

O direito ao silêncio no processo do trabalho

Leonardo Dias Borges¹

Resumo

O presente artigo pretende analisar o direito ao silêncio no âmbito do processo do trabalho.

Palavras-chave: Processo do trabalho. Direito ao silêncio.

Abstract

This article aims to analyze the right to silence in the work process.

Keywords: Labor Process. Right to Silence.

Introdução

Não é incomum – e todos que possuem um pouco de vivência forense sabem disso – que durante uma instrução processual a parte se mostre com uma *'expressão facial de paisagem'*, quase que a tudo alheia, enquanto o magistrado lhe faz perguntas. Momento em que, não raro, o magistrado acaba se irritando com a postura da parte, advertindo-a sobre seu comportamento (ou não comportamento!?!), quando não se chega ao extremo de *'adverti-la'* de seu dever legal de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade² e até mesmo apenando-a pela prática de suposto descumprimento do dever de probidade processual.^{3 4}

Diante de tal situação, é preciso se fazer algumas reflexões: existe ou não o direito ao silêncio nos domínios destinados às lides trabalhistas? Tal direito – ao silêncio – possui previsão constitucional? Fora do âmbito constitucional, há norma que prevê o direito ao silêncio? Essas indagações merecem uma avaliação acadêmica, pois a matéria é um tanto quanto rarefeita na doutrina. Poucos se preocuparam com o tema⁵. Façamos uma avaliação, ainda que perfunctória, da matéria.

A questão no domínio constitucional

Não se duvida que diante do grau de maturidade que chegou o processo é tranquilo afirmar que seus institutos servem para administrar direitos públicos subjetivos. Todavia, a aplicação desses institutos deve partir da ótica das garantias constitucionais, sob pena de não se chegar ao justo processo.

¹ Magistrado no Rio de Janeiro; Mestre e Professor (Universitário e Pós-graduação).

² CPC, art. 339.

³ CPC, art. 14.

⁴ Em casos mais radicais, temos notícia de que alguns magistrados chegam a entender que tal situação importa em crime de desobediência.

⁵ Aliás, no âmbito do processo do trabalho nenhum estudo a respeito do tema foi encontrado.

As garantias que as partes possuem no processo tem suas raízes em genial Capítulo da Constituição, mais precisamente dentro do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se restringe apenas ao perfil subjetivo conceitual da ação e da defesa, mas também com vistas ao enfoque objetivo. Temos, por conseguinte, *'garantias'*, porquanto de índole assecuratória, pois que visam à tutela do exercício de outros direitos e guardando com estes uma estreita relação de instrumentalidade.

Garantias essas que envolvem não apenas as partes, mas sobretudo a própria jurisdição⁶. Ora, se de um lado possuem os litigantes a efetiva e absoluta plenitude na sustentação de suas razões, de produzirem provas, enfim de influírem contundentemente na formação da convicção do magistrado; de outro lado todo esse rol de possibilidades constitui a base da própria garantia de regularidade do processo, da imparcialidade do juiz e da justiça das decisões.⁷

Com efeito, além das garantias, temos os direitos fundamentais podem ser entendidos como o conjunto de normas que se encontram materializadas dentro de um ordenamento jurídico, formando um subsistema deste, pois que fundado na liberdade, na segurança, na solidariedade, tudo que venha a contribuir na formação da dignidade do ser humano.

Os direitos fundamentais se mostram nitidamente distintos dos demais direitos resguardados pela lei. Os direitos fundamentais dispensam qualquer produção legislativa no plano infraconstitucional para que possam surtir alguma eficácia. Tais direitos são tão importantes para a sobrevivência do sistema, que obrigam toda a sociedade a ser curvar diante de tais preceitos.

A Doutrina costuma estruturar os direitos fundamentais sob um ponto de vista material e formal. A noção, quanto a ótica formal, forma-se em razão de sua inserção em um texto positivado, contido na Constituição Federal. De outra parte, a fundamentação material dos direitos fundamentais reside no conteúdo de suas normas, pois são essenciais para o ordenamento jurídico, já que ditam valores que são predominantes de uma sociedade.

Com efeito, o inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, apesar de assegurar, expressamente, o direito ao preso de permanecer calado, em verdade, deve ser afastada a exegese puramente literal, pois como já demonstrado até agora, tal direito ultrapassa os umbrais de aplicação apenas daqueles que se encontram encarcerados.

O que se resolveu chamar de *'direito ao silêncio'* deita seu corpo na própria Constituição Federal. Ora, dentro da dialética que norteia o processo, ou seja, entre a alegação do autor e a defesa, brota para a parte a escolha do método dialético que pretende exercer. Desse modo, diante de uma perspectiva de Direito Público, a defesa deve permear todas as situações jurídicas que porventura exsurgam no processo, até porque, como já visto, trata-se de uma garantia. Ora, se o *'direito ao silêncio'*, na ótica do interesse público se materializa como fator de legitimação da própria jurisdição, não há razão para não se aceitar o silêncio, como uma autêntica postura do litigante.

⁶ E, em última análise, o próprio equilíbrio quanto à participação social.

⁷ Para a efetiva legitimação da autoridade afigura-se indispensável a observância desses cânones constitucionais.

A primeira conclusão que chegamos, portanto, é no sentido de que o silêncio é, do ponto de vista dogmático, garantido constitucionalmente. Como se pode depreender do artigo 5º, inciso LXIII, delimita o campo de sua incidência, vejamos: “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado ...”^{8 9 10}

O ponto de partida tem seu lugar nos domínios da norma constitucional, autorizando, assim, através do efeito cascata, o elastério dessas matérias para outros lugares. Tal raciocínio, aliás, apenas para efeitos comparativos, já era usado ao tempo de vigência da Constituição anterior a 1988, eis que no seu artigo 153, somente se garantia a ampla defesa, do ponto de vista literal, nos processos criminais. Todavia, a doutrina e a jurisprudência sempre entenderam que tal garantia deveria servir a toda espécie de processo (ou mesmo procedimento).

Todavia, nem sempre foi assim. A efetivação do direito ao silêncio¹¹ somente ganhou lugar no terreno legislativo maior em épocas mais atuais. Na antiguidade, por exemplo, havia o predomínio do processo que adotava o sistema inquisitivo, como o *Código de Hamurabi*¹², as *leis de Manu*, ou mesmo os povos Egípcios ou os Hebreus não permitiam que o interrogado se calasse. Em certas circunstâncias até mesmo se permitia a utilização, nos interrogatórios, da tortura, como meio da persecução ao encontro da verdade.

Em tempos mais remotos, a confissão, como rainha da prova que era, deveria ser extorquida do acusado a qualquer preço.

Foi, contudo, no período conhecido como Iluminista que o princípio *nemo tenetur se detegere* se consagrou, adotando-se uma postura mais condizente com a própria natureza do ser humano.

Através de decisões proferidas pelas Cortes norte-americanas e inglesas, houve a confirmação do direito ao silêncio.¹³

Posteriormente os tratados internacionais passaram, em definitivo, a consagrar o direito ao silêncio, como é o caso, por exemplo, da *Declaração Universal dos*

⁸ Também dispõe sobre o ‘direito ao silêncio’ o Código de Processo Penal, em seu artigo 186, a saber: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe foram formuladas. Parágrafo único - O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

⁹ O Supremo Tribunal Federal tem firme entendimento no sentido de conceder *habeas corpus* com o intuito de preservar a liberdade de locomoção daqueles que, invocando o direito ao silêncio, tem em mira não responder as perguntas que possa, de alguma forma, ser entendido como uma espécie de autoincriminação, cf. HC no. 78.708, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 16.4.1999.

¹⁰ Aliás, o Supremo Tribunal Federal também tem assegurado a impossibilidade de qualquer interpretação que possa vir a prejudicar àquele que invocou a garantia constitucional em seu benefício, vejamos: “(...)III - *Nemo tenetur se detegere: direito ao silêncio. Além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos, o paciente possui o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio (...)* (STF HC no. 84.517/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. Em 19.10.2004).

¹¹ Também conhecido, pela jurisprudência, como *nemo tenetur se detegere*.

¹² O mais antigo de todos os diplomas codificados que se tem notícia.

¹³ Lê-se do caso *Miranda v. Arizona*, inserido posteriormente como V Emenda Constitucional: “No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”.

*Direitos do Homem*¹⁴; a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*¹⁵; o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas¹⁶.

No caso brasileiro, agora sob a ótica das normas infraconstitucionais, podemos ressaltar a Lei nº 9.784, de 1999, que cuidou de regulamentar o processo administrativo disciplinar no âmbito da administração pública direta e indireta dos três Poderes da União, reiterou a eficácia da garantia constitucional do direito ao silêncio¹⁷, ao estabelecer que o não atendimento da intimação, por parte do acusado (*rectius* administrado) não implica no reconhecimento da verdade dos fatos, nem tampouco como renúncia a direito, de tal arte que o acusado, durante o interrogatório, poderá deixar de se manifestar sobre os fatos, sem que o silêncio se traduza como um gravame.^{18 19}

Vale lembrar, outrossim, que no terreno jurisdicional do *Supremo Tribunal Federal*, entre outras questões relacionadas à matéria em foco, se tem concedido liminar em *habeas corpus* preventivo em favor daqueles que são intimados a comparecer a Comissões Parlamentares de Inquérito²⁰, criadas para a investigação de supostas irregularidades com o dinheiro público, de modo a evitar a prisão diante da recusa em responder determinadas perguntas ou até mesmo pela inércia quanto a assinatura do termo de compromisso.

Tem, portanto, acenado o Supremo, dentro dessa ótica, que o silêncio revela-se como legítimo, já que compatível com as regras constitucionais.

E sob a ótica do direito processual do trabalho, a situação prevista para o processo penal, se repete? Vejamos antes algumas considerações acerca do chamado direito à prova.

Do direito à prova

Não há mais como dissociar o processo da Constituição. O Direito Processual Constitucional é o método que consiste em examinar o sistema processual, correlacionando a ideologia impregnada em nossa Constituição com as regras contidas nas normas infraconstitucionais que cuidam do processo, de modo a dar sustentação ao sistema democrático e legitimidade às decisões judiciais.^{21 22}

¹⁴ Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948. Esta, a Declaração, se refere à presunção de inocência e a não utilização da tortura. Portanto, é pela via oblíqua interpretativa de seu sistema que se chega à conclusão da adoção do princípio *nemo tenetur se detegere* (direito ao silêncio).

¹⁵ Aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, que expressamente reconheceu o direito ao silêncio.

¹⁶ 16 de dezembro de 1966.

¹⁷ Art. 5º., LXIII, CF.

¹⁸ Art. 27, *caput*, da referida Lei nº 9.784, de 1999.

¹⁹ No mesmo diapasão, o Código de Processo Penal, art. 186, alterado pela Lei nº 10.792, de primeiro de dezembro de 2003.

²⁰ Conhecidas como CPI's.

²¹ Isso sem falar dos institutos processuais que se encontram expressamente inseridos no texto constitucional, como, por exemplo, o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, entre outros.

²² É o caso, por exemplo, das garantias constitucionais de acesso à Justiça, a celeridade processual, do contraditório, entre outras.

O que se resolveu chamar de ‘*tutela constitucional do processo*’ tem por finalidade harmonizar princípios e garantias constitucionais que, oriundos do texto constitucional, ditam padrões políticos ao processo.²³

Um dos segmentos dessa tutela constitucional do processo é, sem dúvida, o direito à prova. Ora, como é possível ao juiz exercer a jurisdição, próxima da realidade, se não considerar os elementos externos ao processo, ou seja, os acontecimentos exteriores ao mundo da técnica, que lhe são trazidos pelas partes no legítimo exercício do direito de ação? Daí a necessidade de se socorrer aos meios de prova²⁴.

O direito à prova teve sua origem na ideologia que a enxergava como uma possibilidade de influir direta e ativamente sobre o desenvolvimento do processo e, por óbvio, no seu resultado. Essa visão foi uma conquista social, alterando, radicalmente, a forma de condução processual, bem como o seu próprio eixo. A atividade probatória representa o momento central do processo, pois que diretamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, revestindo-se, com isso, de suma importância para o conteúdo do provimento jurisdicional, já que influi diretamente na formação do processo de convencimento do magistrado.

Não é por outra razão que o efetivo exercício tanto da ação como da defesa, fica umbilicalmente subordinado à possibilidade de apresentar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento da demanda.^{25 26}

“O direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição”²⁷, de modo que encontramos nesse ‘*direito*’ um dos mais importantes postulados políticos, servil à garantia do devido processo legal.

Não localizamos na Constituição Federal uma norma que especificamente trate do direito à prova. Este é imanente de todo conjunto de garantias do que se denominou chamar de “*justo processo*”²⁸, pois ao enunciar princípios como do contraditório, da ampla defesa, entre outros, a Constituição deixou clara que o referido direito caracteriza o máximo atributo para se alcançar o mencionado “*justo processo*”.²⁹

O direito à prova também encontra assento em diversas normas infraconstitucionais, como, por exemplo, de forma ampla, no artigo 332 do Código de Processo Civil³⁰ ou no artigo 818 da CLT.³¹

²³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 189.

²⁴ É tão agigantada a importância do elemento probatório que muitos chegam a dizer que a “prova é a espinha dorsal do processo”; “a prova é o coração do processo”; “ganha aquele que melhor provar”...

²⁵ Nos Estados Unidos da América, por exemplo, fala-se de um verdadeiro *right to evidence* a favor de quem age e de quem se defende em juízo, tudo garantido pela cláusula do *due process of law*.

²⁶ “Toda pretensão tem por fundamento um ponto de fato. É com fundamento num fato, e dele extraindo consequências jurídicas, que o autor formula o pedido sobre o qual o juiz irá decidir na sentença.” SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao CPC*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. IV.

²⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 25.

²⁹ O que a Constituição Federal diz é que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, levando o intérprete a conclusão de que toda a prova – menos a ilícita – é permitida. Portanto, poderíamos também extrair daí a presença da cláusula garantidora do direito à prova.

³⁰ “Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

³¹ “Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”

Algumas observações a respeito do depoimento pessoal

O depoimento do litigante é ato personalíssimo que tem como função precípua “*provocar a confissão da parte e aclarar os fatos discutidos.*”³² O depoimento em si não é prova. E isto parece muito claro. Ele, o depoimento, é, em verdade, meio de prova. Prova será a confissão que dele resultar, na medida em que a parte reconhece como verdadeiros os fatos adunados pela parte contrária. Extrai-se de tal premissa que não é possível que a própria parte requeira o seu próprio depoimento.³³ O depoimento somente pode ser prestado pela própria parte, jamais por pessoa interposta.³⁴

É preciso, e o momento parece-nos propício a tanto, registrar que o depoimento pessoal difere do interrogatório. A diferença fundamental reside no fato de que no interrogatório, a confissão não pode ser causa da ausência ou da recusa de responder; o que já não se dá no depoimento pessoal. Todavia, se a parte se recusar a comparecer ou a depor, sempre de forma injustificada, será passível de ser punida com os rigores do artigo 17 do CPC (que prevê a litigância de má-fé) ou com por crime de desobediência, em razão ao desrespeito com a Corte (art. 340, I, CPC).

De qualquer sorte é de bom alvitre lembrar que “a) *o comparecimento pessoal das partes é ordenado pelo juiz, sempre de ofício: I) em qualquer estado do processo; II) a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa; b) o interrogatório, diferentemente do depoimento pessoal, que também pode ser requerido pela parte – art. 343 –, será sempre ordenado de ofício, a exclusivo critério do juiz. Este o determina, visando a aclarar os fatos da causa, no uso da sua competência de velar pela rápida solução do litígio – art. 125, I, no. II – e tendo em vista o dever da parte de comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado – art. 340, I; c) a ordem de comparecimento pode ser expedida em qualquer estado do processo, o que implica em reconhecer tratar-se de medida de relativa urgência, para que o comparecimento se dê em dia próximo, enquanto que a ordem para a produção do depoimento pessoal se verifica*”³⁵, em outro momento.

O direito e o dever ao silêncio³⁶

Vimos mais acima que o direito ao silêncio é plenamente admitido no âmbito do processo penal ou no processo disciplinar administrativo contra servidor público federal. Resta-nos, neste passo, saber se tal é possível nos domínios destinados ao processo do trabalho.

Há casos, além daqueles já mencionados, em que a parte não só tem o direito, como o dever de permanecer em silêncio. Este, o silêncio, é, inclusive, legitimado constitu-

³² SANTOS, op.cit., p. 64.

³³ Assim também diz o CPC, art. 343: “(...) compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra (...)”

³⁴ Lembrando, contudo, que o procurador, devidamente habilitado, poderá confessar, através de outra forma de manifestação, diversa, portanto, do depoimento pessoal que é, como já dito acima, ato exclusivo da parte contendora.

³⁵ Ibid., p. 72-73.

³⁶ Apenas para efeito de comparação analógica, vale lembrar que na esfera penal, a delimitação do conteúdo do direito ao silêncio tem limite, em face do próprio acusado, até a linha que define ao cidadão o direito de não produzir provas contra si mesmo.

cionalmente, ou seja, decorre da necessidade de se proteger o sigilo profissional. Assim dispõe, expressamente, o inciso XIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, vejamos:

“XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

Na esfera infraconstitucional temos, por exemplo, o próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, equilibrando os valores segurança, ética e confiança profissional, que, expressamente, autoriza ao advogado não revelar segredo profissional.^{37 38 39}

Em casos que tais temos um verdadeiro dever do silêncio. Aliás, em algumas situações a violação a esse dever importa em crime de responsabilidade.⁴⁰

Na esteira desse raciocínio, ficou fácil perceber que o dever do silêncio (sigilo) é integrante do rol dos direitos fundamentais do cidadão. Portanto, inviolável por força de qualquer lei infraconstitucional. Trata-se de uma necessidade que corresponde à estrutura da vida social contemporânea. Assim, na medida em que algumas profissões têm em sua própria essência a penetração nos mais íntimos segredos pessoais de outrem, afigura-se plenamente compreensível a manutenção dessa ligação de confiança, materializada no mais puro conceito do que venha a ser o “segredo”⁴¹. É, portanto, estabelecido no interesse geral.⁴²

A ninguém é dado violar essa verdadeira imunidade, como regra. Salvo em situações excepcionais, nenhum magistrado, a pretexto de elucidar determinado fato processual, pode se valer de seu poder na condução dos feitos para obrigar àquele que detém o dever do sigilo, a falar sobre tais fatos. Este, o sigilo não pode ser violado, ao menos de ordinário. Nem mesmo quando autorizado pelo próprio cliente, pois como já dito, uma vez revelado o segredo ao profissional, este, por força de lei, passa a não mais dispor dos fatos sigilosos.

³⁷ Lei nº 8.906, de 1994, artigo 7º, a saber: “São direitos do advogado: XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional...”

³⁸ No mesmo sentido temos jornalistas, padres, psicólogos, entre outros.

³⁹ Com relação, especificamente, aos médicos, vale lembrar o que dispõe o Código de Ética, a saber: “Art. 11 - O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade”... “Art. 102 - É vedado ao médico revelar fato de que tenha conhecimento em virtude de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente”... “Art. 105 - Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.”

⁴⁰ É o que se extrai do artigo 5º, nº 4, da Lei nº 1.079/50, na medida em que constitui crime de responsabilidade “revelar negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação”.

⁴¹ Consoante elucida o Dicionário Aurélio, a expressão “segredo” tem muitos significados, como, por exemplo, “aquilo que não pode ser revelado; sigilo; aquilo que se oculta à vista; aquilo que não se divulga; causa secreta...”

⁴² SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o Estatuto do Advogado*. São Paulo: Ltr, SP, 1995, p. 396.

Mesmo no âmbito das lides trabalhistas é possível se encontrar a incidência do dever do silêncio. É caso da alegação de justa causa, tendo em vista ter sido o empregado flagrado se masturbando no ambiente de trabalho. Ora, o preposto, amigo íntimo da parte, pode se sentir constrangido com tal fato e negar-se a depor, calando-se. É também o caso do filho que teve o vínculo de emprego reconhecido em face de seu pai. Todavia, por ocasião de audiência especial (CPC, art. 599, I), marcada com o fito de conciliação, se recusa o pai, então executado, a dizer onde tem seu patrimônio, diante de concretas ameaças de sequestro.⁴³

Com efeito, o Novo Código Civil, em seu artigo 229, reconhece algumas hipóteses em que a recusa em depor deve ser considerada como legítima, vejamos:

“Art. 229 - Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:

I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;

III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.”

O dever do silêncio (dever de sigilo), como tudo na vida⁴⁴, é relativo. É concebido que o sigilo profissional não é absoluto e a compreensão da sua real extensão comporta relativo elastério. Há situações em que pode se dar um confronto entre dois direitos fundamentais.⁴⁵ ⁴⁶ Assim, direito à proteção do sigilo profissional pode encarar uma situação em que se faz necessária a ruptura do mesmo. É o caso, por exemplo, em que determinado médico necessita revelar que o seu cliente impõe maus-tratos a crianças, já que é a própria Constituição que também garante a proteção aos menores (art. 227)⁴⁷, ou o caso do cliente, acusado de homicídio, que revela ao seu advogado a intenção de

⁴³ Alguém poderia dizer que neste caso o magistrado devesse declarar segredo de justiça. Porém, a insegurança da parte não seria afastada. Aliás, se assim fosse, bastaria que o juiz, em todos os casos onde há dever de sigilo, declarasse segredo de justiça!?!?

⁴⁴ Ou quase tudo...

⁴⁵ Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: “A obrigatoriedade do sigilo profissional não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso (RE 91.218, rel. Min. Djaci Falcão, julg. 10.11.81)”

⁴⁶ No mesmo sentido o STJ, a saber: “ADMINISTRATIVO. SIGILO PROFISSIONAL. É dever do profissional preservar a intimidade do seu cliente, silenciando quanto a informações que lhe chegaram por força da profissão. O sigilo profissional sofre exceções, como as previstas para o profissional médico, no Código de Ética Médica (art. 102). Hipótese dos autos em que o pedido da Justiça não enseja quebra de sigilo profissional, porque pedido o prontuário para saber da internação de um paciente e do período. Recurso ordinário improvido. (RMS 14134/CE, DJ 16.09.2002, Rel. Eliana Calmon)”. Também no RMS 5821/SP, DJ 07/10/96, Rel. Min. Adhemar Maciel, a saber: “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO PROFISSIONAL. EXIBIÇÃO JUDICIAL DE FICHA CLÍNICA A PEDIDO DA PRÓPRIA PACIENTE. POSSIBILIDADE. Uma vez que o artigo 102 do Código de Ética Médica, em sua parte final ressalva a autorização. O sigilo é mais para proteger o paciente do que o próprio médico. Recurso ordinário não conhecido.” Também na mesma esteira o RO em MS 17.783 - SP

⁴⁷ Exemplo idealizado por Fredie Didier Jr.. In: DIDIER JR, Fredie. *Regras processuais no código civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

promover um assassinato em massa, em dia de domingo, na praia lotada. É lícito ao juiz, nessas situações, tomar conhecimento dos fatos. Trata-se de aplicar o princípio da proporcionalidade.

Mas e quanto ao direito ao silêncio propriamente dito? Até agora vimos a questão sob a ótica do dever do silêncio (dever de sigilo). Com relação ao direito ao silêncio, nos domínios do processo do trabalho, este também existe; porém de modo ainda mais relativo do que o ‘*dever de silêncio*’.⁴⁸ Uma vez intimada à parte para prestar depoimento, não pode, de modo injustificado, recusar-se a depor.⁴⁹ Esta é a regra. Portanto, o raciocínio, quanto ao “direito ao silêncio”, é exatamente inverso àquele despendido quanto ao “dever de silêncio (dever de sigilo)”.⁵⁰

A norma processual, no particular aplicada ao processo do trabalho, é clara, ao estabelecer que “*se a parte intimada... se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão*.”⁵¹

Nessas condições, não há como obrigar a parte a falar. Ao Judiciário o legislador não previu qualquer forma coativa. Todavia, como não é recomendável a existência de preceito sem sanção, a norma processual imprimiu, por assim dizer, uma espécie de “*cláusula de confissão presumida*”.

É necessário esclarecer que estamos tratando da hipótese em que a parte comparece à audiência e, sem qualquer justificativa, se recusa a depor. Tal esclarecimento se faz útil porque existe a hipótese, também preconizada pela lei, da parte ser intimada e, mesmo assim, resolve, de modo igualmente injustificado, não comparecer. Para ambas as situações a sanção é a mesma, qual a “*pena de confissão*”.⁵² Como o tema em estudo envolve o suposto direito ao silêncio, resolvemos deixar de fora a ausência da parte.

Como visto, a parte pode comparecer e manter-se em silêncio. Trata-se, por conseguinte, de um direito que lhe é garantido por lei, já que não se pode coativamente obrigar ninguém a depor. Todavia, de modo a equilibrar o sistema e na busca de se alcançar um dos escopos da jurisdição, quando a parte, *injustificadamente*, restar silente, poderá ser tal atitude entendida pelo magistrado como uma confissão, ainda que presumida. “*Mas, em princípio, o silêncio, por si mesmo, não prova mais do que a intenção de calar. O brocardo de direito canônico, ‘quem cala consente’ – quit tacet consentire videtur – tem merecido repulsa da doutrina e das legislações mais adiantadas*.”⁵³

⁴⁸ Note-se que não existe “direito ao silêncio”, que, como já visto, não pode ser confundido com o “dever de silêncio”.

⁴⁹ Observe: “*de modo injustificado*”.

⁵⁰ No “dever de silêncio” (dever de sigilo), de ordinário, a parte nada deve revelar, só o fazendo em situações excepcionais. Já no “direito ao silêncio”, como regra, a parte deve revelar ao juiz o que sabe, somente em casos excepcionais deve calar-se. Como veremos mais abaixo, a parte, em depoimento pessoal, deve falar, pois trata-se de um compromisso ético. Todavia, em aparente situação paradoxal, tem o direito de ficar em silêncio. Todavia, o abusivo uso desse suposto direito implicará na incidência de sanções processuais.

⁵¹ CPC, art. 343, parágrafo segundo.

⁵² Parágrafo segundo, do artigo 343, do Código de Processo Civil.

⁵³ SANTOS, op.cit., p. 81.

Cabe, desse modo, ao magistrado, como condutor absoluto do processo⁵⁴, verificar se houve abuso do direito da parte depoente ao se calar. *“Ao silêncio abusivo do litigante que se recusa a depor ou responder, a lei, tendo em vista o interesse social de decidir-se prontamente o litígio, atribui o efeito de confissão. Se o litigante podia falar e no entanto manteve inativo e quedo, e se ele, para não abusar do seu direito de silenciar, devia falar, responderá pelas consequências.”*⁵⁵

É preciso, desse modo, que o magistrado observe todo o conjunto probatório, não tomando, pois, de forma isolada o silêncio da parte, como elemento máximo probatório, ignorando, pois, os demais elementos dos autos. *“Seria esdrúxulo, na verdade, considerar-se e declarar-se confessa a parte, somente porque não compareceu ou se recusou a depor, quando dos autos conste prova que repila a hipótese de confissão. Se ao juiz é dado, na apreciação da prova, formar livremente seu convencimento, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte e se tais fatos e circunstâncias o convençam de que com ausentar-se ou silenciar o litigante não podia pretender fugir de dizer a verdade quanto aos fatos da causa, seria ilógico e injusto declará-lo confesso.”*⁵⁶

O sistema processual, portanto, é bastante lógico e igualmente afinado com as regras constitucionais.⁵⁷ O Código de Processo Civil⁵⁸ traz regra geral quanto a previsibilidade de recusa de depor. Ao dispor que *“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.”*⁵⁹

O referido dispositivo legal *“prevê uma regra geral de escusa de depor, ao permitir, a contrário sensu, que a parte possa negar-se a depor motivo justo, a ser avaliado pelo magistrado.”*⁶⁰

Como se pode depreender, portanto, além das hipóteses expressamente previstas no artigo 347 do Código de Processo Civil⁶¹ e no artigo 229 do Código Civil⁶², que autorizam a legítima recusa da parte de depor⁶³, o silêncio também lhe é garantido em qualquer situação que o magistrado considere justa, consoante interpretação do referido artigo 345. *“O pressuposto geral para a recusa é o de que ela seja considerada justa pelo órgão jurisdicional.”*⁶⁴

⁵⁴ CLT, art. 765.

⁵⁵ Ibid., p. 82.

⁵⁶ Ibid., p. 84.

⁵⁷ É verdade que existem críticas, por parte da Doutrina, quanto a algumas contradições estabelecidas no vigente Código de Processo Civil e até mesmo na Consolidação das Leis do Trabalho, no que diz respeito à confissão, como, por exemplo, se a confissão presumida é pena ou meio de prova. Se é pena, sua presunção deveria ser absoluta e não relativa. Se é possível aplicá-la, nos domínios do processo do trabalho, ao empregado ou apenas em face do empregador, conquanto já tenha definido a situação o Tribunal Superior do Trabalho. De qualquer modo, essas e outras discussões devem ficar para outro momento, pois que o presente trabalho não se destina ao enfrentamento de tais questões.

⁵⁸ No particular aplicado ao processo do trabalho.

⁵⁹ CPC, art. 345.

⁶⁰ DIDIER JR, op. cit., p. 101.

⁶¹ Dispõe o artigo 347: *“A parte não é obrigada a depor de fatos: I - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Parágrafo único - Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento.”*

⁶² O referido artigo já foi mais acima transcrito.

⁶³ Direito de silêncio ou de sigilo.

⁶⁴ Ibid., p. 102.

Vale transcrever as lições de *Egas Moniz de Aragão*, a saber:

“Confrontando o teor deste artigo com o dos dois incisos do art. 347 conclui-se que motivos justificados não são apenas os indicados neste último, mas também outros, a ele estranhos. Se o intérprete dessas normas fizer de uma (345) consequência da outra (347), a primeira ficará inócua, o que não se pode admitir no corpo da lei. Qualquer motivo que ao juiz se afigure justificado, afora os referidos no outro dispositivo, poderá autorizar o litigante a calar-se.”^{65 66}

De tudo o quanto foi exposto, podemos depreender que os preceitos constitucionais, aliados àqueles que se encontram estabelecidos em leis infraconstitucionais⁶⁷, estabelecem como norte de conduta a ética e a dignidade da pessoa humana, elementos indispensáveis — lamentavelmente por vezes esquecidos — à nossa vida moderna.⁶⁸

Conclusão

- a) O silêncio, como dever ao sigilo profissional, tem previsão constitucional e infraconstitucional;
- b) O silêncio, como direito, através da análise oblíqua, dentro da ótica da proteção à dignidade do ser humano e da ética, pode ser extraído da Constituição Federal, bem como das normas infraconstitucionais;
- c) Todos têm direito à prova, utilizando-se do contraditório e da ampla defesa, que não se mostra paradoxal com o legítimo direito ao silêncio;
- d) O que não se pode permitir é a abusiva inércia, o injustificado silêncio.

235

Referências bibliográficas

ALEXY, Ronald. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 217, 1999.

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Exegese do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: AIDE, vol. IV, 1984.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁶⁵ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Exegese do código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, vol. 4, t. 1, 1984, p. ...

⁶⁶ Valendo-se do mesmo raciocínio acima exposto temos Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

⁶⁷ Como a CLT, CPC e CCB.

⁶⁸ Ao contrário de outros animais, a antropologia e a sociologia, explicam que o ser humano, além de não ter sido concebido para viver em sociedade como a atual, ainda não se adaptou a ela, sendo, pois, um “urbanóide”. Portanto, afigura-se mais do que razoável que preceitos de forte cunhagem ética norteiem os institutos constitucionais processuais, máxime se tais institutos tem, como pano de fundo, a dignidade do ser humano.

BORGES, Leonardo Dias. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2000.

_____ e MEIRELES, Edilton. *Primeiras linhas de processo do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Confissão e reconhecimento do pedido*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

JUNIOR, Fredie Didier. *Regras processuais no código civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao CPC*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

236 THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.