

# PRATICA FORENSE



## INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS

(Considerações sobre a Ord. L. I Tit. LXXXVI § 1.º)

«E bem assim perguntaráõ declaradamente polo que sabem dos artigos, e não perguntaráõ por cousa alguma, que seja fóra do que nelles se contém e da *materia* e *caso* delles. E se disserem que sabem alguma cousa d'aquillo porque são perguntados, perguntem-lhes *como o sabem*. E se disserem que o *sabem de vista*, perguntem-lhes *em que tempo e logar o viram e se estavam ahi outras pessoas que tambem o vissem*. E se disserem que o *sabem de ouvida*, perguntem-lhes *a quem o ouviram e em que tempo e logar*. E todo o que disserem façam escrever, fazendo-lhes todas as outras perguntas, que lhes parecerem necessarias, per que melhor e mais claramente se possa saber a verdade. E attentem bem com que aspecto e constancia fallam, e se variam, ou vacillam, ou mudam a côr, ou se torvam na falla, em maneira que lhes pareça que *são falsas ou suspeitas*. E quando assim o virem, ou sentirem, devem-n'õ notificar ao Julgador do feito, se fôr no logar onde se tirar a inquirição: e se fôr absente, mandarãõ aos Scrivães ou Tabelliães que screvam as ditas torvações e desvarios das testemunhas, a que acontecer, para o Juiz, que houver de julgar o feito, prover nisso, como lhe parecer justiça. E fazendo outras perguntas afóra as conteudas nesta Ordenação, ou não fazendo todas por este mesmo feito, o

Enqueredor perca o officio e nunca mais o haja; e o Tabellião ou Scrivão que as screver seja suspenso até nossa mercê. E posto que a testemunha queira dizer mais do *conteudo no dito artigo*, ou da *substancia e caso delle*, ainda que lhe não seja perguntado, o Tabellião ou Scrivão o não screva sob a mesma pena.»

Como acto forense, a inquirição de testemunhas tem uma *causa material*, uma *causa efficiente*, uma *causa formal* e uma *causa final*.

A *causa material* consiste no *facto preterito*, no *conhecimento do facto* e na *manifestação desse conhecimento*. A *causa efficiente* consiste na *qualidade e quantidade* das testemunhas, assim como na *legitimidade* das partes e *competencia* das autoridades e funcionarios que perguntam e reperguntam e dos que reproduzem as respostas pelo *modo*, no *tempo* e no *logar* determinados pela lei. A *causa formal* consiste na *assentada* e nos *depoimentos*. A *causa final* consiste na *prova*.

Este nosso presente estudo da Ord. L. I Tit. LXXXVI § 1.º limita-se a considerar a *causa material*.

## I

As testemunhas serão perguntadas ou reperguntadas sómente sobre os *factos* articulados ou allegados.

Quer isto dizer:

1.º Que a testemunha ha de ser perguntada ou reperguntada e responder sobre *acções transitivas* e não sobre *acções immanentes*;

2.º Que a testemunha ha de ser perguntada ou reperguntada e responder sómente sobre o *facto* e não sobre o *direito*;

3.º Que a testemunha ha de ser perguntada e reperguntada e responder sobre as *circumstancias dos*

*factos allegados ou articulados e não sobre factos estranhos e circumstancias impertinentes.*

I. *Facto* é toda a *acção transitiva* na ordem moral e todo o acontecimento da ordem physica. Nunca é inutil lembrar a distincção escolastica entre as acções immanentes (*actio*) e as acções transitivas (*factio*). Somente estas ultimas são consideradas como *factos*. *Actio*, acção do verbo *agir*, corresponde á acção immanente; *factio*, acção do verbo *fazer*, corresponde á acção transitiva. *Agir* é realizar uma operação que não passa do proprio agente e consiste no proprio acto: por exemplo, *pensar, formar juizo, raciocinar, meditar*, etc. *Fazer* é realizar uma operação que passa para a materia externa, operação cujo effeito distingue-se do proprio acto: por exemplo, *fallar, escrever, requerer, gesticular*, etc. Ora, somente esta ultima especie de operações póde cahir sob o dominio do conhecimento sensível das testemunhas. Advinhar o pensamento, sorprehender o juizo, penetrar a intenção, conhecer, em summa, acções immanentes,— isso é tarefa perigosissima para os mais atilados e completamente estranha ao alcance ordinario dos sentidos. A testemunha limita-se a *narrar* e a *descrever* um *facto preterito*; e, si pudesse sahir desses limites para penetrar na intenção dos operantes, medindo as *consequencias moraes* do *facto preterito* ou para narrar ou decrever um *facto presente*, não seria *testemunha*, seria *experto* ou *perito*, não prestaria um *depoimento*, daria um *laudo*.

O *facto* só é sujeito a prova testemunhal quando *affirmado*; pois, o *facto negado* não se realisou e, portanto, não foi *visto*, nem *ouvido*, nem sentido de modo algum. Não ha *objecto sensível* logo, não ha *exercício dos sentidos*; logo, não ha *conhecimento a transmittir*; logo, não ha prova possível. O *objecto do sentido*

*externo* é o que se lhe apresenta (*objicitur*); não havendo *objecto*, nega-se *ipso facto* a acção d'elle sobre os sentidos. Por isso, diz o citado VINNIO, *factum negantis, quatenus negat, per rerum naturam nulla est probatio*.

Mas, si o *facto negado* for *circumscripto* a um certo *tempo* e *logar*, uma tal negação, por ser assim *coarctada*, póde ser provada; si, por exemplo, eu negar que, em S. Paulo, me tivesse sido, em 10 de Junho do corrente anno, entregue a quantia de um conto de réis, esta negação assim restringida, póde ser provada: —basta que eu prove ter estado em tal dia na cidade de Montevidéo, ou que em tal dia não estive em S. Paulo. Aliás, a *negação coarctada* resolve-se em *afirmação*. Confirmam-se a proposito a Ord. L. III tit. 53 § 10, o cap. XII das *Quest. select.* de VINNIO, a Consulta 172 de VALASCO e os Praxistas citados na respectiva nota do Código Philip., de CANDIDO MENDES. A Ord. citada diz que é *regra* que a *negativa não se póde provar*; e o Digesto Brasileiro, resumindo uma nota de SILVA PEREIRA, dá esta razão:—«porque a prova se deve fazer por *especies* e *differença*».

II. Semelhantemente, não póde a testemunha ser perguntada, nem ser obrigada a responder sobre o *direito*. Dizer sobre o *direito* compete ás partes ou aos seus advogados e ao Juiz. E a razão disto é muito simples:—o *direito*, em regra, não depende de prova; o Juiz terá de applical-o, tal qual é, aos *factos*. Por isso diz VINNIO, nas *Quaest. select.*, cap. XI: *Non juris sed facti quaestiones esse objectum sive materia circa quam versatur probatio, siquidem jus probari instrumentis aut testibus non potest, sed sola facta: imo juris allegatio non indiget probatione, quia jus omne certum est*. A testemunha limita-se a *narrar* ou a *descrever* um *facto preterito*; e, si pudesse sahir desses limites para

entrar na critica do *facto*, medindo-lhe as *consequencias juridicas*, não seria *testemunha*, seria juiz, não prestaria um *depoimento*, proferiria uma *sentença*. A testemunha, pois, será tanto mais digna, tanto mais imparcial, quando mais limitar-se á exposição simples do *facto* e das *circumstancias*.

III. *Circumstancias* são as condições da realização do *facto*, condições estas que, comquanto extrinsecas ao *facto*, o affectam physica ou moralmente e a elle se referem ou pelo proprio acto ou fóra do acto. D'ahi, a conhecida divisão das *circumstancias* sob dous aspectos: 1.º *Circumstancias materiaes* e *circumstancias moraes*; 2.º *Circumstancias elementares* e *circumstancias concomitantes*. Em geral, servimo-nos de palavras que exprimem o movimento local para exprimir os outros movimentos; e, assim, a palavra— «*circumstancia*», que etymologicamente significa — «estar ao redor»—, foi applicada tambem aos actos e factos humanos. Ora, na ordem physica, dizemos que uma cousa está ao redor da outra, quando está fóra della mas toca-a, ou pelo menos, della está proxima. Pela mesma razão, todas as condições que estão fóra da substancia do *facto* mas que, entretanto, a elle se referem de qualquer maneira, recebem o nome de *circumstancias*.

Segundo a enumeração do PHILOSOPHO, na *Ethica ad Nicomac.*, L. III cap. I, as *circumstancias* são resumidas pelas palavras,—*quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*, assim referidas por CICERO (*De Invent.*, I). Os Escolasticos accrescentam outras e dizem que as *circumstancias* attingem o *facto* de tres maneiras: 1.º Ou attingem o *proprio factu*; 2.º Ou attingem a *causa do factu*; 3.º Ou attingem o *effeito do factu*. Attingem o *proprio factu*, quer medindo-o no tempo e no espaço (*quando et ubi*), quer qualificando-o

segundo o *modo* porque elle foi praticado, isto é, segundo os seus productores materiaes ou efficientes (*quomodo*). Attingem a *causa do facto*, quer em relação á causa final (*propter quid*), quer em relação á causa material (*circa quid*), quer em relação á causa efficiente, isto é, em relação ao agente principal (*quis*) e ao agente instrumental (*quibus auxiliis*); e, sob estes dous ultimos pontos de vista, a *causa* confunde-se com o *modo* e funde-se no *proprio facto*. Attingem o *effeito do facto*, quando é considerado o resultado (*quid*). Ha outras circumstancias que attingem o *facto*, a *causa do facto* e o *effeito do facto*, si não substancialmente, ao menos por accidente; e estas muito contribuem para esclarecel-o: assim, por exemplo, o *numero* de pessoas presentes por ocasião da pratica de um acto (*coram quo*).

A Ord. I. I tit. LXXXVI § 1.º, determinando que as testemunhas não podem ser perguntadas *por cousa alguma que seja fóra do que nos artigos se contem*, accrescenta—«e da *materia* e *caso* delles; a mesma Ordenação, determinando que o Escrivão não escreva o que a testemunha queira dizer *mais do conteudo no artigo*, accrescenta—«ou da *substancia* e *caso* delle.» Ora, o *facto* apresenta-se, nos artigos, como certo; mas, para o Juiz, elle vem sempre com as suas variedades, incertezas e hypotheses, porque é o objecto ordinario das contestações. Para que as partes encontrem nelle os recursos do ataque e da defeza, deverão aprofundal-o de modo que cada um dos seus detalhes venha pagar tributo á clareza do litigio. Quanto mais fôr esmiuçado o *facto*, mais será elle aproveitado; e, na phrase de um jurisconsulto celebre, «acontecerá muitas vezes que, por meio de uma *investigação tenaz*, uma *circumstancia* minima, obscura e desprezada por outros, porém *cuidadosamente recolhida*, *sabiamente destacada*, *ricamente disposta*, *vivamente escl-*

*recida*, brilhará com immensa luz, tornar-se-ha o mais bello ornamento do trabalho forense e será a *causa do successo!*» Eis a razão por que, na inquirição da testemunha, deve ser investigado não só o *facto*, em sua substancia, como tudo quanto vier ao *caso*, isto é, todas as *circumstancias*. E' conhecido o dictado: *modica circumstantia facti inducit magnam diversitatem juris*. Na prova do *facto* e das *circumstancias* está sempre o principal elemento para a applicação do direito: não raras vezes, por indolencia dos advogados e dos juizes, realiza-se aquella sentença de PAULO, Dig., *de test.*, I. *Duo sunt Titii*.—*Non jus sed probatio deficit*.

Tudo, em summa, que tiver relação com o *facto articulado ou allegado* e *puder esclarecel-o*, «porque melhor e mais claramente se possa saber a verdade», na phrase da Ordenação, todas as *circumstancias*, por minimas e remotas que sejam, podem ser objecto de pergunta e repergunta. Quando a Ord. L. III tit. LIII refere-se a artigos *impertinentes*, assim considera sómente aquelles que não tem relação alguma com o feito, «assi como se o autor demandasse ao réo cem cruzados, e para isso fizesse artigos, que he obrigado a lhos dar, porque o Papa está em Roma».

## II

Si, como diz o supracitado VINNIO, o *facto* é a materia *circa quam* da inquirição da testemunha, qual é a materia *ex qua*? E' o *conhecimento* que a testemunha tiver do *facto* e das *circumstancias*.

Em que póde consistir esse conhecimento do *facto* e das *circumstancias*? A testemunha, já o dissemos, deve limitar-se a *narrar* e a *descrever*: e, si pudesse sahir desses limites e entrar na critica moral ou juridica do *facto*, seria um *theologo* ou um *juriscon-*

*sulto* e não uma testemunha. Não queremos dizer com isto que a testemunha seja um simples transmissor da *sensação*: a testemunha transmite não só a *sensação* mas também a *percepção*. Ora, a *percepção* é um acto complexo, que exige o *movimento*, a *atenção*, a *comparação*, a *memoria*, a *imaginação* e o *juízo*. Por isso, exige a lei que a testemunha dê a *razão do seu dito*, isto é, mostre que *discerniu*, que *atendeu a sensação*, que *comparou-a* com actos semelhantes, que esta *sensação imprimiu-se*, *perpetuou-se-lhe no espirito* e que por ella é reproduzida *tal qual a recebeu*, e por fim *mostre* que a *distinguiu*. O esforço principal do inquiridor consiste, pois, em despertar a *memoria imaginativa* da testemunha.

Compreenda-se bem o nosso pensamento, quando referimo-nos á *imaginação* da testemunha. A testemunha deve reproduzir fielmente o que sentiu, sem alteração, accrescimento ou diminuição: a testemunha exerce a *memoria imaginativa* e não a *inventiva da imaginação*. As *sensações externas* são insufficientes para as nossas relações com o mundo corporeo: sem a *memoria imaginativa* só poderíamos ter relações com as *cousas presentes*; pois, si não houvesse a representação interna, perderíamos a lembrança das *sensações* e não as poderíamos referir posteriormente. A *imaginação* nos offerece as representações de envolta com as idéas do *tempo* e do *logar*: as idéas do *tempo* e do *logar* são pontos fundamentaes em todas as relações com o mundo corporeo. Si não tivéssemos a faculdade, diz um philosopho, de associar as recordações por via do *logar*, estaríamos em continua confusão; e o mesmo succede com o *tempo*. Estas circumstancias são indispensaveis para os negocios mais communs da vida.

Em todo o caso, os *sentidos* são os instrumentos do conhecimento adquirido pela testemunha. Ora, os



*sentidos* distinguem-se uns dos outros pela maior ou menor perfeição, pela firmeza maior em uns do que em outros, pela amplitude do seu objectivo, pelas vantagens que produzem. Todos os *orgãos dos sentidos* estão em ligação directa com o systema nervoso encefalico, de sorte que a verdadeira percepção sensível não póde se produzir sinão no cerebro. Guardemo-nos, porém, de confundir o conhecimento sensível com o conhecimento intellectivo; pois o testemunho dos *sentidos* limita-se ás relações dos objectos com a nossa sensibilidade, sem se estender á intima natureza das cousas e á moralidade dos factos. O conhecimento sensível, que é a funcção da testemunha, fornece elementos para o conhecimento intellectivo, que é a funcção do Juiz. A representação das cousas e o juizo que formamos sobre os objectos representados — são actos do conhecimento sensível: a *percepção* da testemunha apenas fornece o *facto*; não á testemunha, mas ao Juiz, compete ver a *relação de direito* nascida do facto. Já se vê quanto é importante, nesta materia, o estudo da *sensação* em relação ao systema nervoso da testemunha.

No phenomeno da sensação a analyse descobre: 1.º Corpo ou outra cousa que affecta algum dos *orgãos*; 2.º Apparelho organico externo que recebe immediatamente a impressão; 3.º Conductor que a transmite; 4.º Apparelho organico interno onde vão terminar as impressões; 5.º Affectção interna que chamamos *sensação*. O *conhecimento sensível* exige ainda a representação do *facto sentido* e o juizo sobre o objecto representado, mas não sobre as consequencias moraes ou juridicas do mesmo facto. Todas estas considerações demonstram que o inquiridor deve ter presentes todas as regras da logica, relativas ao bom uso dos sentidos, isto é: 1.º Sanidade do organo do sentido; 2.º Relação entre o organo e os objectos, a

qual deve corresponder ás leis de cada um; 3.º Cada sentido deve limitar-se ao seu objecto proprio; 4.º Auxilio mutuo dos sentidos para o testemunho accorde dos que forem affectados pelo mesmo objecto. E quanto ao juizo sobre a *sensação*: 1.º Não vale o testemunho dos sentidos, quando os achamos em contradicção entre si, sendo que a *simples opinião*, em tal caso, se deverá inclinar para aquelle que é mais proprio do objecto que o affecta e que mais immediatamente se applica ao objecto; 2.º Não vale o testemunho dos sentidos, quando estiver em contradicção com as leis da natureza; 3.º Não é seguro o testemunho dos sentidos, quando os objectos se nos representam conforme as nossas prevenções, paixões e interesses—*quod volumus facillè credimus*. 4.º Não é seguro o testemunho dos sentidos, quando está em contradicção com os dos outros homens, e o meio de assegurar esse testemunho consiste em examinar si outros, em identicas circumstancias, experimentaram a mesma *sensação*. E' esta a razão pela qual a Ord. L. I tit. LXXXVI § 1.º diz o seguinte: «E se disserem (as testemunhas) que sabem alguma cousa daquillo porque são perguntados, perguntem-lhes *como o sabem*. E se disserem que o *sabem de vista*, perguntem-lhes *em que tempo e logar o viram e se estavam ahi outras pessoas que tambem o vissem*. E se disserem que o *sabem de ouvida*, perguntem-lhes *a quem o ouviram e em que tempo e logar*.»

A Ordenação refere-se somente aos sentidos da *vista* e do *ouvido* e não aos outros sentidos. Surge logo ao espirito a seguinte duvida: qual a razão porque a Ordenação julgou dispensavel exprimir cautelas em relação ao *tacto*, ao *olfacto* e ao *gosto*? Não poderão estes tres sentidos, como os outros dous, concorrer para o esclarecimento de um *facto* a que deva ser applicado o *direito*?

O grande S. AGOSTINHO, nas *Confissões*, L. X, cap. 35, diz que «os olhos são os órgãos principaes do conhecimento e isto faz com que geralmente seja applicada a palavra *ver* a todas as cousas sensiveis.» CONDILLAC entendia que o sentido principal é o *tacto*, porque, na sua opinião, só com o *tacto* podemos formar a idéa da extensão; BALMÉS, porém, entre outros, refuta-o cabalmente, mostrando que a *vista* nos póde dar, não só as idéas das tres dimensões, isto é, do comprimento, da largura e da profundidade, como tambem a idéa da resistencia. Sem que tenhamos necessidade de demonstrar a superioridade da *vista* sobre os outros sentidos, basta-nos transcrever as seguintes imponentes considerações do professor BERNSTEIN, na sua obra—*Les sens*, introd., pag. 6:

«O sentido do *tacto* se exerce *ao mesmo tempo* que o sentido de *vista*. As sensações tacteis não são desde logo transportadas para os objectos situados exteriormente e são sentidas como sensações internas e como obstaculos ao movimento; mas, entre os primeiros objectos percebidos está a *mão*, o órgão tactil mais importante; e como ella possui a propriedade de executar um grande numero de movimentos no espaço, o *olho* verá logo a *mão* mover-se e apalpar e, por consequencia, muitas sensações produzidas por estes exercicios chegarão *no mesmo momento* á percepção. Emquanto a *mão* toca um objecto, o *olho* não vê somente o objecto mas *ao mesmo tempo* a *mão*; e, emquanto a *mão* faz um movimento, percebe-se *ao mesmo tempo* o sentimento interno da moção muscular, a sensação tactil nascente e, por meio do *olho*, o movimento *visivel* da *mão* e do objecto. E' esta simultaneidade da sensação tactil e da sensação optica que nos traz gradualmente a convicção de que o objecto percebido pelos dous sentidos acha-se no mundo externo.»

A sensação do *olfacto* é produzida por certos corpos de fôrma gazoza que são attrahidos com o ar para a cavidade nasal: estes corpos despedem-se de algum objecto que a *vista* procura logo attingir, quando ha interesse em determinál-os ou conhecel-os. A sensação do *gosto* se exerce sempre sobre alguma cousa que, para ser conhecida, deve naturalmente subordinar-se ao orgam visual. A *vista*, em summa, é sempre o sentido fiscalizador.

O *facto* productor da relação de direito suppõe sempre um *sujeito activo*, um *sujeito passivo*, um *objecto* e um *titulo*. O *sujeito activo* e o *sujeito passivo* são sempre pessoas, o *objecto* é sempre cousa, cujos característicos completos somente a *vista* póde determinar; o *titulo* é um facto que, considerado na ordem moral, produz o direito para o *sujeito activo* e a obrigação para o *sujeito passivo* em consequencia de declarações de vontade por *gestos* que devem ser *vistos*, e por *palavras* que devem ser *ouvidas*. Si assim é quanto aos factos juridicos na ordem civil, mais se acentua isto na ordem criminal, onde somente a *vista* e o *ouvido* podem dar elementos de prova completa, servindo os outros sentidos apenas para a formação da prova circumstantial.

A Ordenação, portanto, acautelando expressamente, apenas os sentidos da *vista* e do *ouvido*, não quiz dispensar as testemunhas de fornecer o conhecimento adquirido pelos outros sentidos; a Ordenação quer que esses dous sentidos sejam simultaneos com os outros na percepção da cousa ou facto e que sempre sejam as principaes fontes dessa percepção. Aliás, como diz o philosopho JANNEY, si sob o ponto de vista da utilidade organica, o *gosto* é o mais util dos sentidos, a *vista* e o *tacto* são os mais importantes sob o ponto de vista intellectual; mas, «os sentidos particularmente

*sociales*—são a *vista* e o *ouvido*.» Ora, a *relação de direito* é um *phenomeno social*.

E esta superioridade dos sentidos da *vista* e do *ouvido* é perfeitamente manifestada pelo *PHILOSOPHO*, na sua *Physica*: a *vista* é o ministro dos mais amplos conhecimentos, o *sentido fiscalizador do resultado de todos os outros*, o sentido que attrahe a si as cousas remotas; o *ouvido*, sob o ponto de vista da communição social ou de transmissão das idéas, é quasi o meio unico, a condição indispensavel de toda a educação e, por isso, os Escolasticos o denominam—*sensus disciplinæ*. No estado actual da fórma forense, quando a *palavra* é o meio unico legitimo de declarar a vontade juridica, bem se comprehende quanto é importante acautelar os sentidos do *ouvido* e da *vista* e quanto é accidental o exercicio dos outros sentidos nas relações de direito; ou, por outra, bem se comprehende quanto é necessaria a fiscalisação que, sobre os outros sentidos, deve ser exercida pelos sentidos do *ouvido* e da *vista*, especialmente por este ultimo.

João Mendes de Almeida Junior.

