



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VITORIA REGIA ALVES DE OLIVEIRA

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INSERÇÃO DO DIREITO DE NÃO
PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE
2015**

Juazeiro do Norte
2018

VITORIA REGIA ALVES DE OLIVEIRA

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INSERÇÃO DO DIREITO DE NÃO
PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE
2015**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para a obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Jânio Taveira Domingos

Juazeiro do Norte
2018

VITORIA REGIA ALVES DE OLIVEIRA

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INSERÇÃO DO DIREITO DE NÃO
PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE
2015**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para a obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Jânio Taveira Domingos.

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof.(a) Esp. Jânio Taveira Domingos

Esp. Aline Marinho Rodrigues Duarte

Prof.(a) Esp. Alyne Andrelynna Lima Rocha Calou

*Dedico à minha mãe,
Emília, pelo seu exemplo de força
e perseverança ante os reveses da
vida, bem como, dedico à memória
do meu pai, Ailton, cuja passagem
neste mundo deixou uma marca
indelével de saudade.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida e pela sabedoria que iluminou o meu caminho para superar os obstáculos.

Agradeço aos meus pais, Ailton (em memória) e Emília, que vibraram com cada conquista e me acolheram em cada passo em direção aos meus objetivos, apoiaram em minhas decisões e aconselharam sempre o caminho mais correto.

Ainda, agradeço às minhas amigas Priscilla Freitas, Jéssica Lopes, Lara Thanysia, Thaís Felinto, bem como, aos meus companheiros de Defensoria, Anderson Celestino, Thaís Sales, Nayara Mota e Nátali Sobreira pelo conhecimento compartilhado e momentos de alegria, que de alguma maneira contribuíram para a minha caminhada até aqui.

Por fim, devo gratidão ao Professor Jânio Taveira Domingos pela paciência e ensinamentos a mim dedicados, com suas sugestões teóricas essenciais e aos demais professores do curso de Direito e funcionários em geral do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio.

RESUMO

O presente trabalho realizou, enquanto objetivo geral, considerações acerca da inserção do direito de não produzir provas contra si no Código de Processo Civil de 2015. Inicialmente, foi realizado um breve estudo sobre os aspectos conceituais e históricos do direito à não produção de provas contra si, abordando ainda o mencionado direito no Código de Processo Penal e na Constituição Federal, bem como, analisou o ônus probatório no âmbito do processo penal, a fim de se obter uma melhor compreensão sobre as diferenças entre os diplomas normativos penal e cível, e ainda, sobre as diferentes situações em que se encontram as partes jurisdicionadas quando submetidas a esses diplomas. Posteriormente, estudou o direito de não produzir provas contra si no âmbito do processo penal contemporâneo e sua evolução até o presente momento, onde adquiriu um aspecto de garantia legal no processo penal brasileiro, resguardando ao acusado o livre arbítrio para decidir entre cooperar com o Poder Judiciário ou exercer o seu direito de não produzir provas contra si. Visando uma melhor compreensão acerca do tema proposto neste trabalho, no segundo capítulo, fez-se necessária uma breve digressão sobre os princípios essenciais que compõem o Código de Processo Civil de 2015, com ênfase nas novidades legislativas trazidas pelo novo código e nos princípios que eventualmente podem vir a relacionar-se com a existência do direito de não produzir provas contra si mesmo, bem como, os efeitos que tais dispositivos, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, podem acarretar. Após, passou-se à análise do ônus probatório no processo civil, com a abordagem da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, estudando, em seguida, o instituto da confissão como meio de prova no Código de Processo Civil de 2015. Por fim, foram realizadas algumas considerações acerca da inserção do direito de não produzir provas contra si mesmo no CPC/2015, a partir das quais pôde-se concluir que o direito de não produzir provas contra si mesmo não possui espaço para ampla aplicação no âmbito do processo civil, diante das incompatibilidades normativas, devendo ser interpretado de maneira sistemática, em harmonia com os princípios basilares do direito processual civil, bem como as normas consagradas na CF/88. O presente trabalho desenvolveu-se na área das ciências sociais aplicadas, no campo do Direito, classificando-se ainda como um trabalho de pesquisa qualitativa, com natureza de pesquisa básica, ao passo que, em relação aos objetivos, se classifica como pesquisa exploratória e apoiou-se na pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito de não produzir prova contra si mesmo. Código de Processo Civil de 2015. Cooperação.

ABSTRACT

As a general objective, the present study considered the insertion of the right not to produce evidence against it in the Code of Civil Procedure of 2015. Initially, a brief study was carried out on the conceptual and historical aspects of the right not to produce evidence against in addition to examining the aforementioned right in the Code of Criminal Procedure and in the Federal Constitution, as well as examining the burden of proof in criminal proceedings in order to obtain a better understanding of the differences between normative criminal and civil laws and as well as on the different situations in which the parties have jurisdiction when they are subject to those diplomas. Subsequently, he studied the right not to produce evidence against him in the scope of the criminal proceedings against him and his evolution up to the present moment, where he acquired an aspect of legal guarantee in the Brazilian criminal proceedings, protecting the defendant's free will to decide between cooperating with the Power Or exercise their right not to produce evidence against them. Aiming for a better understanding of the theme proposed in this work, in the second chapter, a brief digression was necessary on the essential principles that make up the Code of Civil Procedure of 2015, with emphasis on the legislative innovations brought by the new code and on the principles that eventually may relate to the existence of the right not to produce evidence against oneself, as well as the effects that such devices, within a single legal system, may entail. Afterwards, we proceeded to analyze the burden of proof in the civil process, with the approach of the theory of the dynamic distribution of the burden of proof, then studying the institute of confession as a means of proof in the Code of Civil Procedure of 2015. Finally , some considerations were made regarding the insertion of the right not to produce evidence against itself in the CPC / 2015, from which it could be concluded that the right not to produce evidence against itself does not have space for wide application in the scope of the process civil, in the face of regulatory incompatibilities, and should be interpreted in a systematic manner, in harmony with the basic principles of civil procedural law, as well as the norms established in CF / 88. The present work was developed in the area of applied social sciences, in the field of Law, classifying itself as a qualitative research work, with a basic research nature, whereas, in relation to the objectives, it is classified as exploratory research and supported bibliographical and documentary research.

Keywords: Right not to produce evidence against oneself. Code of Civil Procedure of 2015. Cooperation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	11
2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS	11
2.2 ÔNUS PROBATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	12
2.3 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	14
3. ÔNUS PROBATÓRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	16
3.1 NOVA PRINCIPIOLOGIA DO PROCESSO E A COOPERAÇÃO ENTRE AS PARTES	16
3.2 ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL.....	22
3.3 A CONFESSÃO COMO MEIO DE PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	27
4. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INSERÇÃO DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	32
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS.....	39

1. INTRODUÇÃO

O direito de não produzir provas contra si mesmo, conforme será demonstrado no desenvolvimento deste trabalho, foi expressamente adotado no ordenamento jurídico brasileiro, possuindo grande importância como uma das principais garantias individuais no âmbito do processo penal.

Com larga aplicação no direito processual penal, recentemente o direito de não produzir provas contra si mesmo foi inserido no direito processual civil brasileiro, com o advento do Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015.

É importante considerar que, até a elaboração do CPC/2015, não existia no âmbito do Direito Processual Civil dispositivo com a finalidade de assegurar o direito de não produzir provas contra si mesmo, sendo o processo civil brasileiro pautado em normas que possuem previsões contrárias ao mencionado direito.

Diante da ideia de que o ordenamento jurídico deve possibilitar a aplicação de uma interpretação sistemática, evitando a contradição entre os textos normativos, que devem ser analisados como integrantes de um todo, a inovação legislativa que acrescentou o direito de não produzir provas contra si mesmo no CPC/2015 pode acarretar confrontos entre os dispositivos processuais civis.

Logo, faz-se mister realizar considerações acerca da inserção do direito de não produzir provas contra si no CPC/2015, com base na relação desse direito com as demais normas processuais civis, visto que o processo civil brasileiro é pautado essencialmente no princípio da cooperação entre as partes jurisdicionadas e o Poder Judiciário.

Assim, o objetivo do presente trabalho será realizar considerações acerca da inserção do direito de não produzir provas contra si mesmo no Código de Processo Civil de 2015, de maneira que a problemática a ser analisada gira em torno da ideia de que a inserção do mencionado direito na seara do direito processual civil pode abrir margem para interpretações desfavoráveis em relação aos demais dispositivos processuais civis, surtindo efeitos negativos no andamento processual, como a possibilidade da parte se furtar de cooperar para o esclarecimento dos fatos em discussão.

Neste sentido, o trabalho busca traçar algumas considerações acerca da inserção do mencionado direito no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), a partir de uma construção da sua evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro e sob a interpretação

sistemática das normas de direito processual civil, das normas de direito processual penal e da Constituição Federal.

Para atingirmos o objetivo geral proposto, estruturamos o trabalho em três capítulos que irão abordar os objetivos específicos. No primeiro capítulo, abordaremos alguns aspectos conceituais e históricos do direito de não produzir provas contra si mesmo, trazendo algumas nomenclaturas utilizadas na doutrina para se referir ao direito aqui estudado, com um rápido estudo de alguns aspectos do ônus probatório dentro do processo penal, além de apresentar uma breve evolução histórica desse direito no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, o presente trabalho fará um estudo principiológico do CPC/2015, devendo abordar os princípios basilares do diploma normativo, com ênfase naqueles que poderão possuir maior relação com o tema abordado, quando, em seguimento, a ideia será apresentar o ônus probatório no âmbito do direito processual civil, apresentando a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova que agora integra o texto normativo do CPC/2015, e, por fim, tratará ainda, a respeito da confissão como meio de prova no Código de Processo Civil de 2015, abordando sua conceituação e aspectos gerais.

Após, então, no terceiro capítulo, este trabalho realizará considerações acerca da inserção do direito de não produzir provas contra si, abordando alguns dispositivos normativos do CPC/2015 que podem surgir como óbices à efetiva aplicação do mencionado direito.

O presente trabalho classifica-se na área das ciências sociais aplicadas, no campo do Direito, abrangendo ainda as áreas do Direito Processual Civil, do Direito Processual Penal, bem como, do Direito Constitucional. Quanto à abordagem, ainda pode ser classificado como um trabalho de pesquisa qualitativa.

Quanto à natureza, classifica-se como pesquisa básica, ao passo que, em relação aos objetivos, se classifica como pesquisa com o propósito exploratório, sendo que a etapa exploratória consiste em pesquisa bibliográfica, documental.

Importante mencionar os ensinamentos de Antonio Carlos Gil (2017) ao conceituar as pesquisas bibliográfica e documental. Segundo o mencionado autor, é bibliográfica aquela pesquisa realizada a partir de material já publicado.

O material publicado pode incluir materiais impressos, bem como, discos, fitas magnéticas, CDs e materiais disponíveis na internet.

Já a pesquisa documental, ainda de acordo com o mesmo autor, corresponde aos mais variados tipos de documentos, como leis, assentamentos, documentos pessoais, dentre outros materiais privados à determinada instituição.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Neste capítulo primeiro serão abordados alguns aspectos conceituais e históricos do direito de não produzir provas contra si mesmo ou princípio da não autoincriminação, apresentando algumas nomenclaturas associadas ao direito aqui estudado e um rápido estudo de aspectos gerais do ônus probatório no âmbito do direito processual penal, bem como, uma breve contextualização histórica do direito que não produzir provas contra si mesmo no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS

O Direito de não produzir provas contra si mesmo, também conhecido como direito de não autoincriminação ou ainda *nemo tenetur se detegere*, significa que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou se “descobrir”, no sentido de que o acusado não deve ser obrigado a fornecer provas que lhe incriminem. (RIBEIRO, 2015).

Vale ressaltar que o direito expresso pelos termos apresentados ultrapassa o simples direito de permanecer calado, possuindo como objetivo, proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado na busca pela boa aplicação da lei penal, bem como, proteger contra coações e violências físicas ou morais praticadas com o intuito de compelir o acusado a participar e cooperar durante o processo penal. (QUEIJO, 2003).

O direito aqui abordado é assegurado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu art. 5º, LXIII, consagrado pela doutrina como princípio da não autoincriminação, conforme ensinamentos de Mougenot (2015), e significou a revogação tácita da disposição do art. 186 (posteriormente revigorada pela Lei nº 10.792/03) e do art. 198 do CPP, que previam a possibilidade de o exercício do direito ao silêncio ser interpretado em desfavor do acusado.

O direito ao silêncio, conforme consta na Constituição Federal, bem como as demais garantias dispostas no art. 5º e incisos do diploma legal, permitem ao acusado não apenas ficar silente durante todo o inquérito e o processo penal, mas também, o direito de não participar de eventual reconstituição do crime que lhe é imputado, de maneira que configuraria produção de prova em seu prejuízo. (PACELLI, 2017)

Indo diametralmente contra um dos pilares do processo penal antigo, pautado no dogma da verdade real, o princípio da não autoincriminação, ou direito ao silêncio, de acordo com os ensinamentos de Pacelli (2017), assegura ao acusado ou ao preso o direito de manter-

se silente durante todo o inquérito e até mesmo em juízo, impedindo que ele seja obrigado a contribuir com a produção de provas contra si mesmo.

Desde as civilizações clássicas, era utilizada a figura do juramento, instrumento apontado por Beccaria (1764) como contradição entre as leis e os sentimentos naturais, onde se exigia do acusado o juramento de dizer a verdade, quando, conforme explana o autor, o maior interesse de um verdadeiro culpado seria esconder a realidade sobre suas condutas.

Ainda no período da Idade Média, o Direito não havia avançado ao ponto de dialogar sobre o princípio da não autoincriminação, prevalecendo, naquela época, a utilização de meios de prova precários, baseados nos conhecimentos do acusado, na tortura, e outros métodos degradantes. (QUEIJO, 2003)

Durante o sistema processual inquisitório, de acordo com lição de Queijo (2003), a carência de garantias e direitos básicos aos acusados era ainda mais acentuada, sendo admitida a obrigatoriedade de o acusado responder ao interrogatório, podendo as autoridades utilizar-se da dor para obter respostas, visto que o interrogatório era visto como meio essencial de prova, não se admitindo a opção da parte pelo silêncio.

Faz-se relevante ainda mencionar que os primeiros vestígios da busca por um processo mais equitativo, com a consagração do princípio *nemo tenetur se detegere* deu-se na fase do Iluminismo, período em que a sociedade começou a desenvolver uma maior noção de direitos humanos e garantias processuais. (RIBEIRO, 2015).

Com o advento da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, 1969, que trata sobre as garantias judiciais, art. 8, 2, g, foi expressamente reconhecido ao indivíduo jurisdicionado o direito de não ser obrigado a depor contra si, bem como, o direito de não se declarar culpado. Outrossim, o Brasil é país signatário da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

Antes da mencionada Convenção, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que não tratou especificamente sobre o direito de não produzir provas contra si mesmo, abordou em seu texto sobre a presunção de inocência, abrindo espaço para discussões acerca das garantias e direitos daqueles submetidos à jurisdição estatal. (Art. 11º, 1, DUDH/1948).

2.2 ÔNUS PROBATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Neste momento, revela-se importante um breve estudo acerca de alguns aspectos do ônus probatório no âmbito do processo penal, a fim de se obter uma melhor compreensão

sobre as diferenças entre os diplomas normativos penal e cível, bem como, sobre as diferentes situações em que se encontram as partes jurisdicionadas quando submetidas a esses diplomas, de maneira que, o tópico 3.2, oportunamente, abordará o ônus probatório no processo civil e suas especificidades.

O ônus probatório dentro do processo civil possui duas principais funções, sendo que cumpre papel de estímulo à atividade probatória das partes, ao passo que representa também uma regra de julgamento ao Magistrado diante da incerteza do fato. Badaro (2003) considera que a prova é um estímulo à parte, visto que a possibilidade de uma decisão desfavorável amedronta a parte, estimulando-a em busca de meios para provar o direito que alega possuir. Da mesma forma, existindo fato controverso dentro do processo, é essencial que haja uma regra estabelecendo ao Juiz qual das partes sofrerá uma consequência negativa da ausência de provas sobre a controvérsia relevante.

Por outro lado, quando se discute o ônus probatório no âmbito do direito processual penal, seu regramento é diverso, existindo inclusive, divergências, por parte da doutrina, acerca da existência do instituto do ônus da prova dentro do processo penal brasileiro.

No que diz respeito ao acusado, é possível mencionar um ônus de provar fatos que lhes são favoráveis, como o arrolamento de testemunhas dentro do período legal, ao passo que, em razão do princípio do *in dubio pro reo*, o acusado não poderá ser prejudicado pela existência de um fato não esclarecido dentro da ação penal, o que caracterizaria tal ônus como imperfeito ou relativo, podendo ser conceituado também como um simples interesse, visto que não pode ser considerado exatamente um encargo ou dever do jurisdicionado. (BADARÓ, 2003)

Um dos princípios fundamentais do processo penal é o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da CF/88, que prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Tal princípio, juntamente com o já mencionado *in dubio pro reo*, possui grande relevância na distribuição do ônus probatório dentro do processo penal. (BRASIL, 1988)

Logo, considerando os princípios norteadores do processo penal, a distribuição do ônus da prova em tal contexto não pode seguir a distribuição existente no processo civil, já que, o princípio do *in dubio pro reo* garante que não se exija do acusado qualquer ônus probatório na ação penal condenatória, mesmo em relação às excludentes de ilicitude e culpabilidade. (BADARÓ, 2003)

Ademais, o indivíduo não pode ser incumbido do dever do Estado de buscar a boa aplicação da lei penal e garantia da ordem pública, sendo resguardado, para tanto, o princípio

da não autoincriminação ou não obrigatoriedade de produzir provas contra si mesmo. (NUCCI, 2016).

Realizando um comparativo entre o processo penal na Idade Média e o da Idade Contemporânea, o acusado da Idade Média não possuía qualquer garantia sequer semelhante ao princípio da não produção de provas contra si mesmo, em razão da necessidade Estatal de obter a condenação a qualquer custo, sendo predominante o entendimento de que o interrogatório constituía meio de prova da acusação, não havendo assim, a possibilidade de permanecer em silêncio. (QUEIJO, 2003)

Beccaria (1764) já realizava críticas ao método da tortura antes utilizado como forma de se extrair a confissão do acusado, afirmando que um homem não poderia ser considerado culpado antes da sentença do Juiz, afirmação que lembra o atualmente consagrado princípio da presunção da inocência. Cesare Beccaria acreditava que a tortura seria uma forma de o Juiz aplicar uma pena ao acusado quando ainda pairava dúvida se este era verdadeiramente culpado ou inocente.

2.3 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

No Processo Penal Brasileiro o princípio da não autoincriminação apenas adquiriu status constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988, sendo previsto como garantia do acusado, conforme assevera Queijo (2003), sendo que, antes da edição da Constituição vigente, a disciplina do interrogatório do acusado possuía previsão apenas no Código de Processo Penal (1941).

Em um breve estudo da legislação pátria, a Constituição Federal de 1824 aboliu, expressamente, em seu texto legal, mais precisamente no art. 179, inciso XIX, a pena de tortura, método anteriormente muito utilizado como forma de “extrair” a verdade real do acusado, ou até mesmo uma confissão forçada (BRASIL, 1824).

No seu livro “Dos Delitos e Das Penas”, Beccaria (1764) criticou os métodos inquisitivos de se obter a culpa do acusado no processo penal da sua época, quando eram proibidos os interrogatórios baseados em perguntas sugestivas, ao mesmo passo que se admitia a tortura como meio de obtenção da verdade. Beccaria leva o seu leitor ao questionamento sobre a existência de interrogatório mais sugestivo que a dor, visto que, o método da tortura seria capaz de arrancar do homem considerado fraco uma confissão que o livraria de uma dor imediata, mas poderia condená-lo pelo resto da vida.

Na Constituição pátria em vigor foi inserido o direito ao silêncio como garantia fundamental do indivíduo. Dessa forma, o art. 5º, em seu inciso LXIII, prevê de maneira expressa “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, não atribuindo qualquer penalidade ou prejuízo ao indivíduo que optar por exercer tal direito (BRASIL, 1988).

Dessa forma, atualmente o princípio da não autoincriminação adquiriu um aspecto de garantia legal no processo penal brasileiro, resguardando ao acusado o livre arbítrio para decidir entre cooperar com o Poder Judiciário ou exercer o seu direito de não produzir provas contra si. (QUEIJO, 2003)

No âmbito penal, o Código de Processo Penal, 1941, trazia em seu texto legal a possibilidade de o silêncio do acusado ser interpretado em seu prejuízo. Após edição da Lei nº 10.792/2003, o art. 186 do CPP/41, em seu parágrafo único passou a conter a previsão de que o silêncio do acusado não poderia ser interpretado em prejuízo da defesa, conforme transcrição que segue: “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. (Art. 186, Parágrafo Único, CPP/1941).

Logo, os Códigos Processuais Penais mais antigos não asseguravam, em seus textos legais, o direito do acusado permanecer em silêncio, existindo tal possibilidade como meio de defesa do acusado, mas, conforme já mencionado, defesa que poderia ser interpretada em prejuízo do réu, de forma que, o acusado era induzido a praticar atos visando obter provas de sua inocência. (QUEIJO, 2003)

Sobre a mencionada previsão no CPP/41, Nucci (2016) defende que não houve recepção pela Constituição Federal de 1988 da possibilidade de o silêncio do acusado ser levado em conta para o convencimento do juiz, visto que a Constituição Federal garantiu ao réu, expressamente, o direito de manter-se calado (art. 5º, inciso LXIII), não havendo no texto constitucional qualquer previsão de prejuízo para o réu que exerce o mencionado direito.

Acerca do exercício do direito de silêncio em prejuízo à defesa do acusado, Nucci (2016) posiciona-se no sentido de ser atribuição estatal juntar ao processo as provas necessárias à condenação do sujeito, não podendo o exercício do seu direito de permanecer calado ser utilizado como ferramenta para sanar a carência de elementos probatórios nos autos.

Dessa forma, é possível afirmar que o processo penal contemporâneo já não se enquadra no medieval modelo de disputa, segundo o qual, a partir de uma falsa premissa de igualdade entre as partes, vence o que atua melhor e de maneira mais eficiente. (PACELLI, 2017).

3. ÔNUS PROBATÓRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No presente capítulo será realizado um estudo principiológico do CPC/2015, que abordará os princípios basilares do diploma normativo, com ênfase naqueles que poderão possuir maior relação com o tema abordado, quando, em seguito, a ideia será apresentar o ônus probatório no âmbito do direito processual civil, apresentando a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova que agora integra o texto normativo do CPC/2015, e, por fim, tratará ainda, a respeito da confissão como meio de prova no Código de Processo Civil de 2015, abordando sua conceituação e aspectos gerais.

3.1 NOVA PRINCIPIOLOGIA DO PROCESSO E A COOPERAÇÃO ENTRE AS PARTES

Visando uma melhor compreensão acerca do tema proposto neste trabalho, faz-se necessária uma breve digressão sobre os princípios essenciais que compõem o Código de Processo Civil de 2015, com ênfase nas novidades legislativas trazidas pelo novo código e nos princípios que eventualmente podem vir a relacionar-se com a existência do direito de não produzir provas contra si mesmo, bem como, os efeitos que tais dispositivos, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, podem acarretar.

Os princípios são os direcionamentos básicos de qualquer organização e sistema jurídico, sendo elementos que visam atribuir lógica ao conjunto normativo. Assim, os princípios são responsáveis por formarem um elo entre as normas do sistema, possibilitando um sentido lógico e conexo entre todo um instrumento normativo do qual façam parte (THAMAY; RODRIGUES, 2016).

O Código de Processo Civil de 2015 pauta-se, precipuamente, no princípio da cooperação entre as partes jurisdicionadas, previsto expressamente no art. 6º do referido código, que dispõe o seguinte: “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (BRASIL, 2015).

Um terceiro modelo de organização do processo é identificado no CPC/2015, o processo cooperativo. De acordo com a doutrina de Didier (2017), o princípio da cooperação define a forma de estruturação do processo civil no direito brasileiro, redimensionando o princípio do contraditório e acrescentando o órgão jurisdicional no diálogo processual, fugindo da ultrapassada ideia de duelo entre as partes.

Repcionado como uma das grandes inovações normativas trazidas pelo Novo Código, o princípio da cooperação tem o objetivo de permitir a utilização de mecanismos processuais para que, tanto o próprio magistrado, como as partes jurisdicionadas cooperem mutuamente, almejando um processo que possa alcançar uma sentença rápida, justa e eficaz (THAMAY; RODRIGUES, 2016).

A colaboração das partes, presente no teor do princípio da cooperação, é efetivada pela participação no desenrolar processual, nutrindo o processo com provas que, juntamente com outros elementos, formarão o convencimento do Juiz que, por sua vez, deverá adotar postura mais participativa e entrosada com as partes, passando a integrar o debate processual, porque, quanto maior o debate processual entre os envolvidos, mais adequado é o resultado da demanda, caracterizando também uma prestação jurisdicional de qualidade e amparada pelos ideais democráticos (NEVES, 2017).

A cooperação processual surge ainda como meio de se alcançar o modelo constitucional de processo, que diz respeito a um processo policêntrico, comparticipativo, que não possui a figura do magistrado como elemento central, e sim constituindo uma dinâmica, onde todas as partes processuais tornam-se essenciais para alcançar uma decisão justa e efetiva (CAMARA, 2017).

O princípio aqui discutido possui inspiração em legislações de países como Alemanha, França e Portugal, e visa, além dos pontos já mencionados, estimular uma postura diferenciada no andamento da instrução processual, não apenas em relação às partes, mas também ao próprio Magistrado, que passa a ser agente-colaborador do processo e não mais um mero fiscal. Já no que tange às partes, a expectativa é de que seja adotada uma postura que se coadune com os princípios da boa-fé, do contraditório e do devido processo legal (THAMAY; RODRIGUES, 2016).

No que diz respeito ao andamento processual, este não deverá ser conduzido apenas pela vontade das partes, bem como, não deverá haver uma condução inquisitorial pelo órgão jurisdicional, porque, na nova sistemática processual, almeja-se uma condução cooperativa do processo, onde todos os sujeitos processuais se encontram em posição de igualdade (DIDIER, 2017).

A ressalva à paridade processual se dá apenas no momento da decisão, visto que, corresponde a atividade exclusiva do Juiz, não cabendo às partes decidirem diretamente com ele. É possível afirmar que a decisão judicial será um resultado da condução cooperativa do processo, mas o poder de decisão atribuído ao órgão julgador não deve ser deslocado para os outros sujeitos processuais (DIDIER, 2017).

Ao adotar o modelo cooperativo, o CPC/2015 exige ações que estejam em harmonia com as noções de ética e lealdade, evitando que o processo caminhe em direção à sua extinção sem resolução de mérito, sendo dever das partes trabalharem mutuamente para tais fins (CAMARA, 2017).

Ainda sobre o inovador princípio da cooperação processual, faz-se relevante mencionar crítica construída por Thamay e Rodrigues (2016) acerca da viabilidade de tal princípio no âmbito do processo contencioso. Os autores fazem menção à realidade cultural brasileira para ilustrarem a falta de convicção na possibilidade de que autor e réu possam cooperar de maneira harmônica, visto que se encontram em situação de litígio, possuindo, assim, interesses diametralmente opostos na busca pela decisão de mérito.

Interpretar o princípio da cooperação como uma simples exigência de que as partes cooperem na busca por interesses opostos aos seus defendidos em juízo, conforme ensinamento de Neves (2017) poderá tornar o dispositivo legal utópico, inviável de efetivação e consequentemente, morto.

Logo, considerando o contexto litigioso que, em regra, envolve as partes processuais, ao prever o princípio da cooperação no texto do CPC/2015, o legislador espera que as partes possam “co-operar”, operar em conjunto, no desenvolvimento do processo, a fim de que a decisão de mérito possa ser resultado fiel da participação dos jurisdicionados, legitimando a sentença obtida através da cooperação das partes (CAMARA, 2017).

Estruturado o princípio da cooperação, surgem no processo deveres a serem observados pelas partes processuais. De acordo com os ensinamentos de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017), o órgão jurisdicional possui deveres de esclarecimento, prevenção, diálogo e auxílio para os litigantes. Nesse contexto, o dever de esclarecimento diz respeito ao dever de dirimir eventuais dúvidas com as partes, acerca de suas posições processuais, seus pedidos e narração dos fatos. Já no âmbito do dever de proteção, cabe ao órgão jurisdicional prevenir as partes acerca do mau direcionamento do processo e suas consequências para os seus direitos. No dever de diálogo, deve o órgão emitir decisões respeitando a possibilidade de as partes dialogarem e serem consultadas, influenciando no rumo do desfecho processual. Por fim, no que diz respeito ao dever de auxílio, deve o órgão jurisdicional auxiliar as partes para superar dificuldades no exercício dos direitos e deveres processuais.

Para Didier (2017), os deveres processuais trazidos pelo princípio da cooperação devem recair para todas as partes do processo, ou seja, para os litigantes e para o órgão jurisdicional. O doutrinador lista algumas manifestações do dever de cooperação, quais sejam: dever de esclarecimento, dever de lealdade, dever de proteção e dever de consulta.

Em contrapartida, existe parte da doutrina que defende que o princípio da cooperação não deve se aplicar às partes no sentido de se exigir delas condutas de colaboração processual. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) escrevem que a colaboração prevista no art. 6º do CPC/2015 trata-se da colaboração do Juiz para com as partes, não dizendo respeito a uma colaboração entre as partes. Ainda segundo o autor, não é possível esperar que as partes cooperem entre si, visto que defendem interesses opostos na relação processual, sendo viável apenas uma colaboração das partes para com o Juiz dentro do processo.

O dever de colaboração processual pode ser encontrado ainda no art. 378, do CPC/2015, que dispõe: “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. A fim de que a tutela jurisdicional de que trata o art. 5º, XXXV, CF/88, possa ser adequadamente prestada às partes, é essencial que estas forneçam ao Poder Judiciário os elementos que possam dar subsídios à causa (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Dessa forma, o descumprimento da regra prevista no art. 378, do CPC/2015, poderá resultar em sanção para a parte que se recusa a colaborar, restando caracterizada a má-fé processual, conforme disposição do art. 80, II, CPC/2015. A sanção aqui mencionada corresponde à aplicação de multa superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor da causa, com correção monetária, e, ainda, ao dever de indenizar à parte contrária pelos prejuízos e despesas da causa, decorrentes da má-fé processual (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

A respeito do dever de colaborar, o próprio Código dispõe, em seu texto legal, situações excepcionais, onde a parte ou testemunha poderá se escusar de colaborar, havendo motivos de relevante importância que ultrapassem interesses das próprias partes processuais e de sua vida social. Exceções ao dever de colaborar podem ser encontradas nos arts. 388, 404 e 448, do CPC/2015, ocasiões, nas quais a testemunha não será obrigada a depor sobre determinados fatos, as partes e o terceiro poderão se escusar de exibir documentos ou coisas e a parte não será obrigada a depor sobre determinados fatos ou alegações (BRASIL, 2015).

Por sua vez, o art. 379, do CPC/2015, visando complementar o rol de deveres incumbidos às partes (art. 77, CPC/2015), traz em seus incisos as seguintes obrigações: “comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado, colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária, praticar o ato que lhe for determinado” (BRASIL, 2015).

A parte inicial do art. 379, do CPC/2015, dispõe ainda que, existe para a parte uma ressalva, referente à preservação do direito de não produzir prova contra si mesma. Neste

sentido, a ressalva seria assegurada somente nos casos já previstos em lei, a exemplo dos arts. 388, 404 e 448, ambos do CPC/2015, sendo que, fora desses casos não haveria o direito de não produzir prova, ainda que tal prova seja prejudicial à própria parte, visto que, vigora no novo Código o dever geral de cooperação, tanto para as partes processuais, quanto para terceiros (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Havendo o descumprimento dos deveres de colaboração aqui elencados, pode o Magistrado aplicar consequências previstas no próprio Código para tais situações. Logo, pode ser retirada a presunção de veracidade da alegação de fato que se pretendia provar, a parte pode ser considerada litigante de má-fé, conforme já mencionado nos parágrafos anteriores, pode haver a interpretação de descumprimento de ordem judicial, sendo aplicada multa sancionatória, e, pode, ainda, ser determinada a produção da prova mediante outros meios, em razão da não colaboração da parte, como através da busca e apreensão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Em seguimento ao contexto da colaboração processual, o art. 380, do CPC/2015, enumera alguns deveres direcionados ao terceiro, elencados em rol meramente exemplificativo, organizados em dever de colaborar, dever de exibir, dever de comparecer e informar, conforme doutrina de Marinoni (2017), que detalhe e conceitua cada um deles.

De acordo com o autor, o terceiro está sujeito ao dever de colaboração sempre que haja interesse processual, salvo nos casos de escusa legal, já mencionados anteriormente. Todos têm o dever de prestar informações ao Poder Judiciário, mas quando devidamente intimado, o terceiro deve atender especificamente à intimação do Juiz, além dos deveres de comparecimento e informação específicos. Por fim, o terceiro tem ainda o dever de exibir coisa ou documento que esteja em seu poder, ressalvadas as hipóteses legais de exclusão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Em consonância com o modelo de processo cooperativo, o CPC/2015 prevê ainda em seu texto legal o princípio da boa-fé objetiva, constante do art. 5º do diploma normativo, que dispõe que aqueles que participam do processo devem comportar-se de acordo com a boa-fé.

Aqui é importante notar que a boa-fé exigida pelo art. 5º do Novo Código trata-se de norma de conduta, não se tratando de elemento subjetivo a ser demonstrado. A boa-fé enquanto norma de conduta atua de forma a permitir ou proibir determinadas ações (condutas) dentro do contexto processual. (DIDIER, 2017).

O Código prevê ainda normas que visam assegurar a observância da boa-fé enquanto norma geral, a exemplo das normas sobre a litigância de má-fé. Ainda de acordo com os ensinamentos de Didier (2017), consagrar o princípio da boa-fé processual é medida para

acompanhar o crescimento das exigências de condutas de boa-fé do direito privado ao direito público. Assim, a boa-fé objetiva expandiu-se para todos os ramos de direito brasileiro, de forma que, havendo uma relação jurídica, as pessoas envolvidas estão vinculadas a não se comportarem com o intuito de frustrar a confiança média que se espera na relação.

O princípio da boa-fé também deve ser observado pelos Juízes, impondo e restringindo normas de conduta ao órgão jurisdicional, como estabelece o Enunciado nº 375, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, ao dispor que o Magistrado também deve agir conforme a boa-fé objetiva, bem como no Enunciado nº 376, quando prevê que o Magistrado deve se abster do comportamento contraditório.

Dessa forma, o princípio da boa-fé orienta a interpretação da demanda e da sentença, bem como, prevê sanções para as condutas processuais abusivas ou contraditórias para todos os sujeitos que participam do processo, sendo tais aspectos essenciais para o bom desenvolvimento do processo civil (CAMARA, 2017).

É possível encontrar o princípio da boa-fé processual dentro de outros direitos fundamentais presentes na Constituição Federal, sendo conteúdo do devido processo legal, ainda que a Carta Magna não possua previsão expressa e específica para tal princípio. Para a concretização do devido processo legal, é necessário que as partes atuem com lealdade e justiça, o que não dá margem para comportamentos desleais e contraditórios (DIDIER, 2017).

Outro princípio importante a ser mencionado é o princípio da primazia da decisão de mérito, previsto no art. 4º do CPC/2015, dismando que é garantia da parte o direito à solução integral do mérito. O princípio defende que o órgão jurisdicional possui o dever de priorizar as decisões de mérito, tendo como este o objetivo e fazendo o possível para que ele ocorra (DIDIER, 2017).

A extinção do processo sem resolução de mérito apenas deve ser admitida diante da existência de vício insanável, por sua natureza ou por negligência das partes. Assim, é essencial que haja um manejo processual no sentido de tentar sanar os vícios do processo, bem como, assegurar às partes a possibilidade de sanar tais vícios, a fim de que seja construído um processo que resulte em uma sentença de mérito, justa e efetiva (CAMARA, 2017).

São previstos dentro do CPC/2015 alguns dispositivos destinados a efetivar o princípio da primazia da decisão de mérito, quais sejam, o art. 6º, quando prevê o princípio da cooperação entre os sujeitos processuais, o art. 488, que impõe ao Magistrado o dever de, sempre que possível, preferir a análise do mérito em detrimento da decisão que não o aprecie, o art. 321, quando dispõe que antes de indeferir a petição inicial, deve oportunizar às partes a

emenda ou o aditamento, restando demonstrada a atenção do novo Processo Civil Brasileiro à assegurar que as demandas cumpram com o objetivo precípuo de resolver o caso concreto (DIDIER, 2017).

Ademais, a decisão, que deverá, sempre que possível, apreciar o mérito, deve ser obtida em tempo razoável, posto que o art. 4º, CPC//2015, assegura às partes o direito à obtenção em prazo razoável a solução da causa, incluindo uma decisão que analise o mérito da demanda. Assim, é possível identificar ainda o princípio da duração razoável do processo, assegurado também pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXVIII (BRASIL, 1988).

Importante destacar, entretanto, que a busca pela duração razoável do processo deve ser interpretada consoante os demais princípios processuais, que asseguram o contraditório, a ampla defesa e as dilações processuais necessárias em geral, evitando-se, dessa forma, a perseguição desenfreada em busca de uma celeridade processual que pode custar outras garantias essenciais ao processo (CAMARA, 2017).

Contribuindo com o raciocínio exposto no parágrafo anterior, a previsão de uma garantia à duração razoável do processo não significa o direito a um processo rápido ou célere. O processo, por sua estrutura em si, possui natureza temporal, demandando diversas fases e momentos processuais que possibilitem às partes a manifestação adequada. Dessa forma, o que se espera de um processo com duração razoável é um trâmite processual proporcional à complexidade da causa (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Em suma, é possível extrair do texto de Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015 a intenção inicial de se implantar um processo adequado às regras da Constituição Federal de 1988, mais coeso, ágil e capaz de proporcionar um processo civil pautado nas características de justiça e celeridade (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, BRASIL, 2015).

3.2 ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL

A conduta que se impõe a uma das partes no âmbito do direito processual é chamada de ônus, que trata sobre incumbência que recai sobre a parte que possui interesse próprio a ser alcançado com a satisfação do ônus. Por esta razão, construiu-se a tradição de denominar tal conduta imperativa de ônus da prova, de modo que, no processo civil, é incumbência de cada parte o ônus de provar os fatos que alegar (CAMARA, 2017).

No processo de conhecimento busca-se instruir os autos com provas dos fatos alegados, cabendo às partes a produção das provas necessárias para a boa fundamentação das suas alegações. Dessa forma, prova pode ser conceituada como o instrumento processual que dá ciência ao julgador dos fundamentos da pretensão das partes. A prova possui a finalidade de formar a convicção do Juiz a respeito das alegações das partes a fim de que ele possa constituir seu convencimento e solucionar a demanda processual. Logo, a prova judiciária representa uma junção de meios que criam o convencimento acerca dos fatos essenciais que envolvem a lide (RODRIGUES, 2017).

Para Didier, Braga e Oliveira (2016), a prova tem o condão de convencer as partes, permitindo-lhes decidir sobre as condutas que vão adotar no processo ou mesmo fora dele, sendo, então, destinatárias das provas. Esse entendimento ultrapassa a compreensão clássica acerca da finalidade da prova, onde prevalece o entendimento de que a prova deve propiciar o convencimento do juiz, sendo este o seu principal destinatário.

Theodoro Júnior (2017) aponta uma conexão obrigatória entre a função da prova e a função do processo. O processo possui função de encontrar uma solução justa para a demanda, não sendo suficiente uma solução qualquer, ao passo que a prova é essencial para que o juiz descubra a verdade acerca dos fatos controversos no litígio, se tornando viável uma conclusão pautada na verdade, e, portanto, justa diante das alegações das partes.

Importante mencionar nesse contexto o princípio da comunhão da prova, segundo o qual, a prova, quando devidamente produzida, passa a pertencer ao processo, independentemente de quem a produziu, importando apenas a sua existência, mas não a sua origem (NEVES, 2017).

O art. 373 do CPC/2015 estabelece a qual das partes compete a produção de determinada prova, trazendo regras gerais para a distribuição do ônus probatório no processo civil. Assim, de acordo com o artigo mencionado, cabe ao autor da demanda juntar aos autos provas constitutivas do seu direito, ao passo que, cabe ao réu levar aos autos as provas modificativas, extintivas ou impeditivas do direito do autor (DONIZETTI, 2017).

Em uma breve conceituação, fato impeditivo é aquele de conteúdo negativo, que demonstra a impossibilidade do direito alegado, ao passo que o fato modificativo diz respeito àquele que altera parcialmente o direito alegado, e o fato extintivo é aquele que possui o efeito de cessar a relação jurídica original (NEVES, 2017).

Assim, o Código de Processo Civil distribui o ônus da prova conforme a natureza da alegação de fato a ser provada. A alegação de natureza constitutiva deverá ser provada pelo autor, que alega possuir um direito na demanda proposta, enquanto que as alegações de

natureza impeditiva, modificativa ou extintiva deverão ser provas pelo réu, quando direcionar qualquer dessas ao direito alegado pelo autor (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

O ônus pode ser conceituado como sendo o encargo, que não corresponde propriamente a um dever, de maneira que não é exigível o seu cumprimento. Ocorre que o sujeito sobre o qual recai o ônus, geralmente, possui o interesse em observá-lo, a fim de evitar eventual desvantagem que pode ser desencadeada pela sua inobservância (DIDIER, 2017).

É possível analisar o ônus da prova sob duas perspectivas, sendo considerados os conceitos de ônus da prova objetivo e ônus da prova subjetivo. No aspecto subjetivo, o ônus é analisado em relação a qual das partes processuais é incumbida do encargo da produção de determinada prova. Já no aspecto objetivo o ônus probatório é identificado como regra de julgamento utilizada pelo magistrado diante da insuficiência ou inexistência de provas para a prolação da sentença, visto que não deve se escusar de julgar o caso (NEVES, 2017).

Assim, o dispositivo processual civil acerca da distribuição do ônus da prova possui dupla finalidade, funcionando como uma regra de instrução e como um guia para o magistrado. Enquanto regra de instrução, estimula as partes na produção de provas capazes de sustentarem suas alegações, diante da desvantagem que pode surgir para a parte onerada que permaneceu inerte, ao passo que, como guia para o magistrado, serve como regra de julgamento, para que, diante de casos em que haja *non liquet*, o juiz possa decidir a causa sem arbitrariedade, aplicando ao seu julgamento a regra do art. 373 do CPC (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

É admitida ainda a convenção entre as partes que estabelece a quem caberá o ônus de produzir determinada prova em caso de litígio, tratando-se de uma livre distribuição do ônus da prova entre as partes, sem que haja qualquer violação ao ordenamento jurídico pátrio. Tal autonomia das partes, em regra, possui vedação apenas quando se trata de litígio que versa sobre direitos indisponíveis ou quando a convenção onerar a parte de maneira excessiva, dificultando-lhe demasiadamente o exercício do direito. (Art. 373, §3º, CPC/2015).

Outra inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 diz respeito à distribuição dinâmica do ônus da prova, criando um sistema misto de distribuição do ônus probatório. O sistema misto do CPC/2015 consiste na abrangência do sistema de distribuição estática ou fixa do ônus da prova e do sistema de distribuição dinâmica entre as partes. Ainda antes da consagração legislativa da teoria da distribuição dinâmica, a doutrina e a jurisprudência pátria já se manifestavam no sentido de aderir tal ideia como forma mais

adequada de alcançar o devido processo legal, justo e pautado nas normas fundamentais da Constituição Federal (NEVES, 2017).

A distribuição fixa do ônus da prova ocorre nas hipóteses previstas no art. 373, *caput*, CPC/2015, já mencionadas nos parágrafos anteriores. Assim, a distribuição será fixa ou estática quando a própria legislação já prevê sobre quem deverão recair os prejuízos decorrentes da falta de provas sobre os fatos processuais. Já a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova defende que o encargo para a produção da prova poderá ser atribuído de maneira dinâmica, de acordo com as especificidades do caso concreto, pela análise do órgão julgador (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Ocorre que nem sempre o sistema de distribuição estática da prova possibilita uma distribuição razoável entre os fatos constitutivos e os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos de direito, comprometendo a atividade jurisdicional do juiz, fazendo-se necessária, a partir da análise do caso específico, a dinamização das regras acerca do ônus da prova (RODRIGUES, 2017).

É o parágrafo primeiro do art. 373, CPC/2015 que dispõe acerca do instituto da distribuição dinâmica do ônus probatório, prevendo que em casos estabelecidos pela legislação ou diante de especificidades do caso concreto, como impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte se desincumbir do ônus estático, ou nos casos de maior possibilidade da parte adversa, é viável que o magistrado, mediante decisão fundamentada, aplique a distribuição dinâmica, invertendo os encargos probatórios, na medida em que o caso concreto exigir (NEVES, 2017).

A flexibilização do sistema de distribuição do ônus probatório teve como um de seus pioneiros o autor Jorge W. Peyrano, percussor da teoria em sua feição moderna, que defendeu a ideia de que a rigidez na regra de distribuição do ônus da prova abria margem para injustiças na resolução da demanda (THEODORO JÚNIOR, 2017).

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surge no processo com a finalidade precípua de assegurar às partes a paridade de armas, a tutela jurisdicional adequada e efetiva, a cooperação processual, bem como, atender às especificidades do direito material demandado em juízo, permitindo ainda que o processo civil se harmonize com as normas Constitucionais. (MARINONI; ARENHART e MITIDIERO, 2017).

A redistribuição do ônus da prova baseia-se no princípio da cooperação entre as partes envolvidas no processo, sendo utilizado quando uma das partes dispõe de melhores possibilidades para a produção da prova necessária ao bom andamento do processo, constituindo uma flexibilização do ônus (RODRIGUES, 2017).

Na doutrina Argentina, a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschmidt, passou-se a defender o dinamismo da distribuição do ônus da prova. Pautando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade, com atuação do juiz, defendeu-se que era essencial considerar as especificidades do caso concreto, a fim de atribuir-se o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo, impõe-se uma atuação probatória da parte que tem mais possibilidades de produzi-la. E o juiz, verificando que houve uma violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação de provas, deve proferir decisão contrária ao infrator. Tudo isso, no intuito de que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa e efetiva (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2014).

Assim, seguindo os passos da doutrina Argentina, parte da doutrina e a jurisprudência brasileira passaram a adotar a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova em casos onde as especificidades trouxessem complexidades probatórias suficientes que justificassem a flexibilização do sistema estático de distribuição do ônus, antes mesmo da positivação de tal teoria no Código de Processo Civil de 2015 (RODRIGUES, 2017).

Nas situações em que o julgador repute necessária a aplicação da distribuição dinâmica, a lei exige que o faça através de decisão devidamente fundamentada, expondo os motivos que o convenceram acerca da impossibilidade inicial da parte que deveria arcar com o encargo probatório. Outrossim, o juiz deve oportunizar o exercício do contraditório pela parte sobre a qual recairá o ônus da prova, permitindo que a mesma possa se desincumbir de tal encargo, visto que a inversão do ônus probatório não pode violar o exercício do contraditório. (DONIZETTI, 2017).

Importante esclarecer ainda que a aplicação da distribuição dinâmica não deve ocorrer abrangendo a totalidade de fatos e circunstâncias processuais, mas apenas deve recarregar parcialmente sobre fatos e circunstâncias específicas, havendo a redistribuição parcial do ônus da prova (RODRIGUES, 2017).

Em suma, não é permitido ao juiz dinamizar o ônus da prova quando não existirem quaisquer de suas condicionantes, porque estaria atribuindo injustamente um encargo que inicialmente deveria recarregar sobre a parte adversa. Nesse contexto, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) dividem as condicionantes em materiais e processuais. No âmbito das condicionantes materiais, o julgador deve apontar a total inadequação da distribuição estática prevista no art. 373, *caput*, CPC/2015, ocasião em que deveria incidir o §1º do mesmo dispositivo.

Já se tratando de condicionantes processuais, o autor as divide em duas, quais sejam, motivação da decisão e atribuição do ônus probatório oportunizando a possibilidade de provar. Ainda seguindo os ensinamentos de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017), a decisão que dinamiza o ônus da prova deve estar expressa nos autos, informando todas as especificidades do caso que o levaram à conclusão de inaplicabilidade do *caput* do art. 373, CPC/2015, bem como, informando as razões pelas quais considera a parte, outrora desonerada, mais apta a juntar aos autos a prova necessária. Posteriormente, o magistrado deve assegurar à parte que recebeu o novo ônus momento processual adequada para que ela possa se desincumbir do encargo, de forma que seja respeitado e assegurado o princípio do contraditório.

Ademais, a dinamização do encargo probatório não deve ocorrer apenas no momento da prolação da sentença, visto que é essencial assegurar o princípio do contraditório, respeitando o andamento do devido processo legal, permitindo à parte onerada que se manifeste nos autos a fim de promover sua desincumbência do ônus da prova (RODRIGUES, 2017).

O CPC/2015 buscou elaborar um conjunto normativo compatível e harmônico com a Constituição Federal de 1988 ao positivar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Ao reconhecer a disparidade entre os litigantes, desincumbindo o mais hipossuficiente ou vulnerável e atribuindo o ônus ao mais capacitado para tal, facilitando o acesso à prova, o CPC/2015 possibilita o melhor esclarecimento dos fatos e, consequentemente, a prestação jurisdicional mais justa e adequada. (DORI; CAMBI, 2018).

3.3 A CONFESSÃO COMO MEIO DE PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A confissão como prova no direito processual civil possui previsão legal no art. 389, do CPC/2015, que dispõe que existe a confissão quando uma parte admite um fato que vai de encontro aos seus interesses ao mesmo tempo em que é favorável aos interesses da parte adversa (BRASIL, 2015).

A declaração voluntária acerca da existência de um fato que pode ter por objeto fato simples ou fato jurídico, devendo recair, entretanto, sobre fato desfavorável ao confitente e favorável ao adversário, havendo ainda o pressuposto de que o fato confessado seja próprio e pessoal de quem confessa, não podendo tratar-se de ato de terceiro, hipótese em que estaria caracterizado um testemunho e não uma confissão (DIDIER; BRAGA e OLIVEIRA, 2016).

Do conceito legal exposto no art. 389, CPC/2015, é possível elencar três elementos que envolvem a confissão como prova no processo civil. O primeiro elemento é o reconhecimento de um fato alegado pela parte contrária; o segundo elemento diz respeito à voluntariedade do confitente; por fim, o terceiro elemento pressupõe situação de desvantagem ocasionada pelo fato confessado em desfavor de quem confessou (NEVES, 2017).

Didier, Braga e Oliveira (2016) classificam a confissão quanto a sua natureza jurídica como sendo um ato jurídico em *strictu sensu*, cuja obtenção não pode se dar mediante condição ou termo, não se tratando de negócio jurídico. Defendem ainda que qualquer interesse do confitente em produzir efeitos jurídicos por meio da confissão não deve possuir relevância, mas apenas a percepção dos fatos alvos de confissão, constituindo, para os autores, um meio de prova.

O próprio Código de Processo Civil em si prevê a confissão como meio de prova, bem como, parte majoritária da doutrina brasileira defende igual posicionamento. Entretanto, Daniel Amorim Assumpção Neves (2017) defende como mais adequado o entendimento de que a confissão, por si só, não caracteriza um meio de prova, mas um resultado de outros meios de prova previstos no CPC/2015, como o depoimento pessoal e a prova documental, não sendo uma técnica efetiva na extração a verdade acerca das alegações de fato.

Importante diferenciação realizada pela doutrina processualista civil diz respeito aos conceitos de confissão e atos como reconhecimento do pedido e admissão. De acordo com Didier, Braga e Oliveira (2016), no ato do reconhecimento do pedido, o demandado concorda com a pretensão que lhe move o demandante, ocorrendo a extinção do processo em razão da autocomposição entre as partes. Assim, o reconhecimento do pedido configura um ato jurídico unilateral realizado pela parte requerida. Já a confissão recai diretamente sobre um fato oposto ao interesse do jurídico de quem confessa, não constituindo um negócio jurídico. Com base no raciocínio exposto, é plausível e plenamente imaginável uma situação onde a parte demandada confesse fato contrário aos seus interesses, ao mesmo tempo em que se opõe às consequências jurídicas que a parte autora pretende basear no fato confessado.

Já a admissão se distingue da confissão pelo fato de que esta última é caracterizada com uma conduta positiva da parte, enquanto aquela, a admissão, diz respeito à conduta omissiva. Dessa forma, a confissão é conceituada como ato jurídico, enquanto a admissão constitui ato-fato jurídico, não sendo passível de invalidação, ao passo que a confissão pode ser invalidada (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Ademais, a confissão é limitada aos fatos processuais, característica que permite que, mesmo havendo confissão da parte, suas consequências recarão apenas no que tange aos

aspectos fático-processuais da demanda, sendo possível que o confitente obtenha êxito na prolação da sentença, caso os aspectos legais do processo legitimem o seu interesse (NEVES, 2017).

A doutrina realiza algumas classificações a fim de tornar mais didático o estudo acerca do instituto da confissão. Logo, conforme doutrina de Didier, Braga e Oliveira (2016), a confissão pode ser judicial ou extrajudicial, sendo classificada a partir da forma como foi produzida, se em juízo ou fora dele. Pode ser espontânea ou provocada, sendo espontânea a confissão realizada por iniciativa da própria parte confitente ou de procurador com poderes especiais, enquanto que a provocada pode ser obtida através do depoimento pessoal.

Caso o representante sem poderes especiais realize a confissão, esta não possuirá eficácia enquanto ato jurídico, diante da falta de pressuposto, podendo, entretanto, vir a ser ratificada pela parte possuidora do direito, tornando-se prova atípica no processo (NEVES, 2017).

A confissão pode ainda ser classificada como real ou ficta, sendo real aquela efetivamente realizada, por escrito ou oralmente, ao passo que a confissão ficta diz respeito a uma ficção jurídica, ocorrendo em hipóteses onde a lei reputa ocorrida, embora seja sabido que o ato não existiu realmente. Será admitida a confissão oral apenas nos casos em que a lei não exija produção de prova literal (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Para Neves (2017), a confissão provocada, que é resultado do depoimento pessoal, será ficta quando a parte não comparecer à audiência de instrução ou se recusar, injustificadamente a responder as perguntas realizadas. E será real quando a parte efetivamente comparecer e responder ao que lhe for perguntado durante a instrução.

Ademais, haverá confissão simples quando o confitente apenas declara ciência de fatos prejudiciais ao seu interesse, ao passo em que haverá confissão qualificada nos casos em que o confitente declara ciência dos fatos, entretanto se opõe aos efeitos jurídicos possíveis mediante a prova de confissão; e será complexa quando trouxer ao processo fatos até então desconhecidos (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Para uma melhor compreensão acerca da confissão enquanto meio de prova, importante se faz estudar a respeito dos efeitos do ato jurídico da confissão. Dentre os importantes efeitos processuais trazidos pela confissão, é relevante mencionar a perda do direito de a parte confitente produzir prova que verse sobre o fato confessado. Possuindo grande relação com o princípio da boa-fé processual, essa regra visa assegurar a proibição do comportamento contraditório no processo civil, também denominado *venire contra factum proprium*, de forma que a parte confitente não pode, no decorrer do trâmite processual,

requerer produção de prova com o fito de questionar o fato confessado (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Conforme já mencionado, o ato de confessar coloca a parte confitente em notória situação de desfavorecimento no processo, motivo pelo qual, o instituto da confissão possui regramento diferenciado nos casos em que haja litisconsórcio. Tratando-se de litisconsórcio unitário, a ato da confissão apenas surtirá efeitos jurídicos se for realizado por todos os litisconsortes, não sendo suficiente a confissão de somente um ou alguns deles. Já quando se trata de litisconsórcio simples ou comum, a confissão surte efeitos plenos para o confitente, de maneira independente em relação aos demais litisconsortes. E, se a confissão recair sobre fato comum a todos os litisconsortes, surtirá efeito somente de testemunho desfavorável em relação aos que não confessaram (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Ocorre que, sendo o caso de litisconsórcio unitário, não seria possível admitir que apenas um dos litisconsortes produza confissão em desfavor de todos os demais, porque nesse tipo de litisconsórcio os resultados processuais devem ser iguais para todos que compõe o litisconsórcio (CAMARA, 2017).

Outro efeito que surge no processo em decorrência da confissão diz respeito ao fato de que a parte adversária ao confitente fica desincumbida de produzir provas relativas aos fatos confessados que havia alegado, conforme previsão constante do art. 374, inciso II, CPC/2015, que dispõe sobre a dispensa de prova acerca de fato confessado (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Nas causas em que a lide versar sobre direitos reais sobre imóvel alheio ou sobre bens imóveis das partes, a confissão de um dos cônjuges não poderá vincular o outro, não surtindo efeitos caso o outro cônjuge não queira confessar também, salvo em hipótese de separação absoluta de bens (CAMARA, 2017).

Ademais, a confissão realizada pela parte não possui o condão de vincular a atividade do magistrado que possuirá liberdade de apreciação da prova, atribuindo-lhe a valoração que entender pertinente (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

É relevante atentar-se para a ideia de que a confissão, atualmente, não existe como uma prova plena, absoluta ou incontestável, de maneira que o atual processo civil brasileiro superou a antiga visão da confissão como rainha das provas ou prova mais valiosa do processo. Desta forma, é incumbência do magistrado valorar a prova da confissão, considerando todo o aspecto processual e as demais provas produzidas, admitindo ainda a possibilidade de uma falsa confissão, onde a parte confessa um fato falso. (CAMARA, 2017).

A confissão é ato irrevogável, conforme art. 214 do Código Civil e art. 393, primeira parte, CPC/2015, visto que não se trata de negócio jurídico, não possuindo natureza negocial. Entretanto, é possível a sua anulação, que deve ser requerida através de ação anulatória, onde o confitente deverá demonstrar a existência de causa que autorize a anulação do ato, bem como, a inexistência do fato confessado (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Erro de fato ou coação são as possíveis causas que tornam admissível a anulação da confissão. O erro que autoriza a anulação é somente o erro de fato, não se admitindo anulação por erro de direito, conforme previsão do art. 393, CPC/2015 e art. 214, CC/2002.

Por fim, é importante mencionar a indivisibilidade da confissão. A característica aqui abordada é prevista no art. 395, CPC/2015, sendo a confissão, em regra, indivisível, não sendo possível que a parte a quem a confissão favorece deseje aceitar apenas em parte os fatos confessados (BRASIL, 2015).

Será permitida a divisão da confissão quando esta se der de maneira complexa, ou seja, quando o confitente apresentar fatos novos à demanda, apresentando reconvenção ou fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte contrária. Assim, admite-se que existam, na confissão, alegações desfavoráveis ao interesse da parte adversa ao confitente (DONIZETTI, 2017).

Tratando-se de coação, se a coação for absoluta, não há que se falar em anulação, mas sim em nulidade do ato de confissão. Sendo a coação relativa, haverá a possibilidade de anulação da confissão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

A ação de anulação da confissão é de legitimidade exclusiva do confitente, podendo ser assumida pelo espólio, caso o confitente faleça após a propositura da ação, hipótese em que os herdeiros poderão dar continuidade à ação proposta (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

4. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INSERÇÃO DO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Conforme já foi tratado nos capítulos anteriores, o Novo Código de Processo Civil trouxe importantes inovações legislativas ao ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as inovações trazidas pelo novo código, houve a inserção do direito de não produzir provas contra si mesmo, instituto legislativo inexistente no antecessor Código de Processo Civil de 1973.

Ocorre que até a elaboração do CPC/2015 não existia no âmbito do Direito Processual Civil previsão do direito de não produzir provas contra si mesmo, sendo o processo civil brasileiro composto por normas que podem ser interpretadas de forma diametralmente contraditórias ao mencionado direito.

No Processo Civil existe o dever de as partes jurisdicionadas colaborarem com o Judiciário na busca pela verdade (art. 378, CPC/2015), sendo possível a aplicação de penalidades às partes que se recusem a realizar tal colaboração. Entretanto, o atual código trouxe uma ressalva dentro do dever de colaborar com o judiciário, de forma que as partes deverão colaborar com o Poder Judiciário, ressalvado o direito de não produzir provas contra si mesmo (BRRASIL, 2015).

Considerando que o ordenamento jurídico deve ser interpretado de maneira sistemática, onde os diversos dispositivos legais devem fazer sentido como integrantes de um todo, a inserção do direito de não produzir provas contra si mesmo do CPC pode gerar contradições e confrontos normativos dentro do Processo Civil.

Logo, notável é a necessidade de se realizar considerações acerca de tal inserção, a fim de contribuir com a interpretação e aplicação desse novo instituto jurídico que agora integra o processo civil brasileiro.

Dentre as disposições processuais cíveis que podem se comportar de maneira controversa ao direito de não produzir provas contra si, é possível mencionar o dever de falar a verdade e a multa por litigância de má-fé em hipótese de a parte mentir em juízo (artigos 77, I e 80, II, CPC/2015), a previsão da pena de confessio, conforme será demonstrado no estudo sobre o depoimento pessoal (artigo 385, §1º, CPC/2015), os deveres de boa-fé, lealdade e cooperação e colaboração processual (artigos 5º, 6º e 378, CPC/2015) e outros (BRASIL, 2015).

O depoimento pessoal pode ser conceituado como espécie de prova oral caracterizada pelo testemunho das partes perante o juízo, onde, em contato direto com as partes, o magistrado poderá analisar os fatos pertinentes à lide em questão (NEVES, 2017).

Seja no depoimento pessoal por provocação, seja no interrogatório, a finalidade precípua do ato é a possibilidade de ocorrência da confissão provocada (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2016).

Ademais, o depoimento pessoal diz respeito a tipo de prova que possui finalidade dupla, podendo elucidar o magistrado acerca de fatos controversos referentes à demanda, bem como, possibilitar o surgimento da confissão provocada (CAMARA, 2017).

Parte da doutrina tradicional enxergava o depoimento pessoal como meio destinado unicamente a extrair a confissão provocada, visto que as partes depoentes são geralmente as maiores interessadas no resultado da demanda, comprometendo a imparcialidade da prova produzida. Logo, não se admitia que o depoimento pessoal favorecesse, de qualquer forma, o depoente, de maneira que, sempre que as declarações prestadas se mostrassem favoráveis à pessoa que estava depondo, sua interpretação deveria ser feita com reservas. Entretanto, atualmente, o contato do juiz com a parte, sem a intermediação direta do seu patrono, é de suma importância para o esclarecimento de pontos controversos na demanda (NEVES, 2017).

O dever imputado à parte de comparecer em juízo e responder ao que lhe for interrogado é previsto expressamente no art. 379, inciso I, CPC/2015, podendo se manifestar de duas maneiras no sistema brasileiro. De acordo com Didier, Braga e Oliveira (2016), o depoimento da parte pode se dar mediante depoimento por provocação ou mediante interrogatório, em consonância com o modelo de depoimento italiano.

O depoimento por provocação é requerido nos autos pela parte contrária e o momento processual de sua realização é durante a audiência de instrução e julgamento, havendo previsão para aplicação da pena de confissão ficta nas hipóteses em que a parte não compareça ou, comparecendo, se recusa a depor. Assim, ocorrendo a confissão ficta, os fatos afirmados em prejuízo da parte que não compareceu ou se recusou a depor poderão ser tidos como verdadeiros, como se a confissão de fato houvesse ocorrido. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2016).

Quando a parte reputar necessário o depoimento da parte contrária, deverá realizar o requerimento na petição inicial, na contestação ou após o despacho de saneamento do processo. Logo, a parte requerida deverá ser intimada para comparecer à audiência de instrução e julgamento, onde deverá depor. Deve ainda constar do mandado de intimação a advertência acerca da pena de confessio, prevista no art. 385, §1º, CPC/2015, a fim de que a

parte seja devidamente advertida sobre as consequências de sua ausência ou recusar em depor (DONIZETTI, 2017).

Caso a parte requerida para depor resida em comarca distinta daquela onde tramitam os autos da demanda, o art. 385, §3º, CPC (BRASIL, 2015), autoriza que seja realizado o depoimento em tempo real, inclusive durante a audiência de instrução e julgamento, por meio de videoconferência ou outro equipamento capaz de transmitir sons e imagens em tempo real.

Parte da doutrina classifica o interrogatório como um instituto que visa elucidar fatos controversos sobre a causa ao magistrado, não sendo considerado um meio de prova por si só. No interrogatório, os questionamentos poderão ser realizados em qualquer momento processual, independente de requerimento, *ex officio*, pelo magistrado. E, embora a partir de uma leitura do art. 385, *caput*, parte final, combinado com o art. 139, inciso VIII, ambos do CPC/2015, não seja possível a aplicação da confissão ficta para as hipóteses de não comparecimento ou recusa em relação ao interrogatório, outras sanções podem recair sobre a parte, tais como, caracterização da litigância de má-fé ou até mesmo do crime de desobediência (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2016).

Apesar das consequências previstas para os casos onde a parte não coopere no seu depoimento pessoal, ausentando-se ou recusando-se em responder ao que lhe for perguntado, o CPC/2015 trouxe situações onde se admite o silêncio da parte que presta depoimento (Art. 388, CPC/2015).

Sendo assim, a parte não será obrigada a depor sobre fatos criminosos ou fatos torpes que lhes forem imputados, previsão que garante nitidamente o direito à não autoincriminação no aspecto do processo penal. O dispositivo prevê ainda que, havendo dever de sigilo, a parte poderá se recusar a depor sobre os fatos envolvidos. Ainda, nos casos em que o depoimento acarretar desonra grave própria, de cônjuge, companheiro ou parente em grau sucessível. E, por fim, será legítima a recusar de depor sobre fatos que coloquem em risco a vida do depoente ou de seu cônjuge, companheiro ou parente em grau sucessível (Art. 388, CPC/2015).

É possível ainda mencionar os casos de ações de família e ações de Estado, situações onde o depoimento da parte será imprescindível, não se aplicando as escusas legais mencionadas no parágrafo anterior, conforme previsão do Parágrafo Único, do art. 388, CPC/2015, tratando-se de disposição meramente exemplificativa, de maneira que, sempre que o depoimento da parte for essencial à adequada solução do litígio, não poderá haver a recusa (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

Acerca das consequências previstas no direito processual cível para a ausência da parte no momento do depoimento pessoal ou para a sua escusa em depor, Neves (2017) realizou algumas considerações, manifestando-se no sentido de lamentar o fato de o Novo CPC/2015 ter preservado a confissão ficta como uma forma de penalizar, defendendo que um meio de prova não poderia possuir natureza de sanção processual, ensinando ainda que a presença da parte em audiência não configura dever processual, considerando inadmissível sancionar o seu não comparecimento.

Neste sentido, Neves (2017), escreve que o depoimento pessoal, enquanto meio de prova, corresponde a ônus da parte, que não deve ser visto como dever, mas como encargo que, caso não satisfeito, pode trazer situação de desvantagem para a parte a quem cabia a produção da prova. Logo, entende que a parte intimada para prestar depoimento não deve ser conduzida coercitivamente, bem como, entende incabível a tipificação de crime de desobediência nesses casos.

Pode-se destacar dos ensinamentos de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017), que a previsão ao direito de não produzir provas contra si no Novo Código deve ser interpretada em consonância aos demais dispositivos do diploma normativo, inexistindo, no âmbito do processo civil, um direito a não produzir provas contra si, semelhante ao presente no processo penal. Defendem ainda que tal disposição seria absolutamente incompatível com os artigos que dispõe acerca dos deveres das partes, da litigância de má-fé, da confissão, dentre outros.

Dessa forma, a diretriz é o dever de colaboração, amplo e aplicável aos terceiros, havendo a possibilidade de exceção apenas quanto às hipóteses já expressamente previstas no próprio Código, não existindo o direito de não produzir provas contra si mesmo, ainda que a exigência legal possa ocasionar desvantagens para a parte (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Ante o exposto, pode-se concluir que o direito de não produzir provas contra si mesmo não possui espaço para ampla aplicação no âmbito do processo civil, diante das incompatibilidades normativas, devendo ser interpretado de maneira sistemática, levando em consideração os princípios basilares do direito processual civil, bem como as normas consagradas na CF/88, diante da ideia de que a norma não pode ser lida isoladamente, visto que o conjunto normativo de um Estado é um sistema, que deve funcionar de maneira ordenada e harmônica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou um estudo acerca da recente inserção do direito de não produzir provas contra si mesmo no texto legal do Código de Processo Civil de 2015, considerando a sua evolução histórica e aplicação no Direito brasileiro, desde a sua recepção na doutrina processualista penal, incorporação ao Direito Constitucional brasileiro até a sua inclusão no âmbito do processo civil.

Realizando uma breve contextualização histórica e conceitual do direito de não produzir provas contra si pôde-se perceber que o mesmo é associado ao conceito de não autoincriminação, possuindo diversas nomenclaturas, a depender do instrumento normativo onde esteja inserido e da abordagem realizada, mas seguindo o sentido de que o acusado não deve ser obrigado a fornecer provas que lhe incriminem, abrangendo tanto o direito ao silêncio, quanto outras garantias ao acusado.

O Novo Código de Processo Civil surgiu com a proposta de resgatar a confiança no Poder Judiciário, buscando assegurar a celeridade, efetividade e justiça nas suas decisões, e ainda buscou harmonizar as normas processuais ante as normas consagradas na Constituição Federal de 1988, visando assim, alcançar a prestação jurisdicional justa e pautada no Estado Democrático de Direito e, dentre as normas constitucionais adotadas pelo Novo Código, tem-se o direito de não produzir provas contra si mesmo. Assim, a inserção do mencionado direito no CPC/2015 é resultado de um diálogo de fontes, englobando preceitos constitucionais fundamentais, garantias penais e o processo civil.

O trabalho abordou alguns aspectos do direito processual penal, antes mesmo de existir um processo legal como é visto hoje, estudando resumidamente desde as civilizações clássicas, onde ainda não havia as garantias processuais tais como vemos atualmente, passando pela Idade Média, momento histórico de forte busca pela verdade real, onde o órgão julgador possuía o caráter inquisitório, utilizando-se de métodos crueis para atingir a condenação do acusado, chegando ao Iluminismo, momento histórico onde se iniciaram os questionamentos sobre as garantias humanas, o papel do Estado, até os dias atuais, onde o direito aqui estudado possui essencial relevância no âmbito das garantias do acusado, bem como, possui consagração na Lei Maior brasileira, dentre outros diplomas normativos, como o atual CPC.

Assim, o presente trabalho analisou a aplicação Constitucional e Processualista Penal do direito à não produção de provas contra si ou direito à não autoincriminação a fim de entender a sua abrangência nesses diplomas legais para posteriormente analisar os aspectos

normativos do Código de Processo Civil de 2015 e como se realizaria a interação desse direito com as demais disposições legais presentes no direito processual civil.

Diante da proposta de oferecer um processo célere, justo, democrático, o legislador elaborou um processo civil pautado, precipuamente, no princípio da colaboração entre as partes, de maneira que todas as partes processuais devem trabalhar juntas no trâmite da demanda, a fim de que se possa alcançar uma decisão de mérito, justa e efetiva, dentro de um tempo razoável.

Dessa forma, notou-se que o CPC/2015 possui dentre seus princípios basilares o princípio da boa-fé processual, associado à ideia de lealdade, o princípio da cooperação, do contraditório, da duração razoável do processo. Além dos deveres que as partes possuem em decorrência da cooperação processual.

Considerando os princípios da boa-fé processual, a ideia de lealdade, os deveres de cooperação e colaboração das partes com o Poder Judiciário, o desenvolvimento processual pode se tornar contraditório pela ideia de não produzir prova contra si, assegurada expressamente em dispositivo processual, possibilitando, em tese, uma escusa da parte, quando o ato demandado pelo juízo mostrar-se desfavorável aos seus interesses, sendo visível a impossibilidade de uma ampla aplicação e interpretação no instituto inserido no Código de Processo Civil de 2015.

É nítido que a estrutura processual cível comporta-se de maneira a cercear o direito a não produzir provas contra si, tornando questionável sua aplicabilidade dentro do âmbito civil, diante de fatores devidamente abordados nesse trabalho, como o dever de a parte falar a verdade em juízo, a previsão da pena de confesso em casos de recusa ou ausência injustificada para depor, o dever de participar no processo de acordo com a boa-fé e a lealdade processual, dentre outros.

Dessa forma, no contexto do Código de Processo Civil atual é inviável uma ampla aplicação e livre interpretação do direito de não produzir provas contra si mesmo, conforme foram demonstradas diversas incompatibilidades legais que não permitem a leitura isolada do direito inserido no art. 379, caput, do CPC/2015.

A extensão do direito à não produção de provas contra si deve ser determinada a partir das especificidades de cada caso concreto, onde a parte possui o direito assegurado pelo art. 379, caput, CPC/2015, não devendo ser obrigada a produzir prova quando essa se mostre prejudicial aos seus interesses, ao mesmo tempo em que possui o dever de cooperar, colaborar e se comportar com boa-fé no processo, havendo conflito de interesses, onde a análise do magistrado será primordial para a conclusão da demanda.

Este trabalho, que foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica com base em doutrinas do ramo do Direito e artigos que abordam tal temática, com abordagem em análise qualitativa, encontra relevância no atual contexto jurídico, a partir da ideia de que o ordenamento jurídico deve possibilitar a aplicação de uma interpretação sistemática, evitando a contradição entre os textos normativos, que devem ser analisados como integrantes de um todo, de maneira que, a inovação legislativa que acrescentou o direito de não produzir provas contra si mesmo no CPC/2015, quando mal interpretada, pode acarretar confrontos entre os dispositivos processuais civis. Assim, mostra-se necessário tecer considerações acerca da inserção desse instituto no novo processo civil, com base na relação desse direito com as demais normas processuais civis.

Diante das considerações realizadas neste trabalho, recomenda-se para trabalhos futuros, o estudo do art. 379, caput, CPC/2015, que inseriu no direito processual civil a ressalva de a parte jurisdicionada não ser obrigada a produzir provas contra si mesma, a partir de uma interpretação sistemática, com base nas demais normas processuais civis e nos princípios basilares do processo civil, tudo à luz da Constituição Federal de 1988, sempre considerando que a norma não pode ser lida isoladamente, diante da ideia de que o ordenamento jurídico de um Estado é um sistema, que deve funcionar de maneira ordenada e harmônica.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Versão para eBook: Ridendo Castigat Mores, 1764. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 08.09.18.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 5 DE OUTUBRO DE 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22.05.18.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPERIO DO BRAZIL DE 25 DE MARÇO DE 1824.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 22.05.18.

BRASIL. **LEI N° 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22.05.18.

BRASIL. **LEI N° 10.406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 03.11.18

BRASIL. **ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS.** Disponível em: <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 03.11.18.

CAMARA, Alexandre Freitas. **O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.** 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA RICA. **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS DE 22 DE NOVEMBRO DE 1969.** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22.05.18.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. Volume 2. 9ª. Edição. Salvador - BA: JusPodivm, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria da prova, direito probatório, decisão precedente, coisa julgada e tutela provisória. Volume 2. 11ª Edição. Salvador – BA: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Volume 1. 18ª Edição. Salvador – BA: Juspodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª Edição. São Paulo – SP: Atlas, 2017.

DORI, Caroline Lovison; CAMBI, Eduardo. *Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova (Exegese do art 373,§1º, CPC/2015)*. 2018. 19f. Artigo Científico – **Revista Eletrônica de Direito Processual** – Periódico quadrimestral da pós-graduação strictu sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro – RJ, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2018.33545>. Acesso em: 10.08.18.

FRANÇA. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 10 DE DEZEMBRO DE 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 17.10.2018.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 6ª Edição. São Paulo – SP: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª Edição. São Paulo – SP: Revista dos Tribunais, 2017.

MOUGENOT, Edilson. **Código de Processo Penal Anotado**. 5ª Edição. São Paulo – SP: Saraiva, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpçao. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 9ª Edição. Salvador – BA: Juspodim, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª Edição. Rio de Janeiro - RJ: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª Edição. São Paulo – SP: Atlas, 2017.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Camilla de Oliveira. *A aplicação do princípio nemo tenetur se detegere como meio de prova no processo penal*. 2015. 21f. Artigo Científico – **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro – RJ, 2015. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/CamillaOliveiraRibeiro.pdf. Acesso em: 08.09.18.

RODRIGUES, Ana Carolina. *A distribuição dinâmica do ônus da prova à luz do Novo Código de Processo Civil*. 2017. 54f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia – MG, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/20223>. Acesso em: 02.11.18.

SALUSTIANO, Leonardo Alencar. *A garantia do contraditório versus a garantia contra autoincriminação: Uma análise em face do interrogatório de corréu*. 2017. 55f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, 2017.

Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11263/1/21175358.pdf>. Acesso em: 01.11.18.

SENADO FEDERAL. **Código de Processo Civil e Normas Correlatas**. 7^a Edição. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 04.11.18.

SANGUINÉ, Lívia de Maman. ***O Direito de não produzir prova contra si mesmo no processo penal (“nemo tenetur se detegere”)***. 2010. 29f. Trabalho de Conclusão de Curso – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/artigo-nemo-tenetur-se-detegere-1.pdf>. Acesso em: 08.09.18.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro; Normas Fundamentais: Uma primeira análise constitucional sobre os princípios no Novo Código de Processo Civil. DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.); MACEDO, Lucas; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Coleção Novo CPC: doutrina selecionada**. 2^a Edição. Salvador – BA: Juspodivm, 2016. Parte III, Cap. 3, p. 351 – 354. Volume 1.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume 1. 58^a Edição. Rio de Janeiro - RJ: Forense, 2017.