PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*

# PROVA UNILATERAL: CONCEITO, ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO.

Tiago Bitencourt de David

Tese apresentada no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da PUCSP na área de Direito Processual Civil para fins obtenção do grau de Doutor em Direito.

Linha de pesquisa: Efetividade do Direito Privado e Liberdades Civis.

Orientador: Prof. Dr. William Santos Ferreira.

São Paulo

2023

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

de David, Tiago Bitencourt
Prova unilateral: conceito, admissibilidade e valoração. / Tiago Bitencourt de David. -- São Paulo: [s.n.], 2023.
345p ; 29 x 21 cm.

Orientador: William Santos Ferreira.
Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Prova. 2. Prova unilateral. 3. Processo Civil . 4. Valoração. I. Ferreira, William Santos. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

# RESUMO

A presente tese versa sobre o fenômeno jurídico-probatório da prova unilateral. A pesquisa valeu-se de revisão bibliográfica de livros e artigos, nacionais e estrangeiros, bem como de levantamento jurisprudencial com análise dos casos e respectivo cotejo, realizando-se uma trajetória cíclica entre a abstração conceitual e normativa e a riqueza e concretude reveladas pela casuística. O objetivo geral consistiu no reconhecimento das linhas gerais do problema da prova unilateral e no fornecimento de subsídios teóricos que pudessem contribuir para uma operacionalidade mais clara e segura e, desse modo, mais profícua. Uma vez estabelecidos os pressupostos em um primeiro capítulo, enfrentou-se o problema da compreensão do conceito de prova unilateral e, na ausência de uma definição legal, doutrinária e jurisprudencial, foi eleito um conceito de prova unilateral enquanto hipótese de trabalho. Depois, foram enfrentados os desafios relativos à sua admissibilidade e valoração, indagando-se as razões pelas quais a prova unilateral merece maior ou menor estima, seja por força de normas que a prestigiem, seja pela ausência de ocorrência dos pressupostos fáticos que ensejariam sua escassa credibilidade. Nessa linha, foram apresentados e examinados os princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*, a revelar a estreita ligação entre os aspectos material e processual do tema da presente tese. Depois, foram analisados casos comuns envolvendo o problema da unilateralidade da prova. Por fim, em capítulo conclusivo, foram estabelecidos parâmetros dogmáticos para o uso da prova unilateral, bem como feito um exercício de sua aplicabilidade por meio da valoração probatória da Carta de Pero Vaz de Caminha. Desse modo, foram explicitados fatores que podem contribuir para a prática do uso da prova unilateral.

Palavras-chave: prova unilateral; documento; incolumidade das esferas jurídicas; *nemo sibi titulum constituit*; *nullus testis in re sua*.

## ABSTRACT

The present thesis deals with the legal-evidential phenomenon of unilateral evidence. The research made use of a bibliographical review of books and articles, national and foreign, as well as a jurisprudential survey with analysis of the cases and respective comparison, carrying out a cyclic trajectory between conceptual and normative abstraction and the richness and concreteness revealed by the casuistry. The general objective consisted in recognizing the general lines of the problem of unilateral evidence and in providing theoretical subsidies that could contribute to a clearer and safer operation and, therefore, more fruitful. Once the assumptions were established in a first chapter, the problem of understanding the concept of unilateral evidence was faced and, in the absence of a legal, doctrinal and jurisprudential definition, a concept of unilateral proof was chosen as a working hypothesis. Afterwards, the challenges related to its admissibility and valuation were faced, asking the reasons why unilateral evidence deserves greater or lesser esteem, either by virtue of norms that give it prestige, or by the absence of the occurrence of factual assumptions that would give rise to its scarce credibility. In this line, the principles of the integrity of the legal spheres, *nemo sibi titulum constituit* and *nullus testis in re sua* were presented and examined, revealing the close connection between the material and procedural aspects of the subject of this thesis. Then, quite common cases involving the problem of unilateral evidence were analyzed. Finally, in a concluding chapter, dogmatic parameters were established for the use of unilateral evidence, as well as an exercise of its applicability through the evidentiary valuation of Pero Vaz de Caminha's *Letter*. Thus, factors that can contribute to the practice of using the unilateral evidence were explained.


Key-words: unilateral evidence; document; integrity of the legal spheres; *nemo sibi titulum constituit*; *nullus testis in re sua*.

Sumário


| | |
|---|---|
| Introdução | 8 |
| **1 Fundamentos do Direito Probatório** | **13** |
| 1.1 Prova: generalidades | 14 |
| 1.2 Prova, verdade e certeza | 26 |
| 1.3 Prova: funções | 36 |
| 1.4 O que é provar? Em que se diferencia do argumentar? Como provar? | 46 |
| 1.5 A prova enquanto garantia jusfundamental | 56 |
| 1.6 O que é reputar comprovado? | 67 |
| 1.7 O ônus da prova: regra de comportamento e de julgamento | 88 |
| 1.8 A correlação entre ônus da prova, espécies de cognição e natureza da prestação jurisdicional postulada: a questão dos *standards* probatórios | 103 |
| 1.9 Sobre o raciocínio probatório | 110 |
| **2 Prova unilateral: definição, análise *de lege ferenda* e seu tratamento em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros** | **118** |
| 2.1 Definição de prova unilateral como hipótese de trabalho | 119 |
| 2.2 Razões para sua rejeição | 127 |
| 2.3 Razões para sua aceitação | 133 |
| 2.4 Prova unilateral em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros: breve exposição e análise | 137 |
| 2.4.1 A vedação geral emanada do artigo 1.363 do Código Civil francês | 137 |
| 2.4.2 A eficácia do documento privado contra quem o produziu ou o subscreveu: análise do tratamento jurídico dispensado na Itália e em Portugal e uma breve nota sobre a questão nos Estados Unidos | 139 |

| | |
|---|---|
| 2.4.3 A criação unilateral de documento e a abertura da via monitória: o caso espanhol e o uso da técnica monitória em outros países | 142 |
| 2.4.4 Quando a parte fala em seu favor: a prova por declarações de parte em Portugal, o *giuramento* italiano e outras hipóteses de testemunho em causa própria | 148 |
| **3 A prova unilateral no sistema jurídico brasileiro** | **155** |
| 3.1 O Direito enquanto sistema | 155 |
| 3.2 A prova unilateral no sistema jurídico brasileiro: normas restritivas de sua utilização | 159 |
| 3.2.1 O princípio da incolumidade das esferas jurídicas | 161 |
| 3.2.2 O princípio *nemo sibi titulum constituit* (ninguém pode constituir título em seu próprio favor) | 166 |
| 3.2.3 O princípio *nullus testis in re sua* (não se testemunha em causa própria) | 169 |
| 3.3 A prova unilateral no sistema jurídico brasileiro: normas autorizadoras de sua utilização | 173 |
| 3.3.1 Direito fundamental à prova e atipicidade dos meios probatórios | 174 |
| 3.3.2 A admissibilidade das provas unilaterais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo | 183 |
| 3.3.3 A inadmissibilidade das provas unilaterais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo: uma tentativa de refutação da tese da sua admissibilidade | 192 |
| **4 Prova unilaterais qualificadas** | **198** |
| 4.1 Provas unilaterais qualificadas em decorrência de normas jurídicas | 198 |
| 4.1.1 Documento público, fé pública e presunções de veracidade e de conformidade ao Direito | 198 |
| 4.1.2 As declarações favoráveis ao próprio declarante e a prova documental | 212 |
| 4.1.3 As declarações favoráveis ao próprio declarante, o depoimento pessoal e a confissão | 221 |

| | |
|---|---|
| 4.1.4 Manifestações de caráter técnico ou científico de profissional da confiança da parte | 231 |
| 4.2 Provas unilaterais qualificadas pela baixa ou total inexistência das razões de aplicação dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua* | 237 |
| 4.2.1 Prova unilateral confeccionada sem o ânimo de beneficiar-se | 237 |
| 4.2.2 Prova produzida em ambiente auditável por terceiro | 243 |
| 4.3 *Excursus*: Testemunho informal/irregular e sua eficácia probatória | 248 |
| **5 Prova unilateral e aplicações práticas: testando as contribuições teóricas em face de casos comuns enfrentados em sede jurisprudencial** | **257** |
| 5.1 Prova unilateral e ação de cobrança | 258 |
| 5.2 Prova unilateral e ação monitória | 264 |
| 5.3 Prova unilateral e execuções civis | 274 |
| 5.4 Prova unilateral e duplicata | 280 |
| 5.5 Prova unilateral e demandas previdenciárias | 286 |
| 5.6 Prova unilateral e autodeclaração para o exercício de direitos fundamentais | 294 |
| 5.7 Prova unilateral e produção extrajudicial de prova testemunhal no curso de processo criminal | 296 |
| **6. Prova unilateral: parâmetros dogmáticos para sua valoração em conformidade com as garantias jusfundamentais do Estado Democrático de Direito** | **299** |
| 6.1 Prova unilateral, acesso à justiça, direito à prova, contraditório, ampla defesa e eficiência | 300 |
| 6.2. Fundamentação, valoração e funções da prova unilateral | 302 |
| 6.3 Aplicando algumas das contribuições sustentadas na presente tese: análise da *Carta de Pero Vaz de Caminha* | 308 |
| 6.4 Os limites constitucionais para que o legislador consagre o uso de provas unilaterais: uma questão em aberto | 314 |

# Introdução

A unilateralidade da prova é aspecto de elevada importância prática e corrente discussão no meio forense, mas tema pouco elaborado teoricamente, sendo escasso o tratamento dogmático a respeito.

Mostra-se comum a tentativa de desconsideração ou desvalorização de uma prova por sua confecção ser reputada como unilateral. Diz-se frequentemente que a prova emanada de uma das partes não lhe aproveita, em que pese possa pesar em seu desfavor. Isso, em relação aos diversos meios de prova, não se circunscrevendo a determinada espécie.

Todavia, a questão está longe de ser simples.

Afirmar que uma prova produzida unilateralmente produzida pela parte interessada nada vale implica em desconhecer o uso corrente da prova de tal forma criada em prol da pretensão de quem a fez. É um fenômeno largamente verificável na jurisprudência, sem que se dê um tratamento doutrinário e sistemático à essa realidade que se impôs.

Negar que a prova unilateral vem sendo utilizada em benefício de quem a fez implica em recusa a prática já assentada, ainda que se trate de ocorrência pouco estudada e com escasso trato acadêmico.

Pura e simplesmente rejeitar a eficácia persuasiva e/ou demonstrativa, correta ou erroneamente admitida em sede jurisprudencial, não faz com que o fenômeno deixe de existir, mas, muito pelo contrário, contribui para a ausência de uma dogmática processual que abarque tal uso, em nada auxiliando no controle do raciocínio probatório[1] a promover a garantia da adequada fundamentação dos provimentos jurisdicionais.

[1] Os contornos do raciocínio probatório serão examinados em item específico (1.9) da presente tese.

Aliás, existe o efeito colateral de negar-se a produção de determinada prova (p. ex. requerimento de depoimento pessoal pela própria parte a depor) com base no argumento de que não se admite prova unilateral em favor da própria parte e admitir-se outras tantas provas sem dar-se conta de que se constituem manifestações da mesma espécie de fenômeno (p. ex. atribuição de peso favorável a prova documental produzida pela própria parte interessada).

Em que pese não ser muito comum o tratamento expresso e sistemático do tema pela doutrina, do caráter tópico das referências ao assunto na jurisprudência e das poucas menções legislativas à prova unilateral na legislação, a temática não é inédita.

No Brasil, existem referências à prova unilateral em favor do próprio criador da mesma, pelo menos, nos artigos 226, *caput*, do Código Civil[2] e 472 do CPC[3]. Não chamou o legislador de prova unilateral a documentação em tais casos, mas claramente atribui potencial valor probatório favorável ao documento confeccionado pela própria parte.

Na legislação espanhola, assumiu-se que uma prova unilateral criada pelo credor permite o ajuizamento de ação monitória (artigo 812, 2ª, da *Ley de Enjuiciamento Civil*[4]). O mais interessante é que a lei espanhola se refere a documentos “aun unilateralmente creados por el acreedor”.

---

[2] Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

[3] Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.”

[4] Artículo 812. Casos en que procede el proceso monitorio.

1. Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, cuando la deuda se acredite de alguna de las formas siguientes:

1.ª Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica.

2.ª Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.

Também a respeito da ação monitória, no Brasil, o STJ[5] vem prestigiando a prova unilateral, reputando-a hábil a deflagrar o imediato mandado de pagamento quando acompanhada de uma prova bilateral a demonstrar a existência de vínculo jurídico contratual entre as partes, ou seja, a prova unilateral, ao contrário do que ocorre na Espanha, não serve para aparelhar por si só a monitória, mas serve para conferir-lhe liquidez.

Às vezes o relato de uma parte em audiência é bastante esclarecedor, convincente. Sabe-se que lhe interessa persuadir o juiz de sua versão, mas, ainda assim, em algumas ocasiões a narrativa mostra-se perfeitamente crível e ilumina aspectos da demanda a ponto de fazer crer que seu relato corresponde aos fatos ocorridos.

Em outras oportunidades, a urgência da situação impõe e imediata intervenção jurisdicional, não se dispondo de tempo para o aprofundamento da cognição, tendo o magistrado que confiar, de algum modo, em documentos produzidos pela própria parte que postula o provimento emergencial. A necessidade de pronta decisão acaba por impor ao magistrado que se confira algum crédito a provas cuja confecção foi levada a efeito pela própria parte que pede a tutela antecipatória ou acautelatória.

Não raras são as ações de cobrança que se lastreiam, por sua vez, exclusivamente em extratos bancários emitidos pela própria instituição financeira que se diz credora e que alega ter extraviado o instrumento contratual supostamente firmado pelo cliente. Do mesmo modo, as cobranças de ligações telefônicas pelas respectivas companhias decorrem de uma manifestação de quem se arvora na condição de credor sem que o suposto devedor participe da confecção do documento no qual ampare-se a exigência de pagamento. Então põe-se o problema relativo à manutenção da natureza unilateral da prova mesmo quando a documentação deriva de sistema validado por terceiro (BACEN, ANATEL, etc.) e a dificuldade – talvez impossibilidade – de contraprova.

[5] Súmula 247 do STJ: O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.

Ainda cumpre lembrar aquelas situações nas quais o Estado postula com lastro em documentos produzidos pela própria Administração Pública. Aqui, tem-se uma miríade de hipóteses diversas, que vão desde a exigência de uma multa decorrente do exercício do poder de polícia até ações civis públicas lastreadas em laudos emitidos por servidores dos quadros estatais. No ponto, avulta a importância da intersecção entre Direito Probatório e Direito Administrativo, examinando-se em que consiste a fé pública e as presunções de legitimidade e de veracidade.

Nesse contexto, a compreensão do tema perpassa, necessariamente, o entendimento e definição da prova unilateral, suas espécies e seu respectivo peso probatório.

Para tanto, cumpre a identificação do fenômeno jurídico (prova unilateral) e suas formas de ocorrência, delimitando, por exemplo, quando ela é puramente unilateral, quando é unilateral, mas produzida em sistema validado por terceiro, quando é unilateral e ratificada por terceiro e se, sendo unilateral, possui peso probatório ante a inércia de contraprova pela outra parte que poderia facilmente a ela contrapor-se, refutando-a.

Impõe-se, ainda, averiguar quando e por que deve ser prestigiada a prova unilateral, examinando-se a dificuldade de obtenção de outras provas, sua correlação com outros meios de prova, o tipo de cognição jurisdicional a ser realizado, bem como a espécie de *standard* probatório aplicável.

Na presente tese serão abordados quais os riscos que o Estado de Direito e o devido processo jurídico admitem que se suporte diante da admissão do uso de prova unilateral. Em outras palavras: qual o custo social que se pode admitir como compatível com as garantias processuais de reconhecer que a própria parte interessada pode produzir prova a seu favor em detrimento da outra?

Isso posto, o *iter* para o entendimento da prova unilateral perpassará a apresentação das balizas fundamentais sobre o raciocínio probatório adotadas na presente pesquisa, avançando, então, pelo conceito de prova unilateral, o

exame de suas espécies e, por fim, a identificação dos critérios de sua admissão e valoração. Para tanto, serão examinados e cotejados posicionamentos doutrinários nacionais e estrangeiros, clássicos e contemporâneos, bem como as manifestações jurisprudenciais a respeito, em um movimento circular entre a abstração das proposições gerais até a concretude de sua aplicação forense e vice-versa, quando das manifestações pretorianas se extrairá, indutivamente, especialmente no capítulo 5 que é integralmente dedicado a isso, uma generalização no *modus* de concepção e tratamento do fenômeno. A análise predominantemente cotejará manifestações contemporâneas da prova unilateral e do Direito Probatório (análise sincrônica), e, em menor medida, aspectos derivados de momentos diferentes da história (análise diacrônica).

# 1 Fundamentos do Direito Probatório

Neste primeiro capítulo serão examinados fundamentos do Direito Probatório que funcionarão como premissas iniciais desta pesquisa de forma a constituir-se em elementos introdutórios a permitir o ulterior desenvolvimento da compreensão acerca da prova unilateral e sua utilização. Não se realizará, todavia, uma apresentação de uma teoria geral da prova, pois, desbordaria do desenvolvimento regular da tese.

Como já dito acima, este conjunto de premissas iniciais não resume uma teoria geral da prova, apenas constituindo-se em um determinado recorte de questões especialmente relevantes para que se assentem as bases sobre as quais, em capítulos posteriores, ocorrerá o desenvolvimento da análise da prova unilateral que é o efetivo objeto de exame na tese.

Note-se, ainda, que os fundamentos assumidos como corretos estão longe de constituírem-se em aspectos pacificados na seara probatória, servindo sua adoção e explicitação apenas para revelar quais os pontos de apoio desta investigação acadêmica.

Esta apresentação dos primeiros elementos da presente pesquisa dar-se-á tendo-se em vista o atual estado de coisas posterior ao advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e ao Código de Processo Civil de 2015 (CPC), de modo que, ainda que ocorra intenso diálogo com o material doutrinário e jurisprudencial precedente, a adoção dos fundamentos nucleares desta tese terá em conta um Direito Probatório profundamente constitucionalizado e situado no contexto sociocultural do século XXI.

## 1.1 Prova: generalidades

Primeiramente, é preciso definir os termos por meio dos quais desenvolve-se a pesquisa sobre a prova unilateral e, para tanto, impõe-se a abordagem do que se entende por prova[6], começando por uma análise ampla da expressão.

Houaiss, Villar e Franco[7] definem prova, em primeiro lugar, como "aquilo que demonstra que uma afirmação ou fato são verdadeiros; evidência, comprovação". Nicola Abbagnano[8], por sua vez, conceitua prova como "procedimento apto a estabelecer um saber".

John Langshaw Austin[9] distingue entre perceber e provar um fato, aduzindo que um fato que seja percebido dispensa a necessidade de sua comprovação. O exemplo oferecido é o de que uma vez que se veja um porco, a prova de que ali há um porco mostra-se despicienda.

Sobre o assunto, mostra-se interessante a observação feita por Simon Greenleaf[10], ainda na primeira metade do século XIX: "The first degree of moral evidence, and that which is most satisfactory to the mind, is afforded by our own senses, this being direct evidence, of the highest nature.".

Igualmente reconhecendo a superioridade da percepção direta do fato sobre aquelas decorrente de fatos intermediários, Francesco Carnelutti[11]

---

[6] Como bem apontam João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes, o conceito de prova é "Dos mais polêmicos" (**Teoria Geral da Prova.** São Paulo: Castro Lopes, 2022, p. 55).

[7] HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.567 (verbete: prova).

[8] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** 5ª ed. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 947 (verbete: prova).

[9] AUSTIN, John Langshaw. **Sentido e percepção.** Tradução de Armando Manuel Mora de Oliveira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021, p. 122. Segundo o autor (ob. cit., p. 122): "A situação na qual se poderia dizer, com propriedade, que possuo *evidências* para afirmar que determinado animal é um porco é, por exemplo, aquela em que o animal não está à vista, mas posso ver inúmeras pegadas semelhantes às de um porco nos arredores do local onde ele fica.". Note-se, ainda, que, como bem aponta Austin, os julgamentos em tribunais fundam-se em provas, ao passo que a vida cotidiana é normalmente alicerçada pela percepção, dispensando a atividade e os meios probatórios (ob. cit., p. 147).

[10] GREENLEAF, Simon. **A Treatise on the Law of Evidence.** Volume 1. 3ª ed. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846, p. 175. Em tradução livre: A mais elevada prova (moral), e aquela que é mais satisfatória para a consciência, é a proporcionada pelos nossos próprios sentidos, esta tem sido a prova direta, da mais alta natureza.

[11] CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile.** Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 2016, p. 65 ss.

sustenta que a própria percepção do julgador é ela própria meio de prova e o único que realmente possui caráter direto e, assim, o processualista italiano cria uma taxonomia própria na qual todas as demais vias probatórias são reputadas provas indiretas. Por isso, Carnelutti[12] defende o caráter de prova da inspeção judicial.

José Ferrater Mora[13] aponta que a comprovação corresponde à verificação, apontando como exemplo a averiguação a respeito da afirmação de que existe um exemplar de *Dom Quixote* na Biblioteca Nacional de Madrid mediante visita a esta e observação *in loco* se realmente lá está a obra de Miguel de Cervantes.

Das definições apresentadas, emerge uma noção de prova enquanto meio hábil a revelar a veracidade ou a falsidade de um fato ou, mais precisamente, de uma alegação de fato (enunciado/proposição). Se a apuração do fato produziu prova de que o mesmo ocorreu, então a afirmação de sua ocorrência revelou-se verdadeira. A proposição pode revelar-se verdadeira ou falsa, ao passo que o fato ocorreu ou não.

A prova, assim, define-se por seu caráter instrumental e permite o juízo sobre a correspondência entre a realidade sensível e o enunciado linguístico, ou seja, entre o que é e o que se diz.

Postas essas considerações preliminares, impõe-se uma um recorte epistemológico, para que se analise a prova enquanto conceito juridicamente relevante, observando-se que isso não implica em uma cisão com a noção geral

[12] CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile.** Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 2016, p. 67 e 68.
[13] MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia.** 2ª ed. Tradução de Maria Stela Gonçalves, Adail U. Sobral, Marcos Bagno e Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2004, p. 3.005 (verbete: verificação).

de prova[14], que transcende o conhecimento jurídico[15], mas apenas uma especificação[16]. Como leciona Michele Taruffo[17]:

> [...] a prova jurídica é específica na medida em que algumas provas são objeto de regulamentação específica de vários modos restritiva. Não existe, pelo contrário, qualquer especificidade em relação a elementos de prova não regulados ou em face de meios probatórios que não são especificamente regulados. [...]

Sobre a origem do termo prova e seu posicionamento no vocabulário jurídico, Cândido Rangel Dinamarco[18] vaticina:

> A origem desse vocábulo está no verbo latino *probo*, *probare*, que significa demonstrar a honestidade, ou lisura de uma alegação (sua *probidade*); *probus* é a qualidade daquilo que é *idôneo*, *correto*, *verdadeiro*. Se faço uma alegação e demonstro que ela é verdadeira porque os fatos alegados ocorreram verdadeiramente e ocorreram do modo como afirmei, isso significa que essa é uma alegação verdadeira; no processo ela é uma alegação *provada*.

A prova jurídica costuma ser considerada em três acepções, a saber, a de meio de prova, a de resultado e a de ação de provar (*actus probandi*).[19] Conforme William Santos Ferreira[20]:

> Etimologicamente, prova não apenas expressa os *instrumentos* para alguma verificação, como também o seu *resultado*, o produto, a consequência de uma análise.
>
> "Prova" é, então, utilizada em diversos sentidos; o que também ocorre no âmbito jurídico:
>
> i) *ação de provar* (*actus probandi*) – atitudes das partes ou de quem participa do processo para demonstrar a correção de determinada afirmativa fática, quando o autor ou o réu juntam um documento ou

---

[14] FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no Direito.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017, p. 19. Conforme Jordi Ferrer Beltrán (*Idem*, *ibidem*), "não há tampouco uma diferença conceitual entre a prova jurídica e aquela que é própria de qualquer âmbito da experiência.".

[15] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial.** Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, p. 9. Por isso, aliás, é que Nathália Carvalho (**Admissibilidade de provas: os limites ao indeferimento da produção da prova cível.** Londrina: Thoth, 2022, p. 50) bem aponta que o conceito de prova é lógico-jurídico – e não jurídico-positivo.

[16] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial.** Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, p. 11; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no Direito.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017, p. 43; TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios.** Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 54 e 55.

[17] TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios.** Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 55.

[18] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 227 e 228.

[19] Exemplificativamente: FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 54; SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 11 e 12.

[20] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 54.

> quando o próprio juiz, utilizando-se dos seus deveres-poderes instrutórios, determina a realização de uma prova;
>
> ii) *meios de prova* – é o caráter objetivo da prova, a forma pela qual as "provas" são produzidas; meios de prova são os instrumentos utilizados para a solução das questões fáticas; prova pericial, testemunhal, documental etc.;
>
> iii) *resultado* – é o caráter subjetivo da prova, o esclarecimento da questão, o resultado, confirmado pelo convencimento do juiz acerca da ocorrência ou inocorrência de determinado fato.

No mesmo sentido, leciona Arruda Alvim[21]:

> Em resumo, podemos afirmar que a prova consiste nos instrumentos (prova como *meio*) definidos pelo direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico como idôneos a convencer (prova como *resultado*) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade, principalmente dos litigantes (prova como *atividade*).

Assim, a prova como meio, como atividade e como resultado são as três acepções correntes utilizadas no meio jurídico.

É possível e parece útil, ainda, seguir o pensamento de Jordi Ferrer Beltrán[22] ao subdividir a prova como meio em duas espécies. A primeira de meio genericamente considerado, tal como, por exemplo, o meio de prova documental, o meio testemunhal, etc. A segunda, de caráter específico, ao referir-se concretamente a determinado documento ou testemunho.

Não é comum no Brasil, ao contrário do que acontece na Itália, a utilização do instituto do argumento de prova (*argomento* ou *elemento di prova*) que é inclusive mencionado expressamente no artigo 116, § 2º (2º *comma*), do *Codice di Procedura Civile*[23]. O argumento de prova é apresentado como detentor de força probante, mas diversa e menor do que a da prova em sentido estrito e nas últimas décadas a jurisprudência vem reconhecendo, não sem

---

[21] ARRUDA ALVIM. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015.** São Paulo: RT, 2016, p. 241.
[22] FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no Direito.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017, p. 29 e 30.
[23] Art. 116. (Valutazione delle prove) Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti.
Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.
Em tradução livre: Art. 116 (Valoração das provas) O juiz deve valorar as provas segundo o seu prudente juízo, salvo se a lei dispuser de outra forma.
O juiz pode dessumir argumentos de prova das respostas que as partes lhe dão na forma prevista na norma seguinte, da recusa injustificada de consentir na inspeção que lhes forem ordenadas e, em geral, da conduta das partes no processo.

oposição doutrinária, a possibilidade de, isoladamente, fundamentar um juízo de fato.[24]

De certo modo, o *argomento di prova* remete à categoria da prova imperfeita/semi-plena, considerada como aquela, conforme Moacyr Amaral Santos[25], "que produz alguma fé, mas não tanta que baste para demonstração da verdade, sem algum adminículo (Ord., liv. 3.º, tit. 52, pr.)", cumprindo observar que as Ordenações Filipinas utilizaram no ponto o termo "meia prova".

No Direito Processual Penal é mais comum a menção a elemento de prova, inclusive constando tal expressão na súmula vinculante 14[26] e no artigo 155 do CPP[27]. O significado do que seria um elemento de prova não é claro e não costuma ser explicitado, bastando ver que no mesmo julgamento em uma das decisões[28] que deram origem ao verbete os Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski usam o termo "prova" para referir-se ao objeto de acesso que se pretendia mediante a concessão do *habeas corpus* ao passo que o Ministro Marco Aurélio referia-se a "elementos". O recurso ao conceito de elemento de prova parece desempenhar uma dupla função: a de referir-se às fontes de prova e, ao mesmo tempo, reconhecer escasso valor probatório por ter decorrido de investigação preliminar onde as garantias do cidadão possuem um âmbito de exercício reduzido, menor do que o pertinente ao processo judicial.[29]

---

[24] MAZZARELLA, Ferdinando; TESORIERE, Giovanni. **Corso di Diritto Processuale Civile.** 3ª ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 136; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020, p. 103. RONCARÀ, Daniele. La classificazione dei mezzi di prova. *In*: PREVITI, Stefano. (Org.) **Le prove civili.** Milano: Wolter Kluwer, 2018, p. 13-15.
Todavia, a expressão é utilizada com sentido diverso por Hernando Devis Echandía (**Teoria General de la Prueba Judicial.** Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 316, itálico no original) que assim define o instituto "Se entiende por argumentos de prueba *los motivos que hacen reconocer el valor o la fuerza probatoria a un medio de prueba o a varios en conjunto*".
[25] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 64.
[26] Eis o teor do verbete: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."
[27] O texto legal possui a seguinte redação: "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.".
[28] STF, 1ª T., HC 91.684, Relator Min. Marco Aurélio, julg. 19.08.2008, DJE 17.04.2009.
[29] No sentido de que a investigação não produz provas, mas apenas realiza atos de investigação: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 324-328.

Por sua vez, noção próxima, mas distinta daquelas relativas às provas em si, é a de *fonte de prova*. A fonte de prova é o componente de onde emana a prova, podendo constituir-se em pessoa ou coisa (em sentido amplíssimo, incluindo-se inclusive a natureza).[30] Por exemplo, o testemunho em si é a prova, mas a pessoa da testemunha é a fonte da prova, ao passo que um motor será a fonte da prova a partir da qual será realizada a prova pericial[31]. O documento, por sua vez, é a fonte de prova que servirá ao meio de prova documental[32].

Todavia, é corrente a referência às fontes de prova como provas, especialmente no que tange ao documento utilizado enquanto prova documental, sendo no presente estudo igualmente denominada como prova a fonte de prova. Essa postura metodológica inclusive parece ter sido a mesma adotada pelo CPC, pois, do contrário a ata notarial seria, a rigor, fonte de prova[33]; entretanto, foi incluída dentre os meios de prova, o que autoriza um uso do vocábulo prova em sentido amplo, incluindo as fontes em si, especialmente no que tange aos documentos onde a distinção entre fonte e prova torna-se obscura.[34]

A amplitude da noção de prova emergente do Direito posto igualmente repele a distinção entre percepção e prova vaticinada por John Langshaw Austin apontada acima. Isso porque a inspeção judicial é considerada expressamente

---

[30] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Comentários ao Código de Processo Civil. Das provas: disposições gerais. Volume VIII, tomo I.** *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020, p. 39 ss.; valoração racional

[31] O exemplo do motor enquanto fonte de prova e a perícia enquanto meio pelo qual se acessa as informações relativas às alegações de fato envolvendo aquela coisa foi extraído de: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Comentários ao Código de Processo Civil. Das provas: disposições gerais. Volume VIII, tomo I.** *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020, p. 41 e 42.

[32] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo II.** *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020, p. 21. Contudo, Alexandre Freitas Câmara (**Lições de Direito Processual Civil. Vol. I.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 385) registra que a distinção entre meios de prova e fontes de prova, bem como a respectiva conceituação, não é pacífica na doutrina.

[33] Sustenta que a ata notarial é fonte de prova – e não meio de prova: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Comentários ao Código de Processo Civil. Das provas: disposições gerais. Volume VIII, tomo I.** *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020, p. 44.

[34] Apontando que esse uso da palavra prova é inclusive justificado pela ausência de diferenciação entre *evidence* e *proof* existente nos países de língua inglesa: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo II.** *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020, p. 28

como um meio de prova no Direito Processual Civil brasileiro (artigos 481-484 do CPC). De igual modo, não se pode negar, dada a positivação como tal, do depoimento pessoal como meio de prova, apesar da existência de posicionamento doutrinário em sentido oposto[35].

Assim, o sistema jurídico aponta para um emprego largo do vocábulo prova. Por isso, adota-se na presente tese um conceito amplo de prova, fundado no tratamento que lhe é dispensado *de lege lata*.

Quanto à utilidade da prova, seu *locus* de produção e destinatários, a mesma pode ser compreendida hoje por vários ângulos.

O primeiro deles, o viés tradicional, como meio de reconstrução dos fatos para que se prolate uma decisão jurisdicional. Nessa primeira perspectiva, a incompatibilidade da autotutela[36] com o Estado de Direito impõe a submissão a um julgador (terceiro e imparcial) das questões de fato e de Direito pertinentes à decisão sobre a resolução do conflito.[37] A aferição dos fatos ocorridos e que podem ainda estar em curso é feita tendo em vista as provas das quais se dispõe. Como já aduzido acima, a identificação de quais fatos serão relevantes depende do quanto postulado e das exigências do Direito material.

Por outro lado, às vezes, a produção probatória assume um caráter antecipado[38], mas não apenas para acautelar-se em face da periclitação das

---

[35] Negando tratar-se verdadeiramente de meio de prova: RIBEIRO, Darci Guimarães. Artigo 385. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 598.

[36] A autotutela é admitida, no bojo do Estado de Direito, quanto este reconhece sua licitude e um exemplo disso consiste no instituto do desforço imediato (artigo 1.210, § 1º, do Código Civil).
Em Portugal, há o instituto da acção directa (art. 336 do Código Civil português) que autoriza o uso da força para efetivar direitos cuja proteção jurisdicional não possa ser obtida em tempo hábil e desde que não se imponha sacrifícios superiores aos interesses que se necessite resguardar.

[37] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 53.

[38] Quanto exclusivamente ao momento da produção da prova, as mesmas podem ser divididas entre pré-constituídas e constituendas. Adotando esse critério e essa classificação, exemplificativamente: MEDINA, José Miguel Garcia Garcia. **Código de Processo Civil Comentado.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 677 (comentário ao art. 371).
Por outro lado, ao levar-se em conta, mais do que o critério cronológico, a intencionalidade na sua produção, tem-se a distinção entre provas pré-constituídas e casuais e, é tendo em vista o critério volitivo que Moacyr Amaral Santos considera que ao levar-se uma testemunha para acompanhar a negativa de recebimento de pagamento por parte do credor a caracterizar mora *accipiendi* ter-se-á uma prova pré-constituída (**Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 70 e 71). Nesse mesmo sentido, Beatriz da Consolação Mateus Buchili (Meios e fontes de prova no processo de conhecimento: provas testemunhal, documental, pericial, atípica ou inominada. *In*: KNIJNIK, Danilo. **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 59. [51-

fontes de prova (artigo 381, I, do CPC), mas sim para que se possa dispor da prova para melhor deliberar sobre a necessidade e/ou conveniência acerca da propositura de uma demanda (artigo 381, II e III, do CPC)[39]. Com mais elementos, pode a parte exercer um juízo mais qualificado acerca da viabilidade da demanda, podendo inclusive servir a prova antecipada de base para uma solução consensual do conflito. Produz-se a prova para fins de segurança e conveniência dos envolvidos em face da possibilidade de demandar ou ser demandado, quando o conhecimento e registro de determinado acontecimento serve para que se estime a possibilidade de autocomposição e para que melhor se delimitem as expectativas quanto à potencial heterocomposição.[40]

Além disso, existe atividade probatória, também, em situações onde não se vislumbra ainda um conflito e em sede extrajudicial, bastando pensar nas diligências probatórias levadas a efetivo em sede administrativa (CVM, CADE, BACEN). A busca por informações por parte das agências reguladoras e a prestação delas por parte dos obrigados já é uma atividade probatória, muito antes da identificação de qualquer controvérsia.

A utilização de um radar móvel em uma rodovia por parte de policiais rodoviários é uma atividade de apuração de fatos, mais especificamente da velocidade de veículos automotores, já se constituindo em atividade probatória. Por sua vez, a confecção de fotografia para justificar a aplicação de uma multa de trânsito é igualmente uma atividade probatória, realizando-se fora do exercício de jurisdição e sem que exista, concretamente, uma lide.

---

68]) assevera expressamente ser a distinção entre provas pré-constituídas e casuais decorrente uma taxonomia “Quanto à finalidade”.
Desse modo, há dois significados de prova pré-constituída, uma decorrente do critério cronológico e outro em relação à intencionalidade.

[39] Textos legais referidos: Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:
I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

[40] Sobre o tema, inclusive abordando essa modificação da visão a respeito da finalidade da atividade probatória e já à luz da consagração da produção antecipada de provas sem a existência de urgência: LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra.** Londrina: Thoth, 2021, especialmente p. 50 e 51.

Por fim, cumpre apontar a coleta de elementos de convicção por quem investiga para fins de aferição da viabilidade da concretização de uma operação econômica, sendo a produção de provas para eventual litígio apenas um efeito secundário, tal como ocorre nas *due diligences*, para usar-se aqui o exemplo trazido por Rennan Thamay e Mauricio Tamer[41]. Em tais circunstâncias, a prova serve como instrumento de obtenção de informações relevantes para a análise da oportunidade e conveniência do negócio prestes a ser realizado.

Às vezes, a atividade probatória serve, não para repudiar uma exigência de outrem, mas para que a própria parte possa cumprir adequadamente suas obrigações. A exibição de um extrato de pagamentos tributários ao Estado pode simplesmente ser almejada para que se pague o quanto ainda se deve e para que não se pague tributo já adimplido. De igual modo, a apresentação de um instrumento contratual cuja via da parte devedora foi extraviada pode ser solicitada ao credor para fins de correto cumprimento de sua prestação obrigacional. Nesse cenário, a prova surge mais como um elemento informacional do que a demonstrar a ocorrência de um fato em face de um litígio que se avizinha.

Não se pode desconsiderar, ainda, que a documentação de uma avença em um instrumento contratual igualmente consiste em uma atuação probatória, quando se constitui previamente a prova ante potencial litígio, o que, por sua vez, contribui na prevenção de conflitos acerca do conteúdo da avença. Nesse caso, o documento serve à segurança da operação[42], resguardando as partes não apenas em face de controvérsias sobre o teor da avença, mas inclusive como precaução ante a falibilidade manifesta da memória humana. É que, como bem aponta Jeremy Bentham[43], as provas pré-constituídas prestam-se mais a evitar litígios do que a sua decisão.

Uma atitude prosaica como a emissão de um recibo já é uma atividade probatória, revelando que a prova é elemento presente no cotidiano da imensa

---

[41] THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no Direito Digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie.** São Paulo: RT, 2020, p. 29.
[42] ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro. Volume II. Tomo II.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 68.
[43] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição original: 1847), p. 176.

maioria das pessoas. Isso demonstra como a ligação fortíssima no imaginário de que a prova estaria umbilicalmente ligada a audiências judiciais apenas diz respeito a uma pequena parte do universo probatório.

Outras vezes, algo somente vem a revelar seu potencial probatório muito tempo depois, não sendo vista como prova quando da sua confecção. Basta pensar no exemplo de uma fotografia levada a efeito durante um passeio, apenas para fins de registro da confraternização ou, às vezes, sem nem mesmo haver essa intenção, mas apenas como um impulso lúdico episódico, servindo, contudo, anos depois, como meio para comprovação de uma união estável ou outro fato jurídico. Até que se coloque a questão jurídica de demonstração do enlace afetivo com ânimo familiar, o documento não-escrito terá desempenhado uma função social diversa, prestando-se à memória de um momento da história pessoal dos envolvidos. A utilização de algo como prova é, desse modo, dotado de determinada intencionalidade que pode vir a existir apenas muito tempo depois da feitura do objeto.

Logo, a prova não serve apenas para um julgador constituir a premissa menor de um julgamento, mas também para que as partes e seus procuradores afiram a ocorrência ou não de um fato, evitando um litígio, ajuizando uma demanda de forma mais abalizada ou, ainda, para permitir melhores deliberações em geral. Além disso, a produção de provas acontece também em contextos outros que não o de uma possível contenda, muitas vezes como forma de obtenção e conservação de informação. A atividade probatória é muito mais ampla e habitual do que muitas vezes se identifica como tal, pois não se circunscreve ao mundo dos processos judiciais ou arbitrais.

Porém, na presente tese, é necessário realizar um recorte epistemológico, de modo que a ênfase da pesquisa recairá sobre a prova a ser utilizada em processos jurisdicionais, ainda que produzida fora dos mesmos. Assim, a partir deste ponto, o fenômeno probatório será predominantemente examinado sob o ângulo jurídico, ou seja, será realizada uma investigação da prova considerada à luz do Direito.

Uma outra questão envolvendo o conceito de prova é se prova é o instrumento que pode, em tese, comprovar o fato ou se somente é considerado

como tal aquele que efetivamente foi capaz de demonstrar a ocorrência do fato. Sobre o assunto, Jeremy Bentham[44] assevera ser a prova o meio pelo qual estabelecemos a veracidade de um fato, meio este que pode revelar-se bom ou mau, completo ou incompleto.

Seria possível, diversamente, considerar como prova apenas aquela que concretamente serviu à revelação do fato, deixando-se o termo meio de prova para aquela outra que vista abstratamente possui tal potencial. Essa é a linha seguida por Michele Taruffo[45], quando assim sustenta:

> 18. *Conceitos de prova*. Nem todos os meios de prova relevantes e admissíveis produzem a "prova" dos fatos. Um fato é provado somente quando se extraem com êxito algumas inferências concernentes a sua existência a partir dos meios de prova disponíveis. Isso não ocorre sempre, uma vez que um elemento de prova apresentado pode não produzir qualquer resultado positivo. A prova é obtida somente quando uma inferência extraída dos elementos de prova suporta a verdade de um enunciado acerca de um fato em litígio. Em certo sentido, a prova do fato e a verdade de um enunciado acerca desse fato são sinônimos. Pode-se afirmar que um fato é verdadeiro somente quando provado com base nos elementos de prova, e se prova unicamente quando sua verdade nesses se funda.

Todavia, no presente estudo será considerado como prova tanto o instrumento que efetivamente convence quanto aquele que potencialmente pode fazê-lo, alinhando-se com a tradição jurídica brasileira que, apesar de distinguir a prova enquanto meio de prova e a prova como resultado, contempla ambas como tal. A diferenciação entre a prova enquanto meio e como resultado parece decorrer mais de uma tomada de posição prospectiva, ou seja, tendo em vista o que se pretende comprovar, ou retrospectiva, quando a análise observa o que restou demonstrado, constituindo, assim, apenas dois ângulos de um mesmo fenômeno.

A alusão à prova com o significado tanto de meio de prova como de resultado probatório é feita, indistintamente, nesta pesquisa, porque, além de ambas serem facetas do mesmo objeto, isso facilita a análise do objeto da pesquisa que é a prova unilateral, evitando que se distinga a todo tempo o meio de prova unilateral (vista *ex ante*) da efetiva prova unilateral (considerada *ex post*). Aliás, a prova como resultado é uma visão retrospectiva do meio que se

---

[44] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição original: 1847), p. 55.
[45] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 34.

revelou capaz de revelar a ocorrência de um fato, não se constituindo acepção distinta e inconciliável com a de como enquanto meio de demonstração. Assim, considera-se aqui como prova tanto aquilo que, segundo Taruffo[46] e Lessa Neto[47], denomina-se no *Common Law* como *evidence*, quanto o que é identificado como *proof*.

Desse modo, considera-se no presente estudo a prova que se revele apta a, considerada antecipadamente, demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato, ainda que, posteriormente, mostre-se incapaz para tanto – o que para fins conceituais revela-se indiferente. *A fortiori*, será igualmente considerada como prova aquela que concretamente revelou-se capaz de atestar a veracidade do fato afirmado.

Como a prova é um meio de verificação da *correspondência* entre o que se diz (plano enunciativo) e o que é (realidade concreta), sua pertinência depende de que a afirmação seja juridicamente relevante. A importância de um enunciado factual para o Direito depende de como o evento atrai normas de Direito material[48] – de onde emergem seus efeitos jurídicos - e como se coloca perante normas de Direito processual – regime jurídico sobre a afirmação, dentre os quais as normas sobre ônus da prova e apreciação da prova.

A existência ou não de relevância jurídica não ocorre de forma abstrata, dependendo do contexto no qual põe-se a assertiva factual. Uma igual afirmação de fato pode ser juridicamente irrelevante em um dado contexto e relevante em outro, bastando pensar que alguém dizer pela manhã “Hoje é 6 de junho de 2021 e está chovendo” pode ser juridicamente indiferente ou não,

---

[46] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 33.

[47] LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra.** Londrina: Thoth, 2021, p. 43.

[48] Como leciona Taruffo, os fatos principais colocam-se como objeto de prova em razão da necessidade de verificar-se a ocorrência do quanto exigidos pelas normas aplicáveis ao caso, o que não ocorre com os fatos secundários, cuja prova pode servir à inferência do fato principal (TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 17; TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 227). Ainda que a distribuição do ônus da prova não seja um problema em si de Direito material, este desempenha a função de determinar o suporte fático de cada norma que se pretende ver reconhecida como incidente e seus efeitos aplicados. Ainda sobre a influência do Direito material sobre a carga da prova, com posicionamento com o qual se concorda parcialmente: ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba.** Tradução de Ernesto Krotoschin. 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2019, *passim*.

podendo revelar-se relevante em termos jurídicos se a chuva no dia 6 de junho de 2021 tiver sido eleita pelas partes em um contrato como condição suspensiva ou resolutiva de negócio jurídico.

A prova coloca-se como um meio de verificação da veracidade de uma assertiva fática quando do fato deseja-se extrair determinado efeito jurídico, colocando-se a narrativa em um imbricamento com o Direito material. O fato é invocado pela parte tendo em vista determinada norma que o considera como suporte fáctico para que do mesmo decorram os efeitos cuja aplicação é postulada. Além disso, o fato não precisará ser provado nos casos previstos no artigo 374 do CPC.

## 1.2 Prova, verdade e certeza.

A correlação entre prova, verdade e certeza é um tema tão debatido quanto polêmico, rendendo acesas discussões e prenhe de consequências práticas nem sempre claramente expostas pelos contendores. Essa discussão justifica-se, contudo, muito mais pelos seus efeitos na prática do Direito, do que pelo debate em si, de caráter mais filosófico do que jurídico. Assim, é preciso compreender o debate de forma ampla, atentando-se às consequências advindas da tomada de posição.

Ainda que não adotada na presente tese, cumpre apontar que a primeira forma de conceber a relação entre prova e verdade é a de que a atividade processual destina-se à busca da verdade real, ou seja, o que efetivamente ocorreu, e isso ocorreria especialmente no processo criminal que não se vale, por exemplo, da presunção de veracidade decorrente da revelia. É uma posição que vem sendo severamente criticada nas últimas décadas, mas é preciso compreendê-la não apenas pela função que desempenhou historicamente, mas para o entendimento das demais formas de compreender a correlação entre prova e verdade.

O cerne da defesa da noção de verdade real contempla a possibilidade de alcançar-se na via processual uma apuração efetivamente correspondente aos fatos. Nesse sentido, por exemplo, Humberto Theodoro

Júnior[49] disse que “a finalidade do processo é a justa composição do litígio e esta só pode ser alcançada quando se baseie na verdade real ou material”, posição que viria a ser abandonada posteriormente[50], bem como Julio Fabbrini Mirabete[51] também fala que em adoção de um sistema de valoração das provas baseado na “verdade real”.

Dentro dessa perspectiva de busca da verdade real é possível uma oposição entre ela e uma verdade formal, de modo que a primeira não ocorreria nos processos civil e trabalhista em razão das regras que permitem ficções a respeito de como os acontecimentos deram-se na realidade. Na medida em que no processo penal não se trabalha com presunções de veracidade, somente o fato sendo aceito quando comprovado, então se estaria diante do *locus* próprio de apuração da verdade real.

Essa postura metodológica a epistêmica de algum modo extrapolou a processualística processual penal ao encontrar eco nos processos administrativos federais[52] e fiscais[53] quando é corrente a alusão à verdade material para permitir a determinação de provas de ofício e a permissão de juntada intempestiva de documentos.

Essa corrente de pensamento tem especialmente dois problemas. O primeiro é o de que a ausência de restrições e ficções permitiria, necessariamente ou, pelo menos, na maioria das vezes, o alcance da verdade, obnubilando os limites cognitivos inerentes não apenas ao processo, mas ao próprio ser humano. Sob esse aspecto, o posicionamento é, ao mesmo tempo, ingênuo a respeito da capacidade humana e processual de averiguação dos

---

[49] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Volume I.** 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 30.
[50] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Volume I.** 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 901-903.
[51] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 266.
[52] Dentre outros: NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: lei 9.784/1999 comentada.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 115.
[53] Exemplificativamente: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário.** 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29-32; SILVA, Carolina Garcia da. Preclusão e verdade material no processo administrativo fiscal federal. **Jusnavigandi.** Publicado em: 07.2014. Disponível em: Preclusão e verdade material no processo administrativo fiscal federal - Página 2/3 - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 02.03.2021. STUCKY, Thales. O processo administrativo fiscal e o princípio da verdade material. **Jota.** Publicado em 02.07.2019. Disponível em: O processo administrativo fiscal e o princípio da verdade material | JOTA Info. Acesso em 02.03.2021.

fatos, e presunçoso ao crer que se obtém a verdade e que se sabe tê-la alcançado.

Se esse fosse o único problema dessa vertente, juridicamente isso não seria tão complicado, mas a questão central reside em que, na medida em que a verdade real é valorizada, as limitações probatórias, especialmente a utilização de provas obtidas ilicitamente, tornam-se muito menos compreensíveis e aceitáveis. Se a descoberta dos fatos for o único aspecto relevante, qualquer óbice a tanto deverá ser suprimido ou desconsiderado.

Como bem sustenta Aury Lopes Jr.[54]:

> O mito da verdade real está intimamente relacionado coma estrutura do sistema inquisitório; com o "interesse público" (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma "verdade" a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ator (inquisidor).

Desse modo, a busca da verdade real convive muito mal com os demais valores e direitos constitucionais a serem promovidos dentro e fora do processo, servindo de álibi teórico para a desconsideração dos direitos fundamentais que possam ser opostos à busca da verdade.

Uma segunda corrente funda-se na crítica e contraposição à busca da verdade real, passando a vaticinar o uso de uma noção de verdade relativa/formal ou de uma certeza jurídica. Essa linha de pensamento tem considerável adesão atualmente e, ora baseia-se na ausência de diferença entre uma verdade real e uma verdade formal, ora funda-se nas limitações jurídicas e humanas para a apuração da verdade. Essa linha de pensamento caracteriza-se mais pela contraposição à busca de uma verdade real no processo do que enquanto uma doutrina com uma delimitação clara e dotada de fundamentos próprios que a definam.

Quanto à unicidade da verdade, Daniel Amorim Assunção Neves[55] assevera: "A verdade é uma só, sempre inalcançável, tanto no campo civil como

---

[54] LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal.** Rio de Janeiro, 2004, p. 262.
[55] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 2 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 380.

no campo penal". Francesco Carnelutti[56], por sua vez, pontifica em lição célebre "La verità non è e non può essere che una sola".

A respeito da falibilidade da cognição humana e das restrições jurídicas à busca dos fatos, Aury Lopes Jr.[57] vaticina ser a verdade real, absoluta, inalcançável. Nesse mesmo sentido, Piero Calamandrei[58] aduz que mesmo o julgador mais escrupuloso está fadado a decidir sempre com base em aparência, em verossimilhança, o que não é afastado nem mesmo naqueles casos onde o magistrado por meio de inspeção judicial toma contato direto com os fatos. Igualmente, Francesco Carnelutti[59] ao abandonar a ideia de verdade e substituí-la pela de certeza: "Pertanto la mia strada, cominciata com l'attribuire al processo la ricerca della verittà, ha messo capo alla sostituzione della *verità* con la *certezza*.".

Todavia, reputar a verdade como inalcançável implicaria em negar toda e qualquer possibilidade de veracidade da proposição de fato, o que é absurdo. A possibilidade de erro sempre existe, mas a de acerto também, sendo o cerne da controvérsia, não a identidade entre o que ocorreu e o que se diz ter ocorrido, mas a inverificabilidade plena, absoluta, incontestável, acerca da correção do juízo em face da realidade concreta.

Esse é o ponto frágil da corrente que, ao bem refutar a defesa da busca da verdade real, sustenta uma verdade formal/certeza jurídica como adequada ao juízo de fato no meio jurídico.

O posicionamento que advoga a compatibilidade apenas de uma verdade formal/relativa ou de uma certeza jurídica mostra-se comedido e consentâneo com as limitações epistêmicas humanas e processuais, bem como em face dos limites jurídicos na apuração dos fatos que impõem o respeito a

---

[56] CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. **Rivista di Diritto Processuale.** Volume XX (II Serie), 1965, CEDAM, p. 4. Em tradução livre: "A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só."

[57] Exemplificativamente: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 535 ss.

[58] CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 2ª ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 276 e 277.

[59] CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. **Rivista di Diritto Processuale.** Volume XX (II Serie), 1965, CEDAM, p. 5. Em tradução livre: "Portanto, a minha estrada, iniciada com a atribuição ao processo de busca pela verdade orientou-se pela substituição da verdade pela certeza".

direitos fundamentais na busca do que ocorreu. Todavia, essa vertente, desconsidera que o juízo de fato alcançado pode efetivamente corresponder à realidade, ou seja, de que a verdade realmente foi alcançada.

A terceira posição, nesta tese adotada como premissa, consiste na defesa de que o ser humano e o processo podem eventualmente alcançar a verdade dos fatos, mas essa busca deve ocorrer de forma consciente das limitações epistêmicas e jurídicas para fazê-lo, sem que se possa verificar externamente se, realmente, foi-se capaz de realizar um juízo de fato correspondente à realidade.

Como ensina Michele Taruffo[60], a verdade descoberta em juízo em nada difere-se da verdade alcançada fora de um processo judicial. Nem mesmo as limitações jurídicas à produção de provas obstam o acesso à verdade, mas apenas impedem que se apure os fatos de determinadas formas, o que não suprime a possibilidade de que, por outros meios, sejam os mesmos averiguados[61]. Assim, a existência de limitações epistêmicas e jurídicas não implica na impossibilidade de que se alcance a verdade, ou seja, de que se formule um enunciado fáctico correspondente à realidade.

Como leciona Hans Kelsen[62] “os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verídicas ou inverídicas.”. A afirmação sobre a ocorrência de um dado evento é verdadeira ou falsa, conforme o fato tenha ou não ocorrido.[63]

Porém, alcançar a verdade distingue-se de saber que se atingiu a mesma. A prova pode ser capaz de revelar os acontecimentos a ponto de permitir a confecção de uma proposição sobre os fatos correspondente à realidade e por isso não se pode dizer que o processo, nesse caso, atingiu uma verdade apenas formal. A limitação cognitiva, todavia, implica na impossibilidade

---

[60] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 23 e 24.
[61] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 24.
[62] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 82. Igualmente: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 113 e 114.
[63] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: RT, 2019, p. 71.

de aferir se o juízo de fato efetivamente é verdadeiro, pois isso demandaria uma visão externa e onicompreensiva da realidade, como bem apontam Deltan Martinazzo Dallagnol[64] e Jordi Ferrer Beltrán[65].

A adoção como premissa menor de um julgamento consistente no enunciado “Renato matou Mário” pode corresponder perfeitamente ao fato ocorrido na realidade sensível de que Renato realmente agiu com intenção de matar Mário, desferindo-lhe três facadas e, assim, suprimindo sua vida. O problema é que nunca teremos absoluta certeza, mesmo ante uma confissão de João, de que isso realmente ocorreu desse modo. Uma aferição a garantir a veracidade plena da proposição fáctica dependeria, inexoravelmente, de um observador externo onisciente.

A veracidade não se confunde com a certeza. Até Copérnico, muitos acreditavam no geocentrismo, tendo certeza e estando errados ao mesmo tempo, conforme aponta Voltaire[66].

Como leciona Araken de Assis[67], “sequer ao juiz é dado saber se e quando alcançou a verdade, e, nada obstante, haverá de julgar a causa”. A apreensão da verdade pode ou não ocorrer enquanto resultado da atividade probatória, ou seja, é um fenômeno contingente, mas quanto mais próximo da realidade for o juízo sobre os fatos, tanto melhor tende a ser a aplicação do Direito[68].

Todavia, é preciso emitir um juízo sobre a proposição fáctica, apesar da incerteza inerente ao ato. E essa eterna dúvida a respeito do acerto em nada destoa da admissão da existência da verdade, e aceitar altivamente essa situação constitui-se, simultaneamente, na recusa ao dogmatismo ingênuo e temerário assim como ao imobilismo insustentável praticamente. Como ensina

---

[64] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 40-41.
[65] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 22 e 23.
[66] VOLTAIRE. **Dicionário filosófico.** Tradução de Ciro Mioranza e Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Lafonte, 2018, p. 138 (verbete: “certo, certeza”).
[67] ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro. Volume II. Tomo II.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 70.
[68] ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro. Volume II. Tomo II.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 70.

André Comte-Sponville[69] “quem ama a verdade mais do que a certeza tem de amar também a seguinte verdade: a de que não tem como provar que a conhece e, portanto, tem de amá-la na sua incerteza, correndo todos os riscos”. Por isso, acusa-se, defende-se, julga-se, apesar da incerteza inerente a qualquer tomada de posição, sem que esta esteja, necessariamente, de acordo ou dissonante da verdade.

Desse modo, impõe-se uma postura humilde, comedida, na busca da verdade, mas essa ainda se justifica plenamente como uma ideia regulatória, um ideal a ser perseguido, mas não a qualquer custo. É preciso realizar juízos de fato, sob pena um imobilismo absolutamente nocivo e disfuncional, ainda que sempre existente o risco de erro, do qual devemos estar permanentemente conscientes.

Por fim, é possível cogitar de um ceticismo probatório, que, nas palavras de João Luiz Lessa Neto[70], “parte da noção de que a verdade não pode ser encontrada no processo”. Todavia, sua importância revela-se diminuta no cenário jurídico nacional, não se tendo notícia de qualquer doutrinador brasileiro que se assuma como representante de tal corrente de pensamento. O mais próximo de um ceticismo probatório que se costuma chegar é a negação da existência de uma realidade objetiva, de modo que há quem[71] afirme que

> [...] não há mundo independente de nossa compreensão de mundo. Não há realidade além da realidade que nós mesmos criamos e constituímos através da linguagem.

O problema é que o ceticismo, se efetivamente assumido e levado às suas últimas consequências – o que não se tem notícia de alguém tê-lo feito -, torna sem sentido a própria prática jurídica em si como um todo. Se os fatos não podem ser apurados e se da sua verificação depende a administração da justiça, então a aplicação das normas é uma atividade essencialmente arbitrária.[72] Como aduz André Comte-Sponville, perante quem duvida de tudo, a lógica não tem

---

[69] COMTE-SPONVILLE, André. **Valor e verdade.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 32.
[70] LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra.** Londrina: Thoth, 2021, p. 84.
[71] SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências.** São Paulo: RT, 2020, p. 34 e 35.
[72] LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra.** Londrina: Thoth, 2021, p.86-95.

valor[73], ou seja, o debate não tem sentido, pois a própria discussão pode ser negada como ilusória.

Assim, é importante ter em vista que essa inalcançabilidade da verdade defendida por certo setor da doutrina, caso fosse levada ao extremo, poderia gerar uma inação a impossibilitar a própria prática jurídica, sendo necessário o esforço da busca da reconstituição probatória dos fatos para justificar a adequada aplicação do Direito, ainda que nunca se possa chegar a ter certeza absoluta de que o juízo fático realizado esteja em conformidade com o que existiu na realidade sensível.

Porém, o que parece é que as posturas - de algum modo - céticas assumidas ao longo da história do Direito[74] em sede probatória limitaram-se, contudo, a trocar a noção de verdade pela de certeza, sem, todavia, chegar a defender tratar-se a apuração dos fatos uma atividade *nonsense*. Não se tem notícia de uma opinião que realmente tenha sido no sentido de abandonar-se a investigação dos fatos e a verificação da veracidade de suas respectivas alegações.

Quando Piero Calamandrei[75] discorre sobre a verossimilhança no lugar da verdade e Francesco Carnelutti[76] quando passa então a admitir a certeza jurídica como substituta desta, nenhum deles abandona a pretensão de correção do juízo de fato a aproximar-se, tanto quanto possível, do efetivamente ocorrido. Afinal, segundo o próprio Calamandrei[77]

> Embora estejamos convencidos de que a natureza humana não é capaz de atingir verdades absolutas, é dever de honestidade empenhar-se com todas as forças em tratar de aproximar-se o mais possível da meta inatingível: assim, no processo, embora convictos de que a sentença final não pode ser mais que um juízo de verossimilhança, que não exclua nunca, de forma absoluta, o erro judicial, isso não exclui que toda a natureza do procedimento deva

---

[73] COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário Filosófico.** 2ª ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 489 (verbete: prova).
[74] Sobre o ceticismo: GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil. Volume II.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 112-116; KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. *In*: KNIJNIK, Danilo. (Coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.11-25.
[75] CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 2ª ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 275 ss.
[76] CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. **Rivista di Diritto Processuale.** Volume XX (II Serie), 1965, CEDAM, p. 4 e 5.
[77] CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 2ª ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 306.

> estar previamente ordenada a tornar mais profunda e controlada possível a investigação da verdade, de maneira que a distância entre esta e a verossimilhança se reduza ao mínimo.

De igual modo, o realismo jurídico estadunidense ao enfatizar a aplicação do Direito pelos tribunais como o Direito em si, enfatizando a sua previsibilidade como o guia para a orientação de como agir no mundo, de nenhum modo disse que a apuração dos fatos seria irrelevante[78]. Muito antes pelo contrário, o realismo estadunidense apontou que fatores extrajurídicos influenciam no teor da decisão judicial e que a racionalização é um processo de controle *a posteriori* de um primeiro impulso que depende de justificação racional, inclusive alertando para o risco sempre presente de erro judiciário que, se não pode ser suprimido, pode, pelo menos, ser minimizado[79].

Quem defende como inacessível processualmente a verdade, costuma defender que se tente, pelo menos, uma aproximação da verdade, ou seja, não renuncia à verdade enquanto ideia regulativa. Assim, felizmente, destoa o ceticismo jurídico-probatório daquela outra postura de cariz filosófico que leva a descrença até suas últimas consequências.

Recorde-se aqui a *dúvida hiperbólica*, proposta por René Descartes[80] a ilustrar o ceticismo e suas complicações ao dizer que estava sentado de roupão em frente a uma lareira com um papel entre as mãos para, em seguida, duvidar de tudo isso, pois se seus sentidos já o enganaram uma vez, podem fazê-lo novamente. Descartes mesmo perante as informações de seus sentidos acerca da lareira, do roupão e do papel, presume-as falsas. Ele consegue descrever um estado de coisas, mas, depois, passa a negar o que vê, o que toca, sob o fundamento de que pode estar enganado, agindo de forma cética, postura que vem a abandonar no curso da mesma obra, pois o ceticismo acaba sendo apenas uma via metodológica no caso cartesiano, de modo que se transforma em uma *dúvida metódica*.

---

[78] KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. *In*: KNIJNIK, Danilo. (Coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.11-25.

[79] KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. *In*: KNIJNIK, Danilo. (Coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.11-25.

[80] DESCARTES, René. **Meditações metafísicas.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 31.

Além da dúvida hiperbólica ser incompatível com a própria tomada de posição cética perante o mundo, vez que para duvidar é preciso existir, daí *cogito ergo sum*, esse tipo de pensamento implica em uma inversão do ônus da prova epistemológico, pois perante manifestações do ser, presumir-se-ia, não sua veracidade, mas sua falsidade.

Em termos de prova jurídica, o problema do ceticismo e o exemplo cartesiano serão especialmente importantes para compreender-se a relação entre prova, experiência e normalidade, além de revelar a irracionalidade da admissão de um fato como provado apenas quando houver uma prova absoluta de sua ocorrência.

De certo modo, o ceticismo também legou ao Direito Probatório a potencialidade da *coerência* como abordagem de aceitabilidade dos fatos como provados na medida em que a renúncia à verdade abre ensanchas a outro modo de formação do juízo a partir de uma identificação da coerência entre narrativa e provas disponíveis. Como pondera Richard Rorty[81]:

> [...] Em vez de perguntar se a natureza intrínseca da realidade ainda está à vista (a contraparte secular de perguntar se as coisas são *dis aliter visum*), deveríamos perguntar se cada uma das diversas descrições da realidade empregadas em nossas várias atividades culturais é a melhor que podemos imaginar – os melhores meios para os fins a que essas atividades se destinam.

A partir de considerações como a de Richard Rorty e de outras de algum modo alinhadas a alguma espécie de ceticismo, nasceu no bojo do estudo acerca da função desempenhada pela prova a corrente que sustenta o caráter argumentativo, persuasivo, da mesma, contrapondo-se à tradicional concepção demonstrativa, ensejando o debate que se apresenta no item a seguir.

Assim, devem ser evitadas posturas epistemológicas extremas como a busca incessante de uma verdade real - algo ingênuo e temerário - ou de uma renúncia à busca da averiguação dos fatos para emissão de juízo sobre a alegação de sua (in)ocorrência - o que ensejaria um imobilismo insustentável. Logo, deve-se almejar uma apuração dos fatos em consonância com as garantias constitucionais para que se emita o melhor veredito[82] possível, ainda

---

[81] RORTY, Richard. **Verdade e Progresso.** Tradução de Denise R. Sales com revisão de Marco Casanova. Barueri: Manole, 2005, p. XIV.

[82] É interessante que veredito na língua portuguesa deriva de do latim *veredictum*, dito verdadeiramente (*vere*+*dictum*).

que sem ter-se a possibilidade de saber-se, de forma absoluta, se o juízo efetivamente corresponde aos fatos, ou seja, deve-se perquirir sobre a realidade efetiva e a premissa menor pode corresponder ao ocorrido, mas nunca se saberá plena e indubitavelmente se o entendimento foi absolutamente correto a respeito do quanto passado no mundo sensível.

## 1.3 Prova: funções.

Para a compreensão da prova, impõe-se a análise de sua função, adentrando-se no debate contemporâneo acerca do caráter demonstrativo ou persuasivo dela, conforme passa a ser averiguado.

A concepção da função demonstrativa da prova implica na admissão de que por meio dela se pode realizar a apuração da veracidade acerca dos fatos. Trata-se de uma acepção na qual a atividade probatória é vista como um procedimento racional por meio do qual conhecem-se os fatos da causa, realizando-se inferências lógicas sobre a realidade por meio de um juízo racional e controlável.[83]

Essa compreensão da prova afirma a possibilidade de cognição da realidade por meio da atividade probatória, ou seja, a prova desempenha função epistêmica.[84] Nesse contexto, assume-se uma concepção de *verdade como correspondência*, correlacionando, assim, a realidade em si, objetiva, ao que se diz dela.[85] A veracidade de um enunciado está na correspondência com o fato que descreve. É uma visão de que a prova permite um acesso vertical à realidade que, por meio da prova, vem à tona. O acesso aos fatos ocorreria por meio de uma pesquisa, de uma investigação.

---

[83] TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de, *et al*. **Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.** São Paulo: RT, 2008, p. 169.

[84] TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de, *et al*. **Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.** São Paulo: RT, 2008, p. 169.

[85] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 28.

Ilustrando a perspectiva demonstrativa, veja-se o pontificado de Jordi Ferrer Beltrán[86], quando este assim aduz: “Em minha opinião, a prova deve ser considerada como o meio pelo qual o direito pretende determinar a verdade das proposições no marco do processo judicial.”

Na mesma linha, João Batista Lopes[87]:

> À demonstração dos fatos (ou melhor, das alegações sobre fatos) é que se dá o nome de prova, cujo estudo será objeto dos capítulos seguintes.
>
> O vocábulo prova provém do latim (*probatio*), com o significado de verificação, exame, inspeção.
>
> De acordo com os dicionaristas, quer dizer “aquilo que mostra a verdade de uma proposição ou a realidade de um fato”.
>
> Na linguagem jurídica, o termo é empregado como sinônimo de demonstração (dos fatos alegados no processo). É a chamada prova judiciária.

Por outro lado, outras vezes enfatiza-se a função persuasiva da prova, ou seja, a influência exercida no convencimento do destinatário. Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[88], após rejeitar expressamente a concepção demonstrativa da prova, asseveram:

> [...] a prova, em direito processual, é *todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo*. (itálico no original)

Existe na acepção argumentativa da prova uma ênfase no convencimento acerca de como a realidade é, ainda que assim não o seja.

Essa concepção da atividade probatória possui relação com a noção de *verdade como coerência*, de modo que a veracidade de um enunciado é admitida por meio do cotejo com outros enunciados.[89] Existe aqui uma

---

[86] FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no Direito.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, p. 34.

[87] LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 25. Contudo, parece que a ligação da prova com a verdade e do seu caráter demonstrativo foram sendo negados ou, no mínimo, relativizados, pelo doutrinador em escritos posteriores, como pode ser visto em: LOPES, João Batista; Revisitação a alguns aspectos da teoria geral da prova. **Revista de Processo**, n. 309, nov. 2020, p. 93-105; LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Teoria Geral da Prova.** São Paulo: Castro Lopes, 2022, p. 55 e 56.

[88] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 68.

[89] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26.

proximidade com um certo tipo de ceticismo representado, por exemplo por Richard Rorty, da veracidade dos enunciados assentar-se em um consenso.

É possível vislumbrar nessa acepção uma compreensão do fenômeno probatório como um conhecimento da realidade sempre tendo em vista outros elementos da realidade enquanto manifestações da mesma cuja veracidade do enunciado é atestada pela corroboração pelas demais proposições, em um movimento horizontal, pois não se aprofunda, ao menos diretamente, a cognição sobre a realidade em si. A verdade viria à tona por meio do confronto de versões dos envolvidos no debate processual.

Mais frequente, porém, é a apresentação de uma concepção mista, a apresentar a prova como demonstração/verificação e instrumento de persuasão.

Postas essas duas perspectivas sobre a prova (demonstrativa e argumentativa), cumpre anotar que a doutrina jurídica em geral[90], com pequenas variações de forma, vaticina que a prova consiste em meio de verificação sobre (afirmações de) fatos e que leva à formação do convencimento a respeito da ocorrência deles. Unem-se, desse modo, as dimensões demonstrativa e persuasiva da prova. Nessa linha, dentre outros, Jorge Augusto Pais do Amaral[91] assevera:

> A prova serve para criar no espírito do juiz a convicção acerca da veracidade de cada um dos fatos – cfr. art.º 655. A função das provas,

---

[90] Exemplificativamente: AMARAL, Jorge Augusto Pais do. **Direito Processual Civil.** 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 255; BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil.** Atualizador: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, p. 152; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 16 e 17; FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 53 e 54; LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 25; MAZZARELLA, Ferdinando; TESORIERE, Giovanni. **Corso di Diritto Processuale Civile.** 3ª ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 135; MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 680 (comentário ao art. 371); SAMPAIO, José Maria Gonçalves. **A prova por documentos particulares na doutrina, na lei e na jurisprudência.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 26-28; SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 12; THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no Direito Digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie.** São Paulo: RT, 2020, p. 28 e 29; ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **Ônus da prova no direito processual constitucional, civil e no direito do consumidor.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 94. No processo penal: BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 382; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 55; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 536 e 537; RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 461 e 462.

[91] AMARAL, Jorge Augusto Pais do. **Direito Processual Civil.** 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 255.

> segundo vem definida no art.º 341 do Código Civil, consiste na demonstração da realidade dos factos.
>
> [...]
>
> A prova visa apenas, de acordo com os critérios de razoabilidade essenciais à aplicação do Direito, criar no espírito do julgador um estado de convicção, assente na certeza relativa do facto.

E igualmente é a clássica lição de Moacyr Amaral Santos[92], quando assim vaticina:

> 3. Provar, porém, é bem "o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade." É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade.
>
> A verdade não existe no espírito sem a sua percepção. Os recursos de que se utiliza a inteligência, para a percepção da verdade, constituem a prova.

Assim, a prova permite conhecer, é um instrumento por meio do qual se passa a saber o que antes não se sabia. É meio de acesso à informação sobre fatos. É um eco, um sinal[93], um signo[94], um acesso, um aporte[95], um fato[96], a revelar a ocorrência de um acontecimento. Possui, nesse aspecto, natureza de via epistêmica, de acesso à realidade, de meio de conhecer.

A prova tem em vista um enunciado sobre um fato[97], ou, ainda, a prova diz respeito à ocorrência de um fato e serve à verificação da veracidade da proposição de fato. Ao demonstrar a ocorrência do fato, a prova suporta a veracidade da sua afirmação. A prova é o elo entre o evento ocorrido na realidade sensível e sua expressão linguística.

A prova não surge isolada e não é aceita sem relação com o debate que fez surgir sua procura e a intencionalidade de verificação do que demonstra. No contexto jurídico, a prova serve de supedâneo para um enunciado factual do

---

[92] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 12.
[93] Utilizando a expressão sinal do passado (*pastness*) e atribuindo à Clarence I. Lewis (**Mind and the world order.** New York, 1929, p. 151): FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 55.
[94] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 536 e 537.
[95] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara: um complemento. **Conjur**, 27.03.2020. Acesso em 13.02.21. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-27/limite-penal-standards-probatorios-partir-salto-vara-complemento.
[96] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição original: 1847), p. 50.
[97] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 227 e 228.

qual pretende-se extrair efeitos jurídicos mediante a identificação da incidência de uma norma que os atribua.

A consideração da prova deve sempre ocorrer de forma fundamentada e mediante a oportunização do exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa, até mesmo porque não o fazer implicaria em inaceitável exercício de arbítrio e autoritarismo. Nesse ponto, cumpre ter em vista o risco de uma visão exclusivamente demonstrativa da prova redundar em um totalitarismo probatório, pois a busca da verdade sem a consideração da manifestação de outros envolvidos e mediante um dogmatismo ingênuo daquele que acha que irá encontrar a verdade sozinho e ignora as manifestações alheias resulta, mais cedo ou mais tarde, em totalitarismo[98]. Por isso, mostra-se importantíssimo admitir-se, também, a dimensão persuasiva da prova.

A própria prova é, por sua vez, objeto de interpretação. A prova não leva ao destinatário o fato em si, mas se constitui em meio de reconstituição dele. Pensar que a prova conduz inexoravelmente à verdade revela-se ingênuo e equivocado.

A prova medeia a intelecção entre o fato em si e o juízo sobre sua ocorrência, em um caminho frequentemente tortuoso e nem sempre seguro. Quando se refere a um fato passado, a prova é, sob determinado aspecto, sempre indireta, mediata[99].

Uma contribuição importante da consideração da prova enquanto elemento de persuasão é a refutação da crença ingênua de que ela seja, por si só, um inexorável e irrefutável reporte da realidade. Como aponta Danilo Knijnik[100], se a prova fosse entendida apenas em sua feição demonstrativa, a conclusão pericial não poderia ser rejeitada pelo julgador e até mesmo resultado

---

[98] COMTE-SPONVILLE, André. **Valor e verdade.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 39 e 40.

[99] KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro.** São Paulo: RT, 2017, p. 23; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 536; TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios.** Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 38.
Note-se que aqui não se está diante daquela outra distinção entre provas diretas e indiretas que tem como critério recair a atividade probatória sobre o fato principal ou secundário (indiciário).

[100] KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 13.

de um exame de DNA precisa ser contextualizado e confrontado com outras provas[101].

Aliás, a interpretação da prova e a compreensão dos fatos depende, ainda, das características do próprio intérprete e, por isso, para utilizar-se o exemplo oferecido por Kazuo Watanabe[102], as avaliações de um acidente automobilístico por um magistrado que dirige diariamente e de outro que nunca conduziu um veículo automotor podem ser bastante distintas. Alguém que tenha contato com a prova, mas não esteja a par daquele contexto social onde o fato ocorreu, pode apresentar uma compreensão bastante limitada do que aconteceu e, por isso, às vezes escolhe-se como árbitro da controvérsia alguém que, sem ter formação jurídica, possua muita experiência em determinado seguimento econômico.

Por outro lado, ainda que a prova desempenhe uma função persuasiva, é importante ter em conta ser a convicção apenas o resultado de uma busca da ocorrência ou não de determinado fato que se cogita. A dilação probatória orienta-se na perseguição da verdade e o convencimento é a consequência das provas decorrentes da aferição.

Por isso, não se adota na presente tese a premissa de que a prova seria um *argumento*[103], como vem sendo defendido por setor da doutrina[104], mas

---

[101] KUNII, Paulo; HERDY, Rachel; BRUNI, Aline Thaís. O que podemos aprender com os erros periciais? **Conjur**, 20.11.2020. Acesso em 13.02.2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-nov-20/limite-penal-podemos-aprender-erros-periciais.
A necessidade do juiz não delegar ao perito o juízo sobre a matéria de fato e a necessidade de análise e controle da prova pericial, inclusive do exame de DNA, foi detidamente apontada pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do Recurso Extraordinário 363.889 (STF, Pleno, RE 363.889, Relator Ministro Dias Toffoli, julg. 02.06.2011, DJU 16.12.2011).
Ainda sobre o controle judicial da prova pericial, veja-se: KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro.** São Paulo: RT, 2017, *passim*.
Por outro lado, o resultado de exame de DNA não pode ser ignorado e em caso de dúvida, deve ser repetido: STJ, 3ª T., REsp 397.013, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 11.11.2003, DJU 09.12.2003.

[102] WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

[103] A não ser que se entenda essa concepção argumentativa da prova na acepção que lhe atribui Miguel Teixeira de Sousa (**A Prova em Processo Civil: Ensaio sobre o raciocínio probatório.** São Paulo: RT, 2020, p. 50), a saber, a de premissa da qual é possível inferir uma conclusão – o que parece corresponder a outro conceito, o de raciocínio.

[104] ARENHART, Sérgio Cruz. **A Verdade e a Prova no Processo Civil**. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sérgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf. Acesso em: 06.02.2021; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 30-53; FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática.** São

um instrumento para demonstrar a ocorrência de um fato afirmado, ou seja, que uma assertiva corresponde à realidade, ainda que esse caráter demonstrativo seja acompanhado de uma intenção ou, pelo menos, de um efeito, de natureza persuasiva.

Quem defende a prova como argumento tem corretos fundamentos, mas dos mesmos não decorre a conclusão apresentada. É certo que realmente a estruturação do raciocínio jurídico apresenta um caráter dialético e que a forma silogística seja apenas o modo final pelo qual se apresenta[105], que a interpretação das fontes do Direito não consiste em uma extração de sentido, mas em uma atribuição de sentido[106], que existe uma imbricação da norma jurídica com o que se comprova[107] e que o julgador nunca saberá se alcançou conclusão sobre os fatos que se identifique efetivamente com o ocorrido na realidade[108], mas, embora tudo isso seja considerado, mesmo assim a prova ainda será o meio pelo qual se reconstitui a ocorrência de determinado fato na realidade, o que se submete a juízo de verdadeiro ou falso e que apenas depois revelar-se-á mais ou menos convincente.

Sem dúvida, a prova acaba por desempenhar uma função argumentativa, pois ao trazer à tona o fato ocorrido ou ainda em curso, gera-se convencimento acerca de sua existência, sem que o destinatário tenha acesso ao fato imediatamente, salvo raríssimas exceções, inclusive sendo ela própria (a prova) objeto de interpretação.

Quando se afirma que há um exemplar de *Dom Quixote* em determinada biblioteca, ir até lá e encontrá-lo em uma inspeção judicial não pode ser considerado como um argumento, mas antes uma verificação do enunciado que foi corroborado na realidade, sendo a persuasão do julgador apenas um efeito da comprovação. Dada a imediação, essa prova assume claramente o

---

Paulo: RT, 2009, especialmente p. 46 e 47; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 68.

[105] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 610.

[106] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** 10ª ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 392; STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 215-233.

[107] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba.** Tradução de Ernesto Krotoschin. 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2019, p. 85.

[108] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 38-42.

caráter de verificação e revela como a dimensão argumentativa pode revelar-se secundária ou que, pelo menos, não é a única e não define o que é a prova. Assim, uma prova não deve ser definida como argumento e se serve ao convencimento, isso decorre de uma prévia demonstração do fato.

Como leciona Michele Taruffo[109], o enunciado sobre um fato reveste-se de caráter apofântico, ou seja, pode ser verdadeiro ou falso. E a revelação da veracidade ou da falsidade dele é a função da prova. O fato em si, todavia, existiu ou não, como aponta Hans Kelsen[110].

O risco de enfatizar-se a função argumentativa da prova e passar a defini-la como argumento é dela passar ao mesmo plano da narrativa, descurando-se de que serve à aferição da proposição sobre a ocorrência de um fato que, por sua vez, aconteceu ou não aconteceu e cuja asserção acerca dele somente pode revelar-se verdadeira ou falsa.

Nessa linha, como bem aponta Michele Taruffo[111], a apresentação do discurso jurídico como narrativa e uma excessiva analogia com a Literatura acabou por, indevidamente, encobrir a distinção entre fato e Direito.

Vista a prova dentro de um processo judicial, ou seja, em um contexto onde já foram apresentadas versões dos fatos, ou seja, onde já há proposições sobre fatos, bem como diante da perspectiva e do interesse de convencimento do órgão judiciário/árbitro, a prova aparece com sua dimensão persuasiva mais evidente.

Todavia, quando se está em uma investigação sobre eventual ilícito (p. inquérito civil ou criminal), ainda ausente a possibilidade de formulação de uma clara proposição de fato, quando a suspeita sobre eventual acontecimento ainda apresenta-se obscura, nebulosa, a função epistêmica da prova avulta, pois a mesma é que propiciará a formulação de um enunciado sobre o ocorrido – e nesse contexto, a prova permite uma descoberta dos fatos, antes mesmo que uma hipótese esteja formulada com precisão. Nesse contexto, a prova surge

---

[109] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 219.
[110] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 82.
[111] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 212 e 213.

mais como elemento exploratório, permitindo não apenas confirmar ou infirmar a hipótese, mas traz à luz uma fração da realidade que poderia sequer estar sendo cogitada, evidenciando sua função epistêmica.

De igual modo, a prova aparece mais como instrumento de verificação do que de persuasão quando o julgador, mirando o acervo probatório produzido, apresenta seu juízo sobre a questão de fato.[112] Como aponta Taruffo[113], o olhar do julgador para o conjunto probatório implica no uso da prova como demonstração, pois a prova é vista retrospectivamente e como instrumento de revelação da verdade, ao passo que a visão prospectiva das partes e de seus procuradores, valendo-se da prova para convencer e ganhar a causa, implica na assunção da função persuasiva da prova.

A prova, assim, desempenha, ao mesmo tempo, uma função demonstrativa, revelando a ocorrência do fato e, de outro lado, uma função persuasiva, de modo a propiciar um juízo sobre ele. Esse sincretismo não significa uma ausência de identificação da funcionalidade da prova, mas uma abordagem do fenômeno probatório por mais de um ângulo, o que metodologicamente permite uma compreensão mais rica e completa. Como ensina Kazuo Watanabe[114]:

> Os conceitos e as categorias doutrinárias existem, no plano lógico, como instrumentos destinados à melhor compreensão dos fenômenos. Bem por isso, não podem ser submetidos a um culto irrefletido, como se tivessem existência *per se*. A significação e o alcance de cada um deles variam segundo o ângulo visual e o plano de observação do processualista. Como tudo na vida, mais rica é a visão do observador na medida em que analisa um fenômeno por perspectivas diferentes e nada há de errado em tal metodologia, pois o que importa, acima de tudo, além da coerência dentro de cada linha metodológica, é a apreensão mais completa quanto possível dos dados que permitam a perfeita compreensão do objeto que se está a conhecer.

Como já exposto acima, a concepção de prova corrente costuma ser enunciada de forma a sintetizar as funções demonstrativa e persuasiva, ainda

---

[112] Aproximadamente: TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 27.

[113] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 27 e 28. Ainda: TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de, *et al*. **Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.** São Paulo: RT, 2008, p. 169.

[114] WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97 e 98.

que parte da doutrina enfatize às vezes mais uma das funções. A compreensão de ambas as funções não é uma contradição, pois servir à demonstração/conhecimento/verificação não exclui a sua utilização argumentativa visando o convencimento/a persuasão.

Como ensina Danilo Knijnik[115], os enfoques demonstrativo e persuasivo

> [...] não se apresentam antinômicos, mas em relação de polaridade e de forma assimétrica. Quer dizer: os institutos de direito probatório ora pendem para uma dimensão demonstrativa, ora para uma persuasiva, conforme as necessidades. [...]

Os aspectos demonstrativo e argumentativo, além de não se excluírem reciprocamente, representam dimensões da prova cuja consideração permite um enriquecimento da compreensão do tema probatório. Nesse sentido leciona Knijnik[116]:

> [...] São dois enfoques, porém, que se completam. [...] Não há como conceber-se um sistema apenas demonstrativo, ou apenas persuasivo. [...]
>
> [...]
>
> A partir dessa compreensão, pode-se conciliar as vantagens de ambos os modelos: a) do modelo persuasivo, há de tomar-se a prudência, a modéstia, a consciência da chance de erro; b) do modelo demonstrativo, há de ficar-se com o objetivo de, sempre que possível, obter-se uma reconstrução fática próxima do mundo fenomênico. Da articulação dessas duas correntes filosóficas, poder-se-á concluir que, entre verdade e prova, não existe um *vínculo ontológico*, de mais a mais irrealizável, dentro ou fora do processo, mas um *vínculo teleológico*, de forma que o sistema deve orientar-se ao atingimento deste fim.

A demonstração contempla em si uma determinada pretensão de convencimento, uma intencionalidade persuasiva. Como bem apontam Stephen Toulmin[117] e Tercio Sampaio Ferraz Jr[118]. quem descreve uma realidade já espera persuadir o receptor da mensagem de que aquilo é verdade, ou seja, a descrição embute em si uma expectativa de convencimento da veracidade do enunciado. Ao lado do relato enquanto informação transmitida existe a

---

[115] KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11.
[116] KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 13-15. No mesmo sentido: ROSITO, Francisco. **Direito probatório: as máximas de experiência em juízo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27-30.
[117] TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento.** Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.
[118] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 48.

transmissão de uma informação de como aquela deve ser recebida[119]. Essa dimensão argumentativa, aliás, é apenas a mínima, pois o convencimento da aceitação da proposição como verdadeira pode não ser a única, vez que no mesmo ato pode estar se buscando um determinado comportamento do destinatário que, no caso litigioso, consiste no édito favorável. No contexto de um processo judicial, cada asserção de fato é feita para constituir-se em premissa de um raciocínio jurídico, seja pelas partes em busca de um julgamento que lhes beneficie, seja pelo órgão judicante que precisa demonstrar justificadamente as razões pelas quais a jurisdição é exercida em dado sentido – e não em outro.

Por isso, o entendimento da prova sob apenas uma de suas facetas implica na excessiva simplificação do fenômeno probatório (como se o fato em si aparecesse diante do destinatário da prova) ou na consideração de que tudo consiste apenas em narrativa (como se o fato enquanto realidade concreta inexistisse).

Assim, adota-se na presente tese um conceito misto de prova, entendida como tal aquela que revela a ocorrência de um fato de modo a convencer sobre a veracidade da enunciação de seu acontecimento.

## 1.4 O que é provar? Em que se diferencia do argumentar? Como provar?

Segundo José Maria Gonçalves Sampaio[120], jurisconsultos romanos cunharam o brocardo *probare oportet, nec suficit dicere* para dizer “que não bastam as alegações dos interessados, sendo necessário provar.”. Isso porque a narrativa dos fatos não é suficiente para tê-los como ocorridos e, assim, deles inferir os efeitos jurídicos almejados, impondo-se sua demonstração, a não ser quando a lei dispuser em sentido contrário.

Aqui surge a necessidade de distinguir o plano da alegação e o da comprovação e seus respectivos ônus. Existe o ônus de alegar e o ônus de

---

[119] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 48.
[120] SAMPAIO, José Maria Gonçalves. **A prova por documentos particulares na doutrina, na lei e na jurisprudência.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 25.

provar, sendo que o segundo sucede logicamente o primeiro, pois o enunciado antecede a verificação de sua veracidade. Como refere Cândido Rangel Dinamarco[121], ao ônus de alegar segue-se o ônus de provar.

E quanto melhor as partes se desincumbirem do ônus de alegar, mais simples torna-se a delimitação do *thema probandum*, o que facilita a identificação do objeto e da distribuição da carga da prova. Às vezes, uma acesa discussão sobre o ônus da prova encobre um problema relativo ao logicamente precedente ônus de alegar.

Contar como os fatos ocorreram, ou seja, narrar os acontecimentos, faz parte do desempenho do ônus de alegar. A apresentação da versão dos fatos é exigida pelo sistema jurídico e possui diversos efeitos práticos. Note-se que o ônus de alegar alcança tanto o autor quanto o réu, pois se, por um lado, o demandante precisa indicar na petição inicial os fatos sobre os quais alicerça-se o pleito (artigo 319, II, do CPC) ao réu incumbe a impugnação especifica dos fatos (artigo 341 do CPC) e a alegação dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos que deseja ver reconhecidos. Como ensina Taruffo[122], “mesmo a narrativa do demandado deve ser fundada em uma alegação detalhada e completa dos fatos”.

A exposição dos fatos identifica – no mínimo parcialmente - a causa de pedir, influencia decisivamente na fixação do *thema probandum* e delimita o objeto da cognição, revelando-se crucial para o julgamento em si, bem como para a compreensão de seu alcance. Litispendência, coisa julgada e congruência entre a demanda e o provimento jurisdicional são alguns dos temas diretamente relacionados com o ônus de alegar.

Adota-se no presente estudo a premissa de que a exposição sobre os fatos ocorre em plano diverso daquele da prova, ainda que haja realmente um imbricamento entre os planos que acabam por confluir, ao fim e ao cabo, no convencimento do destinatário. Ainda que operando em âmbitos distintos, tanto

---

[121] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70.
[122] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 225.

a narrativa como a prova, são capazes de exercer influência sobre quem com elas tiver contato.

Uma narrativa genérica, dúbia, incoerente, e que, à luz do que ordinariamente acontece, revela-se pouco crível, possui baixo poder de persuasão. Apesar de uma narrativa ruim poder ser, mesmo assim, verdadeira[123], é certo que as lacunas e contradições da história contada pesam em seu desfavor.

Nesse aspecto tem razão a corrente que considera a prova em sua acepção mais persuasiva e retira da coerência um indício de veracidade[124] – ainda que tenha razão Taruffo[125] ao aduzir que, ainda assim, uma narrativa pode ser crível, mas falsa. Uma apresentação dos fatos de forma clara, congruente, específica e que esteja em consonância com o que iterativamente acontece no trato social pode, por sua vez, soar convincente, diminuindo o peso da carga da prova de sua demonstração, ainda que possa ser falsa.

Como Piero Calamandrei[126] bem apontou, em certos contextos, as alegações são especialmente valoradas e sua verossimilhança, quando amparada por provas *prima facie*, é reconhecida como hábil a justificar determinados provimentos jurisdicionais. Em outros casos, a *pro se declaratio* chega a ser reputada, ela mesma, como prova quando a narrativa revelar-se verossímil[127], apontando Calamandrei[128] o caso dos livros contábeis empresariais, ao que se pode acrescentar a força probatória favorável ao próprio depoente que vai a juízo e explica convincentemente sua versão dos fatos.

---

[123] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 247.

[124] Nesse sentido: CASTRO, Cássio Benvenutti de. **Standards de Prova: na perspectiva da tutela dos direitos.** Londrina: Thoth, 2021, p. 67, 70 e 71; MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** 2ª ed. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 114 e 115; RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e Formação da Convicção do Juiz.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 160, 161 e 298.

[125] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 247.

[126] CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 2ª ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 301 e 302.

[127] CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 2ª ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 301 e 302.

[128] CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 2ª ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 302.

Pensar diversamente seria dar razão a Michele Taruffo[129] quando este faz um corte rígido entre alegar e provar, movendo-se a primeira no plano da verossimilhança e a segunda no da verdade. Isso implicaria em negar que contar uma história possa ser a transmissão de informações sobre fatos, atraindo a crença sobre sua veracidade a depender do quão crível soe a mesma e o quanto a narrativa coadune-se com os (demais) elementos probatórios. Se existe uma distinção estanque entre contar e demonstrar, tudo que uma parte fala em juízo em sede de interrogatório ou depoimento pessoal somente pode prejudicá-la e a palavra da vítima de um crime nunca poderia ter valor probatório algum - apenas para determo-nos em duas das implicações práticas desse entendimento.

Vê-se, então, existir uma zona de penumbra ou de sobreposição entre o alegar e o provar que, embora não se confundam, nem sempre podem ou devem ser distinguidos com exatidão e que inclusive, às vezes, ocupam o mesmo espaço linguístico. Isso inclusive corrobora a necessidade de considerar-se a atividade probatória tanto como demonstração quanto como instrumento de persuasão.

Por sua vez, distintamente de narrar, provar é atividade de averiguação de um determinado fato, de modo a verificar-se sua efetiva ocorrência e, consequentemente, ensejar um juízo sobre (a afirmação de) seu acontecimento. Comprovar é mostrar que há ecos, vestígios, sinais, rastros, daquele evento fático no presente que permitem inferir sua ocorrência a partir da prova.

Não se tem aqui alguém contando uma história, mas a demonstração de que elementos de prova mostram como os fatos ocorreram ou ainda ocorrem. A prova não se pauta no quão crível soa uma afirmação sobre um fato, mas constrange o destinatário ao convencimento sobre sua ocorrência na medida em reconstitui o acontecimento.

O *actus probandi* envolve um elemento ausente no alegar, a saber, a apresentação da prova em si, a estabelecer um elo material, concreto, entre o

[129] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 111 ss.

que se diz sobre um fato e o fato em si. Como ensina Moacyr Amaral Santos[130], quando se tem em vista a prova como atividade, é tendo em vista essa acepção que "se diz: a quem alega cabe fazer prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação.".

Aqui parece ser interessante apresentar um exemplo para ilustrar o quanto já aduzido.

Quando alguém conta ter trabalhado durante cinco anos na Fazenda X e que por isso pede a averbação de tal período para fins previdenciários no INSS, essa pessoa desincumbiu-se do ônus de alegar, mas isso, por mais que soe verossímil, pode ainda assim ser falso e nada ainda foi comprovado. Porém, quando essa mesma pessoa apresenta documentos (CTPS com a anotação do vínculo, fotografia na qual aparece no time de futebol da Fazenda X, certidão de casamento da época onde consta ser rurícola, etc.) e ouvem-se testemunhas relatando que realmente o autor era empregado rural, então tem-se uma alegação que restou comprovada, tendo o fato sido averiguado e disso advindo o convencimento sobre sua ocorrência.

No processo, todos, inclusive o julgador[131], narram, apresentam alguma versão dos fatos, mas a argumentação não se lastreia apenas no contar uma história, pois será a prova que desempenhará a ancoragem do quanto dito na realidade sensível, que fornecerá o lastro a justificar a aceitação da narrativa. Nesse sentido, a prova funciona como uma âncora, a atrair as narrativas para o seu entorno, sob pena da versão soar como um devaneio, uma ficção pouco ou nada crível. A prova robusta, contundente, por sua vez, constrange o destinatário a aceitar o fato que é por ela revelado e constitui-se em elemento concreto a

---

[130] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 11.

[131] Nesse ponto, acertadamente, Michele Taruffo (**A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 221-230; **Processo civil comparado: ensaios.** Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 44 e 45.) aponta a necessidade que a narrativa judicial seja verdadeira, ainda que não seja aparentemente boa, aduzindo que aos advogados cabe apresentar uma narrativa voltada ao convencimento, a persuadir o julgador. Apontando que todos, inclusive o julgador, apresentam narrativas, mas, diferentemente de nossa posição, defendendo que o comportamento narrativo de todos envolvidos é da mesma espécie: SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências.** São Paulo: RT, 2020, p. 60 e 61.

justificar a convicção formada, que, por isso, não se fundará em um convencimento exclusivamente subjetivo, íntimo, intuitivo, psicológico.

Quanto aos meios a serem empregados para a comprovação de um enunciado de fato, cumpre primeiramente ter em vista que a atividade probatória pode ser desenvolvida por todos os meios não-vedados por lei, isso quer dizer que se a lei não proíbe o uso de determinada via probatória, ela é permitida.

A combinação da vedação constitucional de provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, LVI, da CF/88[132]) e do artigo 369 do CPC[133] deixa entrever uma, para usar expressão de Norberto Bobbio[134], norma geral exclusiva probatória, ou seja, existe uma norma proibitiva a proscrever o uso de certas provas e que implica na autorização para a utilização das demais.

Descendo ao plano infraconstitucional, permitiu o legislador o emprego amplo de provas tipificadas ou não em lei (artigo 369 do CPC)[135], excluindo os meios moralmente ilegítimos.

Como provas típicas previstas no CPC tem-se a ata notarial, o depoimento pessoal, a confissão, a prova documental, a exibição de documento ou coisa[136], a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial, somando

---

[132] Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

[133] Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

[134] BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 130-136. Note-se, contudo, que Bobbio não aceita a teoria de que a existência de uma norma geral exclusiva seria capaz de impossibilitar a existência de lacunas, mas isso não tem uma influência, ao menos direta, na presente tese.

[135] No CPC/1973 o uso de provas atípicas emanava do art. 332 do CPC, mas no CPC/1939 o cenário era distinto, pois seu art. 208 remetia ao uso daquelas admitidas pelas leis civis e comerciais (São admissíveis em juizo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civís e comerciais.), abrindo ensanchas para que somente provas previstas em alguma lei fossem legalmente utilizáveis, o que não se confunde com a adoção do sistema de prova tarifada, repudiado já na codificação de 1939. Note-se, contudo, que o CPC/1939 não apenas remetia aos meios previstos em leis substantivas, pois apresentava meios de prova típicos, mas, ainda assim, se punha o problema a respeito daqueles meios de prova não contemplados no próprio CPC/1939 ou em qualquer outra lei. Perante o CPC/1939, Moacyr Amaral Santos (**Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 68) reputou cabível a utilização de provas atípicas, mas mencionou a existência de algumas vozes em sentido oposto. William Santos Ferreira, além de apontar o caráter problemático do art. 208 do CPC/1939, noticia ter a ausência de previsão de inspeção judicial no CPC/1939 inclusive ensejado a necessidade de utilização desmedida da prova pericial (**Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 66).

[136] Para determinado setor da doutrina, a exibição de documento ou coisa não seria uma espécie de meio de prova, mas de forma de obtenção do meio de prova propriamente dito. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 587.

às mesmas, ainda, a presunção, arrolada como tal no artigo 212, IV, do Código Civil[137]. E são admitidas as provas atípicas que não tenham sido obtidas por meios ilícitos e aquelas que não se revelem moralmente ilegítimas[138].

Aqui se põe o problema do que se entende por moralmente ilegítimo e se entende-se como tal o mesmo que prova ilícita vedada pela Constituição Federal.

A proibição de emprego de meios moralmente ilegítimos não é nova, já tendo ocorrido no CPC/1973 (artigo 332[139]), ou seja, antes do advento da CF/1988 e diante da Constituição de 1967/1969 que não proscrevia a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Portanto, a vedação hoje constante do artigo 369 do CPC adveio de um contexto onde a proibição de certas provas não emergia de uma constitucionalização do processo, ocorrendo, portanto, em contexto jurídico e histórico distinto do presente.

A questão se coloca, então, de se, atualmente, as provas moralmente ilegítimas foram absorvidas pelas provas constitucionalmente repudiadas e a resposta ao questionamento há de ser, em princípio, positiva, conforme se passa a expor.

A prova obtida em detrimento dos direitos fundamentais é imoral, ao passo que a imoralidade, de um modo mais ou menos direto, acaba por atacar um direito fundamental, como aponta Leonardo Greco[140]. Se os meios probatórios imorais são “aqueles vexatórios ou que imponham constrangimentos intoleráveis a alguém”, como aduz Marcelo José Magalhães Bonizzi[141], então a prova imoral viola direitos fundamentais, sendo, assim, ilícita por tal razão.

---

137 Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: [...] IV - presunção; [...].

138 Note-se que não se pode utilizar meios de prova que se mostrem moralmente ilegítimos, mas isso não diz respeito com a moralidade do *factum probandum* que é plenamente passível de prova (p. ex. adultério, assédio sexual etc.). Nesse sentido: LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 34.

139 Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

140 GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil. Volume II.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 176.

141 BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil.** São Paulo: RT, 2017, p. 26.

Ainda que a moralidade pareça expandir o rol de provas ilícitas, posição defendida por Eduardo Cambi[142], a prova obtida em detrimento da moral acaba, ainda que reflexamente, atingindo algum direito fundamental e a previsão de inadmissibilidade das provas moralmente ilegítimas pelo artigo 369 do CPC acaba por soar mais como uma vedação levada a efeito em uma forma anterior à constitucionalização do processo e da proibição constitucional da produção e uso de provas ilícitas. Assim, o CPC proíbe a prova levada a efeito em detrimento de direitos fundamentais, mas usa uma linguagem própria de uma tradição antecedente à CF/88.

Quanto às provas atípicas, pode-se apontar algumas que vêm sendo empregadas com certa utilidade prática, dentre as quais as afirmações dos oficiais de justiça[143] (incluída aqui a ordem de constatação em cumprimento de ordem judicial para aferição de determinada situação), o comportamento da parte, o depoimento por iniciativa da própria parte[144], sentença lavrada em outro processo[145] e perícias extrajudiciais[146].

A respeito do comportamento da parte é possível distinguir duas situações diversas, a depender o momento de sua ocorrência, se antes ou depois do início do processo judicial.

Quando a conduta, comissiva ou omissiva, examinada é levada a efeito antes da existência de um processo judicial, sua valoração ocorre com lastro no que ordinariamente acontece (artigo 375 do CPC[147]). É o caso, por exemplo, de inferir-se da fuga do local do acidente a culpa do condutor do veículo.

---

142 CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 50 e 51.
143 CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 40; AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 88 e 89.
144 Indicando os pareceres, o comportamento extraprocessual e o depoimento por iniciativa da própria parte: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** Volume 2, tomo I. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270 e 271.
145 Contra: AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 97 e 98.
146 AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 91.
147 Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

Como ensina William Santos Ferreira[148], “A forma como a parte se comporta durante o processo pode servir de prova contra ela.”. A valoração da conduta da parte tanto faz prova que, como bem percebe Cândido Rangel Dinamarco[149], o próprio tratamento conferido pelos artigos 231 e 232 do Código Civil[150] à negativa de submissão à perícia médica já insinua que se leve em consideração o comportamento da parte como elemento de convicção. A conduta processual é considerada normativamente, ainda, por força de outras normas, tal como aquela que considera provado o fato que se quis demonstrar pela exibição do documento sonegado (artigo 400 do CPC[151]). Assim, perante determinadas condutas ao longo da duração da relação processual, há regras específicas a disciplinar a interpretação de certos comportamentos.

Importante ter em vista, ainda, a inadmissibilidade de provas que se revelem inidôneas, consideradas aquelas que conforme o atual estágio de desenvolvimento da Sociedade são tidas como incapazes de provar algo. Exemplo histórico de tais meios são as corridas sobre o fogo que se não queimassem os pés da pessoa isso significaria que ela não cometeu o ato que lhe é imputado. O mesmo pode ser dito a respeito do duelo.[152] Exemplos atuais de prova inidônea são a carta psicografada[153], uso de polígrafo (detector de mentiras) e a leitura de linguagem corporal[154]. São provas que, consideradas

---

[148] FERREIRA, William Santos. Art. 373. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 1.012.

[149] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 241.

[150] Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

[151] 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.

Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

[152] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156-164; KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 8.

[153] AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 87 e 88. O autor desenvolve argumentação ampla e fundamentada nesse sentido sob o prisma da ilicitude da prova.

[154] Essa espécie de prova pode servir para a criação de uma hipótese, de uma suspeita, mas como é incontrolável intersubjetivamente, não serve para fundamentar a prolação de uma decisão.

abstratamente, são tidas como incapazes de comprovar um fato. Ao destoar da cultura do lugar e tempo, sequer pode aventar-se uma capacidade de demonstração de um fato e de convencimento racionalmente justificável. Sob outro ângulo, é possível reconhecer que além de inidôneas são ilícitas porque seu uso implicaria em violação das garantias do contraditório e da ampla defesa, além de impossibilitar a devida fundamentação na sua valoração.

Outro caso de inadmissão de provas consiste naquelas que se mostram, nas circunstâncias concretas, inúteis porque não ajudariam a solucionar o caso concreto tendo em vista a inadequação do meio de prova com o que se pretende comprovar. Em tese seriam admissíveis, mas no caso concreto se revelam sem utilidade. O fundamento legal geral para tal indeferimento encontra-se no artigo 370, parágrafo único, do CPC[155], mas há casos específicos de inadmissibilidade, dentre os quais o do artigo 443 do CPC[156]. Como aduz Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[157], "Prova desnecessária e inútil é prova que se não há de exigir."

Igualmente inadmissível é a prova meramente protelatória e que em muito assemelha-se à prova inútil com a diferença de quem sua produção é motivada pelo ânimo de retardar a marcha processual e, por isso, geralmente decorre de uma iniciativa do réu – e não do autor. Também se encontra fundamento legal para seu indeferimento no artigo 370, parágrafo único, do CPC.

Não se admite, todavia, a inadmissão pelo motivo do julgador já estar convencido, mesmo que a convicção alcançada seja favorável a quem postula a produção da prova. Isso porque a prova deverá estar nos autos para que não apenas aquele julgador, que se diz convencido e que poderá nem mesmo ser o mesmo que julgará o pleito, mas igualmente para a consideração por instâncias superiores e para que as próprias partes avaliem a conveniência de realizar uma

---

[155] Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

[156] Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:
I - já provados por documento ou confissão da parte;
II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

[157] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações. Tomo II.** Campinas: Bookseller, 1998, p. 74.

autocomposição ou avaliar as chances de êxito em eventual recurso, até mesmo porque os litigantes é que têm mais proximidade com as provas e fatos.[158]

O juiz/árbitro não é o único destinatário da prova[159] e a inadmissão fundada exclusivamente na convicção não deixa de ser um traço de julgamento pelo sistema de íntima convicção e em dissonância do cumprimento do dever de fundamentação escorreita, pois subtrai das partes o direito de levar a prova à instância superior e desta de apreciar a mesma, como se a valoração probatória ocorresse em instância única.

*A fortiori*, não pode o julgador realizar o julgamento antecipado do mérito, por entender desnecessária a feitura de outras provas e, contraditoriamente, julgar improcedente o pedido pela ausência de comprovação dos fatos pelo autor.[160]

## 1.5 O direito à prova enquanto garantia jusfundamental.

Didaticamente e sem uma precisão absoluta, é possível distinguir entre duas espécies de direitos fundamentais, a saber, aqueles em sentido estrito (p. ex. vida, liberdade, privacidade, etc.) e os de caráter instrumental,

---

[158] DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. KNIJNIK, Danilo. (coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 93-105; FERREIRA, William Santos. Palestra. **III Congresso de Processo Civil de Florianópolis.** Acesso em 17.02.2021. Disponível em: ESA - III CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL DE FLORIANÓPOLIS - Parte 17 - YouTube

[159] Exemplificativamente nesse sentido: DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. KNIJNIK, Danilo. (coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 93-105; FERREIRA, William Santos. Art. 370. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 995; FERREIRA, William Santos. Palestra. **III Congresso de Processo Civil de Florianópolis.** Acesso em 17.02.2021. Disponível em: ESA - III CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL DE FLORIANÓPOLIS - Parte 17 - YouTube; MEDINA, José Miguel. **Código de Processo Civil Comentado.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 704 (comentário ao art. 381 do CPC). No sentido de que o destinatário da prova é o processo: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 18ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 995 (nota 12 ao artigo 369).

[160] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 194. Nesse sentido, ainda, foi editado o Enunciado 297 pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O juiz que promove julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de outras provas não pode proferir sentença de improcedência por insuficiência de provas.".

também denominados de garantias fundamentais (p. ex. *habeas data*, devido processo legal/jurídico, contraditório, ampla defesa, etc.). As garantias fundamentais servem à efetividade dos direitos fundamentais em sentido estrito, havendo, desse modo, uma relação de instrumentalidade entre ambos.[161]

Dentro desse contexto, o direito à prova emerge como consectário lógico das garantias de acesso à justiça, do devido processo e de ampla defesa.[162] Como aduz Eduardo Cambi[163], sem o reconhecimento de um direito à prova, a possibilidade de acionar e defender-se em juízo consistiriam em meras fórmulas vazias.

Constituem-se garantias das partes o aporte processual das fontes probatórias que possuam, assim como a produção em juízo, daquele material probatório potencialmente adequado ao convencimento judicial. Sobre o assunto, Pontes de Miranda[164] ensina: “Permitir comparência é permitir postular, ou assistir; permitir postular é permitir prova.”. Porém, especialmente tendo em vista que não se considera o julgador como único destinatário da prova, bem como ante a adoção da possibilidade de produção antecipada de provas, mesmo sem urgência, a concepção probatória que coloca o litigante como titular do direito à prova e seu conteúdo relacionado exclusivamente ao convencimento do decisor, resta ultrapassada por revelar-se indevidamente estreita[165].

O Código de Processo Civil veio a enfatizar ainda mais intensamente a importância da prova ao dispor no art. 369 o amplo emprego dos meios que possam “provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Direito de influência que deflui, ainda, dos artigos 7º e 10º a atribuir uma efetividade maior às garantias do contraditório

---

[161] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 186.
[162] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1990, p. 68.
[163] CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 19. Igualmente: MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 668 (comentário ao art. 369 do CPC).
[164] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas Corpus. Tomo II.** Campinas: Bookseller, 1999, p. 89.
[165] Por isso, diverge-se da lição de Joan Picó i Junoy no ponto (**El derecho a la prueba en el proceso civil.** Barcelona: J. M. Bosch, 1996, p. 18 e 19).

e da ampla defesa, especialmente no que tange à vedação de decisões-surpresa.

Por outro lado, como ensina William Santos Ferreira[166], o direito à prova tem fundamento constitucional, mas não é absoluto, sofrendo restrições na harmonização com outros direitos fundamentais e, então, a partir dos demais direitos fundamentais é que se depreende o referencial para a consideração da ilicitude do meio de obtenção de uma prova. A própria Constituição Federal veda a utilização de provas obtidas ilicitamente (artigo 5º, LVI, da CF/88) e, como pontifica William Santos Ferreira[167]

> O legislador optou não somente por trazer sanções diretas à violação de direitos, como à intimidade, mas também obstar a utilização do seu *produto*, a prova, em nítida mitigação do princípio do livre convencimento motivado (art. 131, I, do CPC).
>
> Houve uma opção na Constituição pelos direitos materiais mencionados, em detrimento do esclarecimento de questões fáticas. Há na escolha uma clara advertência: não viole direitos, especialmente os assegurados por esta Constituição, para o fim de obter prova, porque essa será imprestável. (itálico no original)

O ideal é que a prova sequer chegue a ser produzida por meios ilícitos, mas, caso venha a ser obtida, precisa ser descartada. Há discussão, ainda, a respeito de, se tal como ocorre no Direito Processual Penal (artigo 157, § 5º, do CPP[168], haveria a necessidade de exclusão do juiz que com a prova ilícita tenha tido contato[169].

Note-se que o conceito de prova ilícita é variável, sendo definido por cada sistema jurídico, não se revelando nem unívoco e nem tendo seu conteúdo definido aprioristicamente[170]. Além da definição de prova ilícita variar, o fundamento de sua inadmissão variou ao longo da história, pois até a Segunda Guerra Mundial sua rejeição assentava-se na ausência de confiabilidade dela para conhecimento da verdade, ao passo que depois sua repulsa passou a

---

[166] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 95.
[167] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 97.
[168] Art. 157, § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
[169] Pela exclusão, antes mesmo da alteração do CPP: CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 124 e 125. Em sentido diametralmente oposto: ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro. Volume II. Tomo II.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 247.
[170] DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado.** Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 37.

decorrer da defesa de outros valores, independentemente de sua capacidade de reconstituição dos fatos[171]. A oscilação do tratamento dispensado por cada sistema jurídico à prova ilícita é tão grande que a ilicitude pode ser afastada convenção das partes no caso da admissão do uso de detector de mentiras em alguns estados norte-americanos, como noticia Mirjan Damaska[172], o que ainda segundo o mesmo autor é impensável fora do *Common Law*.

Quanto à identificação da prova ilícita, os legisladores brasileiros constituintes e também aqueles dedicados à confecção do CPC, diferentemente do constituinte português[173] e do mexicano[174] e do quanto previsto na legislação espanhola[175], que, ao menos vagamente apontaram o que entendiam como provas ilícitas, não apontaram quais seriam as provas em tese inadmissíveis, atribuindo aos intérpretes da legislação fazê-lo. Por sua vez, o artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro apresenta uma noção bastante vaga ao definir que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Assim, a primeira dificuldade que se impõe é compreender quais seriam os meios ilícitos.

Em algumas ocasiões, todavia, o constituinte brasileiro apontou algumas hipóteses de ilicitude probatória, a saber: a) quando no artigo 5º, XII, autorizou a interceptação telefônica, em sede criminal, na forma da lei, condicionada à autorização judicial; b) ao mandar criminalizar a tortura (artigo 5º, XLIII[176]), o que permite inferir que se trata de via probatória inadmissível, pois ao

---

[171] DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a la deriva.** Tradução de Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 30 e 31.
[172] DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a la deriva.** Tradução de Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 95 e 96.
[173] Da Constituição de Portugal (art. 32): 8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.
[174] Da Constituição do México (art. 20, A): IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y.
[175] Da Ley de Enjuiciamento Civil: Artículo 287. Ilicitud de la prueba. 1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.
[176] Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos

repudiar a prática e determinar que a considere crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia impôs, sob pena de contradição, a proibição do uso como meio de prova; c) ao determinar que o acesso a domicílio por ordem judicial somente ocorra durante o dia (artigo 5º, XI[177]).

Porém, com exceção das três situações expostas acima, não houve uma apresentação de qual o critério para se considerar uma prova como obtida por meios ilícitos.

A vida, a incolumidade física e psíquica, a liberdade, a intimidade, a privacidade, dentre outros direitos fundamentais, constituem-se no parâmetro para a identificação da ilicitude na obtenção de uma prova. Assim, quando a feitura da prova depende de uma intromissão nos direitos fundamentais de outrem, será reputada inadmissível. Note-se que o elenco de hipóteses de vedação de obtenção de prova existente no artigo 32, nº 8, da Constituição de Portugal é nessa linha, opondo outros direitos fundamentais ao direito (também fundamental) à prova.

Existe, ainda, uma limitação constitucional de ordem instrumental a condicionar a licitude de uma prova, a saber, a da decisão que a autoriza/determina ser devidamente fundamentada. Uma busca e apreensão ou uma interceptação telefônica decorrentes de decisão judicial despida de fundamentação tornam nula, írrita, a atividade probatória e, por consequência, imprestável a prova produzida.

Poderia ser pensado que a proibição do uso de provas obtidas por meios ilícitos ensejaria um necessário descompasso entre o juízo que se faz sobre um fato e sua efetiva ocorrência. Todavia, isso não se mostra correto.

Como bem aponta Michele Taruffo[178], a proibição do uso de provas ilícitas não impede a busca pela verdade, pois não impossibilita uma correspondência entre o juízo de fato alcançado e o que efetivamente passou-

como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

[177] Art. 5º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

[178] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 24.

se na realidade sensível, mas constitui-se em uma limitação das vias pelas quais apura-se o que aconteceu para, desse modo, resguardar outros valores e direitos que não o da apuração da verdade a qualquer custo e por qualquer meio. A vedação de uso de provas obtidas ilicitamente somente seria um óbice intransponível à apuração dos fatos se fossem os únicos meios para tanto, ou seja, se nenhum meio lícito permitisse a descoberta da verdade, o que, se é possível, revela-se muito raro, pois muitas vezes a prova ilícita não é a única via de acesso ao ocorrido, mas sim a mais fácil, mais cômoda, o que explica a resistência de algum setor da sociedade a abominar seu uso.

Não existe incompatibilidade lógica entre: a) o juízo de fato corresponder ao que efetivamente ocorreu e b) a proibição de uso de provas obtidas por meios ilícitos. Isso porque, por meio de provas obtidas licitamente é possível que se tenha alcançado conclusão sobre como os fatos se passaram que seja verdadeira. Pode até, eventualmente, ser mais custoso, demorado, trabalhoso, realizar a descoberta de um fato por meios lícitos, mas adoção das vias juridicamente admissíveis em nada revela-se incompatível com a descoberta da verdade, ainda que, como bem leciona Deltan Martinazzo Dallagnol[179], nunca se possa saber com perfeita exatidão se ela foi alcançada.

Posta a questão da prova ilícita em geral, cumpre observar alguns meios reputados como ilícitos para que se compreenda, concretamente, qual a atividade probatória vedada, além daquelas quatro hipóteses já apontadas (interceptação telefônica sem autorização judicial/para fins não criminais/fora das hipóteses previstas em lei, tortura, cumprimento de ordem judicial durante o dia em domicílio e decisão não-fundamentada).

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira[180], à luz do ordenamento jurídico lusitano, mas em lição eventualmente aplicável no Brasil, apontam como provas ilícitas o uso do polígrafo (detector de mentiras), narcoanálise (inserção de substância química na pessoa para que conte a verdade, também conhecido como “soro da verdade”), acesso a fichas clínicas,

---

[179] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 38-42.

[180] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I.** (4ª ed. Portuguesa/1ª ed. Brasileira). Coimbra/São Paulo: Coimbra/RT, 2007, p. 524.

conversas com médicos e assistentes sociais e ameaça de imposição de medidas legalmente inadmissíveis. Igualmente, no Brasil, Leonardo Greco[181] insurge-se contra a utilização de coação, tortura, “soro da verdade” e outros meios em dissonância com os direitos fundamentais.

O exame de DNA coercitivo, ou seja, mediante condução sob vara, foi rejeitado pelo STF[182] no julgamento do HC 71.373 em sede de investigação de paternidade.[183] Contudo, há de atentar-se para o entendimento assentado na súmula 301 do STJ[184] e aos artigos 231 e 232 do Código Civil[185].

Por outro lado, em outro julgamento[186], o STF admitiu a coleta de material genético a partir da placenta, contra a manifestação volitiva da mulher parturiente, para aferição de ocorrência de crime de estupro.

O STF[187] reputou constitucional o artigo 6º da Lei Complementar 105/01[188] que autoriza os órgãos fiscais a requisitar às instituições financeiras, independentemente de ordem judicial, dados referentes às transações bancárias. Não foi considerada ilícita, portanto, a prova decorrente da posse das

---

[181] GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil. Volume II.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 177.

[182] STF, Pleno, HC 71.373, Relator Ministro Francisco Rezek, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio Mello, por maioria, julg. 10.11.1994, DJU 22.11.1996.

[183] Uma curiosidade interessante: segundo Aury Lopes Junior (**Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 354), em sede de apuração criminal, a Alemanha não aceita a recusa do acusado e usa de coação direta para que se efetive o exame de DNA, ao passo que a Espanha e a França valem-se de meios indiretos para pressionar o investigado/acusado, imputando-lhe o crime de desobediência. No Brasil, a Lei Federal 12.654/2012 autorizou o exame forçado, recebendo forte crítica doutrinária em: LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar e processo penal.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 492-500.

[184] STJ, 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

[185] Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.
Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

[186] STF, Pleno, Questão de Ordem na Reclamação 2.040, Relator Ministro Néri da Silveira, por maioria, julg. 21.02.2002, DJU 27.06.2003.

[187] STF, Pleno, Recurso Extraordinário 601.314, Relator Ministro Edson Fachin, por maioria, julg. 24.02.2016, DJE 16.09.2016. Igualmente foi o decidido nas ADIs 2386, 2390 e 2397.

[188] Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.
Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

autoridades fazendárias das informações financeiras dos clientes bancários, ainda que ausente autorização judicial.

Eduardo Cambi[189] aponta a interessante questão de ser a produção lícita, se precedida de autorização judicial, no caso da exumação de cadáver para fins de exame de DNA. Como aponta o doutrinador, ausente provimento jurisdicional que autorize tal medida, o que ocorre é um crime (art. 210 ou 211 do Código Penal[190]), mas diante da vênia judicial, tem-se uma prova produzida licitamente.

A gravação de conversa, por parte de uma vítima de um crime, é considerada constitucional pelo STF[191]. Porém, encontra-se em sede doutrinária voz contrária a tal entendimento, pois para Paulo Osternarck Amaral[192] a gravação oculta que resulte de uma prática indiscriminada de registrar todas as conversas, mesmo em um contexto normal, por exemplo, de uma tratativa comercial, e sem que haja fundada suspeita de prática de um ilícito, seria uma prova resultante de uma atuação ilícita em decorrência do comportamento antiético de gravar-se indistintamente a troca de informações.

Recentemente, após superação de veto presidencial, foi incluída na Lei de Interceptações Telefônicas (Lei Federal 9.296/1996), por meio da Lei Federal 13.964/2019, o artigo 8º-A, § 4º, com a seguinte redação:

> § 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.

Essa alteração legal reavivou o debate sobre a (i)licitude da gravação, especialmente pela ressalva “em matéria de defesa” que pode sugerir que somente seria admissível tal via probatória para a defesa de acusado.

---

189 CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 73.
190 Violação de sepultura
Art. 210 - Violar ou profanar sepultura ou urna funerária:
Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.
Destruição, subtração ou ocultação de cadáver
Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:
Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.
191 STF, 2ª T., RE 402.717, Relator Ministro Cezar Peluso, julg. 02.12.2008, DJU 13.02.2009; STF, 2ª T., AI 503617 AgR, Relator Ministro Carlos Velloso, julg. 01.02.2005, DJU 04.03.2005.
192 AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 81 e 82.

Quanto à interceptação telefônica em sede processual civil, há acesa polêmica a respeito. Isso porque, apesar da literalidade do artigo 5º, XII, da CF/88, vislumbram-se casos graves nos quais setor considerável da doutrina[193] vem reconhecendo a viabilidade do uso de tal meio de prova, embora haja julgados em sentido contrário[194] vem rejeitando tal medida. A jurisprudência, por outro lado, admite o uso como prova emprestada, não apenas em processos civis, mas inclusive em processos administrativos[195].

O STF[196], ao decidir o Recurso Extraordinário 1.116.949 (tema 1.041), entendeu que o direito ao respeito de correspondência alcança, igualmente, além de cartas e telegramas, pacotes e análogos. Na ocasião, foi assentada a seguinte tese: “Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo.”. No caso julgado, a prova foi reputada ilícita, não pela ausência de ordem judicial autorizando a abertura do pacote, mas por desatendimento da exigência legal constante do artigo 10, parágrafo único, da Lei 6.538/78 que impõe a oportunização do acompanhamento da diligência pelo remetente ou pelo destinatário.

O acesso ao conteúdo do celular de uma pessoa pela polícia depende de prévia autorização judicial[197] ou, ainda, conforme algumas decisões do

---

193 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 295-299. CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 105-111; FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 110-112.

194 Eduardo Cambi (**A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 109 e 110) aponta arestos do STF e do STJ em sentido oposto ao que defende e o mesmo julgamento do STJ é comentado, também, em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 298 (os autores apontam nessa edição mais recente que o aresto seria do STF, mas em edição anterior apresentavam referência mais completa do julgado de onde era possível identificar ser oriundo do STJ, como pode ser conferido em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** São Paulo: RT, 2009, p. 253).

195 STF, Pleno, Questão de Ordem no Inquérito 2.424, Relator Ministro Cezar Peluso, julg. 24.04.2007, DJU, 24.08.2007; Súmula 591 do STJ: É permitida a “prova emprestada” no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

196 STF, Pleno, RE 1.116.949, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, por maioria, julg. 18.08.2020, DJE 02.10.2020. A tese assentada foi a seguinte: “Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo.”.

197 STJ, 6ª T., RHC 90.200, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julg. 05.05.2020, DJE 12.05.2020, unânime. Ementa: “RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRESOS EM FLAGRANTE QUE TIVERAM SEUS TELEFONES CELULARES ACESSADOS PELA POLÍCIA SEM MANDADO JUDICIAL. NULIDADE. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

STJ[198], do consentimento do seu usuário. O problema de admitir-se que a vênia do utente do telefone celular supre a autorização judicial é em que circunstâncias seria emitida essa aquiescência, pois a manifestação volitiva deve ser efetivamente livre e informada, o que implicaria na necessidade de informação do direito de não conceder o acesso. Rodrigo Telles de Souza[199], para quem a ordem judicial ou o consentimento são dispensáveis em casos de flagrante delito – posição da qual, respeitosamente, diverge-se nesta tese-, bem elenca os problemas da emissão do consentimento:

> Essa compreensão, contudo, implica uma série de questões de difícil solução. O investigado submetido a uma busca e apreensão domiciliar ou preso em flagrante, diante de policiais, teria condições de livremente formular um juízo sobre a autorização de acesso ao conteúdo de seu aparelho celular? Ou essa vontade estaria contaminada por vício de coação em razão das circunstâncias? Tal autorização deveria caracterizar-se como um consentimento informado, sendo necessário que o suspeito seja anteriormente esclarecido sobre o seu privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur se detergere*) antes de conceder o consentimento, inclusive com registro escrito de tudo que se relacione ao tema? Ou bastaria pura e simples autorização verbal diante de solicitação de autoridades investigantes? A autorização deveria ser dada na presença de advogado, ou a assistência de um profissional da advocacia seria desnecessária? Essa autorização deveria ser expressa e inequívoca ou poderia ser tácita ou implícita, inferida do mero fornecimento de senha para acesso ao conteúdo do telefone móvel?

O consentimento para o conhecimento das informações no aparelho eletrônico não pode ser presumido e o ônus acerca da concessão da vênia pesa,

---

1. A defesa, no writ originário, pleiteava a revogação da prisão preventiva em decorrência da falta de justa causa oriunda da nulidade das provas adquiridas por meio do acesso aos smartphones. Neste habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, a defesa repisa o argumento de nulidade da quebra do sigilo dos telefones celulares, mas cinge-se a pedir a "exclusão processual de todas as provas obtidas e as provas derivadas". 2. Sem mandado judicial, é ilícito o acesso tanto dos dados gravados acessados pela polícia ao manusear o aparelho, quanto dos dados eventualmente interceptados no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea. 3. Recurso provido, a fim de reconhecer a ilegalidade das provas produzidas pelo acesso aos telefones celulares sem mandado judicial, determinando ao Juiz de primeira instância que avalie quais evidências devem ser eliminadas dos autos por derivação, bem como as que devem remanescer em função de fonte independente ou de descoberta inevitável.
A questão está em discussão no STF (tema 977, *leading case*: ARE 1042075).

[198] Exemplificativamente: STJ, 5ª T., AgRg no HC 648004, Relator Ministro Félix Fischer, julg. 13.04.2021, DJE 19.04.2021; STJ, 6ª T. HC 674185, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julg. 17.08.2021, DJE 20.08.2021.

[199] SOUZA, Rodrigo Telles de. A exigência de autorização judicial para acesso ao conteúdo de telefone móvel apreendido: uma ampliação da garantia à inviolabilidade domiciliar incompatível com o sistema jurídico brasileiro. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Coord.). **Altos Estudos sobre a Prova no Processo Penal.** Salvador: Juspodivm, 2020, p. 425.

não sobre o averiguado, mas sobre quem faz a averiguação. Assim, o STJ[200] considerou nula a busca de informações no telefone celular e inadmissível o juízo lançado na sentença onde foi consignado ser da defesa do acusado o ônus da prova da ausência da permissão para o acesso.

Por outro lado, prescinde de autorização judicial o acesso ao conteúdo de celular quando se trate de celular da vítima entregue por familiar à polícia[201] e quando se trata da apuração de infração disciplinar consistente na posse do próprio aparelho celular[202].

Foi admitido, ainda, pelo STF[203], o cumprimento de autorização judicial para a instalação de equipamentos para escuta ambiental, durante o período noturno, em escritório de advocacia. A admissão da prova produzida deu-se no contexto da operação *Hurricane* a envolver, dentre os investigados, membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e da advocacia.

Na decisão do STF, foi levado em consideração o caráter subsidiário da diligência probatória que, sem sua utilização, tornaria inviável a apuração dos fatos. Lembrou-se, ainda, a natureza profissional do ambiente no qual agentes estatais ingressaram à noite para realizar a diligência, contrapondo-a ao conceito estrito de casa como local de uso pessoal, familiar, onde se repousa – "domicílio stricto sensu" nas palavras do relator Ministro Cezar Peluso. Por outro lado, um aspecto intrigante do caso consiste na aparente ausência de autorização para cumprimento da ordem judicial durante o período noturno, de modo que a admissão de tal modo de realização da diligência parece somente ter ocorrido *a posteriori*.

Cumpre tem vista, ainda, que a ilicitude não se exaure no plano abstrato, pois, ainda que cumprido o necessário, em tese, para realizar a dilação probatória, no plano concreto pode ocorrer a violação de direitos fundamentais. Exemplo disso seria a inserção de escuta ambiental em confessionário para colher-se a confissão de alguém sobre a qual recai suspeita. Outro caso é o da

---

[200] STJ, 6ª T., RHC 89.385, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julg. 16.08.2018, DJE 28.08.2018.
[201] STJ, 6ª T., RHC 86.076, Relator Ministro Sebastião Reis, Relator para o acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, julg. 19.10.2017, DJE 12.12.2017.
[202] STJ, 6ª T., HC 546830, Relatora Ministra Laurita Vaz, unânime, julg. 09.03.2021, DJE 22.03.2021.
[203] STF, Pleno, Inq. 2.424, Relator Ministro Cezar Peluso, julg. 26.11.2008, DJE 26.03.2010.

interceptação telefônica da conversa entre cliente e advogado/psicólogo/médico etc.

## 1.6 O que é reputar comprovado?

A pesquisa sobre fatos não é exclusividade do operador do Direito e, menos ainda, do árbitro ou juiz. Reconhecer a ocorrência de um fato de modo algum é pertinente apenas a quem milita no universo jurídico.

Diuturnamente, estamos, todos, a reconhecer a ocorrência de fatos. Quando nos levantamos da cama pela manhã e abrimos a janela já observamos como está o tempo, se o sol ilumina o dia, se chove, etc. Nosso juízo, aliás, é mais sofisticado e permite inferências entre fatos diretamente observáveis e aqueles que se reconhece como ocorridos por presunção *hominis*, tal como ocorre ao olharmos a rua e vermos que o chão está molhado, embora não haja gotas caindo do céu, de modo a permitir a conclusão de que choveu. Assim, investigamos e somos convencidos, o tempo todo e sem muito esforço, de inúmeros fatos ao nosso redor.

A apuração de fatos pode ser, ainda, menos prosaica e mais profunda, refletida e demorada, sem que isso se dê, contudo, no ambiente jurídico. Basta pensar no trabalho de um historiador que durante anos dedique-se a examinar cartas, reportagens de jornal e outras fontes de prova para dirimir um ponto de dúvida sobre uma personalidade histórica. Ao examinar detidamente as provas, concluirá por alguma versão dos fatos, podendo, ainda, ao invés disso, acabar por convencer-se de que a partir do quanto examinado não é possível realizar uma afirmação sobre a questão, remanescendo a dúvida.

Todavia, diferentemente do historiador e de outros investigadores, o juiz e o árbitro precisam reconstituir os fatos e necessariamente emitir um juízo, não podendo ficar indefinidamente apenas na busca do que ocorreu.[204] Igualmente distinto é o trabalho do pesquisador dos fatos jurídicos quando se tem em vista a produção iterativa de novas provas, pois outras investigações

[204] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 56.

centram-se em provas já existentes (ruínas, inscrições, narrações já feitas e documentadas) o operador do Direito produz novas fontes (colhe testemunhos, realiza acareações, conduz interrogatórios).[205] O convencimento do julgador distingue-se, ainda, pelo *iter* percorrido até a formação do juízo, vez que a dilação probatória é ritualizada, ou seja, depende de uma forma para ser alcançada.

Por usa vez, distintamente do cientista, o operador do Direito não costuma, ainda que possa em certas ocasiões, valer-se de experimentações para verificar suas hipóteses[206], inclusive, o *Codice di Procedura Civile* (art. 261)[207] tem expressa previsão nesse sentido. Normalmente, o fato passado é examinado juridicamente sem que se replique a experiência, mas em alguns casos é possível pensar na realização de experimentos no curso do processo, via reconstituição ou prova pericial, para compreensão do fato *sub judice* e das alegações a seu respeito. Se em uma ação civil pública está sendo discutida a segurança de determinado modelo de veículo automotor, pode ser interessante a realização de um experimento do tipo *crash test* para verificação de como o automóvel se comportaria em uma colisão.

Assemelha-se a prática jurídica à clínica médica, na qual deve decidir-se, diante de um fato individual e irrepetível e sem acesso direto à doença em si,

---

[205] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 55.

[206] Parcialmente em sentido contrário, reputando que o operador do Direito não trabalha com experimentos: RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e Formação da Convicção do Juiz.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 319.

[207] Art. 261. (Riproduzioni, copie ed esperimenti).

Il giudice istruttore puo' disporre che siano eseguiti rilievi, calchi e riproduzioni anche fotografiche di oggetti, documenti e luoghi, e, quando occorre, rilevazioni cinematografiche o altre che richiedono l'impiego di mezzi, strumenti o procedimenti meccanici.

Egualmente, per accertare se un fatto sia o possa essersi verificato in un dato modo, il giudice puo' ordinare di procedere alla riproduzione del fatto stesso, facendone eventualmente eseguire la rilevazione fotografica o cinematografica.

Il giudice presiede all'esperimento e, quando occorre, ne affida l'esecuzione a un esperto che presta giuramento a norma dell'articolo 193.

Em tradução livre: Art. 261. (Reproduções, cópias e experimentos).

O juiz de instrução pode ordenar que sejam realizadas pesquisas, lançamentos e reproduções, inclusive fotográficas, de objetos, documentos e locais e, quando necessário, pesquisas cinematográficas ou outras

requerem o uso de meios, ferramentas ou procedimentos mecânicos.

Da mesma forma, para verificar se um fato é ou pode ser verificado de uma determinada forma, o juiz pode mandar proceder à reprodução do próprio fato, podendo ser realizada detecção fotográfica ou cinematográfica.

O juiz preside o experimento e, quando necessário, o confia execução a um perito que presta juramento de acordo com o artigo 193.

com base em provas existentes e naquelas tempestivamente produzíveis, respeitando-se limites fácticos e jurídicos, sobre qual o diagnóstico e tratamento aplicável[208].

Porém, existem outros aspectos que tornam o reconhecimento de um fato como provado em um julgamento um caso especial de reconhecimento, especificidades essas decorrentes do dever de fundamentação (artigo 93, IX e X, da CF/88) e da proibição de utilização de provas ilícitas (artigo 5º, LVI, da CF/88).[209]

Apesar do direito ao devido processo ter raízes ainda no século XIII, mais precisamente na cláusula 39 da Magna Carta de 1215[210], a fundamentação, por sua vez, é uma garantia fundamental consagrada em momento histórico relativamente recente, tendo sido assentada, primeiramente, apenas no final do século XVIII[211]. A fundamentação não se impõe, todavia, de uma vez por todas, em todos os lugares e imediatamente, bastando ver que na França, nos primeiros anos após a Revolução Francesa, foi adotado o júri popular para decisão sobre crimes graves, de modo a prevalecer o julgamento conforme a íntima convicção[212], ou seja, julgando-se sem fundamentar.

Ainda que autônomas e surgidas em ocasiões e contextos distintos, as garantias do devido processo jurídico e da fundamentação se conectam, vez

---

[208] FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 73-78.

[209] Extrapola o escopo do presente estudo, mas cumpre anotar que a valoração da prova não apenas correlaciona-se os mandamentos constitucionais a reger a relação entre quem decide e quem será afetado pela decisão, mas diz respeito, ainda, às circunstâncias socioculturais onde está inserida, pois, como bem aponta Danilo Knijnik (**A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 8 e 9), o abandono dos ordálios, dos duelos, do recurso à magia, à manifestação de divindades e à prova legal decorrem diretamente do preceito iluminista de que a razão humana é o instrumento de conhecimento da realidade. Sobre o assunto, veja-se, também, com minuciosa explicação sobre os diversos tipos de ordálios: SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 23-43. Ainda: LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra.** Londrina: Thoth, 2021, p. 45-58.

[210] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82.

[211] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 573. Isso não significa, obviamente, que antes da consagração ampla de um dever de fundamentação já não existissem sentenças fundamentadas e um pontual dever ou hábito de fazê-lo, sendo crível que tenham sido confeccionadas ainda no Direito Romano como apontam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (**Lições de História do Processo Civil Romano.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 118).

[212] DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a la deriva.** Tradução de Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 42 e 43.

que a fundamentação apresenta-se como corolário do devido processo que se desenvolve como rito, mas ao fim e ao cabo se perfectibiliza com a demonstração das razões pelas quais chegou-se a determinada interpretação das normas e dos fatos. É possível até mesmo ver no devido processo desacompanhado de uma decisão fundamentada um fenômeno histórico residual, bastando ver que o júri não é a forma mais comum de julgamento nem mesmo no *Common Law*[213].

A fundamentação consiste na forma de demonstração da submissão do julgador às normas e às provas, de forma a legitimar o exercício do poder enquanto expressão de um ato de razão – e não de imposição de uma vontade autocrática.[214] Apresenta-se, assim, como corolário do Estado de Direito. No ponto, cumpre trazer o ensinamento de Teresa Arruda Alvim Wambier[215] acerca da duplicidade de funções desempenhadas pela fundamentação:

> A exigência de que as decisões judiciais sejam fundamentadas, hoje em dia, responde a duas necessidades. Uma delas é prestar contas à sociedade, nos Estados de Direito. Esta necessidade *absorve* a possível subjetividade da decisão e é um meio de evitar a arbitrariedade. A outra é técnica: possibilita-se que da decisão se recorra. No recurso, ataca-se justamente a fundamentação. (itálico no original)

A emissão de um juízo sobre um fato para dele extrair efeitos jurídicos exige uma adequada fundamentação, pois somente uma apresentação sólida das razões que levaram o julgador a determinada conclusão é consentânea com o exercício legítimo da jurisdição enquanto consectário do devido processo jurídico a que todos fazem jus. Assim, o reconhecimento ou não de determinado fato conecta-se diretamente com as garantias constitucionais, pois somente uma fundamentação consistente legitima o poder de imposição de uma decisão por quem está incumbido de aplicar o Direito ao caso, conquanto não garanta que o

---

[213] LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra.** Londrina: Thoth, 2021, p. 35.
[214] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 573 e 574.
[215] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova... *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix**.** (Org.) **Desvendando o novo CPC.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 205.

juízo emitido na decisão tenho efetivamente correspondido aos fatos como se deram[216].

Isso impõe-se não apenas aos juízes e árbitros, mas igualmente aos órgãos da Administração Pública que também possuem o dever de fundamentar seus atos e que quando os editam também emitem juízos sobre a ocorrência de fatos. Quando o Estado, no exercício de atividade fiscalizadora, aplica sanção administrativa, deve não apenas apontar qual o fato (motivo) que ensejou a edição do ato administrativo repressivo, mas expor claramente o raciocínio probatório que autoriza a conclusão de que tal evento ocorreu.

Por outro lado, um particular pode reconhecer um fato imotivadamente, mas quando o Estado ou um árbitro o fazem, isso depende de uma demonstração clara e cabal das razões para fazê-lo, sendo esse um dever que decorre do poder de impor efeitos jurídicos e práticos sobre a esfera jurídica de outrem. Cotidianamente reconhece-se a ocorrência de fatos - e inclusive são confeccionadas provas a respeito deles -, porém não se faz necessário explicitar as razões do convencimento a cada vez que se faz um juízo sobre uma ocorrência na realidade concreta.

Em algumas situações muito específicas, entretanto, existe um dever de fundamentar um juízo de fato no bojo de relações civis e exemplo disso é a necessidade de explicitar qual a conduta do correntista a caracterizar o uso impróprio de conta-corrente a justificar o encerramento da mesma pela instituição financeira (artigo 5º, I, da Resolução BACEN 4.753/2019[217]). Isso porque o devido processo jurídico alcança as relações privadas, enquanto eficácia horizontal dos direitos fundamentais[218], em dadas circunstâncias.

---

[216] FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no Direito.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017, p. 103-108.

[217] Art. 5º Para o encerramento de conta devem ser adotadas, no mínimo, as seguintes providências: I - comunicação entre as partes da intenção de rescindir o contrato, informando os motivos da rescisão, caso se refiram à hipótese prevista no art. 6º ou a outra prevista na legislação ou na regulamentação vigente;

[218] Para uma visão panorâmica do debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e defesa de uma eficácia indireta, veja-se o excelente livro: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. Por outro lado, uma excelente defesa da tese da eficácia direta é levada a efeito no seguinte trabalho: SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.)

Posta a necessidade da fundamentação dos atos administrativos, jurisdicionais e, em alguns casos, particulares, cumpre a análise acerca do que é reconhecer um fato como provado.

Reputar um fato como provado é diferente de convencer-se da ocorrência dele. A comprovação exige mais do que a crença subjetiva.

O reconhecimento jurídico de um fato depende de uma ancoragem probatória a permitir uma justificação intersubjetiva, de forma que outras pessoas conheçam as razões pelas quais determinado enunciado fático foi aceito como verdadeiro. Nem objetivo e nem subjetivo, a realização de um juízo sobre determinada asserção de fato é intersubjetiva, ou seja, depende de uma apresentação de razões compartilháveis na comunidade de destinatário do discurso para o qual é direcionado.

Afinal, como ensina William Santos Ferreira[219], a ausência de critérios rígidos para a valoração probatória não significa, de qualquer modo, que esteja o magistrado livre para decidir intuitivamente e sem adstrição ao conjunto probatório, inclusive por força do mandamento constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Igualmente, Moacyr Amaral Santos[220] aduz que descabe a realização de juízo de fato alicerçado apenas pela consciência, suposições ou impressões pessoais. Ainda, Michele Taruffo[221] assevera que a decisão sobre os fatos não pode ser fruto de uma introspecção profunda da qual o julgador retorna à superfície com uma certeza subjetiva sobre o que ocorreu.

Quando um juiz ou árbitro fia-se exclusivamente na sua capacidade de intuir o que ocorreu gera-se o risco de que o provimento jurisdicional seja, para usar as palavras de Luigi Ferrajoli[222], uma manifestação *secundum conscientiam* ao invés de *ex informata conscientia*. Por isso, é tão importante

---

**Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-36.

[219] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 288 e 289.

[220] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 17 e 18.

[221] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 224.

[222] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2014, p. 563.

prestar atenção ao vaticínio de Joan Picó i Junoy[223] quando, retomando brocardo medieval legado pela Escola de Bolonha, assevera que *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*.

Aqui é preciso fazer uma observação: é possível que o *feeling* do decisor o leve a uma crença que efetivamente corresponda a como os fatos se passaram. Pode haver coincidência entre uma impressão pessoal e o que se deu na realidade. A ausência de estofo probatório a suportar uma decisão não implica, necessariamente, que aquele juízo subjetivo do julgador esteja em dissonância com os fatos.

Pode ser que aquele a emitir juízo sobre fato e que tenha alcançado sua conclusão apenas em impressões pessoais tenha uma intuição correta sobre o evento sob análise, mas, ainda assim, será incapaz de expor racionalmente as razões de sua crença, até mesmo porque fundada em outros elementos que não as provas, ou seja, em elementos de convencimento não compartilháveis. O problema é que a fundamentação se tornará meramente formal e absolutamente incontrolável, destoando seriamente do que se espera de um Estado de Direito.

O Estado de Direito, ao monopolizar o uso da força, assegura que os bens e a liberdade das pessoas somente serão afetados por meio do devido processo jurídico, dentro do qual o juízo será devidamente fundamentado, tanto quanto às normas aplicáveis, quanto em relação aos fatos reconhecidos como hábeis a deflagrar as consequências jurídicas cabíveis. Por isso, é um dever do decisor, inclusive de órgãos administrativos, firmar juízo sobre fatos que estejam comprovados e não que se acredite ter ocorrido.

É inerente ao Estado de Direito que a impressão pessoal ceda à prova existente ou à ausência dela, pois uma das características do mesmo é a sindicabilidade dos seus atos. A legitimidade dos atos que afetam a esfera jurídica depende diretamente deles serem passíveis de conhecimento e de controle racional. Por isso, exige-se mais do que o mero convencimento

---

[223] PICÓ I JUNOY, Joan. **O Juiz e a Prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual.** Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, *passim*.

subjetivo, mas a identificação das provas e o raciocínio adotado para assumir-se o fato como ocorrido. Como ensina Teresa Arruda Alvim Wambier[224]:

> A subjetividade que possa eventualmente ter sido uma das razões da decisão deve ser convenientemente *absorvida* pela objetividade da fundamentação.
>
> A fundamentação, se sabe, não é lógica, mas racional. A lógica não é, senão, uma das províncias da racionalidade. (itálico no original)

Ao contrário do pontificado por Jeremy Bentham[225], a pessoa no exercício de uma função pública não pode exercer o mesmo juízo de um particular, mais precisamente de um pai diante de um conflito doméstico, inclusive tendo o jusfilósofo inglês aduzido que era esse exatamente o modelo de bom juiz, pois os deveres relacionados com o exercício de poder estatal/arbitral, especialmente o de fundamentação, mostram-se incompatíveis com o modo de decisão levada a efeito no âmbito estritamente privado.[226]

Por outro lado, a fundamentação não se coaduna com a mera escolha de uma das versões apresentadas, mas, nas palavras de Miguel Reale[227], na

> *enunciação dos fundamentos* em que se baseia a decisão, constituindo, desse modo, um *ato transpessoal* que emerge do vivo cotejo das questões de fato e de direito. (itálico no original)

Desse modo, a valoração das provas precisa ser compreendida dentro do contexto de promoção da efetividade do Estado de Direito e das garantias fundamentais processuais a modelar o *modus* pelo quais se reconhece a ocorrência de fatos, constituindo-se, assim, em direcionamentos e limitações jurídicas ao juízo de fato.

Como é sabido, há três grandes sistemas de valoração probatória, o da prova tarifada, o da persuasão racional/convencimento motivado[228] e o da

---

[224] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova... RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix**. Desvendando o novo CPC.** (Org.) 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 205.

[225] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição original: 1847), p. 45 e 48.

[226] Igualmente, no mesmo sentido da crítica aqui realizada, enfatizando que a atuação do magistrado ocorre processualmente, em um contexto distinto daquele do *paterfamilias*, ainda que as operações mentais possam parecer similares ou até mesmo idênticas: CAVALLONE, Bruno. Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda). **Rivista di diritto processuale.** LXI. Padova: CEDAM, 2006, p. 428.

[227] REALE, Miguel. **Questões de direito público.** São Paulo: Saraiva, 1997, p. 158.

[228] A nomenclatura varia a ponto de Alberto Augusto Vicente Ruço (**Prova e Formação da Convicção do Juiz.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 34) chamá-lo de “sistema de prova livre e íntima convicção motivada e controlável” em contraposição ao “sistema de prova livre e íntima convicção não motivável”.

íntima convicção, mas o entendimento deles somente ganha significado e validade jurídica quando contrastado com o quanto exigido pela Constituição Federal, tanto sob o ângulo dos deveres e poderes do Estado, quanto das garantias em face dele. A tentativa de compreensão do reconhecimento de fatos somente à luz da legislação ordinária enseja uma série de dificuldades e resultados não raramente dissonante do prescrito pela Constituição Federal.

Situada a valoração probatória em face do sistema constitucional de poderes, deveres e garantias, então impõe-se sua análise no plano infraconstitucional, mas sempre tendo em vista as exigências jurídicas da lei hierarquicamente superior.

Acerca da fundamentação da decisão a respeito da questão de fato, cumpre, de início, observar que, como aponta Otávio Verdi Motta[229], o CPC vigente que inovou ao dispor minuciosamente sobre o quanto necessário para bem dirimir a questão de Direito (artigo 489, § 1º[230]), mas não o fez igualmente em relação ao juízo de fato. Ainda assim, possui razão William Santos Ferreira[231] ao identificar uma exigência de fundamentação quanto ao juízo de fato na combinação dos artigos 371 e 489, § 1º, II e IV, ambos do CPC, a exigir que sejam correlacionadas concretamente as assertivas adotadas com as específicas provas dos autos, vedando-se a adoção de fundamentos genéricos a tornar inviável o controle da racionalidade da decisão.

---

[229] MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente.** São Paulo: RT, 2015, p. 153 e 154.

[230] Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
[...]
§ 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.

[231] FERREIRA, William Santos. Artigo 371. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 1.001.

O Brasil adota[232], tal como a maior parte dos demais países do *Civil Law*[233], predominantemente e com variação de nomenclatura, o sistema da persuasão racional/convencimento motivado/racional/condicionado. É o sistema no qual o julgador "pode dar a sua própria valoração à prova, sendo dever seu o de fundamentar" como bem sintetiza Cassio Scarpinella Bueno[234].

Diz-se predominantemente porque não se impôs uma metodologia pura de apreciação das provas, havendo reminiscências da prova legal/tarifada, por exemplo, quando exige-se "início de prova material contemporânea dos fatos" para o reconhecimento de tempo de serviço (artigo 55, § 3º, da Lei Federal 8.213/91)[235], bem como a própria Constituição Federal deixa margem para a admissão da íntima convicção quando da instituição do Tribunal do Júri no artigo 5º, XXXVIII[236], embora a aplicação dessa sistemática venha sendo questionada ultimamente[237]. É certo, contudo, que o CPC atual representa menos concessões à prova tarifada do que o CPC/1973 no qual, por exemplo, não se podia comprovar a existência de contrato de valor maior do que 10 (dez) salários mínimos (artigo 401) e no qual era suspeito para fins testemunhais aquele que, por seus costumes, não fosse digno de fé (artigo 405, § 3º, II). Assim, vê-se um movimento crescente no sentido da expansão do sistema de persuasão racional/convencimento motivado.

---

[232] Exemplificativamente: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Volume 2. Tomo I.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266; FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 287; POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. *In*: KNIJNIK, Danilo. **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 233. [219-243]
Ainda na égide do CPC/1939, Moacyr Amaral Santos (**Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 357) apontava a adesão brasileira ao sistema da persuasão racional.

[233] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 287; SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 338 e 339; TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 190.

[234] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Volume 2. Tomo I.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

[235] Essa é a redação atual, atribuída pela MP 871/2019 e, depois, pela Lei Federal 13.846/2019, pois a original limitava-se a exigir "início de prova material".

[236] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 288.

[237] Nesse sentido, a entrevista com Aury Lopes Jr. e Lenio Streck (**Conjur**, 24.01.2021. Acesso em: 13.02.2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jan-24/entrevista-lenio-streck-aury-lopes-jr-professores-advogados.
Sobre a compatibilidade entre júri e fundamentação, ainda: DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a la deriva.** Tradução de Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 56 e 57.

A metodologia da persuasão racional/convencimento motivado consiste na inexistência de uma prévia estipulação legal de quais provas são necessárias para reputar-se um fato como demonstrado e, ao mesmo tempo, impõe ao decisor uma justificação clara, racional, convincente, dos motivos que ensejaram a apreciação das provas do modo que veio a resultar no juízo formado.[238]

Nesse sistema, anota Moacyr Amaral Santos[239]

> O juiz, não obstante aprecie as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e *vis probandi* destas; a convicção está na *consciência* formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e sim condicionada a regras jurídicas, a regras da lógica, a regras de experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram.

A técnica da persuasão racional/convencimento motivado implica em submissão da convicção às provas colhidas, formando o convencimento a não ser com os elementos probatórios do processo[240]. E porque o juízo está condicionado pelo acervo probatório, impõe-se a demonstração de como a decisão considera as provas, motivadamente[241].

A aplicação desse sistema demanda uma especial atenção com o desempenho do dever de fundamentação a explicitar os motivos que ensejaram a conclusão alcançada, o que implica não apenas mencionar os elementos probatórios constantes dos autos, mas explicar sua correlação com a narrativa das partes, com a versão assumida como verdadeira pelo decisor e como se alcançou o juízo de fato, inclusive revelando-se por qual razão deu-se maior peso a determinada(s) prova(s) do que a outra(s). Como aduzem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[242], exige-se do decisor não apenas a consideração das provas que o conduziram à aceitação da ocorrência de tal fato, mas igualmente daquelas outras em sentido oposto, ou seja, aquele que emite

---

[238] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 288 e 289.
[239] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 332 e 333.
[240] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 334.
[241] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 337 e 338.
[242] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 312-315.

juízo de fato precisa manifestar-se tanto sobre as provas que corroboram seu entendimento quanto aquelas que do mesmo destoam.

Atualmente, o CPC (artigo 371)[243] não contempla mais a expressão "livremente" para identificar o sistema de valoração da prova vigente, ao contrário do que ocorria no CPC/1973 (artigo 131)[244]. Isso gerou uma acesa controvérsia sobre o significado prático da alteração.

Antes, o sistema da persuasão racional já exigia a adequada fundamentação, incluída a demonstração racional de como, a partir do conjunto probatório, alcançou-se determinada conclusão. Igualmente, o CPC revogado era incompatível com decisões pautadas em impressões pessoais e intuições, *a fortiori* depois da superveniência da CF/88 que, como bem aponta William Santos Ferreira[245], de forma inédita imputou a pecha de nula ao veredito não fundamentado. Como pontifica William Santos Ferreira[246]:

> A denominação utilizada no CPC/1973 objetivava aclarar não propriamente uma "liberdade" do julgador para decidir como desejasse apenas apresentando motivos, o vocábulo "livre" significava desvinculado de um "sistema tarifado", de "provas legais", apenas isto.

A expressão "livremente" constante do revogado artigo 131 nunca prescreveu ou facultou a ausência de fundamentação e nunca permitiu ao julgador a adoção de decisões com lastro em uma íntima convicção, tanto que o próprio dispositivo apontava a necessidade de explicitação dos "motivos que lhe formaram o convencimento". E como era um dispositivo sobre a apreciação da prova, somente ela – a prova – era idônea a alicerçar a motivação – e nunca o *feeling* do decisor. O livre significava a inexistência de uma tarifação legal das provas e não a adoção do sistema de íntima convicção.[247]

---

[243] Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.
[244] Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.
[245] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 289.
[246] FERREIRA, William Santos. Artigo 370. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 1.001.
[247] Exemplificativamente: FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 288 e 289; POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. *In*: KNIJNIK, Danilo. **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 233 e 234.

Todavia, às vezes, na prática, a aplicação do Direito dava-se de forma diversa, como se a questão de fato fosse um âmbito insondável e que o juízo sobre a ocorrência ou não de um evento na realidade sensível fosse um aspecto incontrolável do pronunciamento jurisdicional. No cotidiano forense, às vezes, o "livremente" passava a constituir supedâneo a sufragar um sistema de íntima convicção que, por vezes, era aplicado, ainda que negado teoricamente. Nesse sentido, como William Santos Ferreira[248] aponta

> [...] nos 40 anos de vigência do CPC/1973 o que se observou foi um desvirtuamento da norma, a cada dia é mais comum o "livre convencimento motivado" servir de uso retórico para até "liberar" o julgador dos esforços de correção do julgamento referente ao plano fático, de especificação dos elementos do conjunto probatório dos autos que o convenceram. [...]

Também apontam o desvirtuamento ocorrido sob a égide do CPC/1973, Lenio Streck, Lucio Delfino e Ziel Vieira Lopes[249] quando assim observam:

> Na práxis jurídica, costumava se considerar o juiz livre para agir (ou se omitir) dentro do processo, não existindo um direito da parte com relação a isso, e sim uma sujeição dela ao poder estatal. Tal paradigma de processo judicial vem ligado a uma dogmática jurídica servil ao autoritarismo, como também a certos movimentos críticos que apostam no protagonismo do juiz para fazer justiça. Ambos ficam bastante aquém do que seria o paradigma democrático de processo.
>
> Assim, são vários os julgados a dizer que "o juiz é o destinatário da prova", que se deve ter "confiança no juiz da causa", que "o juiz é o dono do processo", que "o juiz decide conforme sua consciência", que "não está obrigado a enfrentar todos os argumentos das partes", ou que simplesmente "discorda" deles, que "nada há a esclarecer", que "mantém a decisão por seus próprios fundamentos" e etc.
>
> Alguns invocam até um "direito de julgar" que não pode ser cerceado. [...]

E o problema, assim, extrapolava o Direito Probatório, revelando, no fundo, um desatendimento ao dever de fundamentação adequada.

A alteração legal é uma reação clara a uma prática – e não a uma abordagem teórica. A consideração da modificação legal apenas no plano abstrato, sem a consideração de sua efetiva aplicação, revela-se incapaz da compreensão do sentido efetivo da ação legislativa no caso. Insurgiu-se o

---

[248] FERREIRA, William Santos. Artigo 371. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 1.001.

[249] STRECK, Lenio; DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Vieira. **Ainda sobre o livre convencimento: resistência dos tribunais ao novo CPC.** Disponível em: 59 - Ainda sobre o livre convencimento (luciodelfino.com.br). Acesso em: 13.02.2021.

legislador contra um estado de coisas que resultou de uma distorção da lei anterior e diante disso reafirmou, de forma mais incisiva, a norma aplicável.

Por isso, como bem aponta José Miguel Garcia Medina[250], a extirpação do advérbio "livremente" é carregada de simbologia, constituindo-se em manifestação legislativa enfática de que a consideração das provas deve ser efetiva e a fundamentação racionalmente realizada – e não apenas *pro forma*. Como ensina William Santos Ferreira[251]

> [...] Não há liberdade no ato de julgamento, há um dever de fundamentação tomada, que deve ter como pauta de conduta a preocupação em buscar convencer as partes acerca da correção do posicionamento judicial (persuasão racional das partes) [...]

Talvez o legislador devesse ter ido mais longe ainda, como aduz Otávio Verdi Motta[252], estabelecendo alguns parâmetros normativos para a adequada emissão de juízo sobre a questão de fato, tal como fez em relação à aplicação das normas no artigo 489, § 1º, do CPC.[253]

Com razão, Streck, Delfino e Lopes[254] asseveram ter a supressão do "livremente" o condão de gerar um saudável constrangimento epistemológico ao

---

[250] MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 679 (comentário ao artigo 371).

[251] FERREIRA, William Santos. Artigo 371. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 1.001.

[252] MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente.** São Paulo: RT, 2015, p. 153 e 154.

[253] No CPC português há previsão expressa sobre a fundamentação acerca do juízo fático: Artigo 607.º [...] 3 - Seguem-se os fundamentos, devendo o juiz discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final. 4 - Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraindo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência. 5 - O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes. Sobre o tema, Alberto Augusto Vicente Ruço (**Prova e Formação da Convicção do Juiz.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 45 e 49) aduz que a exigência de fundamentação quanto à questão de fato foi instituída pela reforma do Código de Processo Civil de 1961 levada a efeito pelo Decreto-lei 44.129, de 28 de setembro também de 1961 e que, por sua vez, a obrigatoriedade de que o juiz procedesse a uma análise crítica das provas e que explicitasse os fundamentos que o convenceram foi legalmente instituída em 1995, dado o advento dos Decretos-lei 39 e 329-A, ambos de 1995.

[254] STRECK, Lenio; DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Vieira. **Ainda sobre o livre convencimento: resistência dos tribunais ao novo CPC.** Disponível em: 59 - Ainda sobre o livre convencimento (luciodelfino.com.br). Acesso em: 13.02.2021. Ainda de Lenio Streck, onde defende o mesmo

decisor naquelas situações nas quais o peso atribuído a uma prova é de difícil justificação, exemplificando com o caso da utilização da palavra de uma testemunha para refutar, por si só, uma escritura pública. Nas palavras dos autores:

> Do mesmo modo, julgados (RT 500/180) atestando que o juiz estaria autorizado a conferir à prova o valor que entender adequado, podendo considerar a testemunha superior à escritura pública, deverão sofrer forte censura epistemológica por parte da doutrina. Isto é, poderá ocorrer hipótese na qual a escritura valha menos que um depoimento testemunhal, só que isso terá que ser demonstrado por uma fundamentação que, obviamente, não exsurge do livre convencimento do juiz. Portanto, inadequado dizer, diante do novo CPC, que "o juiz pode dar a prova o valor que entender adequado".

Note-se, todavia, que ainda sob a égide do CPC/1939, Moacyr Amaral Santos[255] havia inclusive oferecido o mesmo exemplo, com igual conclusão:

> Ninguém contesta ao juiz a liberdade de basear-se apenas numa testemunha, mas ninguém concordaria que lhe desse preferência para, nela apenas fundado, negar autoridade a uma escritura revestida das formalidades legais.

Cumpre recordar, também, haver antes do atual CPC, felizmente, decisões como a do STJ[256] anulando julgamento que considerou a prova testemunhal preponderante sobre exame de DNA, determinando a realização de mais um exame pericial para aferição da paternidade, ou seja, em certas ocasiões, a jurisprudência já havia repelido o uso abusivo da liberdade de apreciação probatória.

Assim, a supressão do "livremente" foi uma sadia reação legislativa a uma prática que destoou do tratamento teórico vaticinado há muito em sede doutrinária, mas sem constituir-se, no plano das ideias, a algo efetivamente novo, revolucionário.

Por outro lado, mesmo pessoas capacitadas e de boa vontade podem analisar o mesmo acervo probatório e alcançar conclusões diversas. Nesse sentido, o sistema de persuasão racional, apesar de repudiar o juízo fundado em

---

posicionamento: STRECK, Lenio. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. *In*: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coord.). **Direito Probatório.** 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 113-120.

[255] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 336.

[256] STJ, 3ª T., REsp 397.013, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 11.11.2003, DJU 09.12.2003.

intuição e em razões não compartilháveis e aceitáveis racionalmente, admite uma certa margem de variação de entendimentos à luz dos mesmos elementos probatórios, mas sempre mediante adequada fundamentação. Por isso, assiste razão a Fernando da Fonseca Gajardoni[257] quando aponta essa margem de valoração inerente ao julgamento humano.

Pessoas razoáveis, movidas pelo interesse de realizar uma acertada valoração da prova, não raramente entrarão em desacordo quanto ao juízo de fato. Como a conclusão acerca da veracidade de um enunciado de fato não é o resultado de um percurso previamente delimitado pelo legislador ou mesmo pela jurisprudência e como nunca se saberá com absoluta certeza se o juízo de fato corresponde efetivamente à realidade, existe um espaço para a dissensão quando à comprovação ou não de determinada hipótese acerca de como os fatos ocorreram.

Na medida em que a prova não é tarifada, a valoração já passa a ser um espaço amplo onde move-se o decisor e onde ele precisa conduzir-se sempre tendo em vista a prova efetivamente produzida, que será o elemento de ancoragem do discurso na realidade. Nesse aspecto, dentro de um sentido muito restrito, onde "livremente" significa ausência de tarifação, a metodologia de reconhecimento de fatos era livre e assim continua, mesmo com a supressão de tal expressão na atual codificação, mas sem que isso resulte, muito antes pelo contrário, em uma margem de apreciação não sindicável.[258] E não se pode ignorar, ainda, que a ausência da possibilidade de uma verificação externa ao próprio juízo de fato a revelar a verdade em um sentido absoluto, mostrando com absoluta precisa se a versão dos fatos corresponde ou não ao ocorrido, constitui limite epistemológico insuperável a impedir que se saiba qual a valoração probatória absolutamente correta.

---

[257] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento não acabou no novo CPC. *In*: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coord.). **Direito Probatório.** 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 233-234.

[258] No mesmo sentido: CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas Essenciais do Novo CPC.** São Paulo: RT, 2016, p. 243 e 244

Nesse sentido, Jorge Augusto Pais do Amaral[259], tendo em vista o CPC português revogado – note-se que o atual continua contemplando (artigo 607, nº 5[260]) a "livre apreciação" – vaticina:

> [...] prova livre não quer dizer prova arbitrária ou caprichosa. Muito menos significa que é lícito ao tribunal julgar os factos como lhe aprouver, segundo as provas, sem provas, ou até contra as provas.
>
> Prova livre significa que o julgador não está subordinado a regras ou critérios formais estabelecidos na lei.

Assim, a ausência de critérios valorativos apriorísticos não significa, muito antes pelo contrário, que a apreciação da prova não deva ser efetivamente, concretamente, motivada e que não existam valorações injustificáveis. Basta pensar na prevalência de uma prova testemunhal quando comparada com uma escritura pública e na preferência a testemunhos perante o resultado de um exame de DNA para concluir-se que, salvo casos absolutamente excepcionais onde demonstrada sua excepcionalidade, tais apreciações probatórias não se justificam. A própria jurisprudência já vinha realizando algum constrangimento epistemológico nesse sentido, inclusive uniformizando entendimentos sobre a valoração de provas, tal como pode ser visto nas súmulas 149[261], 233[262], 247[263] do STJ.

Um aspecto que ainda parece pouco explorado, mas que pode revelar-se bastante promissor, é o da controlabilidade do juízo probatório por meio da exigência de coerência.

A coerência é uma exigência do Estado de Direito e, hoje, encontra-se exigida de forma explícita no artigo 926, *caput*, do CPC[264].

---

[259] AMARAL, Jorge Augusto Pais do. **Direito Processual Civil.** 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 258.

[260] Art. 607, 5 - O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes.

[261] Súmula 149 - A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário."

[262] Súmula 233 - O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo.

[263] Súmula 247 - O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória

[264] Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Embora seja comum associar-se o dever de coerência diante da interpretação normativa, o mesmo deve ser aplicado em relação aos juízos de fato. A coerência pode ser interna, quando decorre do cotejo dos elementos da mesma decisão, e pode ser externa, quando deriva da confrontação entre elementos de distintas decisões.

Ilustrativamente, observe-se que se um julgador reputa relevante a palavra de uma testemunha, precisa considerar os demais testemunhos e explicar as razões pelas quais conferiu especial peso ao relato daquela e não o fez em relação aos demais. Faz-se necessário, ainda, apontar por que considerou preferencialmente uma parte do que disse determinada testemunha, mas não o fez de igual modo em relação ao restante do mesmo testemunho.

Do mesmo modo, se a consideração de uma operação econômica está sendo ocorrendo para fins de apuração de um ilícito fiscal e se para tanto a autoridade fazendária enfatiza as circunstâncias atípicas, em detrimento da formalização do negócio tal como documentado, de igual modo deve considerar todo o contexto negocial onde inserida a transação para então aferir se a forma adotada mostra-se efetivamente abusiva, apenas encobrindo negócio simulado. Em outras palavras: impõe-se a adoção de um mesmo critério *pro et contra* o contribuinte fiscalizado, considerando-se o aspecto formal e o contrato isoladamente ou o substrato material, compreendendo-se a operação econômica em seu aspecto mais amplo.

Outro exemplo de incoerência é a desconsideração de estatísticas para a comprovação da frequência de um dado fato e a afirmação de que a repetição dele é elemento importante para o convencimento. Revela-se incoerente também nos casos nos quais a reiteração é considerada tendo em vista a experiência pessoal do julgador e simplesmente desprezada a prova estatística.

Nessa linha, ainda sob o ângulo da coerência interna, padeceria de grave vício de fundamentação decisão judicial[265] que recusasse credibilidade a

[265] Excerto da ementa de aresto (TJRS, 1ª Câmara Criminal, 0082897-80.2020.8.21.7000, Relator Juiz Convocado Paulo Augusto Oliveira Irion, por maioria, julg. 29.10.2020, DJE 21.01.2021) nessa linha: “Em termos de prova convincente, a palavra da vítima, evidentemente, prepondera sobre a do réu. Esta preponderância resulta do fato de que uma pessoa, sem desvios de personalidade, nunca irá acusar inocente da prática de um delito, quando isto não ocorreu. E

alguém simplesmente por estar na posição de réu, reconhecendo alto valor probatório à versão de outrem, simplesmente porque situa-se no feito como vítima de crime. Por esse tipo de situação que Leo Rosenberg[266] alerta a necessidade de não se considerar o ônus da prova – e, com maior razão, a credibilidade do que relata – a partir da posição dos participantes em um processo.

Não se cumpre o dever de coerência, ainda, quando afirma-se a necessidade de início de prova material para o reconhecimento de tempo de labor para fins previdenciários e alicerça-se toda a sentença de procedência na prova testemunhal. E igualmente no caso contrário, quando enuncia-se, seguindo o entendimento do STJ[267] a respeito, a desnecessidade de início de prova material para a comprovação de união estável para fins de previdenciários[268] mas, diante de um conjunto robusto e absolutamente convergente do enlace, reputa-se a prova insuficiente para o reconhecimento da relação afetiva.

Isso tendo em vista a coerência interna dos juízos de fato.

Quanto à coerência externa, primeiramente cumpre ter em vista a lição de Antonio Magalhães Gomes Filho[269] no sentido de que as conclusões relativas às questões de fato precisam alinhar-se com um "uma *visão racional* do mundo que explique os eventos revelados pela percepção" (itálico no original),

---

quem é acusado, em geral, procura fugir da responsabilidade de seu ato. Portanto, tratando-se de pessoa idônea, não se poderá imaginar que ela vá mentir em Juízo.". Note-se, todavia, que o trecho da ementa não sintetiza bem os dados do caso, pois há no corpo do aresto profunda discussão sobre as circunstâncias do caso e a palavra da vítima seria apenas uma dentre várias provas em desfavor do acusado. Parece, assim, que a ementa não reflete fielmente a fundamentação do aresto. Cumpre notar, ainda, ter o relator votado inclusive pela absolvição do réu.

[266] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba.** Tradução de Ernesto Krotoschin. 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2019, p. 179. Como ensina Leo Rosenberg (**La carga de la prueba.** Tradução de Ernesto Krotoschin. 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2019, p. 179): "si cada parte tiene la carga de la prueba en cuanto los presupuestos de la norma jurídica cuyo efecto reclama para sí, logicamente deve ser indiferente el hecho de que desea hacer constar este efecto en el processo en calidad de demandante o de demandado".

[267] STJ, 2ª T., REsp 1824663, Relator Ministro Herman Benjamin, julg. 03.09.19, DJE 11.10.2019.

[268] Atualmente, a Lei Federal 8.213/91 – com a redação atribuída pela Lei Federal 13.846/2019 – exige o início de prova material no art. 16, § 5º, tal como inclusive o faz em relação à existência de dependência econômica, quando exigida sua demonstração.

[269] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 160.

ou seja, é mal fundamentada a decisão que se escore em uma compreensão mística ou excêntrica a respeito da vida em sociedade e do mundo sensível.

Avançando sobre a necessidade de coerência externa, do referido dever decorre não se poder exigir aleatoriamente provas mais ou menos contundentes, sem tentar apresentar um juízo razoavelmente uniforme e consentâneo com outras decisões, inclusive porque o artigo 489, § 1º, VI, do CPC exige esse alinhamento ao entendimento pretoriano assentado.

Por isso, aliás, que súmulas foram editadas em matéria probatória e outros tantos julgados servem de precedentes a permitir um certo alinhamento entre as decisões judiciais. É indesejável, por exemplo, que algumas decisões exijam início de prova material para o reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários e outras não, pois isso constitui fator de insegurança jurídica e de violação da isonomia.

Seguir o entendimento jurisprudencial assentado sobre a (in)suficiência probatória é o primeiro aspecto da necessidade de atendimento da coerência externa em juízo de fato, mas não o único.

A coerência exige, ainda, que se tratem igualmente casos que, apesar de não subsumíveis ao mesmo comando legal ou jurisprudencial, são, substancialmente, similares, bem como de que se trate do mesmo modo quando houver razões ainda maiores para tanto. Nesse sentido, argumentações das espécies *a simili* e *a fortiori* podem constituir-se em importantes instrumentos de aferição da coerência do raciocínio probatório.

Exemplo de prova a ser admitida por força da coerência que se deve ter diante de situações distintas, mas que se equiparam no essencial, é a da consideração como prova de adultério dos mesmos meios de prova que comprovariam uma união estável caso a pessoa não fosse casada. Comprovantes de pagamento de contas de água, luz, telefone relacionadas a determinado endereço, indicação da pessoa como beneficiária de seguro de vida, conta-corrente conjunta, assunção da condição de responsável financeiro em contrato de prestação de serviços escolares da prole da outra pessoa etc. que serviriam de prova para a demonstração de uma união estável devem ser

admitidos, *a fortiori*, ou seja, com maior razão, para a comprovação da violação de dever conjugal.

É preciso cuidar, por outro lado, com a argumentação *a simili* quando amplia restrição legal, ou seja, quando estende a outro caso a necessidade de determinada prova legalmente/jurisprudencialmente prevista. Em face de tal possibilidade hermenêutica é que o STJ[270] rechaçou a exigência de início de prova material para a comprovação de união estável para fins previdenciários, ou seja, rejeitou a ampliação do alcance de regra a tarifar a prova da qual o reconhecimento do fato seria dependente.

Outro exemplo relacionado com a necessidade de coerência externa ocorreria se a jurisprudência aceitasse como título executivo extrajudicial o documento a estampar a abertura de conta-corrente acompanhado de extratos bancários – o que não admite, súmula 233 do STJ -, o que imporia, *a fortiori*, que igualmente se deveria fazê-lo em relação à Cédula de Crédito Bancário[271]. O contrário, entretanto, não seria verdadeiro.

Uma incoerência externa consiste, ainda, na recusa em sequer ouvir-se o autor de uma ação cível quando este requer seu próprio depoimento pessoal, mas, na esfera criminal, atribuir-se um elevado valor probatório ao depoimento de quem está prestando seu relato na condição de vítima. Primeiramente, porque não é a posição do litigante que define o ônus da prova, mas quem faz a afirmação de fato cujos efeitos pretende extrair do sistema jurídico e ver aplicados[272], de modo que a pessoa não poderia ser inibida de expor sua versão oralmente simplesmente porque figura como demandante/demandado ou vítima de um crime, sendo que deve ser reconhecido o direito de igualmente ser ouvida quando propuser ou contestar demanda cível. Em segundo lugar, soa muito contraditório que a mesma pessoa que sequer seria ouvida no cível receba, antecipadamente, intensa credibilidade pelo fato de ser colocada na posição de vítima na esfera criminal, até mesmo porque não se pode inverter a ordem lógica do processo, de modo que

[270] STJ, 2ª T., REsp 1824663, Relator Ministro Herman Benjamin, julg. 03.09.19, DJE 11.10.2019.
[271] STJ, 4 T. AgInt no REsp 1659322, Relator Ministro Marco Buzzi, julg. 04.05.2020, DJE 07.05.2020.
[272] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba.** Tradução de Ernesto Krotoschin. 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2019, p. 179.

primeiramente ouve-se e depois a prova revelará se a pessoa foi, de fato, vítima de um delito. Por isso, todos têm o direito de serem ouvidos, sem que se atribua ou recuse, aprioristicamente, credibilidade ao seu relato.

Assim, a coerência assume uma função importante na controlabilidade do raciocínio probatório.

## 1.7 O ônus da prova: regra de comportamento e de julgamento.

O ônus da prova consiste em instituto jurídico-processual amplamente previsto nos ordenamentos jurídicos de diversos países[273] e, apesar das críticas que vem sendo feitas à sua existência e utilidade[274], é certo que sua adoção foi levada a cabo no artigo 373 do CPC[275], dentre outros diplomas legais vigentes no Brasil.

O ônus da prova consiste na faculdade de praticar ato tendente a comprovar enunciado de fato apresentado, sofrendo aquele que do mesmo não de desincumbe as consequências da ausência da corroboração de sua versão dos acontecimentos. Quem desempenha sua atividade processual

---

[273] Apenas exemplificativamente, veja-se que em Portugal, o Código Civil, consagrando previsão normativa heterotópica, distribui o ônus da prova em seu art. 342 de modo ao semelhante ao caso brasileiro, havendo, ainda, o art. 414 do CPC a prescrever que a dúvida sobre o fato desfavorece aquele a quem a comprovação do mesmo aproveitaria). Na Espanha, a alocação do *onus probandi* decorre do art. 271 da *Ley de Enjuiciamento Civil*. Na *Common Law*, é corrente o uso da expressão *burden of proof*. Assim, a noção de ônus da prova é correntemente utilizada em diversos países.

[274] Com visão bastante crítica ao ônus da prova, tem-se a opinião de Michele Taruffo e Jordi Nieva Fenoll, *in*: NIEVA FENOLL, Jordi, FERRER BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 11-52.

[275] 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.
§ 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.
§ 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.
§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

satisfatoriamente, vendo confirmada sua proposição de fato, obtém como recompensa o reconhecimento dele, o que é do seu próprio interesse. Sobre o conceito geral de ônus e sobre o ônus da prova em especial, Francisco Amaral[276] assevera tratar-se da

> [..] necessidade que o agente tem de comportar-se de determinado modo para realizar interesse próprio, como, por exemplo, o ônus da prova para quem deseja defender judicialmente um direito seu, no sentido de que deve provar a existência desse direito e a respectiva lesão [...]

Não se trata, assim, de obrigação ou dever[277], pois outrem não pode exigir seu cumprimento.[278] O interesse é do próprio onerado.[279] É ele próprio que sofrerá as consequências de não ter se desvencilhado da carga probatória que contra si pesava.

Igualmente, não se trata de direito, pois não se posiciona quem o tem na condição de exigir algo de outrem e nem a outra parte tem direito de exigir a prova.[280]

---

[276] AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 200.

[277] Contra: RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, *passim*.
Extrapola o âmbito da presente tese debater a respeito das razões pelas quais o ônus da prova não é um dever, apenas consignando-se aqui que a premissa adotada nesta pesquisa é a de carga da prova enquanto ônus jurídico e de que a existência de situações pontuais e excepcionais nas quais impõe-se, não a atividade probatória em si à parte, mas o fornecimento de fonte de prova (documento ou coisa), não autoriza a transmutação do ônus em dever. Quanto à apresentação de documentos determinados e coisas em juízo, de modo a permitir que a outra parte veja comprovada (ou não) suas alegações, nessa parte existe sim um dever. Somente concebendo-se a prova enquanto objeto – e não como atividade ou resultado – pode-se falar em dever probatório. E, mesmo assim, é preciso que o objeto a ser exibido seja determinado e exista decisão judicial ordenando a apresentação, pois no Direito brasileiro não há o instituto da *discovery* estadunidense ou da *disclosure* inglesa e nem admite-se prova exploratória. A propósito, poderia ajudar a esclarecer os termos do debate a adoção da distinção entre o ônus de fornecer a prova objetivamente considerada (*burden of production*) e o ônus de convencer, ou seja, enquanto atividade e resultado (*burden of persuasion*) apontada por Leonard Schmitz com base no Direito estadunidense (**Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências.** São Paulo: RT, 2020, p. 225).

[278] LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 37; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 36-42.

[279] CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 314 e 315; LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 37; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 36-42.

[280] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba.** Tradução de Ernesto Krotoschin. 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2019, p. 57.

É preciso ficar claro, ainda, que a frustração na tentativa de desincumbir-se de um ônus é um ato lícito.[281]

O ônus da prova pode ser observado por dois ângulos distintos e complementares, a saber, o subjetivo (regra de conduta) e o objetivo (regra de julgamento).[282] Sob o enfoque subjetivo, diz respeito à atividade das partes, pesando sobre cada uma delas os ônus que lhes cabem, ao passo que sob a dimensão objetiva, diz respeito ao julgamento, disciplinando o juízo de fato quando ausente a comprovação de uma enunciação fática.[283]

O ônus da prova em sua feição subjetiva concerne às expectativas das partes acerca do que se espera que provem, assumindo caráter *ex ante*. Por outro lado, o ônus da prova em sua dimensão objetiva serve a uma visão retrospectiva, *ex post*, a revelar quem sofrerá as consequências desfavoráveis da dúvida e, por isso, diz respeito diretamente ao órgão julgador.[284] Um tem em vista a prova como atividade, o outro como resultado.

Tal como se compreende a prova em suas dimensões de meio, atividade e resultado, ou seja, enquanto fenômeno tridimensional a relevar as facetas distintas de uma mesma realidade, o ônus da prova apresenta-se em seus dois lados, como duas faces de uma mesma moeda.

Em suma, as duas perspectivas sobre o ônus da prova distribuem o encargo probatório e atribuem as consequências da ausência de verificação do fato alegado, constituindo-se, assim, em dois aspectos do mesmo tema jurídico.

Nem sempre a manifestação subjetiva do ônus da prova é tão visível e antigamente o era menos do que atualmente. Isso porque às vezes se poderia ter a impressão de que o ônus da prova somente se mostrava relevante na

---

[281] PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 40-41.
[282] CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 317; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 154-163. Por outro lado, rejeitando a noção de ônus da prova subjetivo: FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 252 e 253; RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 88 e 89.
[283] CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 317.
[284] No mesmo sentido: CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico.** São Paulo: RT, 2017, 40-42.

prática na ausência de comprovação, disciplinando, assim, quem sofreria as consequências da falta de prova de determinado fato.

Contudo, a inversão do ônus da prova decorrente do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor já havia colocado o problema do momento processual no qual isso ocorreria, pois se fosse levado em conta apenas o aspecto objetivo, isso ocorreria apenas no momento da sentença, surpreendendo aquele que foi onerado e que não sabia que o seria.

Atualmente, com a possibilidade de inversão do ônus da prova por força de norma emanada do artigo 373, § 1º, do CPC, existe uma tendência a ficar mais clara a necessidade de considerar-se, também, a dimensão subjetiva do ônus da prova, até mesmo porque o legislador foi especialmente feliz ao prescrever a necessidade de oportunizar-se ao onerado desincumbir-se do ônus. Isso coaduna-se, aliás, com um dos princípios do CPC: o da vedação de decisão-surpresa (artigo 10 do CPC[285]).

A assunção da existência de um ônus subjetivo explica e justifica a vedação da decisão-surpresa consistente em inválida sentença que inverta o ônus da prova sem que isso tenha sido informado às partes e permitida produção probatória adequada.

Jordi Ferrer Beltrán[286] posiciona-se contrariamente ao ônus subjetivo da prova e, igualmente, contra a inversão do ônus da prova, aduzindo, com razão, que esta última está baseada naquele, ou seja, mesmo críticos do primeiro admitem que a atribuição dinâmica da carga da prova assenta-se em um conceito subjetivo de ônus da prova.

Assim, a consagração da inversão do ônus da prova na legislação e, *a fortiori*, o reconhecimento da necessidade de prévia decisão a respeito a oportunizar a atividade de quem veio a ser onerado, acaba por assentar a consagração de uma feição do ônus da prova voltada às partes e a permitir a ciência de qual carga probatória lhes cabe.

---

[285] Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

[286] FERRER BELTRÁN, Jordi. La carga dinâmica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. *In*: NIEVA FENOLL, Jordi, FERRER BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 74.

Excluída a noção de ônus probatório subjetivo, além da perda de previsibilidade e segurança jurídica decorrente de tal supressão, a dinamização e até mesmo a própria ideia de ônus da prova (objetivo) em si acabam por perder sentido, tal como inclusive advoga veementemente Jordi Nieva Fenoll[287].

Assim, a evolução legislativa foi avultando a necessidade prática de reconhecimento do aspecto subjetivo do ônus da prova.

Ainda no que tange ao ônus subjetivo da prova, cumpre consignar que, sem dúvida, a prova pode beneficiar ou prejudicar quem postulou sua admissão e produção. Todavia, isso não infirma a realidade jurídica e fática de que a atividade probatória da parte direciona-se à produção de prova a corroborar suas alegações e que o efeito contrário a isso é um resultado indesejado e não pode ser considerado como o fim do *actus probandi* da parte. O efeito probatório adverso pode ocorrer e deve ser reconhecido em desfavor da versão de quem levou a cabo a atividade probatória, mas é, tal como um gol contra no futebol, um resultado possível e não querido, destoando da normalidade do jogo processual no qual todo o *design* normativo tem em vista cada lado tentando obter a vitória por meio de gols a seu próprio favor.

Conhecidos os contornos do ônus da prova, cumpre a identificação de quem são os onerados e qual o peso respectivo que lhes toca.

O artigo 373, I, do CPC, atribui ao autor a carga da prova sobre o fato constitutivo de seu direito, ao passo que, por força do art. 373, II, igualmente do CPC, ao réu pesa a comprovação quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa distribuição, aliás, é tradicional no Direito brasileiro e já encontrava previsão no artigo 333 do CPC/1973[288] e, com distinta redação, mas com o mesmo sentido, no artigo 209 do CPC/1939[289].

---

[287] NIEVA FENOLL, Jordi. La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. *In*: NIEVA FENOLL, Jordi, FERRER BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 23-52.

[288] Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

[289] Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas.
§ 1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

Grosso modo, os fatos constitutivos do direito do autor são aqueles que fundamentam o seu pedido, consistindo em ocorrências na realidade sensível a atrair a incidência da norma jurídica cujos efeitos deseja ver reconhecidos e aplicados. Ilustrativamente: quem move uma ação de cobrança precisa demonstrar o fato que ensejou o surgimento do crédito alegado, comprovando, por exemplo, a realização de um contrato.

Os fatos impeditivos, por sua vez, são aquelas ocorrências que obstam o advento das consequências jurídicas sustentadas pelo autor, ou seja, diante do fato constitutivo no qual ampara-se quem pede a aplicação de uma norma, opõe-se outro fato a impedir que aqueles efeitos sejam aplicados. Por exemplo, diante da cobrança decorrente de uma contratação, o demandado alega a ocorrência de prescrição[290].

Os fatos modificativos, a seu turno, constituem-se naqueles eventos que alteram os contornos jurídicos do direito do autor, sem obstar sua eficácia e sem suprimi-lo, mas transformando-o. Exemplo disso é a moratória que implica no diferimento da exigibilidade da obrigação, alterando o momento no qual pode ocorrer o constrangimento ao pagamento forçado do débito.

Por fim, os fatos extintivos são aqueles que suprimem, fulminam, do mundo jurídico o direito invocado pelo autor e o caso mais conhecido é o do pagamento.

Esse é o panorama legal acerca da distribuição do ônus da prova, impondo-se, então, a análise de seus fundamentos.

A compreensão da distribuição do ônus da prova perpassa, necessariamente, o exame de qual(ais) o(s) critérios informam a alocação do mesmo.

---

§ 2º Si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.

[290] Em matéria tributária, como a prescrição não suprime a pretensão, mas o direito em si (art. 156, V, do CTN), se trataria da alegação de um fato extintivo da obrigação tributária.

Como coloca José Miguel Garcia Medina[291], o ônus da prova costuma ser atribuído tendo em vista o interesse e a proximidade da parte com o fato (o que implica em maior facilidade para comprová-lo).

Quando o artigo 373, I, do CPC, coloca sobre o autor a carga da prova do fato constitutivo do seu direito, isso decorre de ser de seu interesse a comprovação do fato cujo reconhecimento se impõe para que dele decorra o seu, próprio, direito, que almeja ver considerado pelo órgão julgador e dele extraídas as consequências jurídicas postuladas. Na medida em que o direito invocado relaciona-se ao fato alegado pela própria pessoa que o narra, o reconhecimento desse evento da realidade sensível interessa à própria pessoa que do mesmo deseja ver derivados os respectivos efeitos jurídicos.

Se uma pessoa deseja cobrar uma dívida decorrente de um mútuo feneratício, a ocorrência do empréstimo na realidade concreta é um fato que interessa ao mutuante alegar e demonstrar. Não faria sentido que o réu estivesse incumbido de comprovar a ocorrência da avença cuja prestação ajustada lhe é exigida, do mesmo modo que sobre quem cobra não pesa o ônus da prova do pagamento.

Nessa linha, quando se pensa na oposição de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, o ônus de sua alegação e comprovação pesa contra quem vê fato constitutivo apresentado contra si e tem interesse em ver rejeitada a aplicação das consequências jurídicas que deste decorreriam, fundamentando que se impõe o reconhecimento de óbice a tanto. É do interesse de quem vê-se cobrado a comprovação de que o credor ofertou-lhe prazo adicional ou de que não se impõe a exigência porque o próprio credor ainda não cumpriu sua prestação, cujo adimplemento condicionava a exigibilidade daquela que está sendo demandada.

A lei não tem em vista a posição em si de autor para distribuir o ônus da prova, mas a relação que a parte tem com o direito material e seu interesse

[291] MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 686 (comentário ao artigo 373).

na demonstração do fato. Não é a posição na relação processual que define sobre quem pesa o ônus da prova. Nesse sentido, ensina Leo Rosenberg[292] :

> [...] si cada parte tiene la carga de la prueba en cuanto los presupuestos de la norma jurídica cuyo efecto reclama para sí, logicamente deve ser indiferente el hecho de que desea hacer constar este efecto en el processo en calidad de demandante o de demandado [...]

A menção à condição de autor e réu apenas simplifica a questão do interesse no reconhecimento do fato, mas não se impõe de forma absoluta. José Miguel Garcia Medina[293], de forma muito perspicaz, deu-se conta disso, chamando a atenção para aspecto nem sempre abordado pela doutrina, apontando que o CPC estabelece, ao usar as posições processuais para atribuir os ônus, de uma regra geral, vinculada ao interesse e à proximidade com o fato e consequente facilidade de comprovar o mesmo.

Basta pensar em uma ação declaratória negativa, onde ao autor não cabe comprovar fato constitutivo algum, cabendo ao réu fazê-lo. Se alguém vê-se em estado de insegurança quanto à existência de um crédito contra si e propõe uma demanda para ver declarada a inexistência do débito, ao suposto credor (o demandado) caberá suportar a carga da comprovação da existência do mesmo.[294] Por isso, discorda-se da opinião de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[295] que, fundado exclusivamente na posição do autor e do réu no processo, chega a sustentar caber ao "autor provar o fato negativo que constitua o fundamento da sua pretensão.", revelando-se absolutamente desnecessária a solução aventada pelo doutrinador no sentido de que, a depender do caso concreto e tendo em vista a efetivação dos direitos fundamentais, impor-se-ia uma inversão do ônus da prova.

---

[292] ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba.** Tradução de Ernesto Krotoschin. 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2019, p. 179.
[293] MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 686 (comentário ao artigo 373).
[294] Nesse sentido: CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 575 e 576; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 18ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.007 (comentário ao art. 373 do CPC); PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações. Tomo II (ações declarativas).** Campinas: Bookseller, 1998, p. 77 e 78.
[295] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 161 e 162.

Nessa linha, aliás, o STJ[296] didaticamente assentou: “Na colisão de um fato negativo com um fato positivo, quem afirma um fato positivo tem de prová-lo, com preferência a quem afirma um fato negativo.”. Isso em um feito que tratava de pleito de reintegração de servidor público que negou ter pedido exoneração e onde foi reconhecido pesar sobre o Município demandado a carga da prova de ter o autor solicitado o desligamento do serviço público.

Note-se, ainda, que em ação na qual pede-se a declaração da inexistência de débito em razão do mesmo já ter sido adimplido, o demandante estará onerado com a demonstração, não de um fato constitutivo, mas de um fato extintivo[297]. Se a posição de autor determinasse o ônus da prova, nunca o demandante arcaria com a carga de um fato extintivo, mas sempre constitutivo, o que não faz sentido algum.

A ligação entre o ônus da prova e o Direito material é tão forte que, a depender de como a lei substantiva trata do fato jurídico, isso altera o tratamento processual dele. Veja-se que a prescrição em matéria civil apenas suprime a pretensão (e não o direito subjetivo), de modo que sua alegação consiste em fato impeditivo, mas quando se tem em vista o Direito Tributário, o panorama é diverso, pois o art. 156, V, do Código Tributário Nacional, considera a prescrição como causa de extinção do próprio crédito tributário, de modo que sua invocação consiste, assim, na alegação de fato extintivo do direito.

Desse modo, a correlação entre o ônus da prova e a posição processual é uma simplificação em face do que ordinariamente ocorre, mas não se pode descurar de que essa distribuição tem em vista fundamentos que, se ignorados em certas ocasiões, geram resultados absurdos, inaceitáveis.

Essas são as linhas gerais sobre o ônus da prova, considerada em sua distribuição estática, ou seja, determinada *a priori*. Existe uma outra dimensão do tema, relacionado à alocação concreta decorrente da inversão do ônus abstratamente distribuído.

A inversão do ônus da prova pressupõe uma prévia atribuição dos ônus probatórios, cuja aplicação no caso concreto sofrerá alteração, impondo-

---

[296] STJ, 5ª T., AgRg no Agravo de Instrumento Nº 1.181.737, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, unânime, julg. 03.11.2009, DJE 30.11.2009.
[297] PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 119.

se de modo diverso daquele abstratamente considerado. Como se trata de uma inversão, é logicamente necessário um estado de coisas prévio distinto.

Antes decorrente apenas do art. 6, VIII, do CDC[298], hoje a inversão do ônus da prova possui previsão normativa geral oriunda do art. 373, § 1º, do CPC.

Os dois dispositivos legais consagram a possibilidade de inversão do ônus da prova em bases distintas, mas não totalmente estranhas uma à outra, pois, a hipossuficiência do CDC tem similitude com a impossibilidade ou dificuldade da parte produzir prova. Por outro lado, no atual estatuto processual, preza-se pela consideração não apenas da viabilidade da comprovação por uma parte, mas também para a outra (artigo 373, §§ 1º e 2º, do CPC), o que pode inclusive vir a enriquecer a interpretação e aplicação do CDC.

Note-se que a novel codificação não recorre à noção de verossimilhança constante do CDC, quanto igualmente evitou remeter à mesma ao dispor da antecipação de tutela, ao contrário do seu predecessor no artigo 273, *caput*, do CPC/1973[299]. Isso se explica pela grande celeuma que existe sobre os contornos da noção de verossimilhança, pois há como considerá-la como narrativa crível, como o faz Michelle Taruffo[300], ou, ainda, como aparência da existência do fato, como prefere Piero Calamandrei[301] que considera como verossímil tanto o resultado do cotejo das alegações em face do que costumeiramente acontece quanto o resultado de cognição sumária quando, não apenas ante a alegação do fato, mas diante das provas já apresentadas, permite-se concluir pela existência, em princípio, do acontecimento. Note-se que Piero Calamandrei aduz que o resultado da cognição, em última análise, acaba por ser

---

[298] Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

[299] Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)
[...]

[300] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 111 e 112.

[301] CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 2ª ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 275 ss.

um juízo de verossimilhança – e não de verdade -, em sentido diametralmente oposto ao pensamento de Michele Taruffo.

O emprego da expressão verossimilhança gera a grave e perturbadora questão a respeito da possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando sua narrativa esteja em consonância com o que costuma acontecer ou se, diversamente, somente se alterará a distribuição da carga da prova quando o consumidor conseguir, em cognição sumária, demonstrar a verossimilhança de sua proposição de fato, o que incluiria um exame não apenas das alegações sobre os fatos, mas das provas que os demonstram.

O STJ[302] reconheceu a inexistência de verossimilhança em face da existência apenas de prova unilateral consistente em boletim de ocorrência policial. Isso revela que o mais alto intérprete da legislação federal não se alinha ao conceito de verossimilhança de Michelle Taruffo, adotando, assim, o posicionamento de Piero Calamandrei. Note-se que o STJ não apenas exigiu prova a embasar as alegações para que se reconhecesse a verossimilhança necessária à inversão do *onus probandi*, mas ainda decidiu que a prova unilateral consistente em boletim de ocorrência seria insuficiente para tanto.

Note-se, ainda, não ter sido o uso da expressão verossimilhança a única celeuma gerada pelo artigo 6, VIII, do CDC, pois do mesmo adveio controvérsia nunca pacificada sobre a necessidade de cumulação da verossimilhança com a hipossuficiência ou se bastaria a presença de apenas uma das duas.

Apontar as dificuldades hermenêuticas e louvar a evolução legislativa no assunto de modo algum retira o mérito da incrível promoção de acesso à justiça proporcionada pela previsão da possibilidade de inversão do ônus da prova decorrente do artigo 6º, VIII, do CDC. Além disso, foram o amadurecimento

---

[302] STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1216562, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 04.09.2012, DJE 10.09.2012). Reputando atécnica o modo pelo qual a verossimilhança foi considerada pelo STJ e alinhando-se ao vaticínio de Michelle Taruffo: RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 95.

de sua interpretação e aplicação necessários para que se alcançasse a redação do artigo 373, §§ 1º e 2º, do CPC.

Quanto ao fundamento subjacente à inversão do ônus da prova, cumpre ter em vista que, ao passo que a distribuição estática atende ao interesse da parte na confirmação de sua proposição, na distribuição dinâmica o critério é o da facilidade para a produção da prova, entendida a mesma, agora, bilateralmente, ao contrário do regime do CDC.

Note-se que a distribuição do ônus da prova tendo em vista a facilidade para do mesmo desincumbir-se não é uma ideia nova, bastando ver, por exemplo, que Jeremy Bentham[303], aproximadamente dois séculos atrás, já a havia vaticinado, como muito bem apontado por William Santos Ferreira[304], Artur Thompsen Carpes[305] e Luiz Eduardo Boaventura Pacífico[306]. Pacífico[307] noticia, ainda, que ao longo da história do Direito Processual, além de Jeremy Benthan, René Demogue também sustentou a facilidade como critério para atribuição do ônus da prova.

Outra questão relacionada à carga da prova que se mostra relevante consiste na possibilidade de considerar-se a ausência de atividade probatória da parte adversa como prova, ou seja, até que ponto seria possível considerar como elemento de convicção a inércia probatória do outro polo processual.

O exemplo mais óbvio de tal possibilidade seria o da revelia, mas esta não é apenas a ausência de uma contraposição probatória, mas algo que a antecede, a inocorrência da apresentação de uma narrativa contraposta à do autor.

Por outro lado, há exemplos concretos de consideração da atividade probatória esperada da outra parte quando da tomada de decisões judiciais.

---

303 BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição original: 1847), p. 359.
304 Na apresentação da obra: BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição original: 1847), p. 18.
305 CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico.** São Paulo: RT, 2017, p. 104.
306 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 105 e 106.
307 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 105 e 106.

O primeiro caso é aquele no qual o réu tem o ônus da prova de determinado fato e leva-se em consideração a facilidade probatória relativa à comprovação do mesmo para a emissão de um juízo provisório.

Quando um arrendador entra com uma ação de reintegração de posse, aduzindo o inadimplemento da outra parte arrendatária do imóvel arrendado, a concessão da liminar depende do reconhecimento da existência de uma posse esbulhada a partir de um contrato de arrendamento e de uma notificação para pagamento ou desocupação voluntária do bem de raiz, mas sem que se tenha uma prova do inadimplemento. A liminar é deferida tendo em vista que a sobrevinda da prova do adimplemento é esperada dada a facilidade para que se apresente a mesma em juízo, ainda dentro do prazo judicial para desocupação voluntária que medeia a decisão concessiva da tutela de urgência e a atuação da força estatal para a retirada coativa do imóvel.

Nesse caso, confia-se na apresentação imediata de prova de simples produção e por isso concede-se a liminar cuja reversão pode ser tempestivamente realizada ante o comprovante do pagamento. E, note-se, não há uma inversão do ônus da prova, pois a comprovação do adimplemento é inerente à condição de quem deve a prestação.

Em outra situação, a compor um segundo grupo de casos consiste na inferência probatória a partir da omissão quando, sem haver previsão legal de que se ordene a apresentação de esclarecimento ou fonte de prova e, igualmente, sem decisão judicial a inverter o ônus da prova, o silêncio ou inação da parte constitui-se, à luz do conjunto probatório como um todo e em visão retrospectiva, um fortalecimento das provas existentes. Na hipótese, a omissão tem o condão de majorar a potência probatória das provas existentes.

Nesse contexto, a inação da outra parte corrobora a versão e as provas apresentadas pelo *ex adverso*, de modo que, o acervo probatório visto como unidade e *ex post*, mostra-se desfavorável pela consideração conjunta das provas a favor da narrativa oposta e da omissão de prova a sustentar versão

distinta. Essa possibilidade é sustentada por Deltan Martinazzo Dallagnol[308], inclusive em sede processual penal.

Contudo, para que se adote essa perspectiva, é necessário que haja, por um lado, provas em desfavor do inerte e, por outro, sua omissão seja inexplicável, dada a facilidade com que poderia provar versão oposta daquela que vê contra si apresentada. Não será qualquer omissão a ser interpretada como elemento corroborador das provas adversas, mas somente aquela que atividade que poderia facilmente ser realizada pelo omitente.

Aqui vem a calhar a observação de William Santos Ferreira[309] de que não se justifica a inércia do réu que se fia na ausência de prova de fato constitutivo do direito. Afinal, o acervo probatório observado *ex post* e como uma totalidade faz com que a inação probatória do demandado acabe por fortalecer a versão do autor.

Contudo, isso não se aplica diante da negativa peremptória do próprio fato-base. Isso porque aquele que se limita a negar o fato constitutivo invocado pela outra parta não assume qualquer ônus probatório[310].

Por sua vez, uma terceira categoria compõe-se daquelas diversas outras situações nas quais o sistema jurídico determina a expectativa legítima de que a parte desempenhe atividade probatória, dentre as quais da tomada de depoimento pessoal (artigos 385, § 1º e 386 do CPC), de interrogatório – ainda que do mesmo não resulte a aplicação da pena de confesso (artigo 139, VIII, do CPC), o comportamento omissivo pode ser usado como elemento de prova[311] - e da intimação para exibição de documento ou coisa (artigo 400 do CPC).

---

[308] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 298-317. Extrapola o escopo da presente pesquisa a análise, mas cumpre registrar aqui a polêmica a respeito do valor probatório da inércia no processo criminal, a sua caracterização como inversão do ônus da prova e sua (in)compatibilidade com a presunção de inocência.

[309] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 253.

[310] CARPES, Artur Tompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico.** São Paulo: RT, 2017, p. 35.

[311] Nesse sentido: MENDES, Francisco de Assis Filgueira. Interrogatório informal das partes – art. 342 do CPC. Revisitando um velho e atual (embora olvidado) instituto processual. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; *et al*. **Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.** São Paulo: RT, 2008, p.132.

Nesses casos, a omissão põe-se contra o omisso, favorecendo a versão adversa.

Nesse ponto é importante notar que o artigo 379 do CPC[312] não assegura à parte uma posição processual que lhe permita deixar de exibir coisa ou documento em seu poder ou obstar a produção de provas[313], inclusive pesando contra si a recusa a responder ao que lhe for perguntado em juízo. Os incisos do artigo 379 do CPC, assim como os artigos 139, VIII, 386 e 400 do mesmo diploma legal, estampam a impossibilidade de recusa imotivada na colaboração para fins de apuração da verdade. Aqui vem bem a calhar a lição de William Santos Ferreira[314] de que não se justifica a inércia do réu ante a atividade probatória tendente a verificar o fato constitutivo do direito do autor, especialmente quando se faz necessária alguma participação do demandado para que a prova seja produzida.

Por sua vez, como bem aponta Leandro J. Giannini[315], adotando a distinção existente na *Common Law* entre *burden of producing evidence* e *burden of proof*, instar a parte a colaborar mediante o fornecimento de provas que lhe sejam razoavelmente disponíveis é medida que não se confunde com a inversão do ônus da prova e isso tem consequências práticas importantes. Se aquele que for instado a cooperar cumprir o comando jurisdicional e, mesmo assim, o fato alegado pela outra parte restar duvidoso, reputar-se-á como não demonstrada sua ocorrência, ao contrário do que ocorreria casou houvesse a dinamização da carga da prova[316].

---

[312] 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.

[313] LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra.** Londrina: Thoth, 2021, p. 374.

[314] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 253.

[315] GIANNINI, Leandro J. Revisitando la doctrina de la “carga dinâmica de la prueba”. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. *In*: NIEVA FENOLL, Jordi, FERRER BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 99-101, 104 e 105. [89-115]

[316] GIANNINI, Leandro J. Revisitando la doctrina de la “carga dinâmica de la prueba”. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. *In*: NIEVA FENOLL, Jordi, FERRER BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 103 e 104.

O último grupo de casos é aquele no qual há a inversão do ônus da prova propriamente dita, quando aloca-se o peso probatório que seria de uma parte sobre a outra, de modo que se esta não provar a inexistência do fato alegado pela primeira e assumido provisoriamente como comprovado, ocorrerá a admissão de que o mesmo efetivamente ocorreu – o que não exclui, todavia, a oposição de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Aqui, o *standard* probatório para quem se beneficia da inversão é rebaixado, reputando-se como comprovado o fato em cognição ainda sumária e que, na falta de contraprova, acabará por ser admitido como verdadeiro.

Distintamente do primeiro grupo de casos, neste último a inversão coloca sobre o réu o ônus de comprovar a inocorrência do fato ou de, pelo menos, colocá-lo em séria dúvida, ao passo que naquele outro ocorre a concessão de provimento de natureza liminar na espera de que o demandado, se tiver a prova que lhe cabe, apresentará a mesma tempestivamente. E, diferentemente do segundo grupo de casos, na inversão do *onus probandi* não se especifica o meio pelo qual ocorrerá a prova, qual o esclarecimento esperado ou qual fonte de prova deve vir aos autos, mas transfere-se o ônus da prova que, em princípio, recairia sobre a parte adversa.

## 1.8 A correlação entre ônus da prova, espécies de cognição e natureza da prestação jurisdicional postulada: a questão dos *standards* probatórios.

Existe uma correlação entre o âmbito de cognição sobre o qual se debruçará o decisor, a espécie de provimento que resultará da deliberação e o quê e em que medida precisará ser provado para que seja obtida determinada decisão.

Uma cognição sumária exige um tipo de prova distinto daquele necessário para o provimento jurisdicional decorrente de uma análise exauriente. Como ensina Kazuo Watanabe[317]:

> [...] Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da

[317] WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

> função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina.

Igualmente, a espécie de provimento também altera o grau de convencimento necessário para a emissão de determinado édito.

A prova necessária para condenar-se alguém ao ressarcimento de danos materiais não é a mesma que se impõe para a aplicação de uma sanção criminal. Para utilizar-se o exemplo fornecido por Danilo Knijnik[318], a certeza exigida para a procedência de uma ação indenizatória movida em razão de acidente de trânsito é distinta daquela necessária para a determinação da perda do poder familiar e que, por sua vez, diferencia-se daquela que se impõe para a condenação a uma pena privativa de liberdade.

Assim, entrecruzam-se ônus da prova, cognição e espécie de provimento jurisdicional, desembocando no interessante tema dos *standards* probatórios, também conhecidos como modelos de constatação, entendidos como, nas palavras de Jordi Ferrer Beltrán[319] "que nível de corroboração será considerado suficiente para que se aceite a proposição como provada".

A questão, todavia, embora em voga nos últimos anos, não é nova, bastando recordar esta lição de Moacyr Amaral Santos[320]

> A prudência do juiz, por sua vez, não está bitolada segundo um estalão, mas não há dúvida que deverá guiar-se por um princípio que tenha em atenção o objeto da prova, a natureza do fato probando. Se para a prova do pagamento de pequena quantia, o depoimento de uma só testemunha parecerá suficiente, não se dirá o mesmo com referência à prova do adultério da mulher. Dai merecer todo acatamento a regra prática formulada por Lessona, também já mencionada: - "*o juiz, tendo em consideração o objeto da prova, pode ora pedir provas particularmente rigorosas, ora cingir-se a provas menos decisivas*." (itálico no original)

Basta lembrar, ainda, que a noção de *fumus boni juris* já continha, por definição, a necessidade de prova apenas de uma aparência de direito, ou seja, a de que a carga da prova na cognição sumária era da

---

[318] KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 44.
[319] FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no Direito.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, p. 73.
[320] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 366 e 367.

verossimilhança/probabilidade da existência do direito, de modo que o fato deve-se apresentar-se como fundamentadamente crível, ainda que não assentadamente demonstrado.

É imperativo observar que a necessidade de uma prova mais robusta para a obtenção de provimentos definitivos do que aquela necessária para a emissão de decisões precárias e a de acervo probatório mais contundente para impor consequências mais gravosas do que para aquelas menos gravosas influenciam-se reciprocamente, não podendo ser consideradas isoladamente, mas sempre conjuntamente.

Ambas as necessidades entrecruzam-se, explicando e justificando por que se mostra necessária prova mais contundente para a concessão de uma medida cautelar de arresto do que para a antecipação de tutela de uma mera abstenção de inscrição de nome em cadastro restritivo de crédito. É a intensidade da restrição sobre a esfera jurídica do afetado que determinará a prova necessária e não a natureza jurídica do provimento de urgência. Assim, a contundência da prova necessária para a obtenção de uma medida antecipatória pode revelar-se mais onerosa do que aquela para a uma tutela acautelatória.

Por isso, Daisson Flach[321] observa que a emissão um juízo de verossimilhança não pode perder de vista a gravidade das medidas determinadas, exemplificando com o caso das liminares em ações de improbidade administrativa onde costumeiramente são determinados afastamentos da atividade pública e sequestro de bens, o que não pode ser banalizado sob o argumento de que se trata decisão decorrente de cognição superficial. Como bem aponta o doutrinador[322], são necessárias razoabilidade e proporcionalidade ao conceder-se a tutela de urgência.

Hoje, um outro aspecto que vem sendo ressaltado pela doutrina é o uso de padrões probatórios mínimos, os *standards* de prova, enquanto

[321] FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática.** São Paulo: RT, 2009, p. 122.
[322] FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática.** São Paulo: RT, 2009, p. 122.

elementos de controle da valoração das provas pelo decisor. Como aduz Carlos Augusto Silva[323]

> O debate atual dos standards de prova no direito romano-germânico resgata a discussão de um maior controle do convencimento judicial no contexto do sistema da livre apreciação.

O *standard* de prova funciona como um poderoso meio de controle da fundamentação sobre a apreciação do acervo probatório na medida em que, diferentemente do juízo de fato em si, constitui-se em questão de Direito[324] e que por isso pode ser aferida pelos Tribunais Superiores. E não apenas aferida pelas Cortes Superiores, mas em face do entendimento delas, oportunizando-se a sindicabilidade pela via do controle de coerência externa.

Conforme Ravi Peixoto[325], os *standards* probatórios possuem três principais funções: a) orientação dos sujeitos processuais; b) guia objetivo para a avaliação das provas (heurística) e c) distribuição dos riscos.

Em relação à função de orientação, o *standard* tem por um de seus objetivos a diminuição da incerteza inerente aos julgamentos sobre os fatos – dentre eles os proferidos pelo Poder Judiciário –, ao servir como um guia de atuação dos diversos sujeitos processuais.[326] Quanto à função heurística, serve como um guia objetivo para a tomada de decisão.[327] E, por fim, os modelos de constatação funcionam como um instrumento de distribuição dos riscos de erros sobre a decisão dos fatos, por exemplo, uma falsa condenação (falso positivo) ou uma falsa absolvição (falso negativo), na decisão condenatória penal, cabendo, assim, a cada ordenamento jurídico, a partir da valoração dos bens

---

[323] SILVA, Carlos Augusto. A resolução da dúvida sobre os fatos na história do Direito Probatório. *In*: RODRIGUES, Walter dos Santos; SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. **O novo Código de Processo Civil: garantias fundamentais do processo: um desafio ao novo CPC.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 198. [189-201]

[324] KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 31-45.

[325] PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 69 ss.

[326] PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 69.

[327] PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 70.

jurídicos em jogo, aumentar ou diminuir a exigência probatória, alterando a probabilidade dos riscos de cada espécie de erro.[328]

A ausência de explicitação do *standard* probatório adotado, por sua vez, dificulta o controle racional do juízo de fato, ocultando premissa jurídica que normatizará a apreciação das provas. Por isso, tem razão Luis Alberto Reichelt[329] quando assevera

> O efetivo controle do exercício do poder jurisdicional pressupõe seja devidamente explicitadas as razões que levam ao resultado do juízo de valoração da prova, o qual se constitui em passo fundamental na dinâmica de convencimento jurisdicional. O respeito, pelo órgão jurisdicional, ao dever de exposição dos fundamentos que levam às conclusões veiculadas na decisão revela a presença de avanços no que se refere à construção de decisões pautadas pelo senso de justiça, atendendo uma exigência que, em última instância, é inerente ao princípio democrático. O silêncio do julgador, nesse sentido, é também o descaso com uma garantia fundamental constitucional.

Posta a utilidade dos modelos de constatação, cumpre notar que, apesar da inexistência de padrões legais e jurisprudenciais claros, expressos, sobre quais *standards* probatórios vigoram no Brasil, é certo estar assentada, no mínimo, a distinção entre a prova necessária para condenar nas esferas civil e criminal.[330] Essa é uma diferenciação básica que a doutrina vem aprimorando nos últimos anos e que já permeia a prática cotidiana.

Danilo Knijnik[331], aprofundando o estudo sobre os modelos de constatação, aduz, em linhas gerais, que no processo civil comum basta a preponderância de provas, em processos civil especiais impõe-se a prova clara e convincente, já no processo penal a condenação depende de prova acima de dúvida razoável e um processo criminal no qual não haja provas diretas, mas apenas indiretas (indícios), somente um conjunto probatório incompatível com qualquer hipótese que não a da acusação pode justificar um édito que não o

---

328 PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 71 e 129-134.
329 REICLHELT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 218.
330 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios. *In*: KNIJNIK, Danilo. **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 164-166. [153-170].
331 KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37-48.

absolutório. Para Danilo Knijnik[332], os modelos de constatação podem ser compreendidos graficamente assim, em ordem crescente de exigência:

> Processo civil → preponderância de provas
>
> Processo civil especial → prova clara e convincente
>
> Processo penal → prova acima de dúvida razoável
>
> Processo penal indiciário → exclusão de qualquer hipótese de inocência

Importante notar que essas são as balizas do vaticínio, pois há casos, como o da ação de improbidade administrativa, nos quais o juízo ressarcitório submete-se a um *standard* (prova clara e convincente), mas o édito punitivo depende de prova acima de dúvida razoável, ou seja, em um processo de natureza cível a sanção exige um estofo probatório equivalente ao do juízo criminal[333]. A aplicação de penalidades na ação de improbidade administrativa exige o mesmo grau de comprovação do juízo criminal especialmente diante da inédita previsão legal[334] de que a absolvição criminal por falta de provas gera, agora, igualmente a improcedência de ação de improbidade administrativa[335] – aliás, antes mesmo da reforma legal, já havia quem entendesse dessa forma em sede doutrinária[336] e jurisprudencial[337]. Mesmo para quem, como Artur

---

[332] KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 43.

[333] KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 167-169.

[334] Art. 21, § 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

[335] Aliás, ao comentar o referido dispositivo legal, Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: lei 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 240) aduz que "a sentença absolutória, ainda que fundada em insuficiência de provas, produz presunção de ausência da presença dos requisitos exigidos para a punição do agente por meio da improbidade.".

[336] KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 168 e 169. O autor defende tal standard em relação à aplicação das sanções não-patrimoniais. MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não penal.** Salvador: Juspodivm, 2018, p. 283.

[337] Trecho do voto do relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz no julgado dos Embargos Infringentes 2003.71.00.021539-3 pela Terceira Seção do TRF4: "Assim, à aplicação de sanção de natureza indenizatória ou ressarcitória, ainda que rotulada sob o nem de ação de improbidade, o modelo de constatação compatível é o alusivo aos procedimentos civis especiais, já abordado, devendo-se exigir uma prova superior à mera preponderância, mas inferior à prova além da dúvida razoável (a chamada prova clara e convincente). Quando a matéria envolver a aplicação daquelas outras sanções, o juiz terá de valer-se do modelo de constatação inerente ao processo penal, ou seja, a prova além da dúvida razoável, conforme já exposto."

Thompsen Carpes[338], sustenta que a condenação por improbidade administrativa dependeria de um *standard* probatório menos exigente que o criminal, ainda assim faz-se necessária prova clara e convincente, ao invés da mera preponderância de provas. Mais uma vez observa-se que é o grau de intensidade da intervenção jurisdicional sobre o afetado que impõe um ônus probatório mais ou menos intenso.

É muito interessante a metáfora do salto com vara e da altura do sarrafo trazidos por Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa[339] para ilustrar o uso dos *standards* probatórios. Nessa analogia, a hipótese acusatória em um processo criminal precisa superar um sarrafo mais alto do que aquele necessário a um juízo de procedência civil, não se podendo admitir o uso do modelo da preponderância de provas – próprio para demandas não-criminais patrimoniais – em feitos criminais e nem mesmo em processos civis especiais, tal como a de perda de poder familiar ou de improbidade administrativa.

Por fim, em certas ocasiões a prova é impossível ou extremamente difícil para uma das partes e viável para a outra, impondo-se a inversão do ônus da prova e, em outras situações, a prova é bilateralmente inacessível, ensejando, assim, a redução do módulo da prova. Diante da dupla inviabilidade da comprovação de um fato, a cognição reduz-se a eventos circunstanciais dos quais possa inferir-se a ocorrência do fato principal, prestigiando-se a comprovação presuntiva a partir dos fatos indiciários conhecidos.[340]

---

Com caráter acentuadamente penal, deve-se exigir que os atos tidos por ímprobos estejam provados além da dúvida razoável, o que não ocorre no caso dos autos." (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Seção, Embargos Infringentes 2003.71.00.021539-3, Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 10.04.2014, DJE 22.04.2014. O voto remete, por sua vez, ao voto da Desembargadora Federal Marga Tessler prolatado no acórdão anteriormente prolatado no feito).

[337] JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: lei 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 240.

[338] CARPES, Artur Thompsen. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil.** São Paulo: RT, 2016, p. 136 e 137. Do mesmo autor: O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa. *In*: LUCON, Paulo Roberto dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/1992.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 55 e 56.

[339] MATIDA, Janaína; ROSA, Alexandre Morais da. **Conjur**. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. 20.03.2020 Disponível em: ConJur - Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. Acesso em 25.02.2021.

[340] CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico.** São Paulo: RT, 2017, p. 65-71.

Diante de um cenário nos qual a qualquer das partes, bem como ao juízo, a verificação do *factum probandum* não se mostra possível, indícios e presunções assumem maior relevância do que a habitual, ocorrendo algo similar à hipótese na qual a prova era de fácil produção para uma das partes que restou inerte, ou seja, a especial dificuldade probatória avulta o valor probatório da prova circunstancial.

## 1.9 Sobre o raciocínio probatório.

Como ensina Fábio Ulhoa Coelho[341], nem todo pensamento é raciocínio, havendo a necessidade, neste último, de que uma ideia seja capaz de fundamentar outra, uma atuando como premissa e a outra como conclusão. E, conforme, Chaïm Perelman[342], por raciocínio entende-se tanto uma atividade, quanto o produto dessa atividade.

Especificamente sobre o raciocínio probatório, pode o mesmo ser compreendido como a atividade intelectual por meio da qual ocorre a atribuição de valor probatório aos meios de prova e o encadeamento de proposições probatórias dos quais é possível realizar inferências, de modo a ampliar-se o conhecimento sobre a realidade.[343] É que o raciocínio probatório é sempre ampliativo[344], não se limitando a uma revelação na conclusão do que está implícito na própria premissa, não tendo, assim, caráter tautológico[345].

---

[341] COELHO, Fábio Ulhoa. **Introdução à lógica jurídica: pensamento, raciocínio e lógica no direito.** 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 17

[342] PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: Nova Retórica.** 2ª ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 1).

[343] Segundo Cássio Benvenutti de Castro (**Standards de Prova: na perspectiva da tutela dos direitos.** Londrina: Thoth, 2021, p. 71), "por meio do raciocínio probatório, é adjudicado o valor probatório a cada meio de prova, atribuindo-se credibilidade à prova e dizendo, em que grau, determinada prova pode ser considerada fiável para resultar na conclusão postulada pela parte.".

[344] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 79. Na mesma linha, Leonard Schmitz (**Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências.** São Paulo: RT, 2020, p. 245) assevera: "todo raciocínio probatório é ampliativo e se baseia em determinadas generalizações sobre a realidade".

[345] Não se trata, assim, de raciocínio do tipo analítico, mas substancial, quando visto sob a luz a da dicotomia com a qual trabalha Stephen Toulmin. Grosso modo, a distinção feita por Toulmin consiste em estar a conclusão já implicada nas premissas, de modo que os raciocínios analíticos seriam tautológicos, ao passo que os substanciais não. (TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento.** Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006, especialmente p. 176 ss.).

Assim, a análise probatória guarda íntima relação com dois setores da Filosofia, a saber, a Epistemologia e a Lógica. Relaciona-se a Probática com a Epistemologia enquanto conexão entre a prova enquanto instrumento de acesso à verdade ou, pelo menos, de formação de juízo fáctico, e o estudo do que podemos conhecer, do que podemos saber e em que medida sabemos que sabemos.

Já a prova relaciona-se com a Lógica na medida em que serve à constituição da premissa menor do raciocínio jurídico, ou seja, a questão de fato é definida na premissa menor, ao passo que a premissa maior diz respeito à questão de Direito, cabendo à Lógica formal dispor sobre a formação da estrutura da argumentação e a validade do modo pelo qual alcançou-se a conclusão.

O provimento jurisdicional não se resume a uma dedução, mas apresenta-se, ao final, sob a forma de um silogismo, como ensina Miguel Reale[346], pois não *é* um silogismo, mas assume uma "veste silogística".

Antes de assumir a estrutura silogística, é necessária a formação das premissas e, para tanto, a apuração dos fatos depende de inferências a partir das provas para que se admita como provada (ou não) uma determinada proposição fáctica.[347] Nesse ponto, a Lógica desempenha a função de controle sobre o próprio raciocínio probatório, identificando a correção das inferências realizadas, ou seja, sindicando se das premissas conhecidas é possível chegar à conclusão apresentada.

O alcance da premissa menor da decisão não é identificado por meio de um único modo de inferência[348], valendo-se o decisor dos diversos tipos de raciocínio probatório em uma atividade ampla, complexa e multidirecional que

---

[346] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 610.

[347] AUILO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no Direito brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 58-62.

[348] No sentido de que o raciocínio probatório não implica na utilização de uma única forma de inferência: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 78-88; SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências.** São Paulo: RT, 2020, p. 105, 106 e 121; RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e Formação da Convicção do Juiz.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 312-322. Contra, sustentando ser a abdução o método próprio da inferência probatória: ROSITO, Francisco. **Direito probatório: as máximas de experiência em juízo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 86.

vai das provas às alegações, destas àquelas, contrastam-se provas e narrativas com o teor das normas aplicáveis e cotejam-se provas entre si. Por isso, o raciocínio probatório não é simples, unidirecional e nem se esgota na utilização de apenas uma espécie de inferência.

Examinando um acidente de trânsito, o julgador pode pensar que o autor que pede a indenização deve ter razão, pois seu carro, conforme fotografias, foi abalroado na traseira pelo veículo conduzido pelo réu. De tais documentos, pode concluir pela culpa do demandado. Como quem colide na traseira é reputado, em princípio, negligente por não guardar a distância adequada do veículo da frente, bem como tendo em vista a fotografias revelando a colisão do carro do réu na traseira do carro do autor, uma dedução permite inferir a culpa do demandado. Obviamente, admite-se prova em contrário, podendo ter o acidente ocorrido, por exemplo, de deslocamento de ré do carro da frente que com sua traseira pode ter colidido com a frente do carro de trás.

Todavia, esse raciocínio não é feito sem que tenha ocorrido, antes, uma indução no sentido de observar-se muitos casos de colisão na traseira e dos mesmos, indutivamente, firmar-se uma máxima de experiência no sentido de quem bate atrás do carro da frente ser culpado. Desse modo, a dedução apontada acima é precedida de uma indução.

Quando um investigador de polícia observa um cadáver com quatro orifícios no crânio decorrentes da ação de instrumento perfuro-contundente, já descarta a possibilidade de suicídio e assume a hipótese como de homicídio. Esse raciocínio consiste em uma abdução, também conhecida como inferência para a melhor explicação (IME).

Porém, o raciocínio não se exaurirá nesse ponto e, a partir do que muitas vezes aconteceu, serão buscadas outras provas para esclarecer o fato.

Como muitas vezes o autor do homicídio é um desafeto, ou seja, a partir de uma indução chegou-se à conclusão de que a autoria é descoberta, em muitos casos, a partir da verificação acerca de eventuais inimigos da vítima, o investigador procurará saber com familiares, amigos e conhecidos do falecido se ele tinha alguma animosidade com alguém. De igual modo, como se sabe que em um latrocínio ocorreria o desapossamento dos bens da vítima, será revistado

o corpo para averiguar-se a presença de carteira, telefone celular, joias (p. ex. aliança de casamento), etc. Isso permitirá reforçar ou diminuir a crença na hipótese de latrocínio comparando-a com a de homicídio, em raciocínio típico de inferência para melhor explicação.

Às vezes, modos específicos de raciocínio da Lógica formal podem ser úteis para a compreensão dos fatos. Um deles é o *modus ponens*.

O *modus ponens* é a argumentação de que de um fato (X) segue-se, necessariamente, outro (Y), de modo que X → Y. O fato consequente não precisa ser posterior cronologicamente e, por isso, o X não precisa ter ocorrido anteriormente.

Um exemplo de aplicação desse raciocínio é o que segue.

A polícia, desconfiada de um acampamento de refino de pasta base de cocaína, realiza testes químicos nos rios da região. Em um deles, encontra resquícios de resíduos da produção da droga. Disso infere que realmente há um laboratório clandestino de produção de cocaína. Assim, de um fato posterior à produção do narcótico extraiu a prova dele. Aqui tem-se um indício subsequente na classificação segundo o critério cronológico[349].

Do mesmo modo, se uma pessoa tem em mãos o recibo de quitação, dele infere-se ter havido o prévio pagamento.

Outro instrumento lógico que pode servir ao raciocínio probatório é o do *modus tollens*. Aqui tem-se o inverso do *modus ponens*, inferindo-se a não ocorrência de um fato por não ter se verificado sua necessária consequência. Desse modo, se de X decorre Y e este último não ocorre, infere-se a inocorrência do primeiro, ou seja, X → Y, mas ⌐Y, logo ⌐X.

Um exemplo singelo demostra a aplicabilidade do *modus tollens*. Se o homicídio consumado caracteriza-se pelo resultado morte e a suposta vítima está viva, de homicídio consumado não se trata. Uma hipótese de aplicação mais elaborada é aquela fornecida por Jordi Ferrer-Beltrán[350], de que se a pessoa

---

[349] Quanto a esta e outras classificações relativas aos indícios: COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 53-63.

[350] FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 189.

sobre a qual recai a suspeita realmente for a autora dos disparos de arma de fogo será identificada pólvora em uma das mãos. Tem-se aqui aquilo que Walter Coelho[351] chama de indício negativo, ou seja, da constatação da inexistência de um fato determinado infere-se a inocorrência de outro fato.

Trata-se de meios de raciocínio que permitem inferências válidas, mas cuja veracidade dependerá da verdade das premissas. Tendo-se em vista o exemplo fornecido por Jordi Ferrer-Beltrán e a própria objeção por ele apresentada[352], pode ser que o homicida tenha usado luvas, o que permitiria que atirasse na vítima sem que se pudesse encontrar rastro de pólvora nas suas mãos.

O uso dos meios de inferência apontados acima pode revelar-se útil, mas depende do tirocínio e da experiência do utente. É claro que a observação do fato concreto enquanto fenômeno individual e objeto da atenção para a emissão do juízo de fato não pode ser substituída pela aplicação de máximas de experiência[353], mas a interpretação nunca é indiferente à vivência do intérprete e de suas idiossincrasias, bem como do meio e época em que vive, seja na valoração das provas diretas ou indiretas[354].

Na interpretação, seja das provas, seja dos textos normativos, a individualidade do intérprete aparece, mas isso não quer dizer que a mesma apresente-se desvinculada de todo o contexto cultural no qual inserido e que consolidou significados e modos de pensar ao longo do tempo, ou seja, em outras palavras, o intérprete encontra-se sempre situado em determinada *tradição*[355].

---

[351] COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 71.
[352] FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 190.
[353] SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências.** São Paulo: RT, 2020, p. 253.
[354] AUILO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no Direito brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 58-62.
[355] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Vol. I. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 10ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 388 e 389. Igualmente: AUILO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no Direito brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 58-62; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 52-55.

A análise probatória não é algo mecânico e indiferente ao arcabouço jurídico e existencial daquele que formula uma hipótese fáctica, verifica a ocorrência de um fato e emite juízo sobre a veracidade de um enunciado factual. Como ensina Deltan Martinazzo Dallagnol[356]:

> Raciocínio probatórios são sempre ampliativos, juízos de risco que ocorrem na esfera do "provável". Não há como raciocinar sobre provas sem lançar mão de generalizações feitas sobre a realidade. Por isso, a experiência humana (do julgador) e o conhecimento de background são fundamentais. Não deve o juiz se acanhar em recorrer à experiência para fundamentar seu julgamento, pois julgamentos sobre fatos sempre se dão com base na experiência, no conhecimento daquilo que ordinariamente acontece, quer o julgador o diga expressamente, quer o deixe implícito em argumentos elípticos (entimemas).

Nessa mesma linha, Jordi Ferrer Beltrán[357] aponta a necessidade de conhecimentos prévios auxiliares a sustentar o raciocínio probatório.

Como já aduzido, o raciocínio probatório envolve diversas e distintas espécies de operações intelectuais, não se restringindo à dedução, à indução ou à IME/abdução. Nessa linha, cumpre apontar, com apoio nas lições de Francesco Carnelutti[358], que a própria definição da proposição factual adotada na sentença enquanto premissa menor é, ela própria, decorrente de um silogismo – que não é, todavia, a única operação mental realizada.

Como aduz Carnelutti[359], com exceção da prova emanada da própria percepção do julgador, o raciocínio probatório é, ele próprio, constituído de um silogismo, na medida em que a prova aparece como premissa menor de uma dedução onde uma proposição decorrente de leis naturais, psicológicas, econômicas, etc., desempenham a função de premissa maior e de onde o valor probatório emerge como conclusão.

---

[356] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 79. Na mesma linha, Leonard Schmitz (**Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências.** São Paulo: RT, 2020, p. 245) assevera: "todo raciocínio probatório é ampliativo e se baseia em determinadas generalizações sobre a realidade".

[357] FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 188-190.

[358] CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile.** Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 2016, p. 73 ss.

[359] CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile.** Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 2016, p. 75 ss. Ele chama de prova direta aquela decorrente da percepção do fato pelo julgador, sendo que as demais, na concepção dele, seriam todas indiretas, sem confundir-se, todavia, com a prova indiciária. O célebre doutrinador italiano sustentou, assim, uma taxonomia diversa da correntemente adotada quanto à diferenciação entre provas diretas e indiretas.

Assim, se uma testemunha que não tem qualquer ligação com as partes ou interesse na causa faz uma determinada declaração de fato, esse testemunho deve ser acreditado na medida em que exista uma máxima de experiência a sustentar sua credibilidade no sentido de que, em regra, uma testemunha que não seja impedida ou suspeita deve ter seu relato prestigiado juridicamente.

O reconhecimento da demonstração da ocorrência de um fato dependerá, assim, de uma dedução onde a força probatória da prova depende e decorre de uma premissa maior que geralmente está oculta - caracterizando um *entimema* - e que deriva do conhecimento de aspectos não-jurídicos da realidade

Alguém com conhecimento na área de contabilidade conseguirá vislumbrar hipóteses analisando um balanço de uma sociedade empresarial que um leigo sequer conseguiria imaginar. Uma pessoa com experiência em fraudes bancárias pode enxergar em um extrato bancário uma correlação entre movimentações atípicas a revelar a ocorrência de um ilícito que outras pessoas seriam incapazes de vislumbrar. Para um médico-legista, o corpo “fala”, já para alguém de outra área, o cadáver não se apresenta como fonte tão eloquente de prova.

Obviamente, quando o conhecimento específico for necessário para a apuração dos fatos, será necessária a realização de prova pericial, mesmo que o julgador tenha formação na área, pois a prova não é a ele exclusivamente direcionada, mas ao processo, no qual intervirão as partes e outros julgadores[360]. Todavia, é certo que o prévio conhecimento de mundo daquele que com a prova tem contato influencia a interpretação do acervo probatório, inclusive da prova pericial.

Um magistrado com larga experiência de vida e que já atuou em centenas de processos envolvendo litígios familiares terá um *background* muito maior para apreciar as provas em uma disputa de guarda de criança. Um árbitro com um expressivo histórico de atuação no mercado de gás e petróleo tenderá a realizar uma melhor interpretação dos documentos e testemunhos acerca das

[360] CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 235.

dificuldades de cumprimento de um contrato de fornecimento cujas nuances escapam a quem não tem familiaridade com a dinâmica e costumes próprios do setor. Quando um juiz conhece determinada região, sua geografia, sua cultura e já ouviu milhares de relatos sobre o trabalho rural mediante o pagamento de diária, expressões como “salaminho” e “turmeiro” usadas por partes e testemunhas em pedidos de aposentadoria por idade rural acabam por ter um significado diverso aos ouvidos acostumados do que aos daqueles que nunca tiveram contato com a rotina e o vocabulário próprio rurícola – que inclusive não é homogêneo em todo o Brasil.[361]

Assim, o raciocínio probatório depende do uso cuidadoso e adequado de diversos instrumentos teóricos, bem como da experiência, da perspicácia e até mesmo da capacidade imaginativa do operador do Direito.

[361] Com exemplos similares colhidos da prática forense previdenciária: VILELA, Hugo Otávio Tavares. **Além do Direito: O que o juiz deve saber: a formação multidisciplinar do juiz.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2015, p. 17.

## 2 Prova unilateral: definição, análise *de lege ferenda* e seu tratamento em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros

Postas as balizas gerais sobre o Direito Probatório no capítulo anterior, impõe-se, agora, a incursão sobre a prova unilateral propriamente dita, o que enseja o enfrentamento da dificuldade inicial de sua definição, ainda que provisória, cuja apresentação será feita no início deste capítulo.

Depois, serão expostas as razões *pro et contra* para a aceitação e rejeição da prova unilateral, sem distinguir-se, ainda, os momentos probatórios da admissão e da valoração. O exame dos motivos pelos quais seria interessante ou desaconselhável a consideração da prova unilateral ocorrerá de *lege ferenda*, enquanto contraposição de argumentos a revelar aspectos positivos e negativos do uso da prova unilateral, sem ater-se, ainda, ao exame de *lege lata*, cuja realização dar-se-á no capítulo 3.

Ainda neste segundo capítulo e continuando a análise sem ainda considerar-se o Direito positivo nacional, serão expostas algumas formas pelas quais a prova unilateral é juridicamente considerada em alguns outros países.

## 2.1 Definição de prova unilateral como hipótese de trabalho.

A menção à prova unilateral em sede doutrinária[362] e jurisprudencial[363] não é rara, sendo até relativamente comum, mas sem que se apresente exatamente o que se entende como tal. Alusões ao caráter unilateral da prova costumam ser realizados de forma incidental, apenas adjetivando o substantivo prova para qualificá-lo como unilateral. Obviamente, muitas vezes a partir do próprio contexto no qual mencionada a unilateralidade da prova revela-se possível inferir o sentido no qual usada a expressão; afinal, não é porque o conceito não é apresentado explicitamente que isso impede a apreensão dele.

Porém, para que reste claro o modo pelo qual costuma-se invocar a natureza unilateral da prova, veja-se um exemplo doutrinário, especificamente a respeito da ata notarial, consistente na lição de Camila Domingues Masera da Cruz[364] quando assevera:

> [...] é preciso se atentar para o fato de que a ata notarial é produzida unilateralmente. Em que pese o tabelião valer-se de fé pública, a documentação é, na quase integralidade das vezes, feita sem a presença da parte contra quem o documento é produzido no processo.

Fica claro que a autora considera a atuação do tabelião incapaz de infirmar o caráter unilateral da prova, mas não resta explícito o que seria essencial para caracterizar a unilateralidade da prova. A partir do uso que a doutrinadora faz do conceito é possível inferir que somente deixaria de ser unilateral a prova produzida conjuntamente com a parte em face da qual será oposta a prova. Inexiste, porém, a problematização a respeito da intervenção do terceiro – que a própria doutrinadora lembra tratar-se de delegatário dotado de

---

362 Exemplificativamente: CRUZ, Camila Domingues Masera da. A Ata Notarial como meio de prova no Direito das Famílias. Site do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em: IBDFAM: A Ata Notarial como meio de prova no Direito das Famílias. Acesso em 10.01.2022.; SALLES, Tatiana Saad. **Provas unilateralmente produzidas pela parte e a comprovação da verossimilhança das alegações na antecipação de tutela em ações de nulidade de patente.** Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n1_2013/pdf/TatianaSaadSalles.pdf. Acesso em 02.08.2021.

363 Exemplificativamente: TJSP, 32ª Câmara de Direito Privado, 1001395-13.2016.8.26.0337, Relatora Desembargadora Mary Grün, julg. 05.08.2022; TJRS, 23ª Câmara Cível, 0048258-02.2021.8.21.7000, Relator Desembargador Ney Wiedemann Neto, julg. 29.07.2022, unânime.

364 CRUZ, Camila Domingues Masera da. A Ata Notarial como meio de prova no Direito das Famílias. Site do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em: IBDFAM: A Ata Notarial como meio de prova no Direito das Famílias. Acesso em 10.01.2022.

fé pública – e, em que medida, isso poderia influenciar na unilateralidade da prova. A mesma linha é seguida por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[365], Marcelo Antônio Cavalli[366] e Paulo Osternack Amaral[367] quando apontam a unilateralidade da ata notarial confeccionada sem a participação da parte contrária. O caráter unilateral da ata notarial também é frequentemente apontado em sede jurisprudencial[368].

Quando Tatiana Saad Salles[369] discorre sobre a utilização de pareceres técnicos para alicerçar ações anulatórias de patentes, aduz que a prova produzida pelo *expert* a pedido da parte revela-se crível e hábil a revelar a verossimilhança das alegações de quem postula a concessão de antecipação de tutela, apesar do caráter unilateral da prova técnica. A questão que emerge, mas não colocada no estudo da doutrinadora, é, até que ponto, realmente a prova mostra-se unilateral quando produzida por quem, segundo ela, não seria aceitaria contratação para emitir parecer falso. Em outras palavras, o estudo da autora, pode ter alcançado conclusões eventualmente corretas, mas a unilateralidade da prova aparece como um elemento nuclear da pesquisa – tanto que a unilateralidade da prova aparece inclusive no título – sem que haja discussão sobre os contornos do conceito.

Nem mesmo a grande obra, verdadeiro clássico, do Direito Probatório brasileiro, a “Prova Judiciária no Cível e Comercial de Moacyr Amaral Santos”,

---

365 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2.** 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 219.

366 CAVALLI, Marcelo Antônio. **A ata notarial como prova pré-constituída e o contraditório efetivo.** São Paulo: Dialética, 2022, p. 158.

367 AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 167.

368 Exemplificativamente, veja-se os seguintes trechos colhidos de julgados: “Ata notarial produzida de forma genérica e unilateral, incapaz de alterar o entendimento firmado no julgamento.” (TJSC, 2ª Câmara de Direito Civil, Embargos de Declaração 0300900-19.2014.8.24.0019, Relator Desembargador Rubens Schulz, julg. 15.08.2019); “Ata notarial produzida unilateralmente.” (TJSP, 38ª Câmara de Direito Privado, Apelação cível 1006421-66.2021.8.26.0482, Relatora Desembargadora Anna Paula Dias da Costa, julg. 12.09.2022, DJE 13.09.2022); “Laudo de vistoria de saída unilateralmente produzido, assim como a ata notarial, documento unilateral que funciona como elemento indiciário, mas sem força probatória, em respeito ao contraditório” (TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, 1017387-57.2019.8.26.0224, Relator Desembargador Hugo Crepaldi, julg. 09.12.2021, DJE 09.12.2021)

369 SALLES, Tatiana Saad. **Provas unilateralmente produzidas pela parte e a comprovação da verossimilhança das alegações na antecipação de tutela em ações de nulidade de patente.** Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n1_2013/pdf/TatianaSaadSalles.pdf. Acesso em 02.08.2021.

adota, na taxonomia por ele apresentada[370], a diferenciação entre provas unilaterais e outras que lhe possam ser contrapostas. Mesmo depois de passar em revista diversas outras classificações para, por fim, apresentar a sua, inexiste menção à categoria das provas unilaterais.[371]

Aqui, a questão não é, ainda, averiguar os caracteres da prova unilateral, mas apontar como não costuma ocorrer o enfrentamento de qual o efetivo significado que lhe é atribuído quando ele é utilizado.

A falta de crítica acerca da expressão prova unilateral e de tentativas de conceituação pode, perigosamente, insinuar que é um conceito tão óbvio a dispensar maiores digressões. Porém, a identificação do fenômeno ajuda na compreensão de sua operacionalidade, clareando as possibilidades de (ab)uso da expressão.

Neste tópico, serão apresentadas considerações sobre o fenômeno jurídico e apresentada uma definição que seja operativa, ainda que provisória, a servir como hipótese de trabalho, não se pretendendo aqui apresentar uma noção fechada e estrita de prova unilateral que trace contornos rígidos a delimitar o conceito, até mesmo porque é plenamente possível a adoção de distintas e justificadas acepções de prova unilateral, entendendo-se como tal um espectro mais ou menos amplo de provas.

Sobre a vagueza semântica da expressão prova unilateral, note-se que é possível adotar-se desde um conceito bastante restrito de prova unilateral, circunscrevendo-o à declaração da própria parte interessada, opção na qual será imposto o caráter unipessoal, até um conceito amplíssimo no qual somente deixará de seu unilateral a prova produzida com a participação da parte em face da qual ela será utilizada, de modo que, mesmo a perícia produzida em processo envolvendo A e B acabará por revelar-se unilateral quando oposta em face de C. Assim, inexiste uma definição pronta e acabada de prova unilateral, impondo-se a averiguação de qual concepção revela-se mais adequada e que virá a ser adotada na presente tese.

---

[370] Isso não significa, contudo, que ele não aborde o fenômeno, pois, como se verá adiante, ele analisa o princípio *nemo sibi titulum constituit*.

[371] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 53-71.

Inexiste uma norma jurídica que coloque a prova unilateral como elemento do suporte fático e prescreva a aplicação de consequências jurídicas, de modo que se pudesse realizar uma subsunção a partir da conceituação e a identificação do fenômeno na realidade.

O que importa, neste momento da pesquisa, é a apreensão do que é a prova unilateral para formular uma definição para fins de desenvolvimento da tese e, posteriormente, debater-se o potencial demonstrativo-persuasivo da mesma à luz do sistema jurídico como um todo, explorando-se valores e normas a determinar o tratamento jurídico adequado.

A análise do conceito de prova unilateral terá em vista os caracteres que o definem, sendo o tratamento jurídico aplicável explorado adiante, depois de compreendidos os contornos do fenômeno. Isso porque a força probatória da prova unilateral não se extrai pura e simplesmente de sua unilateralidade, mas de outros fatores que serão objeto de consideração ao longo desta tese.

Postas essas balizas metodológicas, primeiramente, cumpre observar que, apesar de ser corrente a menção à unilateralidade da prova, uma definição ou mesmo vagos contornos não são costumeiramente apontados em sede legal, doutrinária ou jurisprudencial.

Diante da escassez de tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial acerca do conceito de prova unilateral, os traços essenciais da prova unilateral parecem ser apreensíveis a partir de uma lição de Jeremy Bentham quando, após apontar a maior força das provas diretas sobre as indiretas e destas sobre as provas inferiores (*inferior evidence*), arrola dentre as últimas as “Pruebas semi preconstituidas ó *ex parte*”[372] ou “Démi-preconstituded evidence (evidence *ex-parte*)”[373] que nos parece ser a chave para um aprofundamento do problema das provas unilaterais no Brasil.

---

[372] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição traduzida: 1847), p. 266.

[373] BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence.** London: Baldwin, Cradock, and Joy,Paternoster-Row, 1825, p. 190. Disponível em: A Treatise on Judicial Evidence : Jeremy Bentham , Etienne Dumont : Free Download, Borrow, and Streaming : Internet Archive. Acesso em 06.07.2021.

Segundo Bentham[374], os livros mercantis não podem ser considerados provas pré-constituídas por ausência de confecção conjunta por ambas as partes interessadas e por inocorrência de atuação de um agente público no ato. Por isso, chamou essa prova de semi pré-constituída ou *ex parte*.

Nas palavras de Bentham[375]:

> 2. Bajo la denominacion de escritos accidentales, no compreendo las cartas mercantiles ni los libros de cuenta y razon de las casas de comercio, porque estando extendidos dichos documentos de una manera regular y uniforme, teniendo un objeto determinado y hallándose destinados a servir eventualmente de prueba, puede considerárseles como un ramo de las *pruebas preconstituidas*. Pero, por otra parte, les faltan las cualidades esenciales que tanto distinguen a esta clase de pruebas, á saber: estar hechas conjuntamente por ambas partes interesadas, y ser autorizadas por un oficial público, que por su posicion aleje suspechas de fraude. Era preciso, por lo tanto, hallar un término que expresase esa diferencia, é (*sic*) hiciese conocer al primer golpe de vista la inferioridad de esta prueba. La denominacion de prueba *semi-preconstituida*, representa bastante bien su naturaleza y valor. (itálico no original)

Desse modo, Jeremy Bentham[376] chamou a atenção para *dois* aspectos relevantes da prova unilateral, a saber, o de sua feitura pelo próprio

---

[374] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição traduzida: 1847), p. 266.

[375] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição traduzida: 1847), p. 266.
Igualmente: BENTHAM, Jeremy (Jérémie). **Traité des preuves judiciaires. Tomo 2.** Paris: Bossange Frères, 182. Disponível em: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5690645k/f14.item. Acesso em 27.11.2021, p. 3 e 4), de onde colhe-se: "2. Je ne range pas sous la définition d'écritures casuelles les lettres commerciales et les livres de comptes de maisons de commerce: ces écrits sont faits régulièrement, d'une manière uniforme, dans une but déterminé et avec l'intention de pouvoir ètre appliqués eventuellement à servir de preuve; des lors ont peut les considérer comme une branche de la *preuve préconstituée*. Mais, d'un autre côté, il leur manque les qualités essentielles qui distinguent si éminemment les preuves de cette classe; ils ne sont pas faits conjointement par les deux parties intéressées; ils ne sont pas le ouevre d'un officier public que as situation élève au-dessus du soupçon de fraude. Il fallait trouver un terme qui exprimat cette différence, et qui fit sentir d'abord l'infériorité de cette preuve. La dénomination de preuve *demi-pré-constituée* répresente assez bien as nature et as valeur." (itálico no orginal).
Ainda: BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence.** London: Baldwin, Cradock, and Joy,Paternoster-Row, 1825, p. 190 e 191. Disponível em: A Treatise on Judicial Evidence : Jeremy Bentham , Etienne Dumont : Free Download, Borrow, and Streaming : Internet Archive. Acesso em 27.11.2021), de onde colhe-se: "2. Under the definition of casual written evidence, I do not comprehend commercial letters and the books kept in commercial houses: these writings are regularly drawn up in one uniform manner, with a determinate object, and with the intention that they may eventually be used as evidence. Hence, they may be considered as a branch of pre-constituted evidence. But, on the other hand, they want the qualities which so eminently distinguish this species of evidence; they are not made conjointly by the two parties interested; they are not the work of a public officer elevated by his situation above every suspicion of fraud. It is necessary to find a term which will express this diference, and mark at once the inferiority of the evidence. The appellation of *demi-preconstituted* evidence represents sufficiently its nature and its value." (itálico no original).

[376] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição traduzida: 1847), p. 266.

interessado e a ausência de fiscalização na sua elaboração, o que já revela que a unilateralidade a diminuir o valor probatório decorre não apenas de um, mas desses dois aspectos.

A identificação da prova unilateral como aquela produzida por uma das partes interessadas e sem a participação da outra parte interessada ou de um terceiro desinteressado revela-se intermediária entre os dois conceitos extremos que colocam, em uma ponta do gradiente de possibilidades, o de que se consideraria como tal apenas a prova unipessoal, e, de outro, o de que a ausência de participação de outra parte interessada na confecção da prova já caracterizaria, por si só, a unilateralidade.

Desse modo, a participação de uma pessoa potencialmente alinhada, de algum modo, aos interesses da parte não será hábil a descaracterizar a unilateralidade da prova no presente estudo. Na mesma linha, Sérgio Cruz Arenhart[377] bem aponta que a prova unilateral não precisa ser pessoalmente confeccionada pelo seu beneficiário para ser considerada como tal, podendo ser caracterizada desse modo também quando feita por ordem de quem busca com ela beneficiar-se.

De igual maneira, a prova unilateral não se confundirá com a prova produzida sem a participação da outra parte, de modo a não se considerar, nesta tese, como unilateral aquela prova cuja produção deu-se sob o crivo de terceiro desinteressado, ainda que ausente aquele em face do qual ela será utilizada. Por isso, para os fins da presente tese, tanto a ata notarial, quanto a justificação judicial, produzidas sem a participação da outra parte, não serão consideradas provas unilaterais, apesar de serem provas nas quais ausentes o contraditório e a ampla defesa, pois há a atuação de um terceiro presumidamente imparcial (tabelião ou juiz).

Ainda que o caso mais notório de prova unilateral seja o da declaração documental de fato em favor próprio, a prova unilateral não se reduz a tal fenômeno, alcançando um número maior de casos nos quais não há a participação da outra parte interessada e/ou a atuação ou fiscalização por

---

[377] ARENHART, Sérgio Cruz. Artigo 408. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 1.071.

terceiro, bastando pensar nos casos dos laudos de médicos particulares que atenderam a parte extrajudicialmente e das declarações extrajudiciais de terceiros (quando não prestadas perante tabelião).

Por sua vez, a possibilidade de conhecimento posterior à feitura da prova por parte de quem da sua confecção não participou não retira sua unilateralidade[378]. A bilateralidade resulta da convergência de vontades na declaração do fato ou da produção conjunta da prova – e não da possibilidade de ulterior fiscalização pela contraparte ou terceiro.[379] O exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa somente depois de produzida a prova não infirma sua unilateralidade quando a sua produção decorre da atuação de apenas um dos interessados, ou seja, a crítica posterior não tem o condão de tornar unilateral aquilo que é na essência e origem unilateral.

Por outro lado, a participação de terceiro desinteressado suprime um dos caracteres necessários para a identificação da unilateralidade da prova.

Assim, pode ser dito, ainda que provisoriamente e para fins de desenvolvimento desta pesquisa, que *a prova unilateral é aquela confeccionada sem a participação daquele contra quem se oporá e de quem possa fiscalizar a higidez de sua produção*.

Desse modo, dois são os caracteres cuja presença simultânea a identifica a unilateralidade da prova. Assim, a definição da prova unilateral ocorre mediante o reconhecimento da ausência de dois fatores, a saber, a participação de outra parte e da fiscalização por terceiro.

A prova unilateral comumente referida no uso forense é aquela sobre a qual apenas uma das partes interessadas possui controle na sua produção, escapando completamente da sindicabilidade pela outra parte e, igualmente,

---

[378] Contra, entendendo que a submissão posterior ao contraditório e à ampla defesa suprimiriam o caráter unilateral da prova: FERREIRA, André Marcon. Prova unilateral: como fica o contraditório para o fornecedor nas relações de consumo? **Migalhas**, 26.05.2015. Acesso em 31.10.2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/220984/prova-unilateral--como-fica-o-contraditorio-para-o-fornecedor-nas-relacoes-de-consumo

[379] Por isso, a afirmação de Gláucia Beatriz de Freitas (**A ausência de apreciação de prova apresentada em juízo pelo fornecedor de serviços de telecomunicações por ter sido extraída de seus sistemas internos informatizados – uma análise sob a perspectiva do direito de defesa do fornecedor.** Monografia de especialização. Brasília: Uniceub, 2012, p. 24) no sentido de que o consumidor poderia, a qualquer tempo, examinar os registros nos sistemas internos das empresas de telefonia, tornaria a prova bilateral, parece equivocada e será analisada mais adiante nesta tese quando examinados alguns casos específicos.

sem a fiscalização de um terceiro desinteressado. É a prova constituída *solitariamente* pela parte[380].

A prova unilateral produzida sem a participação de outrem tende a ser associada, às vezes indevidamente, à prova fabricada pela parte apenas para produzir a corroboração da versão que deseja apresentar para os fatos.

Não se exige para a caracterização da prova como unilateral que ela tenha sido produzida deliberadamente para beneficiar seu produtor em eventual litígio, ainda que esse seja o motivo para muitas vezes a prova ser repudiada, como se verá adiante na presente tese.

Uma prova pode ser produzida solitariamente e, mesmo assim, estar ausente qualquer premeditação de uso para confortar uma narrativa e exemplo claro disso é o de diário escrito muitos anos antes de qualquer discussão sobre fatos que a parte registrou na sua intimidade em escrito que sequer imaginava-se um dia vir à público.

Igualmente considera-se como unilateral aquela prova que, apesar de não ter sido produzida apenas pela pessoa da parte, sua produção encontra-se sob controle da parte interessada e o terceiro que participa da confecção não se encontra na função de fiscalizador da diligência probatória.

Quando o terceiro é um procurador da parte, ele atua em favor dos interesses do mandante. Esse é o caso mais evidente de atuação do terceiro de forma convergente com a vontade da parte.

Porém, há situações menos claras, nas quais o terceiro não pode ser considerado uma *longa manus* da parte, mas, mesmo assim, não há uma independência e, menos ainda, uma atuação fiscalizadora, pelo *tertius*. Exemplo disso é o de contratação de profissional da área de Engenharia para a emissão de um laudo para fins de aferição e documentação da situação de imóvel. Essa prova, ainda que seja o engenheiro legalmente e eticamente responsável pela informação apurada e apresentada, é produzida longe dos olhos de qualquer outra parte interessada e o profissional contratado está prestando um serviço – e não sindicando uma atividade como um terceiro imparcial. Além disso, a

[380] Aqui a referência à solidão foi tomada emprestada das palavras do meu orientador Professor Doutor William Santos Ferreira em profícuo diálogo ocorrido em 05.08.2022.

escolha de profissional da confiança da parte é fator a revelar que a prova é produzida tendo em vista os interesses do contratante.

Ainda, há casos nos quais o terceiro não é uma pessoa contratada pela parte, mas as circunstâncias da produção da prova estão sob exclusivo controle de quem convidou o *tertius* a colaborar. Esse é o clássico problema do testemunho irregular, prestado extrajudicialmente e mediante declaração feita a apenas uma das partes. Existe a participação de terceiro, mas sem a participação de outra parte potencialmente interessada no relato e sem que esse terceiro exerça uma função fiscalizadora – até mesmo porque a emissão de sua declaração é que seria o objeto da fiscalização.

Diferentemente, é o caso da declaração de terceiro perante um tabelião, pois o cartorário atesta, com fé pública, a ocorrência da declaração – não do fato declarado -, bem como daquelas outras situações nas quais ambos interessados/litigantes ouvem uma pessoa em um escritório de advocacia.

Por sua vez, há provas unilaterais as quais, por diferentes razões, o sistema jurídico explicitamente lhes agrega credibilidade, bem como outras cujo valor probatório advirá da ausência ou diminuta existência de fundamentos para que sejam desacreditadas. Esse ponto será desenvolvido adiante, no item 3.3.2.

## 2.2 Razões para sua rejeição.

A rejeição – não se distinguindo, aqui, ainda, entre inadmissibilidade e ausência de consideração de valor probatório - da prova unilateral pode ser motivada por diversos fatores que se entrelaçam, dentre os quais a impossibilidade ou extrema dificuldade do controle de sua confecção, o caráter predominantemente narrativo em detrimento do potencial demonstrativo, a insegurança jurídica, bem como o prejuízo às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Conforme Alain Bénabent[381], a necessidade da prova derivar de elementos exteriores à pessoa do interessado apoia-se em fundamentos óbvios,

[381] BÉNABENT, Alain. **Droit des Obligations.** 15ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 110.

evidentes. Contudo, o desvelamento de tais razões pode ser especialmente profícuo na compreensão do fenômeno da prova unilateral.

Uma das razões pelas quais a prova unilateral deve ser rejeitada é o de que uma manifestação expressa pelo próprio beneficiário a respeito da ocorrência de um fato tende a ser uma comunicação de um interesse – e não de uma percepção. Sendo uma prestação de informação potencialmente interessada por parte do emissor, sua consideração pelo receptor pode ser compreendida como uma expressão interna, dependente mais da vontade, do que do conhecimento de algo que lhe seja externo e que efetivamente tenha sido observado.

A consideração de que uma informação é fidedigna depende da confiabilidade da fonte de sua emissão, sendo que no caso de haver interesse do emitente – no momento da emissão - passa a existir fundado motivo para a dúvida, pois é crível que, ao invés de uma declaração fundada no conhecimento de um fato que lhe é exterior e indiferente, se esteja, na verdade, diante de uma declaração enganosa fundada no intento de que o receptor admitia fato que lhe seja favorável.

Como lembra Clarisse Frechiani Lara Leite[382] "ordinariamente o ser humano tende a buscar o próprio benefício" e, por isso, Moacyr Amaral Santos[383] afirma a existência e aceitação universal do princípio *nemo sibi titulum constituit* (em tradução livre: ninguém pode constituir título em seu próprio favor)[384].

Sobre a conhecida pressão desempenhada pelo interesse em favorecer-se mediante a constituição de prova em favor próprio, ainda que falsa, Francesco Carnelutti[385]

---

[382] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 408. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 102.

[383] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume IV.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 215, 216, 237 e 238.

[384] Quando se menciona título aqui, está se tratando de *causa adquirendi*, de fato jurídico que justifica a aquisição de direitos (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 175).

[385] CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile.** Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 2016, p. 228. Em tradução livre: "se a escritura privada normalmente não prova a favor de seu autor, isso acontece porque a ordem positiva assume entre suas normas a regra da experiência de que o interesse pressiona para que se documente falsamente os fatos".

> [...] se la scrittura privata normalmente non fa fede a favore del suo autore, ciò avviene perché l'ordine positivo assume fra le sue norme la regola di esperienza che l'interesse spinge a documentare falsamente i fatti [...]

Para além da discussão filosófica sobre a bondade ou maldade inerente ao ser humano, é certo que ele é autointeressado. Como ilustrou Adam Smith[386] em lição consagrada:

> [...] Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade, mas ao amor-próprio, e nunca falamos das nossas necessidades, mas das vantagens que eles podem obter. [...]

Ante a possibilidade de um ganho ou perante a iminência de um prejuízo (patrimonial ou moral), a parte possui incentivos para que apresente versão e provas direcionadas ao seu benefício. Diante da tentação de um ganho elevado ou premido pela assustadora chance de ruína ou de vergonha intensa, a pressão das circunstâncias incentiva a pessoa a destoar da verdade, às vezes mediante a mentira, outras vezes pela conveniência do engano - incluída aqui a *cegueira deliberada*.

Nesse sentido, a prova unilateral somente poderia servir em desfavor de seu autor e, nessa linha, Sérgio Cruz Arenhart[387] aponta "a máxima de que a prova elaborada unilateralmente faz prova contra quem a elaborou ou mandou elaborar". O mesmo é dito, ainda, por Daniel Penteado de Castro[388]. Não por acaso, ambos comentários doutrinários foram feitos tendo em vista o artigo 408 do CPC, pois a questão da unilateralidade da prova é normalmente correlacionada com a declaração em favor próprio feita em documento – porém, como se verá ao longo desta tese, a unilateralidade da prova não está circunscrita ao meio documental.

---

Recorde-se aqui que a experiência não se releva importante apenas na valoração da prova indiciária, mas igualmente da prova direta, sendo o raciocínio jurídico sempre ampliativo; nesse sentido: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 79; Leonard Schmitz (**Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências.** São Paulo: RT, 2020, p. 245.

[386] SMITH, Adam. **A riqueza das nações. Volume 1.** Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 19.

[387] ARENHART, Sérgio Cruz. Artigo 408. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 1.071.

[388] CASTRO, Daniel Penteado de. Artigo 408. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2017, 294.

Ilustrativa é a lição de Moacyr Amaral Santos[389]:

> Contudo, o instrumento particular, salvo os casos que independem de assinatura, deve, obrigatoriamente, satisfazer uma condição: - *ser assinado pela parte ou partes que se obrigam*. A assinatura da parte é seu requisito essencial e impreterível. Nela está assegurado não só o conhecimento da autoria do instrumento, como dela decorre a presunção de veracidade em relação ao signatário das declarações no instrumento contidas. "O que é essencial – diz Coviello – é a assinatura de quem fêz a declaração de vontade. Outrossim, se o negócio é bilateral, urge a assinatura de quem assume a obrigação, ou constitui um direito a favor de outrem, ou libera outrem de uma precedente obrigação. Se existe somente a assinatura de quem adquiriu o direito ou foi liberado da obrigação, ela não serve para fazer da escritura um meio de prova, porque ninguém pode constituir um título para si próprio".
> 99 – O que é essencial ao instrumento particular assinado, repita-se, é a *assinatura* de quem se obriga ou faz a declaração de vontade. Quer dizer que o instrumento deve ser *subscrito* por quem se obriga ou declara.

Como já apontado no item 1.4 desta tese, os jurisconsultos romanos cunharam o brocardo *probare oportet, nec suficit dicere* para dizer "que não bastam as alegações dos interessados, sendo necessário provar." [390]. Desse modo, como a narrativa dos fatos não é suficiente para tê-los como ocorridos e, assim, deles inferir os efeitos jurídicos almejados, impõe-se sua demonstração, pois o contar uma história não se confunde com a comprovação de sua ocorrência no mundo concreto, ou seja, narrar é diferente de demonstrar, assim como alegar não se revela o mesmo que comprovar.

Os riscos de prestigiar-se irrestritamente a prova unilateral são aqui apresentados de forma extremada para mostrar o perigo que se corre e o grau de degradação do Estado de Direito em tal cenário.

Admitir que alguém crie uma prova para, assim, valendo-se da mesma, ver aceito fato que lhe é favorável e, desse modo, ver reconhecido direito em detrimento da esfera jurídica de outrem, viola, ao mesmo tempo, o Estado de Direito, o devido processo legal, a segurança jurídica, o contraditório e a ampla defesa. É algo muito próximo da pessoa criar sua própria lei e impô-la aos demais, fazendo isso, não em um plano geral, mas particular.

---

[389] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume IV.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 148 e 149.
[390] SAMPAIO, José Maria Gonçalves. **A prova por documentos particulares na doutrina, na lei e na jurisprudência.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 25.

O prestígio da prova unilateral ensejaria, ao invés de uma busca pela verdade, uma satisfação com uma declaração de vontade do interesse de quem faz ou manda fazer a declaração, uma narrativa, ao invés do interesse pelo fato em si considerado.

Mais do que a ausência de participação da outra parte na obtenção/produção da prova, o uso corrente da noção de prova unilateral remete ao caráter discricionário e autointeressado de sua confecção. A prova unilateral seria, assim, uma declaração com força probatória a beneficiar o próprio declarante, ou seja, o oposto de uma confissão. A atribuição de valor à prova unilateral seria, em última análise, o abandono da função demonstrativa em prol de uma concepção puramente argumentativa da prova.

A admissão da prova unilateral pode, no extremo, substituir a vontade de outrem pela própria, criando obrigações para terceiros em benefício próprio, além de ensejar uma negação da realidade ao permitir-se que cada um crie sua própria realidade, submetendo outros a ela.

A prova unilateral pode, no limite, servir, não de instrumento para que se revele a realidade, mas para que se crie uma fantasia, um mundo paralelo, de acordo com o imaginário e com os interesses do seu criador.

E quanto mais se vislumbra na prova um meio de composição de uma narrativa, maior o risco de descolamento das assertivas de fato do que efetivamente ocorre na realidade objetivamente considerada.

Caso aceita inadvertidamente, a prova unilateral leva a parte contra a qual é oposta a uma situação de sujeição contra a qual pouco poderá fazer para desvencilhar-se.

O acolhimento, sem reservas, da prova unilateral, imporia a aceitação como verdade do quanto afirmado pelo próprio interessado, o que é o exato oposto das regras sobre ônus da prova. Significaria presumir a veracidade das alegações quando, pelo contrário, quando negadas pelo *ex adverso*, precisam ser provadas para serem aceitas.

A alegação não pode servir de prova do fato alegado na medida em que a primeira é feita tendo em vista um determinado resultado favorável almejado, ou seja, subjacente à rejeição da prova unilateral está o

reconhecimento de que a intenção de confeccionar prova em seu próprio favor pesa contra a idoneidade dela. Desse modo, o interesse e a intenção mostram-se como elementos que pesam em desfavor da admissão da prova unilateral.

De igual forma, a ausência de participação da outra parte retira credibilidade da prova, pois a força dela depende em grande medida da atuação daquele contra quem se pretende opô-la. No mesmo sentido, a oportunização do exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa constitui-se em outro fator a legitimar a prova produzida, pois ao garantir-se a influência em seu resultado acaba-se justificando sua utilização contra aquele que pode atuar na sua confecção.

O caráter unilateral da prova, ao afastar-se da outra parte interessada na sua formação e do escrutínio de terceiro, por sua vez, aumenta a chance de que outra informação – que não àquela correspondente à realidade dos fatos – seja transmitida, deliberadamente ou não, pois o oposto da verdade é a falsidade – e não a mentira -, podendo emergir de engano ou da vontade consciente de fazer uma asserção falsa[391]. Uma prova confeccionada unilateralmente permite que, intencionalmente, apresente-se uma falsa representação da realidade, mas, ainda, essa característica aumenta o risco de um erro honesto, ao ser produzida sem o crivo da outra parte ou de terceiro imparcial.

Aliás, note-se que, se cada alegação de fato correspondesse perfeitamente ao acontecimento, a veracidade de duas asserções opostas seria logicamente impossível. Desse modo, a admissão irrestrita e acrítica da prova unilateral poderia, levada ao extremo, violar o princípio lógico da não-contradição.

Por fim, a aceitação pura, simples e ilimitada da prova unilateral pode gerar uma aporia, pois se partes antagônicas produzirem unilateralmente provas em favor próprio, haverá uma colisão de versões sem que haja qualquer critério racional para aferir quem está dizendo a verdade. Em outras palavras: se a alegação tivesse a força de forçar o reconhecimento de um fato como provado, não haveria sequer uma forma racional de resolver o impasse gerado por

[391] Essa observação de que a falsidade não decorre, necessariamente, de uma mentira, foi bem apontada por Vitor de Paula Ramos (**Prova documental: Do Documento aos Documentos. Do Suporte à Informação.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 79).

versões contrárias ou contraditórias[392]. Assim, se é reconhecido como ocorrido o fato meramente narrado por uma parte, ter-se-á que reconhecer igualmente o quanto declarado pela outra, gerando um impasse e a impossibilidade de dirimir-se racionalmente o conflito.

## 2.3 Razões para sua aceitação.

No presente subcapítulo serão abordados motivos para a aceitação – não se distinguindo, aqui, entre admissibilidade e atribuição de valor probatório – da prova unilateral, mais uma vez, de *lege ferenda*.

Em algumas circunstâncias, a prova, apesar de unilateral, não decorre do arbítrio ou da vontade de beneficiar-se. Como ensina Moacyr Amaral Santos[393], apesar do princípio *nemo sibi titulum constituit*, as provas confeccionadas pelo próprio interessado em delas valer-se não devem, apenas por isso, ser pura e simplesmente ignoradas, pois, tendo em vista outras provas e o conjunto do acervo probatório, pode ser que apresentem, à luz do que ordinariamente acontece e das características em si da prova unilateral apresentada, bem como do fato probando, apresentar força probatória. Igual entendimento foi manifestado, em mais de uma oportunidade, pela Corte de Cassação francesa que não viu no artigo 1.331 do *Code*[394] uma vedação ao prestígio da prova unilateral em favor da própria parte, como aponta Laurent

---

[392] Distingue-se aqui entre contrário e contraditório considerando-se este último caso como o de uma impossibilidade lógica apenas parcial, ao passo que a primeira apresenta caráter total. Nesse sentido, especificamente quanto às antinomias: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 88 e 89.

[393] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume IV.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 237 e 238.

[394] Atualmente revogado e correspondente hoje ao art. 1.378-1. O texto legal é o seguinte: “Article 1378-1. Les registres et papiers domestiques ne font pas preuve au profit de celui qui les a écrits. Ils font preuve contre lui: 1° Dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu; 2° Lorsqu'ils contiennent la mention expresse que l'écrit a été fait pour suppléer le défaut du titre en faveur de qui ils énoncent une obligation.”. Em tradução livre: “Artigo 1.378-1. Os registros e papéis domésticos não provam em favor daquele que os escreveu. Eles fazem prova contra ele: 1º Em todos os casos onde eles enunciam formalmente o recebimento de um pagamento; 2º Naqueles que contêm a menção expressa que o escrito foi feito para suprir a falta de título em favor daqueles aos quais se enuncia uma obrigação.”

Leveneur[395], cumprindo notar, porém, conforme noticia Alain Bénabent[396] que em outras ocasiões a mesma Corte repeliu cobranças fundadas em faturas emitidas por quem se diz credor, cópias de correspondências enviadas por quem cobra, documentos fiscais e livros contábeis assim como rejeitaram o reconhecimento do salário declarado pelo próprio empregado.

Nesse sentido, é lapidar a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[397]:

> Outra questão, também de importância inegável, diz com as cartas e os registros domésticos que enunciam fatos *favoráveis* ao seu autor. Merecem esses documentos alguma força probante? Dir-se-á, com apoio na doutrina pacífica, que não é possível extrair provas dessas declarações, uma vez que não se pode admitir que o autor de um dos documentos crie, sozinho, prova em seu próprio benefício. Entretanto, novamente, não se pode deixar de considerar a possibilidade de que tal escrito se preste como indício da efetiva ocorrência do fato que interessa ao autor do documento. Com efeito, a forma, a idade do documento, sua harmonia com o restante da prova dos autos, enfim, tudo isso poderá indicar para a conclusão de que, efetivamente, o fato que interessa ao autor do documento aconteceu realmente. No caso, não há dúvida, embora o documento tenha sido utilizado como mero indício da existência do fato, é certo que seu uso é admitido e pode, até mesmo, se prestar para formar o convencimento judicial.

Quando a prova é produzida unilateralmente, mas sem ter-se em vista um potencial litígio, tendo a feitura dela datado de anos e em circunstâncias que não fizessem suspeitar a ocorrência da contenda na qual virá a prova a ser utilizada, a intencionalidade de beneficiar-se mediante a confecção da prova desaparece. Um diário antigo, uma declaração prestada perante um sindicato quando declarou-se rurícola, decorrem de afirmações de fato feitas pelos seus beneficiários, mas que à época sequer sabiam da relevância que assumiria tal evento, de modo que, apesar de unilaterais, a ausência de interesse na

---

[395] LEVENEUR, Laurent. **Code civil.** 36ª ed. Atualização de André Lucas. Paris: Lexisnexis, 2017, p. 983. Nas palavras do autor: "1) **Présomption résultant des registres domestiques.** Les registres domestiques, s'ils ne peuvent faire une preuve littérale de la prétention de celui que les juges du fond comme un élément de présomption parmi d'autres relevés et appreciés dans leur ensemble (Cass. 1re civ. 6 oct. 1958 : *D*. 1958, 747. – V. en ce sens Cass. civ., 8 janv. 1934 : *DH* 1934, 148) 2) **Registres opposés à celui qui s'en est remis au rédacteur.** L'article 1331 n'étant pas d'ordre public, le rédacteur des registres peut les invoquer contre celui qui s'en est remis à lui pour les rédiger (Cass. req. 20 mars 1876 : *DP* 1877, 1, 254, rapp. Lepelletier)." (negrito e itálico no original).

[396] BÉNABENT, Alain. **Droit des Obligations.** 15ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 110.

[397] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 726 e 727.

declaração torna mais reveladora a prova confeccionada. Como ensina Clarisse Frechiani Lara Leite[398]:

> [...] Assim como modernamente se admite que o depoimento pessoal sirva de elemento de convicção em favor do próprio depoente, também é possível que, diante de peculiaridades do caso, o juiz atribua valor probatório ao documento contendo declaração favorável ao interesse de seu autor, especialmente quando conjugada a outros elementos de convicção. Naturalmente, de acordo com as regras de experiência comum e da persuasão racional, não se deverá reconhecer grande credibilidade à declaração da própria parte, *contemporânea ao litígio*, de que o fato que ampara sua pretensão ocorreu. A situação mudará de figura, p. ex., na hipótese em que, ao tempo do registro da declaração, o fato declarado fosse indiferente ou mesmo desfavorável ao interesse do declarante. [...] (itálico no original)

Afinado com o conceito de prova unilateral de Jeremy Bentham, caracterizado pela produção pelo próprio interessado e sem que seja possível a fiscalização pela outra parte ou terceiro imparcial, Moacyr Amaral Santos[399] sustenta a possibilidade de utilização da prova unilateral especialmente quando se trata de documentos de pessoas jurídicas, dado que feitas por administradores que, apesar de dependentes das pessoas fictas nas quais trabalham, não o fazem, ao menos diretamente, em favor de seus próprios interesses. Ou seja, o valor probatório é maior quanto mais distante a declaração feita dos interesses daquele que a faz e a prova unilateral apresentam nuances a permitir que se extraia maior ou menor força demonstrativa dos acontecimentos, a depender da proximidade entre quem faz a prova e quem dela se beneficia, bem como ante a possibilidade de controle de sua confecção pelo potencial *ex adverso* e/ou terceiro desinteressado.

Outras vezes, a prova é produzida sem a presença da parte contrária, mas sob o crivo de terceiros que fiscalizam sua produção. Isso ocorre quando o Estado, por meio de agências reguladoras, fiscaliza a produção da prova e exemplos prosaicos disso são as contas de luz elétrica, telefone, que pagamos todos os meses. As companhias de energia e de telefonia afirmam que consumimos tantos quilowatts e que fizemos tantas ligações telefônicas, sem que participemos de tais registros que são, aos consumidores, meramente

---

[398] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 408. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 103 e 104.
[399] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume IV.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 238 e 239.

informados, mas decorrendo de um sistema de controle chancelado por agências reguladoras.

Muitas vezes, a unilateralidade da prova é apenas parcial e seu uso é uma necessidade cotidiana, sendo consequência do avanço tecnológico e da dinâmica contemporânea das relações sociais. Como o Direito Probatório não é infenso às mudanças sociais, precisa acompanhar a realidade.

Em favor da prova unilateral, pode ser dito, ainda, que os riscos de prestigiar-se a prova unilateral podem ser assumidos como medida imprescindível para a promoção do acesso à justiça em sua dimensão de direito de produzir provas, seja como demandante, seja como demandado, de modo que a valoração racional das provas albergue a utilização de uma prova unilateral como hábil a, isolada ou conjuntamente com outras, contribuir para a demonstração de um fato e, por consequência, para a formação do convencimento judicial.

Além disso, o grau de segurança almejado e o grau de risco de erro tolerado são questões políticas que adentram o universo jurídico por meio, dentre outros institutos, da definição dos *standards* probatórios necessários para o provimento jurisdicional de procedência. Nesse contexto, lembre-se o fato de que não será possível excluir a chance de equívoco, a menos que se deixe absolutamente de julgar.

Existe, ainda, um uso menos conhecido, mas igualmente importante da prova unilateral que é o da sua admissão enquanto forma de conhecimento dos motivos mais íntimos, psicológicos, que movem os litigantes, especialmente por meio da expressão oral em juízo.

Caso emblemático disso foi o do protagonista do filme *Mar Adentro*[400] que, na sua incansável luta pela eutanásia, suplicou perante os julgadores para que pudesse dizer, com suas próprias palavras, por que desejava intensamente ver suprimida sua vida. Não se trata, aqui, da prova de um fato exterior ao sujeito, mas de um meio de conhecer-se o que move uma pessoa a demandar em juízo a realização do mais grave ato que um ser humano pode postular.

---

[400] **Mar Adentro.** Filme. Direção: AMENÁBAR, Alejandro. Espanha/Itália/França. 2004.

Às vezes, os contornos da causa, especialmente aqueles motivos mais particulares e específicos, somente podem ser conhecidos por meio da fala do próprio interessado, pois arrazoados em linguagem técnica e não-responsivos podem ocultar aspectos fundamentais do drama humano que deflagrou a contenda.

Não raramente, o entendimento da frustração com a confiança depositada, o sofrimento psicológico, a dificuldade de desempenhar determinada atividade laborativa, a inadaptação a determinado tratamento de saúde, e, especialmente, a expressão dos afetos, dependem da expressão da parte com suas próprias palavras, sob pena de incompreensão dos reais motivos que ensejaram o processo e, por consequência, da ausência de legitimidade do provimento jurisdicional.

## 2.4 Prova unilateral em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros: breve exposição e análise.

Neste subcapítulo serão abordadas algumas normas e institutos estrangeiros que, de algum modo, digam respeito à unilateralidade da prova, de modo a permitir uma visão panorâmica sobre diversos aspectos da questão para, assim, ter-se mais subsídios para o enfrentamento do problema no Direito brasileiro, inclusive cotejando-o com a experiência internacional.

### 2.4.1 A vedação geral emanada do artigo 1.363 do Código Civil francês

Na França, o artigo 1.363 do *Code Civil*[401] inaugura o capítulo referente às provas vedando que qualquer um possa constituir em seu próprio favor uma prova (texto do dispositivo legal: *Nul ne peut se constituer titre à soi-*

[401] Art. 1.363 – Nul ne peut se constituer titre à soi-même. Em tradução livre: “Ninguém pode constituir título em seu próprio favor.”.
Antes da reforma de 2016, o fundamento era extraído do art. 1.331 O dispositivo corresponde atualmente ao art. 1.378-1.

*même* – em tradução livre: Ninguém pode constituir título (prova) em seu próprio favor).

A propósito, note-se a semelhança do dispositivo francês com "o princípio probatório pelo qual ninguém pode constituir título em seu próprio benefício – *nemo sibi titulum constituit*" reportado por Moacyr Amaral Santos[402].

Não por acaso, o dispositivo do *Code* está inserido na seção que trata dos documentos escritos (*Section I. La preuve par écrit*), o que revela a íntima relação entre o princípio *nemo sibi titulum constituit* e a prova documental, ainda que a unilateralidade da prova não se circunscreva a tal espécie de meio probatório.

O artigo 1.363 do *Code* não tinha um antecedente com igual redação antes da reforma promovida pela *Ordonnance* n° 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, havendo, de certo modo, um predecessor no artigo 1.331, atualmente correspondente ao artigo 1.378-1[403]. Note-se que o artigo 1.331, atual artigo 1.378-1, dizia respeito especificamente à prova documental e o artigo 1.363, apesar de consagrar previsão normativa mais ampla, ainda assim, situa-se no início das disposições que tratam da prova documental (escrita), revelando a topologia da codificação a estreita relação entre tal meio probatório e o princípio *nemo sibi titulum constituit*.

---

[402] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume IV.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 215 e 216.

[403] Com a seguinte redação: "Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui que les a écrits. Ils font foi contre lui: 1º dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu; 2º lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été fait pour supléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation.".
Em tradução livre: "Os registros e papéis domésticos não se constituem em título em favor de quem os escreveu. Eles fazem prova contra ele: 1º em todos os casos onde enuncia-se formalmente o recebimento de um pagamento; 2º quando contiverem a menção expressa de que a nota foi feita para complementar o título em favor daquele ao qual se obrigam.".

## 2.4.2 A eficácia do documento privado contra quem o produziu ou o subscreveu: análise do tratamento jurídico dispensado na Itália e em Portugal e uma breve nota sobre a questão nos Estados Unidos

Na Itália, apesar de inexistir um dispositivo explícito do qual se infira o princípio *nemo sibi titulum constituit*, ao contrário do que ocorre na França, é possível inferir a existência do mesmo subjacente a diversos dispositivos legais, bastando ver, dentre outros, aqueles que disciplinam a eficácia probatória de documentos *contra* seu produtor nos artigos 2.702 e 2.707 do *Codice Civile*, *in verbis*:

> Art. 2.702 Eficácia da escritura privada
> A escritura particular constitui uma prova cabal, até à denúncia de falsificação, da procedência das declarações do seu signatário, se aquele contra quem a escritura é apresentada reconhecer a assinatura, ou se esta for legalmente considerada como reconhecida.
>
> Art. 2.707 Cartas e registros domésticos
> As cartas e registros domésticos fazem prova contra quem os escreveu:
> 1) quando enunciam expressamente o recebimento de um pagamento;
> 2) quando contenham a menção expressa a uma anotação feita para suprir a ausência de título em favor daquele que é indicado como credor.[404]

[404] Art. 2702 Efficacia della scrittura privata
La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.
Art. 2707 Carte e registri domestici
Le carte e i registri domestici fanno prova contro chi li ha scritti:
1) quando enunciano espressamente un pagamento ricevuto;
2) quando contengono la menzione espressa che l'annotazione è stata fatta per supplire alla mancanza di titolo in favore di chi è indicato come creditore.

Por sua vez, os artigos 2.709 e 2.710 do *Codice*[405] são muito próximos daquelas previsões constantes do artigo 226, *caput*, do Código Civil brasileiro[406] e dos artigos 417-419 do CPC[407], prevendo-se amplamente a possibilidade de os livros empresariais fazerem prova em desfavor do empresário e, excepcionalmente, em seu benefício.

A situação não é distinta em Portugal, veja-se o art. 376, 2, do Código Civil que dispõe sobre a eficácia probatória de documentos particulares:

> Art. 376 [...] 2. Os factos compreendidos na declaração consideram-se provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante; mas a declaração é indivisível, nos termos prescritos para a prova por confissão.

Sobre o tema, Fernando Pereira Rodrigues[408] assinala:

> De mais relevante assinalar é que somente as *declarações contrárias aos interesses do declarante* se devem considerar plenamente provadas, não as que sejam favoráveis ao declarante.
> Isto de harmonia com o princípio de que ninguém pode ser testemunha idónea em coisa própria ["*nemo idoneus testis in re sua*"]. As declarações constantes de documento particular apenas fazem prova até onde forem contrárias ao interesse do declarante, nada provando a seu favor ["*scriptura pro scribente nihil probat*"]. (itálico no original)

---

[405] Art. 2709.
Efficacia probatoria contro l'imprenditore.
I libri e le altre scritture contabili delle imprese soggette a registrazione fanno prova contro l'imprenditore. Tuttavia chi vuol trarne vantaggio non può scindere il contenuto.
Tradução livre:
Eficácia da prova contra o empresário.
Os livros e demais registros contábeis das empresas sujeitas a registro constituem prova contra o empresário. Porém, quem quiser aproveitá-los não pode cindir o conteúdo.
Art. 2710.
Efficacia probatoria tra imprenditori.
I libri bollati e vidimati nelle forme di legge, quando sono regolarmente tenuti possono fare prova tra imprenditori per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa.
Tradução livre: Eficácia da prova entre empresários.
Os livros carimbados e visados nas formas da lei, quando devidamente conservados, podem servir de prova entre os empresários para as relações inerentes ao funcionamento do negócio.

[406] Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

[407] Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos. Art. 418. Os livros empresariais que preencham os requisitos exigidos por lei provam a favor de seu autor no litígio entre empresários. Art. 419. A escrituração contábil é indivisível, e, se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto, como unidade.

[408] RODRIGUES, Fernando Pereira. **Noções Fundamentais de Processo Civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 207.

Simon Greenleaf[409] anota que, nos Estados Unidos, em meados do século XIX já se registravam julgados nos quais anotações em livros empresariais, quando contemporâneas aos fatos, foram admitidas como elementos probatórios potencialmente favoráveis ao próprio responsável pelos apontamentos, deixando-se ao júri a valoração dos mesmos. Porém, adverte Greenleaf[410]: "Being the act of the party himself, it is received with greater caution; but still it may be seen and weighed by the Jury".

É interessante notar que Greenleaf[411] reputa a admissão dos livros empresariais como prova favorável aos seus proprietários uma atitude contrária aos princípios da *Common Law*, ainda que admita em outros sistemas jurídicos, como o romano-germânico nos quais desempenha a função de "*semiplena probatio*".

Simon Greenleaf[412] aduz que os documentos feitos pelo próprio declarante não apenas deveriam ter seu valor probatório reputado diminuto, mas sequer deveriam ser admitidos processualmente, com exceção das obrigações eclesiásticas (*ecclesiastical dues*), do reconhecimento do recebimento de dinheiro e daqueles onde constem anotações, ao menos aparentemente, desfavoráveis a quem fez as anotações.

---

[409] GREENLEAF, Simon. **A Treatise on the Law of Evidence.** Volume 1. 3ª ed. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846, p. 204 e 205.
[410] GREENLEAF, Simon. **A Treatise on the Law of Evidence.** Volume 1. 3ª ed. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846, p. 205. Em tradução livre: "Sendo o ato da própria parte, o mesmo é recebido com grande cautela; mas continua podendo ser visto e valorado pelo júri.".
[411] GREENLEAF, Simon. **A Treatise on the Law of Evidence.** Volume 1. 3ª ed. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846, p. 206 e 207.
[412] GREENLEAF, Simon. **A Treatise on the Law of Evidence.** Volume 1. 3ª ed. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846, p. 252.

### 2.4.3 A criação unilateral de documento e a abertura da via monitória: o caso espanhol e o uso da técnica monitória em outros países

Admitindo a utilização da prova unilateral de forma mais abrangente, a legislação espanhola, permitiu que uma prova unilateral criada pelo credor lastreie o ajuizamento de ação monitória (artigo 812, 2ª, da *Ley de Enjuiciamento Civil*[413]). O mais interessante é que a lei espanhola refere-se a documentos "aun unilateralmente creados por el acreedor".

Todavia, essa possibilidade prevista na legislação espanhola consigna que o documento criado unilateralmente seja daqueles que habitualmente são utilizados para documentar as relações da espécie entre credor e devedor, bem como se mostra necessário o atendimento da alçada máxima prevista. Assim, somente débitos de até determinado valor e cuja documento unilateral seja aquele que costume ser confeccionado em tais circunstâncias é que se revela exigível pela via monitória, ou seja, um limite pecuniário e um controle a partir da experiência do magistrado atuam no sentido da minimização dos riscos de abuso no manejo da ação monitória.

Diante do exemplo espanhol mostra-se importante a distinção, bem feita por Clarisse Frechiani Lara Leite[414], entre a prova necessária para que se deflagre um determinado procedimento (p. ex. ação monitória, mandado de segurança) ou se obtenha determinado provimento (p. ex. tutela da evidência) daquele necessário ao juízo exauriente de procedência, ou seja, não é logicamente impossível que se admita uma prova unilateral para ter-se acesso a via mais célere, mas que, tal prova, isoladamente, seja incapaz de sustentar

---

[413] Artículo 812. Casos en que procede el proceso monitorio. 1. [...] 2.ª Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.

[414] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 405. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 58 e 59.

provimento favorável ao demandante. Por isso, José Alfredo Caballero Gea[415] assim pontifica sobre a ação monitória espanhola:

> De oponerse dos deudores al requerimento de pago, incumbirá a la actora acreditar en debida forma su crédito (art. 217.2 Ley de Enjuiciamento Civil), y será entonces cuando pueda exigirsele uma mayor actividad probatoria.

Assim, na Espanha, é possível que uma prova unilateralmente produzida seja suficiente ao recebimento da ação monitória, mas que, diante de contestação que negue integralmente o fato constitutivo do direito do autor, revele-se inábil a justificar, sozinha, o acolhimento da demanda. A abertura da via expedita pode ter o sentido de permitir a satisfação do direito do autor mediante a apresentação inicial de uma prova unilateral tendo em vista a possibilidade de ausência de negativa do réu ou, ainda, de eventual posterior complementação da prova, caso tenha havido a oposição de embargos monitórios.

A ação monitória mostra-se um campo especialmente fértil para o exame do problema da prova unilateral, não apenas ante o caso espanhol, mas igualmente pelos diferentes perfis da monitória em outros países do mundo.

No modelo do processo monitório puro, o *Mahnverfahren* adotado na Alemanha e na Áustria[416], basta a mera alegação da parte, dispensada prova

---

[415] GEA, José Alfredo Caballero. **Proceso monitorio: cláusulas abusivas.** Espanha: Kindle, 2021, item II.2.c.

[416] Antonio Carlos Marcato (**Processo monitório.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41) aponta que na Áustria há o *Mahnverfahren* enquanto monitório puro e o *Mandatsverfahren* caracterizado como monitório documental. Segundo J. E. Carreira Alvim (**Processo monitório no novo CPC.** 7ª ed. Curitiba: Juruá, 2018, p.18), o *Mahnverfahren* somente é admitido pelo Direito austríaco para a exigência de créditos de menor monta, diferentemente do que ocorre na Alemanha.

documental a demonstrar a existência do crédito[417]. Igual caminho foi seguido por Portugal[418] [419]. Em alguns casos, a Itália admite o processo monitório puro.[420]

É interessante que esse valor probatório atribuído à alegação da parte converge com o vaticínio de Piero Calamandrei[421] de que nos juízos de verossimilhança decorrentes da cognição sumária – e essa fase inicial da ação monitória enquadra-se perfeitamente em tal categorização – a palavra da parte pode ser recebida como prova e assume "um certo valor testemunhal". Ainda

[417] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do Processo Cautelar.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Artigos 700 a 702. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Diretor), ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume X.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 126.

[418] SICA, Heitor Vitor Mendonça. Artigos 700 a 702. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Diretor), ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume X.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 129. Em sentido parcialmente divergente, apontando Portugal como um caso híbrido: MARCATO, Antonio Carlos. **Processo monitório.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41.

[419] Analisando o que ocorre na Alemanha e em Portugal, Heitor Vitor Mendonça Sica (Artigos 700 a 702. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Diretor), ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume X.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 126 e 129) aponta que a petição inicial sequer é objeto de apreciação por juiz, sendo analisada por um secretário do juízo e, estando em termos, ordena-se ao demandado que pague a quantia reclamada ou se oponha à pretensão do demandante.

[420] Nos itens 2 e 3 do artigo 633 do *Codice di Procedura Civile*: Capo I: DEL PROCEDIMENTO DI INGIUNZIONE. Art. 633. (Condizioni di ammissibilità) Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna:
1) se del diritto fatto valere si dà prova scritta;
2) se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo;
3) se il credito riguarda onorari, diritti o rimborsi spettanti ai notai a norma della loro legge professionale, oppure ad altri esercenti una libera professione o arte, per la quale esiste una tariffa legalmente approvata.
Em tradução livre: Capítulo 1. Do procedimento de injunção. Art. 633. (Condições de admissibilidade) A requerimento de quem é credor de quantia líquida de dinheiro ou de certa quantidade de coisas fungíveis, ou de quem tem direito à entrega de determinado bem móvel, o juiz competente profere liminar de pagamento ou entrega:
1) se apresentada prova escrita do direito afirmado;
2) se o crédito for relativo a honorários de serviços judiciais ou extrajudiciais ou reembolso de despesas feitas por advogados, procuradores, escriturários, oficiais de justiça ou qualquer outra pessoa que tenha trabalhado em um processo;
3) se o crédito se referir a honorários, direitos ou reembolsos devidos a notários ao abrigo da sua legislação profissional ou a outros praticantes de uma profissão ou arte livre, para os quais existe uma taxa legalmente aprovada.

[421] CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 2ª ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 301 e 302.

que provisoriamente, no juízo perfunctório a narrativa pode ser tomada como uma demonstração[422].

No processo monitório puro, os embargos monitórios obstam a eficácia da manifestação judiciária inicial – que não é uma ordem e não é realizada por um juiz[423]. Note-se que, se por um lado, é possível o manejo da ação monitória com lastro apenas na alegação de quem se diz credor, a deflagração do processo não é capaz de desencadear atos de constrangimento patrimonial até que escoe o prazo *in albis* para os embargos monitórios ou até que eles sejam rejeitados[424].

De outro lado, o processo monitório impuro, documental ou cambiário (*Urkundenprocess*) exige documento a lastrear o pleito[425], sendo tal modelo aquele adotado, em parte, pela Itália[426], na Espanha[427], como pode ser depreendido do exposto acima a respeito do documento necessário poder ser

---

[422] CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 2ª ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 301 e 302.

[423] MARCATO, Antonio Carlos. **Processo monitório.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Artigos 700 a 702. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Diretor), ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume X.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 126.

[424] MARCATO, Antonio Carlos. **Processo monitório.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

[425] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do Processo Cautelar.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22.

[426] Apontando a Itália como um caso híbrido, dado o teor do art. 633 e tendo em vista que o item 1 do referido artigo legal exige prova escrita que demonstre o fato do qual decorre o direito alegado: MARCATO, Antonio Carlos. **Processo monitório.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 45 e 46. Por outro lado, aduzindo que a Itália adotou o processo monitório documental e apenas previu exceções pontuais: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Artigos 700 a 702. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Diretor), ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume X.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 127 e 128.
Sobre o processo monitório italiano, Michele Taruffo (**A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje.** Tradução e notas de Daniel Mitidiero. São Paulo: RT, 2018, p. 253) aponta que adveio sua efetiva consagração em 1922, constituindo-se em uma "novidade de notável importância", estando até então restrita a técnica à exigência judicial de crédito relativo a honorários advocatícios. Ainda segundo o doutrinador italiano (*idem*, *ibidem*), o procedimento monitório serve à formação rápida e menos custosa de título executivo, servindo, assim, à efetividade da tutela do crédito em casos nos quais é previsível a ausência de resistência do devedor.

[427] SICA, Heitor Vitor Mendonça. Artigos 700 a 702. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Diretor), ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume X.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 130. No sentido de que a Espanha adota um modelo misto: GEA, José Alfredo Caballero. **Proceso monitorio: cláusulas abusivas.** Espanha: Kindle, 2021, item II.N.c.

criado unilateralmente nos casos de crédito até determinado valor pecuniário, bem como o Brasil (artigo 700, *caput*, do CPC).

Na Itália[428], em alguns casos quando a monitória estiver lastreada em provas documentais ou houver perigo de dano, será possível a execução provisória até que sejam julgados procedentes os embargos monitórios.

A ação monitória é admissível na Itália com base no extrato bancário com espeque na previsão legal expressa constante do artigo 50 do TUB (*Testo Unico Bancario* – Decreto Legislativo 385/1993)[429], por outro lado, uma vez opostos embargos monitórios, ainda segundo Gabriele Claudio Fontana[430], existe uma forte tendência jurisprudencial, inclusive por parte da Corte de Cassação, no sentido de reputar insuficientes os extratos bancários para fins de sustentação da ordem de adimplemento.

---

[428] Art. 642 (Esecuzione provvisoria) Se il credito è fondato su cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, il giudice, su istanza del ricorrente, ingiunge al debitore di pagare o consegnare senza dilazione, autorizzando in mancanza l'esecuzione provvisoria del decreto e fissando il termine ai soli effetti dell'opposizione.
L'esecuzione provvisoria può essere concessa anche se vi èpericolo di grave pregiudizio nel ritardo, ovvero se il ricorrente produce documentazione sottoscritta dal debitore, comprovante il diritto fatto valere; il giudice puo` imporre al ricorrente una cauzione. (1)
In tali casi il giudice può anche autorizzare l'esecuzione senza l'osservanza del termine di cui all'art. 482.
(1) Comma così modifcato dalla L. n. 263/2005 con decorrenza dal 1 marzo 2006.
Em tradução livre: Art. 642 (Execução provisória) Se o crédito for baseado em uma letra de câmbio, cheque bancário, cheque administrativo, certificado de liquidação de bolsa de valores ou em uma escritura recebida de um tabelião ou outro funcionário público autorizado, o juiz, a pedido do recorrente, ordena o devedor a pagar ou entregar sem demora, autorizando na falta de execução provisória do decreto e fixando o prazo unicamente para efeito de oposição.
A execução provisória pode ser concedida ainda que haja perigo de grave prejuízo na demora, ou se o recorrente apresentar documentação assinada pelo devedor, comprovando o direito reivindicado; o juiz pode impor uma fiança ao recorrente. (1)
Nesses casos, o juiz também pode autorizar a execução sem observar o prazo previsto no art. 482.
(1) Parágrafo assim alterado pela Lei no. 263/2005 com efeitos a partir de 1 de março de 2006.

[429] 1). Articolo 50 (Decreto ingiuntivo) 1. La Banca d'Italia e le banche possono chiedere il decreto d'ingiunzione previsto dall'articolo 633 del codice di procedura civile anche in base all'estratto conto, certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca interessata, il quale deve altresì dichiarare che il credito è vero e liquido.

[430] FONTANA, Gabriele Claudio. Le prove e diritto bancario. *In*: PREVITI, Stefano. (Org.) **Le prove civili.** Milano: Wolter Kluwer, 2018, p. 649.

Especificamente quanto ao uso de extrato bancário para aparelhar ação monitória, o caráter unilateral do mesmo vem sendo apontado pela doutrina italiana quando Gabriele Claudio Fontana[431] assim assevera:

> L'estratto di conto corrente rappresenta, invero, un documento di formazione unilaterale prodotto dallo stesso creditore e la certificazione effettuata dal dirigente della banca, ai sensi dell'art. 50 T.U.B., rappresenta uma mera attestazione della regolarità della tenuta contabile, senza certificare alcunchè relativamente al rapporto sostanziale sottostante, si da non consentime la ricostruzione.

Assim, o tratamento jurídico italiano ao problema é no sentido de admitir-se a propositura da demanda com lastro exclusivamente na prova unilateral, mas, depois, na ausência de outras provas complementares, reputá-la abaixo do *standard* probatório necessário para manter-se o decreto injuntivo embargado.

Por fim, ao que interessa no presente estudo, a ação monitória e seu tratamento jurídico no Direito estrangeiro apresenta a contribuição de revelar que não apenas há sistema jurídico que admite explicitamente a criação de prova unilateral em favor próprio, como há ordenamentos jurídicos que, ao consagrar a ação monitória pura, aceitam que a mera alegação da parte desencadeie movimentação da estrutura judiciária a constranger o demandado ao pagamento. E, quando basta a alegação de quem se arvora na condição de credor, isso não vem sendo reconhecido como suficiente para a deflagração de atos de constrangimento patrimonial, sequer provisório, a não ser em caso de perigo na demora, como prevê o artigo 642 do *Codice di Procedura Civile*.

Nota-se, ainda, que a admissão da alegação da parte como hábil ao início do processo monitório ou a criação de prova unilateral em próprio favor tende a ocorrer quando o valor do crédito é menor, ou seja, o risco de admitir-se a mera alegação da parte é controlado pelo legislador mediante a restrição da utilização da ação monitória aos casos de menor expressão financeira ou, ainda, mediante o entendimento jurisprudencial no sentido de que o acervo probatório inicial, uma vez embargada a ação monitória, precisará ser complementado para que a ordem de adimplemento se sustente e a defesa rejeitada.

---

[431] FONTANA, Gabriele Claudio. Le prove e diritto bancario. *In*: PREVITI, Stefano. (Org.) **Le prove civili.** Milano: Wolter Kluwer, 2018, p. 648.

Assim, sem a incursão no patrimônio do demandado e para fins de exigência de valores menores, às vezes vem sendo admitida a ação monitória com lastro apenas na palavra de quem se diz credor ou com lastro em prova unilateral.

2.4.4 Quando a parte fala em seu favor: a prova por declarações de parte em Portugal, o *giuramento* italiano e outras hipóteses de testemunho em causa própria

Em 2013, Portugal consagrou a prova por declaração de parte no artigo 466 do CPC lusitano. A redação do dispositivo legal é a seguinte:

> Secção II
>
> Prova por declarações de parte
>
> Artigo 466.º
>
> Declarações de parte
>
> 1 - As partes podem requerer, até ao início das alegações orais em 1.ª instância, a prestação de declarações sobre factos em que tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento direto.
>
> 2 - Às declarações das partes aplica-se o disposto no artigo 417.º e ainda, com as necessárias adaptações, o estabelecido na secção anterior.
>
> 3 - O tribunal aprecia livremente as declarações das partes, salvo se as mesmas constituírem confissão.

Em profunda obra dedicada ao tema, Paulo Osternack Amaral[432] ensina:

> [...] a prova por declarações de parte consiste em mecanismo orientado a garantir a espontaneidade da narrativa da parte, fornecendo ao julgador um material fático mais aderente à realidade e um conjunto probatório mais robusto. Trata-se de regra que concretiza o direito a um processo equitativo, mediante a consagração do *direito à comparência pessoal* da parte, a fim de ela seja ouvida.

Assim, Portugal consagrou expressamente a possibilidade de a própria parte requerer seu depoimento pessoal e fez isso de forma a consagrá-lo como meio probatório típico[433].

---

[432] AMARAL, Paulo Osternack. **Prova por declarações de parte.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 41.
[433] AMARAL, Paulo Osternack. **Prova por declarações de parte.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 46-56.

Por outro lado, o ordenamento jurídico italiano contempla uma prova unilateral sem paralelo em muitos outros países e que já existiu no Brasil[434], a saber, o *giuramento* e consiste, conforme Ferdinando Mazzarella e Giovanni Tesoriere[435] em uma

> [...] declaração solene da verdade (se referida a um fato próprio do jurador) ou da ciência (se referindo-se ao conhecimento do juramento de um fato alheio) a respeito de um fato favorável ao credor e capaz de definir a disputa no todo ou em parte. (em tradução livre)

O juramento (*giuramento*) não ocorre sempre da mesma forma, podendo advir de uma concessão da outra parte (*giuramento decisorio*) ou do juízo (*giuramento suppletorio*)[436]. Existe, ainda, uma subespécie de *giuramento suppletorio* que é o *giuramento estimatorio* relativa especificamente ao valor de determinada coisa[437].

Essa distinção entre as espécies de *giuramento* decorre de expressa previsão legal constante do Código Civil italiano, veja-se:

> Capítulo VI
>
> Do juramento
>
> Art. 2.736
>
> Espécies.
>
> O juramento é de duas espécies:
>
> 1) é decisório aquele que uma parte defere à outra para dele depender a totalidade ou parte da decisão da causa;
>
> 2) é supletivo aquele que é deferido de ofício pelo juiz a uma das partes a fim de decidir a causa quando a demanda ou a exceção não estão plenamente provadas, mas não estão desguarnecidas totalmente de provas, ou aquele que é deferido a fim de estabelecer o valor da coisa demandada, se não se pode apurá-lo por outro meio.[438]

---

[434] Exemplificativamente: Ordenações Filipinas, Livro III, Título LII, Livro III, Título LIX, parágrafo 6º e Livro IV, Título LII.

[435] No original: “solenne dichiarazione di verità (se riferita a un fato proprio del giurante) o di scienza (se riferita alla conoscenza del giurante di un fatto altrui) in ordine a un fatto favorevole per chi la presta e idonea a definire in tutto o in parte la controvérsia.” (MAZZARELLA, Ferdinando; TESORIERE, Giovanni. **Corso di Diritto Processuale Civile.** 3ª ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 146).

[436] O Brasil, ao tempo da vigência das Ordenações Filipinas, adotava, igualmente, a distinção entre juramento decisório e supletório, como relata: BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil.** Atualizador: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, p. 186-190.

[437] MAZZARELLA, Ferdinando; TESORIERE, Giovanni. **Corso di Diritto Processuale Civile.** 3ª ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 148.

[438] Capo VI Del giuramento Art. 2736. Specie. Il giuramento è di due specie:
1) è decisorio quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa;
2) è suppletorio quello che è deferito d'ufficio dal giudice a una delle parti al fine di decidere la causa quando la domanda o le eccezioni non sono pienamente provate, ma non sono del tutto

Isso posto, quando o juramento decorre da concessão da outra parte, a prova apresenta caráter bilateral, pois a vontade do concedente está na gênese da prova que será feita em seu desfavor, mas quando é o magistrado que oportuniza tal via probatória, a outra parte dela não participa, senão de forma bastante limitada, assistindo à sua produção, o que caracteriza sua unilateralidade.

É interessante como o juramento supletório funciona como um reforço de prova perante uma prova insuficiente para assegurar o reconhecimento do fato como provado e, por sua vez, ele próprio não se mostra idôneo para, isoladamente, ensejar o reconhecimento do fato que se jurou ter ocorrido. Aqui, claramente, a prova unilateral funciona como uma prova imperfeita/semi-plena ou um *argomento di prova*. Vendo o mesmo fenômeno sob outro ângulo, Ferdinando Mazzarella e Giovanni Tesoriere[439] aduzem que o *giuramento* serve para completar uma *semiplena probatio*. Mazzarella e Tesoriere[440] reputam inconstitucional o *giuramento suppletorio*, mas noticiam que a Corte Constitucional da Itália já apreciou a questão e reputou válido o expediente.

Luigi Paolo Comoglio, Ferri Corrado e Michele Taruffo[441] explicam que tal meio de prova é visto, atualmente, como *ultima ratio*, vez que os italianos não conseguem mais acreditar nos depoentes em tempos de decadência da influência religiosa e a afirmação do Estado laico[442]. Isso porque a força probatória do juramento é maior quanto maior a capacidade e a disposição de

---

sfornite di prova, ovvero quello che è deferito al fine di stabilire il valore della cosa domandata, se non si può accertarlo altrimenti.

[439] MAZZARELLA, Ferdinando; TESORIERE, Giovanni. **Corso di Diritto Processuale Civile.** 3ª ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 147.

[440] MAZZARELLA, Ferdinando; TESORIERE, Giovanni. **Corso di Diritto Processuale Civile.** 3ª ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 147.

[441] COMOGLIO, Luigi; CORRADO, Ferri, TARUFFO, Michele. **Lezione sul Processo Civile.** Bologna: il Mulino, 1998, p. 646 ss.

[442] Essa relação entre a força jurídica do juramento e a fé religiosa é, ao mesmo tempo, interessante, complexa e paradoxal, pois, por um lado, o *giuramento* enquanto prova entra em declínio quando a influência religiosa decai, mas, segundo Anderson Schreiber (**Manual de Direito Civil Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2018, p. 394 e 395), o Direito Canônico condenou como *pecatum* a quebra da promessa decorrente da palavra dada, prestigiando, assim, o *consensualismo* contratual, ao passo que repreendeu o *juramentum* como forma de reforçar os pactos, pois se trataria de condenável uso do nome de Deus.

quem jura de apresentar versão correspondente aos fatos efetivamente ocorridos.

Especialmente relevante no estudo da prova unilateral e que se relaciona com a figura do *giuramento* é a observação de Mauro Cappelletti[443] de que a existência jurídica do *giuramento* consagra uma forte limitação ao princípio *nullus testis in re sua*. Nas palavras de Cappelletti[444]: “l'esistenza medesima di nn istituto qual e quello deI giuramento della parte, rappresenta lma forte limi· tazione al principio *nullus testis in re sua*.”.

Uma peculiaridade do *giuramento* é a de que a descoberta da sua falsidade não autoriza uma rescisão da sentença que a acolhe, mas sim eventual pedido, em demanda própria, de indenização pelas perdas e danos (artigo 2.738

[443] CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile.** Vol. I. Milano: Giuffrè, 1974, p. 258.
[444] CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile.** Vol. I. Milano: Giuffrè, 1974, p. 258.

do *Codice Civile*)[445], sendo a mentira inclusive reprimida criminalmente no artigo 371 do Código Penal italiano[446].[447]

A repressão criminal da mentira não é exclusividade italiana, bastando ver que na *Common Law* pune-se o perjúrio (*perjury*[448]), figura jurídica sem - perfeito - paralelo no Brasil quando se observa que aqui a mentira da parte não

---

[445] Art. 2738. Efficacia. Se è stato prestato il giuramento deferito o riferito, l'altra parte non è ammessa a provare il contrario, né può chiedere la revocazione della sentenza qualora il giuramento sia stato dichiarato falso.
Può tuttavia domandare il risarcimento dei danni nel caso di condanna penale per falso giuramento. Se la condanna penale non può essere pronunziata perché il reato è estinto, il giudice civile può conoscere del reato al solo fine del risarcimento.
In caso di litisconsorzio necessario, il giuramento prestato da alcuni soltanto dei litisconsorti è liberamente apprezzato dal giudice.
Em tradução livre: "Art. 2.738. Eficácia. Se o juramento deferido ou declarado tiver sido prestado, a outra parte não pode provar o contrário, nem pode pedir a revogação da sentença se o juramento for declarado falso.
No entanto, ele pode pedir indenização em caso de condenação criminal por falso juramento. Se a condenação criminal não puder ser proferida porque o crime se extinguiu, o juiz civil pode saber do crime com o único propósito de indenizar.
Em caso de litisconsórcio necessário, o juramento feito apenas por alguns dos litisconsortes é apreciado livremente pelo juiz.".
Observe-se, porém, o noticiado a seguir:
La Corte Costituzionale, con sentenza 26 marzo-4 aprile 1996, n. 105 (in G.U. 1a s.s. 10/04/1996, n. 15), ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 2738, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui non prevede che il giudice civile possa conoscere del reato di falso giuramento al solo fine del risarcimento anche nel caso in cui la sentenza irrevocabile di assoluzione pronunziata nel giudizio penale non abbia efficacia di giudicato nei confronti del danneggiato". (nota ao artigo 2.738 disponível em: Art. 2738 CC | Articolo 2738 del Codice Civile: Efficacia | Codice Civile online (codice-civile-online.it). Acesso em 10.01.2022).

[446] Art. 371.
Falso giuramento della parte.
Chiunque, come parte in giudizio civile, giura il falso è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.
Nel caso di giuramento deferito d'ufficio, il colpevole non è punibile, se ritratta il falso prima che sulla domanda giudiziale sia pronunciata sentenza definitiva, anche se non irrevocabile.
La condanna importa l'interdizione dai pubblici uffici.
Em tradução livre: "Art. 317. Falso juramento da parte.
Quem jurar falsamente como parte em processo civil é punido com pena de prisão de seis meses a três anos.
No caso de juramento deferido de ofício, o culpado não é punível se a falsificação for retratada antes da sentença final, ainda que não irrevogável.
A sentença implica a proibição de desempenhar trabalhos públicos.".

[447] MADEIRA, Dhenis Cruz; PITTELLI, Murilo Policarpo. Direito Comparado: o juramento decisório no Direito Italiano e sua (in)compatibilidade com o modelo constitucional de processo brasileiro. **Revista Internacional COSINTER de Direito**, ano VI, n. X. Disponível em: Revista Internacional CONSINTER de Direito | DIREITO COMPARADO: O JURAMENTO DECISÓRIO NO DIREITO ITALIANO E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO BRASILEIRO (revistaconsinter.com). Acesso em 10.01.2022.

[448] Definido como "The act or an instance of a person's deliberately making material false or misleading statements while under oath (**Black's Law Dictionary.** 4ª ed. West, 2011, p. 565 (verbete *perjury*).

se configura um delito[449], ainda que a da testemunha o seja (art. 342 do Código Penal). Note-se que na *Common Law* o acusado não é obrigado a depor, mas, uma vez que deseje fazê-lo, sujeita-se ao juramento e, por isso, pode incorrer em perjúrio[450] [451].

É especialmente curioso o caso italiano porque, em que pese contemplar a prova de *giuramento*, é defeso não apenas o depoimento pessoal a requerimento da própria parte, mas sequer pode ser chamada a testemunhar quem poderia ser parte – essa questão foi objeto de amplo e profundo estudo por Mauro Cappelletti[452] em obra clássica dedicada ao assunto chamada *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*.

Veja-se o artigo 246 do *Codice di Procedura Civile*[453]:

> Art. 246.
>
> (Incapacidade de testemunhar)
>
> Não podem ser testemunhas as pessoas que tenham interesse no caso que possa legitimar a sua participação no julgamento.

Esse dispositivo legal foi objeto de severas críticas por parte de Michele Taruffo[454] que aduziu não fazer sentido uma regra de exclusão probatória de caráter epistêmico, ou seja, voltada a evitar erro de valoração, quando a apreciação será feita por um magistrado profissional – e não por um jurado. Especificamente quanto ao depoimento pessoal a requerimento da

---

[449] FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. A ausência do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, dezembro/2010, p. 144 (143-150).

[450] QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 220, 221 e 229. A doutrinadora tem em vista, especificamente, os casos estadunidense e inglês.

[451] Na prática nem sempre a persecução criminal é levada a efeito pela promotoria e, outras vezes, os tribunais reconhecem causas de isenção de penalização por perjúrio, como aponta Albert W. Alschuler (A Peculiar Privilege in Historical Perspective. *In*: HELMHOLZ, R. H. ; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H., et al. **The Privilege against Self-Incrimination: Its Origins and Development.** Chicago: The University of Chicago, 1997, p. 202 [181-204].

[452] CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile.** Vol. I. Milano: Giuffrè, 1974.

[453] Art. 246. (Incapacità a testimoniare) Non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio.

[454] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 173-178.

própria parte, Taruffo[455] aponta que a Itália está na situação diametralmente oposta à dos países da *Common Law* e da Alemanha, onde o instituto da *Parteivernehmung* permite o testemunho da própria parte.

Ainda que não se trate de um juramento nos moldes italianos, encontra-se notícia de na *Common Law* já foi aceita e inclusive defendida doutrinariamente por Simon Greenleaf[456], a utilização da palavra da parte (também) em seu próprio favor quando, diante da morte iminente, tenha feito alguma declaração factual. Diz-se que diante do fim da existência e perto um acerto de conta com o Criador (*Maker*), as circunstâncias inclinariam o ser humano a dizer a verdade[457]. Tem-se aqui um caso de declaração a ser utilizada em favor da própria declarante e que depende de um contexto de elevado temor religioso. No mesmo sentido, também apontando a credibilidade de quem está diante da iminência da morte, Alberto Augusto Vicente Ruço[458] aduz que a vítima de tentativa de homicídio não teria razão para acusar um inocente, deixando em paz que atentou contra sua vida.

Simon Greenleaf[459] noticia um julgamento onde foi aduzido por Sir Thomas Plumer que

> It is admitted, that the entries of a rector or vicar are evidence for or against his sucessor. It is too late to argue upon that rule, or upon what gave rise to it, whether it was the *cursus Scaccarn*, the protection of the clergy, or the peculiar nature of property in tithes It is now the settled law of the land. It is not to be presumed that a person, having a temporary interest only, will insert a falsehood in his book; from which he can derive no advantage Lord Kenyon has said, that the rule is na exception, and it is so; for no other proprietor can make evidence for those who claim under him, or for those who claim in the same right and stand in the same predicament. But it has been the settled law as to tithes, as far back our research can reach. We must, therefore, set out from this as a datum, and we must not make comparisons betweeen this and other corporations. No corporation sole, except a rector or vicar, can make evidence for his sucessor.

---

[455] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 173.
[456] GREENLEAF, Simon. **A Treatise on the Law of Evidence.** Volume 1. 3ª ed. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846, p. 257. No original: “But the right to offer them in evidence is not restricted to the side of the prosecutor; They are equally admissible in favor of the party charged with the death.”.
[457] GREENLEAF, Simon. **A Treatise on the Law of Evidence.** Volume 1. 3ª ed. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846, p. 255.
[458] RUÇO, Alberto Augusto Vicente Ruço. **Prova e Formação da Convicção do Juiz.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 277.
[459] GREENLEAF, Simon. **A Treatise on the Law of Evidence.** Volume 1. 3ª ed. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846, p. 251.

Revela-se interessante, assim, pensar-se que anotações favoráveis à determinadas instituições sociais de caráter educacional ou religioso pudessem pesar em favor delas próprias na medida em que seus interesses seriam perenes.

## 3 A prova unilateral no sistema jurídico brasileiro.

Postos os contornos da prova unilateral enquanto objeto de enfrentamento teórico e apresentadas razões *pro et contra* relativas à sua aceitação, impõe-se a apresentação e análise do fenômeno *de lege lata* para que se possa compreender seu funcionamento no sistema jurídico brasileiro.

Antes, porém, apresenta-se a premissa adotada na interpretação do tratamento jurídico da prova unilateral no Direito brasileiro, a saber a adoção da compreensão de que existe um *sistema jurídico*, cujos contornos são expostos no item 3.1.

### 3.1 O Direito enquanto sistema

Adota-se nesta tese uma concepção de Direito enquanto *sistema*, de modo que os elementos componentes do sistema sejam ordenados racionalmente em uma unidade de sentido, deixando-se conduzir a alguns princípios fundamentais[460]. Esses elementos não se amontoam desordenadamente, mas articulam-se[461]. E essa articulação impõe que a análise

---

[460] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** 5ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 12 e 13; LARENZ, Karl. **Metodologia de la Ciencia del Derecho.** 2ª ed. Tradução para o espanhol por M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 2001, p. 467.
Segundo Immanuel Kant (**Crítica da razão pura.** 4ª ed. Tradução de Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 600, B 860), em lição clássica, o sistema é uma "unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia".

[461] KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** 4ª ed. Tradução de Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 600, B 860.

de cada preceito normativo deva ser empreendida juntamente com os demais, emergindo o significado de uma norma da consideração do sistema como um todo[462]. Nesse sentido, invoca-se esclarecedora lição de Maria Helena Diniz[463]:

> Sistema significa *nexo*, uma reunião de coisas ou conjunto de elementos, e *método*, um instrumento de análise. É o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade. É, por outras palavras, o modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade, que, por sua vez, não é sistemática. Todo sistema é uma reunião de objetos e seus atributos (que constituem seu repertório), relacionados entre si, conforme certas regras (estrutura do sistema), que variam de concepção a concepção. Do exposto pode-se concluir que o direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático pela ciência do direito. É indubitável que a tarefa mais importante do jurista consiste em apresentar o direito sob uma forma sistemática, para facilitar seu conhecimento e manejo pelos que o aplicam.
>
> É evidente que a função do cientista do direito não é a mera transcrição de normas, já que estas não se agrupam num todo ordenado, mas sim a descrição e a interpretação, que consistem, fundamentalmente, na determinação das consequências que derivam dessas normas. Trata-se de uma operação lógica, que procura estabelecer, de modo racional, um nexo lógico entre as normas e demais elementos do direito, dando-lhes uma certa unidade de sentido.
>
> O sistema jurídico é o resultado de uma atividade instauradora que congrega os elementos do direito (repertório), estabelecendo as relações entre eles (estrutura), albergando uma referência à mundividência que animou o jurista, elaborador desse sistema, projetando-se numa dimensão significativa. O sistema jurídico não é, portanto, uma construção arbitrária.

O sistema na presente pesquisa adotado como marco teórico é aberto aos influxos exteriores, de modo que sua reconfiguração não depende necessariamente de uma autoridade central que assim determine isso e seus elementos móveis, ou seja, as normas não possuem conexões estáticas, rígidas, mas deslocam-se a depender do contexto de aplicação[464]. Logo, a consideração

---

[462] FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70-77.

[463] DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20 e 21.

[464] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** 5ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 103-148. Pense-se aqui, para ilustrar, a alteração da interpretação sobre o instituto do mandado de injunção ao longo do tempo como exemplo de abertura do sistema jurídico às novas interpretações. Igualmente ilustrativa, mas quanto à mobilidade dos elementos do sistema é o da preponderância na dosimetria da pena criminal na aplicação do art. 59 do Código Penal, de modo que não existe uma prévia hierarquia sobre quais elementos devem preponderar, variando, assim, em cada caso o quanto cada um eleva o tempo de cumprimento da reprimenda. Na esfera cível um exemplo claro de mobilidade dos elementos é o do arbitramento da compensação por dano imaterial, ora preponderando a condição financeira da vítima, ora do infrator e, outras vezes, a intenção de punir o causador.

da unilateralidade da prova não é dada de antemão de uma vez por todas sem a consideração da modificação dos seus contornos ao longo do tempo e tendo em vista a participação ativa dos diversos atores jurídicos na sua interpretação e aplicação, bem como os fatores que ensejam sua aceitação ou repúdio não se aplicam indistintamente, mas ora prevalecendo uns, ora outros, a depender, novamente, das circunstâncias de sua concreta consideração.

E esse sistema é *jurídico*, compondo-se, portanto, de elementos de caráter *jurídico*, entendidos os mesmos como normas[465] – princípios, regras e postulados[466] – que, por sua vez, resguardam e promovem valores e aplicam-se sobre fatos, articulando-se em uma síntese tridimensional a conjugar os aspectos axiológico (valor), deontológico (norma) e ontológico (fato)[467].

Perante um acontecimento no mundo concreto, cabe ao intérprete-aplicador do Direito interrogar o sentido jurídico do fato[468], não se limitando a reconhecer seu acontecimento e declarando o comando jurídico aplicável como se a resposta já estivesse dada aprioristicamente, mas valorando-o, estimando-o juridicamente[469]. O sistema não está dado, formado plenamente de antemão e de uma vez por todas, mas é (re)construído a cada aplicação[470]. As conexões são feitas e refeitas diante do contexto no qual ocorre a aplicação do Direito em

---

[465] LARENZ, Karl. **Metodologia de la Ciencia del Derecho.** 2ª ed. Tradução para o espanhol por M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 2001, p. 437. Ainda: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 79. Preferindo a ideia de ordenamento à de sistema, mas com enfoque igualmente normativista: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 78-87).
Note-se que os valores integram o sistema jurídico, mas enquanto objeto de proteção das normas jurídicas, ou seja, mediatamente, enquanto bens protegidos pelas mesmas e, por isso, é absolutamente compreensível que se entenda, como fazem, dentre outros, Claus-Wilhelm Canaris (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** 5ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p.76 ss.) e Juarez Freitas (**A Interpretação Sistemática do Direito.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54 ss.), que também são elementos do sistema jurídico. O valor, isoladamente, não apresenta uma aplicabilidade jurídica, pois dele não emana a regulação coercitiva do comportamento humano.
[466] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, *passim*.
[467] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 509 ss.
[468] RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho.** México: Porrua, 1959, p. p. 143.
[469] RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho.** México: Porrua, 1959, p. 661.
[470] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** 5ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 189.

cada caso. Seus elementos – as normas – decorrem, não de uma extração de um significado oculto, como se atividade do intérprete fosse neutra e mecânica, mas de uma compreensão e atribuição de sentido a cada aplicação[471]. É claro que não pode o intérprete sobrepor-se ao texto normativo, pois sempre é necessário ao encontrar o texto, reconhecer sua alteridade, deixando-lhe que lhe diga algo[472].

Por fim, a interpretação do Direito acaba por ter um caráter tópico-sistemático ao averiguar as nuances do caso concreto e cotejá-la com o sistema jurídico e a partir deste ir buscar naquele aspectos que sejam juridicamente relevantes.[473] As razões de cada lado da contenda devem ser contrapostas em caráter dialético, examinados seus fundamentos, de modo a contrapor as justificativas de cada parte ao fundo cultural comum, ao que normalmente acontece e ao que o sistema jurídico exige de cada um.

Na análise do caso concreto deve ocorrer, em atenção às suas nuances, uma rearticulação dos elementos do sistema a reger a solução jurídica a ser adotada. E, nessa linha, a conexão com a realidade dependerá da averiguação das razões concretas pelas quais, em cada caso, a prova unilateral merece ou não credibilidade, examinando-se os fundamentos fáticos e jurídicos a pesar a favor e contra.

---

[471] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Vol. I. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 10ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 358 e 392; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 229. No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2016, p. 52-55.

[472] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Vol. I. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 10ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 358. No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2016, p. 52-55.

[473] FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, especialmente p. 151-160.

## 3.2 A prova unilateral no sistema jurídico brasileiro: normas restritivas de sua utilização

A prova unilateral não pode ser compreendida apenas como um conceito, uma abstração, mas também enquanto um fenômeno jurídico com o qual os operadores do Direito deparam-se nas suas atividades práticas e perante o qual impõe-se o questionamento de como pode ser útil na deliberação em juízo e fora dele. Busca-se, então, uma contribuição para a operacionalidade da prova unilateral, ainda que isso perpasse, como feito acima, sua definição e compreensão, bem como a identificação do tratamento normativo que lhe é dispensado pelo Direito positivo.

Isso posto, emana do devido processo legal/jurídico/de Direito a necessidade da distinção entre o ônus de alegar e o ônus de provar, não se satisfazendo o Estado de Direito, em regra, com a declaração de fato do qual se deseja extrair consequências jurídicas, impondo-se a sua comprovação quando recusado pelo outro polo da relação jurídica. No Estado de Direito, poder valer-se dos meios necessários à demonstração da ocorrência de um fato é um corolário tanto quanto o é a necessidade de provar-se um fato controvertido.

A necessidade de demonstração do fato do qual emerge o direito alegado é juridicamente imposta, ainda, pelo instituto do ônus da prova. Se a alegação, ainda que contestada, fosse pura e simplesmente aceita como verdadeira, sequer se cogitaria de normas sobre o *onus probandi*, pois não fariam qualquer sentido. Como bem lembra Rafael Stefanini Auilo[474], por força do referido encargo reputa-se inexistente o fato alegado e não demonstrado, assertiva que se tornou célebre na máxima *allegatio et non probatio quasi non allegatio*. Nesse mesmo sentido, distinguindo o ônus de alegar do ônus de comprovar, Hernando Devis Echandía[475] vaticina:

> [...] la simple afirmación unilateral no es suficiente para que el hecho quede fijado vinculativamente en el proceso, pues para esto se requiere la prueba, a menos que exista exención legal; en cambio, cuando la afirmación es conjunta, de todas las partes, o hay admisión

[474] AUILO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no Direito brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 160.
[475] ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de la Prueba Judicial.** Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, s.d., p. 189.

> expressa (o tácita, si la ley la consagra), el hecho queda probado por su sola virtude y no se necesitan más pruebas *(-non* bis *in idem)* , de modo que se produce el doble efecto de obligar al juez a considerarlo y a tenerlo como cierto, a menos que la ley excluya la prueba de confesión o le prohíba confesar a una de ellas.

Assim, a dialeticidade processual decorrente das garantias do devido processo legal/jurídico e de seus corolários, dentre os quais o contraditório e a ampla defesa, impõem um contraste entre versões e da consideração das exposições antagônicas deve emergir uma decisão racionalmente justificada por parte do julgador. A contraposição entre as partes inclui, obviamente, o direito de provar e de criticar a prova produzida pelo *ex adverso*.

Em vários pontos do sistema jurídico fica clara a vedação da possibilidade de fazer prova em favor próprio, tanto em regras de Direito substantivo, quanto em regras de Direito adjetivo, além de incorporar-se pela sua abertura os influxos da experiência humana a respeito da credibilidade da prova feita unilateralmente, conforme se passa a expor.

Como aponta Ingo Wolfgang Sarlet[476], a dignidade humana obsta que a pessoa seja submetida a regime jurídico-processual que a trate como objeto, ao invés de sujeito de direitos (e, também, de deveres). Essa violação inaceitável ocorreria no caso da prova unilateral se a sua utilização fosse indiscriminada e acrítica a ponto de deixar-se que um dos interessados pudesse submeter o outro ao seu bel-prazer, fazendo com que qualquer alegação pudesse convolar-se em prova irrefutável do acontecimento que interessa ao feitor ver reputado ocorrido. A produção e uso de prova unilateral indiscriminadamente acabaria por, levando-se ao extremo, impor o jugo de uma vontade sobre outra, estabelecendo relação de submissão incompatível com o processo devido e seus corolários do contraditório e da ampla defesa.

---

[476] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 147.

### 3.2.1 O princípio da incolumidade das esferas jurídicas

Quando se observa o Direito material, especialmente o Direito Privado, depreende-se do tratamento normativo dispensado a vários e distintos institutos a impossibilidade de alguém, isoladamente, criar direitos em seu próprio favor em detrimento de outrem, ou seja, a assunção de obrigações, enquanto deveres individualizados, depende de alguma manifestação do obrigado, seja uma manifestação de vontade, seja uma conduta da qual emerja a obrigação.[477]

O primeiro caso de vedação de criação unilateral de direitos em favor de si próprio é o dos atos jurídicos *stricto sensu*. Na espécie, a manifestação ou declaração unilateral de vontade preenche o suporte fático e as consequências jurídicas surgem enquanto efeitos prefixados pela norma jurídica[478]. O surgimento de direitos e obrigações para quem pratica o ato jurídico em sentido estrito decorre, não da vontade dele, mas da norma que assim dispõe. A constituição de domicílio ou o reconhecimento de filho são manifestações volitivas de quem os realiza, mas os direitos e obrigações surgem como atuação concreta da norma naquela fração da realidade. O praticante do ato jurídico *stricto sensu* não manipula a realidade jurídica constituindo direitos em seu favor, ainda que possa ver o surgimento deles como decorrência jurídica da incidência da norma que, por vontade própria, tenha desejado vê-la incidir.

Nos casos de aplicação do Direito Público não é diferente, bastando pensar, por exemplo, no surgimento de uma obrigação tributária. Quando a lei prevê que auferir renda é a hipótese de incidência do Imposto de Renda, a percepção de renda na realidade basta para que surja a obrigação de pagar o tributo federal. A situação jurídica antes e depois do fato gerador não surge ao alvedrio do credor, mas decorre de fato do devedor que, tendo em vista

---

[477] Note-se, como bem aponta António Menezes Cordeiro (**Direito Bancário.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 243), que esse fenômeno não se confunde com aquele outro consistente na possibilidade da própria pessoa comprometer-se unilateralmente.

[478] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 159.

beneficiar-se de vantagem econômica, passa a dever determinada quantia à União.

Em suma, nesse primeiro feixe de possibilidades, o obrigado, ao agir, atua da forma prevista pela norma e, por isso, passa a vincular-se juridicamente, deflagrando relação jurídica onde figurará em posições ativas e passivas, conforme o sistema jurídico assim estabeleça.

Um segundo grupo de hipóteses onde se vislumbra, mais uma vez, a necessidade de convergência de vontades é o dos negócios jurídicos, sejam unilaterais, bilaterais ou plurilaterais.

Enquanto manifestação de vontade ou declaração de vontade por meio da qual pode-se, dentro dos limites concedidos pelo sistema jurídico, escolher os efeitos jurídicos desejados, os negócios jurídicos, ainda assim, precisam respeitar a esfera jurídica de terceiros.

Ainda que plenamente lícito o negócio jurídico unilateral (p. ex. testamento), caracterizado enquanto aquele cujo suporte fático é satisfeito por apenas uma manifestação ou declaração de vontade[479], dele não emergem obrigações para terceiros. Nesse sentido, é especialmente esclarecedora a lição de Marcos Bernardes de Mello[480]:

> Acrescente-se a isso que o *princípio da incolumidade das esferas jurídicas* impõe que o negócio jurídico unilateral tenha sua eficácia, geralmente, limitada à esfera jurídica de quem o praticou. Há até negócios jurídicos unilaterais que *jamais* têm eficácia em relação a terceiros, nem indiretamente, como a *derrelicção*. Por isso, tem-se que o negócio jurídico unilateral somente pode interferir em esfera jurídica alheia para beneficiar, ou para formar negócio jurídico bilateral, quando possível (caso da *oferta* e *aceitação*). Se há interferência indevida que causa dano, existe contrariedade a direito e ilicitude.

Desse modo, mesmo quando o sistema jurídico autoriza a deliberação dos efeitos jurídicos enquanto manifestação legítima da autonomia privada[481],

---

[479] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 196 e 197.
Note-se que, ainda que a manifestação de vontade seja dirigida e recebida por alguém, ainda assim, isso não torna o negócio jurídico unilateral um negócio jurídico bilateral (MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. Cit., p. 197). No mesmo sentido: BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico.** 2ª ed. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1950, p. 305.

[480] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 197.

[481] Na feliz definição de Erik Frederico Gramstrup e Maria Victoria Meirelles Souza Santos a "autonomia privada é como um espaço livre reservado ao particular" (**Supressio e Surrectio: efeitos temporais.** Belo Horizonte: Arraes, 2023, p. 35).

ainda assim, existe a impossibilidade de afetar, unilateralmente, a esfera jurídica de outrem.

Nos negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais, por sua vez, é óbvia a manifestação de vontade do outro interessado, pois a mesma é pressuposto de existência do próprio negócio jurídico. Repudia-se inclusive a validade de cláusula contratual que deixe uma parte à mercê da outra, tal como aquelas puramente potestativas (artigo 122 do Código Civil[482]) e a cláusula-mandato quando autorizadora da emissão de título de crédito em nome do mandante no interesse do mandatário (súmula 60 do STJ[483])[484].

Vale lembrar, ainda, que mesmo contratos benéficos como a doação dependem, no Direito brasileiro, da anuência do beneficiado (artigo 539 do Código Civil[485]). Até mesmo a remissão de dívida depende da anuência do devedor (artigo 385 do Código Civil[486]). Assim, mesmo a constituição de benefícios depende da aquiescência do beneficiário no Direito brasileiro.

Um terceiro grupo de casos é o dos atos ilícitos. Deles, não emergem direitos a seus praticantes, mas, muito pelo contrário, são deflagradores da incidência de normas que fazem com que os lesados possam ser reparados e compensados pelo causador dos danos.

Por outro lado, é verdade que de atos unilaterais advêm direitos. O Código Civil de 2002 dedicou o título VII, do livro I, da parte especial, a isso.

Na promessa de recompensa o comprometimento é do promitente, ou seja, não atua unilateralmente em seu favor, mas prometendo benefício caso outrem intervenha em seu favor.

---

[482] Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes."

[483] STJ, súmula 60 - É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.

[484] Há discussão se, quando não se tratar de relação de consumo e, nem mesmo, de contrato de adesão, seria, ainda assim, viável este tipo de estipulação, como sustenta Pedro A. Baptista Martins (Artigo 888. *In*: CARVALHO, Washington Rocha de; MARTINS, Pedro A. Baptista; DONNINI, Rogério; et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro. Volume VIII.** Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 198).

[485] Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

[486] Art. 385. A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro.

Na gestão de negócios realmente há a gênese de direitos em prol do gestor sem que haja manifestação volitiva daquele cujos negócios são geridos, mas a lei permite isso tendo em vista a presumível vontade daquele a quem aproveita a gestão, ou seja, o caráter unilateral é bastante limitado, tem em vista expressa previsão legal e depende da atuação em conformidade com a presumível intenção do beneficiário.

Como ensina Anderson Schreiber[487], a posterior aprovação por parte daquele que teve seus negócios geridos não é essencial e sequer torna a gestão de negócios uma figura contratual em tais circunstâncias, importando, outrossim, "a objetiva utilidade da atuação do gestor para o dono do negócio". E, conforme Carlos Roberto Gonçalves[488], se a gestão for realizada contra a vontade *manifesta* do dono já não haverá gestão, mas ato ilícito por parte do gestor.

No pagamento indevido e no enriquecimento sem causa, surge o dever de restituição por força de um deslocamento patrimonial imotivado, advindo uma obrigação, mas sem que outrem possa, deliberadamente, criar direito para locupletar-se ilicitamente, pois apenas se impõe a devolução daquilo que está no patrimônio do beneficiado sem justa causa para tanto. Cumpre ter em conta, ademais, que o Direito brasileiro, repudia o *enriquecimento forçado*, ou seja, a cobrança por benefício indesejado pelo beneficiário[489]. Por isso, se um vizinho contrata um serviço de segurança patrimonial, o outro não pode ser compelido a custear parte do pagamento, ainda que se aproveite, indiretamente, da vigilância privada[490], o que economicamente pode ser categorizado como uma *externalidade positiva*[491]. Tal como ocorre na gestão de negócios, cuja

---

[487] SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2018, p. 666 e 667.

[488] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais. Vol. 3.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 607.

[489] Sobre o assunto: SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil.** São Paulo: RT, 2018, p. 188-195.

[490] Felizmente, o entendimento do STJ assentou-se nesse sentido, ao fixar a seguinte tese "As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram" (STJ, 2ª Seção, Recurso Especial 1.280.871, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator para o acórdão Ministro Marcos Buzzi, julgado em 11.03.2015, DJE 22.05.2015, por maioria).

[491] Uma externalidade positiva pode ser compreendida como um benefício em favor de um terceiro que não participou da ação econômica (PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito.** São Paulo: Atlas/ FGV Direito Rio, 2020, p. 69). No mesmo sentido, Marco Antonio Sandoval de Vasconcelos (**Economia*:* micro e macro.** São Paulo: Atlas, 2006, p. 98) aduz que "Em certas ocasiões, o consumo ou a produção de

realização não se pode admitir quando há vontade expressa do dono do negócio em sentido oposto, a contratação não pode ser imposta, sob pena de violar-se e esvair-se a autonomia privada.

Há casos, contudo, nos quais a lei impõe a restituição (p. ex. artigos 1.219 e 1.220 do Código Civil[492]), mas, ainda assim, seria uma devolução ou compensação pelo que foi investido em imóvel alheio, sem que se tenha a odiosa figura da *contratação forçada,* pois ter que devolver *in natura* ou compensar pelo equivalente pecuniário o que ingressou no patrimônio revela-se fenômeno jurídico distinto da coação a adimplir contraprestação por prestação não contratada[493].

Por sua vez, a ocupação, enquanto forma de aquisição originária da propriedade móvel[494] consistente no apoderamento de coisa sem dono[495], seja por nunca ter tido, seja por ter sido abandonada[496], como bem aponta Fabio Caldas de Araújo[497], ocorre unilateralmente. Entretanto, nesse caso, a aquisição da propriedade enquanto obtenção de um direito não implica em uma atribuição de obrigação a outrem – somente no dever geral de respeito à propriedade.

Desse modo, apenas a gestão de negócios, de certa forma e de modo bastante limitado, permite que uma atuação gere direitos a quem atua, mesmo sem manifestação volitiva do obrigado.

Logo, o Direito material, sob diversas formas e em distintas ocasiões consagra a impossibilidade de alguém criar a seu favor, apenas por sua vontade,

---

determinado bem ou serviço pode produzir efeitos colaterais, positivos ou negativos, que são chamados de externalidades ou economias externas.".

[492] Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

[493] Vislumbrando nos artigos 1.219 e 1.220 do Código Civil hipóteses legais de enriquecimento forçado: SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil.** São Paulo: RT, 2018, p. 190 e 191.

[494] GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19ª ed. Atualização de Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 199.

[495] PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas.** São Paulo: RT, 2008, p. 298.

[496] GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19ª ed. Atualização de Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 199 e 200.

[497] ARAÚJO, Fabio Caldas de. **O terceiro de boa-fé: proteção na aquisição de bens móveis e imóveis.** São Paulo: RT, 2020, p. 210.

situação jurídica a beneficiar-lhe. Vige, na feliz expressão de Marcos Bernardes de Mello, o *princípio da incolumidade das esferas jurídicas*.

A vedação de interferência nas esferas jurídicas de terceiros sem a anuência deles é inerente ao Estado de Direito quando se pensa nos direitos fundamentais de liberdade, propriedade, devido processo legal/jurídico, contraditório, ampla defesa e inclusive na dignidade humana. Quando outrem pode impor obrigações, arbitrariamente, em desfavor de outrem, existe uma ofensa visceral à liberdade[498] e esta, por sua vez, ainda que não esgote todas as manifestações da dignidade humana[499], desta compõe parcela essencial[500].

### 3.2.2 O princípio *nemo sibi titulum constituit* (ninguém pode constituir título em seu próprio favor)

Da mesma forma que a constituição regular de um contrato depende de um encontro de vontades e de que a confecção de um título de crédito depende de manifestação do credor e do devedor, a declaração de um fato apenas pela parte interessada não permite, ao menos por si só e em regra, que dela se extraia efeitos jurídicos processuais que lhe sejam favoráveis em detrimento da esfera jurídica de outrem.

Isso porque o sistema jurídico brasileiro, em distintas ocasiões, apesar de não contar com norma equivalente à emanada do artigo 1.363 do

---

[498] Recorde-se aqui a célebre passagem de Immanuel Kant (**Crítica da Razão Prática.** 4ª ed. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, 199?, p. 43): “A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres correspondentes às mesmas; mas, por outro lado, toda *heteronomia* do livre-arbítrio não só deixa de fundamentar qualquer obrigação como, também, resulta de todo contrário ao princípio desse livre-arbítrio e à moralidade da vontade.”

[499] A invocação da dignidade humana, por sua vez, impõe a rememoração de seminal lição de Immanuel Kant (**Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2016, p. 59) sobre o assunto: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”

[500] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 126 e 127.

Código Civil francês[501], veda à parte beneficiar-se da declaração unilateral para que se tenha como ocorrido o quanto enunciado como tal.

A previsão de uso da prova documental unilateral *contra* quem a produziu emana por exemplo, do artigo 408, *caput*, do CPC, *in verbis*:

> Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Também, o artigo 219, caput, do Código Civil:

> Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

Igual sentido, ainda, possuem outras disposições do CPC, dentre as quais as dos artigos 415 e 417. Veja-se como os dispositivos legais são expressos ao apontar a eficácia probatório *contra* o redator dos documentos:

> Art. 415. As cartas e os registros domésticos provam contra quem os escreveu quando:
>
> I - enunciam o recebimento de um crédito;
>
> II - contêm anotação que visa a suprir a falta de título em favor de quem é apontado como credor;
>
> III - expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova.
>
> Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.

Assim, o conjunto dos artigos 219, *caput*, do Código Civil, e 408, 415 e 417, do CPC, remete ao caso mais notório de prova unilateral que é o da declaração documental de fato em favor do próprio declarante. Como sintetizam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[502]:

> As declarações lançadas num documento, sendo favoráveis ao signatário, não lhe servem de prova contra a outra parte, se esta não participou da sua formação – é o chamado “documento unilateral”.

Assim, os dispositivos do CPC acima expostos, conjugados ao princípio da incolumidade das esferas jurídicas, impõem a adesão ao vaticínio

---

[501] Texto legal (após alteração pela *Ordonnance* 2016-131): “Article 1363 Nul ne peut se constituer titre à soi-même”. Em tradução livre: Ninguém pode constituir título (prova) em seu próprio favor.

[502] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2.** 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 208 e 209.

de Moacyr Amaral Santos[503] e Pontes de Miranda[504] quando afirmam a existência do princípio *nemo sibi titulum constituit* (em tradução livre: ninguém pode constituir título em seu próprio favor)[505] [506]. Note-se, ainda, que o Brasil não admitiu exceções legais ao princípio adotadas em outros países como, por exemplo, o processo monitório puro, como fizeram a Alemanha e a Áustria, nem dispositivo similar ao artigo 812, 2ª, da *Ley de Enjuiciamento Civil* que dispõe expressamente sobre a viabilidade do manejo de ação monitória mediante documentação criada unilateralmente pelo credor.

A norma, da espécie princípio[507], *nemo sibi titulum constituit*, fundamenta a impossibilidade da parte criar provas em seu próprio favor que decorram apenas de sua versão dos fatos e/ou que impossibilitem o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte daquele que terá sua esfera jurídica afetada pelo reconhecimento do fato cuja demonstração é almejada com a feitura e apresentação da prova unilateral.

---

[503] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume IV.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 215, 216, 237 e 238.

[504] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 373.
É interessante que Pontes de Miranda, após enunciar o princípio e comentar o artigo 376 do CPC/1973 (equivalente ao art. 415 do CPC) – que é um dispositivo claro no sentido das cartas e registros domésticos provarem contra quem os escreveu – aduz que, apesar de não serem provas em favor do escrevente, podem funcionar como "algum elemento contributivo para a apreciação das provas pelo juiz".
Aqui surge, mais uma vez, o problema de considerar-se elementos da realidade para a formação do juízo de fato e, depois, negar-se aos mesmos a natureza probatória.
Afinal, se contribui para a aferição da compatibilidade entre a asserção de fato e a realidade, qual a natureza do instrumento senão o de prova?
Note-se que não se está aqui analisando a hipótese de percepção direta dos fatos, cuja natureza probatória pode ser negada adotando-se um conceito mais restritivo de prova (o que o CPC não o fez ao reconhecer a inspeção judicial como meio de prova), mas de eficácia probatória de um documento em favor de quem o confeccionou.

[505] Quando se menciona título aqui, está se tratando de *causa adquirendi*, de fato jurídico que justifica a aquisição de direitos (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 175).

[506] O impedimento da parte criar um título jurídico, visto isoladamente, constitui-se em regra jurídica.
Porém, vista a questão de forma mais ampla - não circunscrita à criação de um título em si, mas à formação unilateral de provas, especialmente documentais, em favor próprio-, impõe a compreensão de de que se trata, sob o aspecto normativo, de um princípio.
É possível, ainda, sob outro ângulo, vislumbrar o *nemo sibi titulum constituit*, ainda, como um brocardo ou aforismo, exercendo uma função de *topos* no discurso jurídico.

[507] Sem adentrar na polêmica sobre o conceito de princípio, adota-se aqui o modo de aplicação preconizado por Humberto Ávila de que o princípio estabelece um dever imediato de promoção de estado de coisas e mediatamente um dever de adoção da conduta necessária (**Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, *passim*, mas especialmente a página 102).

Quanto à admissão e produção da prova unilateral, o princípio *nemo sibi titulum constituit* manda que se reduza, tanto quanto possível, os caracteres a identificar a unilateralidade da prova, fazendo com que ela não decorra do arbítrio da parte e permita que a outra parte possa acompanhar e se contrapor à mesma.

Quanto à valoração da prova unilateral, o princípio *nemo sibi titulum constituit* determina que menor valor terá a prova quanto maior a dependência da confecção da mesma aos interesses de quem as produz e vice-versa e/ou quanto menor a possibilidade de perante dela exercer as garantias do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, determina o princípio que não se aceite como prova suficiente de um fato aquela que resulte de mera expressão da vontade de seu criador ou que impeça, de modo absoluto, a refutação mediante o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa.

Ainda, ordena o princípio que o aplicador do Direito atribua o valor que se mostrar adequado no caso concreto às provas que, apesar de ostentar algum dos caracteres da unilateralidade, não seja manifestação exclusivamente do interesse do seu produtor e que permita confrontação, ainda que limitada, por meio do desempenho do contraditório e da ampla defesa pelo *ex adverso*.

### 3.2.3 O princípio *nullus testis in re sua* (não se testemunha em causa própria)

A vedação da própria parte figurar como testemunha é antiga, deitando raízes no Digesto de Justiniano, quando assim prevista no Livro XXII, título V, fragmento 10: "Nullus idoneus testis in re sua intellegitur."[508].[509] [510]

---

[508] JUSTINIANO. **Corpus Iuris Civilis.** Editoração de Paulus Krueger e Thomas Mommsen. Berolini (Berlim): Apud Weidmannos, 1889, p. 292.
Ainda: "De teste in re sua 10. Pomponius lib. I ad Sabinum Nullus idoneus testis in re sua intellegitur." (GOTOFREDO, Dionisio; FERROMONTANO; FREISLEBEN, C. E. **Corpo del Diritto: Digesto.** Volume 3. Napoli, 1857, p. 643).

[509] Em italiano, a passagem foi assim traduzida: Dal testimone in cosa própria 10. Pomponio nel libro I a Sabino. Nessuno s'intende essere testimone idoneo in cosa propria." (GOTOFREDO, Dionisio; FERROMONTANO; FREISLEBEN, C. E. **Corpo del Diritto: Digesto.** Volume 3. Napoli, 1857, p. 643).

[510] Em espanhol o trecho foi assim apresentado: "10. Ningún testigo se entende ser idóneo en su propia causa. (*Pomp. 1 Sabino*)" (A. D'ORS; HERNANDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCIA-GARRIDO, M.; BURILLO, J. **El Digesto de Justiniano.** Tomo II. Libros 20-36. Pamplona: Aranzadi, 1972, p. 96).

Apesar da fórmula original ser “Nullus idoneus testis in re sua intellegitur”, restou abreviada na expressão *nullus testis in re* sua utilizada, dentre outros, por Mauro Cappelletti[511], sendo essa última utilizada ao longo da presente tese.

Feita essa breve nota histórica quanto à origem, aponta-se que a abordagem do princípio[512] *nullus testis in re sua* à luz do ordenamento jurídico brasileiro deve ter em vista, de início, a proibição emanada do artigo 447, § 2º, II, do CPC, que impede que a parte seja ouvida como testemunha[513]. Essa opção legislativa, adotada pelo Brasil, não é universal, pois, como visto acima, a Alemanha e países do sistema da *common law* permitem o testemunho da própria parte[514].

Como aponta Robson Renault Godinho[515], a *ratio* da vedação legal decorrente do artigo 447, § 2º, II, do CPC, é a de que o interesse da parte seria incompatível com a condição de pessoa chamada a relatar sua percepção dos fatos. O mesmo entendimento é compartilhado por Rogerio Mollica[516] quando sustenta que “uma das partes jamais poderia ser tida por isenta para testemunhar em seu próprio proveito na ação”.

Em lição clássica, Moacyr Amaral Santos[517] aduz

---

511 CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile.** Vol. I. Milano: Giuffrè, 1974, p. 258.

512 O impedimento da parte ser ouvida como testemunha, vista isoladamente enquanto vedação relativa ao meio de prova testemunhal, constitui-se em regra jurídica.
Porém, vista a questão de forma mais ampla - não circunscrita à prova testemunhal - no sentido de que o relato da parte, de forma geral, é visto, enquanto uma alegação, ao invés de uma manifestação probatória, impõe a compreensão de forma mais ampla e, por isso, sob o aspecto normativo, enquanto um princípio.
É possível, ainda, sob outro ângulo, vislumbrar o *nullus testis in re sua*, ainda, como um brocardo ou aforismo, exercendo uma função de *topos* no discurso jurídico.

513 Arruda Alvim (**Manual de Processo Civil.** 20ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 1.064) reputa desnecessária a vedação legal, pois a parte somente pode ser ouvida em depoimento pessoal. Respeitosamente, discorda-se do doutrinador, pois seria possível que o legislador, proibindo o requerimento do próprio depoimento pessoal, autorizasse a oitiva da parte enquanto testemunha arrolada por si própria – o que é permitido em outros países.

514 TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 173.

515 GODINHO, Robson Renault. Artigo 447. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 1.137.

516 MOLLICA, Rogerio. Artigo 447. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 340.

517 SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume III.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 46.

> Nas declarações da parte, regra geral, ver-se-á o interêsse que ela tem na decisão da controvérsia: nas da testemunha ver-se-á somente o interêsse que tem de que a controvérsia dos fatos seja esclarecida para que a ordem social se equilibre ou restabeleça com uma decisão fundada na verdade dos mesmos fatos.

Na mesma linha, Eduardo Cambi[518] assevera:

> O impedimento de a parte ser considerada testemunha está baseado na incompatibilidade entre as duas posições que não podem ser conciliadas, uma vez que a parte, por ter interesse na causa, não pode fornecer uma declaração isenta de interesse, o que pode comprometer sua credibilidade. Em outras palavras, as partes têm interesse no resultado da causa; por isso, as suas alegações e as suas declarações não podem servir como prova em seu benefício (*nullus idoneus testis in re sua intelligitur*).

Por sua vez, o artigo 385, *caput*, do CPC, ao dispor que o depoimento pessoal somente pode ser requerido pela parte adversa – e não pela própria parte[519] – é mais um exemplo de desprestígio do sistema jurídico à feitura de provas em favor do próprio interessado quando a mesma constitui-se em uma declaração da ocorrência de fato por quem pode do reconhecimento do mesmo beneficiar-se.

Desse dispositivo, cotejado com os artigos 408, 415 e 417, 447, § 2º, I, ambos do CPC, é possível depreender a vigência no sistema jurídico brasileiro do princípio jurídico *nullus testis in re sua* – norma mais ampla do que a regra jurídica que impede o testemunho de quem é parte na causa (artigo 447, § 2º, I, do CPC) – a direcionar o operador jurídico a não reconhecer valor probatório ao que a parte diz em seu próprio favor.

No mesmo sentido, revela-se sintomática a ausência de previsão de punição criminal ao depoente/interrogado que minta ou silencie sobre o que sabe ter ocorrido. O desvalor muitas vezes atribuído ao relato da própria parte é tamanho que Moacyr Amaral Santos[520] chega a dizer que a testemunha teria a "obrigação legal de dizer a verdade, como dever social; à parte cumpre apenas o dever moral de não mentir". Aliás, cumpre recordar que em obra clássica

---

[518] CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 163. Note-se que, em seguida, o próprio doutrinador tecerá considerações críticas sobre essa argumentação.

[519] Essa interpretação será objeto de crítica adiante.

[520] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume III.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 47.

James Goldschmidt[521] pronunciou-se nesse mesmo sentido, ao dizer que “O dever de não realizar, de propósito, afirmações falsas é moral, mas não jurídico.”.

Como bem leciona Francesco Carnelutti[522], o crédito a ser atribuído ao testemunho, ao documento e, na Itália, ao juramento (*giuramento*) da parte, relaciona-se diretamente com a severidade da reprimenda no caso de deliberadamente falsear-se a verdade. Se o dever da parte de dizer a verdade é negado ou, afirmado, mas não punido, naturalmente a expectativa de que o relato seja prestado honestamente reduz-se intensamente.

Ainda que, como bem aponta Mauro Cappelletti[523], não exista um vínculo necessário, inexorável, entre poder testemunhar (seja a parte ou terceiro) e ter o dever de dizer a verdade, sujeitando-se a efeitos jurídicos repressivos, revela-se claro que a possibilidade de punição pela mentira é um incentivo a que se diga a verdade[524]. Com razão, Cappelletti[525] sustenta que a ausência do dever de dizer a verdade não impede que o magistrado receba o relato como expressão do efetivamente ocorrido. Contudo, acrescenta-se ao escólio do ilustre doutrinador italiano a necessidade de levar-se em consideração de que mentir com o risco de sofrer graves sanções pesa a favor do prestígio da palavra de quem apresenta sua versão dos fatos, ao passo que, ao contrário, relatar o ocorrido quando não há punição para o caso de ter a mentira reconhecida leva a que valore com mais contenção o que é dito.

Assim, ao não criminalizar o depoimento enganador apresentado pela parte, a legislação indicou a baixa confiabilidade a ser atribuída à palavra da própria parte quando diz em seu favor, distintamente do que ocorre com o falso testemunho (artigo 342 do Código Penal).

---

[521] GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo.** Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 15.
[522] CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile.** Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 2016, p. 129.
[523] CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile.** Vol. I. Milano: Giuffrè, 1974, p. 381-383.
[524] Nesse sentido, Jeremy Bentham (**Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição traduzida: 1847), p. 115) sustenta que o temor da pena e da vergonha influenciam as testemunhas para que se abstenham de mentir.
[525] CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile.** Vol. I. Milano: Giuffrè, 1974, p. 382 e 383.

Igualmente, consagra o ordenamento jurídico expressamente a confissão como prova em desfavor de quem a realiza, sem dispor, exceto em casos excepcionais, da declaração em favor próprio como meio de prova admissível. A previsão expressa da confissão, enquanto extremo oposto da prova unilateral em próprio favor e a ausência de dispositivos legais a prestigiar a declaração em favor próprio, revela-se sintomática do valor probatório atribuído pelo sistema jurídico ao que se o declarante aduz em sentido contrário a seus interesses.

Desse modo, uma consideração do instituto da confissão, *a contrario sensu*, somada à inocorrência de previsão legal a abonar a declaração em favor próprio, são elementos a indicar o tendencial e relativo desvalor da prova unilateral no sistema jurídico brasileiro.

Note-se, ainda, que o princípio jurídico *nullus testis in re sua* é muito próximo e, de certa forma, já está abarcado pelo princípio *nemo sibi titulum constituit*, diferenciando-se apenas na ênfase que se atribui à inviabilidade da própria parte relatar em juízo, de forma pessoal, imediata e responsiva, fato do qual possa extrair consequências jurídicas que lhe sejam favoráveis. As mesmas razões que inspiram ambos os princípios, tendendo o *nullus testis in re sua* a ser aplicado nas provas orais e o *nemo sibi titulum constituit* ao meio documental. São princípios que apontam na mesma direção, o que implica, segundo José Joaquim Gomes Canotilho[526], em uma concorrência de princípios e de direitos.

## 3.3 A prova unilateral no sistema jurídico brasileiro: normas autorizadoras de sua utilização

Após a exposição e análise das normas restritivas à utilização das provas unilaterais, impõe-se a consideração das normas que servem de fundamento jurídico à sua aceitação.

[526] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 1.268 ss.

### 3.3.1 Direito fundamental à prova e atipicidade dos meios probatórios

Adotando-se uma concepção mista relativa às funções da prova (demonstrativa e persuasiva, como justificado no item 1.3), o direito de provar implica, dentre outros aspectos, em disponibilizar ao seu titular a possibilidade de utilizar os meios probatórios necessários para a aferir-se a veracidade de uma alegação de fato e, assim, caso necessário, convencer o juiz/árbitro.

Essa dilatada extensão do direito à prova tem forte amparo epistemológico, pois na medida em que se amplia o conjunto probatório, tende a aumentar as chances de apurar-se corretamente os fatos ou, em outras palavras, as limitações probatórias dificultam a averiguação da verdade[527]. Afinal, quanto mais se restringe as possibilidades probatórias, mais difícil torna-se a investigação dos fatos e, no extremo, a exclusão de toda prova implicará na inviabilização de toda realização da justiça[528].

Por sua vez, como aduzido no item 1.5, o direito à prova apresenta natureza instrumental e *status* constitucional, ou seja, consiste em lídima garantia fundamental. Como ensina Eduardo Cambi[529]:

> O reconhecimento da existência de um direito constitucional à prova implica a adoção do critério da máxima virtualidade e eficácia, o qual procura admitir todas as provas que sejam hipoteticamente idôneas a trazer elementos cognitivos a respeito dos fatos da causa, dependentes de prova, procurando excluir as regras jurídicas que tornem impossível ou excessivamente difícil a utilização dos meios probatórios. Esse critério amplo está calcado na pretensão de justiça assegurada no princípio constitucional do Estado de (*sic*) Democrático de Direito.

Isso significa que somente um óbice constitucionalmente justificável pode ser empecilho juridicamente legítimo para que se impeça a parte de valer-se de via probatória que possa, ao menos em tese, revelar-se hábil a demonstrar a ocorrência ou não de um fato. Como leciona Robert Alexy[530], “direitos

---

[527] Nesse sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 102 e 113.
[528] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição original: 1847), p. 314.
[529] CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 35.
[530] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas".

Revela-se necessário esclarecer, todavia, que os direitos fundamentais não são absolutos[531] e a restrição ao direito à prova não precisa, necessariamente, advir de previsão constitucional expressa, explícita, pois direitos fundamentais podem sofrer restrições implicitamente sustentadas pela Constituição[532], mormente na ausência de um dispositivo análogo ao artigo 18, § 2º, da Constituição de Portugal[533] que somente admite restrições expressas[534].

Assim, mostra-se juridicamente viável a restrição probatória, desde que em nome de outro valor constitucional e tendo em vista sua proteção por norma constitucional, sempre de forma razoável, proporcional e sem atingir o

---

[531] Nesse sentido, há diversos julgados do STF, dentre os quais: STF, 2ª Turma, RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 891.647, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 02.09.2015, decisão monocrática. Na doutrina, exemplificativamente: LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1.164; MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 370; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 183.
Admitindo que, em regra, são relativos, com algumas exceções: BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 534 e 535; Paulo Gustavo Gonet Branco *in* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143 e 144

[532] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 290 e 291. Ainda: Gilmar Ferreira Mendes *in* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 197-211. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 697.

[533] Artigo 18, § 2º, da Constituição portuguesa: "2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.".

[534] Esse dispositivo gerou inúmeras dificuldades para a teoria e para a prática constitucional lusitanas, exigindo um amplo desenvolvimento da teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais, dividindo a doutrina a respeito de tais limites serem ou não decorrentes da colisão de direitos fundamentais. José Carlos Vieira de Andrade reputa serem os limites imanentes decorrentes dos contornos do próprio direito em si, de modo que seu abuso decorreria de um exercício anômalo (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 299), ao passo que José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa: anotada.** Vol. 1. Coimbra/ São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2007, p. 389) entendem que os limites imanentes revelam-se somente tendo em vista a colisão de direitos. Jorge Miranda (**Direitos Fundamentais.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 378-380), por sua vez, tem uma compreensão interessante do tema, aduzindo que os limites imanentes demarcam o conteúdo *potencial* dos direitos, mas o conteúdo *real* dos mesmos dar-se-á na harmonização com os demais direitos, respeitando-se, ainda, o núcleo juridicamente intangível a caracterizar o conteúdo *essencial*.

núcleo essencial do direito restringido[535]. Nessa linha, Bentham[536] já advertia que a limitação probatória é sempre um mal, mas às vezes um mal menor do que aquele outra a ser evitado.

Isso posto, cumpre lembrar que o regime jurídico do direito fundamental à prova não se exaure na sua dimensão mais elevada e abstrata, impondo-se, outrossim, o exame de sua disciplina infraconstitucional e mais concreta, de modo a compreender-se a integralidade de seus contornos e de seu posicionamento no sistema jurídico.

O primeiro aspecto a ser examinado é o de que a admissibilidade da prova é a regra, e a inadmissibilidade, a exceção, enquanto corolários decorrentes do direito fundamental à prova e que, felizmente, vieram refletidos na redação do CPC de 2015, mais precisamente no artigo 370, *caput* e parágrafo único, a tornar mais claro, ainda, que o indeferimento da prova é a exceção – e não a regra -, como bem anota William Santos Ferreira[537] ao comparar com a redação do artigo 130 do CPC/73.

Desse modo, quem deseja demonstrar a ocorrência de um fato possui o direito de ter produzida prova que tenha o potencial de permitir a aferição da ocorrência de determinado acontecimento, exceto quando exista algum fundamento jurídico hábil a obstar a atividade probatória.

Assim, vista a larga extensão do direito fundamental à prova e de que, em regra, defere-se a diligência probatória, cumpre analisar, então, a escolha legislativa pela viabilidade do uso de provas atípicas.

O sistema jurídico-processual brasileiro atual[538] abarca os meios probatórios típicos e atípicos (artigo 369 do CPC). Note-se que a atipicidade não se refere às fontes de prova (pessoas, semoventes, coisas e eventos da

---

[535] Diversamente, no sentido de que inexiste proteção ao conteúdo essencial como uma salvaguarda adicional àquela exigida pela proporcionalidade ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 295-301.

[536] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição original: 1847), p. 316 e 317.

[537] FERREIRA, William Santos. Artigo 370. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 997.

[538] No CPC/1973 o uso de provas atípicas emanava do art. 332 do CPC, mas no CPC/1939 o cenário era distinto, pois seu art. 208 remetia ao uso daquelas admitidas pelas leis civis e comerciais. Vide nota 122 desta tese.

natureza), mas à forma de produção da prova, ou seja, o modo de extração de informações sobre a realidade a partir daquela fonte.[539]

O CPC não estabelece relação de subsidiariedade entre meios típicos e atípicos e nem distingue valor probatório entre uns e outros. Inexiste, ao menos em princípio, hierarquia entre os meios de prova[540]. Contudo, em alguns casos, é possível antever distintos potenciais probatórios, pois, por exemplo, na medida em que se mostra desejável a produção da prova com a participação de ambas as partes e perante o juiz/árbitro, tal como prevê a lei no que tange à produção da prova testemunhal, a prova atípica consistente na declaração de terceiro assume valor inferior – como bem aponta João Batista Lopes[541].

Além de consagrar a possibilidade de utilização de meios probatórios típicos e atípicos, optou o legislador brasileiro por evitar restrições legais às iniciativas probatórias, adotando poucas e pontuais limitações, tais como, por exemplo, a regra preclusiva emanada do artigo 434, *caput*, do CPC, cuja exceção é prevista no artigo 435, parágrafo único, do CPC.

O CPC atual sequer repetiu a limitação probatória outrora constante do artigo 401 do CPC/73 em relação a contratos que excedessem o décuplo do salário mínimo, ampliando, assim, o espaço de produção probatória e de valoração da prova, ou seja, ao não reiterar a limitação probatória, bem como ao não criar outras, a codificação atual concedeu maior margem de atuação aos atores processuais, o que aponta para uma ausência, no sistema jurídico-processual, de restrição à prova quando considerada apenas seu caráter unilateral.

Assim, o direito à prova possui amplitude considerável, sendo as diligências probatórias, em regra, permitidas, somente podendo sofrer restrições

---

[539] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p.60.

[540] FERREIRA, William Santos. Artigo 369. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 996; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 18ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 994 (nota 10 ao artigo 369).

[541] LOPES, João Batista. Artigo 369. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 242 e 243. Ainda, do mesmo doutrinador: LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, volume V, p. 395 e 396.

fundamentadas na proteção de outros direitos de caráter fundamental, de modo que a vedação de providência probatória apresenta feição excepcional.

Na medida em que o sistema consente com a atipicidade probatória (artigo 369 do CPC), a admissibilidade das provas não depende de previsão legal nesse sentido, sendo sua aceitação a regra e a inadmissibilidade a exceção. Porém, cumpre lembrar que uma prova ser admitida é apenas um passo, necessário, mas não suficiente, para que se reconheça seu efetivo, concreto, valor probatório.

No Brasil, além da ampla abertura do sistema jurídico à admissibilidade de provas atípicas (artigo 369 do CPC), a ampla definição de prova documental é outra larga porta de entrada para as provas obtidas por meios previstos expressamente em lei.

Como bem pontua Clarissa Diniz Guedes[542], a oposição entre taxatividade e liberdade probatória opera-se na fase da admissibilidade da prova, enquanto aquela outra entre provas legais e livre convencimento motivado dá-se no momento da valoração. Isso não significa, porém, que inexista uma ligação entre uma opção legislativa e outra, pois um sistema que adote a atipicidade tende a conceder maior margem para a valoração da prova, ainda que o inverso não seja verdadeiro (um sistema probatório fechado pode conviver com o livre convencimento motivado).

Assim, a liberdade probatória tem correlação estreita com o sistema de convencimento motivado/persuasão racional[543]. Como observa Luis Alberto Reichelt[544]:

> Juntamente com a *ausência de predeterminação legislativa de limites à atuação do julgador em sede de valoração da prova, a possibilidade de emprego de instrumentos não-tipificados em lei na investigação processual* constitui-se em uma das principais manifestações da influência do valor liberdade sobre os contornos da racionalidade que norteia a formação do convencimento jurisdicional.

---

[542] GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal.** Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 188.
[543] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 59, 60, 70 e 71.
[544] REICLHELT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 285.

Aliás, a ligação entre a variedade dos meios de prova utilizáveis e a extensão da margem de valoração jurisdicional é explicitada na designação usada por Alberto Augusto Vicente Ruço[545] ao chamar o sistema português – equivalente ao brasileiro no ponto - de “sistema de prova livre e íntima convicção motivada e controlável”.

Por sua vez, um dos aspectos cruciais na aferição da viabilidade da admissibilidade da prova atípica é o do risco de estar-se, em alguns casos, ferindo, indiretamente, normas que regulam a forma de produção de provas típicas mediante a realização da extração da prova da fonte por meio atípico.[546] Todavia, há de perquirir-se a efetiva ocorrência de prejuízo, a efetividade da produção da prova pela via típica e a impossibilidade/excessiva onerosidade de fazê-lo[547]. Por exemplo, ainda que o testemunho seja colhido, em regra, em audiência, a coleta de relato extrajudicialmente, por exemplo, por meio da confecção de vídeo, pode revelar-se hábil a documentar o relato, especialmente quando ainda não há elementos para ajuizar-se a ação e a saúde da testemunha já está gravemente abalada por enfermidade.

Outro aspecto crucial da compreensão da prova atípica e de sua admissão é o do respeito ao contraditório[548]. Em alguns casos, justifica-se a oportunização do exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa posteriormente, especialmente tendo em vista a impossibilidade de produção da prova na forma prevista em lei. Por outro lado, admitida a prova em detrimento do exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, essa circunstância deve ser considerada ao valorar-se a prova, reconhecendo-se que o modo de produção acabou por fragilizar o seu potencial demonstrativo e persuasivo[549]. Desse modo, a valoração de um testemunho de forma extrajudicial e sem a participação da outra parte deverá levar em conta que muitas perguntas

---

[545] RUÇO, Alberto Augusto Vicente Ruço. **Prova e Formação da Convicção do Juiz.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 34.
[546] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 64 e 65.
[547] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 65-68.
[548] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 64, 69-73.
[549] FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 71.

importantes poderão ter deixado de ser feitas por quem, sem culpa, não se fez presente ao ato.

Agregue-se, ainda, obviamente, às limitações ao uso de meios atípicos de prova aqueles de caráter inconstitucional, incluídos aqui os moralmente ilegítimos.

Por outro lado, o sistema jurídico não proscreve as provas produzidas unilateralmente, submetendo-as às mesmas limitações pertinentes às demais, não podendo violar direitos fundamentais e servir para fraudar a lei, especialmente no que tange à forma de produção de provas típicas.

Inexiste uma vedação à prova unilateral, por si só, mas a viabilidade de sua utilização dar-se-á tendo em vista as limitações impostas pelo sistema jurídico às demais provas, atentando-se ao risco de manipulação que a confecção de maneira unilateral proporciona, de modo a confrontar-se as circunstâncias de sua feitura com as restrições juridicamente impostas pelo Direito brasileiro, notadamente a de que se faz necessária a prova, não se podendo reconhecer fato controvertido com base apenas na alegação da parte – até mesmo porque isso geraria uma aporia na medida em que cada uma das parte faz alegações opostas e não se teria como dirimir racionalmente a questão.

Cumpre lembrar, ainda, que a restrição *per se* das provas unilaterais iria na contramão da admissibilidade das provas atípicas e do sistema de convencimento motivado/persuasão racional, sendo a limitação própria de um sistema de prova tarifada ao erigir *ex ante* um critério de verificação da veracidade da asserção de fato.

Desse modo, a abertura ao uso de meios de prova previstos ou não em lei, a ausência de adesão a um sistema de valoração de prova tarifada, bem, com a garantia jusfundamental à prova, constitui-se em um feixe de fundamentos jurídicos favoráveis à utilização da prova unilateral.

Isso tem impacto na aceitação das provas unilaterais na medida em que a sua rejeição depende da preponderância dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua* sobre o direito à produção da prova enquanto corolário das garantias de acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa.

Na medida em que os princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e e *nullus testis in re sua* combatem o uso das alegações como se fossem provas, exigindo que a narrativa seja *ancorada* em elementos extrínsecos à mera descrição dos fatos pelo próprio interessado, impondo que se comprove o quanto aduzido, as provas, ainda que unilateralmente produzidas, cuja confecção não decorra de uma manifestação volitiva voltada à criação de direitos em benefício próprio e nem de intensas restrições às garantias do contraditório e da ampla defesa, devem ser prestigiadas juridicamente. Assim, se a prova unilateral, ainda que sem previsão legal expressa, revelar-se potente para demonstrar a conformidade do alegado com o que se passou na realidade, impor-se-á o reconhecimento de seu valor probante na medida em que se coadunar com a promoção das garantias do contraditório e da ampla defesa.

O direito à prova, a atipicidade dos meios probatórios e a ausência de adstrição ao sistema da prova tarifada – enquanto expressados normativamente sob a forma de princípios - pressionam os princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua* estabelecendo uma relação de tensão a exigir que a unilateralidade da prova não seja um óbice absoluto à sua admissão e valoração e que seja mais prestigiada tal via probatória quanto mais se mostrarem ausentes as razões de sua rejeição. Quanto menos presentes no caso concreto os motivos a sustentar a aplicação dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*, mais justificada a utilização da prova unilateral, cuja valoração caberá ao julgador em juízo racionalmente fundamentado.

Em favor da aceitação e valorização da prova unilateral podem pesar fatores a abrandar ou até neutralizar as razões para o desprestígio, dentre as quais a ausência de ânimo de beneficiar-se, de modo que prepondere o aspecto *real* da prova sobre sua *pessoalidade*[550].

[550] Aqui parte-se da distinção entre provas pessoais e reais, conforme as provas derivem de pessoas ou de coisas, o que, em outras palavras significa entre opor a permanência do registro da fonte da informação em algo ou na reprodução pela memória. Nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 55-57.

Às vezes, como bem ilustram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[551], a prova unilateral retrata uma declaração feita muito antes de um litígio e sem qualquer intenção de confeccionar-se previamente prova em favor do próprio declarante, tal como uma anotação em um diário feita décadas antes da sua apresentação como prova.

Aliás, corretamente assevera Clarisse Frechiani Lara Leite[552] ter a declaração da própria parte escasso valor probatório quando contemporânea ao litígio, mas diversamente ocorrerá quando ao tempo da declaração a mesma revelar-se indiferente ou até mesmo contrária aos interesses do declarante.[553]

Bem contrapondo o caráter real/material da prova em face de sua natureza pessoal, José Antonio Savaris[554] aduz que

> [...] a palavra consciente ou a informação prestada por uma pessoa constituirá prova real quando não se apresente como simples revelação destinada a fazer fé da verdade dos fatos, mas como uma ação externa e material que se exterioriza em forma de palavra fônica ou escrita.

No exemplo do diário escrito muito tempo antes do litígio tem-se um caso próximo daquele da aliança antiga na qual o nome do casal está gravado a mando dos mesmos e isso ocorreu muitos anos antes da necessidade de comprovação da união estável para fins previdenciários e sucessórios, ou seja, a declaração é feita e indelevelmente assentada quando sequer imaginado o eventual uso posterior para demonstrar a ocorrência de um fato, avultando, assim, o caráter real – e não pessoal – da prova.

Quando a percepção de alguém é assentada em um documento, escrito ou não (p. ex. gravação de áudio), contemporaneamente aos fatos, ao invés de fundar-se na reconstituição posterior pela memória, a prova emerge do passado como *vox mortua*, diminuindo consideravelmente o risco de sua

---

[551] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 726 e 727.

[552] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 408. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 104.

[553] É possível até mesmo que uma prova oral, como um relato do próprio interessado realizado muitos anos antes de sua invocação, seja classificado como prova *real* – e não *pessoal* (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 55).

[554] SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário.** 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 277.

corrupção.[555] Por outro lado, falta à prova documental a flexibilidade, a responsabilidade da prova pessoal, *vox viva* a falar sobre o ocorrido[556] – o que, por sua vez, pode contribuir para a valorização do que a parte, quando ouvida em juízo, disser em seu favor, dada a possibilidade de inquiri-la e aferir-se o quão consistente e coerente efetivamente é sua versão dos fatos.

Dessa forma, a *ratio* da proibição do uso de prova feita em seu próprio favor não se aplica, ao menos não integralmente, quando a unilateralidade não é acompanhada da intenção de transformar uma alegação de fato em uma prova de fato ou, ainda, quando resista intensamente às possíveis tentativas de refutação, ou seja, o direito à prova – enquanto expressado normativamente em um princípio - contrapõe-se aos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua* para fazê-los ceder, no mínimo, parcialmente, em algumas circunstâncias.

Do exposto emerge claramente que os direitos à prova, incluído o de valer-se de provas atípicas e de tê-las efetivamente consideradas no julgamento – normativamente operacionalizados enquanto princípios jurídicos -, representam relevantes contrapontos aos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*.

### 3.3.2 A admissibilidade das provas unilaterais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo

Uma questão central sobre a prova unilateral é o da sua (in)admissibilidade em sentido estrito, enquanto etapa necessária para a posterior valoração probatória.

Revela-se possível pensar na prova unilateral como uma prova cujo aporte aos autos processuais seja pura e simplesmente inadmissível, ou seja,

---

[555] CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile.** Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 2016, p. 139-141.
[556] CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile.** Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 2016, p. 142 e 143.

como um instrumento repelido pelo Direito, juridicamente inábil a aportar conhecimento sobre a realidade.

Pensar a unilateralidade da prova enquanto prova juridicamente inadmissível implica reconhecer tal característica como causa de sua inidoneidade, de sua ilicitude, de sua inutilidade (enquanto impertinente ou inadequada), ou de sua desnecessidade[557].

A inadmissibilidade da prova unilateral é tanto mais factível quanto maior a ênfase do sistema jurídico no controle do ingresso da prova nos autos e também *pari passu* ao repúdio que se consagre às provas atípicas. Atualmente, em geral, os sistemas jurídicos não depositam tamanho acento na fase da admissibilidade, prevenindo um possível posterior erro no momento da valoração probatória.

Até o advento do CPC/73, dada alguma controvérsia sobre a utilização de provas atípicas na vigência do CPC/39, seria mais justificável obstar a admissibilidade da prova unilateralmente produzida em alguns casos. Hoje, as provas atípicas são amplamente aceitas, ainda que exista respeitabilíssima corrente doutrinária que sustente a excepcionalidade do seu emprego, como defende Paulo Osternack Amaral[558].

Mesmo na Itália, onde inexiste norma processual civil prevendo a admissibilidade de provas atípicas, a sua utilização é aceita, ainda que com valor de *argomento di prova*[559]. Todavia, por não se constituir em lídima prova atípica, a declaração da própria parte, é rejeitada por Ferdinando Mazzarella e Giovanni Tesoriere[560] enquanto prova, pois se trataria de mera alegação.

---

[557] Existe variação na nomenclatura utilizada quanto às provas que, ao lado das ilícitas, seriam inadmissíveis, tendo o CPC/2015 mencionado no caput do artigo 370 a necessidade da prova e, no parágrafo único, a utilidade e o caráter protelatório, como fatores a serem averiguados nessa etapa processual-probatória. Michele Taruffo (**La prueba de los hechos.** 4ª ed. (espanhola) Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2011, p. 364-368), por exemplo, aglutina sob o aspecto da relevância toda a discussão se a prova, vista antecipadamente (*ex ante*) teria o condão de influir no resultado do processo, ainda que incidindo sobre fato secundário. Note-se que Taruffo chegará a usar o adjetivo inútil como sinônimo de prova irrelevante (idem, p. 368).

[558] AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 123 e 124.

[559] MAZZARELLA, Ferdinando; TESORIERE, Giovanni. **Corso di Diritto Processuale Civile.** 3ª ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 139.

[560] MAZZARELLA, Ferdinando; TESORIERE, Giovanni. **Corso di Diritto Processuale Civile.** 3ª ed. Padova: CEDAM, 2008, p. 139.

Como exemplo de sistema jurídico onde vigia uma admissibilidade mais restritiva era o estadunidense do século XIX quando se impunha com pleno vigor a *best evidence rule*, entendida como a exigência de apresentação da melhor prova disponível naquele caso, excluindo outras mais remotas quando revelar-se possível a apresentação de uma mais próxima dos fatos[561]. Note-se, contudo, ter sido a *best evidence rule* relativizada ao longo do século XX.

Na mesma linha da *best evidence rule*, a *Common Law* restringe a admissibilidade de provas - mas, ainda hoje - mediante a vedação do testemunho que não apreendeu com os sentidos o fato, mas apenas ouviu falar (*hearsay rule*). É interessante a notícia apresentada por Greenleaf[562] de que com base na *hearsay rule*, as cartas recebidas pela esposa do acusado podem ser utilizadas como prova, desde que comprovadamente escritas e recebidas antes do fato delituoso, mas não aquelas missivas posteriores ao acontecimento.

Lembre-se, ainda, com Mirjan Damaska[563], ser a apreciação de fatos por jurados na *Common Law* a justificativa mais antiga e aceita para as restrições probatórias naquele ambiente jurídico o que, por sua vez, implica no declínio das mesmas na medida em que o júri torna-se menos utilizado para o julgamento de causas cíveis.

De forma oposta, quanto maior o acento que o sistema jurídico deposite no momento da valoração das provas, deixando larga a porta da admissibilidade das provas, inclusive aquelas atípicas, tanto menos sustentação jurídica haverá para repelir-se o aporte de provas de caráter unilateral no feito.

Assim, dois fatores parecem cruciais à (in)admissibilidade de provas unilaterais, a saber, o da rigidez do controle acerca de quais elementos de prova são hábeis a serem posteriormente valorados, bem como o da abertura ou fechamento em relação a meios probatórios que não tenham sido previstos em lei.

---

561 GREENLEAF, Simon. **A Treatise on the Law of Evidence.** Volume 1. 3ª ed. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846, p. 157.
562 GREENLEAF, Simon. **A Treatise on the Law of Evidence.** Volume 1. 3ª ed. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846, p. 179.
563 DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a la deriva.** Tradução de Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 43, 44, 130-132.

Isso posto, cumpre observar que no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo a admissibilidade e a valoração são planos e momentos probatórios distintos, com balizas jurídicas diversas. Como ensina Danilo Knijnik[564], somente depois de admitida, a prova é valorada – e inclusive a admissão de prova que não deveria tê-lo sido (p. ex. prova ilícita) tem o condão de viciar a valoração.

Em regra, admite-se a prova para, depois, valorá-la, ou seja, o indeferimento é a exceção[565]. Na dúvida, admite-se a prova já produzida ou defere-se a sua produção[566], viabilizando-se a admissão quando houver, hipoteticamente, ou seja, em tese, a possibilidade de contribuição para o conhecimento da realidade[567]. Basta, assim, que a prova seja capaz de ter o potencial, ou seja, vislumbrada antecipadamente, esclarecer fato relativo à causa.

De igual modo, é cediça a adoção do princípio da possibilidade de utilização de provas atípicas, hoje estampada no artigo 369 do CPC. Esse é outro fator juridicamente relevante a pressionar pela admissibilidade das provas unilaterais.

A consagração das provas produzidas por formas atípicas impede que se inadmita provas unilaterais e desautoriza que se trate elas como não-provas. Essa observação, aparentemente banal, mostra-se, contudo, relevante, como o exame de um julgado revela.

Em um litígio no qual foi postulada a invalidação da eliminação de candidato a cargo público, combatendo-se laudo psicotécnico que declarou a inaptidão, dizer-se que os laudos particulares apresentados pelo demandante em sentido oposto “foram produzidos de forma unilateral e, portanto, não há como considera-los como prova, na medida em que não foi produzido sob o crivo

---

564 KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 21-23.
565 FERREIRA, William Santos. Artigo 370. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 997.
566 CARVALHO, Nathália. **Admissibilidade de provas: os limites ao indeferimento da produção da prova cível.** Londrina: Thoth, 2022, p. 141-143.
567 CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006, p. 35.

do contraditório"[568] somente pode ser compreendido no sentido de que os pareceres não são provas suficientes para confortar a alegação da parte demandante, entendendo-se que não restou provado (prova enquanto resultado – aspecto subjetivo). Diferentemente, compreender-se no sentido de que os laudos não poderiam ser considerados como provas em prova no sentido objetivo, de meio de comprovação e convencimento, implicaria em negar inteiramente e aprioristicamente o potencial de manifestações de profissionais particulares elucidarem os fatos da causa, o que não se afiguraria acertado.

A insuficiência das provas para que se alcance a conclusão almejada pela parte é fenômeno jurídico completamente distinto de considerar-se determinados elementos como de natureza probatória e de sua admissão no processo. A força das provas para confortar determinada versão dos fatos diz respeito à valoração e tem em vista a satisfação do *standard* probatório necessário. Laudos particulares não serem capazes de infirmar o laudo administrativo ou, ainda, no caso de, invalidado esse último, ser juridicamente necessária outra avaliação estatal, são elementos que, nem de longe, dizem respeito ao caráter probatório das avaliações feitas por profissionais contratados pela parte e sua admissibilidade. Aliás, os pareceres técnicos são provas unilaterais, não apenas expressamente admitidas, mas altamente prestigiadas pelo CPC (artigo 472), a ponto de, em alguns casos, autorizar a ausência de produção de prova pericial.

Desse modo, na medida em que não há a necessidade de utilização apenas de meios de prova previstos em lei, o uso de provas caracterizadas pela unilateralidade deve ser, em regra, admitido.

Aplica-se perfeitamente ao Direito brasileiro a lição de Jordi Ferrer-Beltrán[569] quando discorre sobre o momento da formação do acervo probatório:

> O princípio fundamental que deveria reger esse momento é o de se obter um conjunto de elementos de juízo (ou provas) o mais rico possível. Para isso, dever-se-á desenhar o processo judicial de modo que esse facilite a incorporação ao processo do número máximo de provas relevantes.

---

[568] TJRS, 3ª Câmara Cível, 70070833157 (Nº CNJ: 0293509-35.2016.8.21.7000), Relatora Desembargadora Marlene Marlei de Souza, julgado em 18.10.2018.
[569] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 101.

Porque, ainda como bem apontam Gustavo Badaró[570] e Jordi Ferrer-Beltrán[571], quanto mais informação relevante estiver à disposição do julgador, maior a chance de acerto na decisão. No mesmo sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon[572], discorrendo sobre a prova pericial, bem aduz que se deve ter cautela no indeferimento da prova pericial sob o argumento de que o fato já estaria demonstrado por outros meios de prova, pois a perícia que corrobore outros elementos probatórios revela uma maior probabilidade de ocorrência do acontecimento informado.

Isso leva à admissibilidade, salvo a existência de alguma norma jurídica em sentido contrário, da prova unilateral. Contudo, impõe-se, ainda, o exame de fundamentos pelos quais a prova unilateral seria inadmissível.

O primeiro motivo juridicamente importante para a inadmissibilidade das provas unilaterais a ser analisado é o da ilicitude/inconstitucionalidade da prova unilateral.

A prova unilateral a ser repudiada por tal fundamento precisa violar direitos ou garantias fundamentais ou ser repelida por alguma vedação legal.

O caráter unilateral da prova, por si só, não ofende qualquer direito fundamental de natureza material.

É difícil conceber uma violação da vida, da liberdade, da incolumidade física ou psíquica de alguém pelo simples aspecto unilateral da prova.

Por outro lado, revela-se possível conceber algumas situações nas quais discute-se a ocorrência de violação da privacidade, especialmente no que tange às gravações clandestinas feitas por um dos interlocutores ou por terceiro. Tal espécie de questão, entretanto, apesar de suscitar intensas e relevantíssimas controvérsias sobre a tensão do direito fundamental à prova em face de outros direitos igualmente jusfundamentais, não perpassa exatamente o

---

[570] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: RT, 2019, p. 66 e 155.
[571] FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 102.
[572] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 267, maio/2017, p. 2 (versão digital).

caráter unilateral da prova[573], pois, apesar do interlocutor contra o qual está sendo utilizada a gravação não estar ciente da confecção da prova enquanto conversa, ainda assim da produção da prova participa ativamente, de modo que não se encontra presente o caráter unilateral da prova. Na medida em que o gravado participa de conversa, a prova deixa de ser unilateralmente produzida, ainda que o participante não esteja sabendo da ocorrência da gravação.

No que tange à violação de garantias fundamentais o cenário é bem mais complexo. A ausência de oportunização da participação da outra parte na confecção da prova implica em restrição – que pode revelar-se mais ou menos intensa, a depender das circunstâncias – ao contraditório e à ampla defesa. Nesse ponto, a unilateralidade da prova representa uma dimensão relevante do problema da admissibilidade da prova.

Contudo, ainda assim, a natureza unilateral da prova não será óbice ao seu ingresso nos autos processuais na medida em que o sistema jurídico brasileiro não condiciona a admissibilidade da prova ao seu caráter bilateral, prestigiando, outrossim, o direito à prova, de forma a ampliar o espaço de admissão para, somente depois, submeter a prova à crítica quando da valoração.

Em vários lugares, o ordenamento jurídico dispensa a participação da outra parte para a feitura da prova, conforme passa-se a expor.

A consagração da ata notarial como meio de prova típico (artigo 384 do CPC), sem que se condicione a sua confecção à intimação de outra pessoa interessada, ainda que isso possa revelar-se salutar[574] e tenda a permitir maior peso à prova. Durante os trabalhos preparatórios até chegou a ser ventilada por um grupo de juristas da UERJ, como noticia Marcelo Antônio Cavalli[575], a necessidade de consenso dos interessados na confecção da ata notarial para sua produção, mas a ideia não foi adotada pelo codificador. Assim,

---

[573] Note-se que a unilateralidade da gravação é mencionada em sede jurisprudencial, por exemplo em: TJSC, Grupo de Câmaras de Direito Comercial, Ação Rescisória n. 2011.065499-3, relator Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, julg. 11.12.2013.

[574] Nesse sentido: CAVALLI, Marcelo Antônio. **A ata notarial como prova pré-constituída e o contraditório efetivo.** São Paulo: Dialética, 2022, p. 158-165.

[575] CAVALLI, Marcelo Antônio. **A ata notarial como prova pré-constituída e o contraditório efetivo.** São Paulo: Dialética, 2022, p. 161.

a ata notarial, tal como prevista enquanto meio de prova típico, revela que a ausência da outra parte não obsta, por si só, a admissibilidade da prova.

O conceito amplo de documento adotado no Brasil, de onde não emerge a necessidade de participação da outra parte em sua confecção, mostra-se outro aspecto juridicamente relevante a pesar a favor da admissão da prova unilateralmente produzida.

O sistema jurídico brasileiro abarca a progressiva expansão da noção de documento, afastando-se das concepções mais restritivas de Bentham – que aproxima intensamente prova documental, prova pré-constituída e prova confeccionada por ambas partes[576], até mesmo dada a época e momento da tecnologia em que escreveu – e de Carnelutti – que, por exemplo, recusava o caráter documental de escrito anônimo[577] - para abarcar o quanto fixe "duradouramente um fato"[578], ou seja, uma coisa, entendida amplamente, inclusive como sequência de *bits*, a representar, de forma estável e permanente, um fato que lhe seja externo[579]. Logo, o caráter unilateral não infirma a subsunção de determinada fonte de prova ao conceito de documento.

Note-se, ainda, que a prova unilateral é expressamente admitida em outras disposições legais (p. ex. artigo 418 do CPC), podendo inclusive levar à dispensa da realização de prova pericial (artigo 472 do CPC).

Quanto à inutilidade da prova, como leciona William Santos Ferreira[580], entende-se como tal "aquela que realizada seus resultados não teriam potencialidade para a solução da questão fática". É possível desdobrar a inutilidade em prova inútil por impertinência e por inadequação, ocorrendo a primeira quando servir à comprovação de fato estranho àqueles cuja

---

[576] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição traduzida: 1847), p. 175-207 e 266. Note-se que Bentham reconhecia o caráter probatório de escritos realizados sem a intenção de pré-constituir prova, mas os colocava dentre as provas inferiores (Idem, p. 266).

[577] CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile.** Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 2016, p. 197.

[578] ARRUDA ALVIM. **Manual de Processo Civil.** 20ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 1.024.

[579] ARRUDA ALVIM. **Contencioso Cível no CPC/2015.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2022, p. 469; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020, p. 23 e 24.

[580] FERREIRA, William Santos. Art. 370. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 998.

(in)ocorrência atraem ou não a incidência das normas a deflagrar os efeitos jurídicos hábeis ao acolhimento ou rejeição da demanda (impertinência[581]), e a segunda por força da inaptidão, mesmo em tese, de demonstração do ocorrido (inadequação), a unilateralidade não tem, por si só, o condão de caracterizá-la. Desde que verse sobre fato relevante ao deslinde do feito e que, potencialmente, possa prová-lo, a prova unilateral deverá ser admitida.

Em casos limites, como o da declaração da própria parte por escrito e feita já depois de ter se manifestado o conflito de interesses, é possível receber o documento e, revelando-se nulo seu valor probatório, terá o caráter de mera alegação da parte, mas, ainda, assim, o desentranhamento não parece recomendável – até mesmo porque pode constar a confissão ou algum esclarecimento especialmente relevante que remeta à exploração de algum aspecto da narrativa que, de outra forma, passaria despercebido. Note-se que essa compreensão aqui defendida tem relação com a defesa do autodepoimento por nós sustentada em outro lugar e momento[582], pois, caso realmente inadmitido o depoimento a requerimento da própria parte, então tornar-se-á sustentável, dada a coerência entre as posições, a inadmissão de alguma forma de prova unilateral, especialmente o depoimento escrito da parte.

Por fim, a prova unilateral pode revelar-se necessária ou desnecessária, sem que a unilateralidade, de qualquer modo, determine tal ocorrência. Basta pensar que a busca da comprovação de um fato que sequer foi controvertido torna a prova desnecessária, seja a mesma unilateral ou não.

A admissão das provas unilaterais atende à necessária expansão do acervo probatório e sua tendencial aproximação da apuração de como os fatos efetivamente ocorreram na realidade, ou seja, atendem a um princípio epistemológico amplamente prestigiado pelo sistema jurídico. Os seus riscos, por sua vez, podem ser administrados na valoração probatória, especialmente se compreendida a prova unilateral como mais um elemento do acervo

---

[581] Preferindo tratar como impertinência o que entendemos ser a adequação, tendo aduzido, porém, que se pressupõe que a prova recairá sobre alegação de fato relevante: PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba en el proceso civil.** Barcelona: J. M. Bosch, 1996, p. 43-47.

[582] DAVID, Tiago Bitencourt de. O depoimento pessoal a requerimento da própria parte como meio de prova no Direito Processual Civil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 435, p. 9-14, 2014.

probatório a ser corroborado pelos demais, bem como para fins de crítica e contraposição a outras provas – e não de substituição de outras provas[583].

Admitir o ingresso da prova unilateral nos autos, ou seja, não excluir a possibilidade de sua consideração para, depois, então, examinar seu potencial demonstrativo e persuasivo, considerando-se as circunstâncias de sua confecção e contrastando-a com o sistema jurídico, especialmente a presença de norma que prestigie sua consideração ou a ausência de razão, no caso concreto, que a desestime, bem como levando em consideração que seu emprego tenderá a ser o de prova de corroboração ou de crítica – e não o de substituição. Esse parece ser o caminho da admissibilidade da prova unilateral no Direito Processual Civil brasileiro atual.

Assim, o caráter unilateral da prova não é razão suficiente para, por si só, implicar na inadmissibilidade da prova.

### 3.3.3 A inadmissibilidade das provas unilaterais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo: uma tentativa de refutação da tese da sua admissibilidade

Pensadores de diferentes matizes como Carl Sagan[584] e Karl Popper[585] têm em comum a defesa da postura epistemológica de que uma hipótese precisa ser, em tese, refutável e, na prática, resistir às tentativas de refutação para, assim, demonstrar seu valor. Ainda que, como bem ensina Fábio Ulhoa Coelho[586], a interpretação jurídica não seja, a rigor, falseável, por outro

---

583 Nessa linha, em relação à admissão da prova emprestada, antes do atual CPC e quando inexistente o contraditório e a ampla defesa no processo de origem: FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 148. Igualmente, entendeu o STJ ser inviável indeferir a prova pericial postulada por seguradora em demanda na qual a parte autora sustentava a incapacidade total e permanente e trazia como comprovante de tal situação documento demonstrativo da concessão de benefício previdenciário (aposentadoria por invalidez) pelo INSS (STJ, Segunda Seção, ERESP 1508190, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 08.11.2017, unânime)

584 SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro.** Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 39.

585 POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** 2ª ed. Tradução de Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 38.

586 COELHO, Fábio Ulhoa. **Biografia não autorizada do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2021, p. 259. Nas palavras do autor “A interpretação das normas jurídicas não é falseável.” (*Idem*, *ibidem*).

lado, a submissão de uma linha argumentativa a uma tentativa de refutação por meio da oposição de entendimento contrário consiste em exercício teórico potencialmente profícuo e, por isso, é levada a efeito na presente tese.

Assim, a manutenção da defesa da admissibilidade das provas unilaterais precisa resistir à contraposição da tese oposta, mostrando-se como melhor alternativa diante do sistema jurídico brasileiro – que é o paradigma no qual estão sendo cotejadas as hipóteses, de modo que não se justifica uma comparação *de lege ferenda* ou tendo em vista um outro ordenamento jurídico.

Isso posto, cumpre expor, ainda que sucintamente, a posição pela inadmissibilidade da prova unilateral e seus fundamentos.

A inadmissão das provas unilaterais permitiria uma maior segurança no sentido de que ninguém sofreria um risco não previsto expressamente pelo legislador de ver-se afetado em sua esfera jurídica por prova produzida unilateralmente por outrem.

Restariam bem definidas e firmes as linhas divisórias entre os espaços de alegação e comprovação. Somente seria considerada prova aquela decorrente de fonte insubmissa ao interesse da parte em criar uma narrativa falsa.

Nesse caso, os princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua* funcionariam como proscrições gerais do uso da prova unilateral, de modo que, salvo regra legal autorizativa, a proibição se imporia.

Apenas excepcionalmente, seria admitida a prova unilateral nas hipóteses legalmente previstas, dentre as quais a que prevê a eficácia probatória dos livros empresariais (artigo 418 do CPC) e dos pareceres técnicos (artigo 472 do CPC).

Nesse cenário no qual a proibição da prova unilateral se impõe, salvo exceção legal expressa, emergem problemas teóricos e práticos, dentre os quais os de justificar a proibição de admissão em casos nos quais, com maior razão, seria de admitir-se a prova, dado que apresentaria uma confiabilidade maior do que aquelas hipóteses já previstas no próprio ordenamento. O problema da exceção não prevista poderia, em tese, ser resolvido mediante analogia ou

argumento *a fortiori*, mas isso, na prática, implicaria, mais cedo ou mais tarde, na subversão da vedação de admissão, transformando-a no seu oposto.

Note-se que no cenário imaginado o diário escrito pela parte muito tempo antes de qualquer vislumbre de conflito no qual poderia ser utilizado como fonte probatória também seria prova inadmissível, pois essa prova documental não tem previsão legal expressa – e seria possível, em um cenário de domínio dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*, inclusive interpretar o artigo 408 do CPC *a contrario sensu*, de modo a extrair a vedação do uso de tal prova.

Na hipótese da inadmissibilidade geral da prova unilateral, qualquer manifestação da parte interessada, em regra, seria tida como mera alegação e seu ingresso nos autos admitida apenas nas hipóteses nas quais a parte esteja expressamente admitida a manifestar-se (petição inicial, contestação, em depoimento pessoal requerido pela parte contrária, etc.). Desse modo, mesmo respostas convincentes e esclarecedoras da parte, em depoimento pessoal requerido pelo *ex adverso*, não poderiam receber qualquer valor probatório favorável, pois seriam declarações prestadas pela própria parte interessada.

Coerentemente com esse entendimento, na ausência de aquiescência da parte contrária, restaria absolutamente vedada a prestação de testemunho por escrito ou em vídeo, senão na forma prevista na lei processual que prevê a produção em audiência. É possível, nessa linha, sustentar que a produção da prova *pessoal* fora de audiência e sem anuência da parte contrária seria uma fraude à lei por burlar o rito prescrito por lei para a produção da prova oral.

Essas são, enfim, as linhas fundamentais da posição oposta à sustentada na presente tese.

E a inadmissibilidade não pode ser aceita, tal como posta, por prestigiar apenas os princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*, descurando do acesso à justiça, do direito fundamental à prova e da expressa admissão de provas atípicas no sistema jurídico brasileiro (o que caracteriza uma abertura do sistema probatório). Os princípios jurídicos precisam ser harmonizados, coordenados,

não se justificando enquanto normatização exclusiva e excludente. Por isso, os princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua* precisam conviver com outros que com eles antagonizam para modularem-se reciprocamente.

Os exemplos de aplicação do entendimento da inadmissibilidade das provas unilaterais revelam, claramente, como a prática jurídica seria intensamente afetada por tal posicionamento e que se chegaria a situações incompatíveis com o sistema como um todo.

Caso pura e simplesmente inadmitidas provas unilaterais, exceto nos casos legal e expressamente previstos, uma pessoa não poderia apresentar escritos e vídeos para fins de obter uma cautelar ou antecipação de tutela. Do mesmo modo, uma outra pessoa em uma lide familiar não poderia valer-se de diário antigo para a demonstração de fato relevante. Aliás, a própria existência de exceções legais poderia, ainda, ensejar uma tormentosa discussão acerca da compatibilidade com o direito fundamental à prova, pois elas precisariam ser constitucionalmente justificáveis.

Do ponto de vista teórico, ainda restaria sem explicação o sistema probatório admitir provas atípicas, mas recusar a prova unilateral apenas em razão de tal característica. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico contempla expressamente uma abertura aos meios atípicos de prova, esse reconhecimento da incompletude das vias de apuração dos fatos e verificação das alegações revela-se eloquente acerca da possibilidade do uso de provas não previstas na legislação e, na medida em que as provas unilaterais não implicam, por essa característica, na ilicitude, não há razão para excluí-las aprioristicamente.

Caso o sistema probatório fosse fechado, o uso de uma via atípica estaria proscrita e, por consequência, as provas unilaterais não contempladas no ordenamento jurídico. Contudo, não é esse o caso brasileiro.

Não há no Direito brasileiro menção ao repúdio à unilateralidade da prova e nem mesmo a análise das provas típicas insinua isso, pois:

a) o documento no Direito brasileiro não se exaure naquele bilateral ou no qual assentada manifestação da parte adversa;

b) não há norma que proíba a consideração benéfica das respostas oferecidas pelo próprio interrogado/depoente;

c) inexiste previsão de que o testemunho será admitido somente se prestado no curso do rito do meio probatório testemunhal[587];

d) foi prevista a confecção de ata notarial sem a oportunização de participação da outra parte potencialmente interessada;

e) há a possibilidade expressa de uso de provas unilaterais em alguns casos.

Por isso, a recusa da admissão da prova unilateral revela-se altamente dependente da vedação do uso de provas atípicas e de um outro regime jurídico para as próprias provas típicas.

O mais perto que se chega de um fechamento do sistema e repúdio às provas unilaterais consiste na rejeição do testemunho escrito (por entender-se que seria uma fraude ao rito legal do meio probatório testemunhal), conforme será visto mais profundamente no item 4.3.

[587] Note-se que não há previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro similar àquela constante no artigo 415 do CPC português (Artigo 415.º (art.º 517.º CPC 1961) Princípio da audiência contraditória 1 - Salvo disposição em contrário, não são admitidas nem produzidas provas sem audiência contraditória da parte a quem hajam de ser opostas. 2 - Quanto às provas constituendas, a parte é notificada, quando não for revel, para todos os atos de preparação e produção da prova, e é admitida a intervir nesses atos nos termos da lei; relativamente às provas pré-constituídas, deve facultar-se à parte a impugnação, tanto da respetiva admissão como da sua força probatória.

## 4 Prova unilaterais qualificadas

Em algumas ocasiões, o sistema jurídico qualifica alguns tipos de provas unilaterais, atribuindo-lhe uma eficácia jurídica diferenciada, ou seja, o próprio Direito positivo reconhece a distinta força probatória de algumas provas de natureza unilateral, inclusive, às vezes, reconhecendo-lhe efeitos jurídicos especialmente relevantes e intensos.

Outras vezes, a unilateralidade da prova não implica em pleno controle da sua produção pela própria parte, seja pela participação de um terceiro, seja pela possibilidade de eventual fiscalização das circunstâncias por terceiro desinteressado ou, ainda, por outros fatores que dificultem a confecção da prova a refletir apenas a versão da parte sobre os fatos.

Assim, algumas provas unilaterais têm seu valor probatório reconhecido pelo próprio sistema jurídico e, outras, revelam força probatória maior na medida em que menos sujeitas à manipulação pelo seu produtor.

## 4.1 Provas unilaterais qualificadas em decorrência de normas jurídicas

Como adiantado acima, em algumas ocasiões, o sistema jurídico prevê eficácia jurídica probatória a determinadas provas unilaterais, contrapondo e pressionando os princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*.

### 4.1.1 Documento público, fé pública e presunções de veracidade e de conformidade ao Direito

Como ensina Moacyr Amaral Santos[588], o documento público caracteriza-se por sua autoria, sendo considerado como tal aquele confeccionado por agente público autorizado por lei a tanto.

E, ainda que o artigo 19, II, da Constituição preveja que é vedado à União, aos Estados e aos Municípios, recusar fé aos documentos públicos, nem todo documento público goza de tal atributo. Em lição ainda atual, cumpre recordar o vaticínio de Pontes de Miranda[589] de que todo documento feito pelo Estado é público, mas nem todos gozam de fé pública.

Conforme bem aponta Pontes de Miranda[590], é preciso que a lei preveja a fé pública à espécie de documento. E, como ensina Eduardo Couture[591], nem todo agente público exerce a função de lavrar documentos dos quais emanará fé pública.

---

[588] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume IV.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 53 e 54.

[589] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 491. Note-se que o artigo 19, II, da Constituição Federal atual corresponde ao artigo 9º, III, da Constituição Federal de 1967, de modo que a lição de Pontes de Miranda em nada foi prejudicada pela passagem do tempo.

[590] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 491.

[591] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal. Tomo II.** Buenos Aires: EDIAR, 1948, p. 37 e 38.

Em sentido oposto, sustentando uma correlação entre fé pública e atributos dos atos administrativos: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 405. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao**

O conceito de fé pública é polissêmico, indo desde a manifestação de uma autoridade de que um documento é digno de fé até a convicção coletiva de que algo é verdadeiro. Nesse espectro, há usos que sobrepõem acepções distintas e a distinção entre uma forma de uso da expressão e de outra não se mostra nítida.[592]

Na própria legislação brasileira atual, ou seja, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, tem-se a fé pública mencionada em um dado sentido no artigo 215 do Código Civil[593] que não é o mesmo depreendido do título do capítulo X do Código Penal (Crimes contra a fé pública) que inclui até mesmo crimes pertinentes à falsificação de documentos particulares, inclusive de cartões de débito e de crédito (artigo 298[594]) e de falsidade ideológica por meio de documento particular (artigo 299[595]). Aliás, Cezar Roberto Bitencourt[596] reporta, de forma crítica, terem os crimes de falso testemunho e de denunciação caluniosa figurado dentre os delitos contra a fé pública no Código Criminal do Império de 1830, o que revela o quão difícil é a identificação dos limites da noção sob exame.

---

**Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 66 e 67; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Artigo 405. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2ª ed. Vol. VIII. São Paulo: RT, 2018, p. 252.

[592] Com ampla análise dos conceitos e usos de fé pública: COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal. Tomo II.** Buenos Aires: EDIAR, 1948, p. 17-41.

[593] Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

[594] Falsificação de documento particular Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Falsificação de cartão Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito.

[595] Falsidade ideológica Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.

[596] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Volume 4.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 387.

Os artigos 215, *caput*, do Código Civil[597] e 405 do CPC[598] correlacionam-se com uma acepção de fé pública relacionada ao caráter público de um documento e com o quanto afirmado por um agente público, enfatizando-se, assim, o prestígio que o sistema jurídico confere às declarações da autoridade, presumindo-as verdadeiras atendidas as condições legais para tanto. Desse modo, o sistema jurídico afirma a confiabilidade das declarações, presumindo-as verdadeiras para que outros delas depreendam eficácia probatória – e não o contrário, enquanto proteção de uma crença coletiva nas declarações, de modo a ter a legislação não criminal apontado em direção semântica distinta daquela relativa à proteção do bem jurídico resguardado na esfera criminal. Não tratam os dispositivos legais de uma forma normativa de proteger a confiança da coletividade – ao contrário do quanto disposto no Código Penal.

Sobre o conceito de fé pública adotado nesta pesquisa, veja-se o vaticínio de Luiz Guilherme Loureiro[599]:

> A fé pública pode ser definida como a autoridade legítima atribuída aos notários – e a outros agentes públicos como o juiz, o registrador e os cônsules, dentre outros – para que os documentos que autorizam em devida forma sejam considerados como autênticos e verdadeiros, até prova em contrário. Em outras palavras, a fé pública é verdade, confiança ou autoridade que a lei atribui aos notários (e outros agentes públicos) no que concerne à sua verificação ou atestação de fatos, atos e contratos ocorridos ou produzidos em sua presença ou com sua participação.

Por sua vez, quando o artigo 405 do CPC prevê que o documento público faz prova, não apenas de sua formação, mas dos fatos que o servidor ou delegatário presenciar, adota um conceito restritivo de documento público que coincide com aquele aos quais os entes da Federação não podem recusar fé pública. O número de documentos públicos é maior do que o de documentos nos

[597] Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.
[598] Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.
[599] LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática.** São Paulo: Método, 2014, p. 624.

quais prestada declaração com fé pública[600] e o artigo 405 do CPC tem em vista a última espécie[601].

Note-se que a fé pública atuará, fazendo prova da ocorrência do fato, apenas nos limites do que é observável naquelas estritas circunstâncias por quem confecciona o documento público. O artigo 405 do CPC é enfático ao estabelecer presunção da formação do próprio documento público e dos fatos que forem declarados como ocorridos na "presença" do declarante.

Somente nas circunstâncias delineadas pelo artigo 405 do CPC, a afirmação feita, ainda que unilateral e podendo afetar a esfera jurídica de terceiro, é tida como presumivelmente verdadeira, ainda que se admitindo prova em contrário (caráter *juris tantum* da presunção). Desse modo, o que não é passível de imediata apreensão pelos sentidos do agente público, extrapola a fé pública e descabe presumir-se como verdadeiro.

A fé pública alcança a emissão da declaração de fato por terceiro, mas não a ocorrência em si do fato declarado. Por isso, se duas pessoas comparecem perante um tabelião e declaram viver em união estável há cinco anos, o documento lavrado terá fé pública quanto à ocorrência da declaração de convivência com caráter familiar, mas não haverá fé pública quando ao fato declarado (união estável)[602].

---

[600] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 491.

[601] A correlação entre o documento público mencionado no artigo 405 do CPC e a fé pública revela-se corrente na doutrina; exemplificativamente: ARRUDA ALVIM. **Manual de Processo Civil.** 20ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 1.032; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 405. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 78-82; LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Teoria Geral da Prova.** São Paulo: Castro Lopes, 2022, p. 324; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 671.

[602] NICOLAU, Gustavo Rene. **União Estável e Casamento: diferenças práticas.** São Paulo: Atlas, 2011, p. 101 e 102. Conforme muito bem exposto pelo doutrinador (*Idem, ibidem*): "A união estável é uma situação predominantemente fática que ocasiona repercussões jurídicas. O que comprova uma união estável é o cotidiano, a vida diária, o nome, trato e fama, mas, acima de tudo, o intuito de formar família. [...] O que se pretende demonstrar nesse específico item é que a união estável existe ou não por conta dos acontecimentos, por conta dos fatos e não pode – por manifestação escrita – ser assumida quando não existe ou afastada quando ela ocorre. As partes não têm a força de afastar o plano dos fatos.".

Nesse mesmo sentido, são esclarecedoras as palavras de Eduardo Couture[603]: “La fe pública de la escritura no recae sobre la voluntad manifestada en ella, sino sobre la manifestación de la voluntad.”. Desse modo, a declaração de que a vontade é expressa de modo informado, livre e consciente não prova, por si só, que realmente a autonomia privada é exercida de forma esclarecida e sem constrangimentos ilegais, de modo que o documento público não afasta a ocorrência de dolo, coação, lesão, etc.[604]

De igual modo, o boletim de ocorrência lavrado em repartição policial estampa o quanto narrado pelo depoente, mas não faz prova com fé pública em relação ao conteúdo do depoimento. Na expressão utilizada na jurisprudência do STJ[605] “o documento público não faz prova dos fatos simplesmente referidos pelo funcionário”.

Descabe o reconhecimento de fé pública em relação a fatos que são inferidos de outros elementos de prova ou que derivam de avaliações, juízos, por parte do agente público. Se a declaração factual emitida deriva de inferências probatórias ou de juízos valorativos, inclusive aqueles de caráter técnico-científico, já se tem uma extrapolação do quanto observado e apreensível imediatamente pelos sentidos. Por isso, a previsão constante do artigo 216-B, § 1º, III, da Lei de Registros Públicos (redação atribuída pela Lei Federal 14.382/2022) deve ser vista com bastante cautela, pois a ata notarial que declarar o pagamento referir-se-á ao adimplemento (pagamento do preço) não ocorrido diante do tabelião e que está sendo declarado a partir de documentos, ou seja, a rigor, não há fé pública quanto ao teor dessa constatação.

Elucidativa é a lição e exemplificação trazida por Fernando Pereira Rodrigues[606] a respeito:

> Os documentos autênticos fazem prova plena dos factos que referem como praticados pela autoridade ou oficial público respetivo, assim

---

[603] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal. Tomo II.** Buenos Aires: EDIAR, 1948, p. 35.
[604] No mesmo sentido: COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal. Tomo II.** Buenos Aires: EDIAR, 1948, p. 35.
[605] STJ, Quarta Turma, Recurso Especial 42.031, Relator Ministro Fontes de Alencar, julg. 03.05.1994, unânime. A afirmação é repetida em outros arestos, como o seguinte: STJ, Quarta Turma, Recurso Especial 135.543, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julg. 08.10.1997, publicado em 09.12.1997, unânime.
[606] RODRIGUES, Fernando Pereira. **Noções Fundamentais de Processo Civil.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 194-196.

> como dos factos que neles são atestados com base nas percepções da entidade documentadora.
> Porém, os meros juízos pessoais do documentador só valem como elementos sujeitos à livre apreciação do julgador.
> [...]
> Também é necessário não deixar de ter presente que os meros juízos pessoais do documentador só valem como elementos sujeitos à livre apreciação do julgador.
> Deste modo se o presidente de uma Junta de Freguesia passa um atestado a dizer que determinado cidadão tem residência permanente em determinado local e que é um cidadão cumpridor de seus deveres cívicos, nunca tendo cometido qualquer delito, estes juízos valorativos, quer quanto à residência, quer quanto à conduta da pessoa, apenas podem valer como meros elementos informativos a apreciar livremente pelo julgador.

A fé pública emana, não apenas da confiabilidade do declarante, mas, igualmente, da objetividade do contexto no qual ocorre o relato, cingindo-se ao quanto concretamente ocorrido e percebido pelos sentidos. O agente público na confecção do documento narra o quanto percebeu, sem valer-se de provas para formar o quanto declarado. Isso torna o conteúdo passível de declaração com fé pública bastante restrito e dependente da sua feitura em um contexto controlado. Por isso, a fé pública advém enquanto efeito jurídico do exercício de função documentária – e não instrutória ou de outra natureza -, sendo acertada a lição de Eduardo Couture[607] quando vaticina

> Cuando se habla de fe pública para referirse a los documentos, se alude a algo específicamente notarial. No se dice, por ejemplo, que el juez, o el ministro, o el embajador sean "funcionarios de fe pública". Se dice, en cambio, que son funcionarios de fe pública el escribano o el secretario judicial.

Por exemplo, a confecção de escritura pública por tabelião, dentre outros atos, é dotada de fé pública e sua feitura é dada em circunstâncias bastante específicas e em condições altamente controláveis nas quais o relato sobre o que é relatado dá-se em um contexto bastante restrito e para que sejam atestados aspectos factuais bem delimitados (p. ex. quem compareceu perante o tabelionato e qual o objeto da declaração de vontade).

---

[607] COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal. Tomo II.** Buenos Aires: EDIAR, 1948, p. 37.
Em sentido oposto, sustentando uma correlação entre fé pública e atributos dos atos administrativos: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 405. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 66 e 67; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Artigo 405. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2ª ed. Vol. VIII. São Paulo: RT, 2018, p. 252.

Por outro lado, a requisição de informações ou de entrega de documentos feita pelo Ministério Público não tem fé pública em relação à alegação de fato que enseja (motiva) tal providência. Da mesma forma, uma afirmação feita em uma decisão administrativa pelo decisor ou por um procurador em um processo judicial não gozam de fé pública, apesar de serem documentos públicos em sentido amplo, extrapolando, assim, a hipótese de incidência do artigo 19, II, da CF/88 e do artigo 405 do CPC.

Se, ao tomar um depoimento, um policial declara no documento que lhe foi dito algo pelo depoente, essa declaração (a sua emissão) será um enunciado fáctico a ser presumido verdadeiro por força da fé pública, mas eventual tentativa de agressão física na qual o depoente figure como agressor ou vítima, deverá ser relatada enquanto incidente ocorrido no ato, mas sobre sua narrativa não recairá a fé pública.

Na mesma linha, a emissão de juízo de fato pela autoridade encarregada da presidência de inquérito civil ou criminal, ainda que se constitua no exercício regular de dever legal, nem por isso gozará de fé pública e não se presumirá a ocorrência do fato investigado e declarado como ocorrido, mas isso não infirmará a natureza pública do documento.

Igualmente, a análise química de determinada substância feita por *expert* na seara administrativa, assim como a declaração do resultado de certa aferição geológica, não se constitui em documento ao qual o sistema jurídico atribua fé pública, ainda que tais diligências probatórias resultem em laudos que serão formalizados em documentos de caráter público.[608]

Assim, o documento público abrange um número de documentos maior do que aquele nos quais existe a manifestação de fé pública e é tendo esta última que o artigo 405 do CPC presume a veracidade do quanto declarado pelo agente público.

---

[608] Em interessantíssima abordagem histórica, William Santos Ferreira (**Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 324) noticia que a atribuição de alto grau de vinculação de futuro eventual pronunciamento judicial a prova técnica confeccionada em sede extrajudicial e anterior a demanda judicial, bem como a atribuição de fé pública ao laudo pericial, ocorreram na Itália entre o final do século XIX e meados do século XX, mas acabaram por ser superadas com o tempo, inclusive tendo a Corte Constitucional italiana, em dezembro de 1961, reconhecido a inconstitucionalidade da lei que previa a produção da perícia prévia extrajudicial por reputar incompatível com a garantia do contraditório.

Essa presunção de veracidade do quanto declarado atinge indistintamente o próprio Estado quanto os particulares, distinguindo-se, assim, dos documentos particulares nos quais presume-se verdadeira, em regra, a declaração desfavorável ao declarante. Como ensina Arruda Alvim[609]: "O documento público vale *erga omnes*". Nesse sentido, esclarecedoras as palavras de Clarisse Frechiani Lara Leite[610]:

> 22. Eficácia probatória *erga omnes*
>
> Um dos principais atributos do documento público, que o distingue do documento particular, é sua eficácia qualificada no campo subjetivo. Enquanto o documento elaborado por um particular tem eficácia probatória legal apenas *contra os autores do documento* (art. 408), o documento elaborado por agente público faz prova, naquilo que se reveste de fé pública, *perante todos* – partes do documento e terceiros, inclusive os próprios entes da Federação (CF, art. 19, II).

Assim, a eficácia probatória do documento público dotado de fé pública impõe-se, inclusive contra quem do ato participou e até mesmo em face de quem não participou do ato.

Por outro lado, é comum a associação entre fé pública e atributos do ato administrativo, especialmente as presunções de veracidade e de legitimidade[611].

Essa correlação, todavia, não parece integralmente adequada, conforme se passa a expor.

Primeiramente, é possível vislumbrar atos praticados com fé pública e que não se podem considerar atos administrativos. O caso mais evidente é o da confecção de escritura pública por tabelião.

---

609 ARRUDA ALVIM. **Manual de Processo Civil.** 20ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 1.032.

610 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 405. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 81.

611 Fazem essa correlação e não restringem a fé pública à função documentadora: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 405. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 66 e 67; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Artigo 405. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2ª ed. Vol. VIII. São Paulo: RT, 2018, p. 252.
Contra, no sentido sustentado na presente tese: COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal. Tomo II.** Buenos Aires: EDIAR, 1948, p. 37.

Em segundo lugar, a presunção de veracidade compreendida no sentido de que, como aponta Diógenes Gasparini[612], “os fatos reportados pela Administração Pública são presumidamente verdadeiros” e a presunção de legitimidade (conformidade ao Direito), que, segundo o doutrinador[613], “dispensa a Administração Pública de “realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova de sua veracidade ou legalidade, salvo quando contestado na esfera judicial, administrativa ou perante o Tribunal de Contas.”, atuam sobre o ato administrativo em si, ao passo que antes da realização dele muitas declarações factuais são levadas a efeito e não há como admitir-se que já naquele momento anterior incidiria a dita presunção. Ou seja, as declarações de fato que precedem a edição do ato administrativo não são presumidas verdadeiras em si e por si, mas indiretamente ao reconhecer-se determinados atributos ao ato administrativo.

Ao longo de um processo administrativo, muitas afirmações de fato são realizadas em um contexto frequentemente bastante complexo e não raramente delicado, sendo tais declarações incompatíveis com a fé pública que, como apontado acima, revela-se incompatível com avaliações pessoais e juízos não decorrentes da observação direta dos fatos.

Nem mesmo a presunção de veracidade afasta a necessidade de averiguação e prévia comprovação dos fatos, sendo tal característica do ato administrativo uma atribuição posterior ao ato administrativo já realizado e que serve de esteio para as presunções de conformidade ao Direito, imperatividade, exigibilidade e, eventual, autoexecutoriedade.

O regime jurídico diferenciado dos atos administrativos não dispensa a demonstração, pelos meios adequados, da ocorrência do fato que preencherá o suporte fático e servirá para deflagrar a consequência jurídica.

A Administração Pública tem o dever de fiscalizar, provando, como ensina Demian Guedes[614]:

---

612 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126.
613 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125.
614 GUEDES, Demian. A presunção de veracidade dos atos da administração pública e o processo administrativo: o dever de fiscalizar provando. **Revista Interesse Público**, n. 35, jan.fev.2006, Porto Alegre: Notadez, p. 122.

> Sem se impor à Administração o dever de fiscalizar provando, as garantias de ampla defesa e de contraditório tornam-se desprovidas de conteúdo, pois não é possível apresentar-se contraprova de fatos não provados, assim como muitas vezes se apresenta impossível a prova da não-ocorrência de um fato que o Poder Público dá como ocorrido, mas não se dispõe a provar.

E, lembre-se, que o particular é presumidamente inocente, pesando sobre a Administração Pública o encargo de demonstrar a ocorrência de fato a ensejar a incidência de norma a impor a aplicação de sanção. No ponto, vale trazer à colação esclarecedora lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández[615] sobre a presunção de inocência (em matéria administrativa):

> Este princípio acabou na esfera sancionatória administrativa com velhos privilégios provenientes diretamente do antigo Direito de polícia: a presunção de veracidade dos termos ou denúncias de servidores públicos administrativos, a presunção de veracidade do próprio ato sancionatório, que se beneficiaria da situação posicional de todos os atos administrativos que obrigam a quem discordar deles a uma impugnação na qual ao recorrente caberia o ônus da prova (aqui, nada menos, que o de provar sua inocência), a admissão generalizada da prova por presunções para evitar a astúcia dos infratores para ocultar ou destruir as provas (nesse sentido, a antiga jurisprudência em matéria de contrabando, p. ex. Sentenças Sala 3.ª 29 janeiro, 3 junho e 8 junho 1970) etc. A presunção constitucional de inocência, com categoria de direito fundamental, supõe que somente com base em provas cabais, cujo aporte é ônus de quem acusa (aqui, a própria Administração, em sua fase instrutória), alguém poderá ser apenado. A suposta presunção de veracidade dos atos administrativos não é outra coisa senão um mecanismo de autotutela prévia ou provisória que presume apenas a validade enquanto esta não for destruída por um meio impugnatório (salvo as nulidades de pleno direito); mas a impugnação poderá se basear, justamente, em que a Administração não conseguiu com suas provas destruir essa presunção constitucional de inocência (nesse sentido, expressamente, a S. constitucional de 26 abril 1990, à qual logo faremos referência); é inimaginável impor a alguém o ônus de provar sua inocência, o que normalmente equivale a uma *probatio diabolica*. Toda sanção deverá se apoiar em uma atividade probatória de ônus ou de demonstração da realidade da infração que é reprimida, sem a qual a própria repressão não é possível (Sentenças 26 dezembro 1983, 20 fevereiro e 11 março 1985, 11 fevereiro 1986, 21 maio 1987, 4 de fevereiro de 1991 etc.).

Igualmente, Marçal Justen Filho[616] ensina, inclusive chamando a atenção para o risco de uma afirmação unilateral da Administração Pública ser

---

615 ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo. Volume 2.** Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: RT, 2014, p. 205.

616 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 10ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 411.

tomada, pura e simplesmente, como se fosse a prova do fato em si, apenas arvorando-se em uma presunção de veracidade:

> Mesmo no tocante aos fatos, no entanto, a presunção depende de a Administração Pública comprovar o cumprimento do devido processo, necessário e inafastável a fundamentar suas afirmativas. Assim, se o ato administrativo afirma a ocorrência de certo fato, não se pode atribuir ao particular o ônus de provar sua inocorrência – até porque não se produz prova de fatos negativos. É impossível provar que um fato não ocorreu; quando muito se pode provar a ausência de condições para sua ocorrência ou a consumação de fatos incompatíveis com sua verificação.
>
> Ademais disso, não existe presunção quanto à ocorrência de fatos se a Administração Pública não seguiu o devido processo legal. Ou seja, a Administração não pode afirmar, de modo unilateral e destituído de fundamento, que um fato aconteceu e pretender invocar uma presunção favorável a si, remetendo ao particular o ônus de provar o contrário.

Como bem pontua Deonísio Koch[617] “Não se concebe a ideia de que a Administração não precisa nada provar e que a acusação por ela efetuada aciona o acusado a se defender, ainda que não haja provas de sua acusação.”.

Por isso, a fé pública coaduna-se perfeitamente com o exercício de função documental consistente no registro de declarações e de percepção de dados da realidade apresentados de forma clara e em ambiente controlado, mas destoa daquela de caráter investigativo-probatório, revelando-se uma noção pouco operacional e podendo ser utilizada de forma arbitrária para ocultar o descumprimento do dever de aferição e comprovação adequada dos fatos que o Estado afirma ou nega.

Por sua vez, o entendimento que aproxima a fé pública e atributos dos atos administrativos é compreensível, porém, inexato.

A eficácia *erga omnes* fé pública permite a sua oposição não apenas contra o declarante, mas igualmente a seu favor e contra terceiros, participantes ou não do ato, ao passo que o ato administrativo, por força de sua

---

[617] KOCH, Deonísio. **Processo Administrativo Tributário e Lançamento.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 211 e 212.

imperatividade[618], exigibilidade[619] e eventual autoexecutoriedade[620], independerá da anuência do afetado contra quem o motivo declarado será utilizado como base factual para a gênese de efeitos jurídicos. Assim, existe realmente uma similitude entre a fé pública e os atributos dos atos administrativos.

Em outras palavras, a eficácia *erga omnes* da declaração feita com fé pública no documento público afetará a esfera jurídica de terceiros, tal como o ato administrativo faz por força de sua imperatividade, exigibilidade e, *a fortiori*, autoexecutoriedade. Tanto uma, quanto o outro, excepcionam as previsões normativas mais gerais de que *nemo sibi titulum constituit* e de incolumidade das esferas jurídicas de terceiros, atuando, ambos, no plano da eficácia jurídica[621].

A distinção entre a fé pública e os atributos dos atos administrativos não quer dizer, contudo, que as declarações factuais realizadas por agentes públicos no exercício de suas funções administrativas não tenham um considerável valor probatório, dada sua presumida aptidão técnica, idoneidade moral e desinteresse no quanto asseverado.

A compreensão da atividade administrativa demanda uma análise do lugar de fala do servidor público na condição de apurador, observador e narrador de acontecimentos. A posição do agente estatal é a pedra de toque na análise da prova unilateral produzida pela Administração Pública a permitir, devido aos atributos dos atos administrativos, a afetação da esfera jurídica de terceiros.

---

[618] Como ensina Heraldo Garcia Vitta (**Poder de Polícia.** São Paulo: Malheiros, 2010, p. 232), o ato administrativo tem imperatividade, impondo-se desde logo e "*independentemente da concordância da pessoa por ele atingida*" (itálico no original). Ainda segundo o doutrinador (**Poder de Polícia.** São Paulo: Malheiros, 2010, p. 232), é a imperatividade do ato administrativo que permite ao "Poder Público interferir, *unilateralmente*, na esfera jurídica de terceiros, *constituindo-lhes* obrigações" (itálico no original).

[619] Conforme Diógenes Gasparini (**Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127): "É a qualidade do ato administrativo que impele o destinatário à obediência das obrigações por ele impostas, sem necessidade de qualquer apoio judicial."

[620] Novamente, segundo Diógenes Gasparini (**Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127 e 128), a qualidade "do ato que dá ensejo à Administração Pública de, direta e imediatamente, executá-lo", inclusive mediante o uso da força e independentemente de autorização judicial, é a autoexecutoriedade, estando presente quando a lei assim estabelecer e nos casos nos quais se revele "indispensável à imediata salvaguarda do interesse público".

[621] Note-se que somente haverá correlação entre fé pública e validade nos casos onde existe a necessidade de instrumento público, mas esse é apenas um setor específico no qual o sistema jurídico exige, para realização de certos negócios jurídicos, uma espécie de documento público que é a escritura pública. Assim, de modo geral, o documento público e a fé pública são conceitos jurídicos ligados à eficácia, mais especificamente a eficácia probatória.

O servidor, ainda que aja em nome do Estado, com o mesmo não se confunde, havendo uma presumida imparcialidade a afastar que se reconheça que o ente público estaria criando, a seu bel-prazer, fundamentos fáticos a justificar a gênese de direitos em seu próprio favor. Não se trata do servidor declarando fatos para beneficiar-se ou o Estado fazendo-o, mas o servidor reconhecendo acontecimentos para que o Estado desempenhe suas funções que, em última análise, foram-lhe incumbidas pelo Povo enquanto titular do poder constituinte originário.

Note-se, porém, que o interesse na apresentação de determinada versão dos fatos apresentadas pelo servidor público não coincide, em princípio, com o benefício gerado pela criação de direitos em favor do Estado e em detrimento do particular. A atuação do servidor público não criará direitos para si, mas em favor do ente público, de modo que não se trata da criação de título jurídico a beneficiar o próprio agente que o confecciona, ainda que reverta em prol da pessoa jurídica ao qual está funcionalmente ligado.

Em outras palavras, ainda que haja vínculo entre Estado e servidor, não existe um benefício direto, imediato, a incentivar o agente público a fabricar falsamente uma narrativa para dela extrair benefícios. Ainda que possa haver um alinhamento indireto e remoto de interesses, afinal, o servidor depende do funcionamento do Estado, especialmente da arrecadação, para que continue percebendo proventos, isso não é forte a ponto de revelar os contornos do ato administrativo enquanto uma atuação do servidor público em seu próprio favor.

Quando um fiscal de trânsito afirma que alguém dirigia sem cinto de segurança, a multa decorrente da infração não reverterá para seu patrimônio jurídico ou financeiro. O relato do fato pelo servidor alicerçará a aplicação da penalidade pecuniária e esse ato administrativo decorrente do exercício do poder de polícia administrativa afetará o autuado, independentemente da sua aquiescência, de modo que o Estado gerará para si um título jurídico, mas a constatação do acontecimento ocorrerá por pessoa que não terá, a seu favor, direito algum em face do particular.

Essas circunstâncias colocam o servidor público na condição de testemunha qualificada/perito extrajudicial, pois possui, presumivelmente,

treinamento e capacidade para aferir determinada espécie de fatos e, por sua vez, inexiste, em princípio, qualquer interesse próprio na declaração de determinado acontecimento.

Existe um presumido desinteresse na sua atuação e uma busca pela consecução de finalidades estatais relacionadas com o interesse público, ou seja, pela comunidade de interesses particulares, a justificar o prestígio jurídico da narrativa apresentada pelo servidor público, especialmente quando outros meios de prova não seriam razoavelmente exigíveis – o que vem se modificando cada vez mais com o avanço tecnológico que, por exemplo, permite substituir o relator humano por uma filmagem.

Esse relato prestado pelo servidor público não deixa de ser uma prova de natureza pessoal – e não real/material. Fundada na observação humana e na narrativa do quando memorizado, o testemunho será prestado já tendo em vista a deflagração de efeitos jurídicos.

Por sua vez, quando viável a produção de prova que assegure de forma fidedigna e duradoura a apreensão dos fatos, a sua demonstração pelo relato do servidor terá sua importância diminuída. Desse modo, cada vez mais, legitimamente, espera-se que em fiscalizações ambientais, dentre outras, sejam produzidos fotografias e vídeos para documentar o estado de coisas encontrado.

Em outras circunstâncias, revela-se imprescindível a realização de prova de caráter técnico, não sendo a percepção pelos sentidos do servidor hábil a justificar a edição de ato administrativo. Quando é examinada a emissão de dejetos poluentes em um rio, somente a posterior análise laboratorial de amostra *coletada in loco* permitirá conhecer as propriedades químicas e biológicas do material examinado e, assim, comparar-se com o quanto exigido pela legislação/regulamentação aplicáveis e com os termos de eventual licença ambiental. Da mesma forma, a aferição de velocidade em uma rodovia é feita mediante o uso de radar – e não pela emissão de um testemunho de um policial rodoviário.

Note-se, contudo, que a análise laboratorial e o uso de radar não são realizados por um terceiro, alheio à Administração Pública (parte na relação jurídica de Direito material na qual figurará o particular no outro polo). No caso

do radar, o particular não participa da feitura da prova e poderá criticá-la apenas a *posteriori*. Na perícia administrativa, por sua vez, a participação do particular, quando houver essa possibilidade, dar-se-á de forma limitada, sendo a análise técnica realizada por servidor do próprio Estado. Ainda que se possa dizer que a perícia administrativa, realizada mediante a oportunização de acompanhamento e crítica do particular, não seja propriamente uma prova unilateral, na medida em que a contraparte dela participa na sua formação, ainda assim é clara a restrição à sua bilateralidade quando se observa que a coleta do material e a forma de aferição serão ditadas pelo próprio Estado.

### 4.1.2 As declarações favoráveis ao próprio declarante e a prova documental

Quanto às manifestações favoráveis ao próprio declarante em documentos, impõe-se a análise do artigo 412, parágrafo único, do CPC e sua potencial aplicação. A redação do referido dispositivo legal é a seguinte:

> Art. 412. O documento particular de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída.
>
> Parágrafo único. O documento particular admitido expressa ou tacitamente é indivisível, sendo vedado à parte que pretende utilizar-se dele aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes não ocorreram.

Primeiramente, cumpre ter em vista que a indivisibilidade do documento aplica-se tanto aos documentos particulares quanto públicos, apesar da literalidade do dispositivo, inexistindo razão para a distinção entre uns e outros nesse aspecto.[622]

A redação do artigo legal coloca o problema de considerar-se que a parte que se vale do documento "aceita" as declarações, como se de negócio jurídico se tratasse. É um anacronismo que ignora toda a sistemática do Direito Probatório contemporâneo, especialmente o princípio da aquisição e comunhão da prova[623], afinal, quem juntou nos autos o documento é fator irrelevante para

---

[622] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 408. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 129.

[623] O princípio da aquisição e comunhão da prova não é novo, tendo precedentes legislativos ainda nas Ordenações Filipinas como reporta William Santos Ferreira (**Princípios fundamentais**

a extração da respectiva eficácia probatória. Como será visto adiante, a mesma idiossincrasia consta no artigo 395 que dispõe sobre a eficácia probatória da confissão.

A literalidade do dispositivo insinua uma igual eficácia probatória entre declarações *pro et contra* – o que permitiria ao declarante inserir maliciosamente alguma declaração desfavorável em documento para, depois, ver o mesmo ser utilizado para, então, beneficiar-se do quanto declarou em seu próprio favor.

Ainda que ignorado o princípio da aquisição e comunhão da prova, seria um disparate admitir, tão somente em razão do uso do documento pela parte contrária, que, tendo em vista uma declaração desfavorável ao declarante, todas as demais fossem presumidas verdadeiras. Como bem leciona Clarisse Frechiani Lara Leite[624]:

> Nos casos, portanto, em que a parte reconhece a ocorrência de um fato contrário ao próprio interesse e favorável ao adversário (*confessa*), mas também declara terem ocorrido outros fatos aptos a lhe beneficiar como fundamento de defesa de direito material (fatos extintivos, modificativos ou impeditivos) ou de reconvenção (contradireitos), a primeira parte da declaração permanece com eficácia probatória *ex lege* (devendo ser o fato reconhecido como ocorrido, se não houver

---

**da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 127), tendo no CPC atual ganhado ainda maior destaque no artigo 371 cuja redação não tem correspondente perfeito no artigo 131 do CPC de 1973.

[624] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 412. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 130.
Em sentido oposto: "No que tange aos documentos particulares, rege o *princípio da indivisibilidade* segundo o qual os factos compreendidos na declaração consideram-se provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante (*contra se*: factos prejudiciais), sendo a declaração indivisível nos termos prescritos para a prova por confissão (Arts. 376.2. e 360 do CC). Ou seja, o valor probatório material dos factos documentados restringe-se àqueles que sejam desfavoráveis ao declarante. Quanto ao factos favoráveis ao declarante vertidos no documento, por força do princípio da indivisibilidade, ocorre uma inversão do ónus de produzir prova, incumbindo à contraparte (declaratário do documento) o ónus de produzir prova no sentido de que os factos favoráveis ao declarante são inexatos." (SOUSA, Luís Filipe Pires de. **O Valor Probatório do Documento Eletrónico no Processo Civil.** Coimbra: Almedina, 2016, p. 28). Teor dos dispositivos citados pelo doutrinador e referentes ao Código Civil português: "Artigo 360.º (Indivisibilidade da confissão) Se a declaração confessória, judicial ou extrajudicial, for acompanhada da narração de outros factos ou circunstâncias tendentes a infirmar a eficácia do facto confessado ou a modificar ou extinguir os seus efeitos, a parte que dela quiser aproveitar-se como prova plena tem de aceitar também como verdadeiros os outros factos ou circunstâncias, salvo se provar a sua inexatidão. Artigo 376.º (Força probatória) 1. O documento particular cuja autoria seja reconhecida nos termos dos artigos antecedentes faz prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor, sem prejuízo da arguição e prova da falsidade do documento. 2. Os factos compreendidos na declaração consideram-se provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante; mas a declaração é indivisível, nos termos prescritos para a prova por confissão. 3. Se o documento contiver notas marginais, palavras entrelinhadas, rasuras, emendas ou outros vícios externos, sem a devida ressalva, cabe ao julgador fixar livremente a medida em que esses vícios excluem ou reduzem a força probatória do documento.".

> prova em contrário) e a segunda parte é valorada de acordo com a persuasão racional (independentemente de contraprova, o juiz dela retirará o valor que as circunstâncias indicarem, sabendo que ordinariamente não se deve atribuir fé às declarações em próprio benefício). Afinal, seria irrazoável atribuir eficácia probatória *ex lege* à declaração da parte que acaba por ser mais favorável do que contrária ao próprio interesse.

Inclusive, o artigo 412, parágrafo único, precisa ser conjugado com o artigo 395 do CPC[625], sob pena de diferenciar-se, indevidamente, a eficácia probatória, a depender de estar a declaração estampada ou não em documento – o que seria absurdo.

O artigo 395 acaba por auxiliar na interpretação do artigo 412, parágrafo único, de modo a permitir a compreensão de que se presume a veracidade do quanto declarado desfavoravelmente, mas sem que se possa pura e simplesmente desconsiderar o quanto declarado favoravelmente ao declarante.

Por outro lado, a declaração favorável ao declarante, à luz das demais provas, pode ser um elemento probatório ou, no mínimo, uma alegação de fato, a ser levada em consideração na formação do convencimento judicial, sendo vedada a sua pura e simples desconsideração, como se não existisse.

Clarisse Frechiani Lara Leite[626] bem notou a correlação entre a admissão da prova documental unilateral em favor do declarante e a tendência contemporânea a prestigiar-se o depoimento pessoal da parte em seu próprio benefício, ou seja, de forma bastante perspicaz e coerente a doutrinadora aponta a viabilidade, em certas circunstâncias, especialmente quando produzida muito tempo antes do litígio, de prestigiar-se a prova documental *ex parte*. Como já dito acima, quando a prova não depende da memória e emerge da coisa seu caráter real avulta e esvai-se a suspeita da intencionalidade de locupletar-se mediante a afirmação de fato inocorrido.

A relativização dos princípios *nemo sibi titulum constituit*, *nullus testis in re sua* e da incolumidade das esferas jurídicas justificar-se-á quando ausentes

---

[625] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 412. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 130.

[626] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 408. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 102-104.

os motivos de sua força normativa, de modo que a declaração favorável ao próprio declarante ganhará peso probatório na medida em que feita sem ter em vista um litígio, em conformidade com o comportamento anterior e posterior das partes, à luz de outros elementos probatórios, etc.

Existe, ainda, uma distinção relevante que pode justificar uma nuance a iluminar a diferença de redação entre os artigos 395 e 412, parágrafo único, do CPC, a saber, identificação de suas espécies de declaração, a de ciência e a de vontade[627].

Enquanto uma declaração de ciência permite uma atuação maliciosa mediante a afirmação de que um fato desfavorável ocorreu para, concomitantemente, inserir-se outras que lhe favoreçam, as declarações dispositivas não parecem viabilizar a mesma artimanha.

A manifestação de uma vontade em um mesmo ato não parece ser cindível, de modo que seria possível reconhecer uma declaração e não de outra estampadas no mesmo instrumento. O exercício da autonomia privada, mediante plurais declarações nas mesmas circunstâncias, precisa ser visto como um conjunto, de modo que não se pode inferir que quando a parte disse querer X isso seria verdadeiro e quanto disse, concomitantemente, desejar Y, isso seria falso.

Essa distinção justifica a diferente redação dos artigos 395 e 412, parágrafo único, ambos do CPC, impondo a redução do âmbito de aplicação da presunção de veracidade das declarações favoráveis ao declarante de modo a reduzi-las às declarações de cunho dispositivo, ou seja, de modo a atribuir-se eficácia probatória igual, tanto às declarações favoráveis quanto contrárias constantes em documentos, somente em relação às que contenham uma manifestação volitiva.

Uma situação distinta, por sua vez, é a de documento de autoria conjunta, de modo que a parte que produz a prova para aproveitar-se da declaração desfavorável à outra não pode se esquivar da força probatória que as declarações que lhe forem, por sua vez, desfavoráveis, cabendo-lhe, então,

---

[627] Como ensina Luís Filipe Pires de Sousa (**O Valor Probatório do Documento Eletrónico no Processo Civil.** Coimbra: Almedina, 2016, p. 17): “O conteúdo representativo do documento pode estar referido a um saber (declaração de ciência) ou a um querer (declaração de vontade).”

demonstrar que essas últimas não são verdadeiras. Assim, a prova documental será examinada como um todo, podendo a parte que apresenta a fonte de prova desincumbir-se do ônus de mostrar que a declaração que lhe prejudica não corresponde aos fatos efetivamente ocorridos.

Essa última hipótese examinada nada mais é do que a possibilidade da parte refutar a declaração por si feita e que se revela desfavorável, mas aproveitando-se daquelas benéficas feitas pela outra parte declarante. Aqui, a prova não deixa de ter eficácia contra o declarante, cabendo ao mesmo demonstrar a falsidade do quanto declarado.

Se um instrumento contratual tem declarações de fato realizadas conjuntamente por A e por B. A pode advogar que se repute provado fato que lhe favoreça enquanto acontecimento confessado por B e, concomitantemente, tentar comprovar que outro fato, que lhe seja prejudicial, apesar de declarado, na verdade, inocorreu, pesando-lhe, nesse último caso, o ônus de infirmar o quanto admitido no documento.

Finalmente, no que tange à eficácia probatória das declarações constantes em documento, cumpre ter em vista uma outra redução do programa normativo emanado do artigo 412, parágrafo único, do CPC, decorre do artigo 219, parágrafo único, do Código Civil, cuja redação é a que segue:

> Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.
>
> Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.[628]

Isso porque, mesmo assinadas pelo declarante e pelo declaratário, ainda assim, as declarações enunciativas, ou seja, aquelas que, ao contrário das dispositivas, declaram um fato que não a manifestação volitiva do declarante, ou seja, referem-se à realidade externa ao sujeito[629]. Assim, em relação às

---

[628] Equivalente ao artigo 131 do Código Civil de 1916.

[629] Adotando a referida distinção, fundada na distinção entre uma declaração de conhecimento e de vontade: DUARTE, Nestor. Artigo 219. PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil Comentado.** 6ª ed. Barueri: Manole, 2012, p. 171; SOUSA, Luís Filipe Pires de. **O Valor Probatório do Documento Eletrónico no Processo Civil.** Coimbra: Almedina, 2016, p. 17. Em sentido diverso, entendendo que as declarações dispositivas são as de caráter principal e as de natureza enunciativa seriam aquelas indiretas: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, *et al*. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição**

declarações de ciência sem direta correlação com as disposições principais de uma avença ou com a legitimidade dos envolvidos, existe a inviabilidade jurídica de considerar-se presumidamente verdadeiras aquelas assertivas que apenas indiretamente digam respeito às disposições principais do negócio e à legitimidade das partes.[630]

Portanto, além de não se poder considerar equivalentes as declarações de ciência favoráveis e desfavoráveis, quando elas forem apostas em determinado instrumento, sem que tenham relação direta com os caracteres nucleares do negócio, sequer a presunção de veracidade dos fatos desfavoráveis existirá. Aqui, não se trata de negar valor probatório às declarações favoráveis ao declarante, mas de recusar a ocorrência de presunção de veracidade até mesmo àquelas que lhes forem desfavoráveis (quando enunciativas e indiretamente ligadas ao cerne do negócio).

Vista a prova documental de forma geral, cumpre ter em conta algumas manifestações específicas de eficácia probatória previstas pelo ordenamento jurídico em relação a determinados tipos de documentos.

Exemplo de espécie de documento cuja eficácia probatória para as afirmações feitas pelo próprio declarante é o dos livros empresariais. Esse caso antigo de força probante das anotações em benefício do próprio dono dos registros encontra-se, atualmente, disposto nos artigos 226 do Código Civil, 418 e 419 do CPC, *in verbis*:

> Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.
>
> Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

---

**da República.** 2ª ed. Volume 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 457 e 458; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil. Volume III. Tomo II.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 533-535.

630 Isso tem correlação com o quanto previsto no artigo 140 do Código Civil que preceitua "O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante", de modo que a ausência de presunção de veracidade converge com a inoperância da declaração de fato que não serve para viciar a manifestação volitiva.

> Art. 418. Os livros empresariais que preencham os requisitos exigidos por lei provam a favor de seu autor no litígio entre empresários.
>
> Art. 419. A escrituração contábil é indivisível, e, se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto, como unidade.

Trata-se de previsões legais expressas a atribuir eficácia probatória a apontamentos empresariais feitas pelo proprietário do próprio livro de registros e que servirão, por sua vez, para a demonstração de fatos por ele alegados em seu benefício.[631] Como explicam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[632]

> Ao contrário, porém, da regra geral contida no art. 408, *caput*, do CPC, os livros empresariais, quando preencherem os requisitos exigidos por lei e forem escriturados sem vícios extrínsecos ou intrínsecos, provam também a favor do seu autor, desde que confirmados por outros subsídios (art. 418, CPC, c/c art. 226, 2ª parte, Código Civil). Esta é uma disposição sui generis porque, a despeito de se tratar de documento formado unilateralmente, pode ele, se preenchidas as exigências legais, fazer prova a favor de quem o formou.

Desse modo, os três dispositivos constituem-se em claras restrições aos princípios *nemo sibi titulum constituit*, *nullus testis in re sua* e da incolumidade das esferas jurídicas.

Quanto à potência da eficácia probatória dos registros que retratam fatos alinhados ao interesse do próprio registrador, parece correta a interpretação no sentido de que não se tratam de presunções legais em prol da veracidade do quanto assentado pelo empresário, mas sim de elementos que podem ter peso favorável à sua versão dos fatos, desde que corroborados por outras provas.[633] Mesmo em litígios entre empresários e em seara que não seja

---

631 Maria Rita Ferragut faz interessante observação a respeito do potencial beneficiário das anotações nos livros empresariais, aduzindo que os registros idôneos dificultam a responsabilização tributária pessoal do administrador em face da aplicação dos artigos 135 e 137 do CTN (**As provas e o Direito Tributário: teoria e prática como instrumentos para a construção da verdade jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94). Assim, as anotações podem revelar-se favoráveis não somente à própria pessoa jurídica, mas também a seus dirigentes.

632 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2.** 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 212. Apesar de sustentar a necessidade de confirmação por outros elementos probatórios, ainda assim os doutrinadores parecem entender tratar-se de uma presunção (Ob. Cit., p. 211 e 212), com o que não se concorda na presente tese.

633 CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 418. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 144 e 145; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio

contábil, ainda assim, não se mostra crível que se venha a reconhecer como provado um fato exclusivamente ancorado em anotação em registro empresarial.[634]

Esclarecedor, nesse sentido, é o interessantíssimo aresto do TJSP, assim ementado:

> Ação de cobrança ajuizada por sócia ostensiva contra sócia participante de aportes a sociedade em conta de participação, julgada improcedente. Apelação da autora.
>
> "...os lançamentos efetuados nos livros comerciais fazem prova plena contra os seus proprietários; não necessitam, evidentemente, corroborar com outros documentos que poderiam tê-los fundamentado. Em relação a terceiros empresários, é necessário que esses lançamentos estejam fundamentados em documentos que mostrem a natureza da respectiva operação, além de lançados em livros ou documentos autenticados pelo Registro Público de Empresas Mercantis, preenchidos por escrituração uniforme." (RUBENS REQUIÃO). Não podendo a sócia ostensiva, nas circunstâncias dos autos, apresentar documentos que deem suporte aos lançamentos feitos em seus livros, não tem, com a só apresentação destes, título de cobrança contra os sócios participantes, ausentes os "outros subsídios" do art. 226 do Código Civil. Não se desincumbiu ela, portanto, do ônus de demonstrar seu direito de crédito, na forma do art. 373, I, do CPC.
>
> Confirmação da sentença recorrida, na forma do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Recurso de apelação desprovido. (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, 1074895-08.2020.8.26.0100, relator Desembargador Cesar Ciampolini, julg. 24.08.2022)

Ao realizar o julgamento, o relator entendeu necessária a comprovação das despesas que estavam sendo cobradas pela sócia ostensiva (autora) da sócia participante (ré) em sociedade em conta de participação, de modo que a escrituração contábil, por si só, não revelaria a necessidade de realização dos aportes exigidos da demandada. No feito houve perícia que apontou a ausência de provas das despesas alegadas pela autora e constante

---

Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 732-736. Em sentido aparentemente distinto e soando contraditório ao remeter à necessidade de confirmação por outros subsídios probatórios e, mesmo assim, tratando como uma presunção: ARENHART, Sérgio Cruz. Artigo 418. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 1.078; RODRIGUES, Marco Antonio dos; GISMONDI, Rodrigo. Artigo 418. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 627.

[634] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 418. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 145; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 734.

nos livros empresariais. Além de amplo levantamento doutrinário, o substancioso voto do relator invoca os artigos 226 do Código Civil, 417, 418 e 419 do CPC, bem como o 23 do Código Comercial.

Assim, com razão, Clarisse Frechiani Lara Leite[635], Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[636] recusam ao artigo 418 do CPC a condição de fonte normativa de uma presunção em favor do empresário, aduzindo que o dispositivo legal deve ser interpretado como uma possibilidade probatória que se abre como exceção à vedação de constituição de prova em próprio favor, de modo que a ausência de prova em sentido diverso do quanto escriturado não autorizaria, *ex lege*, o reconhecimento do conteúdo declarado como verdadeiro.

Desse modo, as anotações favoráveis ao próprio empresário são elementos de prova a seu favor ou, ainda, como prefere Anderson Schreiber[637] " mero 'princípio de prova' em favor do empresário", e longe estão de provar por si só, na ausência de prova em sentido contrário, o quanto estampado no documento de confecção obrigatória. Aqui, mais uma vez, transparece o funcionamento da prova unilateral do mesmo modo pelo qual opera a categoria italiana do *argomento di prova* ou, ainda, daquelas categorias probatórias conhecidas do Direito brasileiro como prova imperfeita/semi-plena/meia prova, considerada, conforme Moacyr Amaral Santos[638], enquanto aquela "que produz alguma fé, mas não tanta que baste para demonstração da verdade, sem algum adminículo (Ord., liv. 3.º, tit. 52, pr.)", cumprindo observar que as Ordenações Filipinas utilizaram no ponto o termo "meia prova".

Diferentemente, a declaração de necessidade da gratuidade judiciária é presumida verdadeira quando feita por pessoa natural (art. 99, § 3º, do CPC). Aqui, trata-se de lídima presunção legal, de caráter relativo, a decorrer da declaração da própria parte beneficiada.

---

635 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 418. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 142.
636 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 734.
637 SCHREIBER, Anderson. Artigo 226. *In*: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; *et al*. **Código Civil Comentado.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 149.
638 SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 64.

O risco do postulante da gratuidade judiciária declarar falsamente a necessidade do benefício foi sopesado pelo legislador que reputou valer a pena o deferimento indevido em alguns casos, ao invés de exigir-se a prova da hipossuficiência econômica em cada processo, de modo a presumir (relativamente) a pobreza da pessoa natural (art. 99, § 3º, do CPC).

### 4.1.3 As declarações favoráveis ao próprio declarante, o depoimento pessoal e a confissão

Os artigos 385 a 388 do CPC, que disciplinam o depoimento pessoal, não mencionam a possibilidade de uso de tal meio de prova para fins de demonstração do fato alegado em favor do próprio depoente. Igualmente, silencia a respeito o artigo 139, VIII, do CPC.

Muito pelo contrário. O artigo 385, *caput*, do CPC, ao prever que somente a outra parte – e não a própria – é quem pode requerer a produção de tal espécie probatória – solução da qual discordamos e foi exposta em outro local[639] - acaba por - indevidamente - enfatizar a interpretação que apenas concebe eficácia probatória contra o declarante, associando o instituto à busca da confissão, tal como delineado no artigo 206 do Regulamento 737[640], de 1850, como bem noticia William Santos Ferreira[641] que inclusive se opõe a essa visão estreita do instituto[642].

O entendimento de que somente cabe à outra parte postular a produção do depoimento pessoal e que o instituto tem em vista a obtenção de confissão, posicionamento esse ligado exclusivamente à letra dos dispositivos

---

[639] DAVID, Tiago Bitencourt de. O depoimento pessoal a requerimento da própria parte como meio de prova no Direito Processual Civil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 435, p. 9-14, 2014.
[640] Art. 206. O depoimento da parte prova plenamente contra ella, mas não a favor, e somente podem depor aquelles, que estão na livre administração de seus bens.
[641] FERREIRA, William Santos. Depoimento pessoal e confissão: método e eficiência a serviço da justiça da decisão. *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.). **A prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes.** São Paulo: Verbatim, 2013, p. 631.
[642] FERREIRA, William Santos. Depoimento pessoal e confissão: método e eficiência a serviço da justiça da decisão. *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.). **A prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes.** São Paulo: Verbatim, 2013, p. 627-642.

legais que tratam do depoimento pessoal, acaba por revelar-se indevido quando vislumbrado o ordenamento jurídico e a necessária sistematização dele.

Além da necessidade de compreensão integral da prova documental prescrita pelo artigo 412, parágrafo único, do CPC, cumpre observar que dispositivo legal relativo à confissão (art. 395) – que pode resultar ou não de um depoimento pessoal – expressamente prescreve que o veículo no qual ocorra a confissão deve ser compreendido em sua inteireza, inclusive quanto às declarações que possam beneficiar o próprio confitente.

Assim, se o que o depoente diz em depoimento pessoal/interrogatório somente pode prejudicá-lo, como compatibilizar tal solução hermenêutica com os artigos 412, parágrafo único, e 395, ambos do CPC?

Como o artigo 412, parágrafo único, do CPC, já foi objeto de estudo, impõe-se, agora, a análise do artigo 395 do CPC.

Veja-se o quanto disposto no artigo 395 do CPC[643], cuja redação é a que segue:

> Art. 395. A confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável, porém cindir-se-á quando o confitente a ela aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.

Sobre esse dispositivo legal, Ricardo de Carvalho Aprigliano[644] critica a redação, pois, a rigor, a outra parte não "aceita" a confissão que simplesmente ocorre ou não. No sistema jurídico brasileiro atual, a confissão não assume a nota de negócio jurídico unilateral[645] receptício ou negócio jurídico processual,

---

[643] O dispositivo tem precedente legislativo no artigo 354 do CPC/1973 (Art. 354. A confissão é, de regra, indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Cindir-se-á, todavia, quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.), diferindo do artigo 234 do CPC/1939 que tem redação bastante distinta (Art. 234. A natureza do caso concreto determinará si, a despeito das adições ou limitações tendentes a reforçar o direito do confitente, a declaração por ele feita em juizo deverá constituir confissão.) e que, por sua vez, segundo Moacyr Amaral Santos (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume II.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 284), foi inspirado no artigo 298 do Código Processual alemão (ZPO).

[644] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Artigo 395. **Comentários ao Código de Processo Civil. Das provas: disposições gerais. Volume VIII, tomo I.** *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020, p. 327.

[645] No sentido do texto: [645] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Artigo 393. **Comentários ao Código de Processo Civil. Das provas: disposições gerais. Volume VIII, tomo I.** *In*:

especialmente quando prestada em juízo em depoimento pessoal/interrogatório, constituindo-se, outrossim, em meio de prova legalmente previsto como tal[646].

A ideia de que a confissão seria aceita ou não é resquício de outro momento histórico no qual aproximava-se a confissão de um negócio jurídico e não se distinguia claramente de outra figura consistente no reconhecimento jurídico do pedido. A ideia de que haveria uma "aceitação" da integralidade do quanto declarado pela parte remete, ainda, à eficácia probatória do *juramento* nas Ordenações do Reino[647] (Filipinas[648]). Esse arcaísmo legislativo inclusive contribui gravemente para a incompreensão da indivisibilidade da confissão que pode levar à equivocada impressão de que, uma vez nos autos, todas declarações, sejam favoráveis ou desfavoráveis ao confitente, teriam igual valor probatório.

Aliás, a redação do dispositivo ainda merece outra crítica decorrente da arguta observação de Arruda Alvim[649] quando assevera: "A dicção legal não é feliz, porque a *parte* normalmente 'não invoca', ou deixa de invocar, a confissão como prova. A *confissão está nos autos e como tal será valorada pelo juiz*.".

---

GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020, p. 322 e 323.
Em sentido oposto: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 18ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.041 (nota 5 ao artigo 393).

646 A lei prevê a confissão como meio de prova, mas é discutível se não seria apenas o resultado da produção de prova, como aponta William Santos Ferreira (FERREIRA, William Santos. Depoimento pessoal e confissão: método e eficiência a serviço da justiça da decisão. *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.). **A prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes.** São Paulo: Verbatim, 2013, p. 635.

647 SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume II.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 281.

648 Texto legal, respeitada a ortografia da época: (Livro quarto) "TITULO LII.
*Do que confessa o que lhe he deixado em juramento com alguma qualidade*
Mandamos, que em todo contrato de qualquer que seja, onde fôr deixado em juramento da parte, qualquer cousa sobre que fôr conteùda, e a parte que jurar, confessar que o que lhe he deixado em seu juramento he verdade, e poser alguma qualidade que conclua não ser obrigado ao porque he demandádo, ou ao porque o querem obrigar, posto que a tal qualidade seja separado do que se lhe demanda, aquelle que jurou, seja crido em todo na dita qualidade, para não ser obrigado:
Assi como se hum homem demandasse outro, que lhe emprestàra dez cruzados, e por não ter prova, ou por não a querer dar, o deixasse em seu juramento, e o demandado jurar que he verdade que lhos emprestou, mas que depois lhos pagou, neste caso, e em outros taes será crido que lhos pagou, posto que outra prova não dê, nem tenha.".

649 ARRUDA ALVIM. **Manual de Processo Civil.** 20ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 1.021.

E, como bem apontam José Miguel Garcia Medina[650] e Ricardo de Carvalho Aprigliano[651], inexiste propriamente uma confissão de fatos favoráveis, mas apenas daqueles desfavoráveis. No contexto fático da confissão é que poderão emergir, além da confissão propriamente dita, elementos favoráveis ao confitente.

Ricardo de Carvalho Aprigliano[652] corretamente assevera que não se pode decotar do relato da parte apenas a parte que lhe desfavoreça. A confissão, verbal ou escrita, judicial ou extrajudicial, deve ser acessada e compreendida em sua integralidade.

De forma bastante perspicaz, Ovídio Baptista da Silva[653], no que é seguido por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira[654], Marco Antonio dos Santos Rodrigues e Rodrigo Gismondi[655], observa que, a rigor, a indivisibilidade não é da confissão, mas do meio de prova que a viabiliza, de modo que o documento ou relato precisa ser compreendido em sua inteireza. Essa visão mostra-se correta e, por isso, acolhida na presente tese.

Depreende-se do dispositivo legal que se mostra vedado à parte e ao julgador interpretar o relato no qual ocorreu a confissão de modo considerar isoladamente apenas parte das declarações, ou seja, indevidamente recortando trechos desfavoráveis ao declarante e ignorando o restante da fonte probatória. Tal como a lei não pode ser interpretada em tiras[656], em pedaços, o exame adequado da fonte probatória na qual ocorreu a confissão a compreende em sua

---

650 MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 718 (comentário ao artigo 395).
651 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Artigo 395. **Comentários ao Código de Processo Civil. Das provas: disposições gerais. Volume VIII, tomo I.** *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020, p. 327.
652 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Artigo 395. **Comentários ao Código de Processo Civil. Das provas: disposições gerais. Volume VIII, tomo I.** *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020, p. 327.
653 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Volume 1.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 350.
654 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2.** 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 181.
655 RODRIGUES, Marco Antonio dos; GISMONDI, Rodrigo. Artigo 395. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 607.
656 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 84.

inteireza, sem pinçar frases soltas, descontextualizadas e sem o cotejo das respectivas circunstâncias. E, de igual modo, a valoração probatória não recai apenas em uma fonte, mas também e, por fim, no conjunto probatório[657].

Na confissão, avulta a indivisibilidade da prova, de modo que a prova no qual esteja consignada a admissão de fato desfavorável deve ser considerada em sua integralidade. Isso não significa, todavia, que as afirmações e negações favoráveis e desfavoráveis terão igual eficácia probatória.

A confissão não pode ser interpretada de forma a ignorar-se sua inteireza, mas isso não significa que o quanto aduzido pelo confitente, em seu favor, será presumido verdadeiro. Do contrário, bastaria o confitente realizar uma declaração que lhe fosse um pouco desfavorável e, concomitantemente, realizar outra(s) que lhe fossem muito favoráveis para, assim, fulminar os princípios *nemo sibi titulum constituit*, *nullus testis in re sua* e da incolumidade das esferas jurídicas.

Por outro lado, não atribuir o mesmo peso probatório às declarações desfavoráveis e favoráveis não significa afirmar que, de nenhum modo, uma declaração possa, eventualmente e em dadas circunstâncias, beneficiar o declarante – havendo ou não confissão. Como leciona William Santos Ferreira[658]:

> O conteúdo de um depoimento deve ser integralmente valorado pelo juiz e não apenas verificada a presença ou não de confissões, descartando no mais o material. Este tipo de conduta torna o depoimento pessoal uma busca obtusa exclusivamente da confissão e não permite utilizá-lo como meio de obtenção de informações, indícios que permitirão uma melhor compreensão do conjunto probatório, das circunstâncias e detalhes.

Nesse sentido, veja-se lição de Pontes de Miranda[659]:

> O enunciado de que o depoimento da parte não lhe aproveita, e pode apenas prejudicá-la, se há confissão, ou revelação de fato que sirva à argumentação da outra parte, é falso, porque nem sempre isso acontece. O depoimento tem, não raro, força convincente que, no

---

657 FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014, p. 261-264; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 67-69.

658 FERREIRA, William Santos. Depoimento pessoal e confissão: método e eficiência a serviço da justiça da decisão. *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.). **A prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes.** São Paulo: Verbatim, 2013, p. 635.

659 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 267 e 268.

> processo com o princípio do livre convencimento do juiz, pode fazê-lo um dos fundamentos da convicção.
>
> [...]
>
> Assim, o dito "Quando a parte confessa faz prova contra di mesma, e o quanto diz a seu favor de nada vale" (Corte de Apelação do Distrito Federal, 13 de novembro de 1922, B. do S.T.F., 50, 60) deve ser repelido.

No mesmo sentido ainda há o entendimento de João Batista Lopes[660] que traz ilustrativo julgado sobre o tema:

> Em acordão relatado pelo Juiz Ivan Righi, a 1ª Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada do Paraná deixou assentado, por maioria de votos: "Nem se diga que o depoimento da parte litigante não possa beneficiá-la em Juízo, aumentando-lhe a perspectiva de obter ganho de causa. Essa possibilidade foi suficientemente demonstrada, na Itália, por Mauro Cappelletti (La testimonianza della parte nem sistema dellóralità) e, no Brasil, por Moniz de Aragão (Exegese do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Aide, 1981. V. IV, t. I, p. 146). Eis o entendimento do jurista por último citado: 'No texto comentado (que é o do art. 343), cuida o Código do interrogatório com função probatória, a que denomina, com redundância tradicional, 'depoimento pessoal', muito embora todo depoimento seja pessoal. Contrariamente ao interrogatório previsto no artigo anterior, o depoimento da parte é meio de prova e como tal deve ser tratado. Nele se encontra manifesta infração ao princípio *nullus testis in re sua auditur* (nenhuma testemunha seja ouvida em causa sua), pois o litigante pode produzir prova em seu próprio favor (*pro se declaratio*) não só quando presta 'depoimento pessoal', mas em outras situações igualmente reconhecidas nas leis processuais (p. ex. confissão, art. 354; assentamentos mercantis, art. 379). Em todos esses casos fica afastada a idéia de o testemunho da parte (ou de outro litigante no processo, como o litisconsorte, p. ex.) só ter valor naquilo em que contraria o seu próprio interesse (*contra se declaratio*), A partir do momento em que foi atribuída ao juiz ampla liberdade na apreciação da prova (art. 131), as restrições ao testemunho *pro se* enfraqueceram-se sobremodo" (*RT* 601/209)

Igualmente, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira[661]:

> A parte não pode requerer o seu *próprio* depoimento. As *declarações* de uma parte, contudo, podem servir como meio de prova *em seu favor*, na medida em que reforcem a convicção do magistrado.

A possibilidade de reconhecer-se valor probatório ao quanto aduzido pela própria parte tendo em vista a valoração livremente motivada foi

---

[660] LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 102 e 103.

[661] BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2.** 5 ed. Salvador: Juspodvum, 2010, p. 108.

apontada, ainda, por Mauro Cappelletti[662]. Cappelletti[663] inclusive rejeita que o depoimento da parte seja considerado como uma prova de esclarecimento ou de reforço, aduzindo que, por isso, não se limita a um *argomento di prova*, aduzindo que deve ser reconhecido "come dichiarazione di scienza (informazione-rapresentazione dei fatti probandi) ossia come vera e propria (fonte di) prova diretta". Contudo, apesar de tratar-se de prova direta (relacionada ao fato principal – e não a fato indiciário), impõe-se a discussão sobre potencial suficiência do depoimento da própria parte para comprovação do quanto sustentado por ela[664].

Diferentemente, Fábio Tabosa[665] usa a expressão "*reforço*" (o próprio doutrinador usa o destaque em itálico) para apontar a função desempenhada pelo "depoimento pessoal firme e revestido de credibilidade". A proximidade da aceitação do teor do depoimento pessoal na parte em que favorável ao depoente quando confortada por outras provas e do instituto italiano do *argomento di prova* é especialmente visível quando o relato feito pela própria parte é suportado por outras provas mais contundentes e consegue bem esclarecer o papel de cada uma, unindo os pontos da sua versão dos fatos.

Desse modo, a depender do contexto no qual emitida a afirmação de fato, da reação dos envolvidos após ela, da previsibilidade de utilização daquela assertiva em litígio futuro, dentre outros fatores a diminuir o peso dos princípios *nemo sibi titulum constituit*, *nullus testis in re sua* e da incolumidade das esferas jurídicas.

Cumpre lembrar, ainda, que a coleta da prova oral possui caráter responsivo, ou seja, o depoente reage ao que é perguntado, e não-premeditado

---

662 CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile.** Vol. I. Milano: Giuffrè, 1974, p. 269.

663 CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile.** Vol. I. Milano: Giuffrè, 1974, p. 268. Em tradução livre "como declaração de ciência (informação-representação dos fatos probandos), ou seja, como verdadeira e própria (fonte de) prova direta.".

664 Na Itália, o relato da parte no interrogatório informal é um exemplo de *argomento di prova*, previstos inclusive no próprio dispositivo legal como tal (art. 116, § 2º, do *Codice di Procedura Civile*).

665 TABOSA, Fábio. Artigo 343 (CPC/1973). *In*: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil Interpretado.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.094.

pois a pessoa indagada desconhece o teor dos questionamentos[666], de modo que a alegação de fato favorável em depoimento pessoal/interrogatório por depoente pressionado por perguntas difíceis e em concordância com outras respostas dadas e com as demais provas do acervo probatório acabam por pesar em favor do próprio depoente.

A pura e simples desconsideração do depoimento pessoal enquanto prova a favor do próprio depoente equipara-o, indevidamente, à declaração documental confeccionada com o intuito de beneficiá-lo. A produção do depoimento pessoal é feita sob o crivo do contraditório, oportunizando-se a ampla defesa, sujeitando-se o depoente aos questionamentos tanto da parte contrária, de seu próprio procurador, bem como do magistrado a presidir a audiência, mostrando-se, portanto, como uma manifestação dinâmica, reativa, pelo menos parcialmente espontânea, de modo a revelar lacunas, obscuridades, evasivas, contradições a indicar que, se resistiu aos riscos de ser pego mentindo, o depoente merece ver seu relato cotejado com as demais provas.

A rejeição ao uso da parte do depoimento pessoal que possa beneficiar o depoente deriva de uma concepção de prova como elemento que *ex ante* já revela sua força probatória, ao invés de considerar que o valor probante se mostra também *ex post*, mediante a capacidade de resistência à refutação[667]. É mediante o exercício do contraditório que se verá o quanto a parte, assim como uma testemunha, apresenta uma narrativa resistente à contraposição de outras provas, provando sua coerência e, assim, mostrando-se consistente[668]. Justifica-se, assim, uma certa relativização aos princípios *nemo sibi titulum constituit*, *nullus testis in re sua* e da incolumidade das esferas jurídicas.

Por sua vez, a indivisibilidade da confissão determina que se considere integralmente o quanto relatado pela parte, incluindo-se a invocação de circunstâncias factuais conexas e simultâneas, a sustentar posição jurídica a

---

[666] Na linha das diretrizes expostas por Jeremy Bentham sobre a produção da prova testemunhal: BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição original: 1847), p. 103.

[667] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 298-317.

[668] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** 2ª ed. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 117.

deflagrar efeitos diversos daqueles almejados pela parte contrária. É a chamada *confissão qualificada*.[669] Por outro lado, se entender-se por confissão qualificada aquela na qual a parte admite o fato, atribuindo identidade jurídica diversa daquela sustentada pelo seu adversário, então a questão extrapolará a arena probatória por se tratar de questão de Direito, escapando, assim, do foco da presente análise[670].

Por exemplo, se uma pessoa admite ter recebido determinada coisa e aduz ter isso ocorrido em razão de doação, pois a outra parte estaria doando-lhe o bem, não se pode simplesmente considerar a confissão da transferência da posse direta e ignorar a circunstância alegada para justificar a entrega da *res*, ainda que essa justificativa seja combatida pela parte contrária que, por exemplo, sustenta ter havido comodato). No caso, do conjunto probatório, do *standard* probatório aplicável e do ônus da prova emergirá a existência ou não de demonstração de que a coisa foi entregue com a finalidade de transferência ou não da propriedade.

Na hipótese acima utilizada para fins de ilustração, caberá a quem alega ter havido mais do que comodato (transferência da posse), mas doação (transferência da posse e da propriedade), o ônus de demonstrar o ânimo de desfazimento do domínio sobre a coisa. Nesse sentido, o Direito material, ao prescrever a interpretação restritiva dos contratos gratuitos (artigo 114 do Código Civil[671]), aponta para a carga da prova sobre quem alega ter havido a mudança de domínio. A ausência de prova da intenção de transmitir a propriedade do bem cuja posse foi transferida – uma questão de fato - ensejará a averiguação sobre quem possui a carga da prova – que é uma questão de Direito – e, por isso,

---

669 SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume II.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 290.

670 Classificando a confissão apenas em simples e complexas, reputando qualificadas aquelas onde a divergência repousa na qualificação jurídica do fato: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 584. Sustentando ser a confissão simples aquela que versa apenas sobre fatos desfavoráveis à parte e complexa aquela outra que verse sobre fatos que também podem beneficiar o confitente: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Artigo 395. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 283.

671 Texto legal: "Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.". Como leciona Francisco Paulo De Crescenzo Marino (**Interpretação do Negócio Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 357-360), ao contrário do que ocorre nos contratos onerosos, nos contratos benéficos a expectativa de quem recebe a vantagem é muito menor do que ocorre na outra categoria contratual e, por isso, prevalece a interpretação que diminua o gravame a quem cumpre a prestação em detrimento de outra que prestigie o beneficiado.

compreende-se o posicionamento daqueles que, como Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[672], veem na confissão qualificada uma questão eminentemente jurídica.

De igual modo, quando alguém reconhece a contratação, mas alega ter adimplido a obrigação, a mera confissão da existência da relação obrigacional acompanhada da declaração de ter ocorrido a prestação devida não desonera a parte gravada pelo ônus da prova relativa ao fato extintivo da obrigação contraída. A confissão da ocorrência do negócio prova em favor da outra parte que o invoca como fato constitutivo do seu direito, pesando sobre aquele que alega o fato extintivo (adimplemento) o ônus da prova de ter levado a efeito sua parte na avença. Trata-se de confissão de *fatos complexos*[673] e, no sentido da cindibilidade da confissão no ponto, é expresso o artigo 395 do CPC.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[674]

> Na verdade, neste depoimento confessório há dois atos jurídicos: a *confissão* e uma *alegação*. Cindir o depoimento confessório é, na verdade, separar a *confissão* da *alegação*, atos jurídicos distintos que se misturaram em uma mesma declaração

Por fim, note-se que a redação do CPC no sentido da cindibilidade da confissão em se tratando de fatos complexos rompe completamente com o quanto previsto no título LII do livro quarto das Ordenações Filipinas, tornando inaplicável a doutrina por este influenciada – como parece ser o caso de Moacyr Amaral Santos[675] ao doutrinar na vigência o CPC/1939.

---

672 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 584.

673 Moacyr Amaral Santos os define como aquela onde são afirmados dois fatos que não precisam ser conexos ou simultâneos (**Prova judiciária no cível e comercial. Volume II.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 290).

674 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2.** 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 181.

675 SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume II.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 301 e 302.

### 4.1.4 Manifestações de caráter técnico ou científico de profissional da confiança da parte

Tema interessantíssimo é o do papel processualmente desempenhado por manifestações de assistentes técnicos contratados pelas partes, especificamente a função probatória desempenhada.

O profissional da confiança da parte, que figure ou não no processo enquanto assistente técnico, ao contrário do perito – que é um auxiliar do juízo (artigos 148, II, e 149 do CPC) - não está sujeito às alegações de impedimento ou suspeição (artigo 466, § 1º, do CPC).

Desse modo, à luz da hipótese de trabalho adotada na presente tese, a vinculação do profissional da confiança à parte, bem como a confecção da verificação técnico científica, na maioria das vezes, sem a participação da parte contrária, torna sua manifestação uma prova unilateral na medida em que alinhada com determinado polo da demanda.[676]

Isso não significa, todavia, que a manifestação do *expert* revela-se desprovida de função probatória relevante. Como bem pontua Paulo Osternack Amaral[677] "O fato de consistirem em apurações unilaterais não é suficiente para se descartar a sua admissibilidade no processo", pois o sistema jurídico brasileiro, especialmente o setor da processualística civil, enfatiza a largueza da admissibilidade enquanto corolário do direito fundamental à prova, deixando ao momento da valoração o juízo crítica do poder demonstrativo e persuasivo do acervo probatório, inclusive expressamente consagrando a viabilidade da utilização de meios probatórios atípicos.

---

[676] Também posicionando-se no sentido do caráter unilateral da prova, ao apreciar e manter condenação criminal fundada em laudo da própria seguradora vítima de crime praticado pelo segurado, foi o julgamento da Primeira Turma do STF ao decidir o HC 136.964 em 10.02.2020. No caso havia também em outros elementos incriminatórios dentre os quais a inércia do segurado/condenado em pedir a realização de perícia oficial. Entendeu-se que o laudo da própria seguradora se justificaria em face da omissão do segurado.

[677] AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 112.

Sobre o tema, veja-se a importante e esclarecedora lição de Carmen Vázquez[678]:

> A prova pericial de parte sofre de uma parcialidade estrutural: é necessariamente favorável à parte que a apresenta; pois, caso contrário, a parte em questão não a teria apresentado para sustentar suas pretensões. Dessa parcialidade, entretanto, não deriva necessariamente que os peritos assim nomeados sejam corruptos, incompetentes etc., e tampouco que esse tipo de provas seja, por isso, merecedor de um valor probatório menor.

Uma vez situada a posição do profissional da confiança da parte, impõe-se a análise das previsões normativas relativas à sua força probatória de suas manifestações.

A primeira previsão legal a ser examinada tem precedente legislativo em alteração operada sobre a codificação processual civil anterior (art. 427 do CPC/73, introduzido pela Lei Federal 8.455/1992)[679], veja-se:

> Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

O dispositivo prestigia os documentos de caráter técnico ou científico trazidos pelas partes, inclusive a ponto de autorizar a inocorrência da produção de prova pericial.[680]

---

[678] VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial: Da Prova Científica à Prova Pericial.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 360. A passagem transcrita sintetiza lição previamente desenvolvida no início do capítulo 3 da mesma obra.

[679] De certa forma, retomou-se em 1992 a metodologia adotada em parte da vigência do CPC de 1939 (após a alteração promovida pelo Decreto-lei 8.570/1946) na qual cada parte indicava um perito e o juiz detinha a possibilidade de nomeação de um terceiro, caso reputasse necessário ao desempate. O artigo 129 do CPC/1939 (após a alteração promovida pelo Decreto-lei 8.570/1946), assim dispunha: "Art. 129. Os exames periciais poderão ser feitos por um só louvado, concordando as partes; se não concordarem indicarão de lado a lado o seu perito e o juiz nomeará o terceiro para desempate por um dos laudos dos dois antecedentes, caso não se contente com um dêstes.". O texto original do CPC/1939 e sua alteração pelo Decreto-lei 4.565/1942 previam a atuação de apenas um perito.
Sobre a história legislativa da produção da prova pericial no Brasil, veja-se: LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 205-207.

[680] Note-se que o prestígio à prova de caráter técnico produzida por profissional contratado pela parte interessada em utilizá-la está contemplada em várias previsões normativas a reger procedimentos extrajudiciais, dentre os quais o licenciamento ambiental no qual o EIA (estudo de impacto ambiental) e o respectivo RIMA (relatório de impacto ambiental) são confeccionados por profissionais particulares, estranhos ao corpo estatal, às expensas do solicitante (art. 11 da Resolução 237/97 do CONAMA).
De igual modo, as companhias emitentes de valores mobiliários sob o crivo da CVM precisam ter suas contas auditadas por profissionais devidamente registrados na autarquia federal (art. 26 da Lei Federal 6.385/76).
Por sua vez, o artigo 1.182 do Código Civil obriga a contratação de profissional da área da Contabilidade para responsabilizar-se pela escrituração empresarial. Aliás, somente com a

Sem dúvida, a ousada previsão legislativa exalta a força persuasiva e demonstrativa de manifestações dos *experts* ao aludir a "pareceres técnicos", mas revela-se necessário aprofundar a discussão até que ponto realmente o magistrado pode decidir um fato controvertido e para o qual se revela necessário conhecimento específico de caráter não-jurídico sem promover a perícia.

De início, já se deve ter em conta a diferença considerável entre a cultura jurídica romano-germânica e a *Common Law* de onde parece ter buscado inspiração o legislador. Essa dessemelhança foi apontada por Bruno Vinícius Da Rós Bodart e Diogo Rezende de Almeida[681] como razão pela qual a norma encontrou pouca aplicação na prática brasileira.

Além da cultura ser diversa, o sistema processual brasileiro não se funda na matriz adversarial e não tem em vista o júri como destinatário final da prova. Apenas para exemplificar, na *Common Law*, a manifestação do *expert* contratado pela parte sofre intenso juízo de admissibilidade[682], o que inocorre no Brasil. O *design* das instituições legais, além da profunda diferença de mentalidade, obsta que se equipare a prática nacional à dos países da *Common Law*. Por isso, quem tinha a expectativa de uma ampla substituição da atividade pericial pela apreciação de documentos gerados pela atividade probatória das partes acabou frustrando-se.

Além disso, como bem pontuam Rogerio Mollica[683] e Paula Sarno Braga[684], como é de se esperar que as partes tragam aos autos pareceres parciais, revela-se necessária muita parcimônia com a dispensa da prova pericial. Cabe invocar aqui a lição de Arruda Alvim[685]:

> Evidentemente, se a discordância dos litigantes sobre aquelas questões de fato for tal que afete a própria formação da convicção

correta escrituração é que advirá o distinto valor legalmente atribuído às declarações em favor do próprio empresário prevista nos artigos 226, *caput*, do Código Civil, e 418, do CPC.

681 BODART, Bruno Vinícius Da Rós; ALMEIDA, Diogo Rezende de. Artigo 472. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 687.

682 Os precedentes históricos no ponto (casos Frye, Daubert e Kumho) referem-se às manifestações de experts contratados pelas partes – e não de perícias feitas por auxiliar do juízo sujeito à impedimento e suspeição.

683 MOLLICA, Rogerio. Artigo 472. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 383.

684 BRAGA, Paula Sarno. Artigo 472. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 1.189.

685 ARRUDA ALVIM. **Manual de Processo Civil.** 20ª ed. São Paulo: RT, 2021, p. 1.073.

> judicial, necessariamente e em que pese a redação do art. 472, será caso de ser determinada a perícia.

Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[686] também preconizam especial cuidado com a dispensa da prova pericial em tais circunstâncias, chamando expressamente a atenção para o fato de que o "parecer técnico é obtido unilateralmente por uma das partes", sendo o exercício do contraditório bastante limitado na medida em que a outra parte não participará da formação da prova, mas apenas da impugnação de seu resultado, bem como para o risco de que a parte "pode ter distorcido o fato para o próprio especialista". Esses aspectos apontados pelos doutrinadores, além daquele já apontado referente à parcialidade do profissional da confiança da parte contratante, devem ser considerados na análise da dispensa da produção da prova pericial.

O STJ proferiu julgados nos quais reputou necessária a perícia, apesar da juntada de pareceres técnicos, quando:

> a) não houve expressa concordância com o justo preço a ser pago em desapropriação, mesmo tratando-se de expropriado revel (AgRgREsp 993.680, rel. Min. Herman Benjamin, julg. 19.02.2009, DJE 19.03.2009);
> b) há, de um lado, manifestação da junta médica da instituição de ensino superior no sentido do candidato não se enquadrar na categoria de deficiente, e, de outro, pareceres médicos obtidos pelo postulante da vaga no sentido de que padece de enfermidade que o qualifica à cota (STJ, Segunda Turma, Recurso Especial 1.804.146, relator Min. Herman Benjamin, julg. 09.05.2019, DJE 29.05.2019, unânime);
> c) não respondidas as impugnações aos pareceres técnicos e que, uma vez enfrentadas, revelem a aparente necessidade de produção de perícia. Note-se que no julgado o STJ chega inclusive a chamar atenção para o caráter unilateral do parecer técnico confeccionado por Analistas do MPU (STJ, Primeira Turma, REsp 1860269, relator Min. Napoleão Nunes Maia, julg. 03.12.2020, 09.12.2020, unânime).

Assim, o âmbito de incidência normativo projetado pelo artigo 472 é mais estreito do que aquele que poderia, em princípio, ser imaginado.

Um uso interessante dos pareceres técnicos e demais documentos é o de auxílio na redução da extensão da controvérsia, ensejando a redução do *thema probandum*. Tais provas podem efetivamente diminuir o espaço de conflituosidade, revelando uma divergência real menor do que aquela inicialmente suscitada. Ainda que necessária perícia, ela pode, então, recair

---

[686] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 899.

sobre um menor espaço de divergência, proporcionando um debate mais objetivo, célere e racional acerca dos fatos litigiosos.

Existe, ainda, uma outra potencial aplicação, consistente na indicação de fontes probatórias provenientes de terceiros. Essa hipótese de aplicação, ainda pouco explorada, pode contribuir para o deslinde da controvérsia, seja diminuindo o objeto de eventual perícia, seja tornando-a efetivamente dispensável, conforme passa a ser exposto.

Às vezes, o parecer técnico ou o documento juntado aponta para informações produzidas por terceiro imparcial, sem qualquer interesse relacionado ao feito, e que, por sua vez, tornará desnecessária a realização de perícia. Pode tratar-se de uma normatização feita pela ABNT, de um documento governamental ou de alguma regra de experiência não notória. Não raramente, a atuação de um expert, seja um perito, seja um profissional da confiança da parte, contribui para o julgamento mostrando a existência de determinados costumes próprios de determinada área, de regras de experiência de caráter técnico/científico e de determinados documentos pertinentes ao funcionamento de determinados setores da vida em sociedade. Aqui tem aplicação a lição de Carmen Vázquez[687] quando vaticina que a manifestação do *expert* – e, no caso, também a juntada de outros documentos - mais leva ao conhecimento de dada informação do que afirma, por si, dada informação.

O profissional da confiança da parte, uma vez habilitado como assistente técnico, desempenhará papel processual fundamental na construção e crítica do laudo pericial, auxiliando na formulação de quesitos e indagando o auxiliar do juízo sobre as respostas que der ou deixar de oferecer. Essa atuação está, em parte, prevista no artigo 477, § 2º, do CPC, cuja redação é a que segue:

> Art. 477, § 2º. O perito do juízo tem o dever de, no prazo de 15 (quinze) dias, esclarecer ponto:
>
> [...]
>
> II – divergente apresentado no parecer do assistente técnico da parte.

[687] VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial: Da Prova Científica à Prova Pericial.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 276.

Além disso, a atuação do assistente técnico avultará em importância ao participar de audiência, pois, como bem aponta Carmen Vázquez[688], somente mediante o exercício do contraditório que se compreenderá as razões pelas quais o especialista sustenta sua opinião, de modo que a atuação do *expert* indicado pela parte limitada à apresentação de laudo acaba por meramente proporcionar um solilóquio do julgador, deixando de oportunizar efetiva discussão e a prestação de esclarecimentos sobre como alcançou-se determinada conclusão. Nesse sentido, veja-se o artigo 477, § 3º, do CPC (correspondente ao artigo 435 do CPC/1973):

> § 3º. Se ainda houver necessidade de esclarecimentos, a parte requererá ao juiz que mande intimar o perito ou o assistente técnico a comparecer à audiência de instrução e julgamento, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos.

Ainda no que tange à atuação do assistente técnico, é curioso observar que as despesas com seu labor deverão ser reembolsadas pela outra parte (caso esta seja sucumbente), conforme prevê expressamente o artigo 84 do CPC, mas, diferentemente, os honorários contratuais desembolsados pela parte vencedora não serão ressarcidos (não há previsão expressa no CPC nesse sentido e a jurisprudência majoritária rejeita a indenização[689] – entendimento do qual, respeitosamente, discorda-se).

Se o fundamento da inviabilidade do ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais é o de que a parte sucumbente não pode ficar sujeita ao alvedrio de contrato do qual não participou (eficácia relativa dos contratos - *res inter alios acta*), de modo inclusive a evitar-se abusos e fraudes que colocariam o terceiro à mercê da parte vencedora, então, do mesmo modo, as despesas com o assistente técnico não deveriam ser indenizáveis.

A solução para o caso deveria ser prever a possibilidade de indenização de ambas as espécies de honorários, limitadas ao valor tabelado pelo respectivo Conselho Profissional, evitando-se, assim, que a parte

---

[688] VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial: Da Prova Científica à Prova Pericial.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 304-307. Note-se que a doutrinadora atribui elevado peso às manifestações do assistente técnico (“perito da parte”) porque, segundo ela mesma, pressupõe um amplo e profundo debate em audiência, ou seja, implicitamente a doutrinadora tem em vista uma prática muito mais afinada com a da *Common Law* do que a do nosso sistema jurídico.

[689] Exemplificativamente: STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 1772189, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 11.10.2021, DJE 14.10.2021.

sucumbente restasse obrigada por avença da qual não participou e cuja fiscalização da efetiva ocorrência é bastante difícil.

## 4.2 Provas unilaterais qualificadas pela baixa ou total existência das razões de aplicação dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*

Em algumas circunstâncias, a prova unilateral demonstra força probatória, não porque o ordenamento jurídico identificou manifestações nas quais seria especialmente prestigiada sua utilização, mas em decorrência da ausência ou diminuta presença dos fundamentos que ensejam a aplicação dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*.

Desse modo, em certos casos, do sistema jurídico emana um potencial probatório incomum às provas unilaterais em função das fracas ou inexistentes circunstâncias a ensejar a incidência e otimização da força normativa daqueles princípios que tendem a neutralizar a força probatória das provas unilaterais.

Aqui, não se está diante de normas que determinam a valorização das provas unilaterais em favor do seu produtor, mas a identificação de alguns tipos de situações nas quais as razões subjacentes aos princípios que pressionam pela rejeição do poder demonstrativo e persuasivo de tal categoria de provas esvanecem-se, total ou parcialmente.

### 4.2.1 Prova unilateral confeccionada sem o ânimo de beneficiar-se

Em certas circunstâncias, a unilateralidade da prova não expressa a possibilidade de intencionalmente confeccionar-se elemento probatório favorável ao seu produtor.

Quando um documento, relembra-se aqui o já citado exemplo de um diário, foi produzido muitos anos antes de qualquer litígio envolvendo fatos nele narrados, as razões pelas quais a prova unilateral costuma ser rejeitada, simplesmente esvaem-se.

Se o litígio inexistia e nem era vislumbrado, não se pode dizer que estaria a parte realizando anotações com o desiderato de beneficiar-se – o que aumenta o valor probatório, mas não exclui, obviamente, a possibilidade do relato ser falso, não em decorrência de uma mentira, mas de um equívoco.

Como ensina Clarisse Frechiani Lara Leite[690]:

> [...] Assim como modernamente se admite que o depoimento pessoal sirva de elemento de convicção em favor do próprio depoente, também é possível que, diante de peculiaridades do caso, o juiz atribua valor probatório ao documento contendo declaração favorável ao interesse de seu autor, especialmente quando conjugada a outros elementos de convicção. Naturalmente, de acordo com as regras de experiência comum e da persuasão racional, não se deverá reconhecer grande credibilidade à declaração da própria parte, *contemporânea ao litígio*, de que o fato que ampara sua pretensão ocorreu. A situação mudará de figura, p. ex., na hipótese em que, ao tempo do registro da declaração, o fato declarado fosse indiferente ou mesmo desfavorável ao interesse do declarante. [...] (itálico no original)

Nesse sentido, é lapidar a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[691]:

> Outra questão, também de importância inegável, diz com as cartas e os registros domésticos que enunciam fatos *favoráveis* ao seu autor. Merecem esses documentos alguma força probante? Dir-se-á, com apoio na doutrina pacífica, que não é possível extrair provas dessas declarações, uma vez que não se pode admitir que o autor de um dos documentos crie, sozinho, prova em seu próprio benefício. Entretanto, novamente, não se pode deixar de considerar a possibilidade de que tal escrito se preste como indício da efetiva ocorrência do fato que interessa ao autor do documento. Com efeito, a forma, a idade do documento, sua harmonia com o restante da prova dos autos, enfim, tudo isso poderá indicar para a conclusão de que, efetivamente, o fato que interessa ao autor do documento aconteceu realmente. No caso, não há dúvida, embora o documento tenha sido utilizado como mero indício da existência do fato, é certo que seu uso é admitido e pode, até mesmo, se prestar para formar o convencimento judicial.

Na mesma linha, a distinção entre declarações contemporâneas (*concomitant*) aos fatos e aqueles outros relatos posteriores (*merely narrative of*

---

690 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 408. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 103 e 104.
691 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 726 e 727.

*a past occurrence*) foi feita pro Simon Greenleaf[692], ainda no século XIX, revelando a amplitude que o critério temporal desempenha na análise do valor probatório da prova unilateral enquanto elemento a revelar a possibilidade da produção da prova espelhar apenas o ânimo de beneficiar-se, ao invés de configurar uma representação do que efetivamente ocorreu.

Delineados esses traços de caráter mais teórico, importante revela-se a descida à concretude da realidade por meio de exemplos para fins de melhor compreensão do assunto.

Se alguém quando casou-se, declarou-se lavrador, sem sequer haver a possibilidade legal, à época, de tal profissão ensejar a incidência de regime jurídico previdenciário e a possibilidade de obtenção de benefício previdenciário, essa autodeclaração deve ser reputada como uma afirmação juridicamente desinteressada, elevando-se o potencial probatório da mesma.

O mesmo no que tange à declaração de tal ocupação quando da apresentação ao serviço militar e constante do respectivo certificado de reservista, certidão de nascimento de filhos, bem como da filiação a sindicato de trabalhadores rurais.

Por isso, tais documentos são reconhecidos como provas de caráter material pela jurisprudência para fins previdenciários, como ilustram os arestos do STJ[693].

Note-se que as declarações constantes em tais documentos são levadas a efeito pelo declarante e a outra parte (que as recebe) apenas documenta o quanto declarado, sem que haja qualquer confirmação do quanto ali declarado, de modo que claramente trata-se de afirmações realizadas unilateralmente perante outra pessoa que não atesta ou afere o quanto aduzido.

Nessa linha, aprofundando a análise de hipóteses nas quais a força probatória da prova unilateral cresce na medida inversamente proporcional da presença das razões para sua rejeição, cumpre examinar a contraposição feita

---

[692] GREENLEAF, Simon. **A Treatise on the Law of Evidence.** Volume 1. 3ª ed. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846, p. 187 e 188.

[693] Exemplificativamente: STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1118803, Rel. Ministro Félix Fischer, julg. 06.10.2009, DJE 26.10.2009; STJ, 6ª T., AgRg no REsp 945696, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, julg. 11.09.2007, DJE 07.04.2008.

por Vitor de Paula Ramos ao examinar o tratamento da prova unilaterais em sede jurisprudencial.

Como identifica Vitor de Paula Ramos[694], a unilateralidade da prova é recorrentemente apontada como fator a sustentar a atribuição de nenhum ou de diminuto valor probatório, sendo encontrados exemplos nesse sentido quando não é reconhecido potencial probatório a *prints* de telas de sistemas informáticos e boletins de ocorrência quando não lavrados por iniciativa da autoridade policial.

Por outro lado, ainda conforme bem aponta Vitor de Paula Ramos[695], outras vezes os tribunais atribuem valor probatório ao tacógrafo enquanto documento apto à prova da velocidade, bem como a laudos técnicos, orçamentos e prontuários médicos.

Essa dissonância de tratamento entre provas unilaterais revela-se apenas aparentemente contraditória, pois há razões substanciais para a distinção entre os casos.

Primeiramente, como de forma perspicaz Vitor de Paula Ramos[696] observa, a unilateralidade da prova, vista por si só, é superestimada, impondo-se, outrossim, a análise da possibilidade da pessoa, naquelas circunstâncias, criar uma prova a seu próprio favor.

Isso posto, há casos nos quais a unilateralidade da prova atrai intensamente os princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*. Basta pensar que qualquer empresa pode, facilmente, inserir, editar ou suprimir informações de seus sistemas internos de informática, confeccionando fraudulentamente documento com informações que lhe beneficiem. De igual modo, qualquer um pode deliberadamente declinar em boletim de ocorrência afirmações inverídicas com o intuito de beneficiar-se – lembre-se que, atualmente, inclusive isso pode ser feito do próprio domicílio, via *internet*.

---

694 RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental: Do Documento aos Documentos. Do suporte à Informação.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 46.
695 RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental: Do Documento aos Documentos. Do suporte à Informação.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 46 e 47.
696 RAMOS, Vitor de Paula. Aula ministrada na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 3ª Região proferida no curso denominado “Provas: aspectos teóricos e práticos” em 22.08.2022.

Diversamente, no caso do tacógrafo, existe a intervenção de um mecanismo que, funcionando regularmente e sem a ocorrência de fraude, registra automaticamente, ou seja, sem a intervenção humana, informações que não espelham uma declaração da parte que usa essa prova para demonstrar fato do qual busque extrair efeitos jurídicos favoráveis.

Não se afirma aqui ser o tacógrafo inviolável, impassível de manipulação ou até de simples e inocente mau funcionamento.

A utilização de mecanismo tecnológico que, ao invés de registrar uma afirmação de fato favorável feita pela parte, serve ao registro de dados da realidade – sem a inserção de informações pela parte -, acaba por revelar um potencial probatório considerável na ausência ou diminuta razão de incidência dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*.

Em interessante caso[697], o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a inviabilidade de seguradora ser condenada ao pagamento de indenização securitária em razão do agravamento do risco pela própria parte segurada. No caso, houve o tombamento de caminhão em rotatória e a negativa da cobertura securitária em razão de excesso de velocidade. Foi reconhecido pelo TJSP o excesso de velocidade de caminhão com base no tacógrafo, repudiando-se laudo emitido pela empresa de monitoramento do veículo em sentido contrário a laudo, apontando-se o caráter unilateral deste último para desqualificá-lo probatoriamente, além de asseverar-se a inverossimilhança da velocidade de 13km/h estampada neste. Assim, o caráter unilateral do laudo da empresa de monitoramento foi enfatizado e, por outro lado, aceita a versão sustentada pelo tacógrafo (de que o motorista conduzia o caminhão tombou na rotatória por estar à velocidade de 80 km/h – o dobro do limite máximo naquelas circunstâncias).

Por sua vez, laudos técnicos têm valor probatório previsto em lei (artigo 472 do CPC), conforme já examinado. Trata-se de caso de prova

---

697 TJSP, 15ª Câmara de Direito Privado, 0008919-05.2013.8.26.0072, Relator Desembargador Jairo Brazil, julg. 06.04.2017, DJE 06.04.2017. Note-se que a prevalência probatória do tacógrafo ocorreu, ainda, em outros julgados, dentre os quais: TJSP, 33ª Câmara de Direito Privado, 1044799-24.2018.8.26.0506, relator Desembargador Sá Moreira de Oliveira, julg. 08.02.2021.

unilateral cujo valor probatório está previsto em lei, de modo que escapa do presente tópico da tese e que já foi objeto de análise acima.

Continuando o exame dos exemplos pretorianos reportados por Vitor de Paula Ramos, cumpre observar, então, que os orçamentos colhidos no mercado por uma das partes têm valor probatório na medida em que colhidos com profissionais/lojas/supermercados reconhecidamente atuantes em determinado setor e à luz do que ordinariamente se observa na realidade e conforme a experiência revelem verossímeis. São documentos produzidos, ao menos em princípio, por terceiros desinteressados, em face das quais a outra parte poderá apresentar outros orçamentos a apontar em sentido diverso, permitindo-se o confronto entre os diferentes valores apresentados.

Por sua vez, prontuários médicos confeccionados por profissional da saúde ao tempo dos atendimentos, não configuram, ao menos em princípio, mera declaração da parte ou em favor da parte, mas sim documentos elaborados por terceiro desinteressado a espelhar o estado de saúde e as intervenções realizadas. Aqui, diferentemente dos laudos, o documento espelha a realidade na medida em que ela vai desenrolando-se, não se constituindo em um relato de fatos em face de um conflito envolvendo os mesmos, mas de registros contemporâneos aos acontecimentos, aproximando-se mais do conceito de prova real/material do que de uma prova de natureza pessoal, fundada na memória.

Desse modo, a prova unilateral possui tratamento jurídico diferenciado na medida em que se afasta de confecção de uma prova em favor da própria parte que a produz e se aproxima de uma prova real/material.

### 4.2.2 Prova produzida em ambiente auditável por terceiro

Em outros casos, a prova é unilateral apenas no sentido de ser produzida sem a participação da parte contrária, mas com a atuação de terceiro que não participa ativamente da confecção da prova – diferentemente do notário no caso da ata notarial – e que controla o ambiente/sistema no qual a prova será produzida ou, ainda, de sistema/ambiente escolhido pelas partes, ainda que não controlado por terceiro.

A submissão ao ambiente/sistema pode decorrer da adesão a forma de contratação prevista em lei ou regulamento – algo próprio de setores da economia intensamente regulados (p. ex. telefonia, fornecimento de energia elétrica, etc.). Exemplo do fenômeno tratado aqui é o do documento de registro das chamadas telefônicas a embasar a cobrança de tal prestação de serviços. A conta relativa ao serviço de telefonia é apresentada pela prestadora de forma unilateral, mas deriva de um sistema de registro das ligações telefônicas aprovado e auditado pela ANATEL.

A utilização para fins probatórios das informações constantes de sistema/ambiente/mecanismo pode emanar de ajuste contratual em avença na qual uma das partes estipula tal sistemática de controle do cumprimento do programa contratual ou de pactuação livre dos contratantes. Exemplo disso é a previsão contratual na qual as partes convencionem determinado *software* para fornecimento de mercadorias de forma automatizada – *smart contract* – e reconheçam como lídimas as transações feitas e registradas no sistema informático e devidos os pagamentos respectivos.

Nessas circunstâncias, a prova unilateral não consiste na declaração humana consciente sobre a ocorrência de um fato e a força da prova reside, outrossim, na credibilidade do próprio sistema registral e na apresentação dos registros perante os destinatários da prova. Aqui, mais uma vez, o princípio *nemo sibi titulum constituit* encontra aplicação apenas parcial na medida em que a prova é apenas unilateral sob o aspecto da ausência da participação do usuário

do serviço, produzida em um ambiente com altíssimo grau de automatização e sujeitando-se ao controle de terceiro presumidamente desinteressado, imparcial.

Contudo, a questão revela-se bastante complexa – e isso vem se revelando rotineiramente no bojo de processos judiciais – quando aprofunda-se a discussão acerca de quais *informes* são realmente decorrentes do sistema auditável por terceiro ou escolhido pelas partes e quando, diferentemente, trata-se de informações emanadas de sistemas de controles internos de uma das partes e sob inteiro controle da mesma, a possibilitar a inserção de informações e até mesmo que viabilize futuras alterações fraudulentas dos dados. Em outras palavras, existe uma difícil e relevantíssima problemática relativa à distinção entre informações extraídas de um sistema isento, idôneo, auditável, de outro manipulável ao bel-prazer de seu usuário.

Essa celeuma está longe de ser uma mera elocubração teórica despida de importância prática, bastando ver, como se passa a expor, diversos julgados onde a questão probatória central era essa.

Em demanda na qual o autor aduziu não ter realizado o consumo do serviço de internet que lhe foi cobrado e cujo valor postulava – e viu deferida – a repetição em dobro, o relator do julgamento do recurso inominado aduziu não assistir razão à demandada/recorrente[698], assim:

> Isso porque, em contestação (fls. 177/194), a requerida não logrou comprovar o fornecimento de serviço satisfatório, bem como a regular utilização dos serviços de *internet* pelo autor – prova de fácil produção, pois somente teria que acostar extrato de consumo – ônus que lhe competia, haja vista a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável ao caso dos autos.

Note-se ter entendido o magistrado que se tratava de “prova de fácil produção”, bastando a juntada de “extrato de consumo”.

Porém, o que teria feito a recorrente, teria sido apenas a juntada de “telas do seu sistema interno”, *in verbis*:

> Basicamente, limitou-se a demandada a anexar telas do seu sistema interno (fls. 195/196), o que, por si só, não se presta a comprovar a regular prestação de serviço ao autor, dada sua indiscutível unilateralidade.

---

[698] TJRS, 2ª Turma Recursal Cível, 71010452001 (Nº CNJ: 0012367-94.2022.8.21.9000), Relatora Juíza de Direito Elaine Maria Canto da Fonseca, julgado em 25.05.2022, unânime.

Além de diferenciar o “extrato de consumo” das “telas do seu sistema interno”, o julgador enfatiza a imprestabilidade probatória dessas últimas devido ao seu caráter unilateral.

Em outro caso[699], surgiu dúvida a respeito de ser documento apresentado por instituição financeira um lídimo extrato bancário, enquanto documento fiel à movimentação bancária registrada no sistema respectivo e sujeito ao crivo do BACEN, entendendo-se, no caso, ser documento diverso e com menor força probante. Veja-se:

> No caso em questão, como explicado pelo perito e acolhido pelo magistrado, os demonstrativos de conta vinculada não servem para comprovar os abatimentos alegados, porquanto não são documentos originais do sistema da instituição financeira, mas extratos datados de 2014, gerados unilateralmente para fins de inclusão nos autos.

Aqui volta a questão a respeito de serem os documentos apresentados efetivamente a expressão do sistema auditado pelo agente regulador respectivo (BACEN) ou se, diversamente, são apenas *prints* de sistemas de controle interno da instituição financeira.

Enquanto um sistema supervisionado por terceiro, eleito pelas partes ou imposto por lei/regulamento, ostenta considerável grau de credibilidade – ainda que não se possa reconhecer-se fé pública ou presunção de veracidade -, os sistemas internos servem para o controle interno da própria empresa utente, sendo especialmente difícil atribuir-lhe credibilidade quando não demonstrada a inviabilidade de inserção errônea de informações e até mesmo de alteração maliciosa de dados. Note-se, ainda, que o uso de *softwares* de controle interno como prova depende da confiabilidade do respectivo sistema e da impossibilidade de adulteração dolosa das informações. Há circunstâncias nas quais, apesar de inexistir um controle externo do conteúdo, existe, pelo menos, uma terceira parte certificando a identidade e momento da inserção das informações e respectiva assinatura, tal como no caso dos prontuários médicos eletrônicos.

Por sua vez, a análise e valoração probatória dos extratos – assim como das telas sistêmicas – é feita conjuntamente com outros elementos

---

[699] TJRS, 23ª Câmara Cível, 70085347052 (Nº CNJ: 0048258-02.2021.8.21.7000), relator Desembargador Ney Wiedemann Neto, julgado em 29.07.2022, unânime.

probatórios, especialmente daqueles que comprovem a preexistência de uma relação contratual entre as partes. A partir do conjunto probatório é que se averiguará se foi alcançado o *standard* probatório necessário ao reconhecimento da comprovação de determinada alegação de fato.

Isso, no que tange às cobranças decorrentes de uma relação contratual preexistente e incontroversa, pois, quando a própria relação jurídica base é negada pela alegada devedora, as telas sistêmicas assumem um valor probatório ainda menor, pois sequer há uma prova firme da prévia pactuação entre as partes, como bem exposto pela relatora em voto[700] cujo excerto segue transcrito pelo seu caráter didático e altamente elucidativo:

> O apontamento, por eventual débito perante a ré, restou comprovado pela autora (fls. 14/15).
> Já a requerida trouxe aos autos apenas os prints da tela de seu sistema operacional (fls. 37/40), insistindo na legalidade da cobrança e regularidade do apontamento, contudo não produziu prova robusta a comprovar tais argumentos.
> Os prints da tela do sistema da ré, trazidos com a peça defensória (fls. 37/40) são insuficientes para demonstrar a relação contratual, a utilização dos serviços pela autora, bem como a licitude da cobrança.
> Não se ignora as informações contidas na tela sistêmica, porém, por si só, elas não podem ser consideradas provas seguras a demonstrar o negócio jurídico entabulado pelas partes, cuja análise deve se dar em conjunto com outros elementos trazidos aos autos. E, no caso, a autora nega veementemente o conhecimento da dívida que deu origem ao apontamento, de modo que cabia à prestadora dos serviços a comprovação efetiva da contratação dos serviços pela autora, seja através do contato presencial ou meio eletrônico, sendo certo que o simples argumento de que atendeu aos comandos legais que versam sobre o assunto, bem como seguiu as exatas exigências da ANATEL, mostra-se fraco.
> Por outro lado, não se desconhece a prática das operadoras de telefonia, em admitir a contratação simplesmente pela via fonética, exigindo, basicamente, a indicação dos números do RG e do CPF, com o que, informados à atendente da operadora, consuma-se o contrato de prestação de serviços. Assim agindo, e por preferir não escolher um caminho mais oneroso, a operadora assume o risco dessa opção, bem diversa daquela que exigiria a presença do futuro assinante e a exibição pessoal de seus documentos. Ao selecionar seus clientes com base em informações telefônicas a operadora assume o risco pela veracidade das informações passadas verbalmente, respondendo por eventual prejuízo que causar àquele que efetivamente não solicitou a contratação, não podendo o consumidor, sob qualquer pretexto, ser lesado por práticas ilícitas.
> Negada a relação contratual pela autora, bem como não reconhecido o débito, era ônus da recorrida comprovar a contratação, isso em respeito ao disposto no art. 373, II, CPC, ônus do qual não se desincumbiu.

[700] TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, 1009717-71.2022.8.26.0576, Relatora Desembargadora Cristina Zucchi, julgado em 21.11.2022, unânime.

> Nesta trilha, à consideração da ausência de prova da relação jurídica existente entre as partes nestes autos, bem como da licitude da cobrança, inegável a ilegitimidade do débito gerador do apontamento e, consequentemente, irregular a inclusão do nome da autora no cadastro de inadimplentes no tocante ao contrato discutido nestes autos.

Isso porque a demonstração da existência prévia de uma relação contratual entre as partes revela-se especialmente importante para justificar cobranças decorrentes do desenvolvimento dessa mesma avença ao longo do tempo.

Quando a relação jurídica base é incontroversa ou foi cabalmente demonstrada, isso torna muito mais crível a ocorrência de exigências feitas à luz dessa prévia relação obrigacional, especialmente quando a parte cobrada vinha adimplindo regularmente as prestações e quando a cobrança tem em vista débito compatível com o histórico da parte alegadamente devedora.

Por exemplo[701], uma seguradora, ainda que não tenha conferido o valor que estava sendo transportado em carro-forte e que foi assaltado, possui contra si prova do montante alegadamente roubado quando, reiteradamente, havia aceitado informações de que estariam sendo manejadas quantias similares em outras ocasiões, especialmente quando pagou indenizações de valores próximos em circunstâncias semelhantes. Se a seguradora nunca exigiu prova material a respeito da quantia efetivamente transportada e segurada, nem se dispôs a conferir o quanto efetivamente estava sendo deslocado, fazê-lo somente no momento no qual a cobertura securitária é exigida soa como *venire contra factum proprium*.

Por outro lado, a seguradora muito dificilmente teria como provar que não se transportou a quantia alegada pela transportadora/instituição financeira, de modo que, à luz do histórico da relação das partes e de outros elementos, inclusive anotações em sistemas da própria segurada e trocas de informações entre segurado e terceiros, é que se revelará ou não verdadeira a alegação da parte que postula a indenização. Nesse caso, sequer a inversão do ônus da prova em favor da segurada se mostraria adequada, pois transferiria o encargo probatório à seguradora que tem menos condições de provar a

[701] Este exemplo foi desenvolvido a partir de questão levantado por Araken de Assis no II Congresso de Direito Probatório realizado nos dias 5 e 6 de dezembro de 2022 (a palestra em tela foi proferida na noite do dia 5).

incorreção do valor alegadamente roubado do que a segurada, incorrendo-se na previsão do art. 373, § 2º, do CPC.

Diferentemente, causa estranheza e exige comprovação mais consistente quando se verifica que a cobrança tem em vista um gasto bancário extraordinário, a tomada de um empréstimo vultoso, telefonemas internacionais, consumo de água ou energia elétrica muito superior à média dos meses e anos anteriores, etc. Como bem apontado pela Desembargadora no voto acima transcrito, quem não se cerca de determinadas cautelas na oferta de determinados bens e serviços acaba assumindo o risco de não conseguir, futuramente, comprovar a contratação e, por isso, uma situação é a de utilizar-se extrato bancário para a demonstração de gastos rotineiros e eventual uso do saldo devedor, mas, outra, muito diferente é a de concessão de mútuos feneratícios extraordinários por telefone, *internet* ou caixa eletrônico – até mesmo porque é necessário informar, de forma explícita, prévia e clara, as condições nas quais está sendo ofertado o empréstimo.

## 4.3 *Excursus*: Testemunho informal/irregular e sua eficácia probatória

A apresentação de declarações de testemunhas como prova é tema que suscita diversas discussões que perpassam sua admissibilidade e valoração. Essa discussão surge porque, a rigor, a produção da prova testemunhal deve ocorrer e em audiência administrativa, judicial ou arbitral.

O modo de produção anômalo não tem previsão legal própria, sendo caracterizado pela realização de forma diversa daquela fixada em lei, o que enseja a discussão do quanto o desvio do rito próprio obsta a própria admissibilidade de tal expediente probatório.

Isso posto, a rigor, o testemunho produzido extrajudicialmente e sem a oportunização da participação da outra parte interessada, normalmente por escrito, na forma de uma declaração, não se enquadraria como uma prova unilateral, caso considerado a pessoa declarante como um terceiro, indiferente aos interesses da parte que documenta seu relato, aplicando-se as causas de impedimento e suspeição. Seria, desse modo, uma prova produzida sem a

promoção do contraditório, mas, conforme o conceito de prova unilateral adotado como hipótese de trabalho na presente tese, não se trataria propriamente de uma prova unilateral.

Contudo, o testemunho colhido sem as cautelas previstas em lei, acaba por tornar-se, *na prática*, uma prova unilateral, não pela ausência de oportunização do contraditório e de ampla defesa – aspecto importante, sem dúvida, mas que não se constitui no elemento definidor da unilateralidade da prova -, mas sim pelo alinhamento da testemunha com a parte que produz tal espécie de prova.

A escolha da pessoa a testemunhar o que sabe, a possibilidade de, uma vez ouvida, a prova não ser apresentada, vez que desfavorável, a ausência de averiguação e aplicação das causas de impedimento e suspeição, a dúvida sobre a coincidência perfeita entre o relatado e o quanto documentado e a inocorrência de oportunidade para uma parte com interesses contrapostos realizar perguntas e controlar a feitura da prova – a revelar que somente os interesses da parte que produz a prova são levados em consideração na diligência – são alguns dos caracteres que permitem o enquadramento do testemunho informal/irregular como prova unilateral. Isso diferencia, por sua vez, o testemunho informal/irregular da produção de ata notarial que, se, por um lado, não é decorrência do exercício do contraditório e da ampla defesa concomitantemente à feitura da prova, por outro lado, é encabeçada por notário presumidamente idôneo e indiferente à sorte do conflito sobre o qual versa a apuração dos fatos. Assim, diferentemente do testemunho irregular, a ata notarial é uma prova feita com restrição às garantias do contraditório e da ampla defesa, mas não, à luz da hipótese de trabalho adotada na presente tese, pode ser identificada como uma prova unilateral.

Diante dessa polêmica, no presente subcapítulo será analisada a viabilidade da declaração de terceiros, por escrito ou por meio de gravação audiovisual, enquanto prova no processo civil.

A possibilidade de oitiva de forma diversa daquela habitual e prevista em lei é motivo para diversas discussões que têm inegável importância prática ante a frequência do pedido de consideração de declarações como prova. Note-

se que essa celeuma ganhou, ainda, novos contornos com o avanço da tecnologia, pois não apenas há a possibilidade de documentação das declarações testemunhais por escrito, mas igualmente por áudio e vídeo, e, de igual modo, a pandemia acelerou a tendência de desjudicialização da prova, intensificando sua produção extrajudicial, às vezes inclusive com apoio do Poder Judiciário – nesse sentido, veja-se, por exemplo, a regulamentação do testemunho extrajudicial levado a efeito pelo TJPR por meio do Decreto 400/2020.

Feita essa brevíssima introdução, cumpre notar que o relato de uma pessoa sobre o que percebeu consiste em prova fundada na memória, na recuperação do quanto apreendido pelos sentidos para a subsequente narrativa do quanto recordado. É prova de caráter pessoal, portanto, quando contraposta à prova de natureza real/material – caracterizada esta pelo potencial de demonstrar um fato pela própria coisa e sua inconsciência[702].

O testemunho, seja em juízo ou fora dele, por se tratar de prova baseada na recordação de uma pessoa, não atende à lei quando esta exige prova material (p. ex. artigos 16, § 5º e 55, § 3º, da Lei Federal 8.213/91). Portanto, em face da exigência de prova material, o testemunho produzido, ou não, na forma do CPC, é meio probatório que somente pode apresentar caráter auxiliar, secundário, diante da exigência legal de prova material.

Por sua vez, a discussão sobre se, produzida em desacordo com o rito legal, a prova testemunhal ainda poderia ser considerada como tal. Esse debate parece ter pouca relevância prática, pois, chamando-se de prova testemunhal ou por outro nome, ainda assim o que interessa é seu caráter *pessoal* a não atender às normas que exigem prova material.

A questão central, de enorme importância prática, consiste na indagação acerca da admissibilidade do testemunho produzido de forma diversa daquela prescrita normativamente. Isso porque é possível sustentar que, uma vez infringidas as normas de produção da prova testemunhal, estar-se-ia diante

---

[702] Aproximadamente, nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 55 e 56.

de prova produzida ilicitamente (por violação intensa das garantias do exercício do contraditório e da ampla defesa).

Note-se que a coleta do relato de testemunha fora de juízo não se revela problemática nos casos nos quais a outra parte interessada pode acompanhar a tomada do testemunho e realizar inquirições. O testemunho produzido de forma bilateral em sede extrajudicial ostenta acentuado valor probatório, diferentemente daquele gerado a partir de uma atuação unilateral da parte. A produção da prova testemunhal extrajudicial é especialmente promissora quando há convergência de vontade das partes no sentido da realização da diligência probatória, situação na qual, salvo casos excepcionais, dispensar-se-á a repetição da oitiva em juízo.

O problema reside, por sua vez, na coleta do testemunho fora de juízo quando inexiste anuência da parte contrária para tanto, seja porque sequer foi consultada, seja porque opõe-se a tal expediente probatório.

O testemunho irregular, por seus caracteres, além de tender a espelhar uma versão parcial e ligada à parte que colhe o depoimento, impede ou dificulta muito sua falseabilidade, o que fragiliza o reconhecimento de sua força representativa da realidade. Não se sabe até que ponto a testemunha não está simplesmente chancelando um relato criado pela própria parte e, produzida sem a oportunização do contraditório e da ampla defesa, impede que se formule perguntas a gerar respostas esclarecedoras sobre o fato declarado, diferentemente de uma oitiva em juízo, quando o caráter responsivo da produção da prova poderá ensejar uma compreensão mais fidedigna dos fatos.

Porém, cumpre lembrar que há situações nas quais revela-se inviável a dilação probatória bilateral, tal como aquela na qual é preciso exercer a cognição sumária para decidir pedido de tutela de urgência, de modo a viabilizar ainda que precariamente, a atribuição de algum valor probatório à prova unilateral, incluído aqui o testemunho escrito, como bem aponta Cássio Benvenutti de Castro[703].

[703] CASTRO, Cássio Benvenutti de. Testemunho escrito. **RT Prime (separata).** São Paulo: RT, 2022, p. 114.

Note-se, ainda, que a interpretação pela pura e simples inadmissibilidade do testemunho irregular não parece ser alinhada com o sistema jurídico brasileiro – que não consagra dispositivo legal equivalente ao artigo 415 do CPC português -, especialmente, tendo em vista as situações nas quais não há a possibilidade de oportunização de exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa no próprio momento da produção da prova. A admissão e reconhecimento das condições frágeis nas quais prestado o relato, submetendo-o à crítica processual e criteriosa valoração soa, *em regra*, mais consentânea com o acesso à justiça e atipicidade probatória vigentes no Brasil contemporâneo.[704]

Tendo em vista que as provas atípicas são admitidas no Direito brasileiro, que o conceito de documento é amplo a ponto de abarcar a declaração de terceiro sobre outros documentos (artigo 425, V, do CPC)[705], os testemunhos produzidos em dissonância com o rito previsto no CPC acabam por ser, em princípio, admissíveis e não se constituem, em regra, em prova ilícita.[706]

A produção mediante forma diversa e quando há justificativa juridicamente minimamente relevante legitima alguma restrição de um direito fundamental de modo a impor o reconhecimento de sua licitude. O que parece ser inadmissível é o puro e simples descumprimento da forma prevista em lei,

---

[704] Em sentido parcialmente diverso, pela inadmissibilidade da prova, William Santos Ferreira (Critérios objetivos para máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova. *In*: JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. **Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro.** Londrina: Thoth, 2021, p. 545) tece importantes considerações ao aduzir que "[...] se a fonte da prova é o conhecimento de uma pessoa acerca de fatos, não é admissível prova unilateral, como declarações de próprio punho, se a outra parte pretende (e tem o direito de pretender!) participar da *produção da prova*, eis que, neste caso, quando há prova *constituenda*, significa que sua formação se dá por "ambiente probatório" propício que impõe o contraditório. O descabimento não se trata de uma "revolta" contra as provas atípicas, mas sim que no caso concreto a "declaração de próprio punho" é prova unilateral e não propicia, para *aquela* fonte de prova (pessoa e sua memória), a produção de prova em contraditório.".
Em tom igualmente crítico, reclamando uma atuação legislativa para que se obste que a prova testemunhal seja travestida de prova documental: CAVALLONE, Bruno. Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda). **Rivista di diritto processuale.** LXI. Padova: CEDAM, 2006, p. 432.

[705] Na Espanha, isso também ocorre, ainda que a *Ley de Enjuiciamento Civil* chegue a mencionar "certificaciones", "notas" e "informes" (art. 265).

[706] No mesmo sentido, exemplificativamente: AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 89 e 90; CASTRO, Cássio Benvenutti de. Testemunho escrito. **RT Prime (separata).** São Paulo: RT, 2022, p. 95-120; LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, volume V, p. 395 e 396.

sem qualquer justificativa juridicamente relevante, de modo a pura e simplesmente obstar o exercício do contraditório e da ampla defesa pela outra parte.

Assim, a juntada de declarações e vídeos com a exordial, especialmente para justificar pedido de tutela provisória, soa lícita, dada a inviabilidade de aguardar-se o momento processual adequado à produção da prova testemunhal e ante as dificuldades (custos financeiros, tempo, etc.) de uma ação de produção antecipada e autônoma de prova. Essa restrição ao contraditório e à ampla defesa estaria fundada no direito ao tempestivo acesso ao provimento jurisdicional necessário à tutela do direito material vindicado. Nos casos nos quais a prova é produzida unilateralmente, por sua vez, existe um prejuízo ao exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa, mas essa restrição costuma ser contornável pela reinquirição em audiência.[707]

Como bem apontado por Cássio Benvenutti de Castro[708], na medida em que se admite a utilização de elementos probatórios coligidos no inquérito criminal para a prolação de decisão judicial, revela-se possível a utilização de testemunhos produzidos extrajudicialmente. Se o testemunho prestado em condições atípicas é inaceitável, então, com maior razão, outras provas pessoais atípicas, como a notícia de jornal e a prova emprestada produzida originalmente em feito no qual a parte não participou deveriam ser veementemente repelidas e expulsas dos autos – o que contraria toda a prática jurídica brasileira de ampla aceitação de provas produzidas atipicamente.

Então, é esperado que surja o questionamento: de que adiantaria ouvir o relato de alguém que será novamente ouvido em juízo?

---

[707] José Carlos Barbosa Moreira admite o testemunho escrito, suscita a questão relativa à posterior inquirição em juízo, mas não afirma a sua (des)necessidade (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. **Revista de Processo**, 76, out.dez./1994, p. 5 e 6 (versão digital). Dentre os fundamentos do ilustre jurista para fundamentar a possibilidade do testemunho escrito está o da norma que autoriza o perito a obter informações, inclusive mediante a oitiva de testemunhas, mas esse não parece ser um legítimo argumento na medida em que essa tomada de testemunhos pelo assistente do juízo deve ser procedida de modo a permitir o simultâneo acompanhamento pelas partes enquanto exercício do contraditório e da ampla defesa.

[708] CASTRO, Cássio Benvenutti de. Testemunho escrito. **RT Prime (separata).** São Paulo: RT, 2022, p. 118.

Dessa indagação emerge a maior utilidade da prova testemunha produzida extrajudicialmente, a saber, o de prestar-se a aparelhar a inicial ou a contestação para fins de influenciar na decisão sobre tutela provisória.

A pré-constituição da prova testemunhal será especialmente útil para que se postule a concessão de tutela provisória e para que se busque a reversão de seu deferimento.

Nesse sentido, Cássio Benvenutti de Castro[709] aduz: “Se o sistema processual dispensa o contraditório, nessas hipóteses, evidente que tais casos podem ser aparelhados “prima facie” pelo testemunho escrito.”.

Note-se, ainda, que a prova testemunhal produzida extrajudicialmente pode ser especialmente útil para infirmar a probabilidade do direito que serviu para o deferimento da tutela provisória, servindo à sua revogação ou reforma do provimento jurisdicional precário.

Além da utilidade do testemunho irregular para a cognição sumária, tal expediente probatório possui um interessante uso no contraste entre os relatos produzidos em juízo e fora dele. Revela-se potencialmente profícuo o cotejo entre o que a testemunha disse antes do processo e o que vem a narrar em juízo, quando será aferida a coerência e consistência de sua exposição. Assim, a outra parte – que não produziu o testemunho escrito – pode explorar probatoriamente o testemunho em juízo, não apenas apontando contradições e inconsistências, mas inclusive tomando a iniciativa de arrolá-la para fazê-lo.

Por sua vez, diferentemente, a produção da prova testemunhal extrajudicialmente e sem a anuência da parte contrária quando já iniciado o processo judicial revela-se abusiva, dada a ausência de justificativa juridicamente relevante para deixar-se de atender ao rito legal, de modo que a restrição às garantias do contraditório e da ampla defesa estariam sendo restringidas sem necessidade para tanto. Essa restrição gratuita ao contraditório e à ampla defesa não se coaduna com a máxima eficácia dos direitos fundamentais, implicando em ilegítimo desatendimento ao procedimento legalmente previsto para a coleta da prova testemunhal.

---

[709] CASTRO, Cássio Benvenutti de. Testemunho escrito. **RT Prime (separata).** São Paulo: RT, 2022, p. 114.

Posta a admissibilidade do testemunho atípico, exceto quando produzido já no curso do processo judicial, bem como ultrapassada a questão da utilidade do testemunho extrajudicial para a decisão sobre a tutela provisória, cumpre a investigação sobre sua valoração na cognição exauriente.

Como a oportunização do exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa legitimam a produção da prova, a sua inocorrência torna extremamente frágil, ainda que lícita quando justificada pela necessidade de promoção do acesso à justiça.

A coleta de testemunho realizada sem que seja dada a chance de participação da outra parte interessada torna o valor da prova bastante diminuto na medida em que sequer oportunizado o controle da produção do relato.[710] Como ensina João Batista Lopes[711]:

> É inquestionável que as meras declarações não se equiparam ao depoimento testemunhal prestado sob o crivo do contraditório, mas poderão robustecer a convicção do magistrado, se em harmonia com o conjunto probatório.
> Especial cautela recomenda-se, porém, na recepção de tal prova, já que não é incomum a hipótese de tais declarações serem elaboradas pelos próprios interessados, e não por quem as subscreva.

O testemunho realizado somente com a participação de uma das partes tende a ser bastante pobre, consistindo em narrativa linear e monótona, geralmente limitando-se a repetir a versão de quem promoveu a dilação probatória. Tanto é assim que não emerge, no testemunho, a afirmação de fatos desfavoráveis a quem chamou a testemunha e nem a negativa de eventos que sejam de interesse da parte que promoveu a coleta de tal prova oral a ser documentada. A produção da prova testemunhal *lato sensu* em tais condições perde algumas das características mais marcantes apontadas por Jeremy Bentham[712], dentre as quais a da responsividade, ou seja, a de expressão pessoal enquanto reação espontânea ao que lhe é questionado, bem como a da possibilidade de a pessoa esclarecer algum ponto obscuro ou contraditório de seu relato, tendo em vista as indagações que lhe são feitas.

---

[710] Nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume III.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 58.
[711] LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, volume V, p. 395 e 396.
[712] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição traduzida: 1847). p. 103.

Mormente ante a expansão do cabimento da produção antecipada e autônoma de provas decorrente do CPC atual, torna-se ainda mais difícil justificar a produção unilateral da coleta do testemunho extrajudicial, gerando, assim, ainda maior desconfiança sobre as razões pelas quais a testemunha precisou ser ouvida de forma tão precária.

Por isso tudo, a prova testemunhal pode ser produzida de modo atípico, sendo admissível sua confecção de tal modo, salvo quando já iniciado o processo, mas sua utilidade tende a ser maior em sede de cognição sumária, assumindo baixíssimo valor probatório quando da realização de cognição exauriente quando não tiver sido produzida garantindo-se o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa e, tal como ocorre com a prova testemunhal regular/típica, não serve para o atendimento de eventual exigência de prova material.

## 5 Prova unilateral e aplicações práticas: testando as contribuições teóricas em face de casos comuns enfrentados em sede jurisprudencial

No presente capítulo serão examinadas questões comuns, práticas e polêmicas do cotidiano forense envolvendo a prova unilateral.

Nesse momento da tese será verificada a operacionalidade dos delineamentos teóricos construídos até aqui a respeito da unilateralidade da prova, testando em que medida se revelam frutíferos os contributos oferecidos até então.

Assim, à luz de casos enfrentados em sede jurisprudencial, serão examinadas as potencialidades e riscos da prova unilateral, inclusive encaminhando-se uma eventual revisão das premissas teóricas já lançadas caso revelem-se, na prática, inviáveis ou equivocadas.

Desse modo, após o estabelecimento de argumentos predominantemente teóricos nos capítulos precedentes, neste momento da tese serão examinados casos do cotidiano dos operadores do Direito para que sejam melhor compreendidas as dificuldades práticas envolvendo a prova unilateral e testadas as premissas teóricas desenvolvidas até aqui ao longo da pesquisa.

## 5.1 Prova unilateral e ação de cobrança

A unilateralidade probatória é aspecto central de muitas discussões travadas em sede de ações de cobrança onde o demandado invoca o caráter unilateral da prova e o demandante assevera que isso não infirma a força demonstrativo-persuasiva dos elementos probatórios e que se mostra atendido o respectivo *standard* probatório.

Como já visto nos capítulos anteriores, a prova unilateral é admissível e pode ter valor probatório, não sendo tal característica capaz de impor a inadmissibilidade da prova e nem a recusa apriorística de valor probante.

A sustentação de uma condenação com fulcro em prova(s) unilateral(ais) depende da força do conjunto probatório como um todo e da justificativa no caso concreto para a (não) aplicação dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*, seja porque o motivo de incidência dos mesmos inexiste nas circunstâncias (a prova unilateral foi confeccionada sem que a pessoa sequer pudesse desconfiar de sua utilidade jurídica futura), seja porque há alguma norma que prestigia sua utilização.

O que não pode ocorrer é a cobrança na qual a mera alegação seja tomada juridicamente como se prova fosse. Quando a distinção entre alegar e provar esvanece-se, o devido processo juridicamente devido e a noção de ônus da prova perdem sentido, ficando cada parte à mercê da outra.

Nesse sentido, é didático o julgado do STJ[713] no qual restou assentado que é a parte credora que tem o ônus de provar o fato que deu origem

[713] A ementa do aresto é a seguinte: Ação de cobrança. Saldo devedor. Impugnação dos lançamentos. Art. 26 do Código de Defesa do Consumidor. Art. 333, I e II, do Código de Processo Civil.
1. O art. 26 do Código de Defesa do Consumidor destina-se a vícios aparentes ou de fácil constatação e vícios ocultos, regulando a decadência. Não tem qualquer interferência com o julgado que se limitou a afirmar a ausência de provas sobre a correção dos lançamentos que justificaram o saldo devedor. Não se trata de nenhum vício, mas, sim, de falta de prova do que o banco pretende cobrar. Outrossim, imaginar que os correntistas ficariam inibidos de contestar débito resultante de lançamentos unilaterais pela aplicação do dispositivo equivaleria a conceder uma autorização em branco para a formação dos débitos a partir do fornecimento de extratos bancários mensais. Não se pode impedir que o correntista, diante de ação de cobrança ajuizada pelo banco, conteste os lançamentos a salvo da decadência prevista no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor.

ao crédito alegado e que os extratos bancários não podem ser compreendidos como provas impassíveis de impugnação. O tribunal aduziu o caráter unilateral dos lançamentos e asseverou que seria absurdo que o correntista não os pudesse contestar. E, do julgado ainda infere-se a inviabilidade de aceitar-se os extratos como comprovação, por si só, do crédito alegado pela instituição financeira.

*A fortiori*, documento de cobrança, seja fatura, boleto ou outro, são incapazes de demonstrar a existência do crédito quando considerado isoladamente, sem o acompanhamento de prova da qual emerja seguramente a existência de prévia relação contratual ou de previsão legal expressa que permita a exigência.

Por isso, o TJRS[714] rejeitou cobrança formulada por instituição financeira com lastro exclusivo em faturas, chamando a atenção para seu caráter unilateral e para a ausência de instrumento contratual assinado pelo consumidor. Veja-se trecho esclarecedor do voto do relator:

> Nessa linha, vênia devida, tenho que a instituição financeira não se desincumbiu do ônus previsto no art. 373, II, do CPC, uma vez que não juntou aos autos qualquer documento relativo à contratação, trazendo apenas um contrato genérico e a cópia de algumas faturas, as quais foram produzidas de forma unilateral (Evento 52 - CONTR2, FATURA3 e FATURA4 dos autos de origem).
> Logo, não há qualquer documento que ateste o pacto firmado entre as partes, especialmente com a assinatura da ora autora, tampouco documentos pessoais da suposta contratante, como Carteira de Identidade, Carteira Nacional de Habilitação, etc. Ainda, cumpre dizer que as faturas acostadas pela instituição financeira possuem endereço diverso ao da parte autora, que reside no Município de Canoas (Evento 1 - OUT2 dos autos de origem).

Porém, a alusão à falta de juntada dos documentos pessoais do alegado devedor pelo suposto credor pode soar, equivocadamente, que a sua apresentação seria uma prova da contratação quando, na verdade, qualquer fraudador pode apresentar cópias de documentos pessoais de outrem para fins de perpetração do ilícito, ou seja, a instituição financeira dispor de tal espécie de

---

2. O autor é que tem de provar o seu direito ao crédito, quando impugnado pelo réu, compelido o banco a juntar documentos que comprovem a veracidade dos lançamentos. Se os documentos juntados não comprovam, o autor não pode cobrar o débito que se mostrou insubsistente.
3. Recurso especial não conhecido. (STJ, Terceira Turma, Recurso Especial 685.297, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 07.06.2005)

[714] TJRS, Quinta Câmara Cível, Apelação cível 5027849-33.2019.8.21.0001, Rel. Des. Jorge André Pereira Gailhard, julg. 30.06.2021.

documento nada efetivamente pode comprovar. Quando a instituição financeira efetivamente contratou, ela normalmente tem cópias dos documentos pessoais, mas a posse de tal espécie de documento por si só não prova a contratação, dada a imensa facilidade de obtenção de tal espécie de documentos e seu uso por fraudadores junto aos bancos para a realização de crimes.

Se, por um lado, não se permite a comprovação por documento unilateral isoladamente, de outro lado, a emissão de documentos unilaterais é justificável enquanto mero desdobramento de uma relação contratual pretérita. E, assim, tendo em vista a prestação de serviços educacionais, a emissão de boletos constitui-se em forma de cobrança extrajudicial corriqueira e que se justifica plenamente, mormente quando há previsão contratual de tal modalidade de exigência das mensalidades e, por isso, o TJRS[715] rejeitou a alegação fundada no caráter unilateral dos referidos documentos. Veja-se excerto do voto da relatora:

Por sua vez, os *prints* de telas de sistemas internos não podem, isoladamente, justificar a exigência de créditos. *Softwares* de uso interno de

[715] Do voto da relatora, colhe-se: “A alegação de inexigibilidade dos documentos que instruíram a inicial por terem sido produzidos de forma unilateral e por ausência de "aceite" é discussão típica de execução, que não se aplica à ação de cobrança.
O boleto de cobrança foi a forma convencionada para pagamento da dívida, consoante se infere da cláusula quinta do contrato de prestação de serviços aderido pelo devedor ao confirmar a matrícula no curso (outros 5 do evento 1 e "contrato 2 e 3" do evento 56).
Ora, é incontroverso que o apelante cursou Direito na Universidade Franciscana, tendo a demandada demonstrado a existência da dívida, comprovando os fatos constitutivos do direito alegado, como lhe competia (art. 373, inc. I, do CPC).
A demandada apresentou o demonstrativo do débito (cálculo 6 do evento 1) e farta documentação firmada pelo devedor que legitima a cobrança.
Além dos boletos de cobrança acostados com a petição inicial (outros 3, 4 e 7 a 10 do evento 1), impugnados na contestação (evento 52) e nas razões do apelo (evento 82), vieram aos autos os comprovantes de matrícula firmado em 02.08.16 (outros 5 do evento 1), de frequência e aproveitamento do autor, o qual foi reprovado em algumas disciplinas por faltas e notas insuficientes (atas 4 a 10, ata 12 e atas 17 a 19); histórico escolar (ata 11) o requerimento de matrícula, pedido de reingresso, e requerimento de matrícula firmados em 10 e 12.07.12 e 24.07.13 (ata 13); concessão de vaga no curso de Direito Noturno firmado em 30.12.14 (ata 14); pedido de reingresso firmado em 25.07.16 (ata 15) e concessão de vaga datado de 27.07.16 (ata 16).
Em contrapartida, o demandado não apresentou qualquer prova de pagamento das disciplinas por ele efetivamente cursadas (art. 373, inc. II, do CPC), estando evidente que as alegações vazias apresentadas na contestação e reproduzidas nas razões do apelo de que os boletos foram emitidos de forma unilateral e sem aceite não passam de estratégia defensiva para protelar o pagamento do débito regularmente contraído, o que não pode ser admitido, ainda mais em se tratando de profissional da área do Direito que, se presume, tenha conhecimento da prova necessária à propositura deste tipo de ação. (TJRS, 16ª Câmara Cível, 5000186-94.2020.8.21.0027, Relatora Desembargadora Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, 08.07.2021)

empresas, imperscrutáveis e desprovidos do crivo de agências reguladoras não servem para atestar a ocorrência de fatos com base nos quais as empresas proprietárias deles buscam a satisfação de alegados créditos.

Em caso no qual foi alegada fraude na contratação (negócio jurídico cuja realização foi negada pela demandante), o TJSP[716] reputou insuficientes "telas sistêmicas" acostadas isoladamente pela concessionária de energia elétrica. Igualmente, o TJMG[717] apontou não apenas a unilateralidade em si das telas sistêmicas, mas a facilidade de sua manipulação.

Diferente, contudo, é a situação na qual os *prints*, acompanhados de extratos bancários, apenas revelam desdobramentos de uma relação contratual precedente e cujas características peculiares dos fatos retratados nas telas (transações bancárias em favor do próprio irmão) obstam o reconhecimento de credibilidade à narrativa de que simplesmente inocorreram os empréstimos. Por isso, o TJSP[718] rejeitou o pedido de declaração de indébito e de condenação ao pagamento de indenização por dano moral formulados por consumidora.

Os julgados acima apontados e examinados remetem a uma questão interessante e relevante que consiste na diferenciação dos *prints* dos lídimos extratos bancários. Como visto, essa distinção costuma ser feita, tanto que no aresto do TJSP imediatamente citado acima os *prints* e os extratos bancários são colocados como dois elementos probatórios distintos.

---

[716] TJSP, 27ª Câmara de Direito Privado, 1062072-31.2022.8.26.0100, Rel. Des. Alfredo Attié, julg. 27.04.2023.

[717] "Da ementa, colhe-se: "Telas sistêmicas da empresa fornecedora dos serviços, impugnadas pela parte autora, são provas unilaterais e de fácil manipulação por quem as produziu, razão pela qual não podem ser consideradas, por si sós, para a comprovação da existência do negócio jurídico." (TJMG, 17ª Câmara Cível, 5077112-16.2021.8.13.0024, Relatora Desa. Aparecida Grossi, julg. 26.04.2023)

[718] Excerto do voto-condutor: "Neste contexto, observados os fatos da causa e elementos de convicção constantes dos autos, tem-se que a instituição financeira ré comprovou o vínculo existente entre as partes, bem assim esclareceu a origem das operações questionadas, através das explicações trazidas na contestação, e especialmente do que consta às fls. 74/110, apresentando 'prints' de suas telas sistêmicas, com o detalhamento das contratações, bem assim os extratos de movimentação da conta corrente da autora (fls. 98/100), em que se permite verificar, não apenas o depósito e liberação da quantia mutuada, como também as subsequentes utilização e transferência dos valores, via PIX e TED, constando como beneficiários das operações a própria autora 'Valdete Rodrigues da Silva', bem como 'Jorge Rodrigues Da Silva', pessoa quem a apelante confirmou ser seu irmão (vide fl. 129); observado que tais documentos se revelam hábeis para demonstração da legitimidade dos empréstimos, concluindo-se que as partes tinham ciência da obrigação e de suas repercussões." (TJSP, 18ª Câmara de Direito Privado, 1007187-38.2021.8.26.0606 Rel. Des. Henrique Rodriguero Clavisio, julg. 26.04.2023)

Impõe-se, então, o aprofundamento sobre o assunto.

Enquanto os *prints* decorrem de sistemas internos, cuja auditabilidade normalmente não é realizada antes ou durante a sua utilização, os extratos bancários são confeccionados a partir de um sistema compartilhado por toda rede bancária e auditado em tempo real pela respectiva agência reguladora (BACEN).

Enquanto as "telas sistêmicas" prestam-se a um controle interno empresa-cliente, os extratos bancários devem refletir relações não apenas entre cliente e instituição financeira, mas entre clientes e distintas instituições financeiras, sob o crivo do BACEN.[719]

Ao passo que as informações constantes dos extratos bancários devem estar disponíveis amplamente e ser as mesmas em diferentes terminais de atendimento (caixas eletrônicos, computadores, celulares, etc.), as telas sistêmicas, diferentemente, somente estão visíveis às empresas. Desse modo, o quanto informado no extrato bancário de um cliente pode ser cotejado com outras fontes probatórias, especialmente os extratos de outros clientes, de modo que a informação se reflete em diversos locais do sistema informacional bancário, ao contrário das telas dos sistemas internos que, no máximo, espelham informações em uma interação empresa-cliente.

Os extratos bancários são emitidos a partir de um sistema informacional aceito contratualmente pelo cliente bancário e em um ambiente altamente regulado, ao contrário do que se observa nos sistemas internos a partir dos quais são realizados os *prints* apresentados como provas documentais nos feitos judiciários. Contudo, no Direito brasileiro, ao contrário do que ocorre na Itália[720], inexiste previsão legal de eficácia probatória do extrato enviado ao cliente que não tenha sido impugnado por ele.

---

[719] Em sentido diverso, sem observar as diferenças apontadas na presente tese e realizando uma aproximação ou, até mesmo, uma equiparação: LIMA, Felipe Esbroglio de Barros. É necessário valorizar as provas eletrônicas. **Conjur**, 31.10.2020. Acesso em 31.10.2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-31/felipe-lima-necessario-valorizar-provas-eletronicas

[720] Dispositivos legais italianos constantes do Código Civil a respeito: "Art. 1857 Norme applicabili Alle operazioni regolate in conto corrente si applicano le norme degli artt. 1826, 1829 e 1832. Art. 1832 Approvazione del conto L'estratto conto trasmesso da un correntista all'altro s'intende approvato, se non è contestato nel termine pattuito o in quello usuale, o altrimenti nel termine che

As diferenças entre os extratos bancários e os *prints* de sistemas internos não passaram despercebidas pelos tribunais que, pelo contrário, gizam a importância de se verificar se os documentos apresentados são lídimos extratos bancários. Em, pelo menos, duas oportunidades[721], o TJRS enfrentou explicitamente esse problema, inclusive enfatizando a diferença de um extrato propriamente dito e de outras planilhas e documentos confeccionados a partir de informações provenientes de sistema interno.

Feita essa breve recensão jurisprudencial, mostra-se importante retomar lição de Vitor de Paula Ramos[722] no sentido de que a justificação para a confiança muitas vezes vem da credibilidade de terceiros e de instituições, bem como de que, ainda segundo o doutrinador, a confiabilidade dos sistemas depende de vários fatores, dentre os quais o da possibilidade de adulteração. Nesse mesmo sentido, cumpre invocar o pensamento de Jean Carlos Dias[723] quando assevera que a credibilidade do documento eletrônico depende da confiabilidade do sistema no qual ele foi criado. Por isso, o maior valor probatório

---

può ritenersi congruo secondo le circostanze. L'approvazione del conto non preclude il diritto di impugnarlo per errori di scritturazione o di calcolo, per omissioni o per duplicazioni. L'impugnazione deve essere proposta, sotto pena di decadenza (2964 e seguenti), entro sei mesi dalla data di ricezione dell'estratto conto relativo alla liquidazione di chiusura, che deve essere spedito per mezzo di raccomandata.”.
Em tradução livre: “Art. 1.857 Normas aplicáveis Às operações reguladas em conta corrente aplicam-se as normas dos artigos 1.826, 1.829 e 1.832. Art. 1.832 Aprovação da conta O extrato de conta transmitido de um correntista a outro se entende aprovado se não é contestado nos termos pactuados ou naqueles usuais ou, ainda, de outro modo em conformidade com as circunstâncias. A aprovação da conta não preclude o direito de impugná-la por erro de escrituração ou cálculo, por omissão ou duplicidade. A impugnação deve ser proposta, sob pena de decadência (2.964 e seguintes), dentro de seis meses da data da recepção do extrato relativo à liquidação de encerramento, que deve ser enviado por meio de correspondência com confirmação de recebimento.”.

[721] TJRS, 23ª Câmara Cível, Rel. Des. Ney Wiedmann Neto, 0048258-02.2021.8.21.7000, julg. 29.07.2022. Do voto do relator extrai-se: “No caso em questão, como explicado pelo perito e acolhido pelo magistrado, os demonstrativos de conta vinculada não servem para comprovar os abatimentos alegados, porquanto não são documentos originais do sistema da instituição financeira, mas extratos datados de 2014, gerados unilateralmente para fins de inclusão nos autos.”
Ainda, outro julgado sobre a questão, de onde extrai-se o cerne da questão decidida e o fundamento decisório: Caso concreto em que os documentos coligidos desservem para embasar o procedimento monitório, uma vez que o banco fulcra sua pretensão em contrato específico, cuja cópia não veio aos autos, limitando-se a acostar uma cópia do extrato resumido, unilateralmente produzida, extraída da tela do computador, representativo da suposta operação. (TJRS, Décima Sexta Câmara Cível, Embargos de Declaração, Nº 70071558597, Relator Des. Eduardo Kraemer, julg. 13.07.2017).

[722] RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental: Do Documento aos Documentos. Do suporte à Informação.** Salvador: Juspodivm, 2021, p. 101, 130 e 131.

[723] DIAS, Jean Carlos. **Direito contratual no ambiente virtual.** Curitiba: Juruá, 2001, p. 96 e 97.

costumeiramente atribuído aos extratos bancários do que aos *prints* de sistemas internos de informática revela-se plenamente justificado epistemologicamente e juridicamente.

## 5.2 Prova unilateral e ação monitória

O uso da prova unilateral na ação monitória é um tema relevante e que vem sendo amplamente debatido, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial. Aliás, a discussão sobre a unilateralidade da prova emerge principalmente na prova hábil a aparelhar a ação monitória.

O artigo 700, *caput*, do CPC, menciona a necessidade de "prova escrita", tal como o artigo 1.102-A do CPC/1973 já o fazia. Contudo, ao contrário da *Ley de Enjuiciamento Civil* (artigo 812, § 2º), o CPC atual, assim como o seu predecessor, não menciona a possibilidade do uso de provas unilateralmente criadas pelo credor – o que torna o tema especialmente tormentoso no Brasil.

A compreensão da "prova escrita" exigida normativamente – e do problema da prova unilateral em tal contexto - perpassa a compreensão da própria técnica monitória.

A meio caminho entre o processo (fase) de conhecimento (rito comum) e a (fase de) execução, a monitória serve à formação de título executivo[724] judicial de forma mais célere do que ocorreria mediante o atendimento do procedimento ordinário, mas sem que se permita a imediata execução, de modo que, uma vez apresentados os embargos monitórios, suspende-se a injunção.

Assim, a abertura da via monitória por meio da apresentação da prova escrita permite a adoção de ato executivo (ordem de adimplemento) com lastro na aparência do direito invocado. Como pontuam Marinoni, Arenhart e Mitidiero[725], o legislador, sopesando os riscos envolvidos, prestigiou a tutela do

[724] Como bem aponta João Batista Lopes (A prova escrita na ação monitória. **Revista de Processo**, n. 106, abril/jun. 2002, p. 1 da versão digital), a monitória serve à constituição de título executivo - e não a fazer atuar título executivo.
[725] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Volume 3.** São Paulo: RT, 2015, p. 238 e 239.

direito provável, admitindo que da somatória do direito aparente e da inércia defensiva resulte a formação de título executivo judicial.

É interessante notar, ainda, que Ovídio A. Baptista da Silva[726] assevera que nos processos sumários não-cautelares existe um deslocamento do momento probatório para a seara legislativa, antecipando-se à avaliação jurisdicional, ao contrário do que ocorre nas cautelares. Ao eleger a "prova escrita" como requisito probatório para a viabilização da demanda monitória, o legislador delimitou a prova necessária à deflagração da técnica monitória e reduziu o âmbito de valoração judiciária (afinal, sem a prova escrita, o magistrado não pode deferir o acesso à via expedita).

Desse modo, a prova necessária ao deferimento do mandado de adimplemento precisa ser escrita ou oral documentada produzida em produção antecipada e autônoma (artigo 700, § 1º, do CPC) com força suficiente para revelar de plano a existência da obrigação exigida. Como ensina Cândido Rangel Dinamarco[727] "Documento idôneo, no sistema monitório, é o escrito do qual se possa razoavelmente inferir a existência do crédito afirmado pelo autor."

Nesse cenário é que se impõe a investigação sobre a (in)suficiência da prova unilateralmente produzida.

De um lado, há aqueles que sustentam que a prova a deflagrar o procedimento monitório deve, necessariamente, ser aquela decorrente da manifestação do alegado devedor, repudiando-se aquela unilateralmente confeccionada por quem se arvora na condição de credor.

Representando essa primeira corrente de pensamento, Cândido Rangel Dinamarco[728] pontifica

> Um documento assinado pelo réu é prova idônea para começar o processo monitório, mas um emitido *unilateralmente* pelo autor e sem assinatura do réu não o é (meros extratos bancários – CPC, art. 368); lançamentos constantes dos livros contábeis do autor comerciante são, no entanto, idôneos e suficientes (art. 378 – *supra*, nn. 1.157 e 1.159) *etc*. (itálico no original)

---

[726] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do Processo Cautelar.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 24.
[727] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 780.
[728] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 780 e 781.

Nesse sentido, ainda, Alexandre Freitas Câmara[729]:

> Não obstante o silêncio da lei brasileira, temos afirmado, desde o ingresso em nosso sistema processual do procedimento monitório, que o documento que vai ser utilizado nessa via processual não pode ser produzido unilateralmente pelo credor. Este entendimento é tradicional na doutrina italiana, e vem sendo reconhecido pela jurisprudência brasileira. Não se poderia, mesmo, admitir que o credor produzisse, unilateralmente, prova em seu favor.

E, igualmente, Daniel Amorim Assumpção Neves[730] ao assim sustentar:

> Além da exigência de uma prova documentada por escrito, não se admite que a prova tenha sido produzida unilateralmente pelo autor, exigindo-se a participação do réu na sua formação, embora a posição do Superior Tribunal de Justiça seja em sentido contrário.

No mesmo sentido, Orlando de Assis Corrêa[731] aduz que "Por prova escrita entende-se qualquer documento firmado pelo devedor, onde se declare a obrigação a cumprir, mesmo que não tenha exatamente esta finalidade.".

Ainda, posicionando-se na primeira corrente doutrinária, Elaine Harzheim Macedo[732] sustenta que o documento hábil a ensejar a propositura da ação monitória deve ser aquele que estampe a manifestação do devedor ou "deve gozar de certa presunção de veracidade como ocorre com os registros contábeis ou outros também oficiais".

Por outro lado, aduzindo a possibilidade do ajuizamento de ação monitória acompanhada de prova unilateral, Humberto Theodoro Júnior[733] justifica o entendimento da forma que segue:

> Não é imprescindível, portanto, que o documento esteja assinado, podendo mesmo ser acolhido o que provém de terceiro ou daqueles registros, como os do comerciante ou dos assentos domésticos que não costumam ser assinados, mas aos quais se reconhece natural força probante (NCPC, art. 410, III). Pouco importa, outrossim, que o documento escrito não contenha a firma do devedor, se, por outro documento, se obtém a certeza de que este o reconheceu como representativo de sua obrigação. O conjunto documental pode, dessa forma, gerar a convicção do juiz sobre o direito do credor, mesmo

---

729 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil. Volume III.** 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 458.
730 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 927.
731 CORRÊA, Orlando de Assis. **Ação monitória.** Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 31.
732 MACEDO, Elaine Harzheim. **Do procedimento monitório.** São Paulo: RT, 1999, p. 135 e 136.
733 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Volume II.** 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 438.

> quando cada um dos escritos exibidos não seja, isoladamente, capaz de comprová-lo.

Note-se, porém, que Humberto Theodoro Júnior, apesar de dispensar a assinatura do demandado na ação monitória, sustenta que seria necessária ao menos, a certeza de que o devedor reconheceu a sua obrigação – o que outros que sustentam a possibilidade de uso da prova unilateral não exigem.

Também pela admissão da prova unilateral a embasar a ação monitória, Gerson Fischmann[734]:

> É claro que tendo a lei brasileira adotado o procedimento monitório documental, a admissão de prova escrita que tenha sido unilateralmente produzida pelo autor deverá ser examinada pelo juiz com maiores cuidados. Entretanto, não há de afastar, *prima facie*, que determinado documento ou conjunto de documentos, ainda que elaborados unilateralmente pelo sedizente credor, possam embasar uma ação monitória. Admite-se ação monitória fundada em duplicata sem aceite e não protestada, assim como tem-se aceito com profusão o uso do procedimento monitório para cobrança dos créditos fundados em contratos bancários de abertura de crédito rotativo, na medida em que os extratos são confeccionados unilateralmente pela instituição financeira, ou ainda os livros comerciais que por expressa disposição de lei servem como meio de prova (arts. 378 e 379 do CPC), quotas condominiais, prestações de consórcios, mensalidades de clubes, escolares etc. O traço comum para a admissibilidade de monitória fundada em documento produzido unilateralmente pelo que se diz credor reside no fato de que, de um ou outro modo, antecede ao documento um negócio entre as partes, seja um contrato de associação de um clube, de frequência em escola, ou uma co-propriedade, ou ainda de que ao próprio documento a lei empreste força de veracidade, como os livros comerciais.

E, igualmente, Antonio Raphael Silva Salvador[735]

> Essa prova escrita não precisa provir obrigatoriamente do réu, nem ele, réu, precisa, de alguma forma, participar dessa prova, podendo ela indicar uma obrigação produzida unilateralmente pelo autor.
>
> Como exemplos dessa feitura unilateral, suponha-se uma duplicata sem aceite e sem prova da entrega da mercadoria, que não é um título executivo, mas autoriza a monitória. Ou mesmo os escritos vindos com a inicial onde um médico mostra o tratamento que realizou do réu, com internação no hospital, com cirurgia e medicamentos. Dizendo que não recebeu o pagamento pelo seu trabalho, que os documentos provam, faz um pedido certo e determinado, sem qualquer participação do devedor na prova do débito. Ou ainda um dono de hotel que prova que o réu se hospedou em seu hotel, mostrando as diárias devidas, os telefonemas dados, os extras nas refeições, tudo isso autorizando a monitória e sem que tais documentos tragam qualquer aquiescência

---

[734] FISCHMANN, Gerson. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Volume 14. São Paulo: RT, 2000, p. 393.

[735] SALVADOR, Antonio Raphael Silva. **Do procedimento monitório.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 6.

> do devedor. Ou mesmo uma cobrança de débito resultante de condomínio.

Do exame dos posicionamentos antagônicos é possível depreender que, aqueles que reputam inviável o uso da prova unilateral, não apontam fundamento outro que não o da impossibilidade de fiar-se exclusivamente na documentação decorrente da própria parte credora – o que encontra amparo nos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e e *nullus testis in re sua*, ainda que não invocados sob tais denominações.

De outro lado, os que reputam viável a utilização da prova unilateral para fins de propositura da ação monitória, entendem que o juízo de probabilidade pode ser satisfeito por provas unilaterais, importando mais a força probante do que a característica da formação do meio probatório utilizado – o que se ampara, ainda, na ausência de expressa vedação de prova unilateral para tanto.

Por sua vez, o STJ já debruçou-se sobre o assunto em diversos julgados, inclusive sendo seu posicionamento pela viabilidade da utilização da prova unilateral a aparelhar a ação monitória constantemente referido em sede doutrinária[736].

Contudo, o entendimento do STJ no sentido da aceitação da prova unilateral para fins de manejo da ação monitória está longe de ser um fenômeno simples e decorrente de uma abordagem uniforme. Pelo contrário. Resulta de uma soma de matizes a compor uma totalidade complexa.

Para a compreensão do quanto decidido pelo STJ, serão rastreados os julgados que levaram Heitor Vitor Mendonça Sica[737] a dizer que:

> Quanto aos demais requisitos, o STJ adota posição liberal, aceitando: (a) documento produzido unilateralmente pelo credor; (b) notas fiscais, com ou sem comprovante de entrega de mercadorias ou prestação do serviço;

Em relação ao item a, Heitor Sica cita o julgamento dos Recursos Especiais 680.519 e 925.584. Já para fundamentar o item b, o doutrinador invoca

---

[736] Exemplificativamente: FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 564 r 565; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 927; SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume X.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 136.

[737] SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume X.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 136.

o Recurso Especial 778.852, o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 763.885 e aduz, ainda, que “Em sentido similar”, há o decidido no Agravo Regimental no Recurso Especial 888.265.

Veja-se, então, cada um dos julgados invocados.

No Recurso Especial 680.519[738] discutiu-se a exigência, por meio de ação monitória, de contribuição sindical. O STJ expressamente asseverou que se tratava de uma obrigação com fundamento legal e que o pertencimento a determinada categoria faz surgir, *ex lege*, a obrigação exigida nos boletos e, por isso, a aquiescência do cobrado era desnecessária.

Já no Recurso Especial 925.584[739] a celeuma consistia na possibilidade de manejo da ação monitória para exigir o pagamento de valores devidos em razão de empreitada (realização de cobertura asfáltica), tendo a parte demandante apresentado faturas/duplicatas sem aceite, dentre outros

[738] Da ementa, o essencial assim consta: 5. In casu, a cobrança de contribuição sindical referida encontra-se prevista em lei e a ela todos estão vinculados ao se encontrarem na hipótese descrita na norma, sendo devida em prol da entidade sindical correspondente à categoria. Para tanto, a entidade lança a cobrança da dívida a partir de dados que permitam o enquadramento do devedor na condição de integrante da categoria sobre a qual incide a contribuição obrigatória, emitindo documento de dívida, o qual é a guia de recolhimento acompanhada de demonstrativo da constituição de crédito. Tem-se, pois, a prova escrita da existência da dívida, perfazendo, assim, o documento hábil para a instrução da ação monitória. 6. A emissão do boleto bancário concernente à contribuição em apreço, apesar de não possuir a anuência da parte devedora, constitui prova escrita suficiente para ensejar a propositura do procedimento monitório, tendo em vista que, gozando de valor probante, torna possível deduzir do título o conhecimento da dívida e a condição do devedor como contribuinte, por ostentar a qualificação cartular de proprietário rural. 7. As guias de recolhimento da contribuição sindical, o quadro demonstrativo de débitos e a notificação do devedor que instruem a ação monitória estão aptas à demonstração da presença da relação jurídica entre credor e devedor, denotando, portanto, a existência de débito, ajustando-se ao conceito de "prova escrita sem eficácia de título executivo". Precedentes das egrégias 1ª, 3ª e 4ª Turmas desta Corte Superior. 8. Recurso especial provido, para determinar o retorno dos autos à origem. (STJ, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julg. 12.04.2005)

[739] Da ementa, colhe-se: 1. A prova hábil a instruir a ação monitória, a que alude o artigo 1.102-A do Código de Processo Civil não precisa, necessariamente, ter sido emitida pelo devedor ou nela constar sua assinatura ou de um representante. Basta que tenha forma escrita e seja suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado. 2. Dessarte, para a admissibilidade da ação monitória, não é necessário que o autor instrua a ação com prova robusta, estreme de dúvida, podendo ser aparelhada por documento idôneo, ainda que emitido pelo próprio credor, contanto que, por meio do prudente exame do magistrado, exsurja o juízo de probabilidade acerca do direito afirmado pelo autor. 3. A Corte local, após minucioso exame da documentação que instrui a ação, apurou que os documentos são "mais que suficientes para atender aos requisitos da legislação processual para cobrança via ação monitória, pois servem como início de prova escrita" e que, "em cotejo com as duplicatas apresentadas, demonstram a liquidez e certeza da obrigação, independentemente do aceite", sendo correta "a conclusão do Juízo de 1º grau de que serviços foram prestados", só se concebe a revisão da decisão recorrida por meio do reexame de provas, vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 4. Recurso especial não provido. (STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julg. 09.10.2012)

documentos. Entendeu-se que se deveria manter a conclusão alcançada nas instâncias ordinárias, sendo desnecessária a assinatura da parte demandada para que se justificasse a cobrança pela via monitória. Cumpre notar, contudo, que o caso apresenta diversas sutilezas apontadas em primeira e segunda instâncias, tendo a demandada inclusive adimplido parte das faturas/duplicatas e enfatizou-se que o recebimento das mesmas era feito sem qualquer ressalva e registrado em livro próprio da acionada. Enfatizou-se, ainda, a confecção de planilha de medição da cobertura asfáltica feita pelo respectivo responsável técnico (engenheiro civil). Assim, realmente, entendeu-se desnecessária a manifestação volitiva da devedora para o uso da ação monitória, mas isso deu-se em um cenário bastante complexo a revelar, por vários meios, a relação negocial intensa e contínua das partes.

No Recurso Especial 778.852[740], admitiu-se a ação monitória aparelhada pela nota fiscal acompanhada do comprovante de entrega e recebimento.

Por sua vez, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 763.885[741] o STJ decidiu que a nota fiscal, ainda que não assinada pelo demandado, pode servir ao ajuizamento de ação monitória. A Corte de vértice aduziu que não seria possível alterar a conclusão alcançada nas instâncias inferiores que, por sua vez, basearam-se em outras provas, dentre as quais a prévia pactuação de contrato de prestação de serviços e a inocorrência de negativa no curso processual de realização do serviço contratado. Assim, as notas fiscais apenas representavam o desenrolar de uma relação jurídico-empresarial já entabulada e levada a efeito entre as partes.

---

[740] Da ementa, colhe-se: A nota fiscal, acompanhada do respectivo comprovante de entrega e recebimento da mercadoria ou do serviço, devidamente assinado pelo adquirente, pode servir de prova escrita para aparelhar a ação monitória. - O processo monitório possibilita a cognição plena, desde que sejam oferecidos embargos. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julg. 15.08.2006)

[741] Da ementa, colhe-se: 1. A documentação consistente em notas fiscais serve para o ajuizamento da ação monitória, não se exigindo que contenha a assinatura do devedor. Precedentes. 2. A Corte local concluiu que a documentação apresentada é apta a lastrear a ação monitória, sendo líquida a obrigação. Desse modo, constata-se que o acolhimento da pretensão recursal de que não haveria liquidez e certeza da obrigação ante as notas fiscais apresentadas demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julg. 27.10.2015)

Enfim, no Agravo Regimental no Recurso Especial 888.265[742] admitiu-se a ação monitória com lastro nas contas de telefone. Essa possibilidade, ainda que indique o uso de documento emitido unilateralmente pelo credor, dá-se em um cenário altamente regulado, sob o crivo de agência reguladora (ANATEL) e a partir de um contrato-base de prestação de serviços.

Assim, a conclusão alcançada por Sica não se revela equivocada, pois realmente retrata, grosso modo, o entendimento do STJ. Contudo, trata-se de uma simplificação a obscurecer traços importantíssimos dos julgados que somente são apreensíveis quando se considera cada uma das decisões e os fatos e provas que lhes são subjacentes.

O entendimento do STJ que se encontra nos julgados acima analisados também pode ser visto na súmula 247 assim redigida: “O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.”. O verbete sumular estampa o posicionamento refletido em tantos julgados nos quais admite-se o documento unilateral emitido em um contexto negocial onde um contrato base já está comprovadamente estabelecido entre as partes.

Por sua vez, um julgado[743] demonstra claramente que a prova unilateral, por si só, segundo o STJ, não sustenta a ação monitória. No referido aresto[744], entendeu-se que “A fatura mensal emitida pela credora, que enumera serviços médicos e laboratoriais os mais diversos, e apenas indica a sua quantidade e valor, não é suficiente para a propositura de ação monitória.”.

Note-se que, apesar de, segundo o relator[745] “o documento exigido para a monitória não é apenas aquele emitido ou assinado pelo devedor”, reputou-se inviável a deflagração da técnica monitória pelo fato da documentação ter sido “emitida nela credora, sem nenhum reconhecimento de débito pela devedora”. Assim, apesar da prova da manifestação do devedor não se tratar de requisito indispensável para a deflagração da demanda monitória, a

[742] STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, julg. 21.02.2013.
[743] STJ, Quarta Turma, Recurso Especial 264.060, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 07.11.2000.
[744] STJ, Quarta Turma, Recurso Especial 264.060, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 07.11.2000.
[745] STJ, Quarta Turma, Recurso Especial 264.060, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 07.11.2000.

ausência de participação do suposto devedor na confecção do documento constitui-se em fator relevante para o reconhecimento da viabilidade do acesso à via expedita.

Ainda que se diga no aresto que a manifestação do devedor seria dispensável, o julgado acima, contrastado com os demais examinados, revela que, sem previsão legal expressa para a cobrança ou documento a revelar a contratação a embasar a relação jurídico-econômica entre as partes, a prova unilateral acaba por não sustentar, sozinha, a ação monitória.[746]

Quem bem notou esse fenômeno jurídico foi Gerson Fischmann ao aduzir que "mesmo que o documento não esteja assinado pelo devedor, admite-se a monitória"[747], contudo exige-se

> [...] documento escrito que deverá ser aquele que não de simples e unilateral declaração do autor e que não contenha, em torno de si, algum elemento a mais capaz de atestar pela existência do crédito [...][748]

De forma lapidar, José Rogério Cruz e Tucci[749] arremata que

> apesar de nossa lei não impor qualquer exigência acerca da procedência da prova escrita, dúvida não há de que, quanto maior for a participação do devedor na construção do documento probante, maior, sem dúvida, será a sua verossimilhança.

Por sua vez, note-se, ainda, que a disciplina legal da ação monitória no CPC atual foi apenas em parte a reprodução daquela constante na codificação de 1973.

O CPC atual exige requisito ausente no CPC/73, pois no artigo 701, *caput*, da normatização vigente mostra-se necessária a evidência do direito[750] do autor para a expedição da ordem de pagamento/entrega de coisa/execução da obrigação de fazer ou não fazer. Ao prever que a injunção ocorrerá "sendo

---

[746] Nesse sentido: TJRS, Décima Sexta Câmara Cível, Embargos de Declaração, Nº 70071558597, Relator Des. Eduardo Kraemer, julg.13.07.2017.
[747] FISCHMANN, Gerson. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Volume 14. São Paulo: RT, 2000, p. 394.
[748] FISCHMANN, Gerson. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Volume 14. São Paulo: RT, 2000, p. 395.
[749] CRUZ E TUCCI, José Rogério. Prova escrita na ação monitória. **Revista dos Tribunais**, v. 768, out./1999, p. 5 da versão digital.
[750] Alexandre Freitas Câmara (**Manual de Direito Processual Civil.** 2ª ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 631 e 632) e Marcelo Pacheco Machado (**Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. XVIIII. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 220 – comentário ao artigo 701) aduzem que a decisão que determina o cumprimento da obrigação consiste em uma prestação jurisdicional fundada na tutela da evidência.

evidente o direito do autor", estabeleceu-se requisito não previsto, ao menos expressamente, no CPC/73.[751]

Essa nuance exige uma releitura do entendimento jurisprudencial e doutrinários firmados à luz do CPC/73, pois a norma atualmente em vigor revela-se mais exigente do que antes.

Assim, hoje, existe um forte argumento para se entender que o deferimento do processamento da monitória depende de prova tendente a, em caso de pura e simples negativa do fato constitutivo pelo demandado, satisfazer o *standard* probatório necessário à rejeição dos embargos monitórios mediante o reconhecimento da existência da obrigação invocada pelo promovente da ação monitória. Afasta-se assim o sistema jurídico brasileiro dos casos italiano e espanhol nos quais a prova necessária à deflagração da via monitória, uma vez ofertada a resistência pelo demandado, muitas vezes precisava ser robustecida, sob pena de insatisfação do *standard* probatório.[752]

Em suma, se, por um lado, a lei brasileira não exige a prova bilateral para o manejo da ação monitória, de outro lado, diferentemente da lei espanhola, o sistema jurídico brasileiro, mormente na atualidade, não autoriza o ajuizamento exclusivamente lastreado em documento unilateralmente confeccionado por quem se diz credor, de modo que a prova unilateral desempenha uma função probatória relevante, mas dependente de previsão legal ou comprovação de uma relação jurídica-base.

---

[751] Aponta a inovação legal e inclusive aduz que o atual CPC, contrapondo-se ao entendimento jurisprudencial firmado sob a égide da codificação anterior, "exige mais que elementos indiciários": MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 1.059 (comentário ao art. 701).

[752] Em sentido oposto, sustentando que a prova escrita, dentre as quais os livros empresariais, podem deflagrar o procedimento monitório, mas que, uma vez opostos embargos monitórios, revelam-se insuficientes para, por si sós, sustentarem a injunção e a respectiva rejeição da manifestação defensiva: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado.** 9ª ed. São Paulo: RT, 2023, p. 856 e 857 (comentário ao artigo 701).

## 5.3 Prova unilateral e execuções civis

A unilateralidade da prova também é celeuma presente nas execuções civis, conforme se passa a demonstrar.

Como é sabido, a obrigação passível de execução é aquela certa, líquida e exigível (artigo 783 do CPC). Daí, então, advém a polêmica compatibilidade entre a prova unilateral e a existência de título executivo (extrajudicial).

O caso mais emblemático do problema da execução de obrigação lastreada em prova unilateral é o da Cédula de Crédito Bancário (CCB), cuja natureza de autêntico título executivo foi amplamente posta em dúvida nos últimos anos, debatendo-se sobre a certeza e a liquidez dele.

A Medida Provisória 1.925-15, de 14 de dezembro de 2000, assim conceituou, já no seu primeiro artigo, a CCB:

> Art. 1º A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

O mesmo diploma legal consagrou expressamente a natureza jurídica de título executivo extrajudicial, veja-se:

> Art. 3º A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta-corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

Na Lei Federal 10.931/2004 repetiu-se a previsão normativa, assim:

> Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º .

Isso posto, cumpre observar que o instrumento jurídico-legal causou estranheza no cenário jurídico em razão da remessa a outros documentos (planilha e extratos de conta-corrente) para a identificação da obrigação

exequenda, rompendo-se com a tradição de exequibilidade somente de documentos que expusessem de forma clara e inequívoca determinado valor como devido.

Recorde-se que o STJ editou as súmulas 233 e 258, na qual são recusadas a exequibilidade do contrato de conta-corrente (“O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo.”) e de nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito (“A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou.”).

Causou espécie, assim, o advento de um título executivo cuja quantia devida fosse variável e dependesse de outros documentos que, por sua vez, não eram assinados pelo devedor e decorriam de uma apuração unilateral pelo credor.

A estranheza causada pela normatização da cédula de crédito bancário pode ser vislumbrada na opinião de Antônio Carlos Efing[753] que enfatiza, por diversas vezes, o caráter unilateral das declarações bancárias a embasar a execução da cédula de crédito bancário. Aduz[754] que “é basilar a noção de que a declaração unilateral do valor do débito por parte do credor não é apta a fornecer liquidez e certeza a uma obrigação.”. Por isso, sustenta que se deve reconhecer a inconstitucionalidade da normatização da cédula de crédito bancário levada a efeito pela Lei Federal 10.931/2004 ou sua inexequibilidade com base na ausência de liquidez e certeza[755]. Igualmente, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[756] reputam inconstitucional a normatização referente à cédula de crédito bancário.

Todavia, após discussão doutrinária e jurisprudencial, o STJ assentou que a CCB realmente constitui-se em título executivo extrajudicial, formulando

---

[753] EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 213-217.
[754] EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 213.
[755] EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 217.
[756] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 18ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.705 (nota 32 ao artigo 784).

tese em sede de recurso repetitivo, mas sem colocar sub judice a (in)constitucionalidade da norma legal[757].

*Mutatis mutandis*, a possibilidade de execução de títulos extrajudiciais formados unilateralmente existe também em outros casos, como o da certidão de dívida ativa (artigo 784, IX, do CPC), créditos relativos às contribuições ordinárias e extraordinárias de condomínio edilício (artigo 784, X, do CPC), emolumentos notariais (artigo 784, XI, do CPC) e das anuidades devidas aos Conselhos de classe, dentre os quais a OAB (art. 46, parágrafo único, da Lei federal 8.906/94.

É verdade que em muitos dos exemplos acima existe a fé pública como componente a justificar a formação unilateral do título executivo. Contudo, isso não ocorre em outras situações legalmente previstas como ensejadoras da formação de título executivo, nas quais há a pluralidade documental sem a aposição de fé pública.

Nesse sentido, recorde-se exequibilidade da contribuição condominial cuja demonstração de despesas é feita com a apresentação de outros documentos a comprová-las. De igual modo, a exequibilidade do instrumento contratual de honorários advocatícios (artigo 24, *caput*, da Lei Federal 8.906/94) no qual pactuada remuneração pelo êxito também depende da demonstração do sucesso por meio de documentação complementar a comprovar o advento da condição frutífera – porém, é necessário gizar que nesse caso existe a

---

[757] Da ementa, colhe-se: 1. Para fins do art. 543-C do CPC: A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004). 3. No caso concreto, recurso especial não provido. (STJ, Segunda Seção, Recurso Especial 1.291.575, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julg. 14.08.2013)
O Ministro relator inclusive assim aduziu "As críticas alcançam a estatura da inconstitucionalidade (NERY JUNIOR, Nelson [et. al.]. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 837-838), muito embora não se me afigure que a discussão, por esse enfoque, esteja suficientemente madura a ponto de permitir o incidente adequado.".
O STF, por sua vez, entende que se trataria de ofensa meramente reflexa à Constituição (STF, Segunda Turma, AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 835.518, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 28.10.2014). Assim, não adentrou ao cerne da controvérsia.

participação do devedor na formação do título mediante a assinatura no instrumento contratual.

A necessidade de uma pluralidade de documentos para a formação de título executivo não é algo pensado de forma inédita pelo legislador brasileiro, tanto que Francesco Carnelutti[758] assevera que “Puede ocurrir que la declaración que constituye el contenido necesario del título ejecutivo no resulta enteramente de un solo documento”. Aliás, o artigo 248 do Regulamento 737/1850 já havia previsto a execução aparelhada por título constituído por uma pluralidade de documentos (“Art. 248. Esta acção é incompetente para por ella se demandarem instrumentos illiquidos, ou cujas obrigações são dependentes de factos, e condições que carecem de provas além das mesmas escripturas, salvo si esses fáctos e condições puderem ser provados in continente por documentos ou confissão da parte.”).

E, nessa linha, o que a norma que consagra a eficácia executiva da cédula de crédito bancário faz é remeter a outros documentos bancários, especialmente ao extrato bancário, que, como já visto, é um documento que decorre de um sistema altamente regulado e que envolve outros agentes econômicos.

Porém, se o extrato bancário se constitui em documento complementar seguro a autorizar a deflagração da execução de título extrajudicial (da CCB), a menção à planilha de cálculo revela-se bastante problemática, ainda que a lei faça menção à necessidade de atendimento de requisitos para que possa viabilizar a execução. Essa planilha de cálculo gera o risco de ser apenas uma conta feita unilateralmente e divorciada da realidade, não sendo possível, ao contrário do extrato, realizar um controle intersubjetivo dela. A planilha somente faz sentido se houver prova da entrega da totalidade do valor ao beneficiário e servir apenas para revelar os abatimentos da dívida conforme tenha sido parcialmente adimplida, ou seja, é um documento que somente serve a aparelhar a execução para revelar os abatimentos feitos na dívida, desde que comprovada a entrega do valor ao destinatário por outro meio probatório. A planilha, enquanto criação unilateral e insindicável, não pode

[758] CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil. Volume I.** Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1959, p. 271.

demonstrar a entrega do numerário ao cliente bancário e, nesse ponto, admitir sua exequibilidade representaria, como bem apontado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[759], inconstitucionalidade por deixar ao credor o poder de criar o próprio conteúdo do título.

Note-se, por sua vez, que, apesar do STJ ter reconhecido a eficácia executiva da CCB, outros instrumentos aparentemente similares, como o "Construcard", tem sua exequibilidade rejeitada[760], pois, conforme a Corte de vértice: "não há dívida líquida e certa, sendo que os valores eventualmente utilizados são documentados unilateralmente pela própria instituição, sem qualquer participação, muito menos consentimento, do cliente". Assim, merece destaque o fato de que a unilateralidade da documentação inclusive foi um argumento nuclear para a recusa da exequibilidade.

Contudo, ao longo do julgamento, houve um grande esforço argumentativo no sentido de diferenciar instrumentos creditícios de caráter fixo daqueles onde há a concessão de crédito (rotativo), que pode ou não vir a ser utilizado. Desse modo, a diferença justificaria a exequibilidade da CCB e imporia a rejeição de tal eficácia nos outros casos.

Entretanto, disso emerge uma dúvida: se a instituição financeira obtiver do cliente a assinatura em uma CCB, mas de modo a apenas garantir a exequibilidade de uma concessão de crédito a ser fruído paulatinamente, então se esvairia a eficácia executiva por ausência de liquidez?

Aliás, o artigo 28, § 2º, II, da Lei Federal 10.931/2004 parece autorizar um uso da CCB que é o oposto daquilo pressuposto pelo STJ, veja-se:

> II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

---

[759] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 18ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.705 (nota 32 ao artigo 784). Note-se, porém, que a crítica dos doutrinadores é mais ampla, entendendo que a previsão legal da exequibilidade de CCB padece de inconstitucionalidades formal e material.

[760] STJ, Quarta Turma, Recurso Especial 1.323.951, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julg. 16.05.2017.

A lei menciona expressamente “parcelas utilizadas do crédito aberto” e “vários períodos de utilização do crédito aberto”, de modo que é muito difícil entender como se trataria de um empréstimo puro e simples de quantia determinada a ser restituída futuramente.

Desse modo, o que parece é que o legislador pode, sopesando os valores segurança e efetividade, escolher algumas situações nas quais o risco de uma execução indevida justifica a maior presteza na satisfação do credor, inclusive tendo havido, no caso da CCB, uma incomum previsão de pena privada do dobro do valor indevidamente exigido (artigo 28, § 3º, da Lei Federal 10.931/2004, *verbatim*: “O credor que, em ação judicial, cobrar o valor do crédito exeqüendo em desacordo com o expresso na Cédula de Crédito Bancário, fica obrigado a pagar ao devedor o dobro do cobrado a maior, que poderá ser compensado na própria ação, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.”). Recorde-se, aqui, a valiosa lição de Sérgio Shimura[761] quando ensina:

> A força executiva de um título deriva de lei, de natureza processual, e não propriamente do ato ou fato que o mesmo atesta. Uma nota promissória, por exemplo, conquanto título de crédito, abstrato e autônomo, poderia não se constituir em *título executivo* se a lei, de cunho processual, assim pretendesse. (itálico no original)

Nesse mesmo sentido, com preciosa advertência sobre a necessidade de cautela pelo legislador ao prever a eficácia executiva, Newton de Lucca[762] ensina:

> A caracterização do *título executivo* (ainda em sentido lato) depende, exclusivamente, da vontade do legislador.
> É uma questão de política legislativa e não uma discussão de ordem jurídica conferir-se ou não a eficácia executiva às situações de inadimplemento por parte do obrigado.
> É claro que, pelo menos em princípio, dada a gravidade de uma execução forçada, a lei só deve reconhecer um título executivo quando há fortes razões para tanto.

Assim, como os extratos bancários não se constituem em uma prova unilateral pura, decorrente do arbítrio de quem se arvora na condição de credor, bem como a previsão normativa de forte repressão ao uso indevido da CCB, justificam a opção legislativa, ainda que a distinção entre crédito fixo e abertura de crédito pareça não decorrer do tratamento normativo aplicável à CCB.

---

[761] SHIMURA, Sérgio. **Título executivo.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2005, p. 187.
[762] LUCCA, Newton de. **A cambial-extrato.** São Paulo: RT, 1985, p. 173.

## 5.4 Prova unilateral e duplicata

A duplicata, título de crédito ausente nos outros países, teve seu uso consagrado no Brasil não apenas por força da pouca adesão dos brasileiros à letra de câmbio e à ausência de uso comercial da nota promissória, mas também porque foi o instrumento jurídico previsto legalmente para a operacionalização da cobrança de imposto. Colava-se a estampilha na própria cártula a fim de comprovar o recolhimento do imposto devido.[763]

Como aduz Fábio Ulhoa Coelho[764], "A duplicata, assim, é título nascido como controle de incidência de tributos". Assim, a legislação tributária acabou por consagrar a duplicata como meio de controle da arrecadação e, por via transversa, a prática comercial.[765]

A duplicata diferencia-se da letra de câmbio, da nota promissória e de outros títulos de crédito em razão da dispensabilidade de manifestação volitiva expressa do obrigado/devedor. O aceite da duplicata apresenta caráter obrigatório, mas ele pode ser expresso, tácito ou por comunicação, cumprindo notar que somente a assinatura do sacador (credor) é obrigatória[766].

Assim, o saque em si apresenta caráter unilateral e o sacado está obrigado ao pagamento, ainda que não consinta expressamente com a emissão do título de crédito. Isso não significa, contudo, que ao sacador seja lícito emitir duplicatas a seu bel-prazer e que a manifestação do sacado seja juridicamente irrelevante. A dispensa da assinatura pelo sistema jurídico para a gênese da obrigação cambiária não se confunde com a desnecessidade de manifestação volitiva do obrigado, ainda que apenas presumida.

---

[763] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial (Direito de Empresa).** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 454 e 455; COELHO, Fábio Ulhoa. **Títulos de crédito: uma nova abordagem.** São Paulo: RT, 2021, p. 119; ROSA JR., Luiz Emygdio E. da. **Títulos de Crédito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 662.

[764] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial (Direito de Empresa).** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 455.

[765] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial (Direito de Empresa).** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 454 e 455. ROSA JR., Luiz Emygdio E. da. **Títulos de Crédito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 662.

[766] ROSA JR., Luiz Emygdio E. da. **Títulos de Crédito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 699-701.

O que o sistema jurídico comporta é que, comprovada a entrega da mercadoria ou prestação do serviço, bem como não tenha sido tenha recusado o aceite no prazo e condições dos artigos 7º e 8º da Lei 5.474/68 (artigo 15, II, da Lei 5.474/68), presuma-se o aceite da duplicata no silêncio pelo sacado. Esse regime jurídico da duplicata está em consonância inclusive com o regime jurídico geral atribuído ao silêncio pelo Código Civil no artigo 111[767].

Não será o silêncio do sacado, por si só, que gerará um crédito a favor de outrem contra ele oponível, mas um conjunto de documentos que atestem a prestação de serviço ou venda e entrega de mercadorias.

Desse modo, a possibilidade de compreensão da inércia como aceite não autoriza que se tome a omissão, por si só, como prova de entrega da mercadoria ou prestação de serviço.

Por isso, respeitosamente discorda-se do entendimento exarado pelo TJSP[768] de que "a ciência acerca da emissão das notas fiscais consubstancie presunção relativa acerca da realização da operação mercantil nela representada" (excerto do voto da relatora), pois, mesmo ausente irresignação em face do saque de duplicata, ainda assim, será ônus do sacador comprovar a entrega da mercadoria ou prestação de serviço.

A existência de prazo e hipóteses de recusa do aceite não significam que, uma vez inerte o sacado, seria viável presumir sua aquiescência – tanto que a apresentação do comprovante de entrega da mercadoria ou prestação de serviços é condição de exequibilidade da duplicata aceita fictamente. A

---

[767] Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

[768] TJSP, 19ª Câmara de Direito Privado, 1051994-12.2021.8.26.0100, Relatora Desembargadora Daniela Menegatti Milano, julg. 22.05.2023.

De igual modo, equivocado o entendimento de que o protesto não impugnado teria o condão de fazer presumir a existência do débito que emerge nos seguintes julgados: STJ, 4ª Turma, Recurso Especial 247.342, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julg. 11.04.2000; TJSP, 23ª Câmara de Direito Privado, 1005908-17.2020.8.26.0003, Relator Emílio Migliano Neto, julg. 19.11.2022.

Aliás, ser possível deflagrar o procedimento monitório mediante a apresentação da nota fiscal e do protesto – o que já é, por si só, bastante discutível – não se confunde com ser prova suficiente do fato constitutivo do direito a impor à outra parte a demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Aqui retorna o problema acerca da prova suficiente à deflagração da técnica monitória, pois se o sistema se contenta com uma prova inicial fraca, isso significa que, havendo negativa da outra parte, será necessária atividade probatória adicional, ao passo que, se fosse exigida uma prova contundente desde o início, então seria possível dizer que ao acionado caberia infirmar o quanto alegado e provado pela parte autora.

interpretação das regras emanadas dos artigos 7º e 8º da Lei 5.474/68 de que se presumiria a entrega da mercadoria ou a prestação do serviço inclusive destoa intensamente dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*.

Por isso, com razão, o TJSP[769] ao reconhecer que, mesmo no silêncio do sacado, incumbe ao sacador desvencilhar-se da carga da prova da entrega da mercadoria[770]. Revela-se especialmente pertinente à presente tese o trecho do voto da relatora onde dito que "a requerida colacionou tão somente nota fiscal unilateralmente emitida e registro interno da compra. Esses documentos não provam a solicitação do pedido nem a entrega da mercadoria.".

Cumpre observar, ainda, que, apesar de ser admitido o uso da nota fiscal como se duplicata fosse, ainda assim o documento de caráter fiscal não comprova, por si só, a existência de crédito ou débito, devendo ser corroborada, no mínimo, pelo comprovante de entrega da mercadoria ou da efetiva prestação do serviço. Afinal, se não fosse assim, qualquer pessoa habilitada a emitir notas fiscais poderia, arbitrariamente, gerar direitos para si e obrigações para os demais, bastando a emissão de notas fiscais.

O mesmo deve ser dito em relação à fatura que, tal como a nota fiscal, pode ser emitida unilateralmente, mas que não se confunde com o instituto jurídico da duplicata – das três, somente esta última é um título de crédito e um título executivo extrajudicial. Igualmente, como bem adverte Luís Felipe Spinelli[771], em primoroso artigo sobre o tema, "O borderô eletrônico ou o boleto

---

[769] TJSP, 24ª Câmara de Direito Privado, 1028307-96.2022.8.26.0576, Relatora Desembargadora Jonize Sacchi de Oliveira, julg. 26.04.2023.
No mesmo sentido: TJSP, 19ª Câmara de Direito Privado, 1011972-38.2022.8.26.0564, Relator Desembargador Carlos Abrão, julg. 29.03.2023; TJRS, Décima Sexta Câmara Cível, 50001574820218210079, Relator Desembargador Ergio Roque Menine, julg. 29.09.2022.

[770] Nessa mesma linha, aliás, foi o pronunciamento do STJ ao aduzir que "Exatamente em razão da disciplina particular da duplicata, que se interliga a uma relação que opera como causa para sua emissão, a vinculação do sacado ou comprador de mercadorias ao título cambial – porque vinculado pela operação mercantil que lhe é subjacente – pode dar-se de maneira presumida, se o vendedor ou sacador levar os títulos a protesto, acompanhados do comprovante de entrega das mercadorias" (trecho do voto do relator – STJ, Quarta Turma, REsp 2028234, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, julg. 07.03.2023)
No mesmo sentido: TJRS, Décima Sexta Câmara Cível, 50001574820218210079, Relator Desembargador Ergio Roque Menine, julg. 29.09.2022.

[771] SPINELLI, Luís Felipe. Os títulos de crédito eletrônicos e as suas problemáticas nos planos teórico e prático. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, 67, Porto Alegre, AMP-RS, set-dez.2010, p. 145. O autor aponta, de forma contundente, mas antes Lei Federal 13.775/2018, o problema da desmaterialização dos títulos de crédito e da duplicata virtual.

bancário não constituem títulos executivos extrajudiciais", isso porque, tal como a nota fiscal e a fatura, não se constituem em títulos de crédito.

Derradeiramente, no que tange à duplicata, impõe-se notar que com o advento da Lei Federal 13.775/2018 adveio uma séria questão sobre a comprovação da entrega ou prestação do serviço que tem a ver com o problema da prova unilateral. Referida lei previu a constituição de ERTE (entidade de registro de títulos eletrônicos) para fins de escrituração de duplicatas escriturais (virtuais). Essa entidade emitirá extrato do registro eletrônico da duplicata que servirá de título executivo extrajudicial (artigo 7º), desde que observado o artigo 15 da Lei 5.474/2018.

Respeitosamente discorda-se de Fábio Ulhoa Coelho[772] quando aduz que a comprovação da entrega ou da prestação dos serviços pode ser dispensada por declaração do próprio sacador, desde que conste do extrato emitido pela ERTE. Veja-se as palavras do doutrinador[773]: "quando constar do extrato a informação de que a comprovação da entrega e recebimento dos produtos ou da prestação dos serviços foi lançada pelo sacador no sistema".[774]

Causa espécie a afirmação de que o comprovante da entrega seria dispensável por informação constante do extrato que decorreria de ato do próprio sacador. Afinal, aquele que se obrigou a entregar a mercadoria ou a prestar o serviço não pode comprová-lo mediante a mera declaração de que o fez, pois isso viola direta e gravemente os princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e e *nullus testis in re sua*, acabando por

---

Cumpre observar, porém, que o STJ reconheceu a exequibilidade da duplicata virtual antes mesmo do advento da Lei Federal 13.775/2018 (exemplificativamente: STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 1819781, Relator Ministro Raul Araújo, julg. 22.08.2022).
Igualmente chamando a atenção para o fato de que o boleto não se constitui em título de crédito: COELHO, Fábio Ulhoa. **Títulos de crédito: uma nova abordagem.** São Paulo: RT, 2021, p. 119.

[772] COELHO, Fábio Ulhoa. **Títulos de crédito: uma nova abordagem.** São Paulo: RT, 2021, p. 125.

[773] COELHO, Fábio Ulhoa. **Títulos de crédito: uma nova abordagem.** São Paulo: RT, 2021, p. 125.

[774] Note-se que não se trata de um mero lapso de digitação, pois na página imediatamente anterior e na mesma página o doutrinador já havia sustentado que a comprovação da entrega ou prestação de serviço poderia ser "lançada por comando do sacador", hipótese na qual seria necessário o protesto para a configuração do título executivo extrajudicial, diferentemente do que ocorreria quando o comando do registro da entrega ou prestação dos serviços tivesse partido do sacado, pois, então, seria dispensado o protesto para a execução em face do sacado (COELHO, Fábio Ulhoa. **Títulos de crédito: uma nova abordagem.** São Paulo: RT, 2021, p. 124 e 125).

transformar uma alegação em comprovação. Aliás, sequer o sacador poderia incluir essa informação no sistema, pois isso caberia apenas à ERTE enquanto agente operador do mesmo e alguém presumivelmente imparcial.

Ainda na década de oitenta, Newton de Lucca escreveu e publicou tese de Doutorado[775] decorrente de estudo comparatista, especialmente a partir da experiência francesa, sobre o "extrato-cambial", antecipando muitos aspectos disciplinados, mais de três décadas depois, pela Lei Federal 13.775/2018. Na obra, inclusive sustentou explicitamente a necessidade da comprovação da entrega da mercadoria, aduzindo que[776]

> [...] tal executividade decorre não da existência do aceite, bastante incomum nas nossas duplicatas, mas sim do protesto do título juntamente com o comprovante da entrega da mercadoria [...]

Note-se, ainda, que, apesar do artigo 4º, § 3º, da Lei Federal 13.775/2018, dispor sobre a prova da entrega da mercadoria ou da prestação do serviço ("§ 3º O sistema eletrônico de escrituração de que trata o **caput** deste artigo disporá de mecanismos que permitam ao sacador e ao sacado comprovarem, por quaisquer meios de prova admitidos em direito, a entrega e o recebimento das mercadorias ou a prestação do serviço, devendo a apresentação das provas ser efetuada em meio eletrônico.") a lei não prevê explicitamente a competência da ERTE para a verificação e valoração das provas e como isso realmente se daria.

Aliás, o artigo 7º da Lei Federal 13.775/2018 remete ao artigo 15 da Lei 5.474/68 que continua exigindo no inciso II, alínea *b*, o comprovante da entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, tendo a Lei Federal 14.301/2022, ou seja, lei posterior e distinta da Lei Federal 13.775/2018, permitido a prova "por meio eletrônico" que é algo diverso da admissão de que a declaração do sacador baste para comprovar o cumprimento de sua obrigação ou mesmo para outorgar à ERTE competência para declarar, ainda que com caráter provisório, o fato gerador do crédito. A menção da Lei Federal 13.775/2018 ao art. 15 da Lei 5.774/8 que exige a comprovação da entrega ou da prestação do serviço parece desautorizar a interpretação de que bastaria a

---

[775] Assim publicada como livro: LUCCA, Newton de. **A cambial-extrato.** São Paulo: RT, 1985.
[776] LUCCA, Newton de. **A cambial-extrato.** São Paulo: RT, 1985, p. 174.

afirmação da ERTE para se ter o fato como comprovado e assim ser permitido o acesso à via executiva.

A propósito, a certeza necessária à caracterização de um título executivo extrajudicial não admite que se deflagre a execução forçada com base em um documento que supostamente existe e que pode ser, muitas vezes, apenas uma declaração de terceiro (p. ex. transportador[777]). Não se pode descurar, ainda, que a ausência do comprovante de entrega ou de prestação do serviço junto à petição inicial executiva inclusive dificulta muito a oposição de embargos.

Note-se, ainda, que o avanço tecnológico permitiu, ainda, a comprovação da entrega por novos meios, dentre os quais a fotografia ou filmagem da entrega pelo próprio entregador e, quanto mais fácil se torna essa providência, mais justa a expectativa de que realize tal diligência probatória. E, na medida em que tais modos de documentação não-escrita avançam, mais viável se torna a admissão da exequibilidade da duplicata não aceita quando demonstrada, de plano, a realização do serviço ou entrega do produto mediante documento que, de forma inequívoca, comprove tal fato.[778]

Independentemente das questões acima, cumpre notar que, sob o prisma probatório, o extrato da ERTE onde constaria a declaração da própria ERTE no sentido de que houve a entrega/prestação seria uma prova, mas de caráter indireto, pois seria uma afirmação sobre um fato a partir de documentos que comprovariam o mesmo, ou seja, a declaração da ERTE, caso avalie as provas e insira a informação de que o sacador cumpriu sua obrigação no sistema, será um indício e, dada a imparcialidade da entidade, não se tratará de prova unilateral – ao contrário da declaração do próprio sacado.

---

[777] Repudiando a execução de duplicata cuja entrega teria sido declarada pelo transportador, exemplificativamente: TJSP, 12ª Câmara de Direito Privado, 1031132-07.2019.8.26.0224, Relator Desembargador Tasso Duarte de Mello, julg. 27.04.2023; TJSC, Câmara Especial Regional de Chapecó, 2007.038606-6, Relator Juiz Saul Steil, julg. 15.10.2009; TJPR, 15ª Câmara Cível, 382019-7, Relator Desembargador Jucimar Novochadlo, julg. 14.02.2007.

[778] A observação relativa à necessidade do entregador munir-se de sistema que permita a documentação e de que isso já vem ocorrendo em certas ocasiões foram apontadas pelo orientador da presente tese, o Professor Doutor William Santos Ferreira em 26.07.2023.

Por isso, em suma, a duplicata em si não se consubstancia em instrumento jurídico a permitir que alguém, *unilateralmente*, crie obrigações para outrem.

## 5.5 Prova unilateral e demandas previdenciárias

Na seara previdenciária, a discussão sobre o uso da prova unilateral ocorre no curso da utilização de diversos meios probatórios.

Nas demandas nas quais se faz necessária a comprovação de labor rural, documentos onde consta a declaração da própria parte como rurícola, tais como certidão de casamento, filiação a sindicato de trabalhadores rurais, certificado de reservista, dentre outros, surgem como as poucas fontes probatórias ao alcance de quem laborou no meio rural sem formalizar seus vínculos laborais.

São provas unilaterais consistentes em declarações de fato feitas por quem, posteriormente, virá a valer-se das mesmas para obtenção de benefício previdenciário, contudo, as circunstâncias de sua confecção, afastam as razões pelas quais se justificaria seu desprestígio, como se verá adiante.

Os documentos no quais consta a autodeclaração como trabalhador rural acabam por provar o labor no campo quando se tem em vista que a declaração foi feita em um momento no qual sequer se imaginava a possibilidade de, um dia, dela extrair efeitos jurídicos benéficos ao próprio declarante.

Trata-se de declarações da própria parte que, *somente depois*, interessou-se pela utilização dos documentos para a obtenção de benefício previdenciário, mas que, no momento da declaração, não tinha sequer como saber que, futuramente, poderia beneficiar-se com o teor da declaração. Não incidem, assim, as razões que sustentam os princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*, de modo que a valorização jurídica da prova unilateral não decorrerá de uma normatização específica nesse sentido, mas da ausência de razões que sustentem a aplicação de normas em sentido contrário.

Assim, afastada a consciência do potencial jurídico-econômico benéfico ao próprio declarante, não se trata de aceitar a mera alegação como prova, de modo que a assunção da veracidade do quanto declarado torna-se perfeitamente viável. Todavia, o valor jurídico de tais provas não tem a ver com o caráter público dos documentos nos quais lançada a declaração, pois o fato em si é declarado pelo particular – e não constatado pelo servidor público com fé pública.

Aliás, é nesse sentido a exigência legal e jurisprudencial de necessidade de prova material/real, de modo a se fazer necessária a existência de elemento probatório contemporâneo aos fatos que conserve o registro do ocorrido ao longo do tempo – em contraposição à prova fundada na memória, pessoal, fundada na recapitulação humana. Note-se, ainda, que a prova testemunhal não se constitui em prova material/real, mas, nem por isso, se pode dizer que se trata de prova unilateral.

Ainda na esfera previdenciária, mas tendo em vista os pleitos de benefícios por incapacidade, impõe-se a análise do valor probatório dos documentos produzidos por médicos, fisioterapeutas, dentistas e outros profissionais da saúde, seja contratado por quem postula a prestação previdenciária, seja pelo ente previdenciário que, na maioria das vezes, é o INSS.

Como já aduzido no item 4.1.4, a manifestação técnica de profissional alinhado com uma das partes é uma prova unilateral qualificada. O sistema jurídico aceita tal atividade probatória que não pode ser, pura e simplesmente, desconsiderada.

O valor jurídico dos pareceres técnicos é, ora estimado por si só pelo ordenamento jurídico (artigo 472 do CPC), ora como participante ativo do processo de produção da prova pericial (p. ex. artigo 477, § 2º, II, do CPC).

Portanto, a ausência de imparcialidade (note-se que o assistente técnico não está sujeito a impedimento ou suspeição - artigo 466, § 1º, do CPC) não é motivo juridicamente hábil a obstar o reconhecimento de valor probatório às manifestações técnicas dos profissionais contratados pelas partes.

Não é raro que a parte postule o restabelecimento de benefício por incapacidade que não foi prorrogado em sede administrativa, de modo que se opõe à conclusão do INSS por meio de documentos elaborados por profissional de sua confiança. Esses documentos confeccionados por profissionais contratados pela parte, uma vez conjugados com um histórico de concessão de benefícios previdenciários por incapacidade, exames e outros elementos (idade da parte, tipo de trabalho desempenhado, etc.), podem inclusive ser suficientes para a concessão de antecipação de tutela antes da realização de perícia judicial. Porém, não parece adequada a supressão da perícia judicial para que se condene o INSS ao restabelecimento do benefício, da mesma forma que seria indevido o julgamento de improcedência fiando-se no laudo produzido administrativamente e sem que fosse realizada a perícia em juízo.

Ainda sobre o valor da manifestação técnica, mas desta vez enfocando-se o valor probatório do laudo produzido em sede administrativa por profissional do corpo técnico do INSS, é preciso desfazer um grave mal-entendido.

Segundo Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho[779]:

> Ademais, no caso do INSS, o assistente técnico é, em regra, servidor público ocupante de cargo público efetivo, aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos. Pela vinculação aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – art. 37, caput, da CRFB/88), os pareceres técnicos, bem como os laudos elaborados, configuram-se como atos administrativos e, portanto, albergados pelas presunções de legalidade e veracidade.

Contudo, a assertiva acima não parece correta, conforme se passa a explicar.

O servidor público que atue em juízo como assistente técnico do INSS não estará exercendo a função administrativa típica, mas sim desempenhando aquela função prevista no CPC em relação ao assistente técnico. Não há, assim, de nenhum modo, como presumir sua legalidade ou veracidade, pois a sua correção ou desacerto será reconhecido na sentença e tendo em vista a demanda em si – e não a edição de ato administrativo. O assistente técnico do

[779] MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. O valor probante dos pareceres dos assistentes técnicos das partes no processo previdenciário: uma abordagem valorativa. **Revista do TRF3** - Ano XXXII - n. 150 - Jul./Set. 2021, p. 67.

INSS contribuirá para o esclarecimento dos fatos e, havendo a produção de prova pericial, no acompanhamento e crítica do trabalho pericial, sem que se presuma o acerto da opinião manifestada pelo profissional indicado pela parte.

Sequer é possível reconhecer ditas presunções ao laudo produzido administrativamente. Em primeiro lugar, o laudo pericial administrativo constitui em manifestação de caráter técnico-científico, algo incompatível com o objeto de uma declaração coberta pela fé pública. Em segundo lugar, as presunções administrativas funcionam como atributos de caráter funcional aos atos administrativos em si – que no caso será o de concessão ou indeferimento de benefício previdenciário.

Desse modo, por qualquer ângulo que se veja a manifestação técnico-científica do profissional ligado ao INSS, em nenhuma hipótese se poderá atribuir valor jurídico que não o de uma opinião juridicamente relevante, mas não presumivelmente correta.

Por sua vez, a prova testemunhal em matéria previdenciária também enseja debates sobre seu caráter eventualmente unilateral.

A produção da prova testemunhal deve, conforme o CPC, ser produzida em audiência judicial. Por isso, descabe a ordem judicial que, ao invés de encaminhar a realização das oitivas em audiência, compele a parte a produzir e juntar aos autos vídeos com os testemunhos. Como decidiu o TRF4, em mais de uma oportunidade[780], as testemunhas devem ser ouvidas em audiência, exercitando-se plenamente o contraditório e a ampla defesa, ao invés de ser unilateralmente ouvidas extrajudicialmente.

---

[780] Exemplificativamente: TRF4, AG 5049152-11.2022.4.04.0000, NONA TURMA, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 05/12/2022.
Do voto do relator ao conceder efeito suspensivo ao agravo: “é de ser deferido o pedido da parte agravante para autorizar a realização de audiência para oitiva de testemunhas, pois não há previsão para gravação de vídeo de forma unilateral por uma das partes.” (TRF4, Nona Turma, 5049152-11.2022.4.04.0000, julg. 05.12.2022).
Entretanto, depois, no mérito do agravo, alterou-se o relator que proferiu voto em sentido oposto. Ainda, no mesmo sentido: A prova relativa ao período de atividade rural em regime de economia familiar, deve ser feita em juízo, com a garantia da ampla defesa e do contraditório, podendo ser formuladas perguntas e respostas, em atenção ao que dispõe a lei processual sobre a produção de provas. A gravação de testemunhas em vídeo não se presta a susbstituição da realização de audiência para a oitiva de testemunhas. (TRF4, 5044536-90.2022.4.04.0000, Nona Turma, Relator Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, julg. em 27.11.2022)

Em IRDR[781], o TRF4 bem assentou que a oitiva em sede administrativa não dispensa, por si só, a produção da prova testemunhal em juízo, assentando que "Não é possível dispensar a produção de prova testemunhal em juízo, para comprovação de labor rural, quando houver prova oral colhida em justificação realizada no processo administrativo e o conjunto probatório não permitir o reconhecimento do período e/ou o deferimento do benefício previdenciário.".

Porém, há, ainda, uma especificidade na esfera previdenciária, pois houve, com o advento do artigo 38-B, § 2º, acrescido na Lei Federal 8.213/91[782], a possibilidade de autodeclaração de trabalho rural na condição de segurado especial, o que tem levado ao entendimento[783], salvo melhor juízo, equivocado, no sentido de dispensa da realização da audiência para oitiva de testemunhas.

Apesar da previsão legal de eficácia probatória da autodeclaração, pode ser que ela seja entendida como em desacordo com as exigências legais ou regulamentares[784], que se entenda pela ausência de autossuficiência da autodeclaração, ou seja, pela necessidade de prova corroborativa da declaração[785], haja aspectos a serem esclarecidos, especialmente a extensão a período não abrangido por ela. Note-se, ainda, que, muito provavelmente, a autodeclaração já foi rejeitada em sede administrativa pelo INSS, o que gera o legítimo interesse da parte de reforçar o acervo probatório por meio da oitiva de testemunhos.

Existe, por outro lado, o direito-garantia do INSS de comprovar a falsidade do conteúdo da declaração. A eficácia probatória da autodeclaração

---

[781] TRF4, Terceira Seção, IRDR 5045418-62.2016.4.04.0000 (Tema 17), Rel. Des. Fed. Celso Kipper, julg. 13.12.2018.

[782] Artigo 38-B, § 2º, da Lei Federal 8.213/91: "Para o período anterior a 1º de janeiro de 2023, o segurado especial comprovará o tempo de exercício da atividade rural por meio de autodeclaração ratificada por entidades públicas credenciadas, nos termos do art. 13 da Lei nº 12.188, de 11 de janeiro de 2010, e por outros órgãos públicos, na forma prevista no regulamento." (dispositivo incluído pela Lei Federal 13.846/2019).

[783] Voto proferido no mérito agravo já referido: TRF4, Nona Turma, 5049152-11.2022.4.04.0000, julg. 09.02.2023.

[784] A autodeclaração precisa ter sido ratificada por entidades públicas credenciadas, nos termos do artigo 13 da Lei Federal 12.188/2010, ou, ainda, por outros órgãos públicos, na forma regulamentar.

[785] Note-se que há entendimento judiciário, alicerçado em regulamentação interna do INSS, de que a autodeclaração depende de documento corroborador para dispensar a prova testemunhal: TRF4, Turma Regional Suplementar do Paraná, 5009940-03.2020.4.04.7000, Rel. Artur César de Souza, julg. 21.10.2021.

somente pode ser compreendida como geradora de uma presunção legal relativa e, desse modo, à autarquia previdenciária assiste a garantia de revelar a incorreção do conteúdo declarado e de ver comprovados fatos correlatos (p. ex. não se tratar de lídimo segurado especial, mas de empresário rural).

Por sua vez, para que se indefira a produção de prova testemunhal pela parte que se vale da autodeclaração, faz-se necessário declarar judicialmente, no mesmo ato, que o documento prova o fato cujos testemunhos seriam dedicados a demonstrar, na forma do artigo 443, I, do CPC. Indeferir a prova testemunhal e, depois, reputar a autodeclaração insuficiente do ponto de vista probatório, constitui-se em cerceamento de defesa e comportamento jurisdicional contraditório, violador, assim, da boa-fé objetiva em matéria processual.

Por fim, além da já mencionada eficácia probatória da autodeclaração de trabalho rural como segurado especial, o depoimento pessoal, especialmente em sede previdenciária, liga-se à problemática da prova unilateral quando considerado enquanto narrativa da própria parte sobre o ocorrido, fundando-se na memória dos acontecimentos. Apesar de produzido sob o crivo de intenso exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa em audiência – o que descaracteriza a unilateralidade da prova -, quando o depoimento pessoal, especialmente quando a requerimento da própria parte ou tendo em vista perguntas formuladas pelo próprio procurador da parte, assume o caráter de relato e é possível concebê-lo enquanto alegação, mais do que como prova em sentido estrito.

Todavia – e aqui reside a imbricação entre depoimento pessoal e prova unilateral – a exposição do relato em audiência e submissão da versão ao crivo do contraditório coloca o depoente em situação de ter que resistir à ofensiva da parte contrária e à inquirição do magistrado que preside o ato.

Além de questionamentos sobre as provas constantes dos autos, a narrativa será testada para a aferição da coerência dos acontecimentos narrados. Quando invocado o passado rurícola, será examinada a sua cronologia, e, também, o depoente será indagado sobre a geografia da região, as especificidades de cada atividade rural (momento da safra, forma de colheita,

etc.) e do modo de remuneração pelo trabalho. Espera-se, ainda, que o depoente conheça o jargão típico dos lavradores acostumados naquela espécie de serviço naquela específica região.

Desse modo, a capacidade de esclarecer as indagações, prestar informações adicionais às perguntas que até aquele momento desconhecia e de forma espontânea, farão com que as reações do depoente comecem a assumir contornos, não mais de alegações, mas de prova em sentido estrito.

Aliás, Jeremy Bentham[786] pontuava a respeito da prova testemunhal, em lição perfeitamente aplicável ao depoimento pessoal contemporâneo, que a força da prova oral reside justamente no seu caráter responsivo e espontâneo[787]. E, pelo mesmo motivo, Giuseppe Chiovenda[788] elogiou o sistema inglês e criticou o sistema italiano no qual o interrogatório era procedido formalmente, com prévia apresentação por escrito das perguntas, ou seja, em articulado à parte "por artigos"[789], expressão da qual inclusive veio para o Direito brasileiro a revogada liquidação "por artigos" (hoje, substituída pela liquidação pelo procedimento comum – artigo 509, II, do CPC).

Assim, o relato da parte sobre sua vida laboral que, em princípio, serve mais para articular em uma narrativa os elementos probatórios, acaba por, depois, resistindo ao crivo intenso dos atores processuais, assumir uma credibilidade a torná-lo elemento de conhecimento dos fatos.

---

[786] BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição original: 1847), p. 103.

[787] Nesse sentido, a respeito do testemunho por escrito em lide previdenciária, veja-se: Por outro lado, prosseguindo quanto à decisão do juízo a quo facultando a substituição da audiência de oitiva das testemunhas por declarações escritas, entendo configurar violação ao princípio da ampla defesa, pois são declarações unilaterais, não submetidas o crivo do contraditório, portanto não se prestam à substituição da audiência para a produção da prova oral, sob pena de nulidade. (...)
Desta feita, é imprescindível a realização da audiência de oitiva das testemunhas para o deslinde do caso em apreço, que deverá ser designada pelo juízo a quo. (TRF3, 9ª T., 5107093-53.2021.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Gilberto Rodrigues Jordan, julg. 23.09.2021, DJE 29.09.2021)

[788] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume 3.** Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 122-124.

[789] Veja-se que essa forma de proceder existiu no Brasil, bastando ver o artigo 131 do Regulamento 737 de 1850 onde consta "Art. 131. Tendo alguma das partes testemunhas fóra do termo, deverá protestar por carta de inquirição ou na acção ou contestação, ou em audiencia, mas nunca depois de assignada a dilação das provas.
Nesse protesto devem ser indicados os artigos ou factos, sobre os quaes serão inquiridas as testemunhas.".

Por sua vez, ainda no que tange aos feitos previdenciários, o caráter unilateral do PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário) foi apontado em julgado do TRF3[790] para fundamentar o direito da parte à realização de perícia para contrapor-se ao quanto aposto pelo empregador no referido formulário. Esse julgado vai na linha de aresto antecedente do STJ [791] que enfatizou a ausência de caráter judicial e de exercício do contraditório na confecção do PPP.

Por outro lado, como já decidiu o STJ[792], quando o PPP é assinado por profissionais tecnicamente competentes para fazê-lo e as próprias informações poderiam pesar em desfavor da própria empresa, torna-se desnecessária a realização de prova pericial. Porém, é necessário ressalvar que o INSS tem o direito de suscitar dúvida quanto à fidedignidade do PPP, de modo que, havendo indício de eventual falsidade, será devida a realização da perícia enquanto concretização do direito à (contra)prova.

Nesse contexto, revela-se importante recordar que o PPP é preenchido por pessoa diversa das partes da lide previdenciária, mas isso não significa que se trate de documento de confecção desinteressada, pois a empresa pode fornecer informações falsas – em detrimento do ex-empregado – para beneficiar-se de carga tributária menor e menos obrigações trabalhistas. Por isso, o problema do PPP não reside propriamente na unilateralidade enquanto potencial alinhamento aos interesses de uma parte litigante, nem exatamente na ausência de formação em contraditório, mas na possível falta de honestidade do terceiro que pode estar, indevidamente, buscando auferir vantagem com a prestação de uma versão falsa da realidade.

Se a credibilidade do PPP fosse baixa exclusivamente por força da ausência de confecção extrajudicial e sem o crivo do contraditório, então se justificaria a perícia judicial igualmente quando o formulário fosse favorável ou desfavorável ao segurado, mas não é isso que ocorre, pois a própria jurisprudência inclina-se no sentido de que, sendo favorável ao segurado o PPP, isso já sustentaria o reconhecimento do direito e se revelaria desnecessária

[790] TRF3, 10ª Turma, 5013429-21.2023.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelson Porfírio, julg. 25.10.2023.
[791] STJ, 1ª Turma, Agravo Interno em Agravo no Recurso Especial 576.733, Rel. Min. Napoleão Nunes Mais Filho, julg. 25.10.2018.
[792] STJ, 5ª Turma, Recurso Especial 689.185, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. 07.06.2005.

prova pericial. Desse modo, o PPP muitas vezes precisa ser contrastado pela perícia em juízo por força da real possibilidade de que a empresa esteja, indevidamente, usando o formulário para proteger seus próprios interesses.

Não se pode ignorar, ainda, que pode ocorrer o oposto, a saber, a confecção de um PPP com dados falsos para beneficiar, indevidamente, o segurado, até mesmo como uma troca de favores por meio do qual o ex-empregado recebe apoio para obter uma aposentadoria indevida enquanto a ex-empregadora obtém a promessa de inação quanto à exigência de direitos trabalhistas. Por isso, não se pode, antecipadamente, excluir a possibilidade do INSS insurgir-se contra o conteúdo do PPP e buscar legitimamente a realização da prova pericial.

## 5.6 Prova unilateral e autodeclaração para o exercício de direitos fundamentais

Em diversas ocasiões, o sistema jurídico permite que se presuma verdadeira uma alegação de fato para que o declarante possa dele extrair efeitos jurídicos, em juízo ou fora dele.

Isso ocorre, por exemplo, no que tange à gratuidade da justiça (artigo 99, § 3º, do CPC), à autodeclaração para acesso às cotas raciais para ingresso em universidades federais e instituições federais de ensino técnico (artigos 3º e 5º da Lei Federal 12.711/2012) e em cargos da administração pública federal (artigo 2º, *caput*, da Lei Federal 12.990/2014), bem como no já examinado caso da autodeclaração de segurado especial (artigo 38-B, § 2º, da Lei Federal 8.213/91 – incluído pela Lei Federal 13.846/2019).

A autodeclaração juridicamente admitida e presumidamente verdadeira pelo ordenamento jurídico é a prova unilateral em sua essência mais pura, pois é produzida solitariamente e nela a alegação e prova do fato se confundem por expressão admissão do sistema jurídico. Trata-se de regra que excetua a aplicação dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua* para promover outros valores, dentre os quais o acesso à justiça, à educação, ao trabalho, bem como as eficiências processual-judiciária e administrativa.

A autodeclaração costuma ser aceita enquanto prova provisória, funcionando como ato deflagrador de uma presunção relativa. O declarante frui os efeitos do fato declarado até que sobrevenha decisão judicial ou administrativa, a depender do caso, em sentido contrário.

Em alguns casos, o caráter relativo, provisório, da presunção, consta expressamente na lei, tal como se depreende dos artigos 99 a 101 do CPC e do artigo 2º, parágrafo único, da Lei Federal 12.990/2014 – que inclusive foi declarado constitucional pelo STF na ADC 41[793]. E, no caso das cotas raciais para acesso aos ensinos públicos, o STF (ADC 41) assentou que "a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação".

Porém, isso não significa que, ausente previsão legal expressa da possibilidade de aferição da veracidade da afirmação, tornar-se-ia juridicamente inadmissível a comprovação de que a declaração difere da realidade e, por isso, as universidades federais e institutos técnicos federais, cuja lei de cotas para ingresso não prevê expressamente o caráter relativo da presunção, podem verificar se a autodeclaração realizada pelos candidatos e alunos é verídica ou falsa.

O sistema jurídico admite a eficácia jurídica da declaração por parte do próprio interessado, mas até que advenham elementos que revelem a falsidade do quanto declarado, não se coadunando com ele, em regra[794], a permanência de efeitos jurídicos de um fato informado falsamente (ainda que por engano – e não intencionalmente), até mesmo para que se iniba a prestação de informações falsas. Aqui, não se está no campo das presunções absolutas nas

[793] STF, Pleno, ADC 41, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julg. 08.06.2017.

[794] Note-se que se deve proteger a confiança legítima despertada e repelir-se condutas contraditórias. Por isso, em caso complexo e delicado, a 4ª Turma do TRF3, em julgado decidido por maioria e no rito do julgamento por composição ampliada (5003968-72.2020.4.03.6000, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, Relator para o acórdão Desembargador Federal Marcelo Saraiva, julg. 22.09.2022), entendeu que o estudante universitário que se autodeclarou preto/pardo e que já havia sido submetido a heteroidentificação não poderia ser considerado distintamente e excluído do curso de Medicina após cinco semestres. No caso ainda houve divergência a respeito de constar ou não no edital a previsão de sujeição à heteroidentificação.

quais o legislador elege fatos e deles presume certas características e atribui efeitos jurídicos (p. ex. da menoridade previdenciária presume-se absolutamente a dependência econômica para fins de pensão por morte), mas diante de declarações factuais feitas pelo próprio interessado em delas extrair direitos, de modo que a outros interessará a averiguação da efetiva existência do fato declarado.

Quando o legislador escolhe determinado fato para a partir dele presumir determinadas características e atribuir determinados efeitos, está-se no espaço de conformação legislativo, podendo ser atribuído caráter absoluto ou legal à presunção. Contudo, quando ocorre a permissão legal para que a própria pessoa interessada declare a ocorrência de um fato, essa realidade não é pura e simplesmente presumida pelo legislador, mas permite-se a presunção de sua veracidade quando declarada e até que sobrevenha prova em sentido contrário. Por isso, a presunção decorrente da autodeclaração assume caráter relativo, ainda que ausente previsão legal nesse sentido.

## 5.7 Prova unilateral e produção extrajudicial de prova testemunhal no curso de processo criminal

A análise da utilização da prova unilateral no Direito Criminal é realizada na presente tese mediante o estudo e crítica de um emblemático caso julgado pelo STJ no qual a corte enfrentou o problema da validade de testemunhos colhidos extrajudicialmente pelo Ministério Público no curso de processo criminal.

O STJ, ao apreciar o HC 148.787[795], entendeu pela impossibilidade de apresentar-se ao corpo de jurados o resultado da oitiva de testemunhas que foram inquiridas administrativamente pelo Ministério Público depois de já iniciado o processo criminal. Uma testemunha teria sido ouvida de tal forma porque iria estar fora do território nacional no dia da realização da sessão de julgamento

[795] STJ, Sexta Turma, Habeas Corpus 148.787, julg. 20.10.2016.

pelo Tribunal do Júri e a razão da tomada extrajudicial do testemunho da outra pessoa remanesceu desconhecida.

Corretamente, o STJ aduziu que a oitiva em juízo é o modo legal de produção da prova, sob pena de ferir-se as garantias do contraditório, da ampla defesa e obstar-se que o magistrado controle a realização do ato. No julgado enfatizou-se o caráter unilateral da produção da prova e ordenou-se que o testemunho não fosse apresentado aos jurados ou sequer mencionado no plenário do Tribunal do Júri.

Nesse contexto, cumpre observar que a coleta dos relatos em sede administrativa, além de obstar o controle judicial da realização do ato, impediu o exercício do contraditório e da ampla defesa na produção da prova, não se podendo aceitar, por exemplo, argumento no sentido de o contato posterior com o testemunho juntado aos autos permitiria o exercício das garantias fundamentais defensivas.

O contraditório e a ampla defesa, assim como o direito à prova, impõem sua promoção não apenas em etapa posterior à realização da confecção da prova testemunhal em si, mas igualmente no ato de sua produção e inclusive em relação aos momentos precedentes de sua postulação e deferimento.

Sobre o tema, bem pontua Gustavo Badaró[796] que “Um saber depurado pelo contraditório oferece garantias maiores do que um saber buscado unilateralmente” e que

> A necessidade de um contraditório forte, na produção da prova decorrente de fontes pessoais, decorre do valor heurístico do contraditório, como um eficiente mecanismo para a busca da verdade.[797]

Acertadamente, o STJ repeliu a equivocada compreensão adotada por instância *a quo* de que se trataria de prova documental e, por isso, admissível – é impressionante que até hoje não se tenha generalizado o entendimento de que a natureza da prova se dá sua substância e não pela forma, até mesmo porque dificilmente a prova não será documentada no ingresso nos autos. Se a

[796] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: RT, 2019, p. 66.
[797] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: RT, 2019, p. 199.

forma definisse a espécie probatória, confundindo-se prova documental e prova documentada, praticamente toda prova seria, equivocadamente, entendida como documental. A oitiva de um relato e, ainda que, indevidamente tomado fora de juízo, terá caráter testemunhal e pessoal. Veja-se, ainda, que enquanto a prova documental é submetida ao contraditório, a prova testemunhal é produzida sob o crivo do contraditório[798].

Note-se que o júri estava para ocorrer e tal ocasião seria o momento legalmente previsto para a oitiva das testemunhas. A antecipação e extrajudicialização deu-se por alegada viagem ao exterior de uma das testemunhas na data do julgamento popular e a razão da tomada do depoimento irregular da outra testemunha restou desconhecido. Assim, adotou-se indevidamente procedimento de produção da prova testemunhal que inclusive poderia eventualmente ainda ocorrer regularmente ou simplesmente inocorrer (o que seria melhor do que a oitiva realizada da forma que foi).

Contudo, contraditoriamente e indevidamente, apesar de reconhecer-se a ilicitude do modo de coleta dos testemunhos e da vedação de menção dos mesmos pelas partes e pelo magistrado, manteve-se a prova nos autos, ao arrepio do devido processo legal e permitindo a contaminação dos demais atores processuais (exceto o Conselho de Sentença) pela prova produzida ilicitamente. Somente a efetiva exclusão dos autos permitirá, por exemplo, que em grau recursal as partes e os julgadores não sejam (indevidamente) influenciados pela prova produzida ao arrepio da lei[799] – nesse sentido, aliás, prescreve o artigo 157, *caput* e § 5º, do CPP[800].[801]

---

[798] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: RT, 2019, p.199.

[799] No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ, 2005, p. 348.

[800] Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) [...] § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[801] Especificamente quanto ao Tribunal do Júri, Gustavo Badaró (**Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: RT, 2019, p. 50) observa que a inexistência de fundamentação por parte do Conselho de Sentença faz com que a exclusão dos autos seja o único modo de controle da tomada de decisão com base em provas pouco ou nada confiáveis.

## 6. Prova unilateral: parâmetros dogmáticos para sua valoração em conformidade com as garantias jusfundamentais do Estado Democrático de Direito.

Como aponta Pierre Legrand[802], ao final da pesquisa a ambição de completude pode ser honrosamente substituída pela admissão da incompletude da tarefa interpretativa e que, a seu modo, ela ainda e sempre permanecerá em aberto.

Antes, contudo, o arremate da trajetória serve à identificação das conclusões alcançadas e de quais perspectivas para outras pesquisas já são vislumbradas.

Então, expostos alguns dos pressupostos do Direito Probatório contemporâneo (capítulo 1), consideradas razões - *de lege ferenda* - para a aceitação e rejeição da prova unilateral no segundo capítulo, uma vez situada a prova unilateral no sistema jurídico brasileiro (capítulo 3), depois, tendo sido considerados os fundamentos a qualificar a prova unilateral no quarto capítulo, bem como após a apresentação e crítica de alguns usos da prova unilateral no cotidiano forense, impõe-se, neste derradeiro capítulo, o exame da prova unilateral em face das garantias constitucionais processuais e sua operacionalização.

Aqui, neste sexto capítulo de caráter conclusivo, na medida em que a prova unilateral já foi conceituada e compreendida, retoma-se a análise dos fundamentos do Direito Probatório para articular os contornos de um uso dela de modo juridicamente válido e praticamente relevante.

---

[802] LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro.** Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 114.

## 6.1 Prova unilateral, acesso à justiça, direito à prova, contraditório, ampla defesa e eficiência.

A prova unilateral desempenha relevante função demonstrativo-persuasiva, contribuindo para a apuração dos fatos e, assim, para a realização de uma correta aplicação do Direito e promoção da Justiça.

A consideração da prova unilateral como integrante do acervo probatório atende ao princípio epistêmico de que o incremento de elementos probatórios tende a contribuir para a descoberta da verdade[803]. Desse modo, a admissão das provas unilaterais contribui para o *accertamento* dos fatos e permite que as hipóteses sejam cotejadas em face da realidade. Assim, a admissão da prova unilateral, ao contribuir na apuração dos fatos, promove o acesso à justiça.

Por outro lado, suprimir a possibilidade de sua utilização implica em restringir consideravelmente as possibilidades de revelação da aferição da veracidade/falsidade das alegações. Negar pura e simplesmente o uso de provas unilaterais implicaria em suprimir um considerável plexo de instrumentos de revelação fática, restringindo intensa e indevidamente o acesso à justiça.

A ausência de participação da outra parte interessada e de terceiro desinteressado não podem, por si sós, obstar a valoração de elemento probatório que possua o potencial para auxiliar no esclarecimento dos fatos. Aliás, se a oportunização do contraditório e da ampla defesa fossem absolutos, sequer a ata notarial poderia ser confeccionada sem a participação da outra parte e nem mesmo um corriqueiro atestado médico poderia ser juntado aos

---

[803] Sobre referido princípio epistêmico, sustentando sua existência: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: RT, 2019, p. 66 e 155; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 102.

autos, afinal, a outra parte não teve a oportunidade de participar do exame do paciente no consultório do profissional que emitiu o documento sanitário.

É da admissibilidade e da possibilidade de atribuição de valor probatório à prova unilateral que decorrem efeitos jurídicos e consequências práticas relevantíssimas no cotidiano, bastando pensar no uso de um documento onde estampada declaração de ciência da própria parte interessada feita quando ainda ausente qualquer litigiosidade, a do testemunho qualificado de servidores públicos em relação aos fatos presenciados em que ensejarão atos administrativos, bem como nas autodeclarações e nas manifestações técnicas de profissionais de confiança das partes.

Além disso, a adoção de entendimento absolutamente refratário à prova unilateral poderia, ao fim e ao cabo, inviabilizar drasticamente a exigência de débitos bancários, prejudicando severamente o funcionamento do sistema financeiro e o respectivo acesso ao crédito. Nessa mesma linha, o funcionamento da Administração Pública e, consequentemente, o cumprimento das competências estatais, demanda a possibilidade de prestigiar-se a prova unilateralmente produzida.

Assim, o direito à prova é promovido por provas unilaterais que, muitas vezes, constituem-se no meio mais eficiente de aporte dos fatos no mundo jurídico – e a completa impossibilidade de uso de provas unilaterais tornaria o mundo que conhecemos muito menos eficiente ou, até mesmo, disfuncional.

Por sua vez, a real contribuição da prova unilateral para o conhecimento do ocorrido e, eventualmente, do que ainda esteja ocorrendo ou que poderá ocorrer, consiste em aspecto concernente à valoração probatória.

O que não pode ocorrer, todavia, é o prestígio às provas unilaterais sem a consideração de quais os fundamentos que incrementam sua credibilidade.

## 6.2. Fundamentação, valoração e funções da prova unilateral.

Como bem ensina Michele Taruffo[804], a motivação dos provimentos jurisdicionais não é o relatório do *iter* lógico ou psicológico percorrido pelo magistrado, mas a justificação posterior que permitirá o controle da racionalidade da decisão. Aliás, de modo perspicaz Marina Gascón Abellán[805] observa que a fundamentação da decisão é uma *justificação* – e não uma *explicação*. E, quanto à questão de fato, isso não é diferente.

O juízo de fato não é subjetivo, solipsista e incontrolável. Não se trata de um raciocínio blindado a qualquer escrutínio, mas antes de fenômeno passível de controle com base em regras e critérios intersubjetivos. Cabe ao julgador explicitar quais as razões pelas quais prestigiou determinado elemento probatório, as inferências probatórias que realizou, bem como justificar a compreensão alcançada do conjunto probatório, de modo a fundamentar a conclusão alcançada.[806]

No exame do acervo probatório, impõe-se o exame das corroborações (reforço mútuo), contrariedades (oposições diretas) e contradições (oposições indiretas)[807]. Deverá ser averiguada a simplicidade da hipótese, sua probabilidade ante o que ordinariamente ocorre, a eventual presença de prova que sustente a versão contrária, a diversidade de fontes

---

[804] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** 4ª ed. (espanhola) Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2011, p. 435. Ainda: ALVIM, Teresa Arruda. **A fundamentação das sentenças e dos acórdãos.** São Paulo: EDC, 2023, p. 42.

[805] ABELLÁN, Marina Gascón. **Cuestiones probatorias.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, capítulo IV, item 1 (Kindle).

[806] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** 4ª ed. (espanhola) Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2011, p. 435 e 436.

[807] Essas correlações foram parcialmente inspiradas pela lição de Norberto Bobbio ao tratar das antinomias entre normas jurídicas *in* **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011, p. 88.

probatórias a confortar a narrativa, bem como a superveniência de outras provas no mesmo sentido, sendo tais elementos aquilo que determinada parcela da doutrina vem denominando de *sintomas de verdade*[808]. Por sua vez, cumpre recordar que o fato disso nem sempre ocorrer na prática nada diz sobre a obrigatoriedade de fazê-lo[809].

Feita essa breve retomada acerca do dever de fundamentação, impõe-se a análise do que distingue a valoração da prova unilateral e que deve ser abordado na motivação do provimento jurisdicional.

Admitida a prova unilateral, ela possui maior valor probante em razão de dois fatores, como já exposto no capítulo 4, a saber: a) existência de norma jurídica que preveja valor probatório; b) ausência de motivo para aplicação dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*.

Quanto ao valor probante decorrente da ausência de motivo para aplicação dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*, impõe-se recordar a relevância da (im)possibilidade e da (im)probabilidade de manipulação, bem como do momento da feitura da prova, bem como da ciência do potencial para beneficiar aquele que a produziu são elementos que influenciam no peso da prova unilateral. Quanto maior a facilidade de produção de prova que apresente informações falsas e quanto maior o potencial de ciência da possibilidade de utilizar a prova em benefício próprio, então menor a força probatória da prova unilateral – e vice-versa.

Por isso, a consideração da prova unilateral exige manifestação jurisdicional concreta, específica, sobre os fatores acima elencados, além da necessária articulação argumentativa com o restante do conjunto probatório.

Se existe norma prestigiando o valor probatório da prova unilateral, impõe-se a sua invocação. De igual modo, se, no caso concreto, inexiste

---

[808] RUÇO, Alberto Augusto Vicente Ruço. **Prova e Formação da Convicção do Juiz.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, especialmente p. 155-205. Note-se que o doutrinador português seguiu, no ponto, o vaticínio de Mario Bunge, desenvolvendo a aplicação dos sintomas de verdade na formação do provimento jurisdicional.

[809] TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** 4ª ed. (espanhola) Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2011, p. 436-438.

fundamento para a aplicação dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*, deve a fundamentação do provimento jurisdicional manifestar-se nesse sentido. Isso porque a fundamentação sobre a questão de fato exige uma consideração analítica sobre a prova em si considerada e sobre sua interação com as demais[810].

Exemplos poderão tornar mais claro o exposto acima. Veja-se.

A decisão que considere um livro empresarial como documento a corroborar a versão do próprio autor da fonte probatória deverá apontar que o faz com espeque nos artigos 418 do CPC e 226 do Código Civil. Deverá, ainda, mostrar como o livro empresarial é corroborado por outros elementos probatórios, justificando a conclusão alcançada de modo a apontar que não se presumiu a veracidade das informações a partir do documento empresarial considerado isoladamente, mas que ele foi uma das fontes probatórias a sustentar o entendimento alcançado, tendo sido suficientemente corroborado pelo restante do acervo probatório. Desse modo, cumpre-se o dever de fundamentação apontado a norma que qualifica juridicamente a prova unilateral.

Em outra situação, na qual um diário onde constam informações sobre a relação socioafetiva entre uma criança e os adultos do seu entorno poderá ser de grande valor probatório em uma lide envolvendo vínculo parental, mas será necessário apontar na fundamentação que a prova feita solitariamente é prestigiada pelas circunstâncias de sua confecção evidenciarem a falta de ânimo de beneficiar-se com a informação aportada no documento, revelando, assim, ausência de razão para incidência dos princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*.

Ainda que inexista um óbice jurídico para que se considere a prova unilateral como hábil a sustentar o reconhecimento jurídico de uma alegação de fato, na maioria das vezes ela não será capaz de, isoladamente, sustentar o grau de demonstração necessário para o acolhimento da versão.

---

[810] FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 85.

Em outras palavras, a prova unilateral tende a não ser capaz de fazer com que a performance probatória atinja o *standard* probatório necessário – mesmo quando for o da mera preponderância de provas, pois a leve superioridade probatória de uma narrativa sobre a outra não atende à necessidade de desencargo do ônus probatório[811].

Existe uma tendência da prova unilateral desempenhar uma função demonstrativo-persuasiva de caráter auxiliar, secundário, algo similar ao que se dava na Itália com o *argomento di prova*[812] e no Brasil com a prova semi-plena ou imperfeita, considerada como aquela, conforme Moacyr Amaral Santos[813], "que produz alguma fé, mas não tanta que baste para demonstração da verdade, sem algum adminículo (Ord., liv. 3.º, tit. 52, pr.)", cumprindo observar que as Ordenações Filipinas utilizaram no ponto o termo "meia prova".

Essa vocação da prova unilateral para o desempenho de uma função probatória auxiliar é ilustrada pelo que ocorre nas ações monitórias, como já apontado no capítulo 5.

Ainda que se enfatize que a prova escrita necessária para a deflagração do procedimento monitório não precise ser assinada pelo suposto devedor, a análise da jurisprudência e da doutrina revelam que normalmente a prova unilateral acaba por ser acoplada a uma prova bilateral, formando um conjunto apto a aparelhar o manejo da ação monitória. Tanto é assim que o STJ[814] rejeitou a demanda monitória fundada exclusivamente na prova unilateral. Note-se, ainda, que, atualmente, o CPC inclusive exige que da prova escrita emerja a evidência do direito do autor – o que torna ainda mais forte a argumentação de que a prova unilateral não permite a deflagração do procedimento monitório.

---

811 Nesse sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 177.

812 Rossana Petrucci e Maria Francesca Mazzitelli aduzem que o *argomento di prova* "offre soltanto elementi per la valutazione di vere prove" (**Codice Civile Esplicato Minor.** Napoli: Simone, 2022, p. 1.026), mas, atualmente, já vem se entendendo que ele pode sustentar o reconhecimento de uma alegação de fato, tal como ocorre no caso do comportamento da parte de recursar-se a participar de exame de DNA (RONCARÀ, Daniele. La classificazione dei mezzi di prova. *In*: PREVITI, Stefano. (Org.) **Le prove civili.** Milano: Wolter Kluwer, 2018, p. 14 e 15).

813 SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 64.

814 Como exposto em julgado analisado no capítulo anterior: STJ, Quarta Turma, Recurso Especial 264.060, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 07.11.2000.

O caráter auxiliar da prova unilateral revela-se, também, nas ações, seja de conhecimento, seja de execução, nas quais exigido o pagamento por crédito instrumentalizado pela emissão de duplicata, pois a ausência de aceite precisa ser suprida por comprovante da entrega da mercadoria ou da prestação do serviço. De igual modo, repele-se aqui o entendimento jurisprudencial[815] que presume a existência do débito pelo mero protesto não impugnado – afinal, o protesto em si não prova o crédito do protestante.

Além disso, nas ações de cobrança movidas por instituições financeiras o extrato bancário precisa ser conjugado com documentos que revelem a abertura da conta, pois será a demonstração de que houve a manifestação volitiva do alegado devedor que permitirá uma segurança mínima de que, pelo menos, realmente se trata de cliente daquela instituição financeira. Como aduzem Nelson Abrão e Carlos Henrique Abrão[816]:

> Verdadeiramente, sem sombra de dúvida, houve substancial aumento do número de golpes aplicados na praça, com abertura de contas por meio de documentos originais ou fabricados, constrangendo aquele cujo nome é lançado no cadastro negativo, daí por que responde o banco pelo ato do preposto lesivo à tutela do consumidor.
> Destarte, imprescindível conserve a instituição financeira todos os dados da conta, as alterações e os documentos que deram ensejo à sua abertura, para que numa eventual demanda possa comprovar ter agido dentro dos limites normativos e da regulação do Banco Central do Brasil.

Desse modo, a prova que não seja unilateral representa, aqui, mais uma vez, uma necessária ancoragem na realidade.

Por sua vez, o papel auxiliar da prova unilateral também se revela quando se observa que o livro empresarial não vem sendo aceito como prova

---

[815] Esse equívoco foi examinado no capítulo 5, sendo exemplos de tal posicionamento os seguintes arestos: STJ, 4ª Turma, Recurso Especial 247.342, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julg. 11.04.2000, TJSP, 23ª Câmara de Direito Privado, 1005908-17.2020.8.26.0003, Relator Emílio Migliano Neto, julg. 19.11.2022.

[816] ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário.** 12ª ed. Atualizada por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224 e 225.

suficiente para, por si só, sustentar a versão de seus produtores, como vem sendo apontado tanto pela doutrina[817] quanto pela jurisprudência[818].

Igualmente no que tange às manifestações técnicas e científicas de profissional de confiança da parte. Apesar do papel de esclarecimento e confrontação desempenhado, dificilmente suprimirão a necessidade de posterior realização de prova pericial.

Assim, em muitos casos, a prova unilateral, conjuntamente com provas que não sejam unilaterais, colabora para que se atinja o *standard* probatório necessário.

Em outras situações, por sua vez, a prova unilateral sustenta, em princípio, a alegação de fato.

Quando um servidor público observa que alguém dirige sem cinto de segurança, por exemplo, seu testemunho qualificado pelo relativo desinteresse no pagamento da multa somado à necessidade de atribuição de valor probatório ao seu relato para desempenho de competências administrativas fazem com que a motivação do ato administrativo seja tida como, em princípio, provada pela palavra do agente de trânsito. Nesse caso, o Estado vale-se de prova unilateral para ver restringidos os princípios da incolumidade das esferas jurídicas, *nemo sibi titulum constituit* e *nullus testis in re sua*.

Como já aduzido no item 4.1.1, não se pode reconhecer no relato do agente de trânsito uma declaração presumidamente verdadeira de modo a impor ao particular o ônus de comprovar a falsidade do conteúdo da declaração, ainda que os atributos do ato administrativo sancionador permitam que se adentre na esfera jurídica do particular sem sua anuência.

Logo, se a punição for impugnada pelo particular e se for gerada *efetiva dúvida* (*standard* probatório) sobre a efetiva ocorrência da infração de

---

[817] LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Artigo 418. *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 142; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 734.

[818] Veja-se, nesse sentido, o julgado examinado no capítulo 4: TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, 1074895-08.2020.8.26.0100, relator Desembargador Cesar Ciampolini, julg. 24.08.2022

trânsito, a preponderância probatória que amparava a aplicação da reprimenda esvai-se, de modo a impor o descarte da versão estatal. Relembre-se que não cabe ao particular provar que não cometeu uma infração de trânsito, mas ao ente público provar que o acontecimento previsto no suporte fático da norma punitiva ocorreu na realidade, e isso pode ser feito, em muitos casos[819], pelo relato do agente público – note-se, porém, que o avanço tecnológico torna cada vez menos aceitável que a palavra do servidor sustente, sozinha, a sanção.

Apesar de ser, em princípio, suficiente para sustentar a aplicação de sanções decorrentes de infrações de trânsito, quando as circunstâncias evidenciarem um cenário probatório dúbio inexistirá o desencargo do ônus probatório necessário à manutenção da penalidade. Assim, o particular não tem que fazer prova a infirmar uma presunção de veracidade, mas basta um estado de dúvida a revelar que o *standard* probatório não foi satisfeito pela Administração Pública. Recorde-se, mais uma vez, que a performance probatória levemente superior não se revela capaz de atender à necessidade de desencargo do *onus probandi* e atendimento do standard probatório da preponderância de provas[820].

Em outras ocasiões, a prova unilateral sustenta provisoriamente a alegação de fato, tal como ocorre nas autodeclarações de hipossuficiência para fins de gratuidade e racial para fins de acesso às cotas no ingresso ao sistema educacional e em concursos públicos. A autodeclaração gera efeitos e, até posterior aferição da qual resulte a constatação de fato diverso do declarado, presume-se verdadeira. Contudo, nesses casos, se na aferição posterior emergir um estado de dúvida, manter-se-á a eficácia da autodeclaração, pois presume-se a veracidade dela. Aqui, a prova unilateral desempenhará efetivamente o elemento deflagrador de uma efetiva presunção de veracidade.

---

[819] Nem sempre, todavia, pois a constatação de excesso de velocidade exige medição por instrumento específico e fotografia (vide Resoluções 798 e 804, ambas de 2020, editadas pelo CONTRAN).

[820] Nesse sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 177.

## 6.3 Aplicando algumas das contribuições sustentadas na presente tese: análise da *Carta de Pero Vaz de Caminha*

Como já referido no item 3.3.3, ainda que a interpretação jurídica não seja um exercício, a rigor, falseável[821], a exposição de um argumento e a contraposição de um outro que com ele seja incompatível revela-se um salutar modo de raciocinar sobre o (des)acerto da compreensão jurídica.

Isso posto, a análise da veracidade da declaração de Pero Vaz de Caminha em sua célebre *Carta* constitui-se um profícuo modo de testar algumas das contribuições teóricas constantes da presente tese, comparando-se as razões pelas quais se pode reconhecer a correspondência entre o quanto declarado e a realidade e outras que revelem a falsidade do relato, seja de forma intencional (mentira), seja de forma não-intencional (equívoco, engano).

Aqui, interessa especialmente a declaração de Pero Vaz de Caminha de que o primeiro contato entre portugueses e os indígenas foi amistoso, pacífico. Segundo Caminha[822]:

> Eram pardos, todos nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas. Nas mãos traziam arcos com suas setas. Vinham todos rijos sobre o batel; e Nicolau Coelho lhes fez sinal que pousassem os arcos. E eles os pousaram.
>
> Ali não pôde desses haver fala, nem entendimento de proveito, por o mar quebrar na costa. Somente deu-lhes um barrete vermelho e uma carapuça de linho que levava na cabeça e um sombreiro preto. Um deles deu-lhe um sombreiro de penas de ave, compridas, com uma copazinha de penas vermelhas e pardas como de papagaio; e outro deu-lhe um ramalhete grande de continhas brancas, miúdas, que querem parecer de aljaveira, as quais peças creio que o Capitão manda a Vossa Alteza, e com isto se volveu às naus por ser tarde e não poder haver deles mais fala, por causa do mar.

Exposto o testemunho, impõe-se uma análise das razões pelas quais se pode admitir a veracidade ou falsidade do mesmo.

Como uma das razões de incredulidade perante o relato de quem é interessado na declaração favorável consiste no risco de que se esteja apenas

---

821 Nesse sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. **Biografia não autorizada do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2021, p. 259. Nas palavras do autor "A interpretação das normas jurídicas não é falseável." (*Idem*, *ibidem*).

822 CAMINHA, Pero Vaz de. **A carta de Pero Vaz de Caminha.** Petrópolis: Vozes, 2019, p. 8 e 9.

promovendo o próprio interesse, cumpre indagar: por que Pero Vaz de Caminha mentiria no seu relato ao rei D. Manuel I?

É possível pensar no interesse de Pero Vaz de Caminha de constituir um documento que amparasse uma narrativa histórica na qual avultasse o caráter bondoso e pacífico do colonizador. Seria um atestado de virtude própria a ancorar uma imagem benigna aos olhos do mundo.

A *Carta*, caso deliberadamente falsa, serviria à justificativa da ação colonizadora, servindo de prova da boa vontade do colonizador. A mentira serviria não apenas à opinião pública, mas facilitaria a colaboração de aliados poderosos, dentre os quais a Igreja Católica Apostólica Romana.

Por outro lado, revela-se possível pensar que Pero Vaz de Caminha tenha realizado apresentado um testemunho falso, não deliberadamente, mas por mero engano, equívoco.

Pero Vaz de Caminha não foi, no primeiro momento, até a praia, não tendo entabulado diretamente o inédito contato entre indígenas e portugueses. Segundo o próprio escrivão lusitano:

> Dali avistamos homens que andavam pela praia obra de sete ou oito, segundo disseram os navios pequenos, por chegarem primeiro. Então lançamos fora os batéis e esquifes, e vieram logo todos os capitães das naus a esta nau do Capitão-mor, onde falaram entre si. E o Capitão-mor mandou em terra no batel a Nicolau Coelho para ver aquele rio. E tanto que ele começou de ir para lá, acudiram pela praia homens, quando aos dois, quando aos três, de maneira que, ao chegar o batel à boca do rio, já havia ali dezoito ou vinte homens.

E não fica claro se acompanhou ou não Nicolau Coelho em uma segunda. Se ele não estava junto com Nicolau Coelho, pode ter visto a interação social, mas dependendo da distância que estava, torna-se especialmente difícil que seu relato detalhado seja realmente confiável – o que abre margem para que o quanto declarado seja baseado em outro(s) relato(s) ou até fruto da imaginação do escritor.

Hans Ulrich Gumbrecht[823], apesar de acreditar na veracidade da *Carta* e de referir que os estudiosos acreditam na conformidade do quanto declarado, fez uma arguta observação a respeito da parte do relato no qual, já

[823] GUMBRECHT, Hans Ulrich. Quem foi Pero Vaz de Caminha? Tradução de Juliana Balbina de Moura. *In*: ROCHA, João Cezar de Castro (Org.). **Nenhum Brasil existe: Pequena Enciclopédia.** Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003, p. 35.

em um primeiro contato, os indígenas teriam apontado para as joias ostentadas pelos portugueses e indicado que no território nacional também haveria tais metais preciosos[824]. De forma muito perspicaz, Gumbrecht[825] questiona “Como os nativos poderiam saber que seus anfitriões ansiavam por ouro e prata?”.[826]

Como bem aponta Gumbrecht[827], como poderiam os nativos daqui saber do interesse lusitano por ouro e prata se não havia ocorrido a comunicação de tal interesse português e se para os indígenas essa não era uma preocupação? Aqui fica claro que o relato expressa mais a ânsia de Pero Vaz de Caminha em justificar a viagem ao Rei do que de precisamente descrever a rudimentar interação social quando ainda ausente uma comunicação efetiva.

Contudo, há muitas outras e mais fortes razões para crer-se na veracidade do relato de Pero Vaz de Caminha, conforme se passa a expor, aplicando-se o quanto veio sendo desenvolvido ao longo da presente tese.

A *Carta* de Pero Vaz de Caminha é contemporânea aos fatos e não existia na época controvérsia sobre o modo de aproximação dos portugueses em relação aos indígenas. Críticas aos colonizadores são posteriores e inexistiam naquele exato momento no qual houve aquele primeiro contato social.

A *Carta* é do ano de 1500 e naquele momento histórico o espírito do tempo era muito diverso do atual, de modo que Pero Vaz de Caminha não teria motivos para recear que eventual violência fosse socialmente repudiada. Entender que ele a pressão social como motivo para mentir implicaria em inaceitável *anacronismo*.

---

[824] O trecho no qual tal episódio é relatado por Caminha é o seguinte: “um deles pôs olho no colar do Capitão, e começou de acenar com a mão para a terra e depois para o colar, como que nos dizendo que ali havia ouro. Também olhou para um castiçal de prata e assim mesmo acenava para a terra e novamente para o castiçal como se lá também houvesse prata.” (CAMINHA, Pero Vaz de. **A carta de Pero Vaz de Caminha.** Petrópolis: Vozes, 2019, p. 12 e 13).

[825] GUMBRECHT, Hans Ulrich. Quem foi Pero Vaz de Caminha? Tradução de Juliana Balbina de Moura. *In*: ROCHA, João Cezar de Castro (Org.). **Nenhum Brasil existe: Pequena Enciclopédia.** Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003, p. 39.

[826] Aqui inclusive abre-se a discussão acerca de como o elemento probatório pode ser capaz de provar – o que no Direito Probatório contemporâneo leva à possibilidade de produção da *metaprova*. Em alguns casos, o debate sobre o quê a prova é capaz de provar envolve uma (meta)prova acerca do efetivo potencial probatório daquele elemento probatório naquelas circunstâncias.

[827] GUMBRECHT, Hans Ulrich. Quem foi Pero Vaz de Caminha? Tradução de Juliana Balbina de Moura. *In*: ROCHA, João Cezar de Castro (Org.). **Nenhum Brasil existe: Pequena Enciclopédia.** Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003, p. 39.

Aliás, como bem aponta Hans Ulrich Gumbrecht[828], os protagonistas dos fatos relatados na Carta, dentre eles Pero Vaz de Caminha, não podiam ter consciência da real importância da descoberta. Desse elemento da realidade, que torna o escrito um documento histórico, emerge, para Hans Ulrich Gumbrecht[829], a veracidade do quanto declarado. Porém, a ausência de consciência da magnitude dos fatos relatados não se constitui em fundamento para o reconhecimento da correspondência do declarado com o ocorrido, mas da ausência de motivação para intencionalmente apresentar um relato falso, ou seja, para mentir. Assim, Pero Vaz de Caminha, dada a inimaginável à época repercussão da sua *Carta*, não tinha uma grande motivação para inventar uma narrativa falsa que impressionasse o mundo à época ou na posteridade.

Além disso, a carta era dirigida ao rei e se constituía em segredo de Estado, especialmente dado o interesse de que a Espanha não soubesse do descobrimento do Brasil. Como se sabia de que não haveria publicidade do conteúdo, havia muito menos interesse em apresentar uma narrativa falsa e que parecesse virtuosa aos olhos de terceiros.

A *Carta* ficou quase três séculos desconhecida do público, tendo sido copiada pela primeira vez apenas em 1773 pelo arquivista-mor José Seabra da Silva que a encontrou na Torre do Tombo. Em 1808, José Seabra da Silva trouxe a Carta ao Brasil e somente em 1817 o padre Manuel Aires do Casal fez uma nova cópia e a publicou.[830]

Assim, o relato ficou oculto dos olhos do mundo por mais de três séculos e não havia motivo para Pero Vaz de Caminha acreditar que seria

---

[828] GUMBRECHT, Hans Ulrich. Quem foi Pero Vaz de Caminha? Tradução de Juliana Balbina de Moura. *In*: ROCHA, João Cezar de Castro (Org.). **Nenhum Brasil existe: Pequena Enciclopédia.** Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003, p. 35.

[829] GUMBRECHT, Hans Ulrich. Quem foi Pero Vaz de Caminha? Tradução de Juliana Balbina de Moura. *In*: ROCHA, João Cezar de Castro (Org.). **Nenhum Brasil existe: Pequena Enciclopédia.** Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003, p. 35.

[830] RODRIGUES, Leandro Garcia. Uma carta, um novo mundo. *In*: CAMINHA, Pero Vaz de. **A carta de Pero Vaz de Caminha.** Petrópolis: Vozes, 2019, p. 53. Nesse sentido, apontando que a *Carta* ficou perdida por trezentos anos, somente vindo a ser publicada no século XIX: BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção.** Rio de Janeiro: Leya, 2012, p. 32; GIUCCI, Guillermo. Uma Carta: Império e nação. *In*: ROCHA, João Cezar de Castro (Org.). **Nenhum Brasil existe: Pequena Enciclopédia.** Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003, p. 54.

diferente, que seria algo a ser ampla e imediatamente escrutinado publicamente logo após ter chegado ao seu destinatário.

Por fim, há um outro fundamento que aponta para a sinceridade do testemunho, a saber, o de que se fosse para mentir, então Pero Vaz de Caminha teria narrado que os portugueses teriam sido atacados ou, no mínimo, ameaçados, pelos indígenas, atribuindo-lhes características rudes e violentas. Contudo, como é notório, o escrivão lusitano retratou os nativos de forma distinta, apontando-lhes um comportamento pacífico e personalidades afáveis, amistosas. Se fosse para mentir e adequar a padrões sociais atuais, Caminha teria omitido de seu relato várias manifestações de caráter mercantilista (ênfase nas possíveis riquezas naturais deste território) e missionária (crença de que os nativos precisavam ser "salvos")[831].

Não se revela na *Carta*, assim, o ânimo de com ela beneficiar-se por meio de relato inverídico e isso contribui ao reconhecimento de seu valor probante.

Quanto ao possível engano, apesar de não restar claras as condições nas quais os sentidos do escrivão tenham percebido os fatos relatados ou até mesmo a possibilidade de que seu relato seja com lastro em outros relatos – e não na observações dos fatos por si próprio -, é certo que Pero Vaz de Caminha acompanhou diretamente o desdobramento das relações sociais travadas, relatando fatos posteriores e sempre apontando a mesma tônica, ou seja, a de uma aproximação gradual e amistosa entre os povos, conferindo, assim, credibilidade ao quanto declarado, dada sua clareza e coerência.

O curioso relato de que os indígenas se apressaram em apontar que haveria ouro e prata no território nacional, por sua vez, apesar de inverossímil, pode ter decorrido mais da exacerbação do interesse em justificar a viagem à Sua Majestade, enfatizando gestos dos nativos – favorecendo uma interpretação promissora aos interesses portugueses - e ocultando a tentativa de comunicação que inclusive pode ter sido incompreendida pelos nativos. Caminha pode ter interpretado erroneamente que o que houvesse no meio indígena fosse ouro e

[831] Apontando o caráter mercantilista e missionário da *Carta*, dentre outros pesquisadores: BOSI, Alfredo. **História concisa da Literatura Brasileira.** 50ª ed. São Paulo: Cultrix, 2014, p. 14.

prata (materiais dos objetos apontados) quando, na verdade, poderia ser que o nativo estivesse tentando informá-los de que também tinham colares e utensílios similares a castiçais (tipos de objetos apontados).

Enfim, a declaração da interação social parece realmente não ter correspondido perfeitamente à realidade, mas isso pode ter ocorrido por mero equívoco – e não com a deliberada intenção de enganar. Note-se, ainda, que, depois, ainda na *Carta*, Caminha[832] admite que não viu ou de qualquer forma soube da existência de materiais preciosos ali, ao passo que, se ele estivesse tentando enganar o destinatário, seria coerente manter a versão inicial, ao invés dele próprio infirmá-la, de modo que a falsidade daquele trecho do relato deu-se por equívoco, erro, mas não dolosamente.

Por isso tudo, a conclusão sobre a *Carta*, em suas linhas gerais, é a mesma alcançada por Guillermo Giucci[833] quando ele aduz tratar-se de "evidência de uma realidade, embora unilateral".

## 6.4 Os limites constitucionais para que o legislador consagre o uso de provas unilaterais: uma questão em aberto.

Até que ponto o legislador pode chegar ao prestigiar as provas unilaterais? Quando a atribuição normativa de valor probatório extrapola os limites impostos pelo devido processo e suas garantias fundamentais?

Essas são questões relevantes e que envolvem amplas considerações que misturam argumentações que envolvem o sistema jurídico (*de lege lata*) e quais as possibilidades de atuação legislativa (*de lege ferenda*).

Uma análise comparatista revela que a unilateralidade probatória vem sendo objeto de atenção e amparo em ordenamentos jurídicos estrangeiros. A Espanha previu expressamente o uso de provas unilaterais para o aparelhamento de ação monitória (artigo 812, 2ª, da *Ley de Enjuiciamento Civil*).

---

[832] Segundo Caminha: "não pudemos saber que haja ouro, nem prata, nem coisa alguma de metal ou ferro; nem lho vimos." (CAMINHA, Pero Vaz de. **A carta de Pero Vaz de Caminha.** Petrópolis: Vozes, 2019, p. 49).

[833] GIUCCI, Guillermo. Uma Carta: Império e nação. *In*: ROCHA, João Cezar de Castro (Org.). **Nenhum Brasil existe: Pequena Enciclopédia.** Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003, p. 60.

Portugal adotou a prova por declarações de parte em 2013 (artigo 466 do Código de Processo Civil). Esse movimento político-legislativo, por sua vez, instiga o debate sobre, até que ponto, é possível prestigiar normativamente as provas unilateralmente produzidas.

No Brasil, o espaço de atuação legislativo em nível infraconstitucional não resta claramente definido.

Alguns fatores confluem para o reconhecimento de um amplo espaço legislativo atribuído pela Constituição ao legislador para o prestígio – ou não – da prova unilateral, conforme se apontará a seguir.

A Constituição outorga um vasto campo de atuação ao legislador ao usar termos amplos para a consagração de direitos (incluídas aqui as garantias) fundamentais. A própria linguagem aberta do texto constitucional concede limites semânticos amplos para a forma de concretização, coordenação e harmonização dos direitos fundamentais. Isso torna muito difícil que se vislumbre em uma norma infraconstitucional que contemple a prova unilateral, inclusive para restringi-la ou até mesmo vedá-la, uma afronta à Constituição pura e simplesmente levando em conta os contornos textuais de algum direito fundamental.

O campo legislativo é largo também por força da necessidade de deferência às opções legislativas, evitando-se, assim, a hiperconstitucionalização[834] e o ativismo judicial - tão deletérios à democracia.

Como bem lembra Gustavo Zagrebelsky[835], o trabalho legislativo não se constitui na mera explicitação do sentido da norma constitucional ou pura e simples execução dela, mas ostenta uma dimensão criativa e de caráter contingente a revelar a opção política daqueles que foram eleitos democraticamente para tanto.

---

[834] Sobre o risco de conceber-se todos os setores jurídicos, em especial o Direito Civil, como mero desdobramento da aplicação da Constituição, veja-se: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023, especialmente p. 139.

[835] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Tradução para o espanhol de Marina Gáscon. 11ª ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 97.

Logo, ao legislador cabe a primeira palavra sobre quais as provas admissíveis e seu peso, cabendo ao Poder Judiciário uma atuação posterior, contida e deferente.

Nessa linha, é preciso ter em vista a diferença entre uma opinião *de lege ferenda* e de uma interpretação jurídica (*de lege lata*). Da consciência dessa distinção é que emerge a maturidade jurídica que permite discernir entre o que é uma norma inconstitucional e o que é uma escolha legítima, ainda que essa última não pareça a mais acertada. Não cabe ao Poder Judiciário definir qual a melhor escolha político-legislativa, mas apenas controlar seu exercício, declarando-o inválido quando extrapolar, por defeito de forma ou substância, a competência constitucionalmente consagrada ao legislador.

Assim, os limites do tratamento legal à prova unilateral são vastos, cabendo seu controle jurisdicional apenas em casos nos quais fique claro que o legislador extrapolou as fronteiras constitucionalmente estabelecidas para o desempenho de sua competência.

Outro aspecto a ser explorado, ainda, é o de que a evolução tecnológica também se constitui em elemento a aumentar a complexidade do debate. Basta pensar na seguinte indagação: com a massificação das câmeras, até quando será possível sustentar uma autuação de trânsito com lastro apenas na palavra do fiscal que aduz ter visto alguém dirigir sem cinto de segurança? Afinal, conforme gravações forem se tornando cada vez mais fáceis, menor a força da justificativa de que o relato do agente público serve à comprovação da infração de trânsito.

Afinal, qual o papel desempenhado pela facilidade de produção de provas que não sejam unilaterais para fins de rejeição, tanto no plano da admissibilidade, quanto da valoração, daquelas provas de caráter unilateral? Em outras palavras: até que ponto a inviabilidade de obtenção de uma prova que não seja unilateral justifica a utilização e prestígio de uma prova unilateral e vice-versa, ou seja, quanto a facilidade da produção de uma prova bilateral não produzida autoriza uma baixa atribuição de valor probatório à prova unilateral?

É possível que uma prova hoje admitida e inclusive reputada suficiente possa, com o passar do tempo e com o avanço tecnológico, ser tida

como incapaz de provar o fato, dada a expectativa legítima de apresentação de elemento probatório mais confiável e contundente. Desse modo, o uso da prova unilateral pode sofrer uma mutação constitucional, deixando de ser reputada como hábil a sustentar uma narrativa que implicará na deflagração de consequências jurídicas sobre outrem.

E o oposto também ocorre, pois tecnologias antes rejeitadas podem vir a tornar-se não apenas admissíveis, mas essenciais, bastando pensar no uso de *selfies* (biometria facial) como prova da manifestação volitiva nos contratos bancários, especialmente tendo em vista que a União, em ato do Poder Executivo[836], previu o uso de tal tecnologia como meio de combate às fraudes, algo que chegou a ser tido como ilícito sob a égide de regulamentação anterior[837]. [838]

Enfim, são questões em aberto suscitadas pelo avanço da admissibilidade de provas unilaterais.

[836] Art. 5º, III, da IN/INSS 138, de 10.11.2022, assim grafado: Art. 5º A averbação da contratação de crédito consignado pelo titular do benefício ocorrerá desde que: [...] III - a autorização da consignação seja dada de forma expressa, assinada com uso de reconhecimento biométrico, não sendo aceita autorização dada por ligação telefônica e nem a gravação de voz reconhecida como meio de prova da ocorrência;

[837] O TJSP, tendo em vista a IN 28/2008, rejeitou a forma de contratação por biometria facial no seguinte julgado: TJSP, 15ª Câmara de Direito Privado, 1074264-96.2022.8.26.0002, relator Desembargador Achile Alesina, julg. 28.09.2023.

[838] Ainda sobre a relação entre avanço tecnológico e processos civis, não se pode ignorar, ainda, que a alteração do CPC, mais precisamente do art. 784, § 4º, consagrou a executividade dos títulos extrajudiciais assinados eletronicamente, independentemente da assinatura de testemunhas. Porém, resta saber quais os requisitos para que uma assinatura eletrônica seja hábil a sustentar a eficácia executiva do título. Sobre o tema, veja-se: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Assinatura eletrônica. **Revista de Processo**, n. 345, nov./2023 (versão digital).

## Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** 5ª ed. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABELLÁN, Marina Gascón. **Cuestiones probatorias.** Bogotá:Universidad Externado de Colombia, 2012 (Kindle).

A. D'ORS; HERNANDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCIA-GARRIDO, M.; BURILLO, J. **El Digesto de Justiniano.** Tomo II. Libros 20-36. Pamplona: Aranzadi, 1972.

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário.** 12ª ed. Atualizada por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVIM, J. E. Carreira. **Processo monitório no novo CPC.** 7ª ed. Curitiba: Juruá, 2018.

ALVIM, Teresa Arruda. **A fundamentação das sentenças e dos acórdãos.** São Paulo: EDC, 2023.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Jorge Augusto Pais do. **Direito Processual Civil.** 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2017.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2021.

AMARAL, Paulo Osternack. **Prova por declarações de parte.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. **Direito Probatório Civil Brasileiro.** Pelotas: EDUCAT, 2006.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Comentários ao Código de Processo Civil. Das provas: disposições gerais. Volume VIII, tomo I.** *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020, v. VIII, t. I.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **O terceiro de boa-fé: proteção na aquisição de bens móveis e imóveis.** São Paulo: RT, 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. Artigo 408. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Verdade e a Prova no Processo Civil**. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sérgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf. Acesso em: 06.02.2021.

ARRUDA ALVIM. **Contencioso Cível no CPC/2015.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2022.

ARRUDA ALVIM. **Manual de Processo Civil.** 20ª ed. São Paulo: RT, 2021.

ARRUDA ALVIM. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015.** São Paulo: RT, 2016.

ARRUDA ALVIM; MICHELI, Gian Antonio; ARRUDA, Antonio Carlos Matteis de; PELUSO, Antônio César. O ônus da prova nas ações declaratórias negativas, **Revista de Processo**, n. 4, out.dez./1976, p. 231-236.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro. Volume II. Tomo II.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

AUBERT, Eduardo Henrik. **A impugnação especificada dos fatos no processo civil: Retórica, História, Dogmática.** São Paulo: RT, 2020.

AUILO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no Direito brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2021.

AUSTIN, John Langshaw. **Sentido e percepção.** Tradução de Armando Manuel Mora de Oliveira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Coord.). **Altos Estudos sobre a Prova no Processo Penal.** Salvador: Juspodivm, 2020, p. 611-645.

BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil.** Atualizador: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: RT, 2019.

BADARÓ, Gustavo. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ, 2005, p. 341-351.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. A sentença penal de acordo com as leis de reforma. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas do Processo Penal.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 259-300.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios. *In*: KNIJNIK, Danilo. **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 153-170.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do Processo Cautelar.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARATA-MOURA, José. Que fazer com a mentira? *In*: HOMEM, António Pedro Barbas; PINTO, Eduardo Vera-Cruz; SILVA, Paula Costa e. **O perfil do juiz na tradição ocidental.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 223-242.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. **Revista de Processo**, 76, out.dez./1994, p. 114-126 (versão digital).

BÉNABENT, Alain. **Droit des Obligations.** 15ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016.

BENTHAM, Jeremy. **Principles of judicial procedure, with the outlines of a procedure code.** London: John Boring, 1843 (versão Kindle).

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Tradução de Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição original: 1847).

BENTHAM, Jeremy. **A treatise on judicial evidence.** London: Baldwin, Cradock, and Joy,Paternoster-Row, 1825, p. 190. Disponível em: A Treatise on Judicial Evidence : Jeremy Bentham , Etienne Dumont : Free Download, Borrow, and Streaming : Internet Archive. Acesso em 06.07.2021.

BENTHAM, Jeremy (Jérémie). **Traité des preuves judiciaires. Tomo 2.** Paris: Bossange Frères, 182. Disponível em: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5690645k/f14.item. Acesso em 27.11.2021.

BENTO DE FARIA, Antonio. **Processo Commercial e Civil.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Robeiro dos Santos, 1903.

BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico.** 2ª ed. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1950.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Volume 4.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil.** São Paulo: RT, 2017.

BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. Meios e fontes de prova no processo de conhecimento: provas testemunhal, documental, pericial, atípica ou inominada. *In*: KNIJNIK, Danilo. **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 51-68.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** Volume 2, tomo I. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção.** Rio de Janeiro: Leya, 2012.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale.** Volume V (Parte I), 1950, CEDAM, p. 23-51.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 2ª ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil. Vol. I.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil.** 2ª ed. Barueri: Atlas, 2023.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: RT, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** 5ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I.** (4ª ed. Portuguesa/1ª ed. Brasileira). Coimbra/São Paulo: Coimbra/RT, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile.** Vol. I. Milano: Giuffrè, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil.** 2ª ed. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil. Volume I.** Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1959.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil. Volume II.** Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1959.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil. Volume III.** Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile.** Napoli: Ediziono Scientifiche Italiane, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. **Rivista di Diritto Processuale.** Volume XX (II Serie), 1965, CEDAM, p. 4-9.

CARPES, Artur Thompsen. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil.** São Paulo: RT, 2016.

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico.** São Paulo: RT, 2017.

CARPES, Artur Thompsen. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa. *In*: LUCON, Paulo Roberto dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/1992.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 55 e 56.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Processo monitório no novo CPC.** 7ª ed. Curitiba: Juruá, 2018.

CARVALHO, Nathália. **Admissibilidade de provas: os limites ao indeferimento da produção da prova cível.** Londrina: Thoth, 2022.

CASTRO, Cássio Benvenutti de. **Perícia judiciária: comentando os dispositivos do processo civil.** Belo Horizonte: Fórum, 2023.

CASTRO, Cássio Benvenutti de. **Standards de Prova: na perspectiva da tutela dos direitos.** Londrina: Thoth, 2021.

CASTRO, Cássio Benvenutti de. Testemunho escrito. **RT Prime (separata).** São Paulo: RT, 2022.

CASTRO, Daniel Penteado de. Artigo 408. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2017.

CAVALLI, Marcelo Antônio. **A ata notarial como prova pré-constituída e o contraditório efetivo.** São Paulo: Dialética, 2022.

CAVALLONE, Bruno. Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda). **Rivista di diritto processuale.** LXI. Padova: CEDAM, 2006, p. 417-432.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume 1.** Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume 2.** Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume 3.** Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Biografia não autorizada do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2021.

COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

COMOGLIO, Luigi; CORRADO, Ferri, TARUFFO, Michele. **Lezione sul Processo Civile.** Bologna: il Mulino, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMTE-SPONVILLE, André. **Valor e verdade.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário Filosófico.** 2ª ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas Essenciais do Novo CPC.** São Paulo: RT, 2016.

CORRÊA, Orlando de Assis. **Ação monitória.** Rio de Janeiro: Aide, 1997.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito Bancário.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara: um complemento. **Conjur**, 27.03.2020. Acesso em

13.02.21. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-27/limite-penal-standards-probatorios-partir-salto-vara-complemento.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de Derecho Procesal. Tomo II.** Buenos Aires: EDIAR, 1948.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2018.

CRUZ, Camila Domingues Masera da. A Ata Notarial como meio de prova no Direito das Famílias. Site do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em: IBDFAM: A Ata Notarial como meio de prova no Direito das Famílias. Acesso em 10.01.2022.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Prova escrita na ação monitória. **Revista dos Tribunais**, v. 768, out./1999 (versão digital).

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. KNIJNIK, Danilo. (coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 93-105.

DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a la deriva.** Tradução de Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015.

DAMASKA, Mirjan R. **Evaluation of Evidence: Pre-Modern and Modern Approaches.** Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

DAVID, Tiago Bitencourt de. O depoimento pessoal a requerimento da própria parte como meio de prova no Direito Processual Civil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 435, p. 9-14, 2014.

DESCARTES, René. **Meditações metafísicas.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado.** Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DIAS, Jean Carlos. **Direito contratual no ambiente virtual.** Curitiba: Juruá, 2001.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2.** 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DUARTE, Nestor. Artigo 219. PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil Comentado.** 6ª ed. Barueri: Manole, 2012.

EAGLETON, Terry. **Como ler Literatura.** 4ª ed. Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2022.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de la Prueba Judicial.** Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, s.d.

FERRAGUT, Maria Rita. **As provas e o Direito Tributário: teoria e prática como instrumentos para a construção da verdade jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, André Marcon. Prova unilateral: como fica o contraditório para o fornecedor nas relações de consumo? **Migalhas**, 26.05.2015. Acesso em 31.10.2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/220984/prova-unilateral--como-fica-o-contraditorio-para-o-fornecedor-nas-relacoes-de-consumo

FERREIRA, William Santos. Artigos 369 a 380. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015.

FERREIRA, William Santos. Artigo 384. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, *et al* (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015.

FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova. *In*: JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. **Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro.** Londrina: Thoth, 2021, p. 539-560.

FERREIRA, William Santos. Depoimento pessoal e confissão: método e eficiência a serviço da justiça da decisão. *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.). **A prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes.** São Paulo: Verbatim, 2013, p. 627-642.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível.** São Paulo: RT, 2014.

FERREIRA, William Santos; HOLZMEISTER, Verônica Estrella V. Tempo, ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 296/2019, p. 151-180, Out/2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1990.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no Direito.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido processo.** Madrid: Marcial Pons, 2021.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática.** São Paulo: RT, 2009.

FONTANA, Gabriele Claudio. Le prove e diritto bancario. *In*: PREVITI, Stefano. (Org.) **Le prove civili.** Milano: Wolter Kluwer, 2018, p. 623-663.

FREITAS, Gláucia Beatriz de. **A ausência de apreciação de prova apresentada em juízo pelo fornecedor de serviços de telecomunicações por ter sido extraída de seus sistemas internos informatizados – uma análise sob a perspectiva do direito de defesa do fornecedor.** Monografia de especialização. Brasília: Uniceub, 2012.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Vol. I. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 10ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento não acabou no novo CPC. *In*: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coord.) **Direito Probatório.** 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 231-234.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GEA, José Alfredo Caballero. **Proceso monitorio: cláusulas abusivas.** Espanha: Kindle, 2021.

GIUCCI, Guillermo. Uma Carta: Império e nação. *In*: ROCHA, João Cezar de Castro (Org.). **Nenhum Brasil existe: Pequena Enciclopédia.** Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003, p. 49-62.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo.** Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19ª ed. Atualização de Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no Processo Penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma.** São Paulo: RT, 2008, p. 246-297.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais. Vol. 3.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ***Quaestio facti*: ensaios sobre prova, causalidade e ação**. Tradução de Luis Felipe Kircher. Salvador: Juspodivm, 2022.

GOTOFREDO, Dionisio; FERROMONTANO; FREISLEBEN, C. E. **Corpo del Diritto: Digesto.** Volume 3. Napoli, 1857.

GRAMSTRUP, Erik Frederico; SANTOS, Maria Victoria Meirelles Souza. **Supressio e Surrectio: efeitos temporais.** Belo Horizonte: Arraes, 2023.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil. Volume II.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GREENLEAF, Simon. **A Treatise on the Law of Evidence.** Volume 1. 3ª ed. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal.** Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

GUMBRECHT, Hans Ulrich. Quem foi Pero Vaz de Caminha? Tradução de Juliana Balbina de Moura. *In*: ROCHA, João Cezar de Castro (Org.). **Nenhum Brasil existe: Pequena Enciclopédia.** Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003, p. 35-47.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: lei 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Rio de Janeiro: Forense, 2022.

JUSTINIANO. **Corpus Iuris Civilis.** Editoração de Paulus Krueger e Thomas Mommsen. Berolini (Berlim): Apud Weidmannos, 1889.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** 4ª ed. Tradução de Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Vozes, 2015.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** 4ª ed. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, (199?)

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. *In*: KNIJNIK, Danilo. (Coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro.** São Paulo: RT, 2017.

KUNII, Paulo; HERDY, Rachel; BRUNI, Aline Thaís. O que podemos aprender com os erros periciais? **Conjur**, 20.11.2020. Acesso em 13.02.2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-nov-20/limite-penal-podemos-aprender-erros-periciais.

LARENZ, Karl. **Metodologia de la Ciencia del Derecho.** 2ª ed. Tradução para o espanhol por M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 2001.

LARONGA, Antonio. **Le prove atipiche nel processo penale.** Milano: CEDAM, 2002.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro.** Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Assinatura eletrônica. **Revista de Processo**, n. 345, nov./2023 (versão digital).

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Comentários ao Código de Processo Civil. Da prova documental. Volume VIII, tomo I.** *In*: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco N. da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2020.

LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra.** Londrina: Thoth, 2021.

LEVENEUR, Laurent. **Code civil.** 36ª ed. Atualização de André Lucas. Paris: Lexisnexis, 2017.

LIMA, Felipe Esbroglio de Barros. É necessário valorizar as provas eletrônicas. **Conjur**, 31.10.2020. Acesso em 31.10.2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-31/felipe-lima-necessario-valorizar-provas-eletronicas

LOPES, João Batista. **Ação declaratória.** 4ª ed. São Paulo: RT, 1995.

LOPES, João Batista. A prova escrita na ação monitória. **Revista de Processo**, n. 106, abril/jun. 2002 (versão digital).

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2007.

LOPES, João Batista. Hierarquia de provas no processo civil. **Revista de Processo.** vol. 333. ano 47. p. 93-102. São Paulo: RT, novembro 2022. Acesso em: 10.05.2023.

LOPES, João Batista; Revisitação a alguns aspectos da teoria geral da prova. **Revista de Processo**, n. 309, nov. 2020, p. 93-105.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Teoria Geral da Prova.** São Paulo: Castro Lopes, 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal.** Rio de Janeiro, 2004.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar e processo penal.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury; STRECK, Lenio. **Conjur**, entrevista, 24.01.2021. Acesso em: 13.02.2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jan-24/entrevista-lenio-streck-aury-lopes-jr-professores-advogados.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática.** São Paulo: Método, 2014.

LUCCA, Newton de. **A cambial-extrato.** São Paulo: RT, 1985.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova pericial no CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 267, maio/2017 (versão digital).

MACEDO, Elaine Harzheim. **Do procedimento monitório.** São Paulo: RT, 1999.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. XVIIII. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário.** 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** 2ª ed. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MADEIRA, Dhenis Cruz; PITTELLI, Murilo Policarpo. Direito Comparado: o juramento decisório no Direito Italiano e sua (in)compatibilidade com o modelo constitucional de processo brasileiro. **Revista Internacional COSINTER de Direito**, ano VI, n. X. Disponível em: Revista Internacional CONSINTER de Direito | DIREITO COMPARADO: O JURAMENTO DECISÓRIO NO DIREITO ITALIANO E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO BRASILEIRO (revistaconsinter.com). Acesso em 10.01.2022.

MALATESTA, Nicola Flamarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal.** 6ª ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005.

MARCATO, Antonio Carlos. **Processo monitório.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado.** 9ª ed. São Paulo: RT, 2023.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATIDA, Janaína; ROSA, Alexandre Morais da. **Conjur**. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. 20.03.2020 Disponível em: ConJur - Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. Acesso em 25.02.2021.

MAZZARELLA, Ferdinando; TESORIERE, Giovanni. **Corso di Diritto Processuale Civile.** 3ª ed. Padova: CEDAM, 2008.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Artigo 395. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado.** 6ª ed. São Paulo: RT, 2020.

MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. O valor probante dos pareceres dos assistentes técnicos das partes no processo previdenciário: uma abordagem valorativa. **Revista do TRF3** - Ano XXXII - n. 150 - Jul./Set. 2021, p. 53-69.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Francisco de Assis Filgueira. Interrogatório informal das partes – art. 342 do CPC. Revisitando um velho e atual (embora olvidado) instituto processual. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de, *et al*. **Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.** São Paulo: RT, 2008, p.125-136.

MILHÔMENS, Jonatas. **A prova no processo.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MONTEIRO, João. Teoria do Processo Civil. 6ª ed. Atualização de J. M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia.** 2ª ed. Tradução de Maria Stela Gonçalves, Adail U. Sobral, Marcos Bagno e Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2004.

MORAES, José Rubens de. **Sociedade e Verdade: Evolução Histórica da Prova.** São Paulo: EDUSP, 2015.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente.** São Paulo: RT, 2015.

NAGEL, Thomas. **Visão a Partir de Lugar Nenhum.** Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 18ª ed. São Paulo: RT, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 8ª ed. São Paulo: Método, 2016.

NICOLAU, Gustavo Rene. **União Estável e Casamento: diferenças práticas.** São Paulo: Atlas, 2011.

NIEVA FENOLL, Jordi, FERRER BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: lei 9.784/1999 comentada.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Manual da monografia jurídica.** 2ª ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

PEIXOTO, Ravi. **Standards Probatórios no Direito Processual Brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2021.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas.** São Paulo: RT, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: Nova Retórica.** 2ª ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PETRUCCI, Rossana; MAZZITELLI, Maria Francesca. **Codice Civile Esplicato Minor.** Napoli: Simone, 2022.

PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatórias dinâmicas. **Repro**, vol. 217, março/2013 (versão digital).

PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba en el proceso civil.** Barcelona: J. M. Bosch, 1996.

PICÓ I JUNOY, Joan. **O Juiz e a Prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual.** Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV.** Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas Corpus. Tomo II.** Campinas: Bookseller, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações. Tomo II.** Campinas: Bookseller, 1998.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** 2ª ed. Tradução de Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 2013.

PORTO, Guilherme Athayde. **O direito de não produzir prova contra si: a prova desabonatória.** São Paulo: Juspodivm, 2021.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito.** São Paulo: Atlas/ FGV Direito Rio, 2020.

POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. *In*: KNIJNIK, Danilo. **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 219-243.

PREVITI, Stefano. (Org.) **Le prove civili.** Milano: Wolter Kluwer, 2018.

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental: Do Documento aos Documentos. Do suporte à Informação.** Salvador: Juspodivm, 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Questões de direito público.** São Paulo: Saraiva, 1997.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho.** México: Porrua, 1959.

REICLHELT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Artigo 385. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Marco Antonio dos; GISMONDI, Rodrigo. Artigo 395. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023.

RONCARÀ, Daniele. La classificazione dei mezzi di prova. *In*: PREVITI, Stefano. (Org.) **Le prove civili.** Milano: Wolter Kluwer, 2018, p. 5-24.

ROSA, Eliézer. **Leituras de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Guanabara, 1970.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba.** Tradução de Ernesto Krotoschin. 2ª ed. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2019.

RORTY, Richard. **Verdade e Progresso.** Tradução de Denise R. Sales com revisão de Marco Casanova. Barueri: Manole, 2005.

ROSITO, Francisco. **Direito probatório: as máximas de experiência em juízo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e Formação da Convicção do Juiz.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro.** Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SALLES, Tatiana Saad. **Provas unilateralmente produzidas pela parte e a comprovação da verossimilhança das alegações na antecipação de tutela em ações de nulidade de patente.** Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n1_2013/pdf/TatianaSaadSalles.pdf. Acesso em 02.08.2021.

SANCHES, Eduardo Walmory. A ilegalidade da prova obtida no inquérito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SAMPAIO, José Maria Gonçalves. **A prova por documentos particulares na doutrina, na lei e na jurisprudência.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador.** São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume I.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial. Volume IV.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-36.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário.** 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SCHIAVI, Mauro. **Provas no Processo do Trabalho.** 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências.** São Paulo: RT, 2020.

SCHREIBER, Anderson. Artigo 226. *In*: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; *et al*. **Código Civil Comentado.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2018.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Artigos 700 a 702. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Diretor), ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume X.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2018.

SILVA, Carlos Augusto. A resolução da dúvida sobre os fatos na história do Direito Probatório. *In*: RODRIGUES, Walter dos Santos; SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. **O novo Código de Processo Civil: garantias fundamentais do processo: um desafio ao novo CPC.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 189-201.

SILVA, Carlos Martinez. **Tratado de Pruebas Judiciales.** Buenos Aires: Arengreen, s.d.

SILVA, Carolina Garcia da. Preclusão e verdade material no processo administrativo fiscal federal. **Jusnavigandi.** Publicado em: 07.2014. Disponível em: Preclusão e verdade material no processo administrativo fiscal federal - Página 2/3 - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 02.03.2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Volume 1.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil.** São Paulo: RT, 2018.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações. Volume 1.** Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. **O Valor Probatório do Documento Eletrónico no Processo Civil.** Coimbra: Almedina, 2016.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **A Prova em Processo Civil: Ensaio sobre o raciocínio probatório.** São Paulo: RT, 2020.

SOUZA, Rodrigo Telles de. A exigência de autorização judicial para acesso ao conteúdo de telefone móvel apreendido: uma ampliação da garantia à inviolabilidade domiciliar incompatível com o sistema jurídico brasileiro. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Coord.). **Altos Estudos sobre a Prova no Processo Penal.** Salvador: Juspodivm, 2020, p. 405-429.

SPINELLI, Luís Felipe. Os títulos de crédito eletrônicos e as suas problemáticas nos planos teórico e prático. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, 67, Porto Alegre, AMP-RS, set-dez.2010, p. 117-155.

STRECK, Lenio. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. *In*: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (Coord.) **Direito Probatório.** 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 113-120.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio; DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Vieira. **Ainda sobre o livre convencimento: resistência dos tribunais ao novo CPC.** Disponível em: 59 - Ainda sobre o livre convencimento (luciodelfino.com.br). Acesso em: 13.02.2021.

STUCKY, Thales. O processo administrativo fiscal e o princípio da verdade material. **Jota.** Publicado em 02.07.2019. Disponível em: O processo administrativo fiscal e o princípio da verdade material | JOTA Info. Acesso em 02.03.2021.

TABOSA, Fábio. Artigo 343 (CPC/1973). *In*: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil Interpretado.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

TARUFFO, Michele. **A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje.** Tradução e notas de Daniel Mitidiero. São Paulo: RT, 2018.

TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de, *et al*. **Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.** São Paulo: RT, 2008, p. 165-173.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. Disponível em: Notiziario Giuridico Telematico diretto da Andrea Sirotti Gaudenzi. Acesso em 04.01.2022.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** 4ª ed. (espanhola) Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios.** Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal e Execução Penal.** 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A Prova no Processo do Trabalho.** 11ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, *et al*. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República.** 2ª ed. Volume 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil. Volume III. Tomo II.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Volume I.** 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Volume I.** 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no Direito Digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie.** São Paulo: RT, 2020.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento.** Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TWINING, William. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Evanston: Northwestern University Press, 1994.

VASCONCELOS, Marco Antonio Sandoval. **Economia*:* micro e macro.** São Paulo: Atlas, 2006.

VÁSZQUEZ, Carmen. **Prova pericial: da prova científica à prova pericial.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021.

VIEIRA, Gustavo. **A democratização da prova no processo civil: bases principiológicas e limites à busca da verdade.** Londrina: Thoth, 2021.

VITTA, Heraldo Garcia. **Poder de Polícia.** São Paulo: Malheiros, 2010.

VOLTAIRE. **Dicionário filosófico.** Tradução de Ciro Mioranza e Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Lafonte, 2018

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Tradução para o espanhol de Marina Gáscon. 11ª ed. Madrid: Trotta, 2011.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **Ônus da prova no direito processual constitucional, civil e no direito do consumidor.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova... *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix**.** (Org.) **Desvendando o novo CPC.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 205-214.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

## Videografia

AMARAL, Paulo Osternack. Prova por declarações de parte. **Torradas IBDP.** 22 de março de 2023. Acesso em 24 de junho de 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=yy5LsBuas1Q

ANSANELLI, Vincenzo. El modelo italiano de prueba scientifica: la consulenza tecnica d'ufficio. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 7. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=J-DFHVBraOc

BADARÓ, Gustavo. Cadeia de Custódia da Prova Digital. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 11. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ORLSJRNe64E

CABRAL, Antônio do Passo. Declínio da oralidade na instrução probatória e perspectivas para o futuro. **Congresso Internacional de Direito Probatório.**

Mesa 12. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ZIYTv3_3apA

CARPES, Artur. Admissibilidade da prova: critérios para a eficiência da Justiça Civil. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 8. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=70hhEacZq9g

**Mar Adentro.** Filme. Direção: AMENÁBAR, Alejandro. Espanha/Itália/França. 2004.

FERREIRA, William Santos. Palestra. **III Congresso de Processo Civil de Florianópolis.** Acesso em 17.02.2021. Disponível em: ESA - III CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL DE FLORIANÓPOLIS - Parte 17 - YouTube.

FERREIRA, William Santos. Concerto probatório fundamental para o "in dubio pro probatione". **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 8. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=70hhEacZq9g

FERRER BELTRÁN, Jordi. Presente y futuro del razonamiento probatório. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 1. 18.11.2021. Acesso em 18.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_xDPHMQ4dFs

LUCON, Paulo. Presente e futuro: o raciocínio probatório e o direito. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 1. 18.11.2021. Acesso em 18.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_xDPHMQ4dFs

MARANHÃO, Clayton. Relevância epistêmica do contraditório no processo jurisdicional. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 10. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ighp21t4Q7o

MIELKE, Jaqueline. As inovações tecnológicas e seus reflexos no âmbito do direito probatório. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 12. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ZIYTv3_3apA

MITIDIERO, Daniel. O Náufrago e a Prova - Uma Perspectiva Histórica. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 1. 18.11.2021. Acesso em 18.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_xDPHMQ4dFs

OSNA, Gustavo. Processo Coletivo e Prova Estatística: um Diálogo Necessário. Congresso Internacional de Direito Probatório. Mesa 12. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ZIYTv3_3apA

OTEÍZA, Eduardo. ¿Quién tiene a su cargo acreditar un hecho? **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 1. 18.11.2021. Acesso em 18.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_xDPHMQ4dFs

PASSANANTE, Luca. Prova illecita e diritto alla prova. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 8. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=70hhEacZq9g

PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios e tutela provisória no processo civil. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 4. 18.11.2021. Acesso em 18.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ixEGyFIZOGw

PORTO, Sérgio Gilberto. O futuro do direito probatório, em face do avanço da "jurisdição robótica. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 12. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ZIYTv3_3apA

PRADO, Geraldo. Fiabilidade probatória e o juízo de admissibilidade da acusação. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 8. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=70hhEacZq9g

RAMOS, Vitor de Paula. Vídeos e fotografias em julgamento. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 11. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ORLSJRNe64E

RIBEIRO, Darci Guimarães. A prova digital na sociedade tecnológica: avanços e retrocessos. **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 11.

19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ORLSJRNe64E

VÁZQUEZ, Carmen. El principio de contradicción y la calidad de la prueba pericial.” **Congresso Internacional de Direito Probatório.** Mesa 7. 19.11.2021. Acesso em 19.11.2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=J-DFHVBraOc

## Aulas, cursos e palestras referenciados

ASSIS, Araken de. Palestra no **II Congresso de Direito Probatório** em Porto Alegre no dia 5 de dezembro de 2022.

RAMOS, Vitor de Paula. Aula ministrada na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 3ª Região proferida no curso denominado “Provas: aspectos teóricos e práticos” em 22.08.2022.