

A Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova e o Direito de Não Produção de Prova Contra Si Mesmo no Direito Processual Civil Brasileiro



Pedro de Moura Albuquerque de Oliveira¹; Isabela Raposo Cruz²
Universidade de São Paulo (USP)¹ Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC SP)²

RESUMO

O presente estudo tem por objeto analisar a aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório no direito processual civil brasileiro prevista no artigo 373, §§ 1º e 2º do CPC/15, e a possibilidade de seu afastamento com base no direito de não produção de prova contra si mesmo, conforme a hipótese prevista no artigo 379, caput, do CPC/15. Além disso, também serão abordadas as consequências processuais da não produção da prova pelo novo onerado.

Palavras chave: Ônus da prova; Distribuição dinâmica do ônus probatório; Direito de não produção da prova contra si mesmo.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the application of the dynamic distribution of the burden of proof in Brazilian civil procedural law provided for in article 373, §§ 1 and 2 of CPC/15 (Code of Civil Procedure), and the possibility of its avoidance based on the right of not producing evidence against yourself according to the hypothesis provided for in article 379, caput, of CPC/15 (Code of Civil Procedure). In addition, the procedural consequences of failure to produce evidence by the new responsible for it will also be addressed.

Key Words: Burden of proof; Dynamic distribution of the burden of proof; The Right of not producing evidence against yourself.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo tecer uma análise jurídica acerca da possibilidade da parte fazer uso do direito de não produção de prova contra si, previsto no *caput* do artigo 379 do CPC/15 (*nemo tenetur se detegere*), nos casos em que há a distribuição dinâmica do ônus probatório, conforme artigo 373, §§ 1º e 2º, do CPC/15.

¹ Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. LLM pela Northwestern University. Advogado.

² Mestranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

Em outras palavras, poderia a parte invocar o *caput* do artigo 379, do CPC/15, para a não produção da prova em situações gerais, sem incorrer nas penalidades legais? Além disso, essa situação seria de alguma maneira impactada ou agravada no caso de prova atribuída em sede de dinamização do ônus probatório?

Para o atingimento desse objetivo, serão analisadas questões relevantes acerca da organização do processo e da instrução probatória prevista no atual sistema processual, como o estudo da regra geral da distribuição estática do ônus probatório e da disciplina sobre a possibilidade de sua dinamização (artigo 373, do CPC/15).

Será também abordada a previsão do atual *Codex* quanto ao direito da parte de não produzir prova contra si própria, prevista no *caput* do referido artigo 379, além das possíveis consequências jurídicas da sua não produção pelo novo onerado.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. FUNÇÃO DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Antes de se analisar as regras relativas à distribuição dinâmica do ônus probatório, cabe trazer à tona breves considerações acerca da regra geral do ônus probatório. Conforme o disposto no artigo 373, *caput*, incisos I e II, do CPC/15, o ônus probatório, via de regra, será (a) do autor quanto à prova dos fatos constitutivos do seu direito e (b) do réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. *In verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A regra geral, portanto, é a da distribuição estática do ônus da prova, e está relacionada à necessidade de cada parte apresentar evidências robustas de que suas alegações espelham a verdade dos fatos (ou que, no mínimo, são verossímeis), sendo que tais elementos probantes podem ser analisados a partir de dois aspectos: (a) objetivo e (b) subjetivo. O aspecto objetivo “é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo”. Já a configuração subjetiva pode ser entendida como “a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo” (LOPES, 2002, p. 25/26).

Tal regra geral do ônus probatório somente poderá ser alterada a título de exceção e quando preenchidos os requisitos da distribuição dinâmica do ônus probatório previstos no §1º, do artigo 373, do CPC/15:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Em outras palavras, como já previa a doutrina, a carga dinâmica do ônus probatório poderá ser determinada tão somente quando ocorrer a “impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo” da prova prevista nos termos usuais da sua distribuição estática ou ante a “maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”.

A distribuição dinâmica poderá, assim, ser determinada nas hipóteses em que há incapacidade probatória da parte a que cabia inicialmente o ônus ou ante maior desembaraço para que outra parte produza a prova impossível ao adversário. Nessa hipótese, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso à regra geral, “desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (parte final do §1º, do artigo 373, do CPC/15), tal como será melhor explicitado no próximo capítulo.

Além disso, pode-se afirmar que a carga dinâmica possui dupla função: caracteriza-se tanto como regra de instrução quanto como regra de julgamento. Enquanto regra de instrução, a distribuição dinâmica do ônus probatório possui a função de atribuir ao novo onerado a incumbência de produzir determinada prova, afim de que sejam afastadas as penalidades previstas para o descumprimento. No que se refere à regra de julgamento, a carga dinâmica deve ser encarada a partir de sua função de auxílio ao juiz na formação do seu livre convencimento motivado, principalmente quanto aos casos cuja instrução probatória foi insuficiente para o deslinde do feito. Sobre o tema, MARINONI *et al.* lecionam:

A norma que distribui o ônus da prova (art. 373, CPC) tem uma dupla finalidade no processo civil brasileiro contemporâneo. Serve como guia para as partes, funcionando, assim, como uma regra de instrução, com o que visa estimular as partes à prova de suas alegações e adverti-las dos riscos que correm ao não prová-las. Serve ainda como um guia para o juiz, no que aparece como uma regra de julgamento, a fim de que o órgão jurisdicional, diante de uma situação de dúvida invencível sobre as alegações de fato da causa, possa decidi-la sem

arbitrariedade, formalizando o seu julgamento com a aplicação do art. 373, CPC (MARINONI *et. al.*, 2016, p. 470).

Quanto à temática em questão, Cassio Scarpinella Bueno assim dispõe:

As disposições gerais tratam também do ônus da prova, que merece ser compreendido de forma dupla: primeiro, como regra dirigida às partes no sentido de estabelecer a elas como devem se comportar no processo acerca da produção da prova a respeito de suas alegações (que, em rigor, é o objeto do art. 373 aqui estudado). Segundo, como regra dirigida ao magistrado, no sentido de permitir a ele, no julgamento a ser proferido, verificar em que medida as partes desincumbiram-se adequadamente de seu ônus quando ainda não tenha se convencido acerca das alegações de fato relevantes para a prática daquele ato, em caráter verdadeiramente subsidiário, portanto, para vedar o *non liquet*. Nessa segunda acepção, o ônus da prova deve ser tratado como regra de julgamento; na primeira, como regra de procedimento (BUENO, 2018, p. 410).

Com efeito, o ônus da prova deve ser tratado como regra de procedimento, enquanto encargo dirigido à parte, ou regra de julgamento, enquanto dirigida ao deslinde do feito.

Desse modo, a distribuição do ônus probatório, de acordo com o §1º, do artigo 373, do CPC/15, possui nítido caráter excepcional, a fim de não só superar a dificuldade probatória, como também viabilizar o julgamento da demanda, evitando o *non liquet*.

Mencione-se que, anteriormente ao advento do CPC/15, outras normas já regulamentavam formas específicas da distribuição dinâmica do ônus da prova em matéria procedimental civil, como o artigo 6º, inciso VIII, Código de Defesa do Consumidor, e o artigo 2-A, da Lei 8.560/92 (Lei de Investigação de Paternidade). Todavia, o presente estudo será focado na hipótese do §1º, do artigo 373, do CPC/15, que expandiu a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova para toda a gama de demandas tuteladas pelo processo civil brasileiro.

2.2. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E DESINCUMBÊNCIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO

A dinamização do ônus probatório prevista no §1º, do artigo 373, do CPC/15, conforme acima verificado, poderá ocorrer desde que embasada em peculiaridades específicas da causa cível, assim sintetizadas: (a) quando decorra da dificuldade de se cumprir o encargo probatório nos moldes da distribuição estática, ou (b) em razão da maior facilidade de obtenção da prova por uma das partes.

Dessa forma, restando preenchidos tais requisitos legais, o juiz poderá “atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada” (parte final do §1º, do artigo 373, do CPC/15). Em outras palavras, quando aplicada a carga dinâmica do ônus da prova, o juiz possui o dever de fundamentá-la de forma expressa e clara, apontando a motivação tanto para a não aplicação da regra probatória clássica, como para a dinamização do ônus probatório.

De acordo com “o § 1º do art. 373, (...) poderá o magistrado atribuir o ônus da prova de modo diverso. Para tanto, deverá fazê-lo em decisão fundamentada (que justifique o porquê da incidência do § 1º e a inexistência dos óbices do § 2º), dando à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (BUENO, 2018, p. 410).

Ademais, o dever de motivação da decisão judicial decorre também do quanto expressamente previsto no §1º, do artigo 489, do CPC/15:

Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

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

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Em relação ao dever de fundamentação das decisões judiciais, “a fundamentação deve ser concreta, estruturada e completa: deve dizer respeito ao caso concreto, estruturar-se a partir de conceitos e critérios claros e pertinentes e conter uma completa análise dos argumentos relevantes sustentados pelas partes em suas manifestações. Fora daí, não se considera fundamentada qualquer decisão (arts. 93, IX, CF, e 9º, 10, 11 e 489, §§1º e 2º, CPC)” (MARINONI *et. al.*, 2016, p. 576).

Não serão, inclusive, aceitas pelo ordenamento jurídico aquelas decisões cujas fundamentações sejam padronizadas e que não tenham enfrentado os argumentos e as teses trazidos pelas partes (BUENO, 2017, p. 454).

Também deve se ter em mente que o citado artigo 489, do CPC/15, pode ser visto como um desdobramento ao quanto previsto no inciso IX, do artigo 93, da Carta Magna, que prevê a nulidade da decisão caso não goze de devida fundamentação:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
(...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Conclui-se, portanto, que a ausência de fundamentação na decisão judicial em que é determinada a dinamização da prova poderá ser encarada como flagrante nulidade do *decisum*, ante violação aos artigos 93, inciso IX, da CF, e 489, do CPC/15.

Ressalte-se, outrossim, que o dever de fundamentação da decisão que dinamiza o ônus probatório é consequência do próprio princípio do livre convencimento motivado do juiz. Neste sentido, “o livre convencimento motivado enaltece a ausência de critérios rígidos para analisar as provas e julgar a lide. Contudo, esta liberdade de convencimento não significa arbítrio ou decisão por intuição: há um freio que é a obrigatoriedade de fundamentar, motivar, este convencimento” (FERREIRA, 2014, p. 288).

Ainda sobre o tema, William Santos Ferreira preceitua que:

Não é apenas no momento da sentença, e em ação de conhecimento, que incide o princípio do livre convencimento motivado, mas também nos casos de cognição sumária e não exauriente. (...) Após a constatação judicial da probabilidade, nas cognições sumárias e não exaurientes, pode se afirmar que, para o juiz, a quantidade de argumentos favoráveis é maior que a de argumentos contrários, só não deve se falar em certeza, porque esta, para o julgador, deve ocorrer no momento em que, em relação às questões fáticas, não haverá mais inovações capazes de mudar sua crença sobre determinado fato probando, como ocorre no momento da sentença (art. 458, II c/c os arts. 459 e 463), ainda que mesmo nestes casos, a afirmação de que há ‘certeza’ não deixa de ser um juízo de verossimilhança (FERREIRA, 2014, p. 328/329).

Além da necessária fundamentação, a parte final do §1º, do artigo 373, do CPC/15, também estabelece que deverá ser dado “à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. Nesse sentido, o §2º, do artigo 373, do CPC/15, estabelece ainda como condição à dinamização do ônus probatório que essa não venha a gerar situação extremamente gravosa ao novo onerado:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Dessa forma, pretendeu o legislador evitar “incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica (art. 373, § 2º, CPC)”, ou seja, que a dinamização venha a atribuir ao novo onerado a produção de uma prova sabidamente impossível (MARINONI *et. al.*, 2016, p. 471).

Assim, caso não estejam presentes os requisitos para a distribuição dinâmica do ônus da prova, delimitados pelos §§ 1º e 2º, do artigo 373, do CPC/15, restará inviabilizada a sua decretação, cabendo ao magistrado julgar o feito segundo o exercício do livre convencimento motivado, a partir de todos os elementos de fatos e de direito relacionados ao caso em concreto.

2.3. QUAL É O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA?

O CPC/15, em importante inovação e afastando discussões anteriores, estabeleceu, em seu artigo 357, inciso III, que o momento para definição pelo juiz sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório é o do saneamento do feito:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

Ressalte-se que o saneamento do feito ocorrerá sempre que: (a) não couber a extinção do processo (artigo 354, do CPC/15); (b) não houver julgamento antecipado do mérito (artigo 355, do CPC/15); e (c) ainda que seja o caso de julgamento antecipado parcial do mérito (artigo 356), com relação ao que ainda não foi julgado (BUENO, 2018, p. 391).

Além disso, ante o caráter de organização processual associado ao saneamento do feito, é justamente em tal momento que o juiz define, através de comando judicial expreso, as bases que darão guarida à futura fase da instrução processual. Em havendo a dinamização do ônus da prova, caberá ao novo onerado gozar da fase instrutória para a produção das provas.

Quanto ao tema, MARINONI *et. al.* afirmam que:

Porém, havendo controvérsia a respeito, tem o juiz de decidir a questão na decisão de organização da causa ou em audiência a fim de não surpreender as partes com ônus retroativos ou não atrasar a marcha procedimental com reabertura da fase instrutória em momento deslocado do procedimento (MARINONI *et. al.*, 2016, p. 458).

A distribuição dinâmica do ônus probatório, portanto, quando do saneamento do feito, tem por fundamento coibir a alteração tardia do ônus probatório e a impossibilidade da sua desincumbência tempestiva pelo novo onerado.

O Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo do advento do CPC/15, já adotava o entendimento de que a carga probatória dinâmica “deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas”:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)

Desse modo, a distribuição tardia do ônus probatório acarretará a reabertura da fase instrutória, a fim de se possibilitar à parte onerada o pleno exercício do novo encargo probatório. Em tal hipótese, haverá nítido atraso na marcha processual, o que, por consequência, gera violação ao princípio da duração razoável do processo, previsto nos artigos 5º, inciso LXXVIII, da CF e 4º, do CPC/15.

Assim, a previsão expressa do artigo 357, inciso III, do CPC/15, quanto ao estabelecimento do saneamento do processo como o momento processual adequado para eventual alteração do ônus probatório clássico, acabou por positivar o entendimento já

adotado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, afastando debates anteriores e configurando importante avanço ao sistema processual vigente.

2.4. O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA

No âmbito internacional, o artigo 8º, item 2, alínea “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 14, item 3, alínea “g”, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dispõem sobre o direito da parte de não ser obrigada a depor contra si mesma, ou ainda de não se declarar culpada. *In verbis*:

2. 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:
(...)

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

(...)

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Já a Constituição Federal brasileira prevê expressamente o direito do preso a permanecer calado de modo a evitar a autoincriminação, conforme o seu artigo 5º, inciso LXIII:

Artigo 5º. (...) inciso 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;

Além do direito do preso se manter silente, o Código de Processo Penal dispõe em seu artigo 186, § único, que o silêncio “não importará em confissão” e “não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”, tendo em vista o princípio de presunção de inocência do réu em processo criminal, estabelecido no artigo 5º, inciso LVII, da CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 73.035/DF, entendeu que não deverá ser considerado crime de falso testemunho os depoimentos de testemunhas, ainda que compromissadas, em que deixem de revelar fatos que possam incriminá-las (Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19.12.1996):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. INOCORRÊNCIA. LEI 1.579/52, ART. 4º, II (CP, ART. 342). COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. TESTEMUNHA. PRISÃO EM FLAGRANTE. CPP, ART. 307. I. - Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la. II. - Nulidade do auto de prisão em flagrante lavrado por determinação do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, dado que não se consignou qual a declaração falsa feita pelo depoente e a razão pela qual assim a considerou a Comissão. III. - Auto de prisão em flagrante lavrado por quem não preenche a condições de autoridade (art. 307 do CPP). IV. - H.C. deferido. (HC 73035, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/1996, DJ 19-12-1996 PP-51766 EMENT VOL-01855-02 PP-00236)

Dessa forma, verifica-se que em processos criminais é muito evidente a proteção do direito contra a autoincriminação, em consonância com o princípio da presunção de inocência do réu. Todavia, não é isso o que ocorre no âmbito do direito processual civil.

Como efeito, na esfera processual civil, prepondera, em regra, o princípio de cooperação ou de colaboração das partes, que se configura como um dos fundamentos basilares do CPC/15 (neste sentido, vide art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”).

E é justamente com base no princípio da cooperação que as partes possuem o dever de expor os fatos narrados em juízo de acordo com a verdade, conforme é definido nos artigos 77, inciso I, e 378, do CPC/15:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Sobre a verdade dos fatos, Ovídio Baptista da Silva (no artigo “Verdade e Significado”, p. 2)³ traz lição valiosa ao adotar o entendimento de que “antes de preocupar-se com a imaginada ‘vontade da lei’, ou apenas com a verdade dos fatos, o que interessa ao processo será sempre o seu ‘significado’ ou, como diz Gadamer, referindo-se a Vico, a busca do ‘sentido’, um saber pelas causas, ‘que permite encontrar o evidente (*verisimile*)’”.

A verdade, no âmbito do processo, deve ser apurada com relação a dois tipos de fatos: aqueles que provam ser legalmente relevantes, ou em outras palavras, aqueles que

³ [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%83%C2%ADdio%20Baptista\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%83%C2%ADdio%20Baptista(3)%20-%20formatado.pdf)

“adentram” no caso abstrato para o fim de se apurar a regra legal a ser utilizada como fundamento da decisão judicial; e, além disso, os fatos logicamente relevantes (indícios e fontes de presunção simples), que “entram” no processo por representar premissa de inferências lógicas destinadas a confirmar verdade ou a falsidade das declarações relativas aos fatos relevantes (TARUFFO, 2013, p. 17 – tradução livre).

Ainda a respeito da temática, Sérgio Cruz Arenhart (no artigo “A Verdade e a Prova no Processo Civil”, p. 1)⁴ ressalva que a correta incidência do direito aos fatos ocorridos sobre o caso em concreto é questão crucial para o exercício da jurisdição. Assim, “não é por outra razão que um dos princípios mais fundamentais do processo civil é o da verdade substancial”.

Entretanto, a busca da verdade no âmbito do processo civil também possui certos limites, como no caso da proibição da prova ilícita e, também, em determinadas situações como decorrência do direito de não produção da prova contra si mesmo.

Assim, a prova obtida por meio ilícito não poderá ser utilizada em quaisquer processos, seja naquele em que foi declarada ilícita, ou mesmo em processos que envolvam terceiros que não foram diretamente envolvidos na produção da prova. Contudo, a prova ilícita poderá ser utilizada, a título de exceção, por “terceiros, eventualmente prejudicados pelo reconhecimento da ilicitude de determinada prova (que teriam direitos relacionados ao fato objeto da prova obtida pelo meio ilícito)” e que venham a “demonstrar hipoteticamente que obteriam a prova lícitamente (descobrimto inevitável) ou que o fato já está esclarecido por prova advinda de fonte independente, já integrante do conjunto probatório” (FERREIRA, 2014, p. 125).

Ainda sobre o tema, também é possível defender a relativização da proibição da prova ilícita em favor de menor, nas demandas envolvendo direito das crianças (AURELLI, 2019).

No que toca ao direito de não produzir prova contra si mesmo, vale destacar que foi no CPC/15 que a questão foi tratada de forma mais direta pelo sistema processual civil brasileiro, ao mencionar pela primeira vez, no *caput* do artigo 379, o direito da parte “de não produzir prova contra si própria”:

- Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:
- I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
 - II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;
 - III - praticar o ato que lhe for determinado.

⁴ <https://www.academia.edu/search?utf8=%E2%9C%93&q=a+verdade+e+a+prova+arenhart>

Entretanto, nada obstante o quanto disposto no citado *caput* do artigo 379 do CPC/15, o direito da parte de não produção de prova contra si mesma, no âmbito do processo civil, deve ser interpretado com as cautelas necessárias. Isso porque, como visto acima, há aqui a preponderância, como regra geral, do princípio da cooperação das partes e do dever de expor os fatos narrados em juízo conforme a verdade.

Nesse contexto, o próprio CPC/15 já estabelece exceções existentes ao regramento geral em comento, sendo facultado à parte ou à testemunha a não produção da prova nas hipóteses descritas nos artigos 388, 404 e 448 do CPC/15 (MARINONI *et. al.*, 2016, p. 480). Vale aqui a transcrição dos referidos dispositivos:

Art. 388. A parte não é obrigada a depor 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 das pessoas referidas no inciso III.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.

Art. 404. A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa se:

- I - concernente a negócios da própria vida da família;
- II - sua apresentação puder violar dever de honra;
- III - sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal;
- IV - sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo;
- V - subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição;
- VI - houver disposição legal que justifique a recusa da exibição.

Parágrafo único. Se os motivos de que tratam os incisos I a VI do *caput* disserem respeito a apenas uma parcela do documento, a parte ou o terceiro exhibirá a outra em cartório, para dela ser extraída cópia reprográfica, de tudo sendo lavrado auto circunstanciado.

Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:

- I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;
- II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Diante desse cenário, verifica-se uma situação em que, de um lado, o *caput* do artigo 379, do CPC/15, prevê a preservação, de um modo mais amplo, do direito da parte de não produzir prova contra si própria, e de outro, o mesmo CPC/15 defini as hipóteses

concretas em diversos dispositivos em que a prova pode excepcionalmente deixar de ser produzida.

Nesse ponto, a questão a ser enfrentada é se fora das situações elencadas nos artigos 388, 404 e 448, do CPC/15, pode a parte invocar o *caput* do artigo 379, do CPC/15, para a não produção da prova sem incorrer nas penalidades legais? E mais, essa situação seria de alguma maneira impactada ou agravada quando a parte é uma nova onerada, ou seja, foi-lhe imputada a produção de uma prova em sede de dinamização?

Partilhamos do entendimento de que, apesar da dinamização aparentemente fortalecer o direito de não produção de prova contra si mesmo ao novo onerado, em verdade, ele acaba por encontrar o mesmo óbice do princípio da cooperação incidente nos casos de distribuição estática do ônus da prova.

Por conta da sistemática do CPC/15, ao contrário do que pode aparentar, o novo onerado não se encontra em posição privilegiada para a invocação do direito de não produzir prova que lhe possa ser prejudicial, fora das hipóteses expressamente previstas pelo *Codex*.

Com efeito, a sensação que pode advir ao novo onerado de que está sofrendo um duplo encargo, de receber o ônus de uma prova que não possuía e o de que essa prova ainda poderá ser contra seus interesses, não poderá ser minimizada com base apenas na previsão do referido *caput* do artigo 379, do CPC.

Isso porque, tal concepção poderia, até mesmo, impactar negativamente a própria funcionalidade do conceito da dinamização do ônus probatório, com o aumento da insegurança jurídica do sistema processual como um todo.

Vale, ainda, a menção da sistemática sancionatória adotada pelo CPC/15 quando a parte mente ou deixa simplesmente, sem justificativa, de produzir a prova que lhe é cabida. Há a possibilidade da aplicação das penalidades da litigância temerária, nos termos definidos no artigo 80, incisos II, III, IV e V, do CPC/15, e também da presunção de veracidade dos fatos que se pretendia comprovar com a prova deliberadamente não produzida, em aplicação por analogia a situações semelhantes dos incisos I e II, do artigo 400, do CPC/15, relativos ao procedimento específico da exibição de documento ou coisa.

In verbis:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

(...) II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

- I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;
- II - a recusa for havida por ilegítima.

Em outras palavras, o CPC/15 traz em seu bojo um conjunto de penalidades para a parte que infringir, no âmbito probatório, o princípio da cooperação e o dever de expor os fatos narrados em juízo conforme a verdade.

3. CONCLUSÃO

Tendo em vista o quanto exposto no presente estudo, a distribuição dinâmica do ônus probatório, prevista no artigo 373, § 1º, do CPC/15, poderá ser determinada nas hipóteses em que há incapacidade da parte a que cabia inicialmente o ônus probatório ou de maior desembaraço para que a outra parte produza a prova comparativamente ao seu adversário. Visa não só auxiliar na superação da dificuldade probatória, como também contribui para o julgamento da demanda, evitando o *non liquet*.

Possui, todavia, no âmbito do direito processual civil brasileiro, caráter excepcional. Quando da aplicação da carga dinâmica no caso em concreto, deverá ser oportunizado ao novo onerado a chance de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, sendo ainda vedada a imposição de ônus probatório impossível ou de cumprimento excessivamente difícil, sendo assim proibida a imposição da chamada prova diabólica (artigo 373, parte final do § 1º e § 2º, do CPC/15).

Andou bem o CPC/15 ao definir o momento da alteração do ônus probatório por ocasião do saneamento do processo (artigo 357, inciso III), evitando-se assim a possibilidade de uma distribuição dinâmica tardia, o que implicaria na reabertura de prazos ou ainda nulidades, em graves prejuízos à marcha processual.

Como visto, o direito de não autoincriminação é caro ao processo criminal, em consonância ao princípio da presunção de inocência do réu nos processos penais.

Todavia, no âmbito do direito processual civil, há a preponderância do princípio de cooperação das partes, bem assim do dever de apresentar os fatos narrados em juízo conforme a verdade, diante do conteúdo normativo dos artigos 6º, 77, inciso I, e 378 do CPC/15.

Ocorre que a busca da verdade no processo civil também possui certas limitações, ante não só a proibição da prova ilícita, como também em razão do direito de não produção de prova contra si mesmo. Tais limitações, contudo, devem ser interpretadas com as cautelas necessárias.

Isso porque a norma introduzida pelo *caput* do artigo 379, do CPC/15, que protege o direito da parte de não produzir prova contra si mesmo, deverá ser compreendido à luz do princípio de colaboração e do dever de dizer a verdade acima citados.

Ademais, o próprio CPC/15 elenca as hipóteses em que as partes ou terceiros poderão silenciar ou deixar de produzir determinada prova, conforme preceituado nos artigos 388, 404 e 448 do mesmo código. Ressalte-se que em nenhuma de tais hipóteses está contemplada a possibilidade da mentira.

Quanto ao ponto, o próprio CPC/15 estabelece as consequências para a falta com a verdade ou a não produção deliberada da prova pela parte onerada, seja com aplicação das penalidades da litigância temerária (artigo 80, incisos II, III, IV e V, do CPC/15), seja com a presunção de veracidade dos fatos que se pretendia comprovar com a prova não produzida sem justificativa (incisos I e II, do artigo 400, do CPC/15, por analogia).

Nesse contexto, pode a parte invocar o *caput* do artigo 379, do CPC/15, para a não produção da prova em situações gerais, sem incorrer nas penalidades legais? Além

disso, essa situação seria de alguma maneira impactada ou agravada no caso de prova atribuída em sede de dinamização do ônus probatório?

Nos parece acertada a posição de que, no âmbito da sistemática definida no CPC/15, não há espaço para a recusa pela parte de produção de provas com fundamento apenas no *caput* do artigo 379, do CPC/15 – fora, portanto, das situações especificadas no artigos 388, 404 e 448 do *Codex* –, mesmo no caso de dinamização do ônus da prova. Isso em razão da prevalência do princípio da cooperação e da busca da verdade material, valores fundantes do processo civil brasileiro, que induzem à necessidade de uma interpretação restritiva do quanto disposto no *caput* do artigo 379, do CPC/15 (MARINONI *et. al.*, 2016, p. 480 e IOCOHAMA, 2015, p. 306).

4. REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Verdade e a Prova no Processo Civil**. Artigo disponibilizado eletronicamente – Academia Brasileira de Direito Processual Civil. p. 1.

<https://www.academia.edu/search?utf8=%E2%9C%93&q=a+verdade+e+a+prova+arenhart>

AURELLI, Arlete Ines; Curvo Leite, Rita de Cassia. **Relativização da proibição da prova ilícita nas demandas envolvendo direito das crianças**. Revista de processo, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. Volume único. São Paulo. Ed. Saraiva, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2017.

FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Civil**. 1. São Paulo. Ed. RT, 2014.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **O Princípio da Verdade e o Direito de Não Fazer Prova Contra Si Mesmo Perante o Novo Código de Processo Civil**. RDC nº 97. Set-Out/2015. Parte Geral.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. revista, ampliada atualizada. São Paulo. Ed. RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2. ed. revista, ampliada atualizada. São Paulo. Ed. RT, 2016.