

DIREITO AO SILÊNCIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (ARTS. 347, CPC, E 229, CC)¹

Fredie Didier Jr.*

SUMÁRIO: 1 NOÇÃO; 2 GENERALIDADES SOBRE O DEPOIMENTO DA PARTE; 3 A RECUSA LÍCITA DE DEPOR: O DIREITO AO SILÊNCIO; 3.1 NOÇÃO; 3.2 DIREITO OU DEVER DE SILÊNCIO; 3.3 DIREITO AO SILÊNCIO EM RELAÇÃO A FATOS CRIMINOSOS OU TORPES; 3.4 DIREITO AO SILÊNCIO SOBRE FATOS RELACIONADOS À VIDA FAMILIAR OU À ATIVIDADE PROFISSIONAL; 3.5 OUTRAS HIPÓTESES EXPRESSAS, EM QUE SE RECONHECE O DIREITO AO SILÊNCIO, PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL (ART. 229); 3.6 REGRA GERAL DE ESCUSA.

1 NOÇÃO

O direito ao silêncio é um dos temas mais interessantes e, curiosamente, ao mesmo tempo, menos estudados pela dogmática do direito processual *civil*. Bem diferente é a situação em relação à dogmática do direito processual *penal*, em que há inúmeros trabalhos, seja da doutrina brasileira seja da doutrina estrangeira, sobre o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

As regras sobre o direito ao silêncio estão previstas no CPC (art. 345, 347 e 406) e no CC (art. 229). Essa constatação fundamenta a escolha desse tema para compor a coletânea em homenagem ao querido

¹ Escrito em homenagem ao Prof. José Manoel de Arruda Alvim Netto, Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

* Professor-coordenador do curso de graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito. Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Advogado e consultor jurídico.

<http://www.frediedidier.com.br/main/capa/default.jsp>

amigo e mestre Arruda Alvim, jurista que se destaca com igual maestria tanto no direito privado quanto no direito processual civil.

As regras legais mencionadas valem tanto para o depoimento da parte quanto para o testemunho de terceiro. Cuidaremos do direito ao silêncio da parte. As considerações servem, *mutatis mutandis*, para o direito ao silêncio da testemunha (art. 406, CPC²).

2 GENERALIDADES SOBRE O DEPOIMENTO DA PARTE

O sistema brasileiro seguiu o modelo italiano: há duas espécies de depoimento da parte, o *depoimento por provocação* e o *interrogatório*.

Há o *depoimento da parte por provocação*, requerido pela parte adversária, realizado na audiência de instrução e julgamento e determinado sob pena de confissão ficta (art. 343, § 1º, CPC), acaso a parte *se recuse*³ ou *não compareça para depor* (art. 343, § 2º, CPC): tomar-se-ão por confessados os fatos afirmados em desfavor da parte que deveria ter-se apresentado para depor. A *confissão ficta*, neste caso, embora tenha natureza jurídica de *sanção*, será valorada pelo magistrado como se *confissão real* fosse (sobre a possibilidade de valoração judicial da *confissão*, ver o capítulo

² Art. 406 do CPC: “A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”.

³ “A recusa de depor tanto pode caracterizar-se pela negativa direta e frontal, como pela simples omissão em responder ou pelo recurso a evasivas, sem motivo justificado”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil Brasileiro**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.58.)

sobre a confissão, neste livro), inclusive podendo afastá-la, acaso os fatos *fictamente confessados* sejam *inverossímeis*⁴.

A *parte* deve ser intimada *pessoalmente*, com expressa menção, no mandado, à pena de *confissão ficta*, sob pena de nulidade do ato que aplicar essa sanção⁵.

A *parte* não pode requerer o *seu próprio* depoimento. As *declarações* de uma parte, contudo, podem servir como meio de prova em seu *favor*, na medida em que reforcem a convicção do magistrado⁶. O *interrogatório*, no processo *penal*, é encarado como um meio de *defesa* do *acusado*⁷, o que reforça a argumentação de que as declarações do *depoente* podem beneficiar-lhe. No processo penal, porém, há o *direito ao silêncio*, com todo o conteúdo da cláusula do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a manifestar-se), conduta que *lá* não pode implicar prejuízo ao réu⁸. No direito processual civil também há o direito ao silêncio, que torna lícita a recusa de depor, em hipóteses adiante examinadas.

Há, também, o *interrogatório*, determinado *ex officio* pelo magistrado, em qualquer estágio do processo, inclusive em instância recursal⁹, não sendo possível, neste caso, entretanto, cominar a pena de *confissão ficta* para o caso de *não-comparecimento* ou *recusa* (art. 342,

⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. 4, p. 310.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil Brasileiro**. 23. ed., cit., p. 58.

⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª.ed. t. 4, cit., p. 304.

⁷ Ver, por exemplo, dentre outros, LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 231; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 379 e segs; DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 2, p. 252 e segs.

⁸ Art. 186 do Código de Processo Penal: “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 forem formuladas. *Parágrafo único*. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. t. 4, cit., p.304. Sobre a produção de provas em tribunal, ver item específico sobre o tema no v. 3 deste *Curso*.

CPC)¹⁰. A doutrina costuma não considerar o *interrogatório* como um meio de prova propriamente dito, mas, na verdade, um instituto cujo objetivo é o de esclarecer o magistrado sobre fatos da causa. Porém, convém apontar, “é sempre possível que dele extraia o juiz algum elemento de prova, a ser usado para formar sua convicção sobre os fatos articulados no processo”¹¹.

Admite-se mais de uma convocação da parte ao interrogatório, bem como, por não visar à confissão, se permite a convocação de incapaz para depor. Como o *interrogatório* visa ao esclarecimento dos fatos, a princípio não há utilidade na ouvida, nesta condição, de representantes ou presentantes de pessoa jurídica, que não tenha conhecimento dos fatos¹².

Em ambos os casos, a *confissão provocada* pode surgir, e é sempre essa a razão de ser última de qualquer depoimento da parte. A diferença é que, no *interrogatório*, a *confissão* não pode ser prevista como sanção ao não-comparecimento ou à recusa a depor, condutas que podem ser avaliadas como *abusivas*, ficando a parte suscetível de punição por litigância de má-fé (art. 17 do CPC) e, para alguns autores, até mesmo a pena por crime de desobediência (desrespeito ao art. 340, I, CPC)¹³.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil Brasileiro**. 23. ed. cit. p.58; LOPES, João Batista. “O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro”. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1979, n. 13, p. 97-98; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 36. Em sentido contrário, admitindo a fixação da *pena de confesso* no *interrogatório*, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed., t. 4, cit., p. 305.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. 5, t. 2, cit., p. 35.

¹² Sobre todas essas questões, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. 5, t. 2, cit., p. 40-41.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. 5, t. 2, cit., p. 37.

3 A RECUSA LÍCITA DE DEPOR: O DIREITO AO SILÊNCIO

3.1 NOÇÃO

A recusa de depor tanto pode caracterizar-se pela negativa direta e frontal, como pela simples omissão em responder ou pelo recurso a evasivas. Nestes casos, cabe ao órgão judicial verificar se a atitude da parte há de ser considerada como recusa, devendo esclarecer na sentença as suas razões (art. 345 do CPC)¹⁴ e, assim, aplicar a sanção da confissão ficta.

Há, contudo, situações em que é lícita a recusa de depor: são hipóteses em que se admite a *excusa de depor*.

O sistema prevê as hipóteses que legitimam a recusa de duas maneiras: há uma regra geral de atipicidade da excusa de depor (art. 345), exigindo como pressuposto apenas a justiça do motivo, e há situações específicas, já qualificadas pelo legislador como justas para autorizar o silêncio (art. 347, CPC, e art. 229, CC).

Cabe ao magistrado o controle da licitude da recusa, que examinará o preenchimento dos pressupostos legais que a autorizam.

¹⁴ Art. 345 do CPC: “Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”.

3.2 DIREITO OU DEVER DE SILÊNCIO

O direito ao silêncio (direito de recusar-se a depor sobre determinados fatos e direito de não ser interrogado sobre eles) é, em certas situações, um *dever*: nas hipóteses em que o direito ao silêncio decorre da proteção constitucional e penal ao sigilo profissional, o depoente não tem apenas o direito de recusar-se a depor: tem o dever de fazê-lo.

Nos demais casos (relações de família e amizade), o depoente pode abrir mão do seu direito de escusa¹⁵.

É preciso anotar, porém, que, abrindo mão do seu direito de calar, não pode o depoente mentir, conduta desleal inadmissível¹⁶. O dever de dizer a verdade (art. 14, I, CPC) convive com o direito de calar, mas é incompatível, obviamente, com o direito de mentir. A parte tem o direito de calar, mas não tem o direito de mentir. A mentira em juízo é ilícito processual civil (*litigância de má-fé*, art. 17, II, CPC). Trata-se de conduta vedada, que pode ser punida com multa, conforme o art. 18 do CPC. Não é, porém, conduta *criminosa*, pois inexistente o crime de perjúrio, salvo se afetar terceiro, o que configuraria outro crime, como a *denúncia caluniosa* (art. 339 do Código Penal). Não se pode confundir essa conduta com a do crime de falso testemunho (art. 342 do Código Penal), que não pode ser cometido pela *parte*.

¹⁵ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 591; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. 5, t. 2, cit., p. 96-97.

¹⁶ No processo penal, há quem reconheça o direito de o depoente (acusado) mentir, como conteúdo da cláusula *nemo tenetur se detegere* (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 486; LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 233).

3.3 DIREITO AO SILÊNCIO EM RELAÇÃO A FATOS CRIMINOSOS OU TORPES

A parte não é obrigada a depor: *a)* sobre fatos criminosos ou torpes que lhe são imputados; *b)* a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo — essa última ressalva não se aplica às ações de filiação, de separação, divórcio e de anulação de casamento (art. 347 do CPC)¹⁷. Trata-se de regras que prestigiam o direito à autopreservação.

Note que, à semelhança do que acontece no âmbito penal, é direito da parte silenciar sobre fatos tidos por criminosos que lhe sejam imputados (*direito ao silêncio*) no âmbito cível. Trata-se do conhecido direito contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*, ninguém é obrigado a acusar a si mesmo; *nemo contra se edere tenetur*, ninguém é obrigado a se denunciar; *nemo testis contra se ipsum*, ninguém testemunhe contra si mesmo). “...o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* passou a ter significados distintos, relacionados entre si: *a)* um direito genérico a não se auto-incriminar (*privilege against self-incrimination*); *b)* um direito de não ser interrogado pelo juiz (*right not to be questioned*); e *c)* um direito de, quando interrogado, se manter em silêncio (*right to silence*)”¹⁸.

LUIGI FERRAJOLI, quando examina o assunto no direito processual penal, identifica como conteúdo desta garantia (que ele prefere denominar de *nemo tenetur se detegere*, ninguém é obrigado a se manifestar, mais abrangente que as outras designações) os seguintes direitos, dentre

¹⁷ Art. 347 do CPC: “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”.

¹⁸ COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004, p. 262.

outros que neste momento não interessam, pois mais afeitos ao processo penal: *a)* direito ao silêncio; *b)* proibição de tortura e de utilização de técnicas de manipulação da psique (drogas ou hipnose) para a obtenção da confissão; *c)* direito a ser acompanhado por um advogado durante o depoimento¹⁹.

No *processo civil*, garante-se, pois, também o direito ao *silêncio* em relação a fatos tidos por criminosos (art. 347 do CPC e art. 229 do CC).

O direito ao silêncio sobre fatos criminosos tem natureza de direito fundamental (art. 5º, LXIII, CF/88). Está previsto, também, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): Art. 8º. Garantias judiciais, § 2º, “g”:

“direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. Há quem veja na antiga regra hebraica dos dois testemunhos (*testis unus, testis nullus*,²⁰ mínimo exigido para fundamentar uma decisão condenatória) a origem remota deste direito²¹.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 486.

²⁰ Livro de Deuteronômio, 19, 15: “Uma única testemunha não é suficiente contra alguém, em qualquer caso de iniquidade ou de pecado que haja cometido. A causa será estabelecida pelo depoimento pessoal de duas ou três testemunhas”.

²¹ Sobre esta percepção, sem concordar ao que parece com ela, trazendo amplas referências, COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004, p. 30-32. Entendia-se que nem todo testemunho era apto a servir como prova para condenar alguém; proibia-se o testemunho de parentes. Dizia-se, então, que o acusado era seu próprio parente, e que, por tal razão, sua confissão não poderia ser aceita. Afirmava-se, ainda, que, como a vida de um homem pertence a Deus, “confessar um crime seria o equivalente a dispor de uma propriedade – o corpo – que não pertence ao acusado, e, no caso de crimes capitais, o habilitaria a cometer uma forma de suicídio”. (COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**, cit., p. 30, nota 4.) Justificava-se também a regra, segundo alguns, como forma de desestimular a tortura (WEINTRAUB, Melissa. *The Bar against Self-Incrimination as a Protection against Torture in Jewish and American Law*, disponível em http://www.rhrna.org/torture/ainadammesim_short.pdf, p. 2-3, com amplas referências, Acesso em: 19 nov. 2006, às 14h41), tendo sido esta a principal razão, ao que parece, de seu acolhimento pela doutrinas liberais que propagavam as garantias processuais individuais a partir do século XVIII. De acordo com o panorama histórico traçado por João Couceiro, tendo por base a lição de Leonard Levy, a evolução do direito ao silêncio na Inglaterra, país em que teria sido consagrado primeiramente esse *right*, está relacionada à proteção das liberdades religiosa e de expressão, visto que era exercido nas acusações de heresia, cisma ou traição, fazendo parte do contexto de luta pelo reconhecimento de limitações ao poder Real e da Igreja (COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**, cit., p. 67-68, nota 87.)

Sucedem que essas previsões restringem-se ao âmbito do processo penal. No direito brasileiro, o direito ao silêncio sobre fatos criminosos no âmbito civil está previsto apenas no nível infraconstitucional²². Essa constatação, porém, não diminui sua importância: estendê-lo ao âmbito civil parece corolário inevitável da garantia constitucional, pois, de fato, não faria muito sentido permitir que, no civil, o sujeito fosse obrigado a depor sobre fatos havidos como criminosos, conduta que certamente teria alguma influência na formação do convencimento do juízo penal.

É importante frisar, ainda, que o direito ao silêncio sobre fatos criminosos abrange não só os fatos constitutivos da demanda, mas também fatos simples ou secundários. É o que acontece quando a pessoa, inquirida sobre um fato qualquer, para dizer a verdade precisa afirmar a existência de um fato criminoso, como acontece quando alguém, perguntado sobre a sua profissão, deva declarar, por ser a verdade, que lida com trabalho ilícito (agiotagem, rufianismo etc.)²³

Há, ainda, o direito ao silêncio sobre fatos torpes (*nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*, ninguém é obrigado a manifestar-se sobre a própria torpeza), que, à semelhança do primeiro, tem origem remota, podendo ser encontrado nas Ordenações Manuelinas e Filipinas (Liv. III, Tít. LIII, 11), bem como no Regulamento n. 737/1850 (art. 208, § 1º).

²² COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004, p.262.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. 5, t. 2, cit., p. 90. Arrematam os autores: “Neste caso, não se imputa à pessoa a prática de fato ilícito – não havendo, portanto, a incidência da regra do art. 347, I – mas a resposta a ser dada (em função do dever de veracidade e completude) certamente indicará a prática, pelo depoente, de atividade ilícita e sujeita a sanção criminal”. (cit., p. 90, nota 114)

3.4 DIREITO AO SILÊNCIO SOBRE FATOS RELACIONADOS À VIDA FAMILIAR OU À ATIVIDADE PROFISSIONAL

Como no juízo cível é possível a discussão de um sem-número de fatos, muitos deles não-criminosos, foi preciso regrar o direito ao silêncio em relação a esses últimos. Em juízo de ponderação, o legislador entendeu por bem reconhecer o direito ao silêncio, no âmbito cível, apenas em certas situações, relacionadas, ou à proteção da intimidade, da vida e do patrimônio do depoente, ou à natureza da sua profissão.

Reputa-se legítima a recusa de depor quando se tratar de fato que diga respeito ao *sigilo profissional*, ou que envolva *situação relacionada ao estado da pessoa* (salvo em ações de filiação, separação, divórcio ou anulação de casamento).

Embora a ressalva em relação às ações de família esteja no parágrafo único do art. 347, o que poderia conduzir à interpretação de que se refere à totalidade do art. 347, a melhor interpretação é aquela que o relaciona apenas aos fatos relacionados ao estado da pessoa, mais especificamente às ações de família.

O segredo profissional é bem jurídico de alta relevância (inclusive penal: art. 154 do Código Penal). A proteção do sigilo é, ainda, direito fundamental (art. 5º, XIV, CF/88)²⁴. Essa proteção visa proteger o equilíbrio das relações sociais, notadamente o valor *confiança*, indispensável à ética dessas mesmas relações. É o caso do médico, advogado (art. 7º da Lei Federal n. 8.906/1994), jornalista, padre, juiz, membro do Ministério

²⁴ “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Público, enfermeiro, psicólogo etc.²⁵ Bem examinado o problema, a recusa de depor, neste caso, antes de um direito é um *dever* do depoente²⁶. Trata-se de tutela civil de um bem jurídico penal e de um direito fundamental.

Convém anotar que é 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” (art. 5º, n. 4, Lei Federal n. 1.079/1950). Trata-se de hipótese em que também é legítima a recusa de depor, que no caso também se apresenta como um dever do *depoente*.

Como todo direito fundamental, o direito à proteção do sigilo profissional pode, em certas situações, ceder a outro direito fundamental, aplicado o princípio da proporcionalidade. Admite-se, por exemplo, a quebra do sigilo médico para revelação de maus-tratos a menores (protegidos constitucionalmente: art. 227 da CF/88) ou para favorecer o próprio paciente (entrega do seu prontuário para que se tomem providências com o objetivo de salvar-lhe a vida)²⁷.

Aliás, o próprio texto do Código Penal permite a revelação do sigilo havendo *justa causa*, que será examinada pelo magistrado no caso concreto.

Dispensa-se o sigilo, também, quando o beneficiário do segredo libera o profissional de seu dever, permitindo a sua revelação²⁸.

²⁵ Assim, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 480.

²⁶ Assim, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, v. 1, cit., p. 481.

²⁷ Para os exemplos, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, v. 1, cit., p. 483.

²⁸ THEODORO Jr., Humberto. **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 555.

3.5 OUTRAS HIPÓTESES EXPRESSAS, EM QUE SE RECONHECE O DIREITO AO SILÊNCIO, PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL (ART. 229)

O art. 229 do Código Civil traz outras hipóteses em que se considera *a priori* como legítima a recusa de depor:

“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”.

Note que o inciso I repete a hipótese já prevista no inciso II do art. 347 do CPC.

O inciso II do art. 229 do Código Civil é hipótese nova, em que o legislador, considerando a proteção da honra do depoente, ou de pessoas que lhe são próximas, permite a escusa de depor. Perceba que o CPC já permitia a recusa de depor em relação a fatos *torpes* imputados ao *depoente*. A redação do CC é mais abrangente por referir-se a “desonra”, que tem sentido mais amplo do que “torpe”, além de permitir a recusa para a proteção da honra de terceiros.

Há precedente semelhante no inciso I do art. 406 do CPC, que cuida da recusa de depor como testemunha, que não prevê, porém, a recusa em razão da amizade e restringe o parentesco em linha colateral até o

segundo grau²⁹. Neste ponto, a legislação processual foi revogada pela legislação civil, que, como lei posterior, substitui a anterior. “É para evitar uma autêntica desumanidade – quer por revelar uma mazela moral, quer por induzir a testemunha a não desvendar a verdade – é que, quanto está em jogo a honra do depoente ou das pessoas que lhe são caras, a lei o dispensa de testemunhar”³⁰.

O inciso III do art. 229 do Código Civil também inova, ampliando o direito ao silêncio: agora, é lícita a negativa de depor quando o depoimento puder expor o depoente, parente em grau sucessível, cônjuge ou amigo íntimo a perigo de vida, demanda ou dano patrimonial imediato.

A inovação, como se vê, aparece em dois aspectos.

Em *primeiro lugar*, amplia o rol das pessoas protegidas pelo silêncio. Pela redação do CPC, protege-se a pessoa do depoente; pelo texto do Código Civil, a recusa de depor justifica-se como forma de proteção de qualquer parente em grau sucessível (ascendentes, descendentes e colaterais até o quarto grau), cônjuge (e, por conseqüência, companheiro³¹) ou amigo íntimo.

Em *segundo lugar*, permite-se a negativa se o depoimento puder expor qualquer destes sujeitos a *perigo de vida, demanda ou dano patrimonial imediato*. Se a proteção à vida justifica-se, é difícil compreender a razão da dispensa nas outras hipóteses. “Evidentemente, em toda demanda *patrimonial*, a parte corre o risco de sofrer dano patrimonial imediato, já que

²⁹ Art. 406 do CPC: “A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau”.

³⁰ THEODORO Jr., Humberto. **Comentários ao Código Civil**. v. 3, t. 2, cit., p. 556.

³¹ Neste sentido, também, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. v. 1, cit., p. 483.

esta é a finalidade da demanda”³². Assim, em todo processo cujo objeto litigioso envolve direito patrimonial, a escusa de depor seria legítima. Mas não é só. Como em todo processo, patrimonial ou não-patrimonial a relação jurídica discutida, sempre há a possibilidade de a parte vencida ser condenada a arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, sempre haveria a possibilidade de um *dano patrimonial imediato*, a autorizar a recusa de depor.

É por isso que a doutrina já sugeriu a interpretação *temperada* do art. 229 do Código Civil, que somente poderia ser “aplicado quando o magistrado verificar que seria *desarrazoado* exigir do sujeito o depoimento (como parte ou como testemunha), pois isto o colocaria em situação de especial sacrifício, inexigível da comunidade. Em casos outros, a regra não merece aplicação”³³.

De todo modo, é preciso anotar que as regras que permitem a recusa de depor estão imbuídas de forte conotação ética, porque visam tutelar a confiança, inerente em diversas relações profissionais e nas relações de família e amizade. São, ainda, regras que compõem a proteção da dignidade da pessoa humana³⁴.

³² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. 5, t. 2, cit., p. 101.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. 5, t. 2, cit., p. 101.

³⁴ Assim, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 479; LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 590-591.

3.6 REGRA GERAL DE ESCUSA

O art. 345 do CPC prevê uma regra geral de escusa de depor, ao permitir, *a contrario sensu*, que a parte possa negar-se a depor por motivo justo, a ser avaliado pelo magistrado³⁵. Trata-se, como se vê, de um conceito jurídico indeterminado, cuja concretização será investigada pelo magistrado no caso concreto.

Assim, além das expressas hipóteses em que é garantido (definidas *a priori* como autorizantes da recusa pelo art. 347 do CPC e pelo art. 229 do CC), o silêncio também é permitido em qualquer situação considerada pelo magistrado como legítima, como, por exemplo, em relação a fatos impertinentes/irrelevantes (que não podem ser objeto de prova)³⁶. Cria-se uma regra de atipicidade das razões da recusa, que devem ser identificadas *a posteriori* pelo magistrado. O pressuposto geral para a recusa é o de que ela seja considerada *justa* pelo órgão jurisdicional³⁷.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, [19--], v. 4, t. 1.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004.

³⁵ Art. 345 do CPC: “Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. 5, t. 2, cit., p. 90.

³⁷ “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) conseqüência 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”. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, [19--], v. 4, t. 1, p. 152.) No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. 5, t. 2, cit., p. 74-75.

DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES, João Batista. “O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro”. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 13, RT, 1979.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. 4.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil Brasileiro**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

THEODORO Jr., Humberto. **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2.

WEINTRAUB, Melissa. *The Bar against Self-Incrimination as a Protection against Torture in Jewish and American Law*. North America, 2006.

Disponível em: <http://www.rhr-na.org/torture/ainadammesim_short.pdf>. Acesso em: 19.11.2006.