

Das consequências do silêncio do investigado na investigação cível

Hugo Evo Magro Corrêa Urbano¹

Ítalo João Chiodelli²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Do direito constitucional ao silêncio e seus limites – 3. Do não alcance do artigo 5º, inciso LXIII, da CR/1988 no processo civil e na investigação cível – 4. Conclusão objetiva – 5. Referências bibliográficas.

Resumo: A presente tese versa sobre as consequências jurídicas decorrentes do silêncio do investigado em procedimentos de natureza cível, principalmente, a possibilidade de se usar essa sua conduta contra ele.

Palavras-chave: Direito ao silêncio – Improbidade administrativa – Investigação – Inquérito Civil.

Proposta de enunciado: No curso da investigação cível, havendo necessidade de se colher o depoimento pessoal do investigado, ele deve ser advertido de que tudo que ele disser pode ser usado contra ele, bem assim o fato de ele permanecer calado, empregar evasivas ou se recusar a responder qualquer pergunta, pois, caso adote novamente este comportamento em juízo, essas circunstâncias deverão ser consideradas pelo magistrado na solução do caso, principalmente, na comprovação dos fatos objeto do processo e que embasam a pretensão do Ministério Público, conforme previsão do artigo 385, § 1º, e do artigo 386, ambos do CPC/2015.

Fundamentos jurídicos: artigo 385, § 1º, e artigo 386, ambos do CPC/2015; artigo 5º, inciso LVIII, da CR/1988; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2016, p. 1.909; GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan., p. 180-181; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Comentário ao artigo 5º, inciso LXIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

1. Introdução

Na investigação de violações de direitos difusos, o principal instrumento investigatório do Ministério Público constitui o inquérito civil, servindo para a preparação do exercício das atribuições inerentes às funções institucionais (artigo 1º, *caput*, da Resolução 1.928-PGJ/MPPR, de 25 de setembro de 2008).

Na instrução do inquérito civil, o membro do Ministério Público, para esclarecimento do fato objeto da investigação, tem o dever-poder de colher todas as provas permitidas pelo ordenamento jurídico (artigo 6º da Resolução 1.928-PGJ/MPPR, de 25 de setembro de 2008), tais como a juntada de documentos, requisição de informações, oitivas de testemunhas, realização de inspeções e perícias e, ainda, a colheita do depoimento pessoal do investigado.

Especificamente em relação à tomada do depoimento pessoal dos investigados, acontece em alguns casos de o investigado, antes de iniciar o seu depoimento ou no curso dele, passar a se recusar a responder perguntas a respeito dos fatos objeto do inquérito civil, principalmente, em situações em que possam resultar em sua responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Doutor (2013) e Mestre (2009) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

² Assessor de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná.

O fundamento jurídico invocado pelo investigado para se calar ou se recusar a responder sobre alguns pontos específicos, por decisão dele ou por orientação de advogado, é o direito constitucional de permanecer calado, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República de 1988³.

Sustenta-se na presente tese que o investigado em inquérito civil por fatos que possam gerar responsabilidade única e exclusivamente na esfera cível, como a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa, não tem direito a permanecer em silêncio. Consequência disso é que, caso decida permanecer em silêncio ou se recuse a responder uma ou algumas perguntas, essa circunstância poderá ser utilizada contra o investigado em eventual ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa. A recusa em responder as perguntas do Ministério Público, interpretada em conjunto com as demais provas eventualmente produzidas no caso, constitui forte elemento para comprovar o dolo pela prática de ato de improbidade administrativa, uma vez que, o gestor ou servidor público, no exercício das atividades administrativas no Poder Público, tem o dever de prestar contas de suas decisões e atos, por força dos princípios da legalidade e da transparência (artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988).

Encontrando-se investido em cargo público, o servidor ou mandatário lida diuturnamente na gestão da coisa alheia, de titularidade da sociedade como um todo, e deve, portanto, prestar contas de seus atos e decisões, quer pelos meios ordinários (informações aos Tribunais de Contas e órgãos de fiscalização, publicações, respostas a petições, etc.) quer pelos meios extraordinários (procedimentos disciplinares, investigações cíveis promovidas pelo Ministério Público, tomadas de contas, etc.).

Para melhor demonstrar os fundamentos jurídicos dessa tese, passa-se à análise do assunto em dois tópicos: o primeiro sobre o direito constitucional ao silêncio e seus limites e o segundo sobre o tratamento dado ao silêncio do réu no processo civil.

2. Do direito constitucional ao silêncio e seus limites

No contexto histórico da concretização e expansão dos direitos fundamentais – especialmente no âmbito internacional, no que diz respeito aos assim chamados direitos humanos –, o direito ao silêncio, compreendido como a mais eloquente expressão do direito de não se autoincriminar, certamente ocupa um capítulo de notório destaque. A sua sedimentação como posição jurídica constitucionalmente tutelada representa uma das conquistas humanitárias de maior relevância, a despeito da sua já secular existência.

E isto muito se deve às circunstâncias do seu surgimento/reconhecimento, o qual ocorreu em meio a uma das passagens históricas mais obscuras da civilização medieval e moderna, que externava no processo de punição dos delitos a sua faceta mais tenebrosa, marcada pelo horror e pela desumanidade com que eram tratadas as pessoas responsabilizadas pela prática de um crime, fossem elas inocentes ou culpadas.

Naquela conjuntura, a responsabilização penal de uma pessoa acusada da prática de um delito não era tão somente um processo de resposta social ao fato indesejado, que deveria se concretizar com a aplicação de uma pena; tanto o processo de apuração do delito quanto a própria aplicação da punição eram tidos como um espetáculo de fervoroso apelo popular, no qual o ator principal era o acusado.

³ “Artigo 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:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

Ao longo daquele arcaico processo punitivo, o suspeito era submetido às mais pavorosas provações antes mesmo de se delinear a sua culpa, enquanto ainda se buscava a verdade dos fatos. Se a punição em si era algo temido – ressalta-se que, naquela época, as sanções penais consistiam nos suplícios do corpo, nas ordálias, nos duelos judiciários, etc. –, de igual modo, ou até mais, temiam-se os procedimentos utilizados na apuração da verdade dos fatos, ganhando destaque as funções cumpridas pela tortura, que, ao mesmo tempo, era tanto um elemento instrumental para obtenção da verdade quanto um elemento punitivo propriamente dito, de forma que a própria Ordenação Francesa de 1670 lhe classificava como sendo uma pena tão grave que ficava abaixo tão somente da pena de morte.

Como destaca Michel Foucault⁴, a tortura tinha um objetivo bastante claro, que era o de obter a verdade a partir da confissão do suspeito, de maneira que se mesclavam os atos de investigação com a própria punição, aí residindo a principal contradição daquele sistema punitivo, afinal, o processo de apuração da verdade que, futuramente, deveria legitimar a pena, culminava por se transformar ele mesmo na punição, independentemente do fato de ser inocente ou culpado o investigado. Ante tal contexto, conclui o autor que a “cerimônia penal” nada mais era do que um longo processo de confissão pública obtida a partir do cumprimento dos papéis dos atores daquele processo: o inquisidor, torturando o suspeito com vistas a obter a “verdade”; o acusado, relatando a prática do delito, tenha ele ocorrido ou não, satisfazendo a opinião pública e autorizando a superveniência da nova punição, agora propriamente dita.

Nesta senda, nota-se que o suspeito era considerado como um “meio-culpado”, sendo, por tal razão, legítima a aplicação da tortura como “meia-pena” para a futura obtenção da “meia-verdade” restante para a elucidação do fato delituoso, que se consolidava com a confissão, a prova mais cabal da efetiva ocorrência do fato. Assim, concretizava-se aquilo que Foucault denominou de suplício do interrogatório, um temido instrumento de extorsão da verdade que adentrava na intimidade do pensamento do acusado e lhe arrancava aquilo que, para a sociedade, precisava ser dito a fim de completar o ritual punitivo.

Sucedem que, neste obtuso sistema punitivo, para além da sua assustadora e desmedida intervenção na vida e na dignidade dos membros daquela civilização, tornava-se impossível distinguir os inocentes dos culpados, haja vista que os mecanismos de apuração da verdade tornavam qualquer suspeito em criminoso. Daí a advertência de Cesare Beccaria⁵, segundo o qual a tortura é um meio seguro de condenar o inocente fraco e o de absolver o culpado resistente, haja vista que, entre dois homens igualmente inocentes ou igualmente culpados, aquele que for mais corajoso e aguentar a dor infligida pela tortura será absolvido; no entanto, o mais fraco, incapaz de aguentá-la, será condenado. A propósito, prossegue o célebre autor afirmando que, nestas circunstâncias, o inocente se encontra numa posição até mesmo pior que a do culpado: ou será condenado, confessando um crime que não cometeu, ou será absolvido após sofrer tormentos que não mereceu, que por si só já constituem uma severa punição.

Por certo, esse método perverso de apuração dos fatos consistente na exigência/obrigação da confissão do acusado não merece crédito algum, sendo um mecanismo voltado à sistemática deturpação da figura humana, usado em larga escala nas épocas inquisitoriais e pré-revolucionárias para produzir verdades de forma cruel, visando legitimar práticas punitivas ainda mais animais, banalizando a dignidade humana ao tratá-la como valor secundário e reservado a uma determinada classe (aos não-suspeitos).

⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhet. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

Tal prática haveria, pois, de encontrar limites, os quais, de fato, começaram a se concretizar a partir da superveniência do Estado de Direito e da limitação do poder estatal; mormente quando do processo de constitucionalização dos direitos humanos nos mais variados ordenamentos jurídicos que daí decorreram, passando a constituírem direitos fundamentais exercitáveis pelos titulares em face do seu principal destinatário, que era o Estado.

No plano histórico, ao menos no que diz respeito à Constituição em seu sentido material e moderno, pode-se dizer que a primeira manifestação constitucional do direito ao silêncio sobreveio com a aprovação da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, adquirindo vigência no ano de 1791, aonde foi previsto o assim chamado *privilege against self-incrimination* (privilégio contra a autoincriminação), restando estabelecido que ninguém poderá ser compelido a depor contra si mesmo sobre fatos que possam lhe acarretar responsabilidade penal. Restava, pois, vedada a obtenção da confissão do acusado por meios que interferissem na sua voluntariedade.

Naquela mesma nação, a amplitude do direito ao silêncio ganhou contornos ainda mais rigorosos a partir do julgamento do caso *Miranda v. Arizona* (1966), no qual se reconheceu a invalidade de uma confissão obtida em interrogatório policial pelo fato de que o acusado, antes de ser questionado, não havia sido advertido pelas autoridades envolvidas acerca do seu direito constitucional de permanecer em silêncio (“*to plead the fifth*”; invocar a quinta emenda), caso este que ganhou bastante repercussão no direito comparado, influenciando os demais ordenamentos jurídicos, que, a partir de então, passaram a exigir expressamente o assim chamado “*Miranda warning*” ou “*Miranda rights*”, havendo a obrigatoriedade de se dar ciência ao acusado acerca do seu direito ao silêncio⁶.

Ainda no ano de 1966, no contexto internacional, sobreveio a aprovação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, um dos mais relevantes instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos direitos humanos, restando nele previsto o direito ao silêncio (Artigo 14, Inciso III. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: Alínea “g” - De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada). De modo semelhante, no ano de 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos também dispôs acerca do aludido direito (Artigo 8º, Inciso II. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas; Alínea “g” - direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada).

Embora os aludidos documentos internacionais datem do ano de 1966 e de 1969, o Brasil só se tornou signatário de ambos no ano de 1992, uma vez cumpridos os procedimentos formais. Contudo, apesar do considerável atraso na vigência dos aludidos tratados internacionais no plano nacional, a despeito da péssima técnica legislativa, o direito ao silêncio do acusado já havia sido finalmente previsto na Constituição da República de 1988, que dispôs, em seu artigo 5º, inciso LXIII, que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Comentário ao artigo 5º, inciso LXIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Dessa forma, no âmbito constitucional brasileiro, o direito ao silêncio possui *status* de direito/garantia fundamental, sendo dotado de amplo alcance normativo e de eficácia imediata, embora exista sua devida previsão e disciplina também no plano infraconstitucional⁷.

Quanto ao âmbito de proteção, o direito ao silêncio garante a toda e qualquer pessoa que, de maneira formal ou informal, ostente a qualidade de acusada/suspeita da prática de um delito – ou que, na sua convicção, a partir de então ou de outro momento futuro, assim poderá sê-la – o direito de permanecer calada sobre aquilo que lhe for perguntado acerca dos fatos objeto de apuração. E mais: o aludido direito fundamental garante que aquele que se manteve em silêncio não poderá sofrer nenhuma consequência jurídica negativa decorrente de tal conduta, não sendo a ele imposto nenhum gravame pelo fato de não ter colaborado com a apuração do fato tido como delituoso. Logo, do exercício do direito ao silêncio não poderá nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o acusado/suspeito⁸.

Como se infere, o direito ao silêncio é uma das facetas do direito de não se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*), o qual consiste na possibilidade de o acusado/suspeito não adotar nenhuma espécie de comportamento ativo ou passivo no sentido de colaborar com a elucidação da imputação penal que lhe é dirigida, tratando-se de um direito com intrínseca ligação com o princípio fundante da presunção de não-culpabilidade (inocência), também alçado ao *status* de direito fundamental.

Quanto aos limites do exercício de tal direito, estes vêm devidamente estabelecidos tanto na Constituição da República de 1988 quanto nos demais instrumentos normativos infraconstitucionais (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana de Direitos Humanos, Código de Processo Penal, etc.), restando delimitado que a sua incidência se restringe tão somente à apuração de fatos que possam ter repercussão penal. Ou seja, o silêncio de uma pessoa investigada só se demonstra legítimo com relação à apuração de fatos que possam implicar em sua responsabilidade penal, dada a suspeita da possível prática de um delito, cuja consequência poderá implicar no cerceamento de sua liberdade.

Ontologicamente, como já debatido, o direito ao silêncio foi reconhecido a partir dos abusos punitivos praticados na apuração e na responsabilização de pessoas acusadas da prática de delitos. Como o delito retrata a mais grave violação da ordem jurídica, dela decorrendo, por tal razão, a mais grave consequência, que é a pena, somente no âmbito da responsabilização penal se demonstra legítimo e necessário garantir ao acusado o direito de permanecer em silêncio e de não colaborar com apuração que, possivelmente, trar-lhe-á severas consequências.

Por ser expressão do direito de não se autoincriminar, o direito ao silêncio só diz respeito à confissão de fatos dotados de relevância penal. Do direito de não se autoincriminar não decorre um inusitado direito de não se autoafirmar responsável pela prática de outras espécies de ilícitos, tais como os relacionados a ilicitudes civis, administrativas, trabalhistas, fiscais; em suma, ilícitos sem repercussões penais, não relacionados a condutas penalmente relevantes. Pelo contrário, em casos tais, o silêncio do investigado não possui tutela constitucionalmente garantida, dele podendo decorrer consequências negativas autorizadas pelo ordenamento

⁷ Além da previsão expressa nos aludidos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, que possuem hierarquia normativa supralegal, o direito ao silêncio também foi devidamente disciplinado no artigo 186 do Código de Processo Penal.

⁸ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

infraconstitucional, tais como a confissão ficta dos fatos silenciados (presunção de veracidade), a constatação da evidência para fins de tutela processual de um direito, etc.⁹

De fato, somente no âmbito da apuração penal é que se legitima o exercício do direito ao silêncio. Isto porque, quando da responsabilização penal, segundo o ensinamento de Luigi Ferrajoli¹⁰, o acusado/suspeito é a parte mais débil ou hipossuficiente, uma vez que se encontra pressionado pelo forte aparato social de repressão penal (leis severas de viés autoritário, opinião pública, sentimento de vingança, etiquetamento/seletividade penal, etc.), ameaçado pela incidência de uma grave punição, devendo existir um sistema de garantias que lhe assegure contra eventuais excessos comumente praticados ao longo do processo de responsabilização penal (“lei do mais débil”). Neste contexto, o direito ao silêncio é um componente desse sistema de garantias, impedindo que o acusado pela prática de um delito seja instado a colaborar com o seu próprio declínio, com a sua própria destruição. Beccaria, com razão, já alertava que é um absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, tratando-se de algo que escapa à natureza humana¹¹.

No entanto, quando a consequência da ausência de colaboração do acusado/suspeito envolver efeitos alheios à repercussão penal (condutas ilícitas, porém, não tipificadas em delitos), não há falar em hipossuficiência ou debilidade do investigado a exigir a incidência de um sistema de garantias diferenciadas, como o é o direito ao silêncio. Neste sentido, tanto a Constituição da República de 1988 quanto os demais tratados internacionais de direitos humanos são expressos no sentido de vincular o aludido direito fundamental ao âmbito penal, não se tendo notícias de que o direito ao silêncio possua uma amplitude diversa e mais acentuada em outras tradições jurídicas de viés humanitário.

Tal constatação possui relevantes repercussões de ordem prática no direito brasileiro; mormente quando se trata de investigações instauradas para apurar fatos que não abordam condutas penalmente relevantes, tais como aquelas conduzidas pelo Ministério Público para apurar ilícitos relacionados a direitos coletivos *lato sensu*, com especial destaque às apurações referentes à responsabilização de agentes públicos e terceiros beneficiados pela prática de atos de improbidade administrativa.

Nestes casos, inexistindo o direito fundamental ao silêncio, deve-se discutir quais seriam as consequências jurídicas que a não colaboração do investigado ocasionam ao deslinde da apuração, como se passa a fazer a seguir.

3. Do não alcance do artigo 5º, inciso LXIII, da CR/1988 no processo civil e na investigação cível

Como visto no tópico anterior, o direito de permanecer calado é garantido constitucional e legalmente apenas na esfera penal. Por outro lado, na esfera cível, o depoimento pessoal da parte recebe

⁹ Aprofundando o debate acerca da não incidência do direito ao silêncio no processo civil, Marcella Alves Mascarenhas Nardelli, em “*O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal*”, Revista de Processo, vol. 246. São Paulo: RT, 2015.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

¹¹ “Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz! A lei que autoriza a tortura é uma lei que diz: ‘Homens, resisti à dor. A natureza vos deu um amor invencível ao vosso ser, e o direito inalienável de vos defenderdes; mas, eu quero criar em vós um sentimento inteiramente contrário; quero inspirar-vos um ódio de vós mesmos; ordeno-vos que vos tomeis vossos próprios acusadores e digais enfim a verdade ao meio das torturas que vos quebrarão os ossos e vos dilaceração os músculos...’”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002).

tratamento legal diverso, o qual deve ser aplicado por analogia também na investigação, uma vez que o inquérito civil constitui a fase preparatória para se adotar medidas extrajudiciais para a solução do problema ou se deduzir a pretensão do Ministério Público em juízo, na defesa dos direitos difusos, especialmente, na proteção do patrimônio público.

Conceitualmente, o depoimento pessoal constitui “o meio de prova destinado a realizar o interrogatório da parte, no curso do processo”¹² e se encontra regulamentado pelo artigo 379, inciso I, e artigos 385 a 388 do Código de Processo Civil de 2015. Sua natureza jurídica não é de um dever, mas de ônus, pois as consequências jurídicas impostas por esses preceitos legais ao sujeito que se recusa a depor ou não comparece à audiência de instrução e julgamento são unicamente de seu interesse e não de interesse de terceiros.¹³ O não cumprimento do ônus de depor ou de responder as perguntas que forem formuladas não acarreta, portanto, nenhuma sanção jurídica, mas acarreta apenas uma desvantagem para o sujeito: a confissão dos fatos.

Nesse sentido, o artigo 378 do CPC estabelece que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Em seguida, o artigo 379, *caput* c/c inciso I, dispõe que, preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado.

O artigo 385, § 1º, do CPC/2015 estabelece que a parte que for pessoalmente intimada para depor e advertida da pena de confesso, não comparecer em juízo no dia e hora marcados, o juiz deverá aplicar-lhe a pena de confissão. O mesmo vale para a parte que comparece perante Juízo, nas mesmas circunstâncias, mas se recusa a depor.

O artigo 386 vai mais adiante e prevê que, se a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado ou utilizar-se de evasivas, o juiz, analisando o contexto do caso e os demais elementos de prova, poderá declarar em sentença que houve recusa da parte em depor e, assim, aplicar-lhe a pena de confesso. Essa pena consiste “em admitir o juiz como verdadeiros os fatos contrários ao interesse da parte faltosa e favoráveis ao adversário”.¹⁴

Como se pode observar da sistemática legal estabelecida para o depoimento pessoal da parte no processo civil, não existe a possibilidade de o sujeito se recusar a depor ou, aceitando depor, recusar-se a responder alguma ou algumas perguntas ou, ainda, valer-se de evasivas. Tanto é assim que, a consequência para a parte que não se desincumbe do ônus de depor é que o juiz pode considerar verdadeiros os fatos contrários ao seu interesse.

A ressalva do *caput* do artigo 379 do CPC no sentido de preservar o direito da parte de não produzir prova contra si própria se refere a outros meios de produção de prova. Isso porque, esta previsão legal encontra-se situada na Seção I – Disposições Gerais, do Capítulo XII – Das Provas, e, portanto, aplica-se a todos os meios de produção de prova. Acontece, que os incisos do próprio artigo 379 estabelecem uma exceção a essa ressalva, ao determinar que cumpre à parte “comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado”.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2016, p. 1.909.

¹³ O ônus é consubstanciado por “um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse”. Em outras palavras, fala-se de “ônus quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem; para tanto, o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse”. Ele se distingue do dever, pois este consubstancia vínculo imposto à vontade do sujeito, mas no interesse de outra pessoa. (GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan., p. 180-181. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 12 mar. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v77i0p177-183>).

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, 2016, p. 1.910.

Assim, a parte não tem o dever de confessar os fatos, pois do contrário produziria provas contra si própria, o que é vedado pelo artigo 379, *caput*, do CPC/2015. Porém, se a parte for intimada pessoalmente para comparecer em juízo para depor, com a advertência da pena de confesso, e deixar de comparecer ao ato ou, comparecendo ao ato, se recuse a depor, ela assume o ônus de sua conduta, cuja consequência é a aplicação da pena de confissão. Do mesmo modo, caso a parte pessoalmente intimada, compareça à audiência de instrução e julgamento e se recuse a responder alguma ou algumas perguntas ou empregue evasivas em suas respostas, sem motivo justificado, o juiz também pode aplicar-lhe a mesma consequência jurídica (artigo 385, § 1º, e artigo 386, ambos do CPC/2015).

Nestas duas últimas hipóteses, as justificativas que a parte pode apresentar para se recusar a responder alguma ou algumas perguntas ou empregar evasivas estão legalmente previstas nos incisos do artigo 388 do CPC/2015. Tratam-se das seguintes situações: depoimento sobre fatos (i) criminosos ou torpes que lhe forem imputados; (ii) a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; (iii) acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível; (iv) que coloquem em perigo a vida do depoente ou de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível.

Em outras palavras, as hipóteses legais de escusa para não responder perguntas específicas amparam-se em situações criminosas próprias, de sigilo profissional, desonrosas ou de risco de vida. Como a investigação cível conduzida pelo Ministério Público constitui a preparação para a adoção de medidas judiciais ou extrajudiciais, no caso em que o investigado se recuse a responder perguntas ou empregue evasivas, sua conduta deve estar justificada em uma das hipóteses do artigo 388 do CPC/2015. Não havendo justificativa que se subsuma em alguma daquelas hipóteses, a recusa do investigado pode e deve ser interpretada em seu desfavor, principalmente, em casos envolvendo a proteção do patrimônio público para a comprovação do dolo do agente público.

Além de se tratar de aplicação analógica das disposições legais sobre o depoimento pessoal na esfera judicial, deduzida a pretensão do Ministério Público contra o investigado em juízo, tornando-o réu em processo civil, caso ele repita seu comportamento, ou seja, se recuse a depor ou a responder algumas perguntas ou, ainda, empregue evasivas, essa sua conduta irá apenas acarretar-lhe desvantagens processuais, pois o juiz poderá considerá-lo confesso.

4. Conclusão objetiva

No curso da investigação cível, havendo necessidade de se colher o depoimento pessoal do investigado, ele deve ser advertido de que tudo que ele disser pode ser usado contra ele, bem assim o fato de ele permanecer calado, empregar evasivas ou se recusar a responder qualquer pergunta, pois, caso adote novamente este comportamento em juízo, essas circunstâncias deverão ser consideradas pelo magistrado na solução do caso, principalmente, na comprovação dos fatos objeto do processo e que embasam a pretensão do Ministério Público, conforme previsão do artigo 385, § 1º, e do artigo 386, ambos do CPC/2015.

5. Referências bibliográficas

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Comentário ao artigo 5º, inciso LXIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo*, v. 77, p. 177-183, jan. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 12 mar. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v77i0p177-183>.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal. *Revista de Processo*, vol. 246. São Paulo: RT, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2016.