vontade, dever-se-á atender mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.¹⁴⁷ Daí só se conceber como confissão a declaração que vise manifestamente o reconhecimento dos fatos, ou atos, em que o adversário funde o seu direito. É a intenção de afirmar a verdade, conquanto em prejuízo dos próprios interesses.

Bem porque se deve atender à intenção, bem por isso é que não se pode dizer haja confissão nas declarações que o declarante faz com o propósito de auferir vantagens ou não prejudicar-se.¹⁴⁸

Ainda por isso é que simples alegações e sustentações em apoio de um sistema de defesa não podem constituir confissão, mesmo quando reiteradas em depoimento.¹⁴⁹ A calhar

145 GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, p. 198.

146 CARVALHO SANTOS, o. c., 3º v., p. 276.

147 Cód. Civ. brasileiro, art. 85; Cód. Civ. franc. art. 1156; Cód. Civ. ital., art. 1131; JOSÉ AUGUSTO CÉSAR, *Ensaio sobre os atos jurídicos*, §§ 5º e 6º; CLÓVIS BEVILÁQUA, *Cód. Civ. Bras.*, obs. ao art. 85.

148 LESSONA, o. c., 1º v., n. 396.

149 LESSONA, o. c., 1º v., n. 427; RICCI, *Delle Prove*, n. 237; BONNIER, o. c., n. 291; JOÃO MONTEIRO, o. e loc. cit.

esta decisão citada por FABREGUETTES: "Devem ser consideradas como simples meios de defesa e não como uma verdadeira confissão judicial as declarações e denegações inseridas por uma das partes nos motivos das suas conclusões, sempre que não hajam sido feitas com a intenção de habilitar os adversários a invocá-las como um reconhecimento autêntico e refletido dos fatos a que respeitam".¹⁵⁰

b) Mas daí, da importância da intenção na confissão, não é de concluir-se, apressadamente, se considere inexistente o *animus confitendi* apenas porque o declarante o negue. "Importa não confundir o *animus confitendi* com o efeito que a parte declara querer atribuir à sua confissão".¹⁵¹

A contradição entre a declaração e a vontade, para invalidar o ato, além de precisar ser provada, deve ser justificada pelo reconhecimento da atuação sobre esta de um dos vícios do consentimento. Por isso mesmo a declaração, que deve ser livre, voluntária, somente valerá como confissão quando feita por quem seja parte no feito e juridicamente capaz.

Em todo o caso, à sabedoria do juiz pertence, em face das declarações e do procedimento da parte no processo, apurar sua intenção, considerando-as ou não confissão no sentido rigoroso e próprio desse instituto.¹⁵² Assim é que o Tribunal de Apelação de São Paulo, apreciando uma escritura, a que se atribuía valor de confissão, decidiu que não lhe reconhecia esse caráter porque o interesse do negócio predominava sobre o "*animus confitendi*".¹⁵³

c) Mesmo nas confissões provocadas, resultantes de depoimento pessoal, deve-se ter em vista a intenção do declarante.

Na verdade, a parte é notificada para depor, sob pena de confissão. Daí por ser constrangida, por certa forma, a

150 FABREGUETTES, o. c., p. 95; *Pandectes*, 89, 1, 80.

151 LESSONA, o. c., 1º v., n. 396.

152 LESSONA, o. e loc. cit.; DALLOZ, *Répertoire Alphabétique*, vº Aveu, n. 139; FABREGUETTES, o. e loc. cit.

153 *Revista dos Tribunais*, 108/669; 114/717.

prestar declarações, sob a coação de ser havida por confessa, parece que a confissão, produzida num depoimento, não é voluntária e, conseqüentemente, não é selada com o "*animus confitendi*".

Mas, na verdade, uma tal confissão não deixa de ser voluntária.¹⁵⁴ Mesmo porque a voluntariedade da confissão se aprecia precisamente na *maneira de depor*. Conquanto constrangida a vir a juízo para prestar declarações, a parte tem liberdade de reconhecer, ou não, os fatos, ou atos, argüidos pelo adversário e nos quais funda o seu direito. Reconhecendo-os verdadeiros, age segundo sua vontade e com o propósito de dirimir a litigiosidade dêles, isto é, com a intenção de fornecer uma prova ao adversário relativamente aos fatos, ou atos, sôbre os quais é argüída.

154 JORGE AMERICANO, o. c., p. 48; CARVALHO SANTOS, o. c., 3^o v., p. 276.

ESPÉCIES E MODOS DE CONFISSÃO

- I — *Confissão judicial.*
- II — *Confissão extrajudicial.*

CAPÍTULO V

DO DEPOIMENTO PESSOAL

SUMÁRIO: I — *Princípios gerais*. 1 — Conceito de depoimento pessoal. 2 — Importância. 3 — Origens e evolução. 4 — Diferenças nas várias legislações. 5 — No direito francês e italiano. 6 — No direito pátrio anterior. 7 — No direito pátrio vigente. 8 — Natureza do depoimento pessoal. 9 — Elementos do depoimento pessoal. 10 — Características próprias do depoimento. II — *Do proponente do depoimento*. 11 — Quem pode propor o depoimento. 12 — Depoimento "ex-officio". III — *Do sujeito do depoimento*. 13 — Quem deve depor. 14 — Depoimento de terceiros intervenientes. 15 — Dos que são inibidos de depor. 16 — Dos que podem excusar-se de depor. 17 — Declarações de terceiros que agem no processo. IV — *Do objeto do depoimento*. 18 — Qual seja o objeto. 19 — Condições dos fatos. 20 — Que sejam pertinentes. 21 — Que sejam influentes. 22 — Que sejam precisos. 23 — Que não sejam meramente negativos. 24 — Fatos criminosos ou difamatórios. V — *Da obrigatoriedade do depoimento*. 25 — Obrigatoriedade do depoimento. 26 — Voluntariedade da confissão e obrigatoriedade do depoimento. 27 — Penalidade: confissão tácita.

I — PRINCÍPIOS GERAIS

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

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

peculiaridades, no que diz respeito à sua proposição em juízo, admissibilidade ou execução, na essência o instituto é o mesmo: procedimento apropriado a provocar a confissão do litigante.

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

2. — Instrumento de manifestação da parte, que depõe, sobre os fatos litigiosos, a força probatória do depoimento pessoal dimana tão somente da confissão dele resultante.

Não obstante raramente aconteça, apesar do depoimento, venha a parte a confessar, e por isso mesmo se considere meio de prova de ordinário inócuo, ainda assim é a forma mais usual de confissão.¹

Em quase todas as ações, tenta o litigante colhêr a confissão do adversário, confiado no aforismo de que é mais fácil dizer a verdade do que mentir. Esfôrço em regra inútil. Mas mesmo quando não a consegue, muitas vezes o seu trabalho não é de todo desperdiçado, porque, ao menos, graças às respostas do interrogado se precisam melhor os fatos controvertidos, facilitando a sua prova.²

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

3. — O instituto vem de eras antiquíssimas, não sendo exagerado dizer-se que tem suas origens nos primórdios da administração da justiça nas sociedades civis.³

¹ JORGE AMERICANO, *Proc. Civ. e Com. no Direito Brasileiro*, p. 47.

² MATTIROLLO, o. c., 2º v., n. 720.

³ MATTIROLLO, o. c., 2º v., n. 721; LESSONA, o. c., 1º v., n. 471; SAREDO, *apud* LESSONA, loc. cit.

a) — Conheceu-o a Grécia, onde as partes, no comêço do litígio, podiam interrogar-se, em presença do juiz, de um árbitro, ou mesmo extrajudicialmente, com o fim de acelerar a solução do feito. As interpelações e as respostas se faziam diante de testemunhas e eram tomadas por escrito, para que as partes daí tirassem elementos favoráveis à sustentação de sua causa, não só das respostas, como também da recusa de responder.⁴

b) — Em Roma, ao tempo das *legis actiones*, as partes compareciam à audiência pública e se interpelavam à vontade; no sistema das *formulae*, as perguntas e respostas, que antecediam à litiscontestação, eram precisamente meios de prova. Mas não só as partes se interrogavam.⁵ O próprio pretor podia também ter a iniciativa das interpelações, como se vê do Digesto, L. 21, *De interrogationibus in jure faciendis: Ubicumque judicem æquitas moverit, æque oportere interrogationem fieri dubium non est.*⁶

Conquanto, regra geral, a *interrogatio in jure* não fosse de natureza a constranger o interrogado a emitir resposta, em certas ações — diz CAMARA LEAL, calcado em SAVIGNY — em que se suscitava alguma questão prejudicial, concernente à pessoa do réu, podia éste ser inquirido pelo autor, ou pelo pretor, e obrigado a responder, com referência à dita questão.⁷

Ao pretor competia decidir sobre a admissibilidade do interrogatório. Mas não podia deixar de admiti-lo em certas causas, como no caso de ação noxal, *de pauperie*, *de peculio*, *legis Aquiliæ*, *reivindicationis*; *no de hereditatis petitis*, para que se averiguasse *qua ex parte heris est* quem era deman-

⁴ BONNIER, o. c. n. 306; LESSONA, o. c. 1º v., n. 472.

⁵ BONNIER, o. e loc. cit.; LESSONA, o. e loc. cit.; DALLOZ, *Répertoire*, vº "Interrogatoire", n. 3.

⁶ LESSONA, o. e loc. cit.

⁷ CAMARA LEAL, *Depoimento pessoal*, p. 14

dado.⁸ Mas, em tais casos de *interrogatio in jure* coercitiva, somente o autor ou o pretor podiam interrogar.

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

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

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

“Alem da disparidade de origens, uma vinda do direito romano e outra do direito canônico, a *interrogatio* tinha caráter prejudicial, a *positio* o mérito de controvérsia; podia o juiz por iniciativa própria dirigir a *interrogatio*, só o autor a *positio*; a *interrogans*, quando o autor, expressava dúvida nos fatos, o *ponens* a afirmativa; *interrogans* era só o autor, *ponens* podia ser também o réu *excipiens*. A *interrogatio* se propunha oralmente e era sempre admissível; por escrito a *positio*, de cuja admissibilidade dispunha o juiz.⁹”

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

8 LESSONA, o. loc. cit.; BUONAMICI, *La storia della procedura civile italiana*, I, sec. 3, cap. 4, p. 246 e ss. e PADELLETTI COGLIOLO, *Storia del diritto romano*, cap. 51, n. 3, apud LESSONA, o. e loc. cit.

9 LESSONA, o. c., 1º ns. 473-474.

punho, se souberem escrever, ou por notário, a seu pedido, sobre cada artigo daquela demanda”.

Abolida a Ordenação de Blois pela de 1539, ficou por esta instituído o interrogatório sobre fatos e artigos, puramente facultativo, que, em linhas gerais, perdura ainda no vigente processo francês e no Código italiano, de 1865,¹⁰ certamente mais parecido com a *positio* e com pouca ou nenhuma afinidade com a *interrogatio in jure*.¹¹

e) — Mas a *interrogatio in jure*, que no direito francês e italiano produziu o instituto do *comparecimento pessoal das partes*, desenvolveu-se no direito português e pátrio até assumir a figura do *depoimento pessoal*, forma indiscutivelmente mais aperfeiçoada que suas similares estrangeiras.

Já nas Ordenações Afonsinas, liv. 3.º, tít. 58, sob influência da *interrogatio romana*, o autor formulava os artigos, sobre os quais o réu havia de depôr; as Ordenações Manuelinas, liv. 3.º, tít. 40, reproduzidas, neste particular, pelas Ordenações Filipinas, de 1603, liv. 3.º, tít. 53, mantiveram o instituto do depoimento pessoal, quase como fôra introduzido por aquelas Ordenações, com a circunstância, aliás de alto relevo e profundamente sábia, de estenderem êsse meio de prova também ao réu.

Assim, adotado pelo Brasil, já nação independente, em 1823, o Código Filipino, o instituto do depoimento pessoal era meio hábil para uma das partes provocar a confissão da outra. Para que a parte fôsse constrangida a depôr, mistér era, porém, que os artigos respeitassem condições legais,¹² a saber: 1. — versassem sobre coisa certa;¹³ 2.º — fôssem pertencentes ao feito¹⁴; 3.º — não fôssem contraditórios¹⁵; 4.º — fôssem

10 DALLOZ, *Répertoire*, vº “Interrogatoire”, ns. 3 e ss.; BONNIER, o. e loc. cit.

11 LESSONA, o. c., 1º v., n. 475; CHIOVENDA, *Instituciones*, 3º v., § 57, n. 328.

12 Ord., liv. 3º, tít. 53; PEREIRA E SOUSA, o. c., nota 466; MORAIS CARVALHO, o. c., § 428; SOUSA PINTO, o. c., § 1101; NAZARETH, o. c., §§ 407 a 411; PAULA BATISTA, o. c., § 164; RAMALHO, *Praxe*, §§ 180 a 182; RIBAS, o. c., arts. 349 a 362; CAMARA LEAL, o. c. ns. 3 e 4.

13 Ord., liv. 3º, tít. 53 pr. e § 1º; tít. 20, § 5º.

14 Ord., liv. 3º, tít. 53, §§ 2, 3 e 4.

15 Ord. cit., §§ 5 e 6.

consistentes em matéria de fato e não de direito, salvo o costumeiro, municipal ou estrangeiro¹⁶; 5.º — não fôsem meramente negativos, exceto se a negativa fôsse coartada a certo tempo ou lugar, ou se resolvesse em afirmativa¹⁷; 6.º — não fôsem criminosos, difamatórios ou torpes.¹⁸ Outrossim, vedado era pedir-se duas vezes o depoimento, exceto quando devesse versar sobre fatos novos.¹⁹ Se a parte não comparecia para depôr ou se recusava a prestar depoimento, era havida por confessa, pena que lhe era aplicada por sentença.²⁰

f) — No regime do Reg. 737, de 1850, a principio apenas aplicado às causas comerciais e a partir de 1890, por Decreto n. 763, de 19 de setembro dêsse ano, estendido às ações cíveis, o depoimento pessoal²¹ manteve as mesmas características do direito filipino, acrescido apenas da condição de só ser a êle obrigado quem estivesse na livre administração de seus bens.

Com pequenas variantes, que não o afetavam em sua essência, os códigos de processo dos Estados reproduziram o instituto do depoimento da parte segundo o direito tradicional.²²

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

Enquanto que, no direito anterior, o depoimento de uma parte somente podia ser provocado pela outra, isto é, enquan-

16 Ord. cit., §§ 7, 8 e 9.

17 Ord. cit. § 10.

18 Ord. cit. § 11, tít. 20, § 4.º.

19 Ord., cit., § 12.

20 Ord. cit., § 13.

21 Reg. 737, de 1850, arts. 206 a 208.

22 Cód. de Proc. de Pernambuco, arts. 288 e ss.; Bahia, arts. 334 e ss.; Espírito Santo, arts. 174 e ss.; do Rio de Janeiro, arts. 1251 e ss.; do Distrito Federal, arts. 200 e ss.; de São Paulo, arts. 283 e ss.; de Santa Catarina, arts. 712 e ss.; do Rio Grande do Sul, arts. 410 e ss.; de Minas, arts. 275 e ss.

to ali se incluía êsse meio de prova entre os atos de disposição da parte, no direito em vigor também ao juiz foi facultado o poder de, "*ex-officio*", determinar a sua realização (Cód. de Proc., arts. 117; 295, n. IV).

Além dessa inovação, outra não deve ficar despercebida: o depoimento pessoal, no sistema do Código, como se verá logo mais,²³ abraça, suprimindo-as, duas outras modalidades de meios de confissão oral judicial: a confissão em respostas ao juiz e o interrogatório.

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

5. — Assim, no direito francês, a confissão oral judicial pode realizar-se por dois processos: pelo interrogatório sobre fatos ou artigos ou pelo comparecimento pessoal das partes.²⁴ Aquêlê, segundo a regra do art. 324, do Código de Processo, não pode ser ordenado de ofício, mas sim a requerimento da parte; êste é ordenado "*ex-officio*", muito embora se admita que a parte provoque essa determinação.

Para que se realize o primeiro, a parte, que o requer, deverá, após autorização judicial, proferida por decisão em audiência, mandar citar o adversário, com antecedência mínima de vinte e quatro horas, para comparecer em dia e hora designados diante do magistrado encarregado do interrogatório, dando-lhe, no ato da citação, ciência dos fatos sobre os quais será interrogado; o citado comparecerá àquele dia e hora e, sem a presença do requerente da prova, responderá às perguntas sobre os fatos constantes da relação que acompanhara o mandado de citação, ou mesmo de relação suplementar, ainda que desta não lhe tivessem dado conhecimen-

23 Vide n. 7.

24 GARSONNET, o. c., 2º v., ns. 285 a 296; FABREGUETTES, o. c., p. 90 e ss.; BELIME, o. c., 2º v., p. 667 e ss.; BONNIER, o. c., ns. 305 a 317.

to, bem como as perguntas relativas a outras matérias e que entenda o juiz, de motu-próprio, dirigir-lhe.

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

Também no direito italiano, segundo o Código de 1865, se acham instituídos o interrogatório (Cód. de Proc., art. 216 a 219), e o comparecimento pessoal das partes (Cód. de Proc., art. 401), mais ou menos segundo o sistema francês, com a diferença que no interrogatório não é vedada a presença do requerente da prova,²⁵ e que o comparecimento pessoal das partes só se pode ordenar em causas comerciais.²⁶

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

a) — O *interrogatório*, de absoluta inusança, posto que legalmente praticável²⁷ na vigência do processo regulado pelas Ordenações, era feito *in initio litis*, antes das provas, por iniciativa do Juiz, que assim se aparelhava para melhor julgar. Tinha assento nas Ordenações, liv. 3.º, tít. 20, § 4.º, que dispunham: — “Tanto que o réu fôr citado (citação inicial) e vier a Juizo, o Juiz fará, assim ao autor como ao réu, de seu officio, ou à petição da parte, as perguntas que bem lhe parecer, assim para a ordem do processo, como para a decisão da causa”. Se, pelas respostas, se achava capacitado para julgar, decidia definitivamente, e, caso contrário, mandava oferecer-se o autor libelo na primeira audiência.

Vem a propósito o parecer de CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, anotando a citada Ordenação: “Se os juizes fizessem vigorar esta prática, quantas demandas morreriam no nascedouro”.²⁸

25 MATTIROLLO, o. c., 2º v., ns. 747 e ss.; LESSONA, o. c., 1º v., ns. 488 e ss.

26 MATTIROLLO, o. c., ns. 751 a 754.

27 PONTES DE MIRANDA, a NEVES E CASTRO, o. c., nota á p. 108; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 149; PAULA BATISTA, o. c., § 163, nota 2.

28 CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Cód. Filipino*, ed. 1870, p. 387.

b) — O mesmo interrogatório, mas após a conclusão dos autos para julgamento, admitiam-no o Reg. 737, de 1850, e alguns códigos de processo das unidades da Federação.²⁹ Efectuava-se por iniciativa do juiz, quando, segundo o texto do art. 230, daquele Regulamento, “examinados os autos, o juiz entender necessária, para julgar afinal, alguma diligência, ainda que não tenha sido requerida nas razões finais”.

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

c) — O *depoimento da parte*, propriamente dito, procedimento usual de provocação da confissão, estava incluído entre os atos de mera disposição das partes. A parte interessada no depoimento de outra, devia requerer para isso sua citação.³⁰

7. — Entre outros princípios que regem o processo vigente no país, dois cumpre serem aqui ressaltados: a função autoritária do juiz e o procedimento oral.

Por aquêle é atribuída ao juiz a direção do processo, intervindo de forma que êste atinja, pelos meios adequados, o objetivo da investigação dos fatos e descoberta da verdade. “Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto fôr necessário ao conhecimento da verdade”³¹ (Cód. de Processo, arts. 112, 117).

29 Reg. 737, de 1850, arts. 162 e 230; Cód. de Proc. do Espírito Santo, art. 180; Cód. de Proc. de São Paulo, arts. 280, n. 3, e 289; da Bahia, art. 229; do Rio Grande do Sul, art. 413; JOÃO MONTEIRO, o. e loc. cit.; PAULA BATISTA, o. e loc. cit.; PONTES DE MIRANDA, a NEVES E CASTRO, o. c., nota á p. 107; JORGE AMERICANO, o. c., p. 45.

30 Reg. 737, de 1850, arts. 206 a 208; Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 288; da Bahia, art. 235; do Espírito Santo, art. 174; do Rio de Janeiro, art. 1251; do Distrito Federal, art. 200; de São Paulo, art. 283; de Santa Catarina, art. 712; do Rio Grande do Sul, art. 410; de Minas, art. 273.

31 FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos*, do Cód. de Proc., n. 4.

Pelo procedimento oral,³² compreendido como sistema no qual o juiz entra em contacto direto e imediato com o sujeito da prova — partes, testemunhas, perito — e do qual resulta, como postulado, o princípio da concentração dos atos do processo, foi levado o legislador a estabelecer um momento único para a produção e debates das provas entre as partes, seguindo-se imediato júlgamento (Cód. de Proc., arts. 263 a 272).

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

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

32 Vide 1º volume, cap. XIX.

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

Assim, instrumento de provocação da confissão, em si mesmo o depoimento pessoal não é prova, sim e apenas *meio* de prova. *Prova* será a confissão dele resultante, com o reconhecimento da verdade dos fatos argüidos pelo adversário como fundamento do seu direito.³³ “O depoimento pessoal — diz CAMARA LEAL — não gera por si só a certeza, sua força probativa emana da confissão, da qual êle é somente um dos instrumentos de manifestação. A confissão é a *espécie*, o depoimento é a *forma*; êle constitui, portanto, um meio apenas de prova, um ato processual”.

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

Mesmo tão somente narre o depoente os fatos, mesmo tão somente negue sua veracidade, no depoimento, por vezes, vai o juiz encontrar material que — sem eficácia bastante para formar sua convicção, porque ninguém pode criar prova em favor próprio — poderá servir de auxílio no esclarecimento da verdade. Mercê do princípio da imediatidade entre o juiz e o sujeito da prova, aquêle poderá das atitudes dêste, da maneira pela qual responde, da natureza e das circunstâncias dos fatos narrados, ou da justificação da negativa dos fa-

33 JORGE AMERICANO, o. c., p. 48; CAMARA LEAL, o. c., n. 5.

tos argüidos, encontrar manancial precioso para a formação de sua convicção.

Quando a mais não se preste, tem ainda o depoimento pessoal, por vêzes, a virtude de melhor precisar os fatos, facilitando sua prova, acentua MATTIROLO.³⁴ Com efeito, mesmo que inútil haja sido como instrumento de provocação da confissão, o depoimento servirá para fornecer subsídios úteis ao investigador da verdade.

Em suma, o depoimento da parte é meio probatório, dêle podendo resultar a confissão³⁵ ou elementos auxiliares na investigação da verdade e conseqüente formação da convicção do juiz.

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

As declarações do interrogado, para assumirem o caráter de confissão, devem compreender os elementos imprescindíveis, como a tódas as modalidades de confissão, relativamente ao sujeito, ao objeto da confissão e à intenção do confitente, assunto já vastamente explanado.³⁶ Outrossim, uma tal confissão precisa também reunir as condições peculiares à confissão judicial, do que também já se tratou,³⁷ como uma das formas que é desta, e, por isso, deverá ser prestada em juízo, respeitadas as regras processuais a respeito estabelecidas.

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

Essas características se evidenciam, preponderantemente, em dois momentos, isto é, na sua proposição e na sua

34 MATTIROLO, o. c., 2º v., n. 720.

35 "Para que o depoimento de uma parte sirva de confissão, necessário se torna que suas palavras se refiram, claramente e de forma iniludível, ao objeto de litígio". (Ac. T. A. São Paulo, Arquivo Judiciário, 59/219).

36 Vide Capítulo 3º.

37 Vide Capítulo 4º, ns. 10 a 16.

admissão, não obstante também se manifestem na sua produção. Uma são de natureza subjetiva, e dizem respeito ao proponente da prova e ao sujeito da confissão; outras de ordem objetiva, e dizem respeito ao objeto da prova; terceiras de ordem formal, e dizem respeito às regras processuais que regulam a proposição, admissão e execução da prova.

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

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

II — DO PROPONENTE DO DEPOIMENTO

11. — O depoimento pessoal é meio de prova. Como todo meio de prova, pode ser proposto pela parte que tiver interesse na demonstração dos fatos, como também ser determinado "*ex-officio*" pelo juiz.³⁸

Nem sempre assim se entendeu no direito pátrio.

Ao tempo das Ordenações Afonsinas, do velho direito português, só ao autor era lícito pedir o depoimento do réu. Desde as Ordenações Manuelinas ficou consagrada a igualdade entre os litigantes, admitindo-se a ambas as partes o direito de requerer o depoimento do adversário, sistema que ainda perdura no direito vigente no país.³⁹

Ainda no direito anterior, o juiz, por deliberação própria, podia submeter uma ou ambas as partes a interrogatório.⁴⁰ Não podia, porém, ordenar "*ex-officio*" o depoimento pessoal propriamente dito. Adotando o sistema publicístico do processo, fortalecendo a autoridade do juiz, o Código de Pro-

38 Vide 1º v., cap. XIII, ns. 5 a 15; CAMARA LEAL, o. c., n. 9; CARVALHO SANTOS, Cod. de Processo, 3º v., p. 292; GARSONNET, o. c., 2º v., n. 287.

39 Vide ns. 3 e 6.

40 Vide n. 6.

cesso vigente lhe atribui também o poder de promover as provas que entender necessárias ou convenientes para a formação de sua convicção, e, pois, o autoriza, mesmo sem provocação das partes, determinar o depoimento de qualquer delas, ou de ambas.⁴¹ Tal poder emana da regra contida no art. 117, daquele Código: — “*A requerimento, ou “ex-officio”, o juiz poderá, em despacho motivado, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios*”.

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

Merece a regra, no entanto, algumas considerações, quer quanto a determinadas espécies de litigantes, quer quanto ao poder inquisitório do juiz.

a) No litisconsórcio, ativo ou passivo, necessário ou voluntário (Cód. de Processo, arts. 88 a 94), qualquer dos litigantes poderá requerer o depoimento da parte contrária, não só porque, “salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados em suas relações com a parte adversa como litigantes distintos” (Cód. de Processo, art. 89), como também porque “o direito de promover os atos do processo cabe, indistintamente, a qualquer dos litisconsortes” (Cód. de Processo, art. 92).⁴²

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

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

41 Vide n. 7.

42 CAMARA LEAL, o. c., n. 10; CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.

Na segunda hipótese, porém, a causa continuará com o réu, que, como parte, a quem cumprirá defender a causa até final, sob pena mesmo de perder o direito à evicção (Cód. de Processo, art. 98), lhe será lícito provocar o depoimento do adversário.⁴³

E na terceira hipótese? O chamado à autoria atende ao chamamento, mas confessa o pedido. Ao réu estão traçados pela lei os caminhos que poderá seguir: — “*Se o denunciado confessar o pedido, poderá o denunciante prosseguir na defesa*” (Cód. de Processo, art. 97). Explica PEDRO BATISTA MARTINS: “Se o denunciado, entretanto, comparece e confessa o pedido, ao denunciante será lícito tomar qualquer das seguintes atitudes: conformar-se e exercer logo o direito decorrente da evicção, ou não se conformar com a confissão, que poderá ser fraudulenta, e, neste caso, prosseguir na defesa”.⁴⁴ Assumindo aquela atitude, deixou de ser parte no feito, ocorrendo a figura e as conseqüências da primeira hipótese; assumindo esta atitude, como litigante que continua sendo, poderá, como na segunda hipótese, solicitar o depoimento do autor.

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

Na primeira hipótese, aceita a nomeação pelo nomeado, este passa a ser o réu, deixando de ser parte quem o nomeou. Ao nomeado, não ao réu primitivo, pois, será lícito requerer depoimento do autor.⁴⁵

Nas duas outras hipóteses, aplicar-se-á a regra do parágrafo único do art. 99, do Cód. de Processo: “*Se a pessoa nomeada não comparece, ou se negar a qualidade que lhe fôr atribuída, o autor poderá prosseguir contra o nomeante e o nomeado, assinando-se novo prazo para a contestação*”. A

43 CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.; CAMARA LEAL, o. c., n. 13.

44 PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 1º v., p. 303.

45 CAMARA LEAL, o. c., n. 14.

situação do nomeante e do nomeado dependerá, pois, da atitude do autor; se contra ambos prosseguir a ação, estabelecido o litisconsórcio, qualquer deles poderá requerer o depoimento dêste; se prosseguir apenas contra um deles, apenas a êsse será facultado usar do direito de requerê-lo.

d) Pela oposição, um terceiro, que se julgue com direito, no todo ou em parte, ao objeto da causa, poderá intervir no processo para excluir autor e réu (Cód. de Processo, art. 102). O oponente é uma nova parte: parte numa verdadeira ação contra as partes originárias.⁴⁶

Em conseqüência, ser-lhe-á lícito requerer o depoimento dos seus contendores — autor e réu.⁴⁷

e) Conquanto o Código de Processo não haja bem regulado o instituto da assistência, perdura êste em nosso sistema jurídico, sendo mesmo previsto em outros estatutos.

Na conhecida definição do Reg. 737, de 1850, art. 124, adotada por JOÃO MONTEIRO, “assistente é aquêle que intervém no processo, para defender o seu direito juntamente com o do autor ou réu”. Deve ter por fim auxiliar o autor ou réu na defesa do seu direito, fazendo o assistente causa comum com o assistido, cabendo-lhe oferecer suas alegações e provas ao mesmo tempo que êste.⁴⁸

Decorre da própria feição da assistência que ao assistente é dado promover o depoimento do adversário.⁴⁹

f) Por meio de embargos de terceiro (Cód. de Processo, art. 707), que é uma verdadeira ação, êste, por sofrer turbação ou esbulho em sua posse, ou direito, por efeito de penhora, depósito, arresto, sequestro, venda judicial, arrecadação, partilha ou outro ato de apreensão judicial, poderá defender seus bens. Ação especialíssima, incluída entre os

46 JOÃO MONTEIRO, o. c., § 306; PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 1º v., p. 310 e ss.; CAMARA LEAL, o. c., n. 12.

47 CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.; CAMARA LEAL, o. c., n. 12.

48 JOÃO MONTEIRO, o. c., §§ 309 e 310; PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 1º v., p. 295.

49 CAMARA LEAL, o. c., n. 11.

processos acessórios pelo Código (liv. 5.º, tít. VII), nela o embargante é legítimo autor e, pois, poderá provocar o depoimento do embargado, ou dos embargados.

g) A posição dos credores concorrentes, no concurso creditório (Cód. de Processo, arts. 1017 a 1030), em que se disputa preferência ou rateio de crédito, e mesmo se discute nulidade, simulação, fraude ou falsidade das dívidas ou contratos (Cód. de Processo, art. 1024), é de natureza a permitir que cada um dos credores possa promover o depoimento de outro e, conforme os casos, como nos de simulação e fraude, mesmo do executado. A êste, sendo-lhe lícito, igualmente, impugnar créditos,⁵⁰ também deve ser concedido o poder de requerer depoimento dos credores titulares dos créditos contra os quais se insurge.

12. — Atribuindo ao juiz a faculdade de promover, “*ex-officio*”, diligências necessárias à instrução do processo (Cód. de Processo, art. 117), não quis o legislador se substituir as partes por aquêle no que diz respeito ao ônus da prova. Em outras palavras, ao juiz não cabe, em regra, tomar a iniciativa e corrigir, no tocante à instrução da causa, as faltas deixadas pelos litigantes displicentes, despreocupados, desprevenidos ou manhosos. As partes é que cumpre fornecer o material probatório de suas alegações,⁵¹ não só propondo as provas com que pretendem demonstrar a verdade dos fatos em que fundam o seu direito, como providenciando no sentido de sua execução.

Mas o juiz precisa formar, para decidir, convicção quanto aos fatos litigiosos. E poderá acontecer que nas provas propostas pelas partes, mesmo nas provas produzidas, não encontre êle manancial ou meio suficiente à satisfação do seu espírito, que, em face da controvérsia ou de circunstâncias constantes dos autos, reclama, para formação da convicção, se esclareçam certas questões, ou certos pontos destas. Quando

50 FRAGA, *Teoria e Prática na Execução das Sentenças*, p. 112; AMILCAR DE CASTRO, *Cód. de Proc.*, 10º v., n. 507.

51 Vide 1º v., cap. VI.

isso aconteça, tem o juiz, o poder, e mesmo o dever, de ordenar, "*ex-officio*", as diligências necessárias à perfeita instrução do processo, de forma que possa afinal, com convicção, bem decidir.

A função do juiz, quanto à proposição de provas, é pois supletiva. Explica bem essa função o projeto de Código de Processo Civil italiano, de CARNELUTTI: "Se do resultado da prova produzida, ou ainda em curso, surgir a necessidade de completá-la ou de admitir outro meio instrutório relativamente a novas circunstâncias, o juiz, a pedido da parte, ou "*ex-officio*" e nos limites dos poderes que a lei lhe concede para a instrução da causa, ordenará as necessárias providências".⁵²

Com esse espírito, para esclarecer ou completar a prova, permitir se elucidem circunstâncias que desta resultaram imperfeitamente demonstradas, quiçá imprevisíveis ou imprevisíveis às partes, ou, ainda, com o propósito de precisar e delimitar melhor os fatos controvertidos e assim facilitar a sua prova, bem como sempre que reclamá-lo o seu espírito para formação de convicção a respeito do litígio, ao juiz sempre é lícito ordenar, "*ex-officio*", o depoimento de quaisquer, ou de todos, litigantes.^{52a}

III — DO SUJEITO DO DEPOIMENTO

13. — Sujeito do depoimento pessoal, ou depoimento da parte, o próprio nome do instituto está indicando, não pôde senão ser quem fôr parte no processo. E isso mesmo diz a

52 CARNELUTTI, *Progetto di Cod. di Procedura Civile*, da Itália, art. 176.

52a "A faculdade conferida ao juiz, pelo art. 117 do Cód. de Processo Civil, pode ser utilizada em qualquer momento, antes de proferida a sentença, não estando restrita à oportunidade do despacho saneador, a que se refere o art. 295. Justificada a necessidade da diligência assim ordenada, julga-se improcedente a reclamação contra o despacho, que a determinou, por não ser tumultuário do processo" (Ac. T. A. Distrito Federal, *Arquivo Judiciário*, 57/231; *Direito*, 8/361).

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

lei (Cód. de Processo, art. 229 e seus parágrafos), ao regular a matéria: — "*O depoimento da parte será sempre...*"; "*a parte será inquirida...*"; "*se a parte não comparecer...*"

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

O assunto, já devidamente ventilado anteriormente,⁵³ não necessita venha aqui reproduzido. Já se disse o bastante. Pode depor quem possa confessar. Com uma circunstância diferencial apenas: a confissão pode ser feita por procurador da parte, com poderes especiais, enquanto que o depoimento é ato exclusivo da própria parte, vedada sua produção por meio de procurador.⁵⁴

14. — Os terceiros que intervêm no processo, de forma que assumam no litígio a posição de parte, estão sujeitos a prestar depoimento.

a) O chamado à autoria, vindo a juízo, toma a posição do denunciante, o réu originário (Cód. de Processo, art. 97), e, pois, como parte, deverá submeter-se à obrigação de depor.⁵⁵

b) Nos mesmos casos em que ao nomeado à autoria é lícito promover o depoimento do autor,⁵⁶ poderá ser constrangido a depor. Comparecendo a juízo e aceitando a nomeação, toma a posição de réu; não comparecendo ou comparecendo, mas negando a qualidade que lhe foi atribuída, mas contra ele prosseguindo a demanda, também assume a posição de réu. Em qualquer das hipóteses, não poderá eximir-se da obrigação de depor.

53 Vide Cap. 3º, ns. 10 a 23.

54 Vide Cap. 3º, n. 20.

55 CAMARA LEAL, o. c., n. 34.

56 Vide n. 11.

c) Pela mesma razão que ao oponente é facultado requerer o depoimento dos contendores,⁵⁷ se justifica a obrigação, que tem, de atender ao pedido de depor.⁵⁸

d) Diversa a situação do assistente, eis que não é parte no feito. Mero auxiliar do assistido, a este não poderá prejudicar. Sua confissão, conseqüentemente, seria inócua; donde, inútil provocá-la por meio de depoimento.⁵⁹

15. — A parte, quando provocada regularmente, não pode, em regra, eximir-se de prestar depoimento. Exatamente a obrigatoriedade de depor, de que mais adiante falar-se-á,⁶⁰ é uma das características do instituto.

Mas, da mesma forma que somente pode ser constrangido a depor quem possa válidamente confessar, todos aqueles que se não acham habilitados a confessar, e dos quais já se tratou suficientemente,⁶¹ ficam inibidos de prestar depoimento. Se a parte, por defeito de capacidade jurídica de obrigar-se, não pode confessar, não o poderá tão pouco ser provocada a isso.^{61a}

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

57 Vide n. 11.

58 CAMARA LEAL, o. c., n. 33.

59 CAMARA LEAL, o. c., n. 36.

60 Vide n. 25.

61 Vide Cap. 3º, ns. 10 a 23.

61a "Não se justifica a exigência de depoimento pessoal da mulher do réu, em simples ação de cobrança (ação pessoal) movida contra o casal" (Ac. T. A. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 136/252).

Confissão ficta nas ações de desquite. Promoção do dr. CARLOS MEDEIROS DA SILVA, *Revista Forense*, 93/641.

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

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

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

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

A parte, ou por enfermidade, ou por defeito físico, ou ainda por circunstâncias de natureza moral, ou mesmo por motivos outros que a esses se assemelhem, encontrando-se em estado de não poder depor, assiste o direito de excusar-se ao interrogatório. É necessário, porém, que o obstáculo, ou impedimento, seja *legítimo*, isto é, que realmente a impeça de depor.⁶²

Presta-se a questão a alguma controvérsia no processo pátrio vigente, principalmente em face da confissão tácita, ou presumida, conseqüência do não comparecimento da parte para depor ou recusa de prestar depoimento e, por isso mesmo, convém deixá-la para mais detido estudo no desenvolvimento do capítulo seguinte.⁶³

Por ora, basta se saiba que, para se verificar legítimo impedimento, não é mister impossibilidade física e absoluta, sendo suficiente a impossibilidade moral.⁶⁴ Mas, por outro lado, um leve incômodo, uma dificuldade facilmente superável não constituem motivos ponderosos para justificar a excusa.⁶⁵ Em qualquer hipótese, ao juiz compete indagar das razões em que se funda o impedimento, dando-o por existente, ou não, segundo convicção que delas lhe resultar.

b) Exerce certa influência a forma no instituto do depoimento pessoal. Da falta de observância de algumas de suas condições formais, ou processuais, resulta direito à parte de excusar-se a depor. Das excusas *formais*, falar-se-á no capítulo referente ao processo da confissão.⁶⁶

62 MATTIROLI, o. c., 2º v., n. 762; LESSONA, o. c., 1º v., n. 552; CAMARA LEAL, o. c., ns. 56 e ss.

63 Vide Capítulo 6º.

64 MATTIROLI, o. e loc. cit.; RICCI, *Com. al Cod. Civile Italiano*, 2º v., n. 169; NEVES E CASTRO, o. c., n. 86; CAMARA LEAL, o. e loc. cit.; LESSONA, o. e loc. cit.; CARVALHO SANTOS, o. c., 3º v., ps. 295 e segs.; LOBÃO, o. c., nota 443, ns. 18 e 19; PEREIRA E SOUSA, o. c., nota 466; SOUSA PINTO, o. c., § 1098; MORAIS CARVALHO, o. c., § 441.

65 MATTIROLI, o. e loc. cit.; LESSONA, o. e loc. cit.

66 Vide Cap. 7º.

17. — Questão interessante, e que ocorre surgir com frequência na vida forense, é a relativa à controvérsia quanto à admissibilidade do depoimento de certas pessoas que, não sendo parte no feito, agem como representantes legais desta ou demonstram interesse, embora mediato, na solução da causa.

Certo é que representantes legais de incapazes, quanto a negócios dêstes; falidos, com referência a interesses da massa; procuradores com poderes de administração, no tocante a atos do administrado, mas por eles praticados; agentes de pessoas jurídicas, sem capacidade para representá-las, mas que participaram da criação do ato, e ainda outras pessoas em condições semelhantes, são, no geral das vezes, pessoas em condições de melhor que ninguém esclarecer aquêles negócios, atos ou fatos, porque diretamente participes na sua formação ou desenvolvimento. No entanto, como não são partes, não podem ser forçadas a depor como estas o são, pelo princípio de que só às partes é lícito exigir-se depoimento pessoal, porque só elas podem válidamente confessar.⁶⁷

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

Porque no processo se visa a descoberta da verdade, como corolário se tem por assentado que ao juiz é dado ordenar tudo quanto, sem ofensa à lei ou ao direito, seja necessária para alcançar aquele objetivo.

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

O conhecimento da verdade poderá, quantas vezes, ser facilitado, mesmo resultar das declarações prestadas por aquelas pessoas que teriam sido parte na formação do ato ou

⁶⁷ Vide Cap. 3º, n. 23.

no desenvolvimento do fato controvertido. Deixar o juiz de ouvi-las seria, possivelmente, sacrificar o fim objetivado pelo processo, com real prejuízo à justiça e à ordem jurídica.

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

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

a) Em que qualidade ouvi-las, pois?

Certamente, não está o juiz impedido de interrogá-las, eis que não há dispositivo legal vedando-lhe êsse poder. Ao contrário, segundo a regra do art. 117, do Cód. de Processo, o juiz poderá, mesmo "*ex-officio*", ordenar as diligências necessárias à instrução do processo, sem restrição alguma, salvo as que ofendam à lei ou ao direito. Interrogando-as, quando necessário, atenderá à finalidade do processo.

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

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

Tanto mais será justificadamente admissível o depoimento *dêsses terceiros* quando a êles houverem feito referên-

cia, como sabedores dos fatos, quaisquer das partes ou testemunhas. Aplicar-se-á, nesta hipótese, a regra contida no art. 210, do Cód. de Processo: — “O juiz poderá ouvir terceiro, a quem as partes ou testemunhas hajam feito referência como sabedor de fatos ou circunstâncias que influem na decisão da causa...”

Não se diga, como CARVALHO SANTOS e o próprio PEDRO BATISTA MARTINS, que o transcrito dispositivo cogita da “testemunha referida”.⁶⁸ Porque, para ouvi-la, o juiz tem apoio legal no art. 248 daquele Código. Mais acertado será interpretar-se a lei dando ao art. 210 sentido mais conforme o art. 117, do mesmo estatuto, e ao sistema, por êste estabelecido, que atribui ao juiz amplitude de poderes na instrução da causa, podendo para tal fim ouvir terceiros, como aquelas pessoas o são na realidade, uma vez necessárias as suas declarações.

b) Porque tais depoimentos não constituem depoimentos da parte, das declarações dêles constantes não poderá resultar confissão, mas tão somente “elementos de convicção para a autoridade judicante, os quais, unidos a outros elementos e a outras presunções, decorrentes das circunstâncias da causa, valerão para completar a prova do fato.”⁶⁹

Precisamente porque não constituem depoimento da parte, não podem ser ordenados sob pena de confissão. A obrigatoriedade de semelhantes depoimentos apenas emana do dever que todos têm de em juízo dizer a verdade. O não comparecimento, ou a recusa de depor, poderão, quando muito, acarretar indício em favor da verdade dos fatos argüidos pelo adversário da parte à qual o terceiro está ligado pelos laços da representação ou mesmo do interesse.

⁶⁸ CARVALHO SANTOS, o. c., 3º v., p. 178; PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 2º v., página 447.

⁶⁹ MATTIROLLO, o. c., 2º v., n. 772.

IV — DO OBJETO DO DEPOIMENTO

18. — Como o objeto das demais espécies de prova, o objeto do depoimento da parte são os fatos, não o direito.⁷⁰

Aliás, o objeto do depoimento é o mesmo que o da confissão que por ele se provoca, assunto já suficientemente debatido no estudo feito dos elementos desta.⁷¹

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

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

Reproduzindo o direito tradicional, constante das Ordenações, liv. 3.º, tít. 53, do que já se deu notícia pouco atrás,⁷² o Reg. 737, de 1850, art. 208, no que era seguido pela generalidade dos códigos de processo das unidades da Federação,⁷³ dispunha, expressamente:

“Para que a parte seja obrigada a depor é essencial:

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

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

⁷⁰ LESSONA, o. c., 1º v., n. 509; MATTIROLLO, o. c., 2º v., n. 731; GARSONNET, o. c., 2º v., n. 286; BONNIER, o. c., n. 308; FABREGUETTES, o. c., p. 91; MAXIMO CASTRO, o. c., 1º v., ns. 618 e ss.; NEVES E CASTRO, o. c., n. 83; GOLDSCHMIDT, o. c., § 49 “a”; Reg. 737, de 1850, art. 208; Cód. de Proc. Alemão, § 445; Cód. de Proc. Civ. Ital. de 1865, art. 216; Ord., livro 3º, tít. 53; PEREIRA E SOUSA, o. c., nota 466; MORAIS CARVALHO, o. c., § 428; RAMALHO, o. c., § 180; PAULA BATISTA, o. c., § 164; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 148; CAMARA LEAL, *Do depoimento pessoal*, n. 25; CARVALHO SANTOS, o. c., 3º v., p. 286; DE PLÁCIDO E SILVA, o. c., 1º vol., nota 355.

⁷¹ Vide Cap. 3º, ns. 2 a 9.

⁷² Vide n. 3.

⁷³ Vide n. 3.

Estavam aí claramente indicadas as condições que deveriam coexistir nos fatos, para que o depoimento fôsse admitido, desobrigada ficando a parte de prestá-lo sempre que ditas condições, elevadas a requisitos legais obrigatórios, não se verificassem.⁷⁴ “Se a parte não comparecer para depor, ou, comparecendo, se recusar a depor, sob a alegação de que os artigos são obscuros, indecisos, estranhos à causa, contraditórios ou meramente negativos, e o juiz entender que de fato o são, ficará a parte isenta da pena de confessa, que não lhe será pelo juiz aplicada, visto como a aplicação dessa pena supõe a obrigação de depor, e, em tais casos, não é a parte obrigada a depor”.⁷⁵

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

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

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

- a) ser pertinentes;
- b) ser influentes;

⁷⁴ JOÃO MONTEIRO, o. e loc. cits.; CAMARA LEAL, o. c., ns. 26 e ss.

⁷⁵ CAMARA LEAL, *Cód. de Proc. do Estado de São Paulo*, 2º v., p. 64.

- c) ser precisos;
- d) não ser meramente negativos.

20. — São *pertinentes* os fatos relativos à causa, isto é, que sirvam de fundamento à pretensão do autor ou do réu e quando haja nexó lógico entre sua determinação e o direito por êstes invocado.⁷⁶

Indispensável é a pertinência dos fatos,⁷⁷ mesmo porque de nada adiantariam depoimentos sôbre fatos não concernentes à causa. E, por princípio probatório, não se prova o que é inútil.

A exigência sempre foi expressa no direito anterior. Já as Ordenações, liv. 3.º, tit. 53, § 2.º, reclamavam como condição para o depoimento “que os artigos sejam pertencentes ao feito de que se trata”; o Reg. 737, de 1850, art. 208, repetia a exigência, no que era seguido pelas leis processuais das unidades da Federação.⁷⁸

Mesmo os antigos doutrinadores proibiam *positiones impertinentes*, como tais sendo *quæ nec directe, nec indirecte, nec præsumptive, nec ullo modo ad causam conferunt*, para só admiti-las as pertinentes, como tais sendo “*quæ directe, indirecte, principaliter, adminiculative, conjecturative, præsumptive, conjunctive, vel quocumque alio modo, faciunt ad causam*”.⁷⁹

Convém acentuar-se, no entanto, que a impertinência, para eximir a parte da obrigação de depor, deve ser absoluta e não relativa, real e não aparente.⁸⁰

⁷⁶ MATTIROLLO, o. c., 2º v., n. 731; CAMARA LEAL, *Depoimento pessoal*, n. 27; LESSONA, o. c., 1º v., n. 511; NEVES E CASTRO, o. c., n. 83.

⁷⁷ MATTIROLLO, o. e loc. cits.; LESSONA, o. e loc. cits.; JOÃO MONTEIRO, o. e loc. cits.; CAMARA LEAL, o. e loc. cits.; FABREGUETTES, o. e loc. cits.; DALLOZ, o. c., vº *Interrogatoire*, n. 27; NEVES E CASTRO, o. e loc. cits.

⁷⁸ Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 292; Bahia, art. 238, “b”; Espírito Santo, art. 177, “b”; Rio de Janeiro, art. 1254, n. 2; Distrito Federal, art. 201; São Paulo, art. 284; Santa Catarina, art. 713, § 4º; Rio Grande do Sul, art. 412; “c”; Minas, art. 278, n. 3.

⁷⁹ *apud* LESSONA, o. e loc. cits.

⁸⁰ LESSONA, o. e loc. cits.

Por outro lado, preciso é se diga que a pertinência tanto pode ser *direta* como *conexa*. Por direta se entende quando entre os fatos e a causa há relação direta ou imediata, “quando os fatos a inquirir constituem a própria matéria do litígio”; pertinência por conexão se dá “quando os fatos, posto que não constituam a matéria imediata da demanda, têm contudo uma certa ligação ou dependência com o objeto da causa”.⁸¹ Uma e outra justificam a admissibilidade do depoimento. Nesse sentido já dispunham as Ordenações, liv. 3.º, tít. 53, §§ 2.º, 3.º e 4.º, e ensinavam MORAIS CARVALHO e outros ilustres praxistas.⁸²

21. — Os fatos devem ser *influentes*, entendendo-se como tais os que reclamam prova para a formação da necessária convicção do juiz. “A prova não tem outro escopo senão fornecer ao juiz elementos de convicção; conseqüentemente, basta que os fatos, que se queiram provar, sejam úteis à solução da causa, mesmo que não a abranjam totalmente”.⁸³

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

Como a matéria do depoimento deve ser influente, resulta, em conseqüência, que não deve ser esse meio de prova admitido quando os fatos, ou obrigações, que pretenda demonstrar, não são passíveis de confissão, I) por não serem próprios e pessoais do depoente; II) por não serem de natureza suscetível de renúncia; III) por serem de natureza que reclame forma especial.⁸⁴

81 CAMARA LEAL, *Depoimento pessoal*, n. 27.

82 MORAIS CARVALHO, o. c., § 428; SOUSA PINTO, o. c., § 1101; RAMALHO, o. c., § 180, nota e.

83 Ricci, *Prove*, n. 251.

84 Vide Cap. 3º, n. 3; GARSONNET, o. e loc. cit.; CARVALHO SANTOS, o. c., 3º volume, página 292.

a) Advirta-se, com GARSONNET, que, não obstante certos fatos não sejam suscetíveis de confissão, como os relativos a questões de estado, podem, a critério do juiz certamente, constituir matéria objeto de depoimento pessoal, não para levar o depoente à confissão, mas apenas para completar ou encaminhar a inquirição de testemunhas.⁸⁵

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

Alguns escritores, como RICCI, são pela negativa.⁸⁶ Contra a opinião desses se insurgem outros, MATTIROLO e LESSONA à frente.

O primeiro, entendendo que um fato, só por parecer inverossímil, não deve deixar de ser submetido a prova, argumenta: “Algumas vezes, o verdadeiro não é verossímil: a *verossimilhança* é *aparência*, não *realidade*; ela constitui, pois, no máximo, uma presunção, que deve ceder à prova em contrário. Por isso mesmo o juiz não pode recusar admissão à prova, seja por depoimento pessoal, seja por testemunhas, oferecida precisamente para contrariar aquela presunção”.⁸⁷

Com esse argumento, justamente louvado por LESSONA,⁸⁸ parece mais acertado consentir-se no depoimento de fatos tidos como inverossímeis. Ademais, como a *inverossimilhança* deve ser considerada objetivamente, no conhecimento do próprio fato, mais uma razão existe para produção da prova relativa a este. Feita, aquilo que era verossímil passará a ser verdade, segundo o grau de convicção que produzir no espírito do juiz.

22. — Os fatos devem ser *precisos*, isto é, determinados, de forma a não permitir se lhes dê sentido vago ou indeciso.⁸⁹

85 GARSONNET, o. e loc. cit.

86 RICCI, *Proc. Civ.*, 2º v., n. 156.

87 MATTIROLO, o. c., 2º v., n. 734.

88 LESSONA, o. c., 1º v., n. 513.

89 CAMARA LEAL, *Dep. Pess.*, n. 28, e *Cód. de Proc. Est. São Paulo*, 2º v., p. 64; NEVES e CASTRO, o. e loc. cit.; MORAIS CARVALHO, o. e loc. cit.; RAMALHO, o. e loc. cit.; SOUSA PINTO, o. e loc. cit.; PAULA BATISTA, o. e loc. cit.

Preciso é o fato quando certo e determinado, devidamente especificado. "Assim — observa CAMARA LEAL — versando o litígio sobre bens, é necessário que eles fiquem nitidamente individuados: os móveis por seus característicos, os imóveis por suas confrontações e localização, os fungíveis por sua qualidade e quantidade".⁹⁰

Justificável a exigência da condição. Porque dificilmente a parte poderia responder com segurança quanto a fatos ou obrigações indeterminados, não individuados com clareza, nem ao juiz seria lícito conferir caráter de confissão a respostas confirmatórias de fatos ou obrigações imprecisamente apresentados ao depoente.^{90a}

Essa condição corresponde exatamente à prescrita nas Ordenações, liv. 3.º, tit. 53, pr., — "que sejam feitos sobre coisa certa"; — reproduzida no Reg. 737, de 1850, art. 208 — "que os artigos versem sobre coisa certa", e na generalidade dos códigos de processo das unidades da Federação.⁹¹

a) Porque a confissão deva ser *clara e certa*,⁹² ou seja provir de uma declaração isenta de qualquer ambigüidade, forçoso é que os fatos sobre os quais depõe a parte sejam *certos, determinados, precisos e claramente expostos*.

Da imprecisão dos fatos, ou da falta de clareza na sua exposição ao depoente, resulta que a sua confirmação por este não equivale à confissão, segundo o preceito romano — *semper in obscuris, quod minimum est sequimur*.⁹³ Mesmo porque quem afirma coisas imprecisas, ambíguas ou obscuras, não demonstra estar possuído de *animus confitendi*, elemento indispensável à confissão.

90 CAMARA LEAL, *Dep. Pess.*, n. 28.

90a "Para que o depoimento de uma parte sirva de confissão necessário se torna que suas palavras se refiram, claramente, e de forma iniludível, ao objeto do litígio" (Ac. T. A. São Paulo, *Arquivo Judiciário*, 59/219).

91 Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 292, 1º e 3º; Bahia, art. 238, a e b; Rio de Janeiro, art. 1254, 1º e 2º; Distrito Federal, art. 201; São Paulo, art. 284; Santa Catarina, art. 713, § 4º; Rio Grande do Sul, art. 412, a e c; Minas, art. 278, 1º e 3º.

92 JOÃO MONTEIRO, o. c., § 143; *Revista dos Tribunais*, 95/400.

93 JOÃO MONTEIRO, o. c., § 145, nota 2; D., *De Reg. Juris.*, fr. 9.

b) Como consequência, para que o depoimento se torne admissível urge não sejam os fatos *contraditórios ou contraditoriamente apresentados ao depoente*,⁹⁴ de modo que as afirmações se repilam reciprocamente.

Vale a pena, como elemento elucidativo, transcrever os parágrafos 5.º e 6.º da citada Ordenação do liv. 3.º, tit. 53:

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

"E pôsto que a parte, que oferece os artigos, não seja nêles em si contrária, se êle fizer um artigo, que dependa de outro, se a parte contrária, depondo ao primeiro artigo o negar, não será obrigado depor ao segundo, por não cair em contradição. Pode-se, por exemplo, se a parte fez um artigo em que se contém que Pedro fez seu solene testamento, e em outro artigo disse que o dito Pedro o deixou em o dito testamento por seu herdeiro; se a parte, depondo aos ditos artigos, negou o primeiro artigo, não será obrigada a responder, nem depor ao segundo, porque confessando o segundo, seria em si contrário e cairia em perjúrio".

c) Observa, com muita razão, CARVALHO SANTOS que a condição de deverem os fatos ser precisos, não contraditórios e claramente expostos, em rigor está satisfeita desde que a petição inicial haja sido deferida ou recebida a contestação,⁹⁵ visto que uma e outra, exige-o a lei (Cód. de Processo, arts. 159 n. III e 180), devem indicar "*o fato e o fundamento do pedido* (ou da contestação) *expostos com clareza e precisão*".

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

94 MORAIS CARVALHO, o. e loc. cit.; Reg. 737, art. 208, § 1º; Cód. de Pernambuco, art. 292; Bahia, art. 238, a; Espírito Santo, art. 177, a; Distrito Federal, art. 201; Rio de Janeiro, art. 1254, 1º; São Paulo, art. 284; Santa Catarina, art. 713, § 4º; Rio Grande do Sul, art. 412, a; Minas Gerais, art. 278, 1º.

95 CARVALHO SANTOS, o. c., 3º v., p. 288.

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

Nesse caso, certamente, se no despacho saneador não for decretada a nulidade da ação, cumpre ao juiz deliberar sobre a admissibilidade do depoimento pessoal do réu, ordenando-o tão somente quando as argüidas imprecisão do fato ou ambigüidade e obscuridade da exposição lhe parecerem infundadas.

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

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

23. — Os fatos não devem ser meramente negativos,⁹⁶

Aliás, quando os fatos são meramente negativos, não podem ser provados por nenhuma espécie de prova. Certo é, porém, que, muitas vezes, consoante já se demonstrou em outra parte dêste trabalho,⁹⁷ as negativas, eis que podem

⁹⁶ Ord., liv. 3º, tit. 53, § 10; Reg. 737, de 1850, art. 208, § 1º; Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 292, n. 2; Bahia, art. 238, n. 2; Espírito Santo, art. 177, a; Rio de Janeiro, art. 1254, n. 1; Distrito Federal, art. 201; São Paulo, art. 284; Santa Catarina, art. 713, § 4º; Rio Grande do Sul, art. 412, b; Minas, art. 278, n. 2; MORAIS CARVALHO, o. e loc. cit.; SOUSA PINTO, o. e loc. cit.; RAMALHO, o. e loc. cit.; PAULA BATISTA, o. e loc. cit.; CAMARA LEAL, *Dep. Pess.*, n. 27; CAMARA LEAL, *Cód. Proc. do Estado de São Paulo*, 2º v., p. 64.

⁹⁷ Vide 1º v., cap. IX.

transformar-se em afirmações, são suscetíveis de prova e, nessa hipótese, admissível é o depoimento quanto aos fatos positivos em que se traduzem.

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

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

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

Concorde-se, porém, que o réu, não querendo ficar inativo, "poderá assumir a iniciativa de provar, *ex-abundantia*, outros fatos que, sendo compatíveis com o alegado pelo autor, sirvam para provar-lhe direta ou indiretamente a inexistência. Neste caso, o réu exercerá o direito que lhe assiste à *prova contrária* ou *contraprova*." ⁹⁸

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

Se o juiz não conhece o fato, objeto da contraprova, certamente estará inibido de admitir depoimento pessoal, eis que o ordenará somente quando haja matéria para argüir e esta consista em fato pertinente ao feito, influente ou relevante, preciso, claramente exposto. Conceder ao réu o direito de expor o fato por petição, será concordar com adendo à con-

⁹⁸ PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 2º v., n. 271.

testação, coisa que lhe não será lícito permitir, porque a controvérsia já está circunscrita ao alegado na litiscontestação.

Em consequência, é de concluir-se que o réu que, na contestação, nega pura e simplesmente os fatos alegados pelo autor, não pode pedir o depoimento pessoal dêste.⁹⁹

24. — Não deixa de ser interessante a velha controvérsia quanto à admissibilidade de depoimento sobre fatos *criminosos* ou *difamatórios*, já aventada num dos capítulos anteriores, com promessa de ulterior solução.¹⁰⁰

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

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

a) Da influência exercida pelo direito canônico no desenvolvimento dos sistemas jurídicos dos povos cristãos e ante o silêncio, a respeito, do direito romano, resultara e firmara-se a regra, geralmente admitida, de que *positioni criminose non est respondendum*. Fundava-se a regra na moral e na equidade natural, argumentando-se que obrigar o depoente a responder seria constrangê-lo a mentir, incidindo em perjúrio, ou confessar a própria torpeza, atitudes inconciliáveis com aquêles princípios.¹⁰¹ Daí, a máxima jurídica, que vingou por muito tempo e foi mesmo acolhida no direito pátrio anterior: — *nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*.

⁹⁹ Nas ações ordinárias, contestadas por negação, não haverá matéria para se interrogar o autor. (Ac. T. A. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 84/313).

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

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

¹⁰⁰ Vide Capítulo 3º, n. 4.

¹⁰¹ MATTIROLLO, o. c., 2º v., n. 736; LESSONA, o. c., 1º v., n. 517; DALLOZ, o. c., vº *Interrogatoire*, n. 26.

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

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

Referia-se a proibição exclusivamente aos fatos *criminosos*. A inclusão na proibição dos fatos *difamatórios*, a paridade entre uns e outros, se deve aos intérpretes da citada Ordenação, escreve GYGES PRADO, neste passo: — "A restrição, quando difamatórios os artigos, não se encontra, entretanto, nas Ordenações, mas os praxistas, desde SILVA ("Ad Ord.", comentário ao tit. 53 acima, § 11, n. 3 — *Septium sit requisitum ultra especificata in nostro titulo, quod articuli, seu positiones non contineant turpitudinem, vel dolum; aliter non debet quis illis respondere*), a incluíram entre os demais casos, porque no mesmo livro, tit. 20, n. 34, proibiu o legislador a inclusão, nos artigos, de palavras desonestas e difamatórias ("que não façam a bem de sua justiça, e fazendo o contrário, mandará o juiz, que por elas se não perguntem testemunhas"), porque, proibida a articulação de fatos caluniosos, dispensada estaria a parte de depor sobre artigos de tal natureza".¹⁰²

Bebendo na fonte dos praxistas, o Reg. 737, de 1850, art. 208, § 1.º, consagrou expressamente em lei a regra de que,

¹⁰² GYGES PRADO, *Revista dos Tribunais*, 101/565.

para que a parte fôsse obrigada a depor, os artigos não deveriam ser *criminosos* ou *difamatórios*.

A lei reproduzia a doutrina dominante, abraçada pela quase unanimidade dos civilistas e processualistas que escreveram ao tempo das Ordenações ou na vigência daquele Regulamento.¹⁰³ Na esteira do direito tradicional se mantinham quase todos os códigos de processo estaduais, que repetiam a proibição.¹⁰⁴

A jurisprudência pátria acompanhava, geralmente, a lei e a doutrina então dominante.¹⁰⁵ Contudo já se desenhava, mesmo nos mais altos tribunais, contrariando a opinião de PAULA BATISTA e JOÃO MONTEIRO,¹⁰⁶ uma restrição à proibição, admitindo-se depoimento sobre fatos difamatórios quando pertencessem à substância da causa. Nesse sentido julgado do Supremo Tribunal Federal: "Não podem ser conceituados como difamatórios artigos que mencionem fatos da substância da causa".¹⁰⁷ Na conformidade desse julgado a lição de JORGE AMERICANO,¹⁰⁸ anterior ao código paulista, para quem quando o fato criminoso fôsse o próprio fundamento da demanda, como na hipótese da ação cível de indenização, cobrada pela vítima contra o seu agressor, ou pelos herdeiros da vítima contra o assassino, não podia o réu eximir-se do depoimento pessoal sob o pretêxo de se tratar de fato daquela natureza, pois seria acobertar-se com o próprio crime.

103 PEREIRA E SOUSA, o. c., nota 466; MORAIS CARVALHO, o. c., § 428; SOUSA PINTO, o. c., § 1101; RAMALHO, *Praxe*, § 180; PAULA BATISTA, o. c., § 164; RIBAS, o. c., art. 349, § 6; NEVES E CASTRO, o. e loc. cit.; JOÃO MENDES JÚNIOR, o. c., 2ª ed., p. 225; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 148; CAMARA LEAL, *Depoimento pessoal*, n. 29.

104 Cód. de Pernambuco, art. 292, n. 2; Bahia, art. 238, a; Espírito Santo, art. 177, a; Rio de Janeiro, art. 1254, n. 1; Distrito Federal, art. 201; Santa Catarina, art. 173, § 4º; Rio Grande do Sul, art. 412, b; Minas, art. 278, b.

105 *Gazeta Jurídica*, de São Paulo, 5/55; 32/76; *Revista Forense*, 63/36; 45/512; *Revista de Direito*, 47/151; *O Direito*, 36/500; *Revista de Jurisprudência*, 3/95; *Revista dos Tribunais*, 84/408; 101/564.

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

107 *Rev. do Supremo Tribunal Federal*, 26/351.

108 JORGE AMERICANO, *Proc. Civil*, p. 55.

Da orientação generalizada se desviou o Código de Processo do Estado de São Paulo,¹⁰⁹ graças, principalmente, ao prestígio dos argumentos de ALCANTARA MACHADO, que se reportava aos de MATTIROLLO, mais adiante reproduzidos.¹¹⁰ E, conforme o espírito da lei paulista, firmou o Tribunal de Apelação jurisprudência, a partir de acórdão de autoria dos desembargadores MÁRIO MASAGÃO e TEODOMIRO DIAS, ficando decidido que "contrariamente à tradição do nosso direito, o Cód. de Processo do Estado admite a obrigação da parte depor sobre artigos não só difamatórios como até criminosos".¹¹¹

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

Por ocasião da elaboração do Código de Napoleão, alguns tribunais franceses pediram ficasse formalmente expresso o princípio segundo o qual não seriam objeto os fatos "nem caluniosos, nem capciosos, nem prejudiciais às partes e não poderiam servir à descoberta da verdade". Não tendo a lei francesa acolhido de modo expresso a proibição, a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de tornar vencedora a tese que admite depoimentos sobre tais fatos.¹¹²

Também na Itália, eminentes juristas sufragam a mesma doutrina,¹¹³ sem embargo da controvérsia que sua legislação suscita.

d) As opiniões dos doutores sobre o assunto podem ser assim agrupadas.¹¹⁴

1.º — Alguns *negam* absolutamente a admissibilidade de depoimento sobre fatos criminosos ou difamatórios. Tais os

109 Cód. de Proc. do Est. de São Paulo, art. 284; GYGES PRADO, o. e loc. cit.

110 Projeto de Cód. de Proc. do Estado de São Paulo, 1º v., nota ao art. 204.

111 *Revista dos Tribunais*, 104/534.

112 BONNIER, o. e loc. cit.; FABREGUETTES, o. c., p. 91, nota 3; DALLOZ, o. e loc. cit.; CARSONNET, o. c., 2º v., nota 286.

113 RICCI, *Prove*, n. 247; MATTIROLLO, o. c., 2º v., ns. 736 e ss.; LESSONA, o. c., n. 517 e ss.; CHIOVENDA, *Instituciones*, 3º v., n. 328.

114 MATTIROLLO, o. c., 2º v., n. 738; LESSONA, o. c., 1º v., n. 520; GYGES PRADO, o. e loc. cit.

autores sob a influência do direito canônico e outros como LOMONACO, GARGIULO, CHAVEAU, citados por LESSONA e MATTIROLO.¹¹⁵

2.º — Outros o admitem apenas quanto aos fatos *torpes* ou *difamatórios*,¹¹⁶ não, porém, quanto aos criminosos. Nesse sentido o texto das Ordenações, liv. 3.º, tít. 53, § 11.º

Nessa corrente se incluem os que o admitem mesmo quanto a fatos criminosos, mas tão somente quando não haja outro meio de prova.¹¹⁷

3.º — Há os que, recusando, em *princípio*, se interroguem as partes sobre tais fatos, admitem o depoimento, no entanto, como exceção. Entre estes PESCATORE, BORSARI, SAREDO. PESCATORE escreve que os interrogatórios sobre fatos torpes ou imorais “são inadmissíveis *a priori*, salvo quando as circunstâncias do caso *convençam plenamente*, ou seja, acarretem a *certeza moral* ao espírito do juiz quanto à necessidade e justiça de admiti-los”.¹¹⁸ BORSARI, considerando em princípio inadmissíveis depoimentos sobre tais fatos, concede ao juiz, no entanto, certo arbítrio, permitindo-lhe admiti-los, à vista de cada caso, conforme o grau de imoralidade dos fatos.¹¹⁹ SAREDO reconhece que a regra da inadmissibilidade deve ser encarada com certa reserva, concordando com especiais exceções.¹²⁰

4.º — Finalmente, outros *admitem sempre* o depoimento.¹²¹

e) Para os que negam a admissibilidade de depoimento quanto a fatos torpes ou criminosos, o fundamento da regra

115 LOMONACO, *Obbligazioni*, 3º v., n. 235.

116 MARENCO, BONASI, DIONISOTTI, *apud* LESSONA, o. e loc. cit.

117 SPINGARDI (Romagnoli) *apud* LESSONA, o. e loc. cit.

118 PESCATORE, *Logica del diritto*, parte 1ª, p. 143-145, *apud* MATTIROLO, o. citada, número 738.

119 BORSARI, *apud* MATTIROLO, o. e loc. cit.

120 SAREDO, *apud* MATTIROLO, o. e loc. cit.

121 RICCI, *Prove*, n. 247; MATTIROLO, o. c., 2º v., n. 739; LESSONA, o. c., 1º v., n. 523 e ss.; CHIOVENDA, o. e loc. cit.; BONNIER, o. e loc. cit.; GARSONNET, o. e loc. cit.; FABREGUETTES, o. e loc. cit.; GYGES PRADO, o. e loc. cit.; CARVALHO SANTOS, o. c., 3º v., p. 288.

está no brocardo — *nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*, ou na máxima — *allegans propriam turpitudinem non est audiendus*.

Mas, como bem salienta LESSONA, esta máxima tem aplicação na hipótese de procurar alguém tirar partido da própria torpeza ou fundar-se nesta para prejudicar terceiro, consoante já ensinava STRYKIO: *Tunc allegans propriam turpitudinem non est audiendus, quoties se fundat in illa turpitudine et inde actionem vel ius aliquod prætendit, quod tendit in præjudicium tertii*.¹²²

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

Na verdade, acentua MATTIROLO, “a imoralidade está na ação desonesta; quem, depois de praticá-la, se recusa a reconhecê-la, produz novo mal, ajunta à primeira uma segunda imoralidade”. Repelir-se um interrogatório, porque os fatos sejam criminosos ou imorais, é muitas vezes privar um inocente do único meio que tem para a prova do seu direito e contribuir para a vitória judiciária do mau, que cometeu a ação má e se recusa a sofrer as conseqüências.¹²³

Por outro lado, acrescenta êsse eminente processualista, a parte a que são atribuídos tais fatos, ou é inocente, ou é culpada. Na primeira hipótese, nenhuma ocasião será melhor para satisfazer as dúvidas que a desabonam; na segunda, não só não deverá merecer melhor tratamento do que aqueles que praticam atos lícitos, como também será motivo para, depondo, confessar o êrro em que incidiu, expiando o mal que praticou.¹²⁴

Ainda mais êste argumento de MATTIROLO: — “Na verdade, não compreendemos como se possa invocar a morali-

122 LESSONA, o. c., 1º v., n. 523.

123 MATTIROLO, o. c., 2º v., n. 742.

124 MATTIROLO, o. e loc. cit.; LESSONA, o. c., 1º v., n. 525.

dade, para repelir nos juízos cíveis os interrogatórios sobre fatos torpes ou criminosos, quando sobre esses mesmos fatos a pessoa pode e deve ser interrogada nas causas penais pelo magistrado. A moralidade é coisa absoluta, não relativa: aquilo que é considerado moral no juízo criminal não pode ser tido como imoral no juízo cível".¹²⁵

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

Hoje, porém, desapareceu esse motivo ou justificativa. Livre do constrangimento moral do juramento, à parte é lícito responder por meio de evasivas, ou negativamente.¹²⁶ "O depoente — escreve Ricci, fundando-se em acórdão de um dos tribunais de seu país, — "mesmo afirmando coisas contrárias à verdade, não incide em perjúrio e não incide em nenhuma sanção penal. Não sofre o depoente nenhuma coação. Não tem diante de si senão a própria consciência. É livre de seguir o próprio impulso, ou de mentir, se assim entender. A lei não lhe faz nenhuma exprobação, nem o pune, se afirmar alguma falsidade. Por que, pois, deverá ele eximir-se de responder sobre um fato, que lhe diz respeito, por torpe ou imoral que seja?".¹²⁷

g) Com razões assim convincentes, não há senão como, em doutrina, repelir-se a máxima proibitiva de depoimento sobre fatos criminosos ou torpes, quer sob a forma absoluta por que a formulam e a adotam os escritores da primeira corrente, quer sob a forma temperada por que a apresentaram os do segundo e terceiro grupos.¹²⁸

125 MATTIROLI, o. e loc. cit.

126 BONNIER, o. e loc. cit.; GYGES PRADO, loc. cit.

127 Ricci, *Prove*, n. 247.

128 Vide n. 24, letra "d".

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

Na verdade, ilustre autor patricio, CARVALHO SANTOS, conquanto em doutrina se manifeste contrário à regra vinda do direito canônico, conclui que, "no sistema do nosso Código, porém, é lícito ao depoente negar-se a depor sobre fatos a que não possa responder sem deshonra própria, ou de seu cônjuge, ou parente em grau sucessível, ou amigo íntimo, ou sem expô-los a perigo de demanda ou de dano patrimonial imediato".¹²⁹ Assim conclui, em face do art. 241, do Cód. de Processo. Mas, "*data venia*", não tem razão o eminente jurista. Traça o art. 241 regras tão somente aplicáveis à prova por testemunhas, como a estas são aplicáveis as de vários outros dispositivos do cap. V, do tit. VIII, do liv. II, do citado Código, onde o mencionado artigo se encontra. Não é porque "*a parte será inquirida na forma prescrita para a inquirição das testemunhas*" (Cód. de Processo, art. 229, § 1.º) que se conclua que a norma do art. 241 se ajusta também ao depoimento pessoal. Tal norma é de direito substantivo e somente as de direito adjetivo e relativas à *forma da inquirição das testemunhas* se aplicam ao depoimento ou inquirição da parte.¹³⁰

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

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

129 CARVALHO SANTOS, o. c., 3º v., p. 290.

130 Vide Capítulo 7º.

V — DA OBRIGATORIEDADE DO DEPOIMENTO

25. — Só existe confissão nas declarações *voluntariamente* feitas. É mesmo condição da confissão seja ela *livre, voluntária*.¹³¹

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

Justifica-se a obrigatoriedade.

Realmente, a parte não é, em regra, obrigada a comparecer em juízo. Tanto que o autor pode requerer a ação e em seguida abandoná-la, sujeitando-se às conseqüências do abandono; e ao réu é lícito deixar correr o feito à revelia. Mas a liberdade da parte, quanto à sua atuação no desenvolvimento dos atos processuais, encontra em oposição o direito do adversário ou o dever da Justiça, ou seja do Estado, de realização dos mesmos atos.

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

Por outro lado, o Estado deseja a definição dos litígios da forma mais rápida e com o menor gasto possível de atividade processual.¹³² Indiscutivelmente, não pode a parte, abusando da liberdade de participar ou não do desenvolvimento dos atos processuais, fugir ao dever moral, que lhe

131 Vide Capítulo 3º, n. 24.

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

cumprir, de comparecer em juízo e prestar as declarações que a Justiça lhe pede para o fim de atender àquele desejo, que decorre de necessidades sociais.¹³³

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

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

Apenas aparente, porém, é o conflito.

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

Mas a lei não exige que o depoente confesse, tanto que lhe concede tôdas as garantias para que deponha livremente. Por isso mesmo é interrogado pelo próprio juiz e sobre matéria pertinente à causa (Cód. de Processo, art. 246), em audiência pública (Cód. de Processo, arts. 263 e 268); é-lhe lícito responder afirmando ou negando, sem responsabilidade pelas inverdades que declarar; em suma, é livre quanto à *maneira de depor*, apenas confessando quando, *voluntariamente*, assim entender. Em síntese, JORGE AMERICANO dirime a aparente contradição, dizendo que na *obrigatoriedade* do de-

133 CHIOVENDA, o. c., 3º v., § 44, ns. 266 e ss.; JORGE AMERICANO, o. c., p. 48; CARVALHO SANTOS, o. c., 3º v., p. 296; Cód. de Processo, art. 112; Cód. de Processo, Exposição de Motivos, n. 4.

poimento "não há nada que se considere nocivo à *voluntariedade da confissão*, porque o constrangimento é apenas para que a parte *venha depor em juízo*, mas não sobre a *maneira de depor*".¹³⁴

Em última análise, não há sanção legal que constranja a parte de confessar os fatos, sendo puramente *moral* a obrigação que tem de dizer a verdade, de não mentir. As respostas do depoente são livres, fruto de sua vontade, e se elas, no seu complexo, não constituem confissão dos fatos probandos, a tentativa do depoimento deve ser considerada como improdente, salvo a faculdade concedida ao juiz, atendendo às condições peculiares de cada caso, de deduzir delas presunções ou indícios.¹³⁵

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

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

134 JORGE AMERICANO, o. e loc. citis.

135 MATTIROLO, o. c., 2º v., n. 758.

DA CONFISSÃO TÁCITA

- I — *Conceito*
- II — *Fundamento*
- III — *Apreciação*
- IV — *Efeito*.