

**NECESSIDADE DO DEPOIMENTO PESSOAL DO AUTOR NAS AÇÕES COM
PEDIDO DE DANOS IMATERIAIS: INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DOS ARTS.
385 E 370, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OFENSA A DIREITOS DE
PERSONALIDADE**

Felipe Cunha de Almeida¹

RESUMO

O presente trabalho analisou a necessidade do depoimento pessoal requerido pelo autor dação de danos imateriais, em verdadeira interação entre os arts. 385 e 370, do Código de Processo Civil, cujo pedido é ligado à ofensa a direitos de personalidade.

Palavras-chave: Danos imateriais; depoimento pessoal; arts. 385 e 370; Código de Processo Civil; direitos de personalidade.

ABSTRACT

The present work analyzed the need for the personal testimony required by the author of the immaterial damages, in true interaction between arts. 385 and 370, of the Civil Procedure Code, whose request is linked to the offense to personality rights.

Keywords: Immaterial damage; personal testimony; arts. 385 and 370; Civil Procedure Code; personality rights.

1. INTRODUÇÃO

Nas diversas ações que tramitam pelo Poder Judiciário, encontramos pedidos de condenação por danos imateriais. E vários são os fatos que levam a tal pretensão: descumprimento do dever de fidelidade recíproca, inadimplemento contratual, inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito, abuso de direito, dentre outras tantas hipóteses. Entretanto, independentemente da causa que leve a parte a ajuizar determinada ação com pedido de danos imateriais, a ofensa a direitos de personalidade deve ser alegada e provada. Conforme as lições de Álvaro Villaça Azevedo, danos imateriais atingem o espírito.²

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialista em Direito Civil e Processual Civil com ênfase em Direito Processual Civil, professor de curso de graduação e pós-graduação, palestrante, advogado e parecerista em Porto Alegre/RS. E-mail: escritoriof.felipe@terra.com.br.

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil: curso de direito civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 196.

Sentir-se lesado (ofendido, humilhado, por exemplo, é consequência e não necessariamente uma causa), e demonstrar o dano, são situações distintas. Tanto é verdade que Carlos Roberto Gonçalves diz que: “Somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado”.³

Portanto, o estudo da responsabilidade civil e do dano imaterial é de extrema relevância para além do Direito, tanto é verdade que assim ensina a doutrina:

A responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais, e no prodigioso avanço tecnológico, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos à integridade da vida humana.⁴

Não é por menos que, sobre os danos extrapatrimoniais, assim pontificam Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald:

Talvez não haja na responsabilidade civil tema mais cativante e arrebatador. Vivemos tempos de sedimentação de diretrizes, fixação de rumos e definição de conceitos. Trata-se, porém, seguramente, apenas do início de uma jornada que promete ser rica, embora não linear.⁵

Afinal de conta, o ônus de alegar e provar a ocorrência de lesões a direitos de personalidade⁶ é do autor,⁷ e mesmo para as relações de consumo. Contudo, se se cogita de

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 4: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 387.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil: volume 7*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 288.

⁶ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

[...].

⁷ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. DANO MATERIAL. CULPA EXCLUSIVA DO PREPOSTO DA DEMANDADA. ÔNUS DA PROVA. 1. Preliminar: preliminar de incompetência do Juízo que se rejeita, já que a Companhia Carris Porto-Alegrense se define como sociedade de economia mista, de modo que as prerrogativas conferidas à Fazenda Pública não se aplicam na hipótese. Dessa forma, não há falar em remessa do processo à Vara da Fazenda Pública. 2. Mérito: manutenção do juízo condenatório, fundado na culpa da ré, que colidiu na traseira do automóvel no qual se encontrava o autor. Culpa que, além de presumida, foi corroborada pelo conjunto probatório. Ausência de provas, por outro lado, aptas a elidir tal presunção. 3. Danos materiais – despesas com aplicativo: indefere-se o pedido de ressarcimento, porque o requerente deveria ter individualizado os deslocamentos, demonstrando a necessidade e a pertinência das corridas, sendo inviável deferir valor aleatoriamente constante de recibos. 4. Danos morais: o demandante não logrou demonstrar o alegado abalo

reparação por danos imateriais e de sua prova, conforme ensina Yussef Said Cahali, há uma diversidade em tais danos. Assim, em muitos casos, pode ser entendido como *in re ipsa*;⁸ Anderson Schreiber, aprofundando o instituto, ressalta que para aqueles casos o que deve ser dispensado, em termos de prova, é a dor, mas não o dano em si, ou seja, a prova da lesão à personalidade humana.⁹ Contudo, e se o fato lesivo não for considerado, pelo juiz, *in re ipsa*? Tal conclusão virá apenas em sentença. Daí com mais razão ainda para que a vítima seja ouvida em juízo, para, além do que já está na inicial, estar na presença física do julgador.

Jorge Mosset Iturraspe também vai no sentido de que, via de regra (pois há hipóteses de danos *in re ipsa*), cabe à vítima alegar e provar a existência do dano e também a sua gravidade.¹⁰

Assim, o objetivo deste artigo é o de abrir os olhos para a necessidade de oitiva do autor, em audiência, em ação com pedido de condenação por danos imateriais, resumidamente, por dois motivos, duas contribuições: uma, deve ser feita uma leitura em conjunto dos arts. 385 e 370, do Código de Processo Civil, no sentido de se chegar à conclusão de que é perfeitamente possível que a própria parte faça o requerimento de sua própria oitiva; duas, a de que a natureza da lesão (ofensa a direitos de personalidade) é muito grave. Inclusive, como veremos, tal reparação vem prevista constitucionalmente, no rol dos direitos fundamentais. Portanto, a participação do demandante, no processo civil, é ainda mais exigida.

Ressaltamos que, em que pese falaremos sobre direitos de personalidade, danos imateriais, dentre outros temas de alta indagação e até polêmica, não vamos entrar em discussões doutrinárias acerca deles, mas, sim, objetivar e alertar sobre a necessidade do depoimento pessoal.

moral, até mesmo porque, conquanto compreensíveis os dissabores experimentados em razão do sinistro, verifica-se que o evento danoso não acarretou maiores danos. Nessa direção, a ocorrência de acidente de trânsito, por si só, não tem o condão de ensejar a reparação por danos de ordem extrapatrimonial, na medida em que, inexistindo lesões físicas e/ou psíquicas, tal espécie de *dano* deve restar evidenciada nos autos, o que, porém, não se verifica no caso em apreço. Preliminar rejeitada. Apelações desprovidas. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Décima Segunda Câmara Cível. Apelação Cível nº 70082999780. Rel. Des: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em: 30/01/2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 04 fev. 2020).

⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 634-635.

⁹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 628.

¹⁰ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños: tomo V: el daño moral*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzono Editores, 2006, p. 236.

2. FASE INSTRUTÓRIA E PROBATÓRIA

Se estamos sustentando a necessidade de oitiva do autor da ação com pedido de danos imateriais, mesmo que brevemente, devemos analisar a fase instrutória e probatória do processo civil.

Ensinando sobre a teoria geral da prova e a parte geral do direito probatório, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, aduzem que que:

Qualquer decisão humana, qualquer que seja o ambiente em que tenha sido proferida (em um baile de carnaval, em um *shopping center* ou em um processo jurisdicional), é resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias (de fato ou não); é baseada em diversos elementos de prova.¹¹

Percebe-se íntima ligação entre a fase instrutória e a fase probatória, conforme nos ensina a doutrina:

A *fase instrutória* principia quando o processo é saneado e consiste na realização de provas e oferecimento das alegações finais pelas partes. Muito embora a instrução *probatória* não preencha toda a fase instrutória, é nela que se concentram as maiores atenções e as atividades mais intensas do juiz e dos litigantes. Quando a realização da prova começa, na realidade o procedimento probatório já estará iniciado, porque as partes já requereram a realização dos meios de prova de seu interesse e o juiz terá deferido ou indeferido os meios requeridos. Durante a fase instrutória procede-se à realização da prova, ou sua produção, mediante as perícias que o juiz houver deferido, inquirição de testemunhas, depoimento pessoas das partes *etc.*¹²

De modo que, dado o relevo que a fase probatória tem, a importância da atuação do advogado é ainda maior, pois deve reportar-se à inicial (eis que lá já deve fazer o alerta que, no momento oportuno – abertura da fase probatória – irá requerer o depoimento pessoal do autor) e postular, especificando e justificando pontualmente a necessidade de realização desta prova.

¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova: direito probatório: decisão: precedente: coisa julgada e tutela provisória: volume 2*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 49.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo: de acordo com a lei 13.256, de 4.2.2016*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 133-134.

Caso o autor da ação deixe passar em branco a oportunidade às partes colocada, quando da abertura da fase, ocorrerá a preclusão temporal e, em ocorrida, não poderá, via de regra, postular o pedido de oitiva do demandante.

2.1 MEIOS DE PROVA E O DEPOIMENTO PESSOAL

Sobre a prova, ensina Carreira Alvim que: “O vocábulo “prova” vem do latim “*probatio*”, que significa aprovar, persuadir alguém de alguma coisa”.¹³ O mestre, ainda, faz distinção entre o que denomina de conceito lógico e jurídico de prova:

Tem-se distinguido, também, o conceito *lógico* do conceito *jurídico* de prova, chamando-se de prova *em* geral tudo aquilo que persuade de uma verdade o espírito; e de prova *judicial* o meio regulado por lei para descobrir a verdade ou estabelecer a certeza de um fato controvertido no processo.¹⁴

Ovídio Baptista da Silva também ensina sobre os inúmeros significados que a palavra *prova* têm. Para o processo civil, cujo sentido não é muito diferente do sentido comum, prova:

[...] pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores dos seus direitos, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz. No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, faz chegar ao Juiz alguma circunstância que possa convencê-lo da veracidade de sua afirmação. No segundo sentido, a palavra *prova* é empregada para significar, não mais a ação de provar, mas o próprio instrumento, ou meio com que a prova se faz.¹⁵

Ainda, Carreira Alvim leciona sobre os sentidos objetivos e subjetivos da prova. Quanto ao primeiro sentido, é o de demonstração, de comprovação, acerca da existência de um fato jurídico. O segundo, por sua vez, trata da “[...] convicção que se forma no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos”.¹⁶

¹³ CARREIRA ALVIM, J.E. *Teoria geral do processo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 305.

¹⁴ CARREIRA ALVIM, J.E. *Teoria geral do processo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 305.

¹⁵ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 292-293.

¹⁶ CARREIRA ALVIM, J.E. *Teoria geral do processo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 306.

Já os meios de prova, e aqui se inclui o depoimento pessoal da parte, “[...] são os mecanismos através dos quais a prova é levada para o processo”.¹⁷

Em relação ao depoimento pessoal propriamente dito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery assim o conceituam: “É meio de prova que tem como principal finalidade fazer com que a parte que o requereu obtenha a confissão, espontânea ou provocada, da parte contrária sobre fatos relevantes à solução da causa”.¹⁸

A importância do depoimento pessoal é tamanha, como assim sustentamos para as ações que tenham pedido de condenação por danos imateriais, que a doutrina assim se posiciona: “O depoimento pessoal e o interrogatório são importantes meios de prova num sistema processual que valoriza a **oralidade**, pois permitem o contato pessoal e direto do juiz com a parte que prestará declarações sobre os fatos objeto da lide”.¹⁹

Portanto, a finalidade do depoimento pessoal consiste no esclarecimento dos fatos, além de provocar a confissão.²⁰ Completamos no sentido de que, mesmo que o depoimento pessoal do autor não tenha como eventual consequência a confissão do réu, a solenidade permitirá maiores esclarecimentos e contato do juiz para com as partes, tendo como objetivo o melhor esclarecimento possível quanto aos fatos.

2.2 DEPOIMENTO PESSOAL EM AÇÃO DE DANOS IMATERIAIS

Não há dúvidas acerca da condução do processo pelo magistrado que está atuando, sendo que, dentre suas diversas atribuições, consta também analisar os pedidos de provas. Ocorre que, quando se está diante de uma ação de reparação civil que tem como causa de pedir ofensa a direitos de personalidade e, como pedido, condenação, a título de danos extrapatrimoniais, como forma de compensar o dano sofrido, estamos diante de questão prevista, em primeiro lugar, como direito fundamental; questão, portanto, constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 239.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1106.

¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 665.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 246.

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...].

Sobre os danos imateriais e a Constituição, Caio Mário da Silva Pereira ressalta que a Carta estabeleceu um mínimo, tratando-se, assim, de numeração aberta.²¹ E de tão importante que é a Constituição também para o Direito Privado, Flávio Tartuce aduz que há um novo caminho metodológico, denominado de *Direito Civil Constitucional*, no sentido de se analisar o Direito Privado para além do Código Civil, ou seja, sob o prisma da Constituição Federal e de seus princípios.²² No mesmo sentido as lições de Christiano Cassettari:

[...] devemos harmonizar as regras de Direito Civil (que normatiza a atuação de particulares) com as regras gerais da Constituição Federal (que, além de normatizar a função estatal, estabelece regras entre particulares).

A Constituição Federal, por ser nossa lei Maior, irá determinar a interpretação de todas as leis infraconstitucionais [...].²³

As lições de Flávio Tartuce e Christiano Cassettari, em termos de Constitucionalização do Direito Privado também valem para o Processo Civil, ou seja: por uma Constitucionalização do Processo Civil.

Bruno Miragem, a seu turno, ensina que justamente pela Constituição Federal prever um catálogo de proteção em nível de direitos fundamentais, mirando a dignidade da pessoa, é que o rol do Código Civil, em termos de proteção a direitos de personalidade (arts. 13 a 21), é amplo.²⁴ A seu turno, Carlos Alberto Bittar ressalta a diversidade de sentimentos, emoções, dores, dentre outras questões relativas às interações sociais, com as mais diversas gradações, “[...] justamente em função das características individualizadoras de cada ente e das

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. TEPEDINO, Gustavo (atual). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 82.

²² TARTUCE, Flávio. *Direito civil: volume 2: direitos das obrigações e responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 312.

²³ CASSETTARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 359.

²⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 184.

peculiaridades das circunstâncias fáticas”.²⁵ De modo que diferentes são os conceitos e reações das pessoas.²⁶

Continuando, pedidos de danos imateriais em decorrência de ofensas a direitos de personalidade, entendemos assim, têm como causa de pedir a existência de fatos graves, que fogem à esfera do mero dissabor, como assim já decidiu o STJ em casos como, por exemplo, inadimplemento contratual;²⁷ sendo que, inclusive e, via de regra, a Súmula n.º 07 impede, em sede de Recurso Especial, a reanálise da prova quanto à (in) ocorrência de danos imateriais.²⁸ Sendo assim, muitas vezes a parte, apenas pelas alegações trazidas na inicial, fica refém de um julgamento que propicie melhor esclarecimentos quanto aos fatos se não for ouvida em juízo. É claro que a inicial já deve alertar o juízo nesse sentido, dizendo que, quando da abertura da fase instrutória e probatória, irá postular o depoimento pessoal.

Inclusive temos o Enunciado n.º 455 da V Jornada de Direito Civil que vem neste sentido

²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47-48.

²⁷ Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. DANO MORAL. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência consolidada neste Sodalício é no sentido de que o mero inadimplemento contratual não se revela suficiente a ensejar dano de ordem moral hábil a perceber indenização, considerando como hipótese de mero dissabor do cotidiano. Precedentes do STJ.

2. Agravo interno não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. AgInt no AREsp 1485695/GO. Rel. Min: Luis Felipe Salomão. Julgado em: 24/09/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1869549&num_registro=201901038530&data=20190930&formato=HTML>. Acesso em: 03 fev. 2020).

²⁸ Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AFRONTA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N. 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. DECISÃO MANTIDA.

1. Inexiste afronta ao art. 1.022 do CPC/2015 quando o acórdão recorrido pronuncia-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo.

2. O Tribunal de origem qualificou os fatos alegados como meros dissabores e concluiu pela inexistência dos danos morais alegados.

Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial, por força da Súmula n. 7 do STJ.

3. Tratando-se de recurso interposto pela alínea "c", deve o recorrente comprovar, analiticamente, que os acórdãos confrontados deram ao mesmo artigo de lei interpretações divergentes. Descumprido tal requisito, incide, por analogia, a Súmula n. 284/STF.

4. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta turma. AgInt no AREsp 1537243/SP. Rel. Min: Antonio Carlos Ferreira. Julgado em: 17/12/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1903622&num_registro=201901961305&data=20191219&formato=HTML>. Acesso em: 03 fev. 2020).

Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência.²⁹

Portanto, se a reparação por dano imaterial ocorre justamente por “[...] lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário “[...], como ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,³⁰ mais razão ainda para a oitiva do ofendido. Inclusive, até para a fixação do *quantum* devido, caso a procedência se confirme.

3. CONTRIBUIÇÃO À INTERPRETAÇÃO DO ART. 385, EM LEITURA CONJUNTA COM O ART. 370, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Eis o texto do art. 385, do Código de Processo Civil: “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”.

Pois bem. Da leitura do *caput* do art. 385, do CPC, não se vislumbra vedação à parte no sentido de ela mesma postular o seu depoimento: esta é a primeira consideração a ser feita. Ainda, a leitura do mencionado dispositivo deve ser realizada em conjunto com o art. 370, que assim dispõe: “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

O mencionado art. 370, do Código de Processo Civil, trata dos poderes instrutórios do juiz, como ensinam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.³¹

Pois bem. Permanecendo a hipótese de interpretação restritiva presente no art. 385, ou seja, que apenas cabe à parte requerer o depoimento da outra parte, é plenamente possível a resolução deste impasse através da aplicação do art. 370 supratranscrito, eis que vislumbramos, dentro daquele texto, a frase “[...] ou a requerimento da parte [...]”.

²⁹ CEF – Enunciados. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/401>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil: volume 3*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 107.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 501.

Por outro lado, o indeferimento da oitiva só vai ocorrer se o juiz entender desnecessária a prova, e ainda através da devida fundamentação, sob pena de ofensa à Constituição Federal e também ao Código de Processo Civil, respectivamente:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

[...]

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

Sob este aspecto, vale o alerta, inclusive, que a decisão que irá apreciar o pedido de prova testemunhal (deferindo ou indeferindo), deve ocorrer no momento anterior à sentença. Imagine a seguinte hipótese: a parte pede o depoimento e o tem indeferido, ou então o magistrado julga antecipadamente o feito, não oportunizando então às partes o pedido de realização das provas que entendem pertinentes, e julga improcedente o pedido justamente por falta de provas. Com todo o respeito, seria um desprestígio à prestação jurisdicional, esta que se configuraria deficiente. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou em casos como a hipótese aqui trazida:

Ademais, a sentença julgou improcedentes os pedidos sob o fundamento essencial de que "*não há fundamento que justifique as alegações autorais no que tange à existência de cláusula abusiva no contrato celebrado com a parte ré, pois a leitura do item supracitado não indica a realização de cálculos que traduzam capitalização na contagem do saldo devedor*", todavia, sem oportunizar a produção da prova pericial requerida tempestivamente.

Não se pode perder de vista que o direito de defesa é efetivamente cerceado na hipótese em que o magistrado julga antecipadamente a lide, indeferindo a produção de provas previamente requerida pelas partes, e conclui pela procedência ou improcedência da demanda, com fundamento na falta de

comprovação do direito alegado na inicial ou na peça defensiva, tal como ocorreu na espécie.³²

Assim, a decisão que julgaria antecipadamente o mérito, nos moldes em que estamos cogitando, seria omissa quanto à análise de pedido de prova testemunhal, dando margem à oposição de embargos de declaração, com base nos arts. 1.022, inciso II, parágrafo único, inciso II, tendo como consequência a incidência do art. 489, parágrafo primeiro, inciso IV, do CPC, respectivamente.

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

[...]

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

[...]

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

[...]

II - incorra em qualquer das condutas descritas no [art. 489, § 1º](#).

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

[...].

Bem se percebe, ao fim e ao cabo, portanto e inclusive, afronta ao direito fundamental à razoável duração do processo, previsto constitucionalmente e infraconstitucionalmente, respectivamente:

³² Ementa: AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO IMOBILIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRODUÇÃO DE PROVAS NECESSÁRIAS PARA O EXAME DA CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. PROVIMENTO DO RECURSO. AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Há cerceamento de defesa quando o juiz indefere a realização de prova oral e pericial, requeridas oportuna e justificadamente pela parte autora, com o fito de comprovar suas alegações, e o pedido é julgado improcedente por falta de provas. Precedentes.

2. Agravo interno provido para, reconsiderando a decisão agravada, dar provimento ao recurso especial. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. AgInt no REsp 1763342/RN. Rel. Min. Raul Araújo. Julgado em: 30/05/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1832597&num_registro=201802231502&data=20190621&formato=HTML>. Acesso em: 03 fev. 2020).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[...].

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

4. CONCLUSÃO

Como visto, nossa preocupação é o alerta ao estudioso do Direito para com a pretensão que se busca ver provada em juízo, quando se analisa pedido de condenação por danos imateriais. A questão da verificação de danos imateriais, de sua comprovação, não é fácil. O que pode deixar a situação mais confortável, em termos de prova, são as hipóteses de dano *in re ipsa*, como ensina a doutrina e também o STJ, como neste exemplo.³³ Este outro julgamento é taxativo:

³³ Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE.

CIRURGIA. RECUSA DE COBERTURA. DANOS MORAIS DEMONSTRADOS NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE NÃO SE REVELA EXCESSIVO. RECURSO PROTETATÓRIO. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. "A recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, de autorizar a cobertura financeira de tratamento médico a que esteja legal ou contratualmente obrigada enseja reparação a título de dano moral por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário, estando caracterizado o dano *in re ipsa*." (AgRg no REsp 1.505.692/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Terceira Turma, DJe 2/8/2016).

3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a redução ou majoração do quantum indenizatório é possível somente em hipóteses excepcionais, quando manifestamente irrisória ou exorbitante a indenização arbitrada, sob pena de incidência do óbice da Súmula nº 7 do STJ. Proporcionalidade e razoabilidade observadas no caso dos autos.

4. A eg. Corte Especial do STJ, no julgamento do AgInt nos EAREsp nº 762.075/MT, j. 19/12/2018, DJe 7/3/2019, firmou o entendimento de que [...] é devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18/3/2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil [...]" , sendo ainda assentado que, no re [...] a lei não exige comprovação do efetivo trabalho adicional realizado pelo advogado da parte recorrida para a majoração dos honorários [...]. (AgInt nos EAREsp nº 762.075/MT, Rel.

Como se vê, o dano moral é evidente. A morte acentua a repercussão danosa, notadamente o convalescimento da prole. Inegável que estas circunstâncias determinam significativo abalo emocional. Sobre o assunto (dano moral devido pela morte de pais ou filhos), o Superior Tribunal de Justiça determina que "quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano in re ipsa" (AgRg no AREsp n. 259.222/SP, 3a Turma, rel. Min. Sidnei Benetti, j. 19.02.2013). Portanto, são presumidos, já que "o poderoso laço afetivo que une mãe e filho não se extingue, de modo que o que se observa é a coexistência de dois núcleos familiares, em que o filho é seu elemento interseccional, sendo correto afirmar que os ascendentes e sua prole integram um núcleo familiar inextinguível para fins de demanda indenizatória por morte" (STJ, REsp n. 1.095.762/SP, 4a Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.02.2013).³⁴

Ministro FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, Corte Especial, j. 19/12/2018, DJe 7/3/2019).

5. Considerando que o agravo interno se mostrou manifestamente inadmissível e que houve prévia advertência de que a insistência no manejo do recurso poderia ensejar a aplicação da multa do art.

1.021, § 4º, do NCPD fica evidente que a interposição do recurso é tida, de plano, como protelatória, pois a agravante busca reiterar seus argumentos com intuito de forçar a discussão de matéria já apreciada. 6. Em virtude do não provimento do presente recurso e da anterior advertência em relação a aplicabilidade do NCPD, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPD, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

7. Agravo interno não provido, com imposição de multa. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgInt no AREsp 1453242/AL, Rel. Min: Moura Ribeiro. Julgado em: 02/09/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&document_o_sequencial=100514472®istro_numero=201900474020&publicacao_data=20190904&formato=PDF>.

Acesso em: 04 fev. 2020).

³⁴ Ementa: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ERRO MÉDICO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 371 E 373 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ.

DANO MORAL. VALOR. FIXAÇÃO. MANTIDA. ENTENDIMENTO. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

DIREITO INFRACONSTITUCIONAL FEDERAL. UNIFORMIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO.

DISPOSITIVOS LEGAIS. INDICAÇÃO. AUSÊNCIA. DEFICIÊNCIA RECURSAL.

INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STJ. I - Na origem se trata de ação de indenização por danos morais e materiais com pedido de tutela antecipada decorrente de tardio diagnóstico de infecção puerperal que resultou no falecimento da genitora da autora. Na sentença se julgou parcialmente procedente o pedido condenando o município ao pagamento de danos morais com juros e correção monetária. No Tribunal a quo, a sentença foi parcialmente reformada para fixar pensão mensal a título de juros cessantes à filha da genitora. Essa Corte conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

II - Em relação à alegação de violação dos arts. 371 e 373, I, do CPC/2015, o Tribunal a quo assentou o acervo probatório dos autos e na peculiaridade do caso concreto para realizar a distribuição do ônus da prova, conforme autoriza o art. 373, § 1º, do CPC/2015, entendendo pela existência de nexo de causalidade e consequente configuração da responsabilidade civil do recorrente, vejamos (fls.

917-920): "[...]Deste modo, considerando que incumbia ao município o ônus de demonstrar a lisura e adequação do procedimento adotado, a prova dos autos é insuficiente a de incumbi-lo desta incumbência, atribuindo-se, portanto, responsabilidade pelo fato danoso. [...]" III - Dessa forma, para se concluir de modo diverso do acórdão recorrido, seria necessário o revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento esse vedado no âmbito do recurso especial, por óbice da Súmula n. 7/STJ. O mesmo ocorre com relação à pretensa minoração do valor do dano moral, uma vez que esta Corte tem firme entendimento no sentido de que a revisão

Michele Taruffo alerta que: “Por um lado, é oportuno considerar que a descoberta da verdade é um fim essencial do processo e uma condição necessária para a justiça da decisão [...],³⁵ dentre as diversas finalidades do processo. Portanto, devemos separar *o joio do trigo*, afinal, percebemos, em especial nos embates forenses, que se colocam os danos imateriais, como alguns pensam, como verdadeira *indústria do dano moral*.³⁶ Contudo, não vemos assim; vemos, e isto deve ficar claro, discussões quanto à lesão a direitos de personalidade.

da verba indenizatória fixada na instância a quo somente é possível no âmbito do recurso especial, quando se mostrar irrisória ou exorbitante. Do contrário, a pretensão esbarra no óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

IV - A partir de tal entendimento é necessário determinar se o valor fixado nos presentes autos seria excessivo, conforme sustentado no recurso interposto. Nesse diapasão, o Tribunal de origem, ao analisar as circunstâncias que envolveram o caso in concreto, entendeu por manter o valor arbitrado, consignando que (fls.

921-922): “[...] Como se vê, o dano moral é evidente. A morte acentua a repercussão danosa, notadamente o convecimento da prole.

Inegável que estas circunstâncias determinam significativo abalo emocional. Sobre o assunto (dano moral devido pela morte de pais ou filhos), o Superior Tribunal de Justiça determina que “quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano in re ipsa” (AgRg no AREsp n. 259.222/SP, 3a Turma, rel. Min.

Sidnei Benetti, j. 19.02.2013). [...]” V - Ao manter o quantum indenizatório fixado, o acórdão não destoia da jurisprudência desta Corte em situações análogas a dos autos. Assim, além de não excessivo o valor arbitrado, para se concluir de modo diverso do acórdão recorrido, seria necessário o revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento esse vedado no âmbito do recurso especial, por óbice da Súmula n.7/STJ.

VI - Quanto ao mais, a competência do Superior Tribunal de Justiça, na via do recurso especial, encontra-se vinculada à interpretação e à uniformização do direito infraconstitucional federal. Nesse contexto, apresenta-se impositiva a indicação do dispositivo legal que teria sido contrariado pelo Tribunal a quo, sendo necessária a delimitação da violação do tema insculpido no regramento indicado, viabilizando assim o necessário confronto interpretativo e o cumprimento da incumbência constitucional revelada com a uniformização do direito infraconstitucional sob exame.

VII - Dessa forma, verificado que o recorrente deixou de indicar com precisão qual(is) o(s) dispositivo(s) legal(is) que teria(m) sido violado(s), no que se refere a pretensão exibitória, apresenta-se evidente a deficiência do pleito recursal, atraindo o teor da Súmula n. 284 do STF.

VIII - Agravo interno improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgInt no AREsp 1421223/SP. Rel. Min: Francisco Falcão. Julgado em: 06/06/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1835825&num_registro=201803425304&data=20190614&formato=HTML>. Acesso em: 04 fev. 2020).

³⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. 1. ed. RAMOS, Vitor de Paula (trad). São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 160.

³⁶ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRATAMENTO DOMICILIAR. FISIOTERAPIA. FONOTERAPIA. TRATAMENTO DOMICILIAR. ALEGAÇÃO AUSÊNCIA DE COBERTURA. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. COBERTURA DEVIDA. DANOS MORAIS NÃO EVIDENCIADOS. Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais para cobertura de tratamentos médicos em face da Seguradora ré para que fosse compelida a fornecer e custear tratamentos de que necessitava e ainda necessita, por ter sofrido parada cardiorrespiratória, com sequelas, julgada parcialmente procedente na origem. COBERTURA SECURITÁRIA - É aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro, na medida em que se trata de relação de consumo, consoante traduz o artigo 3º, §2º do CDC. Inteligência da Súmula 608 do STJ. No caso telado, vislumbra-se que o apelante apresenta sequela neurológica pós parada cardiorrespiratória decorrente de laringite viral aguda, o que fez surgir a necessidade de autorização para atendimento e terapias específicas (Fisioterapia e Fonoterapia) para melhora do quadro clínico e qualidade de vida, além da assistência 24 h com técnico em enfermagem capacitado, considerando que respira através de traqueostomia e se alimenta através de

Sergio Cavalieri Filho, analisando as expressões indústria do dano moral e da responsabilidade civil, assim alerta:

Nesse contexto, deve-se atentar para o risco da generalização, ao se pretender atribuir aos consumidores os ônus da denominada “indústria do dano moral”. Não se pode esquecer a dimensão coletiva que assumem as relações de consumo na sociedade contemporânea. Somos milhões de usuários de planos de saúde, milhões de usuários de serviços de telefonia, milhões de usuários de serviços financeiros, milhões de usuários de serviços públicos e por aí vai. Práticas e cláusulas abusivas lesam, indistintamente, milhões de consumidores. E se cada um deles viesse a juízo reclamar os seus efetivos direitos? Diríamos estar diante de uma “indústria”? Em caso

gastrostomia, com uso de fórmula especial. O serviço de home care se traduz em uma modalidade contínua de serviços na área da saúde, cujas atividades são dedicadas aos pacientes e seus familiares em um ambiente extra-hospitalar, mormente porque conforme os laudos médicos (fls. 25 e 29) o paciente necessitou de assistência domiciliar com fisioterapia, fonoterapia e dieta por sonda em bomba de infusão, sendo que a permanência do paciente em ambiente hospitalar acarreta risco de infecção hospitalar grave, com risco de morte pois o paciente está colonizado com bactéria multirresistente. Ressalta-se que no caso em concreto a parte autora objetiva o ressarcimento dos valores dispendidos com Técnico de Enfermagem, assim que o menor teve alta hospitalar (01/10/2014), referentemente ao período Novembro e Dezembro de 2014 e Janeiro/ Fevereiro/ Março/Abril e Maio de 2015, o que totalizam o montante de R\$12.800,00(...) conforme comprovantes de pagamento fls. 65/67, valores que teve que desembolsar ante a negativa de cobertura da demandada em fornecer tal atendimento, conforme a negativa da demandada em fornecer os serviços de “Unimed no Lar”, sob o fundamento de que o menor não atende os critérios técnicos para atendimento domiciliar (fl. 48). Ainda, o formulário – “Termo de Aceitação de Responsabilidade Unimed Lar” acostado à fl. 28, foi assinado em data de 04/02/2015 pelo responsável pelo segurado, ou seja, em período posterior àquele em que a parte autora pretende o reembolso. Assim, em que pesem os argumentos da sentença de origem, verifica-se que efetivamente o menor necessitou de cuidados a serem realizados com profissional habilitado para tanto, considerando que fazia uso de traqueostomia, bem como recebimento de dieta através de gastrostomia com uso de fórmula especial, sendo taxativo o laudo médico ao mencionar a necessidade de assistência domiciliar, pois a permanência do menor em ambiente hospitalar acarreta risco de infecção grave, inclusive com risco de morte. Assim, a necessidade de um técnico de enfermagem 24h restou devidamente comprovada, assim como, o atendimento do menor em casa configurava sim um desdobramento do atendimento hospitalar. O egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº. 1.378.707, reafirmou o entendimento de que o home care, quando prescrito pelo médico assistente, deve ser custeado pelo plano de saúde. Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (home care) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital. Destaca-se que é vedado ao plano de saúde recusar a custear tratamento prescrito pelo médico, mesmo quando o contrato não prevê cobertura em ambiente domiciliar, pois cabe ao médico definir qual é o melhor tratamento para seu paciente. Ademais, há previsão de cobertura de fisioterapia no contrato entabulado entre as partes. Coberturas devidas. Precedentes. DANOS MORAIS - Em nosso cotidiano, é normal vivenciarmos inúmeras circunstâncias desconfortáveis, capazes de transformar nossos sentimentos. Contudo, nem todas essas situações são suscetíveis a causar *dano moral* indenizável. Acontece que, se todo e qualquer evento que traga desgosto ao indivíduo fosse capaz de atrair reparação pecuniária de cunho *moral*, o instituto ficaria banalizado e fomentaria, ainda mais, a *indústria do dano moral*. Os danos extrapatrimoniais, com efeito, têm como pressuposto a ofensa a algum direito da personalidade, impondo-se examinar, caso a caso, a possibilidade de o *dano moral* se configurar em casos nos quais a pessoa não sofre transtorno psicológico ou espiritual. Danos morais incoerentes no caso concreto. Relator vencido no ponto. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70081862278. Rel. Des: Niwton Carpes da Silva. Julgado em: 13/12/2019. Disponível em: < https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>).

positivo, quem a fomentou? Por certo, não foram os consumidores. Estes são as vítimas! O que não se pode fazer é banalizar o dano moral.³⁷

Continuando:

Por outro lado, o campo de incidência da responsabilidade civil ampliou-se enormemente, chegando a representar a grande maioria dos casos que chegam ao Judiciário, principalmente nos Juizados Especiais. Fala-se hoje numa *indústria da responsabilidade civil*, com o que não concordamos. Não há indústria sem matéria-prima, de sorte que se hoje os casos judiciais envolvendo responsabilidade civil são tão numerosos é porque ainda mais numerosos são os casos de danos injustos.³⁸

É de se registrar, ainda, que se a relação for de consumo, mais ainda razão para se deferir a oitiva do autor da ação, com base na inversão do ônus da prova, pela presença da verossimilhança ou da hipossuficiência, como direito básico do consumidor.³⁹ Neste sentido, Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem ressaltam a importância do Código de Defesa do Consumidor: “O novo do CDC é ter identificado um sujeito de direitos especiais, o consumidor, e ter construído um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-los e efetivar seus direitos”.⁴⁰ De sorte que a oitiva em juízo vem também em homenagem ao CDC, protegendo o vulnerável também dentro do processo civil, em verdadeiro Diálogo das Fontes.

Por outro lado, mesmo que a relação não seja de consumo, o novo Código de Processo Civil permite a redistribuição do ônus da prova,⁴¹ em certas hipóteses, o que, para a o deferimento da oitiva do demandante, entendemos como plenamente cabível.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 97.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 263.

³⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

[...].

⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 333.

⁴¹ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...]

§ 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.

[...].

O ilustre Aguiar Dias já dizia, enfaticamente, sobre a necessidade de prova do dano, eis que:

O que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração ao seu *quantum*, que é matéria de liquidação. Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a *realidade* do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante.⁴²

Como não ouvir, em audiência, a suposta vítima de um ato ofensor a direitos de personalidade, se, em especial, após a Constituição de 1988:

[...] todos os conceitos tradicionais de dano moral tiveram que ser revistos. Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada *questão social*, colocou o **homem** no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. Com efeito, a par dos direitos patrimoniais, que se traduzem em expressão econômica, o homem é ainda titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana. São os ***direitos da personalidade***, que ocupam posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, arts. 1º e 2º). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana.⁴³

Portanto, devem o direito material e o Direito Processual, mesmo este como ciência autônoma que é, unir vértices no sentido de pleno conhecimento da pretensão relativa à análise de danos imateriais, ficando o alerta que esta defesa vale tanto para o julgamento de procedência como o de improcedência. Inclusive, Juarez Freitas, de forma brilhante, ressalta que: “[...] interpretar uma regra é aplicar o sistema inteiro de princípios, e qualquer exegese comete direta ou indiretamente aplicação da totalidade do Direito”.⁴⁴

Não é por menos que Humberto Theodoro Júnior sustenta que o Direito, mesmo que dividido em ramos autônomos, estes com suas características, princípios e objetivos

⁴² AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. DIAS, Rui Berford (atual). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 83.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106.

⁴⁴ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 269.

próprios,⁴⁵ “[...] forma um conjunto maior, que tem em comum o destino de regular a convivência social”.⁴⁶ De forma, portanto, que o Direito Processual Civil está intimamente ligado aos outros diversos ramos do Direito, incluindo também o Direito Privado, eis que o Direito Comercial e Civil “[...] fornecem as regras materiais que o juiz deve aplicar na composição da maioria dos litígios que lhe são submetidos a julgamento”.⁴⁷

Se é bem verdade, e voltando à autonomia do processo, que este não depende ou não é subordinado à relação jurídica de direito material,⁴⁸ o “[...] objeto do processo confunde-se com o *pedido* formulado pela parte em face da relação material controvertida”.⁴⁹

Jaqueline Mielke Silva também ensina, com brilhantismo e profundidade que lhe são peculiares, no sentido de diferenciar o juiz como “boca da lei”. Neste sentido as palavras da ilustre Jurista: “Não se pode esperar do Judiciário, na atualidade, uma posição subalterna diante dos outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há que se limitar apenas a ser a “boca da lei”, mas a “boca do próprio direito”.⁵⁰

Além de tudo o que estamos analisando, também é possível, ainda, o interrogatório da parte conforme prevê o inciso VIII do art. 139,⁵¹ e o inciso I, do art. 379,⁵² ambos do Código de Processo Civil. O fato é que tanto o depoimento pessoal como o interrogatório possibilitam ao magistrado o contato com a parte, de forma direta, mais dinâmica e efetiva, para melhor convencimento acerca dos fatos.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento: procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 05.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento: procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 05.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento: procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 05-06.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento: procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 136.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento: procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 136.

⁵⁰ SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo código de processo civil: tutela de urgência e tutela de evidência*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 199.

⁵¹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

[...].

⁵² Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

[...].

9. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

[...].

O estudioso percebeu que, mesmo que o foco central deste artigo tenha sido o Processo Civil, este guarda relação direta com o plano dos fatos que, na hipótese aqui refletida, trata de lesão a direitos de personalidade. Portanto, a pacificação vai ocorrer quando a instrução do processo oportunizar a oitiva da vítima, do autor da ação. E tal pacificação pode ocorrer tanto através de um julgamento de procedência como de improcedência. Mas com o detalhe da efetiva participação do demandante, no Processo Civil, como garante a Constituição Federal.

O que queremos ressaltar é que o ordenamento processual não veda o pedido, pela parte autora, de sua participação em audiência, se a interpretação do art. 385, do CPC, vier de forma sistemática e em conjunto com a leitura do art. 370. De sorte que aqui estão materializadas nossas contribuições.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. DIAS, Rui Berford (atual). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil: curso de direito civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. [Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

_____. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. [Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). DF, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARREIRA ALVIM, J.E. *Teoria geral do processo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASSETTARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova: direito probatório: decisão: precedente: coisa julgada e tutela provisória: volume 2*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo: de acordo com a lei 13.256, de 4.2.2016*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil: volume 7*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil: volume 3*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 4: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños: tomo V: el daño moral*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzono Editores, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. TEPEDINO, Gustavo (atual). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo código de processo civil: tutela de urgência e tutela de evidência*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: volume 2: direitos das obrigações e responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Método, 2013.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. 1. ed. RAMOS, Vitor de Paula (trad). São Paulo: Marcial Pons, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento: procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.