

O DEPOIMENTO PESSOAL MEDIANTE PREPOSTO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA DE CONFISSÃO – IMPLICAÇÕES NOS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DA COOPERAÇÃO

Amanda de Oliveira¹

Naura Teresinha Rech²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O DEPOIMENTO PESSOAL MEDIANTE PREPOSTO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA DE CONFISSÃO – IMPLICAÇÕES NOS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DA COOPERAÇÃO. 2.1 O DEPOIMENTO PESSOAL NO PROCESSO CIVIL E A CONSEQUENTE PENA DE CONFISSÃO FICTA PARA A PARTE QUE SE RECUSA A DEPOR. 2.2 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS DA VERDADE REAL E DA COOPERAÇÃO. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: A recusa em prestar esclarecimentos em juízo sobre os fatos narrados na causa leva à pena de confissão ficta quando a parte, intimada a tanto e previamente advertida, nega-se ou falta ao depoimento pessoal. Essa pena vem sendo mitigada em diversos casos em que a ré é pessoa jurídica e o depoimento pessoal é prestado por preposto que desconhece os fatos narrados na inicial. Esse estudo confronta a pena de confissão com os princípios da verdade real e da cooperação expressos no Novo Código de Processo Civil. A metodologia científica empregada será pelo método dialético, com abordagem qualitativa, mediante pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial. O objetivo é a comprovação da violação de tais princípios quando permitido ao preposto da ré pessoa-jurídica negar aos esclarecimentos sob a alegação de desconhecimento dos fatos.

Palavras-chave: Confissão. Preposto. Depoimento Pessoal. Verdade Real. Cooperação.

Abstract: The refusal to provide clarification in court on the facts narrated in the case leads to the penalty of fictional confession when summoned and warned, deny or lack personal testimony. This sentence has been mitigated in several cases where the defendant is a legal person and personal testimony is provided by a person who is unaware of the facts narrated in the initial case. This study confronts the penalty of confession with the principles of real truth and cooperation expressed in the New Code of Civil Procedure. The scientific methodology used will be by the dialectical method, with a qualitative approach, through bibliographical research doctrinal and jurisprudential justice. The purpose is to prove the violation of principles when it is allowed to the agent of the legal person refuse to clarify under the allegation of ignorance of the facts

Keywords: Confession. Company representative. Personal Testimony. Real Truth. Cooperation.

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil vem alicerçado em princípios constitucionais que querem garantir a efetividade do processo e a sua feição instrumental. Faz-se do processo um meio de pacificação dos litígios, mediante obtenção de uma solução tanto quanto possível próxima ao ideal de resolução para ambos os litigantes.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, Especialista em Direito Processual Civil, Advogada. É procuradora na Procuradoria da Universidade de Caxias do Sul.

² Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, Mestre em Direito Ambiental, Advogada. Atualmente, advogada e professora de Processo Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade de Caxias do Sul. E-mail: naurarech@via-rs.net

Essa principiologia não afasta mecanismos de coerção tradicionais para que a verdade real seja obtida ou pelo menos buscada, como aquele que prevê a pena de confissão para a parte que, intimada e previamente alertada, se recusa a depor sobre os fatos da causa.

Controvérsia surge quando, em interpretação à lei de direito material, autoriza-se a empresa-ré a se valer de pessoa sem vínculo empregatício para atuar como preposto e prestar depoimento pessoal nos autos. Por tal autorização legal, tem surgido entendimentos no sentido de que é impossível aplicar a pena de confissão quando o preposto, nessa situação antes assinalada (sem vínculo de emprego), nega-se a depor alegando desconhecer os fatos narrados na causa.

Essa situação é que instiga o presente estudo, cujo resultado se volta a demonstrar que esse entendimento viola os princípios processuais fundamentais da busca da verdade real e da cooperação.

Para a demonstração desse resultado, dividiu-se o trabalho em duas partes, sendo a primeira voltada ao estudo do depoimento pessoal, sua natureza jurídica, finalidades e efeitos; a segunda, voltada aos princípios inerentes ao processo civil, notadamente o princípio da busca da verdade real e da cooperação, como essenciais à noção de devido processo legal ou processo justo.

2 O DEPOIMENTO PESSOAL MEDIANTE PREPOSTO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA DE CONFISSÃO – IMPLICAÇÕES NOS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DA COOPERAÇÃO

Já no CPC/73, o depoimento pessoal vinha alicerçado na possibilidade de se provocar a confissão na parte contrária. Por mais singela que possa ser a assertiva, a simples constatação leva à discussão de reflexos de inquestionável importância, como por exemplo: quem pode requerer o depoimento da parte, quem pode prestar depoimento pessoal, se e quando é possível negar-se ao depoimento sem a pena de confissão, e outros.

Para se perquirir acerca da possibilidade de aplicação da pena de confissão necessário o exame prévio desse instrumento.

2.1 O DEPOIMENTO PESSOAL NO PROCESSO CIVIL E A CONSEQUENTE PENA DE CONFISSÃO FICTA PARA A PARTE QUE SE RECUSA A DEPOR

O Novo Código de Processo Civil trouxe a disciplina do depoimento pessoal nos artigos 385 a 388, e, embora mantendo a linha mestra quando à finalidade e às consequências da recusa em depor, registrou expressamente no artigo 385, caput, a possibilidade de o juiz determinar de ofício esse ato³.

A par da polêmica, porquanto renasce antiga discussão acerca da possível diferença entre depoimento pessoal e interrogatório livre⁴, é indiscutível na previsão do parágrafo primeiro do mesmo artigo 385, que a parte que se recusa a depor sofrerá a pena de confissão ficta desde que devidamente intimada a tanto e advertida⁵.

A norma retro referida ganha contorno especial quando comparada ao texto dos artigos 1.169 a 1.171 do Código Civil, conjugados à disposição do parágrafo 4º do artigo 9º da Lei 9.099/1995, com a redação que lhe deu a Lei nº 12.137/2009⁶.

Daí se depreende que, no âmbito dos Juizados Especiais, está autorizada a empresa-ré a se fazer representar por preposto, sem vínculo empregatício, na audiência de instrução e julgamento, inclusive para fins de prestar depoimento pessoal. Sendo o preposto pessoa alheia aos negócios da empresa, é natural que desconheça os fatos narrados na inicial.

Este, pois, o ponto fundamental da discussão. Dita norma estaria autorizando o preposto (e, via reflexa, a pessoa jurídica ou firma individual ré no processo) a se recusar a depor sob alegação de desconhecer os fatos narrados nos autos?

³ CPC, art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

⁴ Parte da doutrina defende que o depoimento pessoal não pode ser determinado de ofício pelo Juiz, e que essa possibilidade ficaria reservada ao interrogatório livre, para o qual não deve existir a pena de confissão. Nessa linha é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 213 e 412). Contrariamente, outra parte defende que o depoimento pessoal pode ser determinado de ofício pelo juiz, inclusive em face do desaparecimento da figura do interrogatório livre que ficou embutido no depoimento. Nesse sentido, ver Neves (2015, p. 286 e Câmara (2017, p. 246-247).

⁵ § 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confissão, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena.

⁶ Lei 9.099/1995. Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória. (...)

§ 4º O réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado, munido de carta de preposição com poderes para transigir, sem haver necessidade de vínculo empregatício. (Redação dada pela Lei nº 12.137, de 2009)

A norma do artigo 388 do CPC autoriza a parte a não depor em situações específicas ali arroladas, dentre as quais não há menção ao preposto que desconhece os fatos dos autos⁷. Afora tais hipóteses, a lei não trata de outras nas quais a obrigatoriedade do depoimento pode ser afastada. Ainda assim, a doutrina entende que esse rol do artigo 388 não é taxativo, havendo outras hipóteses cuja obviedade afasta a obrigação da parte em prestar depoimento.

A enumeração das situações que conferem à parte o direito de se recusar a depor não é exaustiva. Quando existir qualquer outro motivo justo para que a parte possa recusar-se a depor, poderá ela invoca-lo sem que se lhe possa aplicar a sanção de confissão ficta. No direito material prevê-se o direito de recusa, por exemplo, no art. 229, CC, parcialmente derogado em razão do contido no art. 388, CPP⁸.

Assim, nas situações enumeradas no artigo 388 do CPC, bem como naquelas em que a parte alegar motivo justo, pode haver recusa de depor sem a aplicação da pena de confissão. Alerta-se que a menção ao motivo justo encerra um conceito indeterminado, cuja valoração positiva ou negativa depende exclusivamente das circunstâncias do caso concreto no exame subjetivo do juiz da causa.

A confissão vem disciplinada nos artigos 389 a 395 do CPC, que distingue a confissão espontânea da provocada.

É certo que, em se tratando de depoimento pessoal, via de regra a confissão é provocada. A parte busca o depoimento pessoal da outra objetivando provocar a confissão sobre determinado fato ou fatos da causa.

Nada impede, entretanto, que a confissão seja espontânea, mostrando-se relevante a distinção quando o tema é confissão realizada por procurador ou terceiro autorizado.

Para a doutrina, procede ainda a distinção entre confissão ficta e efetiva: “A confissão espontânea é aquela que ocorre por livre iniciativa do confitente. A confissão

⁷ Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos:

I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;

III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível;

IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.

⁸ Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.415

provocada, ao contrário, é obtida quando o juiz ou a parte adversária do depoente articulam perguntas a esse último de modo a provocar a sua confissão”⁹.

Releva especial importância ao artigo 390 que, na sequência de seus parágrafos, aduz ser possível a confissão por representante com poderes especiais apenas no caso de confissão espontânea¹⁰. A confissão provocada, a seu turno, fica atrelada ao depoimento pessoal, do que poderia se concluir que esse só pode ser prestado pela própria parte.

É nesse sentido a conclusão de Marinoni *et al*¹¹:

A confissão pode ser realizada por meio de procurador. Se é assim, e se o procurador deve ter poderes específicos para confessar determinado fato, é claro que essa confissão somente pode ser espontânea, já que nesse caso, a parte, de forma espontânea, confere poderes para o procurador confessar em seu nome. Se a confissão provocada só pode advir do depoimento da parte, e se o depoimento da parte evidentemente tem de ser pessoal, a confissão provocada, como é óbvio, não pode ser feita por meio de procurador. (...) A razão de imaginar-se que o depoimento da parte pode ser prestado por um procurador origina-se na confusão entre depoimento da parte e confissão. A confissão que se pretende obter com o depoimento pessoal é a confissão provocada. Portanto, se fosse possível conferir poderes para alguém prestar depoimento no lugar da parte, e não fosse pretendida a confissão, o procurador seria instruído a depor, o que retiraria do depoimento da parte o seu principal fim, que é o de tornar possível a obtenção da confissão. (...)

Nessa linha de raciocínio é que se pode avaliar o depoimento prestado por preposto. De fato, o preposto é terceiro autorizado ou credenciado pela ré a fim de representa-la na audiência, de sorte que está autorizado diretamente a prestar depoimento pessoal em nome daquela.

Via de conclusão, esse preposto poderia confessar se o fizesse pela confissão espontânea da ré, constante do instrumento de credenciamento. Afora isso, não pode prestar depoimento, porque o depoimento tem por escopo a confissão provocada, no que lhe é incompatível porque desconhece os fatos.

⁹ Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.417.

¹⁰ CPC, Art. 390. A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada.

§ 1º A confissão espontânea pode ser feita pela própria parte ou por representante com poder especial.

§ 2º A confissão provocada constará do termo de depoimento pessoal.

¹¹ Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.418

Segundo o Humberto Theodoro Júnior¹², e de acordo com o disposto no referido artigo 389 do CPC, existe confissão quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. Ela pode ser feita em juízo ou fora dele, ou seja, sua classificação é tida como judicial ou extrajudicial.

Adiante, discorre o mesmo processualista acerca da confissão que “não se trata de reconhecer a justiça ou injustiça da pretensão da parte contrária, mas apenas de reconhecer a veracidade do fato por ela arrolado. Dessa forma, a confissão também não pode ser confundida com a figura do reconhecimento da procedência do pedido, que, segundo o art. 487, III, a, é causa de extinção do processo, com resolução de mérito.”

O instituto da confissão contém requisitos essenciais de eficácia, quais sejam:

- a) capacidade plena do confitente; os representantes legais de incapazes nunca podem confessar por eles;
- (b) inexigibilidade de forma especial para a validade do ato jurídico confessado (não se pode confessar um casamento sem demonstrar que ele se realizou com as solenidades legais; ou a aquisição da propriedade imobiliária sem a transcrição no Registro de Imóveis);
- (c) disponibilidade do direito relacionado com o fato confessado (art. 392, § 1º).¹³

Frisa-se que a natureza jurídica da confissão é constituir meio de prova, tendo como principais finalidades: produzir a confissão da parte e elucidar fatos controversos na lide.

Nesta esteira, respeitados entendimentos dissonantes, parece que o preposto estaria autorizado unicamente à confissão espontânea. Afora tal fato, e em respeito à natureza jurídica do depoimento pessoal, é impossível admitir-se a figura do preposto no ato, sob pena de esvaziar o meio de prova, tornando-o inócuo ao processo e à instrumentalidade que ele representa na busca da verdade dos fatos.

¹² Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.. p. 874.

¹³ LOPES, João Batista. *Op. cit.*, p. 45. O Código Civil, ao tratar do mesmo tema, dispõe que “não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados” (art. 213). Barbosa Moreira considera melhor o texto do Código Civil que o do Código de Processo Civil (art. 351 [NCPC, art. 389]: “Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”). É que a hipótese “é realmente de eficácia, não de validade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Anotações sobre o título “Da prova” do Novo Código Civil. *Revista Jurídica*, v. 370, p. 27, ago. 2008).

Afora o caso da confissão espontânea, seria de se impor à parte representada por preposto que alega desconhecer os fatos a pena de confissão, sanção processual adequada àquele que se nega à formação do devido processo legal, furtando-se à colaboração e impedindo a busca da verdade real.

Esta conclusão impõe, por certo, o estudo mais aprofundado do problema aqui apresentado. Assim, feitas as primeiras considerações, passa-se a análise mais específica deste estudo, qual seja, a possibilidade de se aplicar a pena de confissão ao preposto da ré, quando pessoa jurídica, que se nega a depor sob a alegação de desconhecer os fatos narrados na causa.

Nesse sentido, cabe esclarecer qual o papel da figura do preposto como representante no processo.

O preposto é aquele indicado pela própria pessoa jurídica integrante da lide. Em sendo ele escolhido para representar a pessoa jurídica naquele caso, pressupõe-se que tenha ciência dos fatos que desencadearam o litígio.

Sendo o preposto considerado parte no processo, se sujeita às regras previstas nos artigos 77 e 379 do Código de Processo Civil, quais sejam: comparecer em juízo, e prestar o depoimento pessoal, respondendo, sem evasivas, ao que lhe for questionado pelo juiz.

Diante dessa máxima, impera dizer que, se a parte não comparecer em juízo, ou, comparecendo se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão, conforme art. 392, § 2º do CPC.

Outrossim, tem-se que os efeitos dessa pena são equivalentes aos da revelia, ou seja, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Disso pode-se concluir que a obrigação da parte não é apenas a de depor, e sim também a de expor os fatos em juízo conforme a verdade, lealdade e boa-fé, vez que conforme dispõe o art. 386 do CPC, “quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”.

Corroborando esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já decidiu nesse sentido:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIÇO DE TRANSPORTE. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA, BEM COMO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL,

DESACOLHIDAS. MENSAGENS ELETRÔNICAS TROCADAS ENTRE AS PARTES QUE CONFEREM VEROSSIMILHANÇA ÀS ALEGAÇÕES DO AUTOR. PENA DE CONFISSÃO FICTA APLICADA À RÉ PORQUANTO O PREPOSTO QUE COMPARECEU À AUDIÊNCIA NADA SABIA SOBRE OS FATOS DISCUTIDOS NA PRESENTE DEMANDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.¹⁴

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁵ trazem ponderação nessa linha: “Confissão por representante. Esta hipótese engloba não somente o representante legal do incapaz, como também o mandatário de uma pessoa física ou jurídica qualquer. Em ambos os casos, o representante deverá se ater às limitações legais impostas em razão da sua condição”.

Ainda que para mera exemplificação, é de se considerar o entendimento ostentado na decisão da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho:

Com efeito, de acordo com o artigo 843, § 1º, da CLT, “é facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente”. Da referida norma extrai-se que o desconhecimento dos fatos pelo preposto da reclamada, imprescindíveis para o deslinde da questão posta em Juízo, importa em confissão ficta da reclamada, presumindo-se verdadeiros os fatos articulados pela autora na inicial, sobre os quais não haja prova em contrário já produzida nos autos. Ainda que o preposto não esteja obrigado a ter presenciado os fatos da lide, sobre eles deve ter conhecimento, tendo suas declarações força vinculativa para o proponente. Se o preposto indicado não tem conhecimento do fato, tal circunstância equivale a não comparecer a Juízo para depor ou a recusar-se a depor, o que autoriza a aplicação da sanção processual de confissão, conforme previsto no artigo 345 do CPC/1973, vigente na data em que o preposto prestou seu depoimento pessoal, e no artigo 386 do CPC/2015. Com efeito, esses preceitos autorizam que o juiz da causa declare, na sentença, ter havido recusa de depor pela parte que, sem motivo justificado, “deixar de responder o que lhe foi perguntado, ou empregar evasivas”. Configurada a recusa de depor, a consequência será necessariamente considerar a parte fictamente confessa, nos precisos termos dos §§ 2º e 3º do artigo 343 do CPC/1973 e nos §§ 1º e 2º do artigo 385 do CPC/2015. (CPC/2015, art. 385, § 1º).¹⁶

É de se ponderar que, sendo o preposto o representante da parte, para atuar em seu nome, dentro dos limites que a Lei estabelece, e em comparecendo para prestar depoimento pessoal, a alegação de desconhecimento dos fatos pode ser

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível Nº 71006050157, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Behrens Dorf Gomes da Silva, Julgado em 29/06/2016.

¹⁵ Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico]/Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery, coordenadores, -- São Paulo: Editora Resista dos Tribunais. 2015. p. 1092.

¹⁶ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista 384-37.2013.5.04.0303 Data de Julgamento: 05/10/2016, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/10/2016.

interpretada como recusa a depor, em razão do que pode sofrer a pena de confissão ficta, nos termos do 392, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil .

O que parece referendar ainda mais esse entendimento é o princípio da cooperação e da verdade real que fundamentam a interpretação e a aplicação da norma processual, garantindo a formação do devido processo legal.

2.2 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS DA VERDADE REAL E DA COOPERAÇÃO

É sabido que o processo civil se afastou do comodismo da verdade formal para instituir, definitivamente, no CPC de 2015, a verdade real como objetivo norteador da atividade jurisdicional.

Não é por outra razão que o artigo 370 do CPC¹⁷, no seu caput, formalizou o princípio inquisitivo que veio temperar o conhecido princípio dispositivo do processo, conferindo ao Juiz poderes para determinar de ofício a produção das provas que entender necessárias e pertinentes ao deslinde da causa. Para referendar ainda mais esse poder instrutório do juiz, o legislador processual ainda formalizou como princípio a cooperação entre os atores do processo, garantindo a participação efetiva na busca de uma solução efetiva para a causa. Prova dessa cooperação – que pode ser inclusive forçada – é a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus probatório entre as partes (art. 373, §3º¹⁸), o qual reflete e referenda ainda a construção da verdade real nos autos.

¹⁷ CPC, Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

¹⁸ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Indiscutível que tal aparato normativo veio atender a função instrumental e a noção constitucional de efetividade do processo porquanto o fim maior dele é a solução efetiva do conflito de interesses. A efetividade aqui referida depende, por certo, da aproximação do processo aos fatos, ou seja, da reprodução mais aproximada possível, dentro do processo, daquilo que concretamente se deu no mundo real, de forma a atender uma noção básica de Justiça, aproximando a solução jurisdicional aos anseios íntimos da sociedade.

A busca da verdade real é a comprovação substancial de que o legislador vem primando pela efetividade do processo, no que vem autorizado também pelo princípio da cooperação.

A cooperação está expressamente prevista no artigo 6º do CPC¹⁹. Resta claro na redação do dispositivo em estudo que a cooperação obedece à necessidade de efetividade e Justiça.

A cooperação enquanto princípio enseja a necessidade de imposição de um estado de coisas dentro do processo, como defendem Marinoni *et al.* Seguem os processualistas²⁰:

O fim da colaboração está em servir de elemento para a organização de um processo justo idôneo a alcançar uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º, CPC), além de viabilizar a formação de precedentes devidamente dialogados no âmbito da Justiça Civil. Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter posições jurídicas equilibradas. Portanto, é preciso perceber que a organização do processo cooperativo envolve – antes de qualquer coisa – a necessidade de um novo dimensionamento de poderes no processo, o que implica necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um dos seus participantes ao longo do arco processual. A colaboração implica revisão das fronteiras concernentes à responsabilidade das partes e do juiz no processo. Em outras palavras: a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada.

Ainda se poderia confrontar esse princípio com aquele que garante à parte o direito de não produzir prova contra si, o que já vem acalentado na doutrina pela informação de que não são contraditórios como aparentam.

É fato que o litígio jurisdicionalizado impõe que as partes tomem posições diversas na relação jurídica processual. Esse fato, entretanto, é decorrente do conflito

¹⁹ CPC, art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

²⁰ Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.101.

no direito material disputado. Se não se pode produzir prova contra si, também é certo que todos os atores da relação processual devem primar, na condução da causa, pela rápida e efetiva solução do conflito de interesses.

Esse é o fim maior do processo, que não se limita pelo direito de não produzir prova contra si. Aliás, a cooperação pode e deve ser imposta, como espelham inúmeras outras normas de natureza processual distribuídas pelo Código. Exemplo disso é a distribuição dinâmica do ônus da prova já antes referido.

Observando-se esse complexo entrelaçamento de princípios, percebe-se que o processo civil contemporâneo está comprometido com a ideia de efetividade, que traz em si a necessidade de buscar incansavelmente a verdade real dos fatos que fizeram nascer a lide. Nessa busca, o mesmo processo legitima-se a exigir e impor a cooperação de todos os integrantes da relação jurídica processual.

Não é demais concluir, nessa seara, que a pena de confissão ficta apresenta-se como instrumento de coerção que garante a cooperação da parte na demanda, a fim de se obter a verdade real.

Sendo assim, forçoso concluir que a falta da sanção processual ao preposto que alega desconhecer os fatos constitui uma autorização para que a parte – sendo pessoa jurídica ou firma individual – se recuse a depor. Essa recusa não encontra eco na lei e tampouco na estrutura de princípios que orientam a interpretação e a aplicação das normas processuais.

A par dessas reflexões, pensa-se ser possível a construção de uma solução adequada ao impasse que se propôs este estudo, notadamente no que diz à possibilidade de aplicação da pena de confissão à pessoa jurídica que se fizer representar por preposto em audiência para fins de prestar depoimento pessoal e que alega desconhecer os fatos que deram origem à demanda.

3 CONCLUSÃO

Os princípios fundamentais do processo civil impõem que se reconheça a obrigação das partes litigantes e também do próprio juiz em atuar de modo cooperativo para garantir uma decisão justa e efetiva no processo.

Se esta cooperação se apresenta como modo de atuação e como princípio, é consequência dela também a existência de um processo justo e paritário, ou seja, um

processo capaz de garantir a reprodução da verdade de forma igual para os litigantes (o que se obtém também pela distribuição dinâmica do ônus probatório).

Toda essa linha de fundamentação não permite que se autorize a pessoa jurídica a eleger preposto com desconhecimento dos fatos para prestar depoimento pessoal, saindo assim isenta da pena de confissão prevista pelo legislador processual.

Admitir tal solução implicaria criar um mecanismo completamente novo e dissonante da lei, privilegiando a posição da pessoa jurídica no processo civil e destruindo todo o sistema normativo que justifica o depoimento pessoal.

O entendimento defendido em alguns julgados e por parte da doutrina no sentido de que não deve ser aplicada a pena de confissão à pessoa jurídica representada por preposto que alega desconhecer os fatos contraria a noção de processo justo, violando ainda a isonomia entre os litigantes.

Cumprе observar ainda que a busca da verdade real também vem calcada na norma fundamental, porquanto autorizada pelo princípio dispositivo e pela noção de efetividade, decorrente diretamente da garantia do devido processo legal.

Se assim é, pode-se dizer que o juiz não pode deixar de aplicar a pena de confissão porque estaria afastando do processo a possibilidade de conhecer os fatos reais, retrocedendo à verdade formal, situação evidentemente distante do atual Estado Constitucional.

O afastamento da pena de confissão na situação analisada nesse estudo implica, ressalvado o entendimento diverso, na autorização para a pessoa jurídica recusar-se a depor em hipótese que não vem contemplada nem no elenco do artigo 388 do CPC, nem na amplitude daquilo que poderia ser entendido como motivo justo.

Afora tais fatos, é de se lembrar que o depoimento pessoal tem por escopo provocar a confissão da parte contrária. Nessa premissa vem se sustentado ao longo de anos debates salutareis à concretização desse instrumento, como aquele que discute acerca de quem pode requerer o depoimento pessoal (se um dos litisconsortes pode pedir depoimento pessoal do outro, se o juiz poderia determinar o depoimento pessoal da parte, se a parte pode ela mesma pretender depor...).

É certo que tal debate, por vezes, vem justificado na confusão que se faz entre as figuras do interrogatório livre e do depoimento pessoal. Entretanto, a estruturação de um entendimento acerca da função do depoimento sempre respeitou uma certa lógica, no sentido de que é inerente ao depoimento a pena de confissão, pelo que se afastou, inclusive, a possibilidade de depoimento pessoal por procurador.

A admitir-se o afastamento da pena de confissão no caso vertido nesse estudo, estar-se-ia indo contra a própria lógica do sistema, comprometendo a funcionalidade do depoimento pessoal, e, o que é mais grave, desrespeitando o compromisso fundamental do processo civil com a cooperação e com a busca da verdade real (em outras palavras, com a própria efetividade do processo).

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Anotações sobre o título “Da prova” do Novo Código Civil**. Revista Jurídica, v. 370, p. 27, ago. 2008.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em 24 dez. de 2017.

_____. Lei http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm, acesso em 24 de dez. de 2017.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível Nº 71006050157, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Julgado em 29/06/2016.

_____, Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista 384-37.2013.5.04.0303 Data de Julgamento: 05/10/2016, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/10/2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3 ed – São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, coordenadores. **Comentários ao código de processo civil** [livro eletrônico]/ -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. 2 ed. rev., atual. e ampl., - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.