

CONFISSÃO FICTA — NATUREZA JURÍDICA — CAUSAS E EFEITOS

SAMUEL CORRÊA LEITE (*)

Já tivemos a oportunidade de tecer alguns comentários a respeito da confissão ficta. Retornamos à matéria, tendo em vista que é polêmica e, por isso mesmo, foco de decisões controvertidas.

Embora assim definida no parágrafo 2º do artigo 343 do Código de Processo Civil, bem como, pelo Enunciado n. 74, do Colendo TST, a confissão ficta não é pena.

Com efeito, a confissão, considerada a "rainha" das provas, via de regra, decorre de um ato positivo, qual seja: uma declaração feita pelo confitente. Como exceção à regra, considera-se também confissão o fato negativo de não se verificar a declaração quando a parte deveria e poderia falar. É a denominada *ficta confessio*, justamente porque criada por uma ficção jurídica e admitida por presunção, a qual, por ser relativa pode ser infirmada por outros elementos *já existentes nos autos*. Na hipótese, não existe propriamente confissão, mas presunção de confissão.

Isto porque em sendo o direito de defesa e o contraditório garantias constitucionais (artigo 5º, inciso LV), tanto o réu, regularmente citado, não está obrigado a oferecer defesa, quanto a parte, devidamente intimada, não está obrigada a prestar depoimento. Apenas tem o ônus, respectivamente, de oferecer resposta e de depor. E a distinção entre obrigação e ônus é relevante. Em se tratando de ônus, a parte dispõe da faculdade de atuar ou não, segundo seus interesses e, ao contrário do que ocorre com a obrigação, o cumprimento de um ônus não pode ser exigido. Já, em se tratando de obrigação, o sujeito passivo a ela submetido pode ser compelido ao seu cumprimento, seja pela previsão de sanção, seja pela possibilidade de se exigir seu cumprimento até pela força. Mas, não é só. Enquanto na obrigação é tutelado um interesse de outrem, no caso sujeito ativo, no ônus resguarda-se um interesse de quem a ele se encontra submetido, o que vale dizer: se cumprido, poderá ou não trazer uma vantagem a quem

(*) Juiz Togado — TRT 15ª Região.

dele se desincumbiu; enquanto o cumprimento da obrigação representa benefício exclusivo ao sujeito ativo. Contudo, é preciso não relegar ao oblivio que o descumprimento de um ônus também traz uma consequência: a preclusão, que resulta na perda de uma faculdade processual, impossibilitando a prática futura do ato.

Especificamente no processo trabalhista, a confissão ficta tem origem nas seguintes situações:

a) o empregador regularmente notificado não comparece à audiência, na qual deveria oferecer resposta. Ora, é com a defesa que se estabelece o contraditório e é distribuído o ônus probatório. Logo, não havendo defesa, inexistente o contraditório, razão pela qual os fatos alegados pelo autor são admitidos como incontroversos, nos termos do inciso III do artigo 334 do Código de Processo Civil. Mas, em se tratando de processo trabalhista, é preciso não olvidar que, ao contrário da tese adotada por alguns, inclusive o notável *Valentin Carrion*, é imprescindível a presença das partes, conforme preceituam os artigos 844 e 843, parágrafos 1º e 2º, ambos do diploma consolidado.

Tal exigência decorre da ênfase que o legislador trabalhista deu à conciliação, bastando, a propósito, conferir-se o disposto nos artigos 764, parágrafos 1º, 2º e 3º, 846, parágrafos 1º e 2º, inclusive constituindo-se a tentativa de conciliação em prerrogativa dos juizes classistas, consoante artigo 667, letra *b*, todos da Consolidação das Leis do Trabalho. E mais: a falta da tentativa de conciliação importa em nulidade processual.

Assim, na verdade, a presença das partes na audiência trabalhista é obrigatória por imperativo legal, sendo irrelevante a presença dos respectivos procuradores se ausentes as partes.

Destarte, o entendimento de que, embora ausente o reclamado, mas presente seu advogado munido de procuração, a contestação deve ser juntada aos autos e considerado aquele revel e confesso quanto à matéria fática é destituído de fundamento legal. Primeiro porque se juntada a defesa, obviamente não há que se falar em revelia e, por consequência, em confissão ficta, pois esta é consequência daquela, eis que revel somente pode ser o réu que, regularmente citado, queda-se inerte e não oferece contestação. Logo, se acolhida a defesa, inexistente contumácia e, por conseguinte, inexistente confissão. Mas, não é só. Se adotado tal entendimento, via de regra, sob o fundamento de que, no caso, existe ânimo de defesa, tendo em vista não somente o princípio do tratamento igualitário das partes, mas também o princípio protetor que norteia o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho, se ausente o reclamante, mas presente o seu advogado com procuração, já juntada aos autos, inequivocamente a reclamação não poderia ser arquivada porque também haveria o ânimo de prosseguir com o feito, independentemente do procedimento previsto no parágrafo 2º do artigo 843 da CLT;

b) quando as partes, embora devidamente intimadas, conforme Enunciado n. 74 do Colendo TST, não comparecem à audiência ou, comparecendo, haja recusa em prestar depoimento. Geralmente, a ausência ou re-

cusa, no caso, acarreta a presunção de veracidade dos fatos articulados pela parte adversa, desde que inexistam nos autos outros elementos que possam infirmar essa presunção. Disse geralmente porque nem sempre a ausência ou recusa em depor gera a confissão ficta. Isto porque é preciso não esquecer que a parte não está legalmente obrigada a depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe estão sendo imputados ou a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo, conforme artigo 347, incisos I e II, do Código de Processo Civil, significando que o empregado, por exemplo, acusado da falta grave originada do crime de furto, crime previsto no artigo 155 do Código Penal, dispõe da faculdade legal de depor ou não sobre esse fato que lhe está sendo imputado. Por isso mesmo, comparecendo e se recusando a depor sobre esse fato ou não comparecendo à audiência, não há que se cogitar da confissão ficta, até porque seria absurdo presumir-se que alguém furtou somente em razão do descumprimento de um ônus processual. De resto, o entendimento esposado por alguns de que, ainda que ausente a parte à audiência em que deveria depor, mesmo que intimada para tal, sob a cominação de confissão, se presentes suas testemunhas, estas devem ser ouvidas, além de tornar inócua a intimação a que alude o Enunciado n. 74 do Colendo TST, desconsidera a preclusão e cerceia o direito da parte adversa de produzir a denominada "rainha" das provas, qual seja: a confissão real;

c) quando o preposto não tem conhecimento dos fatos por força do disposto no parágrafo 1º do artigo 843 do texto consolidado, o qual não oferece maiores problemas.

Em conclusão: a confissão ficta não é pena, mas presunção de veracidade dos fatos alegados por uma das partes do processo que, por ser relativa, pode ser infirmada por outros elementos já existentes nos autos, inclusive acarretando a preclusão, seja do direito de oferecer contestação, em face da contumácia do réu, incluindo-se sua ausência à audiência inicial, seja no que concerne à produção de provas pelo ausente à audiência de instrução, seja pela recusa injustificada de qualquer das partes em depor.