

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

A PROVA POR DECLARAÇÕES DA PARTE

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Autor: Ruy Drummond Smith

Orientador: Professor Doutor Jorge Morais Carvalho

Junho de 2017

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus padrinhos Carmelita e Maurício, pelo incentivo e inspiração ao longo de toda a minha trajetória jurídica.

AGRADECIMENTOS

A confecção de um estudo científico não é tarefa fácil: muitas pesquisas, reflexões e idas a diferentes bibliotecas no Brasil e em Portugal.

Conciliar o trabalho acadêmico com uma vida profissional marcada pelo exercício intenso da advocacia e pelo magistério representa um grande desafio.

Poder contar com o apoio e incentivo de amigos e familiares e com a compreensão daqueles que me viram distante nesses últimos tempos foi algo que contribuiu para a obtenção deste resultado.

Destaco individualmente apenas um nome, o do meu orientador, professor Doutor Jorge Morais Carvalho, pessoa que tenho como referência em minha vida acadêmica e que, com a sua didática simples e contagiante, permitiu-me avançar na direção correta ao longo de todo o mestrado até o ponto final desta dissertação.

RESUMO

Utilizando como ponto de partida a recente inovação na ordem processual civil portuguesa, analisaremos os efeitos que as declarações favoráveis prestadas pela parte em juízo podem gerar no processo. Investigaremos a pertinência da sua aplicação enquanto meio de prova atípico no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, a sua indispensabilidade em hipóteses na qual se revela impossível a produção de outros tipos de prova. Pretendemos quebrar o paradigma ainda arraigado em grande parte da doutrina e jurisprudência de que o depoimento de parte somente serve para a extração da confissão, sendo este o objetivo do estudo. Não nos limitamos à visão analítica ou crítica da investigação, partindo para uma solução propositiva que, acreditamos, possa servir para o aperfeiçoamento da jurisdição.

Palavras-Chave: Declarações da parte, declarações favoráveis, depoimento, confissão.

ABSTRACT

We will analyze the effects that the favorable statements provided by the party in court can generate in the process, using as a starting point the recent innovation in the portuguese civil procedural order. We will investigate the relevance of its application as a means of atypical proof in the brazilian legal system, as well as its indispensability in cases where it is impossible to produce other types of evidence. We intend to break the paradigm still rooted in much of the doctrine and jurisprudence that the testimony of part only serves for the extraction of the confession, being this the objective of the study. We are not limited to the analytical and critical view of the investigation, starting with a propositional solution that, we believe, can serve to improve the jurisdiction.

Keywords: Declarations of the party, favorable statements, testimony, confession.

ABREVIATURAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
ed.	Edição
EOAB	Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil
JT	Justiça do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça/ Supremo Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TST	Tribunal Superior do Trabalho

1. Introdução

O presente estudo visa contribuir para o aperfeiçoamento do processo civil brasileiro com a investigação de um fenômeno pouco abordado na doutrina, mas que, a cada dia, vem se mostrando mais relevante: o das declarações (favoráveis) emitidas pela parte em depoimento prestado perante o juiz.

Em sede de direito penal, principalmente após o advento da Lei Maria da Penha¹, a declaração da vítima passou a ganhar maior destaque, gerando, em muitos casos, a punição criminal do agressor a despeito da inexistência de outras provas. Por outro lado, a ofensa, ainda que oriunda de um mesmo fato, por vezes, acaba não sendo reparada em âmbito civil, já que nessa seara a declaração das partes – historicamente – tem menor importância.

Assim, analisaremos a prova oral por declarações de parte, sua importância no contexto do processo, até chegarmos a recente reforma processual civil portuguesa, que inovou no ordenamento jurídico ao incluir esse mecanismo como meio de prova típico, permitindo que tais declarações possam ser solicitadas pela própria parte requerente, que até então só podia pleitear o depoimento da parte contrária.

Não nos limitaremos à pura análise das declarações favoráveis proferidas pela parte tal como se observa hoje no processo brasileiro, investigando, também, a pertinência da sua utilização enquanto meio de prova autônomo no contexto do processo.

¹ A Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006 reconheceu o maior valor da palavra da parte em situações de violência doméstica. Nesse sentido é o entendimento firmado pelo STJ “Em se tratando de casos de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas” (STJ - RHC: 34035 AL 2012/0213979-8, 6ª Turma, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 25/11/2013).

Abordaremos não apenas o âmbito do processo civil, como também, do processo do trabalho, havendo, quando necessário, as distinções doutrinárias e práticas de cada tipo de procedimento.

A metodologia utilizada neste trabalho é dividida entre pesquisa bibliográfica, principalmente em livros de Direito do Brasil e de Portugal relacionados aos Processos Civil e do Trabalho; pesquisa em artigos; periódicos e consultas a documentos relacionados à produção legislativa tanto do Congresso Nacional, quanto da Assembleia da República.

O presente estudo é implicitamente dividido em duas partes, sendo a primeira, uma análise geral e que reputamos indispensável sobre os principais aspectos que norteiam a produção da prova oral. Na segunda parte, adentraremos na questão de fundo propriamente dita, verificando a posição doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Em seguida, abordaremos a reforma processual portuguesa sob o enfoque prático e crítico para então, ao final, diante dos problemas apresentados, procurar uma solução que permita tornar o processo um instrumento mais justo e efetivo.

Dentre os principais autores consultados do Brasil, destacamos José Barbosa Moreira e Pontes de Miranda: dois clássicos do Direito Processual brasileiro e que analisaram parte do fenômeno objeto do presente estudo. Dos autores mais recentes, destacamos Cassio Scarpinella Bueno, Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, cujas reflexões trazidas guardam contemporaneidade com a nova ordem processual vigente no país.

No Direito Português, Antunes Varela e José Lebre de Freitas tiveram papel essencial para o embasamento teórico dos institutos. Os demais autores lusitanos também ocuparam papel de destaque neste trabalho, como se observará, entretanto, por se tratar de tema recente para o Direito Lusitano não foram encontrados estudos individuais mais aprofundados sobre o assunto, razão pela qual, a participação dos demais doutrinadores toma corpo se considerado o seu conjunto.

O estudo da prova é particularmente apaixonante para aqueles que atuam no processo contencioso, pois é ela, ou a sua falta, que irá decidir o destino do litígio. Para o processo, não basta o direito da parte, tampouco a convicção do magistrado, já que a fundamentação das decisões há de estar lastreada em um conjunto probatório.

Os meios de prova nada mais são do que mecanismos necessários à demonstração da verdade ao juiz. Sua consequência, caso alcançado seu objetivo, é a produção da justiça. Assim, o direito (inclusive, à produção de provas) é um instrumento que deve servir à justiça e não o contrário.

Sem olvidar do devido processo legal, e sem igualmente deixar de resguardar o direito ao contraditório, faz-se necessário o desapego ao formalismo excessivo que faz com que o processo acabe se transformando em um roteiro pré-estabelecido. Cada processo revela uma situação única e que demanda, de igual modo, soluções individuais que nem sempre poderão ser concretizadas através da via tradicional.

Reputamos que não há nada pior do que uma demanda julgada improcedente por ausência de provas. Esse é o espírito que nos imbuíu ao longo de toda essa pesquisa e esse é objetivo que esperamos seja alcançado com esta modesta contribuição.

1.1. Breve evolução do direito probatório

Desde os primórdios, nas sociedades arcaicas que eram estruturadas pelo princípio do parentesco, na qual as relações sociais eram organizadas em famílias, clãs ou tribos, já se podia enxergar a prova como caminho para se chegar a uma decisão. Havia, nesse início, uma forte influência da religião no direito primitivo. Entre os meios de prova utilizados, destacavam-se as ordálias², que consistiam em expedientes algumas vezes

² Segundo Clara Calheiros, as ordálias eram uma multiplicidade de soluções de provas que eram utilizadas dentre as quais se destacavam a “prova de fogo”, que consistia em expor alguma parte do fogo ao calor de uma chama ou material incandescente ou “prova de água” quem envolviam a imersão nas

mortais e que serviam como verdadeiras “provas divinas”; o juramento³, que assim como nos dias atuais, impunha uma sanção para a hipótese de mentira e o duelo, baseado na crença de que Deus não permitiria a derrota do litigante que tivesse a razão.⁴

A resolução dos conflitos era atribuição dos sacerdotes, líderes de família (nas tribos semíticas arcaicas) e do clero de uma forma geral, pois o conhecimento jurídico era concentrado na figura desses líderes religiosos.⁵

Mesmo nesse período primitivo (compreendido desde os tempos mais remotos até o advento do Direito Romano), a palavra da parte, compreendida sob a figura do “juramento”, já possuía algum valor probatório ao depoente, à exemplo do que ocorria no Código de Manu e no Código de Gortina, que permitiam essa modalidade probatória em não sendo possível a utilização da prova testemunhal.⁶

Assim como nas ordálias e no duelo, na qual se acreditava que Deus não abandonaria a parte inocente, no juramento, a crença era no sentido de que a parte jamais se atreveria a tomar Deus como testemunha de uma falsidade⁷. Todavia, a simples crença de que o horror espiritual ao crime de perjúrio inibiria a ocorrência das declarações mentirosas se revelou impraticável⁸.

águas de rios. Como a noção de justiça era intimamente ligada ao plano metafísico, submeter um acusado a uma “prova de água” na qual o mesmo poderia vir a se afogar ou flutuar não era visto como algo arbitrário ou irracional. (CALHEIROS, Clara. *Justiça, verdade e história*. In: Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro. N. 322, v. 62, 2013. p. 257-258).

³ Reichelt aponta o juramento como a prova mais simples e mais importante que as partes dispunham no período da alta idade média e afirmando que aquele que o implementasse seria maldito, casos as suas afirmações fossem mentirosas. Caso a outra parte não concordasse com a resolução da lide através da via do juramento, proceder-se-ia o duelo ou, na impossibilidade de ambas, as ordálias. (REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 27).

⁴ Vide LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 19.

⁵ FÔNSECA, Vitor. *O período arcaico do direito processual civil*. In: Revista de Processo. n. 213, v. 37, 2012. p. 41-42.

⁶ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1897. p. 13-48.

⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. v.1. São Paulo: Max Limonad, 1978. p. 24.

⁸ ASSIS, Araken de. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. In: Processo Coletivo e outros temas de direito processual: homenagem a 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheniner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto/ organizadores Araken de Assis... [et al.] Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 72.

Figurar como testemunha nessas sociedades mais remotas era algo arriscado. Sob a égide do código de Hamurabi, em se tratando de processo que importasse a perda da vida do acusado, se a testemunha de acusação não provasse o alegado deveria pagar com a sua própria vida. Sob a égide do código de Manu, diversas eram as penalidades para a falsidade do depoimento, tais como ficar nua; calva; com sede; fome; “obrigada a mendigar sua subsistência com uma xícara quebrada, na casa de seu inimigo” ou “ser precipitada nos abismos de cabeça para baixo”⁹.

No direito romano, apenas os homens livres poderiam figurar como testemunhas, sendo que seu depoimento era valorado de acordo com a sua posição social. Foram criadas regras para proibir o testemunho de parentes e instituída a regra *testis unus, testis nullus*, que considerava imprestável o depoimento de uma única testemunha.¹⁰

No século XIV a prova testemunhal, que já era muito utilizada pelos Romanos, passou a ser mais difundida, pois foram abandonados os antigos métodos das ordálias e duelo, enquanto meio de prova. A partir do século XVI o direito das provas passou a admitir, também, os métodos que até hoje utilizados e que constituem os pilares do direito probatório, permitindo, além da prova testemunhal, a prova documental, pericial, interrogatório e a prova por confissão¹¹.

Também foi sendo modelado um sistema que condicionava a admissibilidade da prova testemunhal, que só poderia ser produzida por aquele que presenciasse, de forma sensorial, o fato objeto do depoimento. Não se admitia, pois, o testemunho de fatos externos provenientes de interferências alheias a seu efetivo conhecimento.¹²

⁹ PRATA, Edson. *História do processo civil... Op. Cit. p.32-33.*

¹⁰ REICHEL, Luis Alberto. *A prova ... Op. Cit. p. 23.*

¹¹ LOPES, João Batista. *A prova no direito... Op. Cit. p.20-21.*

¹² REICHEL, Luis Alberto. *A prova ... Op. Cit. p. 30.*

Com o surgimento do direito comum germânico consolidou-se a teoria da prova legal, segundo a qual era nulo julgamento baseado em provas não documentadas nos autos, sendo garantido o contraditório antes da decisão.

Não possuímos a intenção, nesta pequena parte introdutória, de fazer uma reconstrução histórica do direito probatório, mas, tão somente, demonstrar que muitos institutos que iremos abordar ao longo dessa leitura têm raízes profundas o que justifica a dificuldade de quebra de alguns paradigmas processuais que iremos propor na parte mais conclusiva deste estudo.

1.2. Generalidades acerca da prova

A palavra prova vem do latim *probatio* e significa verificação, inspeção, exame, razão, confirmação, demonstração e deriva do verbo *probare* que remete a estabelecer através dos fatos, fazer prova, persuadir alguém de alguma coisa, formar juízo¹³. Para Maria Helena Diniz trata-se de uma “operação mental que, convincentemente, leva a inteligência ao conhecimento da verdade de uma proposição”¹⁴.

Para o processo prova é a demonstração dos fatos relevantes e controvertidos. O objeto da prova são os fatos, conforme se extrai do artigo 369 do novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015.

Apesar de o artigo 212 do Código Civil mencionar que a prova incidirá sobre os fatos jurídicos, como bem aponta Barbosa Moreira¹⁵, a mesma também poderá recair sobre os fatos simples, que são aqueles que não são suscetíveis de produzir eficácia jurídica, pois “embora um fato não baste, sozinho, para gerar efeitos jurídicos, o

¹³ Vide Academia das Ciências de Lisboa. *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*. vii. Lisboa: Editorial Verbo, 2001. p. 2.992-2.993 e SILVA, De Plácido e *Vocabulário Jurídico*/ atualizadores: Nagig Slaib Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2010. p. 1.120.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 990.

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Anotações sobre o título “da prova” no novo código civil*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 36, vl. 6, 2005, p. 8.

conhecimento que se tenha dele vai fornecer o ponto de partida para chegar-se, por meio de raciocínio, ao conhecimento de outro fato, gerador de tais efeitos”.

Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁶ conceituam prova como “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo”.

Portanto, ainda que não sejam jurídicos, deverá a parte demonstrar ao juiz a relevância e pertinência dos fatos sobre os quais a prova irá incidir. Para a análise da controvérsia sobre a qual recairá a prova, deverá o magistrado efetuar o cotejo entre a petição inicial e a defesa. No que concerne a análise da relevância, o juiz deverá utilizar o seu poder diretivo, indeferindo as diligências que entender inúteis (artigo 370, § único do CPC/15).

Ordinariamente o fato é o objeto da prova, mas extraordinariamente o juiz também pode determinar a prova da fonte do direito alegado pela parte. Nas hipóteses do artigo 376 do CPC/15, que dispõe que a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, a parte deverá efetuar a prova do teor e a vigência do direito, se assim o determinar o juiz. O juiz deve conhecer o direito federal. No âmbito trabalhista, acrescenta-se, ainda, a prova dos acordos e convenções coletivas, das sentenças normativas e do regulamento empresarial¹⁷. Tal regra configura exceção ao princípio “*iura novit curia*”, ou seja, “o juiz conhece o direito”.

As Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil não precisam ser provadas pelas partes, pois, nestes casos, têm status de lei federal. As Normas Internacionais que versem sobre direitos humanos¹⁸, se aprovadas na forma do §3º do artigo 5º da CRFB/88 têm status de Emenda Constitucional.

¹⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo; Malheiros, 2008. p. 373.

¹⁷ Nesse sentido JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito processual do trabalho*. Francisco Ferreira Jorge Neto; Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. São Paulo: Atlas, 2013. p.611-612.

¹⁸ Bezerra Leite sustenta que as Convenções da OIT constituem “tratados de direitos humanos sociais”. (BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 32.)

A finalidade direta (ou imediata) da prova é a formação do convencimento do magistrado. Logo, o destinatário primário da prova é o juiz, pois elas são produzidas para convencê-lo de acordo com o princípio da persuasão racional¹⁹, já que a tarifação das provas²⁰²¹ não é admitida. A finalidade secundária (ou mediata) da prova é a formação do convencimento da parte contrária. Logo, o destinatário secundário da prova é a parte, já que ela pode se convencer da justiça da sentença após a produção da prova, se contentando com a decisão.

A necessidade da produção da prova advém do próprio caráter dialético do processo, que é formado pela tese (fatos constantes da petição inicial), antítese (fatos constantes da contestação) e síntese (decisão). É necessária a existência do conflito (pretensão resistida, lide contestada) para que a prova tenha utilidade.

Para se ver livre do seu encargo processual (ônus), as partes podem se valer de todos os meios de prova em direito admitidos. Os diplomas processuais elencam e disciplinam (mas não esgotam – dado ao dinamismo do mundo moderno) os meios de prova a serem produzidos em juízo, dentre os quais destacamos a prova oral, a prova documental e a prova pericial.

¹⁹ Mauro Schiavi ensina que “segundo o princípio da persuasão racional adotado pela legislação processual civil (art. 131 do CPC), o Juiz tem ampla liberdade na interpretação do direito e na valoração da prova dos autos, entretanto, deve fundamentar a decisão, expondo as razões de fato e de direito que o levaram a decidir num determinado sentido. Sem fundamentação é impossível se compreender o raciocínio do Juiz e também há prejuízo ao direito de recorrer, pois é acima das razões da decisão que a parte aduzirá as razões do recurso. (SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 105).

²⁰ Herculano Duarte aponta que pelo sistema da prova legal, ou tarifada, cada prova tem seu peso e valor, tornando o juiz um órgão passivo, cuja função em matéria probatória se reduz a constatação da ocorrência da prova sem a possibilidade da utilização de critérios racionais para a sua avaliação na formação de seu convencimento. (HERCULANO DUARTE, Bento. *Elementos de teoria geral da prova (Processo Civil: aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2006. p. 33)).

²¹ Leonardo Dias Borges aponta como resquícios desse modelo de prova tarifada situações em que a lei, para a comprovação de determinado fato, exige a utilização de determinado meio de prova, como quando impõe a realização de perícia para comprovar o labor em condições perigosas ou insalubres (art. 195 da CLT) ou quando exige a certidão do cartório do registro civil para a comprovação do estado civil de casado (art. 1.543 do CC). (BORGES, Leonardo Dias. *Direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 132).

A prova oral pode ser obtida através de duas modalidades: através do depoimento da parte ou de terceiros (testemunha ou perito). Nossa pesquisa enfocará somente a primeira, particularmente no que se refere às declarações da parte fora da perspectiva tradicional de depoimento requerido pela contraparte ou interrogatório realizado pelo juiz.

2. Da prova oral

2.1. A importância da oralidade

O princípio da oralidade²² está intimamente relacionado ao princípio da imediação, que prevê o contato direto e pessoal do juiz com as partes e a produção da prova judiciária (aquela colhida em juízo, à luz do contraditório), e da concentração, que estabelece que as decisões devem ser concentradas em um único momento, qual seja, o da audiência. Em conjunto com esses dois princípios a regra da oralidade orienta para que seja privilegiada a palavra falada em detrimento da palavra escrita. Como vantagem principal da adoção do sistema oral, temos a simplificação dos atos processuais e a maior celeridade no desenrolar do processo, além de uma consequência natural de aumento dos poderes do juiz, como bem observa Couture²³.

Em que pese o esforço legislativo de economia de atos, que são concentrados no momento da audiência, com o encerramento da instrução processual surge um hiato até o momento da prolação da sentença²⁴, cuja lei reserva a forma escrita e requisitos rígidos quanto a sua estrutura (art.489 do CPC/15 e 832 da CLT).

Logo, por mais oral que seja o procedimento adotado, a exemplo do que ocorre do processo trabalhista e no âmbito dos juizados especiais, por ocasião da sentença, haverá necessidade de observância dos seus requisitos estruturais, os quais servem para comprovar que o juiz conhece o processo (relatório, nos casos em que é exigido), as

²² Zangrando possui uma visão crítica sobre a oralidade, a qual não confere status de princípio processual, mas de mera regra de simplificação de procedimento e argumenta que a mesma se encontra ultrapassada pela complexidade das relações trabalhistas modernas e superada pelo advento do processo eletrônico. (ZANGRANDO, Carlos. *Princípios jurídicos do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 654). O princípio da oralidade está expresso em nenhuma norma da CLT, apesar de em seu texto uma série de dispositivos o prestigiarem a exemplo dos artigos 840, §2º (reclamação verbal); 847 (resposta verbal) e 850 (razões finais orais).

²³ COUTURE, Eduardo. *Oralidade e regra moral no processo civil*. In: *Processo oral*. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1940, p. 104.

²⁴ Nesse sentido é a visão crítica de Rui Pinto ao discorrer sobre os defeitos e virtudes da oralidade. (PINTO, Rui. *Gestão Processual, tribunais de competência específica, competência em razão da forma e oralidade: quatro reflexões avulsas diante da Lei nº 52/2008, de 23 de agosto*/ Rui Pinto. In: *Estudos em Homenagem ao prof. Doutor Sérvulo Correia*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p. 860-862.)

razões pelas quais tomou a sua decisão (fundamentação) e a decisão em si (dispositivo ou conclusão).

Dentre os diversos meios de prova em direito admitidos, a prova oral, objeto do presente estudo, possui particular relevância para o chamado “processo oral”²⁵, pois, por se tratar de prova judiciária, ou seja, colhida à luz do contraditório durante o processo, permite ao juiz o contato direto e imediato em toda a sua fase de produção, razão pela qual, muitas vezes, se constitui como elemento decisivo para a formação da convicção do julgador.

É certo que os testemunhos se dão mediante declaração-narração de fatos pretéritos, os quais, como aponta Capelletti²⁶, estão sujeitos a todo tipo de inexatidão, podendo chegar em juízo incompletos ou distorcidos, circunstância esta que pode ser suprida com as regras de experiência e preparo individual do juiz.

Não podemos deixar de ressaltar, entretanto, a existência de uma lacuna na formação da magistratura²⁷, muitas vezes suprida pela experiência prática adquirida ao longo da carreira pelos juízes, mas que, sem dúvida, gera um enorme prejuízo ao sistema, tendo em vista a ampliação dos poderes do juiz típica do processo oral.

No processo oral o juiz assume um papel de protuberância ainda maior, já que é o responsável por conduzir a produção da prova²⁸. Logo, deve o juiz ter consciência de

²⁵ Mascaro define “processo oral” como sendo “um tipo ideal, resultante da experiência legislativa de vários povos e condensado pela doutrina em alguns princípios”. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 435.)

²⁶ CAPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. In: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 50. n. 297 (2002). p. 16.

²⁷ Barbosa Moreira faz duras críticas à forma como os juízes colhem a prova oral, o que, por óbvio, acaba por repercutir em todo o processo: “Dos nossos juízes, em geral, não se exige sequer, no entanto, conhecimentos elementares de psicologia e de ciência da comunicação. Não surpreende que o produto da inquirição se mostre, em bom número de casos, tão decepcionante.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Alguns problemas da prova civil*. In: *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.4 (1989), p. 23)

²⁸ Em sua obra sobre História do Direito Brasileiro, Waldemar Ferreira compara o modelo de oralidade processual, na qual o juiz, para formar a sua convicção, colhe a prova “ainda quente” e em estado de ebulição, de modo a apreciá-la em sua essência, como se “houvesse de modelá-la com primores de artista” para afirmar que já nos temos mais antigos, das Capitâneas Hereditárias, na qual existiam as

que não está a produzir a prova para si, aliás, sequer deveria ele assumir esse papel, por mais inquisitorial que seja o procedimento, já que a prova constitui ônus processual das partes e é produzida para o processo e não para um único julgador.

Importante descartar que o novo Código de Processo Civil reforçou a oralidade, que se verifica precipuamente nas audiências, ao permitir a sua gravação (art. 367, §§5º e 6º) e ao possibilitar a coleta da prova oral por videoconferência (art. 236, §3º e 453, §1º).

Como bem aponta Medina²⁹, a transmissão de depoimento por registro visual tende a proporcionar ao juiz sensações mais próximas às que ele poderia sentir se estivesse tomando o depoimento fisicamente, o que favorece a oralidade em detrimento do simples registro em papel de um ato praticado e não registrado.

Não é demais lembrar que a jurisdição do juiz coletor das provas se esgota com a prolação da sentença, sendo certo que está poderá ainda ser revista pelos demais órgãos que compõem a estrutura judicial, na hipótese de interposição de recurso.

Nesse contexto, se revela de fundamental importância o papel do advogado, quer do ponto de vista ativo (da produção da prova em si, em favor da parte que representa), quer do ponto de vista passivo (de observador da prova que está a ser produzida em desfavor de seu constituinte), pois, por dever de ofício, tem o mandatário uma visão mais global do processo, preparando-o não apenas para o convencimento do juiz singular, mas para todas as outras etapas decorrentes de eventuais recursos a que a ação está sujeita a passar.

figuras dos inquisidores, já se conheceu e se praticou, guardadas as devidas proporções, o processo oral. (FERREIRA, Waldemar. *História do Direito Brasileiro: as capitânicas coloniais de juro e herdade*. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 221).

²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 345.

O juiz tem compromisso unicamente com a sua convicção. Esta, se for prematuramente formada poderá trazer graves prejuízos ao processo, já que, como vimos, no processo oral, os poderes do juiz são naturalmente ampliados.

Logo, deverá o advogado da parte, inobstante a sinalização do juízo sobre a formação de sua convicção, insistir na produção da prova necessária ao processo, arcando com seu ônus processual.

2.1.1. No processo civil

No processo civil, tradicionalmente, sempre possuiu maior relevância o princípio do dispositivo, segundo o qual cabe às partes dispor da tutela jurisdicional³⁰. Por se referir ao processo civil, em grande parte das situações, a questões relacionadas a direitos disponíveis da parte, as questões de fundo objeto da lide acabam se situando no âmbito da autonomia da vontade das partes.

Nesse sentido, cabe às partes, no que concerne à produção da prova, o “dominium litis”, ou seja, o domínio da lide³¹. Assim, de acordo com seu ônus processual, poderá a parte optar ou não pela oitiva da parte contrária, ou ainda de uma eventual testemunha. Em alguns casos, tendo em vista o teor da resposta ou a robustez da prova documental, poderá a parte, dominadora que é da faculdade da produção das provas, abdicar da prova oral. Em outros casos, no entanto, poderá precisar da produção de tal prova na sua plenitude. Tudo irá depender do contexto do caso concreto.

Em que pese o domínio do dispositivo no âmbito do processo civil, em matéria instrutória vigora a livre iniciativa do juiz³² em relação aos fatos em discussão, podendo

³⁰ Nesse sentido FREITAS, José Lebre de. “Introdução” *Op. cit.* p. 157).

³¹ v. RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil: os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, p. 71.

³² v. VARELA, Antunes. *Manual de processo civil*. Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 474.

realizar diretamente ou ordenar de ofício todas as diligências necessárias ao descobrimento da verdade (art. 370 do CPC/15). É o que se entende por “inquisitório moderado” que permite ao juiz uma atuação mais efetiva na busca da verdade material, que servirá para a formação da sua convicção³³.

Para Moacyr Amaral dos Santos³⁴, somente deverá o juiz ordenar de ofício diligências relacionadas a fatos cujas provas tenham sido apresentadas pelas partes interessadas. Tal situação se caracterizaria como uma medida excepcional, nos casos em que o juiz esteja com dificuldade na formação da sua convicção, não sendo possível o alargamento excessivo dos poderes instrutórios do juiz no campo da colheita da prova.

Posição que entendemos mais ajustada ao espírito do código é a de que o juiz poderá determinar a produção de prova, mesmo que ainda não indicada pelas partes, caso estas não a tenham produzido, para a formação da sua convicção. Nesse espeque, a atuação do juiz seria secundária, destinada às hipóteses em que a prova previamente produzida pelas partes não se mostrou suficiente à formação da sua convicção (em um ou outro sentido)³⁵. Ou seja, a função precípua de oferecer os elementos indispensáveis à instrução do processo ainda permanece com as partes, respeitando-se a isonomia e observando-se as regras relativas ao ônus da prova.

³³ Nesse sentido Rui Rangel, que adverte, ainda, que o juiz deve encontrar-se revestido de autoridade e não autoritarismo. (RANGEL, Rui Manoel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 58-59). O problema que se verifica na prática é, justamente, a falibilidade humana da pessoa que julga. Em muitos casos o magistrado já forma a sua convicção antes mesmo de iniciar a instrução da demanda. Tal deve-se a uma série de fatores, tais como pré-conceitos de ordens diversas com relação às partes ou a matéria posta à sua apreciação; conhecimento empírico que detenha baseado em outros casos (semelhantes) que já tenha apreciado; e até mesmo fatores de ordem externa à questão judicial, como aspectos de ordem pessoal e psicológica do magistrado. Dessa forma, a atribuição de poderes inquisitoriais ao juiz na fase da coleta da prova pode vir a convalidar o desicionismo judicial e a realização de decisões arbitrárias, em prejuízo do direito das partes. Dessa forma, principalmente em processos na qual não se revele admissível o *jus postulandi*, ou seja, em demandas na qual a parte tenha que se fazer assistir – necessariamente – através de um advogado, entendemos que a observação da livre-iniciativa das partes ainda é a melhor solução, pois é a que confere menor margem de “manipulabilidade” da instrução e vem a assegurar a verdadeira paridade de armas. A maior ou menor diligência do advogado na produção da prova não deve ser suprimida pelo juiz, que deve manter uma conduta equidistante dos interesses em discussão e que serão por ele decididos.

³⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 107.

³⁵ Nesse sentido ARAUJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 197.

O STF reconheceu a constitucionalidade da iniciativa probatória do juiz (do artigo 130 do CPC/73, replicado no art. 370 do CPC/15), sendo certo que tal decisão vincula os juízes e tribunais inferiores (art. 927 do CPC/15). No julgado, foi assentado-se que a aplicação dessa regra processual, recomenda temperamento do julgador, pois não deve o magistrado assumir o protagonismo da instrução processual sob pena de, se levada a extremo, criar fatores propícios à parcialidade de modo a transformar o juiz em assistente de um litigante em detrimento do outro³⁶.

O novo Código de Processo Civil suprimiu a redação original do art. 2º que estabelecia o princípio do dispositivo em sua pureza clássica para consagrar a regra de harmonização e coexistência entre dispositivo inquisitivo, segundo a qual a iniciativa (inicial) é das partes, mas o desenvolvimento (do processo) independente de requerimento.

Há entre esses dois modelos (o do juiz que é proativo na busca da “verdade real” e o do juiz que mais passivo, que se satisfaz com a versão “formal”, contida nos autos) um ponto de equilíbrio, que parece ter sido buscado pelo atual Código de Processo Civil.

Em verdade a utilização do vocábulo “inquisitório” não parece adequada para designar modelos mistos como este, que apesar de prever poderes instrutórios mais extensos, faculta as partes deduzir todas as provas que se mostrarem admissíveis e relevantes para a verificação dos fatos³⁷.

O processo civil atual não privilegia o modelo adversarial (dispositivo) ou inquisitorial, dando lugar a uma terceira forma de se encarar a dinâmica processual: a da cooperação. O Novo Código de Processo Civil claramente adotou a cooperação das

³⁶ STF – ADI 1082/DF, Tribunal Pleno, Relator: Min. Marco Aurélio, DJe 30/10/2014.

³⁷ Nesse sentido é o posicionamento de Taruffo, que entende ser enganoso o termo inquisitório, já que não existe em nenhum ordenamento um processo civil no qual as partes têm alijado seus direitos e garantias com uma condução única e exclusiva do processo pelo juiz. (TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 58).

partes enquanto princípio estruturante conforme se observa pelo seu artigo 6º que é expresso ao afirmar que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si”.

Tal regra também se observa em diversas outras passagens, a exemplo do saneamento dos processos nas causas complexas (art. 357, §3º); no cumprimento de cartas de ordem, precatória e rogatória (art. 261, §3º). O modelo cooperativo parece ser o que melhor se conjuga com o dever de lealdade e boa-fé (art. 5º).

2.1.2. No processo do trabalho

No processo do trabalho, em razão dos princípios e regras processuais que o regem³⁸, o juiz acaba exercendo um protagonismo maior na colheita da prova.

O juiz do trabalho possui ampla liberdade na direção do processo e pode não apenas deferir ou indeferir provas requeridas pelas partes, mas também determinar de ofício e a qualquer tempo, no curso da instrução processual, a realização de diligências que visem o esclarecimento dos fatos sobre os quais reside a controvérsia sob julgamento (art.765 da CLT). Tal dispositivo, por demais aberto, confere o que a doutrina chama de “majoração dos poderes do juiz do trabalho”.³⁹

Ainda vigora no processo do trabalho o *jus postulandi* (art. 791 da CLT c/c súmula 425 do TST), que confere capacidade postulatória às partes, independentemente da assistência técnica, por advogado. Tal característica, considerando a complexidade do direito moderno pode trazer inúmeros embaraços para a parte ao cumular as funções de demandante e patrono.

³⁸ São exemplos princípios como o da busca da verdade real, imediatidade, bem como, regras processuais que não aplicam ao juiz a preclusão em matéria probatória (art. 765 da CLT).

³⁹ Zangrando entende essa “ampla liberdade” como um subprincípio, ou uma regra inerente ao princípio da celeridade e que permite ao juiz atuar buscando desfraldar a verdade. Ressalta, no entanto, que essa inquisitorialidade conferida pela lei é temperada pelo direito de igualdade de tratamento que as partes possuem (ZANGRANDO, Carlos. “Princípios jurídicos...” *Op. cit.* p. 655-657).

Ora, não se desconhece que a parte pode, a qualquer tempo antes de encerrada a instrução, confessar fatos relativos a direitos disponíveis. Sem uma orientação técnica, a título exemplificativo, pode a parte, em suas razões finais orais (art. 850 da CLT) revolver a matérias probatória prestando declarações desfavoráveis que venham a conduzir a improcedência da sua ação.

Nesse sentido, cada vez mais revela-se importante a orientação do art. 133 da CRFB/88, que dispõe ser o advogado indispensável à administração da justiça sem fazer qualquer exceção ou distinção. Em processos técnicos nos quais predominam regras e encargos processuais como a do art. 818 da CLT, por exemplo, se revela impensável, permitir que a parte atue desassistida.

As decisões que deferem, indeferem ou determinam a produção de provas têm natureza interlocutória e não podem ser objeto de recurso imediato no processo trabalhista. Sobre a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, aspecto típico do processo na qual predomina o instituto da oralidade, Chiovenda⁴⁰ aponta desvantagens: “construir o edifício processual baseando-o em uma pilastra “por si mesmo”, que de um momento para o outro pode desaparecer, arrastando tudo para a ruína, não é coisa, em si, vantajosa”, para ao final reconhecer a sua indispensabilidade decorrente do princípio da concentração que é uma das características do “processo oral”.

Todas as impressões e circunstâncias que envolvem a produção da prova oral podem e são levadas em consideração pelo magistrado no momento de proferir sua decisão. Em razão dessa imediatidade que predomina no processo oral, o juiz tem a oportunidade de conhecer, com a sua impressão pessoal, através da oitiva direta dos atores e partícipes do processo, a “versão falada” de cada parte, sendo essa uma das principais vantagens para a formação da sua convicção pessoal acerca dos fatos controvertidos.

⁴⁰ CHIOVENDA, Guiseppe. *A oralidade e a prova. In: Processo oral.* Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1940. p. 132.

2.2. Interrogatório livre e depoimento pessoal (da parte)

A prova oral extraída da parte, tradicionalmente, sempre foi realizada através de duas modalidades: o interrogatório livre e o depoimento pessoal. O primeiro consiste em ato do juiz e o segundo, depende de iniciativa da parte contrária.

Previsto desde as Ordenações Filipinas, o interrogatório das partes foi introduzido aproximadamente no início do século passado nos Códigos Processuais da Áustria, Dinamarca, França, Vaticano, Finlândia, Portugal, Itália, Suíça, Suécia, Argentina, antigas Rússia, Alemanha Oriental, Hungria, Tchecoslováquia, Polónia, Iugoslávia, etc.⁴¹

Também no Brasil, o Regulamento nº. 737, de 1850, já previa a figura do interrogatório como faculdade do magistrado. A Consolidação das Leis do Trabalho (1943) instituiu o interrogatório como modelo principal de inquirição. O Código de Processo Civil (1973) manteve o modelo do depoimento pessoal previsto na legislação processual anterior (1939), conjugando-o com o modelo interrogatório.

O sistema do interrogatório encontra-se previsto no art. 139, inc. VIII do CPC/15. Enquanto o interrogatório é medida inquisitiva, realizada de ofício pelo juízo e a qualquer tempo, o depoimento pessoal (art. 385 do CPC/15) é meio de prova destinado às partes principalmente, razão pela qual os institutos não se confundem.

Marinoni e Arenhart⁴² apontam as diferenças entre os institutos salientando que a oitiva que se faz por meio do interrogatório não possui fim probatório, não sujeitando a parte à confissão ficta. Também asseveram que, por se tratar de faculdade do juiz, o mesmo pode ser múltiplo, ao passo que o depoimento pessoal é sempre único, normalmente realizado na audiência de instrução e julgamento.

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 634.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 432-433.

Importante observar que o art. 139, inc. VIII do CPC/15 é expresso ao excluir a pena de confesso do interrogatório livre. Logo, a recusa a prestar as informações requeridas pelo juiz ou utilização de evasivas deverão ser livremente apreciadas pelo órgão julgador, sem, no entanto, ensejar na punição confessória.

O *caput* do art. 379 do CPC/15 inovou na ordem processual ao estabelecer expressamente o direito da parte a não produzir prova contra si. Ao mesmo tempo em que ela (parte) possui o dever de comparecer em juízo e responder o que lhe for interrogado (art. 379, inc. I), possui o direito de se calar diante de eventual pergunta que lhe seja desfavorável⁴³.

Os art. 452º, item 1 e 460º do CPC português também consagram sistema inquisitivo a exemplo do nosso interrogatório e no item 2 do art. 452º o “depoimento pessoal”, condicionando à justificativa prévia, pela parte, sobre os fatos sobre os quais a prova deverá recair.

Importante assinalar, como aponta Mauro Schiavi⁴⁴, que pela dimensão que possui esse meio de prova, somente em hipóteses restritas é que o depoimento pessoal deverá ser indeferido, sobretudo quando se tratar de lides que versarem exclusivamente sobre matéria de direito, ou ainda, quando não houver controvérsia fática.

O art. 453º, item 3 do CPC Português esclarece que as partes podem requerer não apenas o depoimento da parte contrária, mas também o dos seus compartes. Em que pese não haver tal previsão no ordenamento jurídico brasileiro, tal situação é

⁴³ A inclusão expressa do “direito de não produzir prova contra si” parece desnecessária e inoportuna. Em se tratando de prova oral, a parte sempre teve à sua disposição o direito de ficar calada ou até mesmo não comparecer em juízo, ainda que intimada para prestar depoimento, suportando o ônus e as cominações legais decorrentes da ação. A parte não tem o dever de produzir a prova, mas sim encargo, sob pena de suportar uma situação processual desfavorável decorrente da sua ação ou omissão. Ademais, a legislação sempre previu a escusa da parte em prestar depoimento sobre fatos criminosos que lhe forem imputados ou para observar o dever de sigilo (art. 388 do CPC/15).

⁴⁴ SCHIAVI, Mauro. *Aspectos polêmicos do interrogatório e do depoimento pessoal no processo do trabalho*. In: Revista LTr, São Paulo, v. 71, nº. 7, 2007, p. 790.

perfeitamente possível⁴⁵, mormente em situações de intervenção de terceiros, na qual um dos litisconsortes pleiteia a sua exclusão da lide.

Ao contrário do interrogatório, que pode ser realizado a qualquer tempo pelo magistrado para fins de esclarecimentos e até mesmo de economia processual (com vista a esclarecer uma situação de ilegitimidade passiva e evitar uma longa e desnecessária marcha processual), o depoimento pessoal deve ser colhido na audiência final, ou seja, na audiência de instrução e julgamento. Nesse sentido é o art. 361, II do CPC/15, que está dentro do capítulo denominado “Da Audiência de Instrução e Julgamento”. No mesmo sentido são os artigos 456 e 604, itens 1 e 3 “a” do CPC Português.

Diferentemente do inciso II do art. 361 do CPC/15, o direito Português prevê, em primeiro lugar, o depoimento do Réu e depois o do Autor (art. 458-1). Para Pais de Amaral⁴⁶: “Ao dar prioridade ao depoimento do réu, o legislador tem em mente a possibilidade de se obter a confissão que, como se compreende, pode ter influência imediata no desfecho da ação.”

Tal avaliação nos parece equivocada, na medida em que a confissão pode se extrair de ambas as partes (autor e réu), sendo certo que a confissão do autor também poderá importar em julgamento antecipado da lide, sendo o critério brasileiro mais racional tendo em vista o princípio do ônus da prova.

Ora, se ao autor compete de forma primária o ônus de comprovar o que alega (art. 373, inc. I do CPC/15), parece razoável que somente lhe seja permitido arcar com seu ônus após a ratificação do alegado perante o juízo. Até mesmo porque diante de uma eventual confissão recíproca, as penalidades que a lei impõe se anulam e a lide resolve-se através da regra de distribuição do ônus da prova.

⁴⁵ Nesse sentido Theodoro Junior. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.202).

⁴⁶ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 355.

O depoimento das partes que não souberem falar o idioma oficial será feito através de tradutor ou interprete nomeado pelo juiz, assim como do surdo-mudo ou do mudo que não saiba escrever (art. 162 do CPC/15 e 819, §1º da CLT), correndo as despesas por conta da parte que tiver interesse na produção da prova, salvo se beneficiária da gratuidade de justiça (art. 98, §1º, inc. VI do CPC/15). Na hipótese de necessidade de utilização desses auxiliares, por uma questão de economia processual, pensamos ser possível a oitiva do depoimento do Réu em primeiro lugar, já que eventual confissão do mesmo tornará desnecessária a produção das demais provas, inclusive a oitiva do Autor mediante interprete ou tradutor, o que certamente ocasionaria maior delonga na instrução do processo.

O advogado não poderá exercer, simultaneamente, as funções de patrono e preposto de seu cliente (art. 3º do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB), logo, impossível a oitiva de seu interrogatório ou depoimento⁴⁷.

2.3. Da confissão judicial

Confissão é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um fato que lhe é desfavorável e favorece a outra parte. Tal conceito encontra-se estampado no art. 389 do CPC/15. Nas palavras de Antunes Varela⁴⁸ “é uma declaração de ciência de um facto colorida por vários atributos: um, relativo ao declarante; outros, referentes à natureza intrínseca da declaração”.

⁴⁷ Em sentido contrário Manoel Antonio Teixeira Filho, que entende possível ao advogado cumular as funções de patrono e preposto, desde que seja empregado de seu constituinte (súmula 377 do TST), ante a inexistência de dispositivo legal que proíba tal condição. (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 180.)

⁴⁸ VARELA, Antunes. “Manual...” *Op. cit.* p. 535-536.

Ao reconhecer como verdadeiro o fato perante um tribunal, a lei reconhece, independentemente da existência de qualquer *animus confitenti*, o fato confessado como real.⁴⁹

A declaração confессória não deve ser confundida com uma declaração de vontade (de dizer a verdade), mas de ciência da existência de um determinado fato desfavorável ao confitente. Dessa forma, é fundamental que a declaração seja o mais clara possível, de modo a evitar interpretações divergentes⁵⁰.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi revogado o inciso II do art. 228 do CC que inadmitia como testemunha a pessoa com enfermidade ou retardamento mental e acrescentado o §2º ao citado dispositivo legal, para estabelecer a igualdade de condições das pessoas com deficiência com qualquer outra pessoa. Dessa forma, eventualmente, poderá a haver confissão de pessoa com deficiência, nos limites do que ela se mostre capaz de discernir, sendo possível, caso haja necessidade, a tomada de decisão apoiada, na qual pelo menos duas pessoas da confiança da pessoa com deficiência podem lhe prestar o apoio para a tomada de decisão, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para o exercício da sua capacidade e no limite do comprometimento da sua compreensão (art. 1.783-A do CC).

Não há que se confundir a confissão judicial com os meios de prova oral prestadas pela parte em audiência (interrogatório, depoimento e declarações), eis que os mesmos são alguns dos instrumentos pelos quais se pode obter a confissão e não a confissão em si. A experiência prática revela que, no mais das vezes, as partes acabam confirmando os fatos que lhe são favoráveis e negando desfavoráveis.

⁴⁹ Nesse sentido, aponta Rui Manoel de Freitas Rangel que “o valor probatório da declaração em juízo desse conhecimento advém de uma presunção legal de que o fato afirmado corresponde à verdade” (RANGEL, Rui Manoel de Freitas. O ónus da prova... *Op. cit.* p. 281).

⁵⁰ Nesse sentido Fernando Pereira Rodrigues, que aponta que “a declaração confessoria será inequívoca no caso de “confissão simples”, ou seja, quando o confitente se limita a reconhecer o facto que lhe é desfavorável. Já não será inequívoca no caso de “confissão qualificada”, isto é, quando o reconhecimento do facto pelo confitente é feito com a invocação de circunstâncias que alteram a sua essência ou qualificação jurídica”. (RODRIGUES, Fernando Pereira. *Os meios de prova em processo civil*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 52-53.)

O juiz no interrogatório visa obter o esclarecimento dos fatos, buscando chegar na verdade material. As partes, por sua vez, em sede de depoimento pessoal, formulam perguntas com o intuito de extrair a confissão. O interrogatório não é meio de prova propriamente dito, mas o depoimento pessoal sim.

A confissão pode ser espontânea ou provocada (artigo 390 do CPC/15). Pode ser ainda ficta ou real (389 do CPC/15).

A confissão espontânea ocorre quando a parte, por vontade própria, reconhece a procedência dos fatos que foram articulados em seu desfavor, em sede processual. Será, no entanto, provocada, a confissão que decorrer não da vontade genuína da parte em colaborar com o esclarecimento dos fatos controvertidos, mas do desenrolar da instrução processual, através das perguntas formuladas com esse intuito.

A confissão ficta ou presumida ocorrerá quando a parte se recusar a depor⁵¹ (artigo 385, §1º do CPC/15) ou quando ela se valer de evasivas (artigo 386 do CPC/15). Não é uma confissão propriamente dita, eis que a parte não confirmou nenhum fato contrário a seus interesses, havendo, pois, uma ficção jurídica.

Além disso, por se tratar de presunção relativa, a mesma não se constitui de caráter absoluto, sendo passível de sucumbir aos demais elementos probatórios existentes, pois não é razoável que a ficção venha a se sobrepor à realidade.

Deve ser destacado que no Brasil não existe previsão para que a parte preste qualquer tipo de juramento ou compromisso com a verdade. Tampouco é tipificado

⁵¹ No direito Português a recusa a depor pode se dar expressamente ou na hipótese de a parte se negar a prestar juramento de dizer a verdade (art. 459º), todavia a referida recusa não induz a confissão, permitindo ao Tribunal a livre apreciação da conduta.

penalmente, de forma específica, o crime de falsidade das declarações prestadas em juízo, a exemplo do que ocorre com o crime de falso testemunho, por exemplo.⁵²

Ora, se a parte não é obrigada a produzir prova contra si e se a lei é clara ao impor o dever de exposição dos fatos de acordo com a verdade, parece desarrazoada a ausência de tipificação penal do depoimento mentiroso.

Apesar de a falsidade nas declarações emitidas pela parte não constituir crime as mesmas configuram ilícito civil (art. 82, inc. II do CPC/15) que pode ensejar o pagamento de multa entre 1% e 10% sobre o valor atualizado da causa, mais indenização à parte contrária, despesas e honorários advocatícios, em razão da litigância de má-fé.

Há quem sustente que a parte não possui o direito de ficar calada, tendo em vista a consequência processual que é a pena de confissão⁵³. Entendemos, todavia, que calar, ou até mesmo não comparecer a uma audiência, quando devidamente intimada para prestar depoimento em juízo, constitui sim um direito da parte, na medida em que pode ser uma estratégia processual interessante.

Imaginemos, por exemplo, uma demanda de reparação moral por crime de racismo, na qual o fato fora presenciado por inúmeras testemunhas. Nessa hipótese, a presença da parte em audiência ou a tentativa de justificativa do ato poderá ser

⁵² Desta feita, não é raro se ouvir, até mesmo de magistrados, que a parte tem o “direito” de mentir. Ao comentar sobre o crime de falso testemunho e sua aplicabilidade no processo do Trabalho, Ricardo Antonio Andreucci afirma que a vítima não está obrigada a falar a verdade (ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Direito penal do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 151). Tal conclusão é por demais equivocada, eis que as partes têm o dever de expor os fatos em juízo de acordo com a verdade, estando sujeitas as penalidades decorrentes da tipificação da sua conduta nas hipóteses de litigância de má-fé. Também não parece uma atitude processual válida à luz do princípio da boa-fé objetiva, à parte, ao invés de mentir, simplesmente negar o fato constitutivo do direito do autor – genericamente – de modo a lhe imputar o encargo processual probatório. A verificação do que configura má-fé se dará de acordo com o caso concreto, mas não pode o magistrado “fechar os olhos” para esse tipo de atitude processual, tendo em vista não apenas o dever de lealdade das partes, mas também o aspecto pedagógico da punição que a lei processual estabelece.

⁵³ *Op. cit.* p. 381-382.

considerada como fator agravante na percepção do juiz, sendo uma boa estratégia processual para a defesa do agressor a opção do silêncio.

Para que seja aplicada a pena de confissão, mister se faz a prévia intimação da parte para prestar depoimento, sob pena expressa de confissão, tal como definido no artigo 385, §1º do CPC/15. Observe-se que estávamos a falar em “pena”⁵⁴ de confissão, ou seja, a confissão ficta⁵⁵, presumida, nada impedindo que as partes, por livre e espontânea vontade, ainda que não previamente intimadas, admitam fatos contrários aos seus interesses em audiência⁵⁶. Haverá, nessa última hipótese, confissão real, que independe de prévia intimação da parte e que não possui caráter apenatório.

Sob pena de invalidade, a realização do depoimento pessoal pressupõe a intimação da parte com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas⁵⁷ (art. 218, §2º do CPC/15).

Diferentemente do que ocorre no depoimento pessoal, cuja sanção para o não comparecimento, observado o requisito legal de intimação prévia, é a confissão ficta, a ausência da parte devidamente intimada pelo juízo (em qualquer etapa do processo) para o interrogatório importa em violação ao dever legal de expor os fatos em conformidade com a verdade e lealdade e boa-fé⁵⁸ e enseja multa e indenização típicas para a parte que litiga de má-fé.

⁵⁴ O caráter apenatório da confissão ficta advém de dispositivo legal, sendo o §1º do art. 385 aplicado a parte que, devidamente intimada para depor não comparece ou, em comparecendo, se recusa a prestar depoimento.

⁵⁵ Lebre de Freitas assevera que o conceito de confissão ficta é usado para designar comportamento omissivos em casos que a lei estabelece o ônus de afirmar ou negar. Apesar de reconhecer que a confissão presumida, para o seu efeito, se equipara à expressa, salienta que os fenômenos não se confundem, mas apenas se equiparam mediante o recurso de uma ficção. (FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 203).

⁵⁶ Nesse sentido Marinoni que esclarece que a confissão espontânea feita oralmente em juízo pode se dar tanto no interrogatório livre, quanto em audiência especial ou mesmo no momento do depoimento pessoal (MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*/ Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 512).

⁵⁷ Na legislação anterior o prazo era de apenas 24 horas (art. 192 do CPC/73). A alteração legislativa foi importante dada a importância do ato a ser praticado, de modo a permitir que o intimado se organize melhor.

⁵⁸ Nesse sentido SANTOS, Moacyr Amaral. “*Primeiras linha...*” *Op. cit.* p. 483).

O ato confessorio é irrevocabel⁵⁹, não podendo a parte “voltar atrás” na palavra proferida, além de ser, em regra, indivisível⁶⁰, ou seja, deverá ser considerada no seu conjunto e não apenas nos fatos que favorecem a parte.

2.3.1. Fatos que não admitem a confissão

Alguns fatos não podem ser objeto de confissão, quer por expressa vedação legal, quer por incompatibilidade com instituto.

Não haverá confissão se esta recair sobre fatos relativos a direitos indisponíveis⁶¹ (art. 392, *caput*, do CPC/15). Se o direito não pode ser objeto de renúncia⁶² e não se encontra no campo de disponibilidade das partes, os fatos que o circundam, ainda que admitidos como verdadeiros em seu desfavor ou em prejuízo de terceiros destinatários do direito indisponível, não poderão ser objeto de confissão.

O art. 1.602 do CC exemplifica bem essa vedação ao afirmar que não basta a confissão materna para excluir a paternidade. Apesar de o novo código ter permitido a distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes, tal não é possível em relação aos direitos indisponíveis (art. 373. §3º, inc. I).

⁵⁹ Situação comum em audiências, principalmente trabalhistas, cujas partes geralmente são mais humildes, é a resposta não corresponder ao enunciado da pergunta, tendo em vista o magistrado não se fazer compreender direito, incidindo em aparente confissão. Assim, nesses casos, quando a parte percebe o equívoco e se retrata, é prudente que na ressalva realizada na ata de audiência conste o motivo da retratação e a forma como fora formulada a pergunta, de modo a evitar seja aplicada a pena de confissão.

⁶⁰ Sobre a indivisibilidade da confissão, Antunes Varela salienta que tal requisito não funciona em termos tão radicais como no direito italiano, podendo a parte provar, por qualquer outro meio, “as circunstâncias aditadas à confissão pelo confitente que retira a esta (na sua globalidade) a sua força probatória plena” (VARELA, Antunes. “*Manual...*” *Op. cit.* p. 558)

⁶¹ Importante destacar que apesar de não se operar a confissão sobre os direitos indisponíveis, inexistente óbice para que os fatos desfavoráveis declarados pela parte sejam apreciados de forma livre pelo Tribunal para a formação da sua convicção. Ou seja, ainda que não venham a produzir o efeito confessorio (por expressa previsão legal), não perdem, entretanto, o caráter de prova.

⁶² Não pode o empregado renunciar ao aviso prévio, por exemplo. Assim, ainda que venha a confessar que abriu mão do direito ao aviso prévio em razão da sua demissão imotivada (art. 487 da CLT), a renúncia operada será ineficaz (súmula 276 do TST), eis que o direito ao aviso prévio não se encontra no campo de disponibilidade do empregado. Logo, a confissão da renúncia do aviso prévio ou outros direitos patrimoniais, da personalidade ou pessoais indisponíveis não será possível.

Exige-se a capacidade plena do confitente (art. 392, §1º do CPC/15 c/c 213 do CC) para que se possa dar a declaração prestada eficácia confessória. Logo, a confissão emitida por um menor ou interdito não terá validade.

Nos contratos de seguro, a lei impede o segurado de confessar a ação sem anuência expressa do segurador (art. 787, §2º do CC). Apesar de o fato ser passível de confissão, a lei condiciona a eficácia da declaração à anuência daquele que irá pagar o prêmio, cautela que evita a ocorrência de fraudes dada a característica muito particular desse tipo de contrato⁶³. Ademais, ainda que a cobertura fosse pactuada dolosamente entre as partes, a mesma seria nula a teor do art. 762 do CC.

O art. 391 do CPC/15 estabelece que nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios, a confissão de um dos cônjuges não é válida sem a do outro, salvo no regime separação absoluta, na qual as esferas patrimoniais não se comunicam. O art. 1.647, inc. I do CC veda a alienação de bens imóveis sem a anuência do cônjuge ou companheiro, já que a confissão, sem a aludida anuência, poderia importar em disposição do bem por via obliqua, tendo em vista a força probatória da confissão.

A confissão também não se opera na hipótese do art. 406 do CPC/15, não se constituindo meio de prova capaz de suprir a falta de instrumento público, por exemplo, para a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País (art. 108 do CC) ou para a realização de pacto antenupcial (art. 1.640, § único e 1.653 do CC). De nada adiantaria a confissão da celebração de um casamento, se não demonstrada a realização das solenidades legais (art. 1.525 e seguintes do CC).

⁶³ Cesar Peluso recomenda interpretar restritivamente essa vedação confessória, excluindo a confissão ficta ou provocada, já que o intuito da norma é “evitar que o segurado, por ato ou iniciativa própria, prejudique de alguma maneira a posição jurídica do segurador, impondo-lhe um ressarcimento acaso exagerado ou mesmo indevido” (PELUSO, Cesar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri, SP: Manole, 2011. p. 815).

Em algumas situações a lei impõe que seja observada determinada forma para a prática de alguns negócios jurídicos. Nessas hipóteses também não será admitida a confissão, já que a prova do ato negocial dar-se-á através exibição do documento celebrado por exigência legal. Tal não ocorrerá, no entanto, se o documento em questão for exigido apenas como prova da declaração, situação em que a prova do ato poderá ser substituída pela confissão⁶⁴, ou ainda, se houver dúvida quanto ao conteúdo de declaração contratual emitida pelas partes.

O art. 388 do CPC/15, que revogou o art. 229 do CC, estabelece algumas hipóteses em que a recusa da parte em depor é havida por legítima, podendo a mesma se negar a falar sobre criminosos ou torpes que lhe forem imputados; a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo⁶⁵; acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível.

Em todos estes casos, ainda que o réu seja revel, os efeitos da confissão não irão se operar, inexistindo presunção de veracidade quanto aos fatos controvertidos em análise.

2.3.2. Efeitos da confissão

O principal efeito da confissão é a ocorrência de prova contra o confitente (art. 391 do CPC/15). Ela atinge a parte que confessou o fato que lhe era desfavorável produzindo, de outro lado, um efeito favorável para a contraparte beneficiada pela declaração confessória.

Por evidente, a confissão tem o seu alcance somente sobre os fatos que estiverem controvertidos, não sendo, a sua ocorrência, garantia de sucesso na demanda, tendo em

⁶⁴ RODRIGUES, Fernando Pereira. “*Os meios de prova...*” *Op. cit.* p. 54-55.

⁶⁵ A violação de sigilo profissional constitui tipo de crime cuja pena detenção, de três meses a um ano, ou multa (art. 154 do CP).

vista que o processo deverá ser decidido de acordo com o conjunto dos autos e estes, em muitos casos, não se harmonizam com a confissão⁶⁶.

O efeito probatório da confissão limita-se a parte emitente da declaração, não prejudicando os litisconsortes de maneira geral.

A confissão acaba por se traduzir em uma limitação ao poder do juiz e a iniciativa das partes no que concerne à condução da instrução processual, já que dispensa a produção de outros meios de prova quanto aquele fato confessado.

Se o objeto das provas é o esclarecimento dos fatos que são relevantes e controvertidos, com a elucidação desses fatos através da confissão, verifica-se, como efeito, o encurtamento da lide já que as partes não terão mais o interesse na produção de qualquer prova sobre fatos que não mais são controvertidos.

Por se limitar aos fatos, a confissão em nada interfere quando se tratar de lide que verse exclusivamente sobre matéria de direito. Logo, em tais hipóteses a ocorrência da confissão não produzirá qualquer efeito processual em favor ou desfavor de qualquer parte, ainda que a mesma seja requerida pela interessada e até decretada pelo juiz.

Além disso, em alguns casos, ainda que provado através da confissão, se o fato alegado não for dotado de verossimilhança, o mesmo poderá ser afastado, de acordo com a convicção do juiz. Por exemplo, em uma reclamação trabalhista na qual o empregado reside a 2 horas de distância da empresa e alega trabalhar 16 horas por dia. Ora, nesse caso, considerando a ida e a volta do trabalho teremos: $2h+2h+16h=20h$. Tal jornada, ainda que possível, não é razoável para a maior parte das pessoas, podendo o julgador, na análise do caso concreto, mesmo ocorrendo a confissão, aplicar o princípio

⁶⁶ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 105-106).

da razoabilidade para entender que a mesma não era efetivamente cumprida, de modo a afastar a pretensão do empregado que alegou jornada exagerada e inverossímil.⁶⁷

O atual desafio do direito processual é fazer com que o processo se torne cada vez mais ético. Foi extremamente salutar o Novo Código de Processo Civil elencar logo em seus primeiros artigos a necessidade de boa-fé, lealdade e cooperação das partes. Nesse sentido, cabe à parte, narrar os fatos de acordo com a verdade ao seu advogado. A este, cabe reprimir eventuais exageros naturais da condição de parte, que mistura razão com emoção. Ao advogado da contraparte, cabe fazer uma defesa técnica, também observando tais primados, de modo a colaborar com o juiz que, por sua vez, terá a prerrogativa de, à luz de todos esses princípios, decidir.

Nesse contexto, eventual confissão de uma das partes, por constituir presunção e admitir prova em contrária, pode, como já vimos, ceder na análise de todo o conjunto processual.

⁶⁷ A jurisprudência trabalhista tem entendido que nas hipóteses em que a jornada pleiteada revele-se excessivamente extensa e pouco crível, é prudente e aconselhável a ponderação pelo julgador lançando mão do princípio da razoabilidade (nesse sentido TST – AIRR, processo nº. 21601-09.2014.5.04.0334, 5ª Turma, Relator Ministro: Antonio José de Barros Levenhagen, DEJT 05/05/2017).

3. Prova por declarações da parte

3.1. Posicionamento adotado no direito brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê a utilização das declarações da parte enquanto meio de prova típico. Para a maior parte da doutrina⁶⁸ não é possível o requerimento de produção de prova baseada na declaração da própria parte, não havendo previsão legal expressa sobre o tema.⁶⁹ Domina o entendimento segundo o qual o depoimento da parte (pessoal) somente serviria para produzir prova em desfavor dela própria (confissão).

Nessa linha de entendimento, a parte não teria sequer interesse na produção de tal prova⁷⁰, já que as declarações favoráveis prestadas por si não teriam qualquer valor na formação da convicção do magistrado^{71,72}.

Tal conclusão reduz a finalidade dos depoimentos ao seu efeito confessório, o que nos parece ser uma interpretação equivocada do instituto, na medida em que outros

⁶⁸ Humberto Theodoro Junior sustenta ser óbvio que “ninguém produz, com suas próprias palavras, prova para si mesmo”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.202). Para Eduardo Arruda Alvim o depoimento pessoal “consiste na oitiva de uma parte na audiência de instrução e julgamento, requerida pela parte contrária, sendo vedado que a parte requeira seu próprio depoimento pessoal”. (IMHOF, Cristiano. *Código de Processo Civil Interpretado – Anotado artigo por artigo*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 830).

⁶⁹ Em diversos outros sistemas o depoimento da parte prestado por sua própria iniciativa também não se apresenta como meio de prova típico ou encontra vedação (direta ou indireta) por parte da legislação. Em Macau, na China, cujo direito processual Português é a principal fonte, permite-se a parte tomar o depoimento da contraparte e dos compartes, mas não de si próprio (PIRES, Cândida da Silva Antunes. *Lições de direito processual civil de macau*. Coimbra: Almedina. 2015, p. 214 e 402).

⁷⁰ Nesse sentido (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 102).

⁷¹ Em sentido Contrário se posiciona Cândido Rangel Dinamarco que entende que caberá ao magistrado valorar as declarações da parte que entenda dignas de fé, no entanto qualifica como “absurda” a possibilidade de a parte responder perguntas formuladas por seu próprio procurador (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, V.III*, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 644 e 649).

⁷² Ao se limitar a utilidade das declarações da parte ao ato confessório, restringindo a valoração das declarações favoráveis emitidas, está-se, por via indireta, legitimando o indeferimento do requerimento da utilização deste meio probatório, na medida em que é dever do juiz indeferir as diligências que considerar inúteis ou meramente protelatória (art. 370, § único do CPC/15).

efeitos de valor probatório podem se extrair das declarações emitidas pela parte em seu depoimento.

Também vigora o entendimento de que é inviável o requerimento de depoimento pessoal de litisconsorte formulado contra outro do mesmo polo da relação processual⁷³. O art. 385 do CPC/15 estabelece o direito da parte em obter o depoimento da “outra parte”. A solução jurisprudencial adotada transmudou o conceito de parte adotado pelo legislador para vedar, também, a oitiva do depoimento do comparte que ocupe o mesmo polo na relação processual o que, pensamos, não ser a melhor solução quando o litisconsorte pleiteia a sua exclusão da lide, já que sustentam interesses jurídicos antagônicos, muito embora figurem no mesmo polo do processo⁷⁴.

Como o depoimento da parte, na visão adotada pela doutrina e jurisprudência brasileira, tem por escopo a extração da confissão e, está se dá sobre os fatos controvertidos, via de regra, não haveria fatos controvertidos entre o litisconsorte requerente do depoimento e o litisconsorte que iria prestar o depoimento, sendo este mais um fundamento para o indeferimento de tal prova.

Entretanto, produzir prova contra o seu comparte pode ser instrumento valioso para a comprovação dos fatos alegados na sua defesa, razão pela qual o indeferimento do depoimento pessoal do comparte-litisconsorte pode representar grave cerceamento de defesa, a depender do caso concreto, em violação ao art. 5º, inc. LV da CRFB/88.

⁷³ Nesse sentido é o atual entendimento do STJ (REsp 1291096/SP, 3ª Turma, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 07/06/2016) e do STF (RE 96551/PR, 2ª Turma, Relator: Ministro Djaci Falcão, DJ 26/08/1983).

⁷⁴ Nesse sentido Marinoni/ Arenhart/ Mitidiero que entendem viável o depoimento pessoal de parte integrante do mesmo polo processual, desde que as ambas estejam a defendendo interesses antagônicos. Da mesma forma, sustentam cabível, ainda que não tenham pleiteado o depoimento pessoal da parte, a formulação de perguntas, dentro do depoimento pessoal requerido pela parte contrária, com o fito de obter a confissão (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo civil comentado*. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 489-490). Acreditamos que, independente do polo processual ocupado pela parte requerente do depoimento pessoal ou da formulação de perguntas, o que irá importar para o deferimento (ou não) da prova é o interesse processual. Logo, ainda que as partes ostentem a qualidade de réus em uma eventual ação, nada impede que um réu requeira o depoimento pessoal do outro, com vistas a extrair a confissão de culpa daquele. Ou ainda, em sede de depoimento pessoal requerido pelo autor, formule perguntas contra seu litisconsorte, de modo a configurar a culpa da daquele ou exonerar a sua.

A ausência de previsão legal não pode ser utilizada como fundamento para o indeferimento do uso das declarações (favoráveis) da parte, já que o art. 369 do CPC/15 assegura o direito da utilização de todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que sem previsão legal. Àqueles descritos na legislação processual não constituem, pois, rol taxativo a impedir o julgador de aceitar outros que não estejam expressamente previstos⁷⁵. Tal conclusão é uma decorrência do sistema de livre apreciação das provas adotado pelo processo civil brasileiro.

Pontes de Miranda repelia esse entendimento sedimentado pela jurisprudência pátria ao sustentar que o livre convencimento do magistrado pode fazer com que as declarações favoráveis sejam um dos fundamentos da sua decisão. Contudo, apesar de enxergar valor nas declarações prestadas pela parte, condicionava a iniciativa do depoimento ao requerimento da parte contrária⁷⁶.

Com efeito, ainda que se extraia das declarações favoráveis algum efeito probatório, estes dependeriam da iniciativa dos demais atores do processo, não sendo facultado a parte depoente provar aquilo que realmente pretendia com as suas declarações, salvo se, por acaso, o juiz no interrogatório ou a outra parte, no depoimento pessoal, perguntar exatamente aquilo que o depoente pretendia esclarecer por meio das suas declarações.

Ora, se a prova constitui um ônus da parte e as declarações (favoráveis) não se enquadram no conceito de prova ilícita, não parece estar em harmonia com o texto constitucional (que assegura o direito pleno à prova, ampla defesa e contraditório plenos) a decisão que impede uma parte de prestar as suas próprias declarações, limitando-as a iniciativa de terceiros que não suportam o mesmo encargo processual que a parte que pretende prestar as declarações.

⁷⁵ Remédio Marques aborda muito bem essa questão afirmando que “a tipologia dos meios de prova não pressupõe assim uma enumeração esgotante”. Ele aponta o caráter heterogêneo dessa tipologia, admitindo a possibilidade de complementação com outros tipos não previstos em lei. (MARQUES, João Paulo Remédio. *A aquisição e a valoração probatória dos factos (des)favoráveis ao depoente ou à parte chamada a prestar informação ou esclarecimentos*. In: *Julgar*, Lisboa, n. 16, (Jan.Abr.2012). p. 143.)

⁷⁶ MIRANDA, Pontes. 1892-1979. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v.4, 1996, Rio de Janeiro: Forense. p. 304 e 306.

É certo que à luz do que dispõe o Código de Processo Civil, não poderá a parte, tecnicamente, requerer o “depoimento pessoal” de si própria⁷⁷, ou mesmo instar o juiz a interrogá-la, eis que se tratam de meios de prova típicos e devidamente regulamentados. Situação diferente, e não vedada, é o requerimento da prestação de declarações favoráveis, com a finalidade de as mesmas serem objeto de livre apreciação pelo órgão julgador.

Não é totalmente verdadeiro o argumento de que o depoimento da própria parte não tenha utilidade em razão do fato de tal meio de prova servir apenas para a extração da confissão, como bem lembra Didier Júnior⁷⁸: “A parte não pode requerer o seu próprio depoimento. As declarações de uma parte, contudo, podem servir como meio de prova em seu favor, na medida em que reforcem a convicção do magistrado”.

Daniel Neves⁷⁹ reconhece a possibilidade de utilização das declarações favoráveis, judicialmente fundamentas na decisão e salienta a relevância do depoimento da parte para a eliminação do que chama de “filtro”, que seria muitas vezes criado por advogados ao elaborar as suas razões e que, na opinião do autor, comprometeria a exatidão dos fatos. A opinião parece preconceituosa. O que na concepção do autor seria um “filtro”, a blindar a verdade, nada mais é do que a qualificação técnica dos fatos narrados pela parte a seu patrono, o que justifica o enquadramento do advogado como o primeiro “juiz” da causa.

Cassio Scarpinella Bueno⁸⁰ entende possível o depoimento por iniciativa da própria parte, ressalvando que, por se tratar de prova atípica não deve ser processada

⁷⁷ Nesse sentido é a lição de Athos Gusmão Carneiro que afirma: “Não poderá a parte oferecer-se ou propor-se a prestar depoimento pessoal, pois se deseja afirmar fatos, ou confessar, deverá fazê-lo através de petição”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 91.)

⁷⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no Código Civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 122.

⁷⁹ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2015. p. 512-513.

⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário, vol. 2, tomo I*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 265-266.

pelo mesmo regime do depoimento pessoal, que prevê a possibilidade de confissão presumida, devendo, o depoimento ser apreciado livremente em conjunto com as demais provas.

De fato, não parece fazer nenhum sentido a aplicação de qualquer sanção confessória para a falta ou recusa em prestar as declarações, já que a iniciativa de tal prova é da própria parte. Logo, a ausência de tais declarações já seria o maior castigo que ela poderia suportar. Evidente, no entanto, que se a parte solicita uma audiência para prestar declarações e não comparece injustificadamente, tal conduta configura ato protelatório e sujeito as sanções que a lei processual prevê (art. 80, inc. IV e 139, III do CPC/15).

Não há nada na lei que proíba que as declarações favoráveis sejam levadas em consideração pelo julgador. A vedação, indireta, é a da utilização das declarações como meio de prova autônomo pela parte. Por não se tratar de meio de prova típico e por estar sedimentado o entendimento de que as declarações da parte em nada a beneficiam, o indeferimento deste meio de prova atípico não importaria em cerceamento ao direito de defesa.

A ideia central da vedação à extração de prova oriunda de declarações da própria parte está baseada na incompatibilidade entre duas posições (parte e depoente) que não poderiam ser conciliadas, já que, pela qualidade de parte, as declarações emanadas não seriam consideradas despidas de interesse, o que viria a abalar a credibilidade do depoimento prestado.

Parece-nos que presumir a mentira da parte naquilo que lhe favorece não encontra amparo na própria sistematização adotada pela Nova Ordem Processual Civil, que impôs a todos os participantes do processo inclusive e, principalmente, às partes, expor os fatos de acordo com a verdade e em observância aos ditames da boa-fé.

A técnica processual, a cada dia, impõe aos advogados e magistrados objetividade nas razões escritas, sendo certo que o depoimento da parte poderá trazer informações complementares e elucidativas dos aspectos fáticos que circundam o direito perquirido, afinal, quem melhor conhece os fatos do processo são as pessoas nele envolvidas.

Além disso, a realização de perguntas do advogado ao seu constituinte permite que sejam esclarecidos, em juízo, pontos obscuros próprios do desenrolar da instrução, capazes de causar prejuízos decorrentes de ilações errôneas ou pontos silenciados e pouco claros⁸¹.

Além de não poder requerer o depoimento da própria parte como meio de prova, também não é dado ao advogado da parte que está sendo inquirida, formular perguntas ao próprio cliente, como sustentava Humberto Theodoro Junior em edição anterior da sua obra⁸²: “Ao advogado da própria parte que está prestando depoimento não é permitido formular perguntas. Isso não impede, contudo, sua intervenção para pedir ao juiz que esclareça dubiedades ou pontos obscuros no relato do depoente, o que poderá ser requerido ao final do interrogatório, antes de seu encerramento”.

As lições, embora não replicadas na versão atualizada da obra, continuam pertinentes. Apesar de não poder produzir prova através do depoimento de seu constituinte, o advogado sempre pôde (e deve) zelar para que, do depoimento de seu constituinte, não parem dúvidas que o prejudiquem⁸³, fazendo as intervenções que se mostrarem pertinentes, sempre ao final e antes do encerramento, de modo a evitar tumultos e prejuízos à parte contrária no exercício do seu direito à ampla defesa.

⁸¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 1977. p. 502.

⁸² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 431.

⁸³ Barbosa Moreira observa que muitos juízes, ao determinar a transcrição da prova oral à ata procedem pequenas alterações no que foi dito e acabam por ceder à tentação de “aprimorar” o que foi dito, substituindo o palavreado utilizado por outro tido como mais “próprio” e, assim, eliminando ou atenuando contradições percebidas. Aponta o autor que, ao assim proceder, o magistrado acaba impedir os órgãos revisores de subsídios inestimáveis da valoração do depoimento prestado. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*Alguns problemas...*”. *Op. cit.* p. 23).

Também é lícito ao advogado, inclusive durante a oitiva do depoimento requerido pela parte contrária, intervir “pela ordem” (art. 7º, inc. X do EOAB), mediante intervenção sumária, impedindo a realização de perguntas que visem induzir a resposta de seu constituinte ou de testemunha ou mesmo perguntas que não estejam nos limites dos fatos articulados no pedido e na contestação.⁸⁴

Apesar do entendimento majoritário ser contrário a prova por declarações da parte, há fatos em que somente elas próprias presenciaram, não havendo outros meios de prova possíveis. Para essas hipóteses, parece ser razoável que a presunção de parcialidade da parte possa vir a ser flexibilizada, de modo a permitir a viabilização plena do direito constitucional à prova, que no Brasil decorre dos primados do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV da CRFB/88).

As ações envolvendo assédio sexual⁸⁵ ou violência doméstica, na qual somente vítima e agressor estiveram presentes, são bons exemplos de momentos em que a palavra da parte (autor-vítima) ganha maior importância, devendo ser considerada pelo juízo⁸⁶.

Nessas hipóteses a doutrina já vem recomendando que seja dada uma especial atenção à palavra da vítima, como sugere Schiavi⁸⁷ ao comentar sobre a dificuldade de julgar ações envolvendo dano moral, cujos fatos tenham se passado longe dos olhares de testemunhas ou em lugares reservados: “Acreditamos que, nessas hipóteses, o juiz deve se guiar principalmente, pelas regras de indícios e presunções, pelas regras de experiência do que ordinariamente acontece (art. 335 do CPC, e 852-D, da CLT) pela

⁸⁴ GUNTHER, Luiz Eduardo. *Depoimento pessoal (interrogatório) como meio de prova no processo do trabalho*. Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zorning. In: Revista do Direito Trabalhista v. 10, n.º. 4, 2004, p. 24.

⁸⁵ Sônia Mascaro lembra que o assédio sexual, via de regra, é praticado na ausência de testemunhas. (NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio Moral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 163.

⁸⁶ A jurisprudência pátria vem entendendo que, nos delitos de natureza sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. (STJ REsp. 1.571.008/PE, 5ª Turma, Relator: Ribeiro Dantas, DJe 23/2/2016 e HC 301380/SP, 5ª Turma, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 21/06/2016).

⁸⁷ SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 253.

prova indireta, pela razoabilidade da pretensão e dar especial atenção à palavra da vítima”.

Não há no sistema brasileiro a obrigatoriedade de a parte, antes de prestar as suas declarações, em sede de depoimento pessoal ou mesmo quando inquirida oficiosamente pelo juiz, de prestar juramento⁸⁸ ou se compromissar a dizer a verdade.

A realização do juramento antes da prestação do depoimento pela parte é mais um elemento que a jurisprudência portuguesa⁸⁹ tem levado em consideração no momento de valoração das declarações favoráveis prestadas pela parte.

A obrigação de dizer a verdade, no entanto, a despeito de inexistir a figura do juramento, decorre do dever de boa-fé objetiva que se encontra estabelecido no Novo Código de Processo Civil, em especial pela redação do artigo 5º, que estabelece que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. O art. 77 ratifica esse entendimento ao estabelecer ser dever das partes e demais envolvidos no processo, expor os fatos em juízo conforme a verdade.

Assim, pode o juiz, ao verificar a ausência de boa-fé nas declarações da parte, aplicar as sanções estabelecidas no artigo 81 do CPC/15, já que o desvirtuamento da verdade caracteriza a figura do dano processual.

Contudo, acreditamos que a sanção no âmbito civil não basta. O principal fundamento para eximir a parte da criminalização da mentira lançada em juízo é a suposta inconstitucionalidade da norma, já que o inciso LXVIII do art. 5º da CRFB/88,

⁸⁸ Leopoldo Camarinha aponta que a prestação de juramento pela parte, antes de começar o depoimento, possui uma dupla função: a da exortação da responsabilidade moral da parte em dizer a verdade, realçando a responsabilidade moral da obrigação, e a de adverti-la de que se ocorrerem falsas declarações haverá o enquadramento no tipo legal do crime de falsidade de depoimento, punido com até 3 anos de prisão ou multa (art. 359º-1 do CP Português). CAMARINHA, Leopoldo. *Código de processo civil comentado*. VIII. Leopoldo Camarinha e Bejnamim Silva Rodrigues. Lisboa: Rei dos Livros, 2015. p. 126.

⁸⁹ Nesse sentido TRP, em acórdão proferido em 19/01/2015, Relator Rita Romeira, processo nº. 3201/12.5TBPRD-A.P1.

nitidamente inspirado na quinta emenda da Constituição Americana consagrou o direito de a parte não produzir prova contra si⁹⁰.

Tal visão, contudo, parece equivocada, pois a parte já possui o dever civil de expor os fatos de acordo com a verdade e, também, possui o direito de ficar calada e não produzir prova contra si, obviamente suportando as consequências processuais advindas dessa atitude. Logo, considerando o dever de boa-fé e os primados éticos que devem nortear a conduta das partes no processo, nada mais salutar do que a tipificação Penal.

3.2. A experiência portuguesa

Mesmo antes da reforma da Lei Processual Portuguesa, a jurisprudência já vinha admitindo a apreciação das declarações não confessórias emitidas pela parte em sede de depoimento provocado pela parte contrária de forma livre pelo Tribunal.⁹¹

O art. 466º do Código de Processo Civil Português, introduzido na última reforma, inovou ao permitir a prova por declarações de parte “sobre factos em que tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento direto”.

Na Exposição de Motivos do acréscimo legislativo, ficou claro que a possibilidade de as partes prestarem suas próprias declarações, se relaciona com à natureza pessoal dos fatos a que se pretende esclarecer.

Por “intervindo pessoalmente”, entende-se o fato que a parte tenha presenciado de forma sensorial, quer pela visão, audição e porque não dizer também pelo tato. Ao estabelecer o requisito do “conhecimento direto”, quis a lei impedir que o depoimento recaísse sobre fatos a cujo conhecimento tenha se dado através de terceiros. Tal regra,

⁹⁰ Op. Cit. p. 308. MIRANDA, Pontes. 1892-1979. “Comentários ...”.

⁹¹ A esse respeito a decisão do STJ em acórdão proferido em 05/05/2015, Relator Gabriel Catarino, processo nº. 607/06.2TBPMS.C1.S1, referente a uma ação proposta em 15/03/2006, sob a égide do Código de Processo Civil anterior.

aliás, aplica-se também ao depoimento das testemunhas, que deverão depor sobre o que têm ciência pessoal ou direta e não sobre o que ouviram dizer.

Carnelutti⁹² entendia que a prova testemunhal deveria ser regida por um sistema único, na qual não se distinguia, do ponto de vista processual, o depoimento de terceiro (prova testemunhal como conhecemos) e da parte, admitindo, contudo, que se pudesse traçar uma distinção segundo o critério de capacidade do testemunho em relação a sua posição no processo.

Como bem apontado pelo parecer da Ordem dos Advogados⁹³ sobre a introdução do dispositivo legal em questão, tais declarações consistem na modalidade de prova na qual a parte assume a qualidade de testemunha de si própria.

Dessa forma, a nova lei equiparou o conteúdo do depoimento da parte ao conteúdo do depoimento do terceiro (testemunha), mas não na forma. É que as declarações da parte poderão ser requeridas até alegações finais, ou seja, após o depoimento das partes e das próprias testemunhas.

A possibilidade de produção desse tipo de prova no final da instrução processual pode gerar um certo tumulto no processo⁹⁴, pois, a despeito da produção de todos os outros meios de prova em direito admitidos no âmbito do processo, as partes sempre terão, como última tentativa de persuadir o juiz, a possibilidade de se valer das suas alegações enquanto meio autônomo de prova.

Não parece ter sido essa a intenção legislativa, já que a própria Constituição Portuguesa (art. 20/4) e a Convenção Europeia de Direitos do Homem (art. 6/1)

⁹² CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: o conceito jurídico da prova*. 2. Ed. São Paulo: Editora Pillares, 2016. p. 190-191.

⁹³ NEGRÃO, Fernando. *O novo código de processo civil comentado*. Fernando Negrão, Paulo Rios e Nélia Monte Cid. Lisboa: Quid Juris, 2013. p. 198.

⁹⁴ A esse respeito o contributo da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, que alertou para a possibilidade de atraso nos julgamentos já que “a norma tenderá a generalizar uma tendência das partes de quererem “desabafar” perante o juiz, que a advocacia não trará, nomeadamente se a outra parte usou desse direito”. (NEGRÃO, Fernando. “*O novo código de processo civil*” *Op. cit.* p. 199).

asseguram um prazo razoável para a duração dos processos, sendo certo que a utilização indiscriminada desta faculdade legal poderia acabar por interferir nessa garantia.

Ademais, a utilização desse meio de prova nos momentos finais da instrução pode vir a surtir o efeito contrário, dando uma impressão ao julgador de falta de robustez no conjunto probatório.⁹⁵

Em sendo assim, nos parece mais razoável que as declarações da parte observassem o mesmo regime do depoimento da parte, sendo colhidas, pois, no mesmo momento processual⁹⁶, quando indispensáveis à solução da controvérsia e não como verdadeiro “coringa” à disposição das partes.

Embora o artigo trate de provas por declarações de parte, da leitura do n.º 1 fica claro que esse meio de prova constitui um direito subjetivo da parte requerente e não das partes, razão pela qual carece de amparo legal o requerimento de oitiva da contraparte a título de declarações, ficando essa possibilidade resguardada para o momento do depoimento da parte. Além disso, tal faculdade destina-se à demonstração de fatos favoráveis a parte declarante, razão pela qual a contraparte sequer possui interesse processual na produção de tal prova.⁹⁷

A marcha processual não retroage, não sendo possível para a parte que já perdeu a oportunidade de tentar extrair a confissão por meio do depoimento da parte se valer, até

⁹⁵ Nesse sentido FARIA, Paulo Ramos de. *Primeiras notas ao novo código de processo civil*. Paulo Ramos de Faria, Ana Luisa Loureiro. 2. Ed. 1ªv.: os artigos da reforma. Coimbra, Almedina, 2014. p. 396.

⁹⁶ Leopoldo Camarinha sugere que, se as declarações forem requeridas antes da audiência final, deverá o magistrado programar a prestação das declarações para após a realização do depoimento da parte ou de forma simultânea, hipótese em que a parte seria ouvida na qualidade de depoente/declarante. Salienta ainda ser desnecessária a realização de mais de um juramento, por configurar situação anômala. (CAMARINHA, Leopoldo. “*Código de processo...*” *Op. cit.* p. 138). No que concerne a realização das declarações após o depoimento da parte, tal solução parece a mais racional e célere a ser adotada, pois, uma vez confessado fatos contrários pela parte, torna-se desnecessária a produção de declarações ou outras provas sobre aqueles mesmos fatos. Sobre a prestação de mais de um depoimento, ressalvamos, apenas, a hipótese de as declarações serem requeridas após a audiência de oitiva do depoimento, situação na qual seria prudente, ao menos, a ratificação do juramento anteriormente realizado para a prestação das novas declarações, tendo em vista a função de exortação do dever moral de fidelidade para com os fatos declarados a que alude o art. 459 do CPC Português.

⁹⁷ Nesse sentido FARIA, Paulo Ramos de. “*Primeiras notas...*”. *Op. cit.* p. 397.

alegações orais, das declarações da contraparte para a demonstração de fatos a ela desfavoráveis não provados ao longo do processo. Em outras palavras, se houver confissão nas declarações essa não será provocada pela contraparte, já que não lhe será permitido, neste momento processual, formular perguntas.

A lei prevê o direito das partes à prestação das declarações, cabendo ao magistrado determinar em qual momento as mesmas serão prestadas. Por uma questão de racionalidade, em sendo realizado o interrogatório da parte ou a prestação de depoimento requerido pela contraparte, parece razoável que as declarações sejam prestadas nesse mesmo momento, já que oriundas da mesma fonte primária (o depoimento colhido), de modo a não separar a prova oral. Evidente, contudo, que se a parte efetuar o requerimento somente na audiência final, não poderá o juiz equacionar a produção da prova oral do modo ora sugerido.

As declarações de parte constituem figura jurídica distinta do interrogatório e do depoimento da parte, razão pela qual não podem ser ordenadas oficiosamente, tampouco requeridas pela parte contrária. Quando requeridas como meio de prova autônomo devem observar a bilateralidade processual, dando conhecimento à parte contrária que poderá, inclusive, usar a faculdade de ser ouvida.⁹⁸

Se a declaração da parte requerente poderá interferir no desfecho do processo, por certo que deverá se oportunizar a contraparte, mormente em situações em que envolvam a sua participação pessoal no evento litigioso (casos de brigas entre particulares, por exemplo) a utilização deste meio de prova, sob pena de nulidade e em exceção a regra da inadiabilidade da audiência (art. 606º do CPC Português).

Observe-se que, diferentemente do depoimento da parte, que em caso de pessoa coletiva⁹⁹ pode ser realizado por preposto com conhecimento dos fatos, em se tratando

⁹⁸ FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum: à luz do código de processo civil de 2013*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 278.

⁹⁹ Pessoa Coletiva (art. 33º do Código Civil Português) equivale a Pessoa Jurídica no Direito Brasileiro (art. 40 do Código Civil Brasileiro).

de situação envolvendo a participação direta da parte a justificar a realização das declarações, faz-se imprescindível a presença contraparte até mesmo por uma questão de controle e validade da prova¹⁰⁰.

Se a função das declarações é justamente a formação da convicção do juiz, faz-se muito importante a presença de todos os envolvidos no momento da narrativa que será exposta. Todas as reações, gestos, expressões corporais e demais impressões transmitidas nesse momento certamente serão levadas em consideração pelo magistrado no momento da decisão¹⁰¹, razão pela qual é salutar o adiamento da audiência para que seja intimada a contraparte ausente¹⁰².

Também não pode a parte requerente se valer do artifício processual de requerer a produção das declarações em audiência final, através de seu mandatário, sem estar presente na assentada para provocar o alongamento injustificado da demanda em razão do adiamento da audiência.^{103 104} Ora, se as partes têm ciência do seu ônus probatório e do momento processual oportuno para a produção de tal prova, entendemos que a ausência da parte requerente na audiência final (art. 456/1 do CPC Português) importa na renúncia tácita a tal prerrogativa.

Assim, advogamos que, nessa hipótese, o requerimento deverá ser indeferido¹⁰⁵, pois a parte não terá demonstrado o *animus probandi*, mas sim o intuito

¹⁰⁰ Pode se dizer, inclusive, que é do interesse da parte requerente que a parte contrária esteja presente no momento da prestação das declarações, de modo a conferir maior transparência e fiabilidade ao depoimento já que se trata, em última análise, da palavra de uma parte (declarante) contra a da outra (contraparte) que nega os fatos constitutivos do direito do autor.

¹⁰¹ Delgado de Carvalho assinala ainda a importância da escolha do momento certo pelo mandatário do requerente para a prestação das declarações, tendo em vista a faculdade legal, pois a formação da convicção do julgador far-se-á, principalmente, pela espontaneidade que vier a ser demonstrada. CARVALHO, José Henrique Delgado de. “A fase de condensação...” *Op. cit.* p. 219-220.

¹⁰² Convém, ainda, salientar que a concepção moderna de contraditório não se restringe somente ao mero direito de reagir, mas ao de influenciar (no sentido positivo) de incidir ativamente no processo (FREITAS, José Lebre de. *Congresso Luso-Brasileiro de direito*. 1, Coimbra: Almedina, 2013. p. 198.)

¹⁰³ Nesse sentido FARIA, Paulo Ramos de. “*Primeiras notas...*” *Op. cit.* p. 397.

¹⁰⁴ Em sentido oposto CORREIA, João, Paulo Pimenta e Sérgio Castanheira. *Introdução ao estudo e à aplicação do código de processo civil de 2013*. Coimbra, Almedina. p. 58.

¹⁰⁵ Paulo Pimenta parece concordar com as nossas razões, entendendo que o adiamento em tais situações pode “servir para intuítos dilatatórios”, mas ressalvando que, considerando a envergadura do direito à prova, em situações que o juiz, “consciencializando-se do eventual relevo das declarações da parte não

procrastinatório¹⁰⁶. Sequer poderá a parte, caso ausente na audiência final, alegar nulidade, já que nesta hipótese seria ela quem lhe teria dado causa (art. 197º/2 do CPC Português). Tal não deverá ocorrer, todavia, se a ausência for devidamente justificada (art. 140º do CPC Português).

Tal situação difere da hipótese em que a própria parte, em audiência final, efetua o requerimento de prestação das declarações, através de seu advogado, sem estar presente. Nessa hipótese, caso esteja ausente a contraparte, entendemos que a audiência deverá ser adiada¹⁰⁷ em razão dos princípios do contraditório¹⁰⁸ e da paridade de armas (art. 4º do CPC Português).

Importante observar que a prestação das declarações é de iniciativa das partes, portanto, não haverá ofensa ao princípio da paridade de armas, a oitiva do depoimento de apenas uma das partes litigantes se a outra, até a apresentação das suas alegações finais, não o fez.¹⁰⁹

A utilização do termo “prova subsidiária” ou a sua classificação em categoria de menor relevo quando da ausência de outras provas nos parece inadequada, pois a

presente na audiência, deverá admitir que o requerimento seja formulado pelo mandatário e a parte ouvida, entretanto”. (PIMENTA, Paulo. *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 358).

¹⁰⁶ O intuito procrastinatório é presumido na presente situação, eis que a parte possuía todas as condições de produzir a prova na plenitude que a lei prevê e decidiu adotar conduta negativa geradora de efeito capaz de alongar o processo.

¹⁰⁷ Em sentido contrário Ramos de Faria, que entende que em ambos os casos (ausência do requerente ou da contraparte) não será possível o adiamento da audiência, pois só a presença em julgamento permite às partes ajustar as suas estratégias processuais. Assevera o autor que o fato de a prova ter sido requerida somente neste momento não deixa a parte em situação diferente em razão deste fato, devendo, acaso queira se acautelar dessa possibilidade, estar presente na audiência final. Sustenta o Autor que “a contraparte não presente goza de idêntico direito, mas optou por não o exercer, não se colocando em condições de o poder fazer, preferindo não comparecer na audiência final”. FARIA, Paulo Ramos de. “*Primeiras notas...*” *Op. cit.* p. 398-399. Cabe citar, ainda, Leopoldo Camarinha, que defende o adiamento quando ausente a parte contrária em atenção ao princípio da igualdade de armas, (CAMARINHA, Leopoldo, *Código de processo...Op. cit.* p. 139) João Correia e Lebre de Freitas, que entendem que, se requerida nos momentos finais, a audiência deverá ser adiada, independentemente da posição da parte que tiver formulado o requerimento. (CORREIA, João. “*Introdução...*” *Op. cit.* p. 58) (FREITAS, José Lebre de. “*A ação declarativa comum...*” *Op. cit.* p. 278).

¹⁰⁸ Pereira Rodrigues lembra que a audiência contraditória (art. 415º do CPC Português) permite à contraparte contrariar, desdizer ou até mesmo, com lealdade, admiti-la como verdadeira. (RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil: os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 42).

¹⁰⁹ Assim decidiu o TRP, em acórdão proferido em 07/11/2016, Relator Jerónimo Freitas, processo n. 1367/15.IT8VIS.P1.

utilização desse mecanismo probatório apresenta maior importância justamente nas situações em que a parte não dispõe de outras formas de demonstrar os fatos objeto da controvérsia ao juízo.

Assim, não é a prova que possui menor valor, já que esta é apreciada de acordo com o livre convencimento do magistrado. O fato de o depoimento ser prestado pela parte ter menor fiabilidade não desqualifica a prova a ponto de fazer dela uma prova menor¹¹⁰, já que o sistema Português não adota a tarifação probatória.

A credibilidade das declarações deve ser aferida dentro de uma perspectiva crítica, sem pré-juízos devido à sua qualidade, em análise conjunta das demais provas, e em concurso com os demais elementos constantes do processo.¹¹¹

Dessa forma, é justamente na situação de ausência de outras provas, por impossibilidade material da sua produção, mas diante, pelo menos, de indícios, presunções ou outros elementos¹¹² que reforcem a declaração firmada, que se revela oportuna e até mesmo indispensável a utilização desse meio probatório.

Mais adequado, nos parece, seria afirmar que as declarações da parte, considerando o sistema processual vigente, possuem um caráter de “prova supletiva”¹¹³, ou seja, apresentam maior pertinência e relevância para a utilização, diante da

¹¹⁰ Logo, as declarações da parte constituem fonte válida para a persuasão racional do juiz, como bem lembra FARIA, Paulo Ramos de. “*Primeiras notas...*” *Op. cit.* p. 395.

¹¹¹ Nesse sentido foi a decisão proferida pelo TRG, em acórdão proferido em 02/05/2016, Relator António Figueiredo Almeida, processo nº. 2745/15.1T8VNF-A.G1. Na citada decisão restou consignado que dentro desse contexto de análise livre e despida de pré-conceitos pelo órgão julgador, a valoração das “respetivas declarações, em concreto, possam merecer muita, pouca ou, mesmo, nenhuma credibilidade”.

¹¹² Pires de Sousa trabalha muito bem a questão das corroborações periféricas, que embora não configurem em provas sobre os fatos controvertidos do processo, podem servir para confirmar teor das declarações prestadas pela parte. (SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 365).

¹¹³ Sobre a natureza supletiva das declarações da parte, João Correia afirma que “O caráter supletivo da prova por declarações da parte é induzido, aliás, por duas circunstâncias. Por um lado, por não ser exigida a sua menção no requerimento probatório, como acontece com os demais meios de proa. Por outro lado, por poder ser requerido até ao início das alegações finais orais em 1 instância, isto é, até ao último momento em que, em curso normal, é possível a produção de prova. (CORREIA, João. *Introdução ao estudo e à aplicação do código de processo civil de 2013*. João Correia, Paulo Pimenta e Sérgio Castanheira. Coimbra: Almedina, 2013. p. 57).

inexistência ou insuficiência de meios adequados para a demonstração dos fatos controvertidos. O vocábulo “subsidiária” dá uma ideia de substituição, ao passo que a palavra “supletiva” de complemento, se encaixando, portanto, melhor no espírito do instituto processual recém criado.

Em um sistema na qual vigora o princípio da persuasão racional, na qual o juiz decide de acordo com seu convencimento motivado, não se justifica a vedação da parte a narrar em juízo os fatos pessoais ou que tenha conhecimento direto de modo a contribuir com elucidação do litígio.¹¹⁴

Importante assinalar que as declarações terão pouca ou nenhuma utilidade acaso se constituam em meras repetições do que consta nos articulados, por mais convincente que seja a entonação do declarante para o juiz. Deverá o depoente, pois, trazer fatos instrumentais ou complementares dos alegados na peça de impulso ou repulsa.¹¹⁵

Pais de Amaral¹¹⁶ defende a utilidade das declarações da parte, principalmente, nos casos em que não é admissível a confissão dos fatos. Nessas hipóteses, a parte, sem a preocupação com possibilidade de incorrer em confissão, tem ao seu dispor um instrumento que colocará a sua versão e os detalhes que lhe são intrínsecos ao contato direto e sensorial do magistrado, podendo, pois, ser uma interessante estratégia processual.

Assim, além das ocasiões em que os fatos não foram presenciados por testemunhas, as declarações da parte assumem relevo de estratégia processual nas situações em que não é admissível a confissão. Na primeira hipótese a utilização desse novo expediente deve ser cautelosa em razão da possibilidade da confissão, sendo que, no último caso, incide o item 3 do art. 466º c/c o art. 361º do Código Civil, que permite a apreciação livre pelo tribunal.

¹¹⁴ CUNHA, António Júlio. *Direito Processual Civil Declarativo à luz do novo código de processo civil*. Lisboa: Quid Juris, 2013. p. 246.

¹¹⁵ Nesse sentido RODRIGUES, Fernando Pereira. *Os meios de prova em processo civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

¹¹⁶ AMARAL, Jorge Augusto Pais do. “*Direito processual...*” *Op. cit.* p. 334-335.

A invovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2013 também alterou o Processo Trabalhista, na medida em que o art. 466º do CPC Português é considerado plenamente aplicável, sendo de especial utilidade nas hipóteses de despedimentos não antecedidos de procedimento disciplinar não presenciados por testemunhas.¹¹⁷

Por incidirem as declarações sobre fatos controvertidos que lhe são favoráveis, as mesmas não podem ser consideradas como suficientes para determinar a verificação desses mesmos fatos, a menos que a sua conjugação com outros elementos de prova permita concluí-lo.¹¹⁸ Deve à parte, pois, apresentar razões materiais minimamente persuasivas.

3.3. Efeitos da declaração da parte

3.3.1. A impossibilidade de repetição das declarações

A Lei Portuguesa é silente quanto a possibilidade de a parte, após ter realizado as declarações, repeti-las em momento processual posterior. Não obstante o silêncio legislativo, considerando que a marcha processual não retroage, bem como, o instituto da preclusão consumativa, nos parece que tal possibilidade inexistente no sistema processual.

Assim, somente fatos novos justificariam a realização a repetição de provas já realizadas, aí incluídas todas as espécies em direito admitidas relativas – exclusivamente – a tais fatos e não sobre aspectos da controvérsia que já estavam anteriormente postos no processo.

¹¹⁷ CORREIA, João. *Código de processo do trabalho anotado à luz da reforma do processo civil*. João Correia e Albertina Pereira. Coimbra: Almedina, 2015. p. 139.

¹¹⁸ Nesse sentido TRG, acórdão proferido em 20/04/2017, Relator Inês Moura, processo n.º. 318/05.6TVPRT.P1.

Nada impede, todavia, que a parte abra mão da faculdade de ser ouvida (novamente) com força de declaração, se acaso já tiver declarado fatos favoráveis em seu depoimento de parte.

Assim, entendemos que, por uma questão de economia processual, poderá a parte requerer, até audiência final, que as razões favoráveis de seu depoimento sejam consideradas para fins de prova por declarações da parte, não havendo a necessidade de repetição do ato para confirmar o que já foi dito em momento pretérito da instrução.

Ainda que o julgador não tenha realizado o interrogatório ou colhido o depoimento com fins de extrair declarações favoráveis, se estas ocorrerem não parece fazer nenhum sentido a sua repetição. Tal, somente serviria para atrasar o andamento do processo, constituindo em providencia inútil e despicienda. Solução mais simples ainda e igualmente eficaz é a simples menção das declarações favoráveis anteriormente realizadas nas alegações orais (art. 604/3 “e” do CPC Português) que antecedem o encerramento da instrução processual.

3.3.2. A possibilidade de confissão

Por não se confundir com o depoimento da parte ou de testemunhas, no regime das declarações da parte não haverá campo para a ocorrência da confissão provocada, já que não é dado a contraparte formular perguntas ao requerente-declarante, nem ao comparte. Evidente que não é vedado ao advogado da parte ex-adversa, pedir esclarecimentos ao declarante dos fatos que estão sendo declarados, cabendo ao juiz indeferir as perguntas que se mostrarem impertinentes.

Importante salientar que a delimitação dos fatos sobre os quais o depoimento irá incidir também se aplica as declarações da parte (art. 452º-2, c/c art. 466º-2, 2ª parte do

CPC Português) ¹¹⁹. Caso a parte proceda uma indicação genérica dos fatos, ao invés de proceder a rejeição liminar das declarações, deve o juízo oportunizar que a parte proceda a indicação discriminada e fundamentada os fatos sobre os quais indica o objeto da prova.¹²⁰

Poderá o magistrado formular perguntas alusivas aos fatos que estão sendo declarados¹²¹, devendo conduzir o depoimento e aplicar multa¹²² em caso de recusa ou falta com a verdade, ou ainda, valorar a recusa na forma do art. 417º do CPC Português. Apesar de a parte indicar os pontos de fato sobre os quais incidirão as declarações, deverá a parte estar pronta a se manifestar sobre todos os fatos de natureza pessoal ou que deva ter conhecimento direto e não apenas daqueles que lhe são favoráveis.¹²³

Também não haverá confissão presumida, já que a parte não tem, nesse instituto processual, o dever de declarar qualquer fato, o fazendo por livre e espontânea vontade de acordo com seu ônus processual.

Todavia, a confissão expressa, ainda que não provocada, poderá ocorrer, mesmo contra a vontade da parte confitente. Aliás, a confissão independe do ânimo da parte de confessar, pois toda vontade se esgota na declaração¹²⁴. Contudo, ainda que não haja vontade da parte da demonstração de fatos desfavoráveis em juízo, é possível a sua ocorrência de forma espontânea.

¹¹⁹ A jurisprudência tem admitido a indicações de que as declarações incidirão sobre toda a matéria fática controvertida. Nesse sentido TRG, acórdão proferido em 12/03/2015, Relator Isabel Rocha, processo nº. 1286/11.TBEPS-B.G1.

¹²⁰ Nesse sentido as decisões: TRC, acórdão proferido em 17/01/2017, Relator Carlos Moreira, processo nº. 143/13.0TBNDN-A.C1 e TRG, acórdão proferido em 11/12/2015, Relator António Santos, processo nº. 7178/11.6TBRRG-A.G1.

¹²¹ Vide artigos 7º, n.º 2, 417º, n.º 1 e 452º, n.º 1 do CPC Português.

¹²² A esse respeito v. Leopoldo Camarinha, *Op. cit.* p. 138.

¹²³ Delgado de Carvalho defende se não estivesse a parte obrigada a falar de tudo relativo aos aspectos fáticos de que tenha conhecimento direto, haveria uma redução da prova ao aspecto meramente complementar das alegações finais do seu advogado, acrescentando que “essa intervenção espontânea tem como único escopo a descoberta da verdade” (CARVALHO, José Henrique Delgado de Carvalho. *A fase da condensação no processo declarativo (à luz da lei n.º 41/2013, de 26 de junho): os temas da prova.* Lisboa: Quid Juris, 2015. p. 219.)

¹²⁴ RANGEL, Rui Manoel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil.* Coimbra: Almedina, 2000. p. 269

As declarações da parte que constituírem confissão serão reproduzidas em ata, passando a ter o valor de prova plena¹²⁵¹²⁶, sem prejuízo daquelas que retratarem fatos desfavoráveis, sem valor confessório¹²⁷, serem apreciadas livremente pelo Tribunal, eis que, de acordo com o conjunto probatório, poderão auxiliar no livre convencimento do magistrado.

3.3.3. O valor probatório do depoimento

Lebre de Freitas¹²⁸ entende que, se utilizada em conjunto com outras provas, as declarações da parte acabam servindo de elemento de classificação do resultado das que foram produzidas ou como prova subsidiária.

Em sendo produzidas provas sem valor confessório, a sua apreciação se dará de forma livre pelo julgador, assim como qualquer outra espécie de prova, considerado o contexto do processo e os demais elementos.

Convém, no entanto, ressaltar o entendimento do TRP¹²⁹, na qual foi firmada a tese no sentido de que, por se tratar de parte com manifesto interesse na ação, a mera

¹²⁵ A doutrina portuguesa faz distinção entre “prova plena” e “prova pleníssima”, sendo a primeira aquela que admite prova em contrário (*iuris tantum*) e a segunda a que não pode ser desconstituída face ao seu caráter absoluto (*iuris et de iure*). (PIMENTA, Paulo. *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 347. Como exemplo de prova pleníssima, podemos citar a presunção do art. 1260º - 3 do Código Civil Português, que considera de má-fé a posse adquirida por violência. No Brasil, tal conceito foi há muito abolido da terminologia legal. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Alguns problemas da prova civil*. p. 24-25).

¹²⁶ Lebre de Freitas em sua paradigmática obra sobre a confissão esclarece que, a despeito a designação legal de que a confissão constituiria prova plena, a mesma possui, em verdade, caráter de prova pleníssima, eis que não admite prova em contrário, somente podendo ser afastada na hipótese de comprovação de vício de vontade na declaração confessória. (FREITAS, José Lebre de. “A Confissão ...” *Op. cit.* p. 835-837).

¹²⁷ Didier Jr. Esclarece que “não é qualquer fato que pode ser objeto de confissão. Para que a confissão exista, é preciso que se trate de fato desfavorável ao confitente e favorável ao adversário”. (DIDIER JR., Freddie. *Regras processuais no Código Civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90). Partindo desse pressuposto, é possível que, em seu depoimento, a parte preste declaração que não lhe é favorável e também não o é ao seu adverso. Tal declaração, no entanto, servirá de elemento circunstancial no processo e poderá ser livremente valorada e apreciada pelo Tribunal, em conjunto com as demais provas. A título exemplificativo, declarações que coloquem em xeque a honestidade, caráter e boa-fé da parte, ainda que em determinado contexto não venham a importar em confissão, podem e certamente serão objeto de valoração pelo julgador.

¹²⁸ FREITAS, José Lebre de. “A ação declarativa comum...” *Op. cit.* p. 278.

¹²⁹ Acórdão proferido na Apelação nº. 216/11, relatado pelo Desembargador António José Ramos.

alegação da parte sem o auxílio de outros meios probatórios não deve ser acolhida pelo órgão julgador.

De fato, a mera alegação, ainda que ratificada pela declaração da parte na pessoa do Estado-Juiz não parece ser capaz de produzir qualquer prova, cabendo citar a expressão em latim “*allegatio et non probatio quasi non allegation*” (alegar e não provar é quase não alegar).

Ocorre que as declarações da parte ganharam status legal de prova. Logo, em um eventual processo na qual se instalou uma controvérsia e a única prova possível é a declaração da parte, não existe óbice para que a demanda seja julgada procedente.

A fiabilidade das declarações deve ser aferida de acordo com a hipótese concreta e não em razão do interesse inato e indissociável que a parte declarante possui com o desfecho da demanda, já que, se a lei não presumiu a falsidade do conteúdo das declarações, não deve o julgador fazê-lo. Interpretação diversa esvaziaria o conteúdo do instituto e o alçaria a qualidade de “prova menor” (ou supletiva, como entendem alguns), o que não consta do texto legislativo em vigor.

O fato é que cada processo revela uma situação muito particular. Em alguns casos não há como se obter provas diretas sobre o fato que se pretende provar, apesar de as circunstâncias e regras de experiência permitirem concluir em um ou outro sentido. Se a palavra de um terceiro, desinteressado, possui a capacidade de decidir o destino de um processo por que não se conferir o devido valor ao testemunho daquele que melhor pode elucidar o fato?

O juiz não está obrigado a cancelar uma declaração, mas pode (repita-se, pode), em alguns casos muito singulares, se amparar no depoimento da parte, mormente quando se comprovar a impossibilidade material de produzir outras provas. Pode o juiz, ainda, determinar a acareação das partes (artigo 523.º do CPC Português).

Embora a lei não preveja de forma expressa, parece perfeitamente possível que o juiz, oficiosamente, determine a acareação entre partes diretamente envolvidas em determinado fato, de modo a tentar esclarecer as circunstâncias pelas quais o mesmo se deu e que constituem os indícios constantes dos autos, ou mesmo para tentar apurar as contradições.

Importante observar, ainda, que o art. 523º do CPC de Portugal fala em acareação das pessoas em contradição. Não há dúvida que as partes diretamente envolvidas nos fatos objeto do litígio se enquadram no conceito de pessoa para fins do que preleciona o dispositivo legal.

O principal efeito das declarações quanto a sua valoração decorre da literalidade da lei e consiste na possibilidade de livre apreciação do depoimento pelo Tribunal (art. 466/3 do CPC Português).

3.3.4. Possibilidade de utilização diante da existência de outros meios de prova

As declarações da parte não se limitam a hipótese de inexistência absoluta de outros tipos de prova, já que, como se sabe, não compete a parte simplesmente provar os fatos alegados, mas, principalmente, convencer o juiz, que é o destinatário final da prova, sobre a veracidade das informações postas em juízo.

Em situações mais complexas, a demonstração dos fatos controvertidos deve se dar à exaustão, devendo a parte fazer uma demonstração completa daquilo que se alega. Nesse contexto, assume particular relevância a inovação trazida pelo legislador de 2013, pois a mesma permite também a concatenação dos outros dados probatórios contidos no processo, de modo a construir a chamada “prova cabal” do alegado.

Mesmo que o fato a ser provado tenha sido demonstrado por documentos ou testemunhas, ainda assim, persiste o interesse da parte interessada em fazer a ligação dos acontecimentos através das suas declarações.

Nesse contexto, as declarações atuam como novas provas de caráter confirmatório, a emprestar aos fatos um grau adicional de credibilidade no convencimento do julgador. Vale dizer, produzir o esgotamento dos fatos através da sua submissão a diferentes meios probatórios equivale a chamada “prova cabal” do alegado e se revela prática desejável em situações que possam colocar em dúvida a percepção do homem médio.

Em muitas situações, apenas da leitura dos articulados, já tem o julgador a sua “sentença”, baseada em toda a sua formação pessoal e na sua experiência decorrente de casos anteriormente julgados. Mas há casos que fogem à regra. Exceções existem e não são simples de serem demonstradas. É nesse cenário que se revela fundamental a possibilidade de utilização das declarações.

Se desincumbir convenientemente de seu ônus processual é objetivo de todo bom advogado e a prova por declarações de parte, se não vulgarizada, mas utilizada nos momentos em que o processo “pede” uma complementação, pode ser mais um instrumento a atingir o objetivo maior de busca da verdade real.

3.4. Críticas ao sistema português

A possibilidade de a parte requerer a realização do depoimento a qualquer tempo, enquanto não encerrada a instrução processual, parece desarrazoada¹³⁰. Em não havendo fatos novos a justificar a excepcionalidade da produção da prova em momento posterior, não parece haver fundamento para o fracionamento da prova oral.

¹³⁰ Nesse sentido foi o parecer do Conselho Superior do Ministério Público que entendeu “(...) cremos que se trata de prazo excessivamente alargado, devendo talvez ser antes fixado de acordo com o previsto para a prova testemunha no art. 552.º, n.º 2 – juntamente com a petição, a contestação e a réplica - e no art. 598.º - até 20 dias antes da data em que se realiza a audiência de julgamento.

É intrínseco ao processo oral a concentração da maior parte dos atos instrutórios por ocasião da audiência. Assim, não se repete o depoimento da parte, pois, uma vez prestado, preclui a oportunidade de produzir a prova. Da mesma forma com relação a produção da prova testemunhal, que deve ser realizada em um momento único.

Em sendo as declarações da parte gênero da espécie prova oral, deveria a mesma ser produzida neste mesmo momento processual, preferencialmente, após a realização do depoimento da parte já que, não faz sentido a parte fazer declarações sobre aquilo que já confessou e que, portanto, não admite prova em contrário.

Ou seja, solução mais racional, considerando as regras de distribuição do ônus da prova, em uma lide envolvendo duas pessoas físicas com interesse na oitiva de depoimentos pessoais recíprocos e prestação de declarações à requerimento, além de testemunhas, o ideal seria, em primeiro lugar se ouvir o depoimento pessoal do Autor. Se deste resultasse a confissão, resolver-se-ia o processo. Em seguida, em não havendo confissão, prosseguir-se-ia com as declarações de parte do Autor, depoimento de parte do Réu, suas declarações de parte para só então ouvir as testemunhas.

Saliente-se que a produção das declarações em conjunto com as demais provas não irá eliminar o seu caráter classificatório ou convalidador das demais provas ou elementos dos autos, ainda que estes venham a ser produzidos a posteriori (pela oitiva de testemunhas que venham a confirmar a declaração da parte, por exemplo).

Discordamos do caráter “coringa” das declarações da parte, no sentido de servirem as mesmas para tentar “salvar” processo cuja instrução tenha se revelado deficiente. Não foi essa a intenção legal¹³¹, nem deve esse o escopo da parte.

¹³¹ Rui Pinto defende que está claro no espírito da norma o seu caráter classificatório das demais provas, na medida em que reconhece não haver problema no fato de a parte ter assistido a todos os depoimentos e atos prévios do processo para só depois, ao final, apresentar a sua versão dos fatos e diz “o fito do instituto não é permitir à parte esclarecer-se por estar em estado de ignorância do prévio desenrolar da audiência final. (PINTO, Rui Gonçalves. *Notas ao código de processo civil*. Coimbra: Coimbra editora,

Uma solução interessante para evitar o prolongamento do processo, seria a de o juiz, enquanto gestor do processo, intimar as partes, antes da realização da audiência final, para que manifestem se têm interesse na produção da prova por declarações de parte, situação que oportunizaria a contraparte o seu comparecimento na audiência de julgamento, evitando a alegação de nulidade.

Evidente que em se tratando de um direito subjetivo da parte, ainda que uma das partes venha dizer que não possui interesse, ou caso silencie diante da intimação judicial, não ocorrerá a perda da oportunidade de requerer as declarações, desde que requerida até as alegações orais. Nessa hipótese, entendemos que a audiência deverá ser adiada para não ocorrer ofensa aos princípios do contraditório e da paridade de armas, já que a oitiva dessas declarações sem a presença da outra parte poderia prejudicar a fiabilidade do depoimento e até mesmo a percepção do juiz. Uma coisa é mentir diante de estranhos, outra coisa é mentir diante daquele que presenciou o fato na sua plenitude e tem a exata noção da dinâmica dos acontecimentos.

3.5. Aplicabilidade no processo brasileiro

Embora inexista óbice para que as declarações favoráveis constantes do depoimento pessoal sejam utilizadas, tal prática não faz parte da cultura judicial do Brasil, sendo raro observar a sua utilização, quer no processo civil, quer no processo do trabalho, cuja parte de produção das provas encontra-se regulada, na sua maior parte, na lei processual civil.

2014, p. 283). Ao nosso sentir, essa interpretação não é a melhor, pois se as declarações da parte servem ao processo como meio de prova, é importante se preservar a genuinidade do depoimento, o que é incompatível com ciência prévia da parte de todos os atos do processo. Nos parece, pois, que se requerida ao final, a despeito da possibilidade de ter requerido a sua produção em momento anterior, nessa hipótese, o valor probatório do depoimento fica reduzido justamente pela convergência natural que a parte poderá se valer, concatenando as suas declarações com os demais indícios e elementos existentes nos autos.

Além de não se permitir a utilização das declarações proferidas pela parte no depoimento requerido pela parte contrária, ela também não dispõe da faculdade de requerer essas declarações com efeito probatório.¹³²

Não há porque marginalizar esse tipo de prova, já que não se trata de prova ilícita, não sendo, portanto, vedada pelo ordenamento jurídico. Além disso, a estratégia de requerer o seu próprio depoimento é processualmente arriscada, já que, das declarações poderá resultar a confissão real.

Garantir às partes o direito fundamental à prova na sua plenitude é providência inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, que não admite qualquer limitação indevida ou censura por parte Estado no que se refere ao amplo direito de defesa que a Constituição assegura aos litigantes.

Diferentemente do que ocorre em Portugal, não há no Brasil a classificação legal da confissão como prova plena (ou pleníssima), razão pela qual há quem sustente¹³³ que a sua ocorrência não importa no encerramento do direito à prova.

A condição básica que confere ao terceiro a capacidade de testemunhar é o fato de ser desinteressado no processo, já que, do contrário, incidiria o óbice do art. 447 do CPC/15. No caso da parte, em razão justamente do indissociável interesse que a mesma possui no resultado do processo, a fiabilidade do depoimento prestado é reduzida.

¹³² Sergio Pinto Martins, embora entenda não ser possível a produção de prova a partir das declarações favoráveis contidas no depoimento pessoal, reconhece, além da função de extrair a confissão, o papel de auxiliar o juiz a esclarecer fatos do processo e delimitar a prova. (MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 331 e 335).

¹³³ Nesse sentido Eduardo Cambi que sustenta que “a confissão se refere ao fato, não à qualificação jurídica, podendo o juiz dar a ele enquadramento jurídico diverso” e afirma que em razão dessa liberdade do juiz em dar o enquadramento jurídico ao fato confessado, não estaria o mesmo sujeito à regra que impede a oitiva de testemunhas sobre fatos já confessados. (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 136-137). Esse entendimento, no entanto, diverge da maior parte da jurisprudência, que entende que não constitui violação a direito de defesa o julgamento antecipado da lide em razão da confissão (súmula 74, II do TST).

Nesse espeque, faz-se necessária a introdução de dispositivo de lei, alterando o código de processo recém-publicado para permitir, de forma expressa e inescusável, a utilização das declarações da parte como meio de prova típico e autônomo.

A especificação das declarações da parte como meio de prova típico eliminará dúvidas quanto a sua admissibilidade, permitindo que a matéria seja regulamentada de acordo com as peculiaridades do processo civil brasileiro.

A experiência portuguesa foi bem-sucedida e, a partir da observação da sua utilização na prática judiciária, podemos adaptá-la às peculiaridades do processo brasileiro.

No Brasil, em hostes trabalhistas, particularmente em ações envolvendo a responsabilidade civil do empregador por ato de seu empregado envolvendo assédio sexual ou moral, acreditamos se revelar possível a utilização do depoimento pessoal da parte, através da invocação do instituto Português, já que a Lei Trabalhista prevê a utilização do direito comparado para a supressão das lacunas normativas (art. 8º da CLT).

O art. 140 CPC/15, aplicável supletivamente ao processo do trabalho por força dos artigos 769 da CLT e art. 15 do CPC/15, é cristalino ao impedir que o juiz se exima de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Ora, em sendo o art. 466/1º do CPC Português uma regra da qual decorre a admissibilidade de um meio de prova e, tendo em vista a determinação Celetista para que a Justiça do Trabalho decida, dentre outros, pelo direito comparado de maneira a fazer prevalecer o interesse público sobre o particular e, considerando o direito à prova, parece perfeitamente possível a integração normativa.

A falta de norma específica para solucionar esse tipo de problema não pode ser invocada pelo juiz, até porque a ausência de lei não corresponde a ausência de direito, que é um valor maior que a própria norma.

4. Proposta de alteração legislativa

4.1. Principais fundamentos para a mudança da lei brasileira

No Brasil a litigiosidade é um fenômeno que vem aumentando a cada dia. Sem entrar no aspecto cultural que envolve essa questão, o fato é que o Poder Judiciário não tem conseguido acompanhar essa crescente demanda.

Esse quadro, por óbvio, compromete a qualidade das decisões. O que se afere no dia-a-dia forense é a alegação comum de falta de tempo por parte dos magistrados. Se tempo não sobra para conduzir uma instrução observando o rol de provas previstas na legislação, evidente que as declarações de parte, por não possuírem regulamentação legal, não haverão de serem deferidas por juízes já tão assoberbados de processos.

Portanto, somente através de uma alteração legislativa é que se poderá romper – definitivamente – com uma cultura doutrinária e jurisprudencial que sempre esteve presente no direito brasileiro, mas que não se mostra muito justa diante de situações concretas nas quais as únicas provas são as palavras da vítima e do agressor.

A solução até então foi adotada e que não nos parece adequada é a da dupla punição à vítima. Em primeiro, pelo agravo que sofrera. Depois, por não poder se socorrer do Poder Judiciário para ter tais lesões reparadas quando não dispõe de outras provas além da sua própria palavra, ainda que amparada em outros indícios, elementos e circunstâncias.

No sistema processual moderno, não pode o juiz se recusar a prestar a jurisdição (art. 5º. Inc. XXXV da CRFB/88), sendo obrigado decidir com base nos elementos constantes dos autos e que, nem sempre, correspondem a verdade ocorrida¹³⁴, mas que

¹³⁴ Nesse sentido BORGES, Leonardo Dias. *Direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 126.

deve ser alcançada. Dessa forma, quanto maior for o direito à produção probatória da parte, mais legítima será, por via de consequência, a decisão judicial a pôr fim ao litígio.

Dessa forma, à luz de tudo que já fora exposto, elencamos sinteticamente como fundamentos para a alteração na lei as seguintes proposições:

- Concretizar o sentido pleno do direito constitucional à prova;
- Evitar a produção de decisões que levem a improcedência da ação por falta de provas;
- Conferir maior responsabilidade às partes quando da prestação das declarações em juízo, tornando o processo mais ético;

A lei já confere valor probatório a palavra da mulher em caso de violência doméstica e até mesmo da criança e adolescentes em situações familiares ou de vulnerabilidade¹³⁵. Ora, se até mesmo um menor impúbere, incapaz e inimputável tem da sua fala efeitos jurídicos em seu benefício, por que não permitir a declaração favorável do maior, capaz e sob a possibilidade de punição nas esferas civil e penal, seja devidamente valorada?

A premissa, em ambos os casos é a mesma, assim como o objeto: o depoimento da vítima. Aliás, no caso das declarações da parte, não apenas da vítima, mas também a parte supostamente culpada (e presumidamente inocente – art. 5º, LVII da CRFB/88) que tenha intervindo pessoalmente ou que tenha conhecimento direto dos fatos poderá prestar as declarações para reforçar a sua tese. Assim como deve-se repelir a improcedência por ausência de provas (quando é possível produzi-las) também se deve combater a procedência sem o direito pleno de resistência, sendo as declarações, mais um instrumento à disposição da parte acusada.

¹³⁵ A jurisprudência pátria tem entendido, em se tratando de crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes, a inquirição das vítimas através do chamado "depoimento sem dano", na qual a mesma é ouvida através de profissional preparado e em ambiente diferenciado (Nesse sentido STJ HC 244559/DF - 2012/0114339-7 – 6ª Turma, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 20/04/2016).

Não se está a defender o uso disseminado desta prática, mas sim a possibilidade. O que se pretende que o instrumento seja franqueado às partes.

Em que pese não existir para o magistrado diferenciação na força probante dos elementos que lhe são postos à apreciação, não se pode olvidar que algumas provas são, por sua natureza, mais contundentes que outras. Logo, caberá ao órgão a apreciação fundamentada sobre o efeito da prova no caso concreto.

4.2. Antecedentes legais no Direito Brasileiro

Após a divisão dos poderes, reconhecida pela Constituição de 1824, a ciência processual passou a ser mais delimitada. Em 1832 foi promulgado o Código de Processo Criminal de primeira instância, com a disposição provisória sobre a administração da justiça civil, em 27 artigos que contemplavam, dentre outros, regras de inquirição de testemunhas.

O Decreto 737, de 25 de novembro de 1950 (conhecido como Regulamento 737) já fazia menção a expressão “depoimento da parte contrária” e era claro ao vedar a produção de efeitos oriunda de declaração favorável contida nesse depoimento.

O Código de Processo Civil de 1939 não condicionava o depoimento pessoal à iniciativa da parte contrária, tendo o Código de 1973 inovado nesse sentido e o de 2015, mantido tal a regra.

Com relação aos seus efeitos, diferentemente do que dispunha o Regulamento 737/50, nenhum dos códigos de processual civil vedou a utilização das declarações favoráveis como fonte do convencimento do juiz.

4.3. Pontos que necessitam de mudança

Há duas formas de se introduzir as declarações de parte no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira, mais simples, pela inclusão de dispositivo específico no Código de Processo Civil Brasileiro, de modo a tipificar o meio probatório e garantir esse direito aos litigantes.

Na regulamentação estamos a propor, a parte, assim como a testemunha, deverá compromissada e advertida na forma do art. 458 do CPC/15. O compromisso em dizer a verdade equivalerá ao juramento que existe no Direito Lusitano e servirá a um só tempo para ressaltar o caráter de obrigação civil e cívica que é intrínseco à prestação das declarações e também para alertar sobre as consequências criminais na hipótese de constatação de falsidade do depoimento.

Por ser o Código de Processo Civil fonte de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho, a inclusão de um dispositivo na legislação processual civil, produziria os mesmos efeitos no processo laboral, já que adequado ao que disciplina o art. 769 da CLT. Aliás, nesse mesmo sentido nos reportamos ao art. 15 do CPC/15, que também impõe a aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho.

A segunda, mais completa e que ora propomos é a de uma alteração e adequação de toda a legislação material e processual que rege a matéria, de modo a adequar os institutos, meios de prova e efeitos da sua produção. Todas as alterações, no entanto, serão realizadas em legislação com status de lei ordinária (formal), cuja aprovação depende de maioria simples dos membros do parlamento (art. 47 da CRFB/88).

No Código Civil, duas mudanças, uma significativa e outra singela. De início, concordamos com a posição de Gagliano e Pamplona Filho¹³⁶ que sustentam não ser

¹³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume I: parte geral*/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 482. Sobre as restrições, os autores apontam as

adequada a enumeração de provas em rol exaustivo na lei, sendo mais adequada apenas a menção de que se “prova o fato jurídico por qualquer meio lícito e legítimo, respeitadas apenas as restrições de ordem constitucional”. Tal mudança, ao nosso ver, possui um indicativo de valor que prestigia o direito à prova, estando em harmonia com a Constituição.

A segunda mudança, de ordem mais prática e racional é alteração do inciso I do art. 212 para substituir a palavra “confissão” por “depoimento pessoal ou de parte”. Não há dúvidas que do depoimento se pode extrair ou obter a confissão. Contudo há doutrina que diverge sobre ser a confissão um meio de prova em si. Com essa alteração, ajustaremos a legislação gerando, pois, maior segurança jurídica.

Além de incluirmos um dispositivo específico no Código de Processo Civil e ajustarmos a redação do Código Civil, estamos propondo o ajuste da redação do art. 848 da CLT para substituir a palavra “interrogar” pela expressão “tomar o depoimento”. O depoimento, por evidente, poderá ser o pessoal ou o de parte. Outros ajustes oportunos também estão sendo propostos, como a adequação da legislação a EC 24/1999, que extinguiu a representação classistas¹³⁷, para eliminar o uso de palavra estrangeira e para substituir a palavra “litigantes” por “partes”, já que é da própria índole do processo do trabalho a conciliação e não o litígio.

Nossa proposta, por fim, enfrenta o tema mais polêmico, mais, por se tratar de um projeto completo, não poderia deixar de estar contemplado. Estamos nos referindo a tipificação penal do delito de falso depoimento.

Ora, se a testemunha e o perito, que são terceiros desinteressados na relação processual, podem ser penalmente punidos caso venham a prestar declarações falsas em

provas ilícitas e ilegítimas, razão pela qual, entendemos desnecessária a menção a tais restrições no texto legal.

¹³⁷ Antes da EC 24/1999 as decisões da Justiça do Trabalho eram decididas também por representantes dos sindicatos laboram e patronal, em conjunto com o juiz togado.

juízo, por quê se admitir que as partes, diretamente interessadas no processo saiam ilesas de uma falta tão reprovável do ponto de vista ético e moral?

A alteração ora proposta visa conferir maior fiabilidade aos depoimentos prestados pelas partes, inclusive quando a mesma assume a qualidade de testemunha de si própria (ao prestar as declarações de parte que estamos propondo).

A alteração em questão representa uma ruptura com o modelo que contribui para o desvirtuamento do processo. Cada vez mais, com a evolução da sociedade e do próprio direito processual, é de se buscar uma atitude mais transparente e compromissada das partes.

Temos plena consciência de que a proposta em questão representa a quebra de um paradigma, mas também sabemos que a sociedade anseia por decisões judiciais de melhor qualidade. A propriedade da decisão não advém somente da erudição dos atores processuais, mas também das regras jurídicas que servem de esteio para todo o caminhar do processo.

Em anexo ao presente trabalho estamos realizando o projeto de lei em si, da forma como concebemos para envio ao Congresso Nacional através de uma representação parlamentar que se interesse pelo tema.

5. Conclusão

As declarações favoráveis da parte têm relevância para o processo. Em verdade, sempre tiveram, pois de um jeito ou de outro, acabam influenciando na percepção do julgador-coletor-das-provas. Se tais declarações podem e, de fato, são utilizadas pelo magistrado na formação do seu convencimento, então, por qual motivo não permitir que esse expediente se traduza em uma garantia processual?

O processo não é um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento para a realização de uma necessidade humana: a da concretização da justiça.

Nesse espeque, mormente em situações em que não há outros meios possíveis para a comprovação dos fatos alegados pela parte, se mostra perfeitamente possível a utilização desse meio - atípico - de prova com a legislação em vigor.

Deve ser observado que tal faculdade não importará em violação ao devido processo legal, eis que não há letra de lei expressa vedando tal expediente, além do fato de que será a própria parte quem suportará os riscos da sua estratégia, podendo, inclusive, confessar eventuais fatos que lhe sejam desfavoráveis.

As leis processuais devem acompanhar a evolução dos tempos, refletindo a opinião política e conhecimento jurídico da época em que se aplicam. Em sendo assim, revela-se mais do que oportuna a inclusão de dispositivo expresso que permita e regule a prestação das declarações da parte enquanto meio de prova e direito subjetivo das mesmas.

Não se pode permitir a manutenção de um sistema que desconsidere a relevância da percepção pessoal do magistrado na colheita da prova. Se o juiz pode se influenciar com um depoimento colhido em sede de interrogatório ou de depoimento requerido pela

parte contrária e valorar tal prova de acordo com o seu (livre)¹³⁸ convencimento, por que não conferir as partes o direito (garantia) de se valer desse meio de prova?

Barbosa Moreira¹³⁹ demonstra que as pessoas e coisas “podem servir de fontes de prova, mediante o exercício, pelo juiz, de seus sentidos”. Parece ilógico permitir que dessa mesma fonte primária (as pessoas) somente se possa produzir provas em favor de uma das partes litigantes. Esse entendimento claramente fere o princípio da paridade de armas, já que, não há dúvidas que em um litígio na qual somente vítima e agressor presenciaram, a palavra da vítima somente poderá ser utilizada em seu desfavor.

E nem que se diga que a paridade de armas está garantida, pois a palavra do agressor também só poderá ser utilizada em seu desfavor. A “arma” ora em debate é o depoimento. Se ele é o único meio de prova disponível, limitar a sua eficácia ao conteúdo negativo traz benefícios somente para o agressor que se nada falar ganhará o processo em razão da falta de provas produzidas pela vítima. Será essa solução justa?

A confissão é um efeito do depoimento, mas não é o único. As declarações não confessórias também possuem relevância e repercussão jurídica, sendo elementos hábeis na construção do convencimento do julgador.

Processo justo é aquele que é decidido à luz da ampla defesa e do contraditório pleno. Indeferir uma pretensão por falta de previsão legal do meio de prova requerido, frustra não só a parte, diretamente prejudicada, mas ao sistema como um todo.

¹³⁸ O CPC/15 aboliu a expressão “apreciar livremente a prova” (art. 131 do CPC/73). De acordo com a nova lei, o convencimento permanece motivado e vinculado às provas produzidas (art. 371 do CPC/15), contudo, procurou-se retirar o elemento subjetivo dos juízes e tribunais. Apesar da eliminação do “livremente” o juiz permanece, no sistema atual, soberano na apreciação da prova. Nery Junior e Andrade Nery sustentam que com a supressão do advérbio “livremente” não pode mais o juiz rejeitar pretensões com fundamentação insatisfatória calcada apenas no seu “livre convencimento”, tendo o código criado uma responsabilidade política do juiz, na qual a fundamentação ganhou maior destaque, em detrimento do sentimento pessoal do julgador. (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 371-372).

¹³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos “*Anotações sobre o título da prova...*” *Op. cit.* p. 14.

Carnelutti¹⁴⁰ destacou em sua obra a insatisfação com situações em que as provas disponíveis não são suficientes para a reconstrução precisa dos fatos da causa. O autor classificou como extremamente penosa a realização de uma condenação sem estar certo da sua autoria, como também, de absolvição sem a certeza da sua inocência e concluiu “havendo suposta incerteza, corre-se o risco de cometer uma injustiça. É em casos como esses que o processo fracassa em seu objeto”.

Mesmo nos casos em que a lei prevê o meio de prova adequado para a comprovação dos fatos alegados, como por exemplo a prova do pagamento do salário (art. 464 da CLT) e jornada de trabalho de empresa com mais de 10 empregados (art. 74, §2º da CLT) parece possível a utilização das declarações requeridas pela própria parte, desde que se trate de circunstâncias especiais, como por exemplo, a prova do salário para um empregador doméstico (o qual não pode ser submetido ao mesmo rigor a que são submetidas as pessoas jurídicas) ou o controle de horário dos empregados de uma empresa cujo setor onde ficavam arquivadas tais informações foi incendiado com a deterioração de tais documentos.

Como se vê, as declarações da parte possuem não apenas um caráter meramente supletivo ou classificatório das demais provas produzidas, mas a depender do caso concreto, podem representar um importante elemento a ser valorado pelo julgador.

Ao longo do presente estudo procuramos deixar clara a importância do instituto que possui uma característica, no mínimo, curiosa: é antigo e novo ao mesmo tempo. No que tange à primeira, as declarações da parte advêm do fato de elas constituírem uma consequência do interrogatório ou do depoimento requerido pela parte contrária. Quanto a última característica, esta advêm do fato de o direito subjetivo à prestação das declarações se tratar de recente alteração legislativa no ordenamento jurídico português e ainda não estar contemplada pela legislação brasileira.

¹⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Francesco Carnelutti; tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2008. p. 59-60.

Dessa forma, a pesquisa realizada necessita de constante atualização. A observação da jurisprudência e da evolução doutrinária certamente poderá levar à alteração de algumas conclusões aqui chegadas, razão pela qual o tema proposto demanda maior aprofundamento e aperfeiçoamento.

Anexo

Projeto de lei

Altera as Leis nº. 13.105/2015, 10.406/2002 e os Decretos-Lei nº. 5.452/43 e 2.848/40, para tipificar e regulamentar a prova por declarações da parte e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Altera a redação da Sessão IV do Capítulo XII do Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/2015 e acrescenta o artigo 388-A:

Seção IV

Do Depoimento Pessoal e das Declarações da Parte

Art. 388-A. As partes podem requerer a prestação de declarações sobre fatos em que tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento direto.

§1º As declarações das partes serão colhidas imediatamente após o depoimento pessoal, se requerido pela parte contrária, ou se realizado de ofício pelo juiz.

§2º O julgador apreciará livremente as declarações das partes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto ou em conjunto com os demais elementos dos autos, salvo se as mesmas constituírem confissão.

§3º Aplica-se a parte depoente, inclusive em sede de depoimento pessoal, o disposto no art. 458 e § único deste código.

Art. 2º. Altera a redação do inciso I do art. 212 do Código Civil, Lei nº. 10.406/2002, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado por qualquer meio lícito e legítimo, inclusive mediante:

I – depoimento pessoal ou de parte;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V - perícia.

Art. 3º. Altera a redação do art. 848 da CLT, Decreto-Lei nº. 5.452/43, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 848 - Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o juiz, interrogar de ofício ou, a requerimento, tomar o depoimento das partes.

§ 1º - Findo o depoimento, poderá qualquer dos litigantes retirar-se, prosseguindo a instrução com o seu representante.

§ 2º - Serão, a seguir, ouvidas as testemunhas, os peritos e os técnicos, se houver.

Altera a redação do art. 342 do Código Penal, Decreto-Lei nº. 2.848/40, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Falso depoimento ou falsa perícia

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade em depoimento, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Justificativa

O projeto prevê a alteração da sessão IV do Capítulo XII do Código de Processo Civil para tipificar as declarações da parte. Para tanto, acrescenta o art. 388-A que prevê o direito ao requerimento das declarações de parte como meio autônomo de prova.

Sua inclusão na legislação se impõe para garantir que, principalmente nas ações que versem sobre fatos na qual somente agressor e vítima presenciaram, seja possível uma solução judicial que não o indeferimento da pretensão “por ausência de provas”. A inclusão desse meio de prova no ordenamento pátrio representa, pois, uma garantia processual em prestígio ao direito à prova, consagrado na Constituição.

Para racionalizar a sua aplicação, o dispositivo legal estabelece que a produção das declarações ocorrerá imediatamente após o depoimento pessoal, já que, caso dele resulte a confissão, estarão dispensadas a produção de outras provas ante a ausência de controvérsia fática.

Há a indicação, ainda, de que a apreciação se dará de forma livre com ou sem a existência de outros elementos, cautela que se dá para abarcar aquelas hipóteses na qual o fato controvertido não foi testemunhado por terceiros ou passível de prova por outros meios.

Unifica-se o regime de compromisso já prestado pelas testemunhas, garantindo um processo mais ético, tendo em vista a possibilidade de responsabilização na esfera criminal se comprovada a falsidade nas declarações prestadas. Além disso, reforça-se a ideia de dever moral da parte declarante, já que estará formalmente compromissada e com a sua palavra empenhada.

Com relação ao artigo 212 do CC, inicialmente retiramos o caráter aparentemente exaustivo das provas que estão lá elencadas para deixar clara a possibilidade de prova do fato jurídico através de qualquer meio lícito e legítimo. Alterou-se o inciso I que elencava a confissão como meio de prova para incluir o “depoimento pessoal ou de parte”, que passa a ser meio de prova típico ao invés da confissão que é apenas um dos efeitos possíveis do depoimento pessoal (ou da parte), gerando maior certeza e segurança às partes no processo.

Quanto ao artigo 848 da CLT, a proposta adequa a redação do dispositivo a EC 24/1999 que extinguiu a representação classista e elucida o direito das partes ao depoimento. Aproveita para eliminar a expressão estrangeira “ex officio” contida na legislação nacional, prestigiando o uso do vernáculo e simplificando a compreensão ao texto legal. Também o “interrogatório” pelo “depoimento”, quando se refere ao depoimento das partes, deixando claro que o processo do trabalho adotou esse sistema. Por fim, substitui a palavra “litigantes” por “partes”, tendo em vista o princípio conciliatório que norteia a justiça especializada.

Tipifica, ainda, a hipótese de crime de falsidade no depoimento, inclusive quando a parte é “testemunha de si própria”, de modo a conferir maior fiabilidade aos depoimentos prestados.

A ruptura com o modelo que “permite” às partes mentir em juízo sem que dessa conduta resulte maiores consequências dar-se-á sem a criminalização da sua estratégia de defesa, na medida em que o atual CPC inovou ao estabelecer o direito (civil) de a

parte não produzir prova contra si. Desta feita, uma vez intimada para prestar depoimento a parte poderá não comparecer, suportando o ônus processual decorrente da sua conduta ou, se comparecendo, expor os fatos em conformidade com a verdade ou ainda ficar calada. Não poderá, no entanto, mentir.

Trata-se de uma proposta que altera o paradigma e contribui para a duração razoável do processo (art. da CRFB/88), já que o que tem se verificado em muitos casos é a criação de uma controvérsia artificial, fruto do desvirtuamento dos fatos, o que causa enorme prejuízo para as partes e ao próprio erário público, tendo em vista o custo de manutenção do processo, o que justifica mudança ora apresentada.

Índice de jurisprudência

Decisões de Tribunais Brasileiros

STF – ADI 1082/DF, Tribunal Pleno, Relator: Min. Marco Aurélio, DJe 30/10/2014.

STF RE 96551/PR, 2ª Turma, Relator: Ministro Djaci Falcão, DJ 26/08/1983.

STJ - REsp 1291096/SP, 3ª Turma, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 07/06/2016.

STJ HC 244559/DF - 2012/0114339-7 – 6ª Turma, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 20/04/2016.

STJ - RHC: 34035 AL 2012/0213979-8, 6ª Turma, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 25/11/2013.

TST - AIRR - 21601-09.2014.5.04.0334, 5ª Turma, Relator Ministro: Antonio José de Barros Levenhagen, DEJT 05/05/2017.

Decisões de Tribunais Portugueses

STJ - processo nº. 607/06.2TBPMS.C1.S1, relator Gabriel Catarino, acórdão proferido em 05/05/2015.

TRC - processo nº. 143/13.0TB CDN-A.C1, Relator Carlos Moreira, data do acórdão: 17/01/2017.

TRG - processo nº. 318/05.6TVPRT.P1, Relator Inês Moura, em acórdão proferido em 20/04/2017.

TRP - processo n. 1367/15.1T8VIS.P1, Relator Jerónimo Freitas, data do acórdão: 07/11/2016.

TRP - processo nº. 3201/12.5TBPRD-A.P1, Relator Rita Romeira, em acórdão proferido em 19/01/2015.

TRG - processo nº. 2745/15.1T8VNF-A.G1, Relator António Figueiredo Almeida, data do acórdão: 02/05/2016.

TRG - processo nº. 1286/11.TBEPS-B.G1, Relator Isabel Rocha, acórdão proferido em 12/03/2015.

TRG - processo nº. 7178/11.6TBBRG-A.G1, Relator António Santos, acórdão proferido em 12/11/2015.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. Almedina, 2014.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Direito penal do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAUJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2016.

ASSIS, Araken de. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. In: *Processo Coletivo e outros temas de direito processual: homenagem a 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheniner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto/ organizadores Araken de Assis... [et al.]* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Anotações sobre o título “da prova” no novo código civil*. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 36, vl 6, 2005, p. 8.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 1977.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BORGES, Leonardo Dias. *Direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário, vol. 2, tomo I*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALHEIROS, Clara. *Justiça, verdade e história*. In: Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro. N. 322, v. 62, 2013.

CAMARINHA, Leopoldo. *Código de processo civil comentado. VIII*. Leopoldo Camarinha e Bejnamim Silva Rodrigues. Lisboa: Rei dos Livros, 2015.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. In: Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 50. n. 297 (2002).

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: o conceito jurídico da prova. 2*. Ed. São Paulo: Editora Pillares, 2016.

_____. *Como se faz um processo*. Francesco Carnelutti; tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2008.

CARVALHO, José Henrique Delgado de Carvalho. *A fase da condensação no processo declarativo (à luz da lei n.º 41/2013, de 26 de junho): os temas da prova*. Lisboa: Quid Juris, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *A oralidade e a prova*. In: *Processo oral*. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1940.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo; Malheiros, 2008.

CORREIA, João, Paulo Pimenta e Sérgio Castanheira. *Introdução ao estudo e à aplicação do código de processo civil de 2013*. Coimbra, Almedina.

CORREIA, João. *Código de processo do trabalho anotado à luz da reforma do processo civil*. João Correia e Albertina Pereira. Coimbra: Almedina, 2015.

CORREIA, João. *Introdução ao estudo e à aplicação do código de processo civil de 2013*. João Correia, Paulo Pimenta e Sérgio Castanheira. Coimbra: Almedina, 2013. p. 57.

COUTURE, Eduardo. *Oralidade e regra moral no processo civil*. In: *Processo oral*. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1940.

CUNHA, António Júlio. *Direito Processual Civil Declarativo à luz do novo código de processo civil*. Lisboa: Quid Juris, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no Código Civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, V.III*, São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIA, Paulo Ramos de. *Primeiras notas ao novo código de processo civil*. Paulo Ramos de Faria, Ana Luisa Loureiro. 2. Ed. 1ºv. os artigos da reforma. Coimbra, Almedina, 2014.

FERREIRA, Waldemar. *História do Direito Brasileiro: as capitânicas coloniais de juro e herdade*. São Paulo: Saraiva, 1962.

FÔNSECA, Vitor. *O período arcaico do direito processual civil*. In: Revista de Processo. n. 213, v. 37, 2012

FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum: à luz do código de processo civil de 2013*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. *Congresso Luso-Brasileiro de direito*. 1, Coimbra: Almedina, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume I: parte geral*/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUNTHER, Luiz Eduardo. *Depoimento pessoal (interrogatório) como meio de prova no processo do trabalho*. Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zorning. In: Revista do Direito Trabalhista v. 10, nº. 4, 2004.

HERCULANO DUARTE, Bento. *Elementos de teoria geral da prova (Processo Civil: aspectos relevantes)*. São Paulo: Método, 2006.

IMHOF, Cristiano. *Código de Processo Civil Interpretado – Anotado artigo por artigo*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito processual do trabalho*. Francisco Ferreira Jorge Neto; Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo civil comentado*. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, João Paulo Remédio. *A aquisição e a valoração probatória dos factos (des)favoráveis ao depoente ou à parte chamada a prestar informação ou esclarecimentos*. João Paulo Remédio Marques. In: *Julgar*, Lisboa, n. 16, (Jan.Abr.2012).

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Pontes. 1892-1979. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v.4, 1996, Rio de Janeiro: Forense.

MOREIRA, José Carlos. *Anotações sobre o título “da prova” no novo código civil*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 36, vl 6, 2005.

_____. *Alguns problemas da prova civil*. In: Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n.4 (1989)

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio Moral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGRÃO, Fernando. *O novo código de processo civil comentado*. Fernando Negrão, Paulo Rios e Nélia Monte Cid. Lisboa: Quid Juris, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PELUSO, Cesar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri, SP: Manole, 2011.

PIMENTA, Paulo. *Processo civil declarativo*. Coimbra: Almedina, 2014.

PINTO, Rui Gonçalves. *Notas ao código de processo civil*. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

_____. *Gestão Processual, tribunais de competência específica, competência em razão da forma e oralidade: quatro reflexões avulsas diante da Lei nº 52/2008, de 23 de agosto/ Rui Pinto*. In: *Estudos em Homenagem ao prof. Doutor Sérvulo Correia*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

PIRES, Cândida da Silva Antunes. *Lições de direito processual civil de macau*. Coimbra: Almedina, 2015.

PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1897.

RANGEL, Rui Manoel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 281.

REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil: os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Os meios de prova em processo civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. v.1. São Paulo: Max Limonad, 1978.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Aspectos polêmicos do interrogatório e do depoimento pessoal no processo do trabalho*. In: Revista LTr, São Paulo, v. 71, nº. 7, 2007

SILVA, De Plácido e *Vocabulário Jurídico*/ atualizadores: Nagig Slaib Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2010.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2016.

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VARELA, Antunes. *Manual de processo civil*. Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ZANGRANDO, Carlos. *Princípios jurídicos do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

ÍNDICE GERAL

Abreviaturas.....	06
1. Introdução.....	07
1.1. Breve evolução do direito probatório.....	09
1.2. Generalidades acerca da prova.....	12
2. Da prova oral.....	16
2.1. A importância da oralidade.....	16
2.1.1. No processo civil.....	19
2.1.2. No processo do trabalho.....	22
2.2. Interrogatório livre e depoimento pessoal (da parte).....	24
2.3. Da confissão judicial.....	27
2.3.1. Fatos que não admitem a confissão.....	32
2.3.2. Efeitos da confissão.....	34
3. A prova por declarações da parte.....	37
3.1. Posicionamento adotado no direito brasileiro.....	37
3.2. A experiência portuguesa.....	45
3.3. Efeitos das declarações da parte.....	53
3.3.1. A impossibilidade de repetição.....	53
3.3.2. A possibilidade de confissão.....	54
3.3.3. O valor probatório do depoimento.....	56
3.3.4. Possibilidade de utilização diante da existência de outros meios de prova.....	58
3.4. Críticas ao sistema português.....	59
3.5. Aplicabilidade no processo brasileiro.....	61
4. Proposta de alteração legislativa.....	65
4.1. Principais fundamentos para a mudança da lei brasileira.....	65
4.2. Antecedentes legais no direito brasileiro.....	67
4.3. Pontos que necessitam mudança.....	68
5. Conclusão.....	71
Anexo (Projeto de Lei).....	75
Índice de jurisprudência.....	80

Bibliografia.....	82
Índice geral	90