

CLARISSE FRECHIANI
LARA LEITE

Doutora e mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

COORDENADORES

JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA
LUIS GUILHERME A. BONDIOLI
JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA



COMENTÁRIOS
AO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL

DA PROVA DOCUMENTAL

ARTS. 405 A 441

2020

saraiva 



Av. Paulista, 901, 3º andar
Bela Vista - São Paulo - SP - CEP: 01311-100

SAC | sac.sets@somoseducao.com.br

Direção executiva Flávia Alves Braven
Direção editorial Renata Pascual Müller
Gestão editorial Roberto Navarro
Gestão de produção e planejamento Ana Paula Santos Matos
Gestão de projetos e serviços editoriais Fernando Penteado
Consultoria acadêmica Murilo Angeli Dias dos Santos
Planejamento Clarissa Boraschi Maria (coord.)
Novos projetos Melissa Rodriguez Arnal da Silva Leite
Edição Eveline Gonçalves Denardi (coord.)
Deborah Caetano de Freitas Viadana
Produção editorial Fernanda Matias (coord.)
Rosana Peroni Fazolari
Verônica Pivisan Reis
Arte e digital Mônica Landi (coord.)
Amanda Mota Loyola
Camila Feia Caneli Chaves
Claudirene de Moura Santos Silva
Deborah Mattos
Guilherme H. M. Salvador
Tiago Dela Rosa
Projetos e serviços editoriais Breno Lopes de Souza
Josiane de Araujo Rodrigues
Kelli Priscila Pinto
Laura Paraiso Buldrini Filogônio
Marilia Cordeiro
Mônica Gonçalves Dias
Diagramação e revisão Know-How Editorial
Capa Aero Comunicação / Danilo Zanott
Produção gráfica Mark Rampim
Sergio Luiz Pereira Lopes
Impressão e acabamento Edições Loyola

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

Leite, Clarisse Frechiani Lara

Comentários ao Código de Processo Civil – artigos 405 a 441 : da prova documental – v. VIII, L. II / Clarisse Frechiani Lara Leite / coord. de José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil)
288 p.

Bibliografia
ISBN 978-85-536-1982-5 (impresso)

1. Processo Civil - Brasil. I. Título.

20-0308

CDD 340

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Código de Processo Civil 347.9(81)(094.4)

Data de fechamento da edição: 31-3-2020

Dúvidas? Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Saraiva Educação. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 606568 CAE 725734

Para Eduardo e Marina
(Dudu e Mamá).

122. Arguição da inautenticidade ou falsidade do documento	248
123. Exigência de argumentação específica para a alegação de falsidade e inautenticidade.....	249
124. Manifestação quanto ao conteúdo do documento	250
Art. 437	250
125. Momento e prazo para manifestação sobre a prova documental....	251
126. Dilação do prazo para manifestação sobre a prova documental....	251
127. Ônus de impugnação do documento e consequências do descumprimento	252
Art. 438	257
128. Requisição de documentos e informações a repartições públicas...	258

Seção VIII

Dos Documentos Eletrônicos

129. Documento eletrônico.....	263
130. Documento eletrônico e prova documental	265
Art. 439	266
131. Uso do documento eletrônico em processo de autos físicos.....	266
Art. 440	267
132. Eficácia probatória do documento eletrônico	267
133. Eficácia probatória da assinatura eletrônica	268
134. Eficácia probatória da assinatura digital	269
135. O documento eletrônico e a assinatura digitalizada	274
136. Eficácia probatória do documento eletrônico não assinado	275
Art. 441	276
137. Cláusula geral de admissibilidade de documentos eletrônicos.....	276
Bibliografia	279

Seção VII Da Prova Documental

Subseção I Da Força Probante dos Documentos

1. Generalidades

Em direito processual, documento é *fonte de prova*¹ que pode servir ao meio de prova denominado *prova documental*. Os dispositivos reunidos na Seção VII do Capítulo XII ("Das Provas"²), intitulada "Da Prova Documental", disciplinam a *força probante dos documentos* (subseção I) e a *arguição de falsidade* (subseção II). Na sequência, a Seção VIII (que bem poderia ser a subseção III da prova documental) trata dos *documentos eletrônicos*.

Como se dá com a prova em geral, a disciplina da prova documental consta de dispositivos presentes tanto no Código de Processo Civil como no Código Civil. Isso decorre, de um lado, de resquícios da visão privatista do direito processual, como algo inerente ao próprio direito material. Mas esse entrelaçamento também é em parte corolário da grande proximidade entre as regras sobre a *forma* e sobre a *prova* dos atos jurídicos, que partem às vezes da mesma *fattispecie* para imputar consequências jurídicas diversas.³ É o que se nota

- 1 *Fontes de prova* são coisas ou pessoas de onde se possam extrair informações acerca da ocorrência ou não ocorrência de fatos alegados no processo (cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 963, p. 97).
- 2 O capítulo das provas está incluído no Título I ("Do procedimento comum") do Livro I ("Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença") da Parte Especial do Código de Processo Civil.
- 3 Vem daí a histórica discussão quanto à natureza jurídica das normas sobre prova. Ainda hoje, grande parte dos civilistas segue a ideia de que "[c]abe ao direito civil determinar as provas dos actos jurídicos, indicar-lhes o valor legal e as condições de sua admissibilidade, porque, nesses diversos momentos, as provas fazem corpo com a fôrma dos actos, orientam e limitam a actividade das pessoas na ordem jurídica. Ao direito processual pertence estabelecer os modos de constituição e de produzi-las" (CLOVIS BEVILAQUA, *Theoria geral do direito civil*, § 63, p. 315-316. Na doutrina posterior, mas menos recente, cf. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, v. I, n. 103, p. 380-381. Na doutrina civil atual: cf. GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA BARBOZA e MARIA CELINA MORAES, *Código Civil interpretado*, v. I, coment. ao art. 212, n. 4, p. 431; FLAVIO TARTUCE, *Direito Civil interpretado*, v. I, n. 9.1, p. 512-513). Mas a doutrina processual há muito adquiriu a consciência da natureza processual das (verdadeiras) normas sobre prova (que não confundem com aquelas sobre a forma dos atos jurídicos). Para aprofundado estudo sobre o tema, cf. MARICI GIANNICO, *A prova no Código Civil - natureza jurídica*, esp. p. 119-186. É inegável, contudo, que, mesmo não

com as normas que exigem o documento (*forma escrita*) como requisito necessário para que se repute existentes e eficazes as relações e situações jurídicas e aquelas, próximas mas diversas, que erigem o documento como *elemento de prova* necessário a que se repute verdadeiras as alegações feitas no processo quanto a tais relações e situações jurídicas.⁴ É o que também se dá com a norma que condiciona a *eficácia* do negócio jurídico perante terceiros à inscrição do respectivo instrumento perante o Registro Público e a que se vale da data da inscrição no Registro Público como *prova* da data do documento perante terceiros. Ou ainda com as regras que atribuem eficácia probatória *degradada* ao documento público irregular diante das que regulam a *validade do próprio negócio jurídico* celebrado mediante instrumento público irregular.

A interpretação sistemática das normas não é algo simples. Um dos maiores desafios do intérprete é justamente identificar se os efeitos de determinada norma relativa a documento projetam-se sobre o campo substancial ou sobre o campo processual, seja o probatório, seja o das técnicas processuais diferenciadas para a tutela jurisdicional.⁵

É igualmente desafiador encontrar significado sistemático e coerente para as diversas disposições – repetitivas, contraditórias e, em grande medida, ultrapassadas – que disciplinam minúcias da prova documental em um ambiente doutrinário e jurisprudencial de cada vez maior flexibilidade procedimental e “livre convencimento motivado” (ou melhor: *valoração por persuasão racional*).

O legislador de 2015 não se animou a rever a disciplina da prova documental trazida pelo CPC de 1973. Em síntese: alterou-se a ordem de alguns dispositivos, incluíram-se hipóteses em que se reputa autêntico o documento, modificou-se a eficácia probatória das reproduções mecânicas, incluíram-se alguns poucos dispositivos sobre documento eletrônico. Nada muito além disso. Uma pena. Perdeu-se a chance de conferir coerência e simplicidade à disciplina

produzindo efeitos no momento da celebração dos negócios, as regras sobre prova influenciam a tomada de decisão das partes quanto à forma de registrar os fatos, para assegurar sua posição jurídica em caso de futuro litígio. Da perspectiva da *segurança jurídica*, portanto, legitima-se a escolha feita no art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec.-Lei n. 4.657/1942), segundo a qual a “prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se”.

4 Nessa linha, GIULIA DI FAZZIO registra o caráter interdisciplinar do estudo sobre o documento (*Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. I, n. 1, p. 2-5).

5 Tais como as tutelas executiva e da evidência, o mandado de segurança, a ação monitoria etc. Em sentido semelhante, cf. GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. I, n. 1, p. 5.

da matéria, que, por força de sua atual aridez, acaba sendo ou mal aplicada ou simplesmente ignorada por grande parte dos operadores do direito.

2. Documento

A despeito da ausência de consenso,⁶ pode-se conceituar documento⁷ como coisa,⁸ formada por atividade humana, que *representa*, de forma estável

6 O conceito de documento não é dotado de precisão e univocidade. Como observa LUIGI PAOLO COMOGLIO, há uma *tendencial atipicidade dos conteúdos que se atribuem ao documento*, dotando-se o conceito da capacidade imanente de abertura e adaptação diante de noções evolutivamente mais refinadas (*Le prove civili*, p. 419-420). A definição ampla adotada no texto é comum (com alguma margem de variação) na doutrina brasileira (cf. ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.914, p. 672 – com a ressalva mencionada na nota 8, *infra* –; HUMBERTO THEODORO JR., *Curso de direito processual civil*, v. I, n. 716, p. 946; FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, cap. 6, n. 1, p. 177; DANIEL AMORIM ASSUMÇÃO NEVES, *Manual de direito processual civil*, n. 22.2.5.1, p. 702; LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 5.2, p. 607; EDUARDO CAMBI, *Curso de direito probatório*, parte II, n. 3.2, p. 416) e na italiana (FRANCESCO CARNELUTTI, Documento, in *Nuovo digesto italiano*, n. 1, p. 105; MICHELE TARUFFO, *A prova*, n. 56, p. 73, nota 79; LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*, p. 419-420). Do mesmo modo, é bastante amplo o conceito de documento constante das IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (“Document” means a writing, communication, picture, drawing, program or data of any kind, whether recorded or maintained on paper or by electronic, audio, visual or any other means”). Em alguns sistemas, como o alemão e o norte-americano, prevalece conceito mais restrito de documento (no contexto da prova documental), que equivale ao de *documento escrito* (cf. MICHELE TARUFFO, *A prova*, n. 56, p. 73, nota 81; GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. I, n. 1, nota 1, p. 1-2, e cap. IV, n. 2, nota 29, p. 391). Para JUAN MONTERO AROCA, também no direito espanhol o conceito de documento se limita ao documento escrito, embora se admita o uso do meio de prova documental para introduzir no processo meios não escritos de registros de dados e informações (*La prueba en el proceso civil*, cap. VII, n. B e C, p. 283-285).

7 De acordo com difundida lição, etimologicamente documento provém do latim *docet*, que significa *fazer conhecer, ensinar* (cf. PAOLO GUIDI, *Teoria giurídica del documento*, n. 2 e 8, p. 11-12 e 21; FRANCESCO CARNELUTTI, Documento, in *Nuovo digesto italiano*, n. 1, p. 105). Na língua alemã, a palavra usada para designar documento, “*Urkunde*”, deriva do verbo *urkunden*, que significa “fazer fé” (cf. PAOLO GUIDI, *Teoria giurídica del documento*, n. 8, p. 21).

8 O vocábulo *coisa* é aqui usado com significado amplo, para abarcar inclusive elementos intangíveis, como a sequência de bits, em que se consubstancia o documento eletrônico (cf. AUGUSTO MARCACINI, “O documento eletrônico como meio de prova”, s/ p., e *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, coment. à Seção VIII – Dos documentos eletrônicos, p. 1249), e mesmo uma parte do corpo humano, em que se registrem sinais aptos a representar um fato (cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.349, p. 657). ARAKEN DE

ou permanente,⁹ um fato que lhe é externo (uma declaração de ciência ou de vontade, um ato não declarativo, um acontecimento natural etc.).

Representar, nesse sentido, significa despertar a ideia do *fato representado* mediante a percepção de fato diverso, que constitui seu “equivalente sensível” (*fato representativo*).¹⁰ O fato representativo é o documento (p. ex.: um instrumento contratual, a fotografia de uma casa); o fato representado é aquele que se extrai do exame do documento (o contrato celebrado, a existência da casa).

Uma coisa que não represente outro fato, além de si mesmo, não é um documento (p. ex., uma pedra, uma planta).¹¹ Tampouco é documento a coisa

Assis prefere conceituar o documento como *bem*, para ressaltar que não se trata necessariamente de *coisa* ou *bem corpóreo* (*Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.914, p. 672). Alinhado com o avanço tecnológico, o art. 4º, II, da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) conceitua documento como “unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato”.

9 FRANCESCO CARNELUTTI afirma que a permanência é um dos requisitos do documento que assegura sua natural *superioridade* como fonte de prova, em relação ao testemunho – embora este tenha também a vantagem de ser mais flexível (*La prova civile*, p. 109). O caráter permanente, estável ou durável da representação costuma ser mencionado pela doutrina ao conceituar documento (cf. MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no civil e comercial*, n. 17, p. 32).

10 De acordo com FRANCESCO CARNELUTTI, “[l]a rappresentazione è un surrogato della percezione: serve a risvegliare mediante un equivalente sensibile l’idea che verrebbe, primariamente, determinata dalla percezione di un fatto” (*La prova civile*, p. 94). Parte da doutrina objeta, com acerto, que a representação não é um dado objetivo, contido no documento, mas algo próprio do sujeito que examina e interpreta o documento (cf. VITTORIO DENTI, *La verificaione delle prove documentali*, n. 10, esp. p. 26-29; FRANCESCO DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, n. 5, p. 21-22). Nessa linha, MICHELLE TARUFFO critica a permanência do recurso à noção de *representação* na teoria da prova, quando o próprio FRANCESCO CARNELUTTI teve dificuldade em precisar tal conceito (*La prova dei fatti giuridici*, cap. VI, n. 2.4, p. 438-439) e veio paulatinamente a abandoná-lo (Carnelutti e la teoria della prova, esp. n. 4, p. 406-408). Mas o conceito segue sendo útil para explicar o fenômeno, não apenas por força de seu disseminado uso na doutrina (a brasileira sequer chega a discuti-lo), mas também porque parece existir um *espaço de consenso* quanto ao significado mínimo do documento enquanto demonstração de determinado fato, independentemente de aspectos subjetivos próprios de quem o examina e interpreta. Trata-se de algo semelhante ao que, na teoria da interpretação, HUMBERTO ÁVILA refere como “traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”, “sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação”, “enquanto hermenêutico” ou “condição *a priori* intersubjetiva” (*Teoria dos princípios*, n. 2.1.2, p. 52-53). É nesse *espaço de consenso* que se insere o conceito de *representação* como algo próprio do documento.

11 FRANCESCO CARNELUTTI, *La prova civile*, p. 96; FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, cap. 6, n. 2, p. 179.

que transmita a ideia de outro fato sem a interferência da atividade humana (p. ex.: papel com marcas de sangue, materiais queimados por incêndio, vestígios em geral). A representação é um processo artificial que pressupõe a atividade humana. Não há “documento natural”.¹²

Isso não significa que o documento contenha sempre uma manifestação do pensamento ou uma declaração humana. Fotografias, gravações ou filmagens de eventos naturais constituem resultado da atividade humana e enquadram-se no conceito de documento, mesmo sem conter a manifestação do pensamento.¹³⁻¹⁴ Em nosso sistema, o conceito de documento não se restringe ao de *documento escrito*. Mas é preciso ter em mente que a maior parte das regras sobre prova documental no processo civil tem por objeto documentos escritos contendo declarações humanas.

O suporte do documento é o elemento físico, em sua manifestação concreta e sensível. Podem servir de suporte ao documento elementos de natureza variada: papel, pedra, madeira, meios magnéticos ou eletrônicos etc. Do mesmo modo, podem ter natureza variada os *sinais* contidos no suporte que permitem a representação do fato: escrita, som, imagem, desenho, impulsos elétricos etc.

Uma pessoa também pode *representar* um fato; mas, nesse caso, a representação faz-se não por uma *coisa*, mas por um *agir*, constituindo um *testemunho*

12 FRANCESCO CARNELUTTI, *La prova civile*, p. 108; *Idem*, Studi sulla sottoscrizione, n. 1, p. 509; *Idem*, Documento, in *Nuovo digesto italiano*, n. 1, p. 105; AURELIO CANDIAN, Documentazione e documento (teoria generale), in *Enciclopedia del diritto*, n. 4, p. 580; PAOLO GUIDI, *Teoria giuridica del documento*, n. 17, esp. p. 45-46; HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, p. 488; MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no civil e comercial*, n. 19, p. 32. Mesmo com a crescente automatização de atos jurídicos e sua documentação de forma eletrônica, permanece havendo, na origem, atividade humana (especialmente acerca de atos administrativos eletrônicos e automatizados, cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativos eletrônicos e automatizados*, cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, cap. 8, n. 4, p. 295; JOSÉ FERNANDO BREGA, *Governo eletrônico e direito administrativo*, n. 3.4.4, p. 233). Em sentido contrário, VITTORIO DENTI, *La verificaione delle prove documentali*, n. 10, p. 27.

13 FRANCESCO CARNELUTTI, *La prova civile*, p. 142. Mas, para o autor, “documento em sentido estrito” contém declaração humana (*Idem, ibidem*, p. 103).

14 Tampouco é adequado incluir no conceito de documento a qualidade de “juridicamente relevante” do fato representado (como feito, p. ex., por LUIGI CARRARO, *Il diritto sul documento*, n. 2, p. 7-8; AURELIO CANDIAN, Documentazione e documento (teoria generale), in *Enciclopedia del diritto*, n. 1 e 24, p. 579 e 588), pois, a depender do contexto e das circunstâncias, um mesmo fato pode revestir-se ou não dessa qualidade. Nesse sentido, cf. PAOLO GUIDI, *Teoria giuridica del documento*, n. 17, esp. p. 45-46; FRANCESCO DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, n. 4, p. 20.

(oral, gestual, escrito).¹⁵ O próprio testemunho também é, todavia, um *fato*, que pode ser representado por um documento; nesse caso, haverá um *documento do testemunho* (v., *infra*, 3 e 37). Isso nos leva já a um dado que marca toda a disciplina da prova documental: a distinção entre (i) o fato diretamente representado no documento, que costuma ser a emissão de uma declaração e (ii) o fato que constitui o objeto da declaração.

Também é importante perceber a distinção essencial entre (i) o documento como coisa que representa um fato e (ii) o documento como forma de materializar um agir humano. Para o direito processual, importa saber quando o fato representado no documento-coisa deve reputar-se ocorrido. Ao direito material compete, por outro lado, estabelecer a forma a ser observada para que se repute manifestada a vontade humana de modo apto à produção de determinados efeitos jurídicos (v., *infra*, n. 25).

3. Fatos representados no documento: declarações de vontade, declarações de ciência, declarações confessórias e situações não declarativas

Na maior parte das vezes, os documentos contêm o registro escrito de declarações humanas, especialmente: (i) declarações de ciência (também chamadas declarações narrativas ou enunciativas) quanto a fatos diversos: declaração de que alguém esteve em certo local, visitou determinado equipamento, recebeu certa quantia, presenciou a entrega de um objeto por uma pessoa a outra; declaração de que há certa quantidade de bens em estoque etc.; (ii) declarações de vontade (ou constitutivas ou dispositivas), que são manifestações da vontade humana aptas a produzir efeitos jurídicos, abrangendo tanto negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*¹⁶ (celebração de compra e venda; constituição de uma sociedade; promessa de recompensa etc.) como atos imperativos (providimentos judiciais, atos administrativos).¹⁷

¹⁵ V. nota 8, *supra*, sobre a possibilidade de o corpo humano servir de *suporte* documental.

¹⁶ De acordo com classificação tradicional na doutrina civilista, atos jurídicos em sentido amplo são as manifestações de vontade aptas à produção de efeitos jurídicos. Dentro dessa categoria ampla, distinguem-se os negócios jurídicos dos atos jurídicos em sentido *stricto*, conforme tais efeitos sejam perseguidos pelo(s) agente(s) ou estabelecidos pelo ordenamento jurídico independentemente de serem perseguidos. Embora o vocábulo *declaração* remeta à ideia da palavra escrita, sabe-se que a declaração de vontade pode manifestar-se também por meio da palavra falada, de gestos e mesmo do *silêncio* (cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, v. I, n. 82-83, esp. p. 303 e 308).

¹⁷ Cf. FRANCESCO CARNELUTTI, *La prova civile*, n. 22, p. 96-97; HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, n. 326, p. 500-501; ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.925, p. 722-725; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.368, p. 674-675. Outras

Entre as declarações de ciência, incluem-se as chamadas *declarações confessórias*, relativas a fatos contrários ao interesse do declarante.

É bastante comum que o mesmo documento contenha declarações de ciência e de vontade. Em um contrato particular de locação, p. ex., além da declaração de vontade que constitui o próprio negócio jurídico celebrado, os *considerandos* representam declarações de ciência. Em uma escritura pública, conjugam-se as declarações de vontade manifestadas pelas partes *por meio* do tabelião com as declarações de ciência feitas pelo tabelião quanto à data e local da celebração do negócio,¹⁸ ao comparecimento das partes, à exibição de prova de quitação de tributos etc.

No direito brasileiro, os fatos representados em documentos podem consistir também em situações não declarativas, como a imagem de pessoas, animais, objetos ou lugares, uma planta ou croqui, um evento natural, o funcionamento de um equipamento etc. As cópias ou reproduções de documentos têm por objeto imediato a representação de um fato não declarativo, que é o próprio documento original; este, a sua volta, pode ter por conteúdo uma declaração ou outra situação não declarativa (p. ex., a cópia da fotografia de um ambiente).

4. Prova documental: atividade e resultado

Prova documental é o *meio de prova* destinado a levar ao processo informação contida em *documento*. Ou seja, é a técnica processual, composta por atividades disciplinadas em lei, voltadas a “reconstruir os fatos” relevantes para o julgamento ou, mais adequadamente, a demonstrar a veracidade das alegações de fato relevantes das partes. Os meios de prova (documental, pericial, testemunhal, inspeção judicial etc.) valem-se das fontes de prova (coisas e pessoas) para levar ao processo informações sobre fatos relevantes. Documento é fonte de prova; prova documental é meio de prova.¹⁹

Nem todo documento pode ser objeto de prova documental. Esta se realiza mediante a juntada do documento aos autos físicos ou eletrônicos do processo, para que possa ser examinado pelo juiz. Há documentos, contudo,

modalidades de declaração contidas em documentos – como p. ex. opiniões, produções científicas ou artísticas etc. – não costumam ter relevo para o direito probatório, senão da perspectiva do fato histórico de terem provindo da pessoa indicada como seu autor.

¹⁸ V., *infra*, n. 38 e nota 265 sobre a distinção entre a dimensão material e a dimensão probatória da *data* (ou seja, *data* como elemento constitutivo da declaração de vontade e *data* como declaração narrativa feita pelo autor do documento).

¹⁹ Adotam-se aqui os conceitos de meio de prova e fonte de prova de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 963, p. 97.

formados por suportes que não permitem essa forma de tratamento no processo. Pense-se, p. ex., em registros da implantação de um sistema operacional que, embora documentados no disco rígido ou na memória de um computador, constituirão fonte de prova pericial; ou então em um quadro contendo o registro de fato relevante para o julgamento, que será objeto de inspeção judicial.²⁰

A locução *prova documental* também é usada para referir o resultado das atividades consistentes em provar uma alegação de fato mediante o uso de documento ou como a conclusão acerca do exame das provas produzidas. Com esse significado, fala-se em prova documental para indicar a própria demonstração da alegação de fato pelo documento, ou a aceitação, no discurso judicial, de que a alegação de fato está demonstrada.²¹ Por razões de celeridade ou de segurança, a lei às vezes exige que uma determinada alegação de fato seja demonstrada por prova documental (v., *infra*, n. 7-9).

A prova documental é também ordinariamente *pré-constituída*,²² por incidir sobre documento formado antes e fora do processo²³ e por trazer em si, desde logo, a demonstração (prova como resultado). Contrapõe-se por esse aspecto às provas *constituídas*, que são aquelas a serem formadas no curso do próprio processo (prova testemunhal, depoimento pessoal, perícias, inspeções judiciais).

Além da prova documental, há provas pré-constituídas de outra natureza, como, p. ex., a prova emprestada, tendo por objeto prova oral, pericial ou inspeção judicial, ou o depoimento escrito de uma testemunha. Em todos esses casos, haverá um documento materializando o registro da informação. Daí falar a doutrina em *prova documentada*. As técnicas de levar essa informação ao

20 Cf. LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, n. 5.4, p. 612.

21 O discurso jurídico seria facilitado caso adotássemos, como os sistemas de língua inglesa, termos distintos para referir noções diversas de prova: "evidence", com o significado de elemento que serve à demonstração das alegações de fato (fonte de prova) e "proof", com o significado de resultado – conclusão acerca da demonstração (cf. MICHELE TARUFFO, *A prova*, n. 17, p. 33).

22 De acordo com LUIGI PAOLO COMOGGIO, o conceito de prova pré-constituída foi usado por BENTHAM para indicar as provas formadas externamente ao processo com a específica (originária e institucional) destinação a servir de prova. Não se incluíam nessa categoria provas escritas a que faltasse essa originária destinação (bilhetes, cartas, anotações privadas) (cf. *Le prove civili*, Parte III, cap. I, n. 1, p. 419, nota 1).

23 Às vezes, o documento que vem aportado ao processo é constituído no curso de sua tramitação, mas os registros a partir dos quais o documento é constituído são anteriores. É o que se dá, p. ex., com certidões extraídas de registros públicos, extratos de bancos de dados, cópias reprográficas ou digitais de outros documentos (CPC, arts. 425 e 438).

processo também são essencialmente as mesmas da prova documental. O que pode variar é a intensidade e a forma de realização do contraditório, conforme a complexidade das informações documentadas (sabendo-se de todo modo que essa adaptação no contraditório pode ser observada no seio da própria prova documental "típica", conforme estabelece o art. 437, § 2º, do CPC). Mas ao valorar o resultado dessas atividades é preciso atentar para a correta identificação do fato representado no documento (um testemunho, uma conclusão pericial etc.), que ordinariamente não será o próprio fato probando (v., *infra*, n. 6).

Aliás, a consciência da distinção entre os fatos diretamente representados no documento e os fatos nele indiretamente representados é uma imposição perene no exame e valoração da prova documental. A celebração de um contrato, p. ex., pode ser documentalmente provada pelo instrumento contratual. Nesse caso, o fato representado pelo documento é o próprio fato que se pretende provar (em verdade, provam-se os atos praticados pelas partes que a lei qualifica juridicamente como contrato). A cópia do contrato, a sua volta, é um documento que representa *imediatamente* o instrumento contratual original (documento do documento) e apenas *mediatamente* o contrato celebrado. Na mesma linha, o relato escrito de um particular que presenciou a celebração do contrato é um documento que representa *imediatamente* o testemunho e, apenas *mediatamente*, o fato "celebração do contrato". Do mesmo modo, a sentença que traga em sua fundamentação o reconhecimento da existência do contrato não constitui representação direta desse fato. O documento em que representada a sentença prova que a sentença foi proferida e que, naquele processo, o juiz reconheceu ter sido demonstrada a existência do contrato; mas não representa diretamente a própria existência do contrato.²⁴

24 Parte da doutrina sustenta que o reconhecimento pelo juiz da ocorrência de fatos na sentença serviria, à luz da persuasão racional e conforme a solidez da motivação, como legítimo indicio de sua ocorrência (cf. THIAGO FERREIRA SIQUEIRA, *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 2.11, p. 214). Mas há uma distância considerável entre (a) a decisão do juiz acerca da ocorrência de um fato – pautada no exame dos elementos de prova produzidos em um processo, nas condutas processuais das partes (de impugnar ou não determinada alegação de fato), em juízos inferenciais, em regras jurídicas acerca de ônus probatórios etc. – e (b) o próprio fato. A sentença prova a existência de um juízo sobre o fato, mas não prova a sua correção. Por isso parece mais adequado usar os mesmos elementos de prova examinados pelo primeiro juiz, mediante empréstimo (CPC, art. 372), para pautar o juízo sobre a ocorrência ou inoocorrência do fato (para essa posição, cf. PIERO CALAMANDREI, *La sentenza civile inoocorrência do fato* (para essa posição, cf. PIERO CALAMANDREI, *La sentenza civile inoocorrência do fato*, p. 108-129). De forma peremptória, PAULO OSTERNACK AMACOMEZZO afirma que "uma sentença não prova nada em outro processo" (cf. *Provas: atipicalidade, liberdade e instrumentalidade*, n. 4.8, p. 97-98). É preciso ter sempre em mente, contudo, que uma sentença é um ato complexo, que também abarca a declaração do

Quando o documento representa outro fato do qual se possa extrair, por inferência lógica, a ocorrência do fato a ser provado, está-se no campo da *prova indiciária* ou *por presunção*. Presunção é justamente a atividade lógica consistente em extrair de um determinado fato conhecido a conclusão acerca da ocorrência de outro fato, desconhecido.²⁵⁻²⁶ Ao admitir que o juiz se pautar nas máximas da experiência e na observação daquilo que ordinariamente acontece para reconhecer a ocorrência de fatos (CPC, art. 375), a lei processual está a admitir as chamadas *presunções judiciais*. Muitas vezes, o ponto de partida do raciocínio presuntivo, que é o indício, estará demonstrado em um documento. E, a partir da prova desse fato indiciário, o juiz chegará à conclusão de que o fato presumido também ocorreu, porque essa inferência está autorizada pela observação do que ordinariamente acontece.

Justamente porque se vale de uma coisa para a extração de informações, a prova documental classifica-se, quanto à fonte, em prova real – em contraposição à prova pessoal, que emprega pessoas como fontes ativas de informações, tal como se dá no depoimento pessoal e na prova testemunhal.²⁷

5. Prova documental, prova escrita e prova literal

A lei vale-se em certas ocasiões de expressões assemelhadas à *prova documental*. A mais comum delas é a locução *prova escrita*, presente nos arts. 444,

juiz (agente público) de que determinados fatos ocorreram em sua presença (p. ex.: realização de audiência em determinado dia, comparecimento ou não comparecimento da parte e de testemunhas etc.). Ademais, a sentença também pode ser compreendida como documento público que prova a própria emissão do provimento jurisdicional (PIERO CALAMANDREI, *La sentenza civile come mezzo di prova*, n. 2 e 4, p. 109-110 e 112). Assim, p. ex., em processo administrativo voltado a apurar a falta do juiz por ter sentenciado processos nos quais tinha interesse, servirão de prova documental as sentenças proferidas em cada um desses processos.

25 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 992, p. 135. FRANCESCO CARNELUTTI chama a atenção para a distinção entre a *representação* de um fato por outro (que remonta à ideia de *equivalência*) e a *dedução* que permite concluir quanto à existência de um fato, a partir do conhecimento de outro, que não o representa (*La prova civile*, p. 84-85). Embora a distinção seja compreensível e mesmo útil para lidar com a valoração da prova, observa parte da doutrina, com acerto, que não há diferença *ontológica* entre esses fenômenos, variando apenas os graus de inferência que conectam o objeto conhecido à hipótese fática (HUMBERTO ÁVILA, *Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória*, p. 2/19). V., *infra*, nota 101.

26 *Presunção* é, contudo, vocábulo polissêmico no sistema jurídico. Para o conceito de *presunção legal*, como regra jurídica que *impõe* o reconhecimento de um fato como consequência jurídica da constatação de outro, v., *infra*, n. 14.

27 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 963, p. 97-98. As pessoas também podem ser fontes reais e passivas de prova. É o que se dá, p. ex., quando são submetidas a perícias médicas (*Idem, ibidem*).

445 e 700 do CPC, e nos arts. 227, parágrafo único, 646 e 987 do CC. Em sentido semelhante, fala-se em *prova literal* (do latim *litera*, que significa *letra*²⁸) na disciplina da confissão (CPC, art. 394) e da habilitação de crédito no inventário (CPC, art. 642, § 1º).²⁹

No direito processual brasileiro – diversamente do que se passa em outros sistemas³⁰ –, a noção de documento não se confunde com a de escrito, pois há documentos não escritos (p. ex.: fotografias, filmes, plantas etc.) e há prova escrita que pode não constituir prova documental (p. ex.: laudo pericial, termo de depoimento etc.).

Não há, contudo, fórmula exata para estabelecer relações de equivalência ou de exclusão entre esses termos.

Deve-se ter em mente, de um lado, que a disciplina da prova documental no processo civil tem por objeto essencialmente documentos *escritos* contendo *declarações de ciência ou de vontade* de seus autores. Dos vinte e cinco artigos que disciplinam a força probatória dos documentos (arts. 405 a 429 do CPC), apenas um deles, o art. 422, trata de documentos representativos de “*fatos ou coisas*” que *podem* não constituir *declarações*. Todos os demais dizem respeito a declarações humanas, ordinariamente feitas por escrito. É, assim, sobre esses dois polos – escritura e declaração – que se concentram as regras sobre a eficácia material e probatória do documento. E convém restringir o conceito de documento (ou de declaração documentada) integrante da *fattispecie* das normas que produzem eficácia probatória *ex lege*, para que prevaleça a regra geral de valoração pautada apenas na persuasão racional (CPC, art. 371).

28 Cf. MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no civil e comercial*, n. 17, p. 30. Foi suprimida do CPC a norma que disciplinava o arresto, estabelecendo como um de seus requisitos “prova literal da dívida líquida e certa” (CPC de 1973, art. 814, inc. I).

29 A influência da utilização de tais expressões pelo direito brasileiro vem do Código de Napoleão, que originalmente usava as locuções *prova literal* e (começo de) *prova por escrito*, em lugar de prova documental (arts. 323, 324, 341, 1.113 e 1.316 e s., 1.335, 1.347, da versão original). Atualmente, a lei francesa continua a não falar em “prova documental”, mas substitui “prova literal” por “prova por escrito”. Este conceito é definido no art. 1.365 do *Code Civil*, abrangendo outras formas de registro de ideias – que não apenas aquela por letras –, e qualquer suporte: “[l]’écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d’une signification intelligible, quel que soit leur support”.

30 Nos sistemas alemão e norte-americano, o conceito de documento, no contexto da prova documental, equivale ao de *documento escrito* (cf. MICHELE TARUFFO, *A prova*, n. 56, p. 73, nota 81; GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. I, n. 1, nota 1, p. 1-2, e cap. IV, n. 2, p. 391, nota 29). Também para JUAN MONTERO AROCA o conceito de documento se limita ao documento escrito no direito espanhol, embora se admita o uso do meio de prova documental para introduzir no processo meios não escritos de registros de dados e informações (*La prueba en el proceso civil*, cap. VII, n. B e C, p. 283-285).

Por outro lado, diante da consciência do impacto que o incessante avanço tecnológico exerce sobre o direito probatório e da impossibilidade de definir, com ares de universalidade, a melhor forma de buscar a verdade no processo, deve-se restringir o alcance das normas que limitam a *admissibilidade* de meios de prova, privilegiando-se a regra geral que confere às partes liberdade para provar suas alegações por qualquer meio legítimo (CPC, art. 369). Dessa perspectiva, para que a *admissibilidade dos meios de prova*³¹ seja ampla, deve-se entender como “escrito” exigido na lei qualquer “documento”, ainda que não escrito e ainda que sua produção e valoração no processo dependa de técnicas diversas da prova documental.

6. Prova documentada

Fala-se em *prova documentada*³² para referir provas de outra natureza que tenham sido objeto de documentação, após sua produção em um determinado processo (inclusive voltado à produção antecipada de provas – CPC, arts. 381 e s.) ou fora dele (como, p. ex., os testemunhos particulares escritos).

Como todos os atos do processo, as atividades probatórias também serão *documentadas*, para permitir a perpetuação do resultado alcançado e seu exame posterior (pelo juiz, pelas partes, pelo tribunal). Assim: a prova pericial será documentada no laudo; a prova testemunhal será documentada no termo de audiência; a inspeção judicial será documentada em auto circunstanciado. O que se documenta aí é a *colheita* da prova. Esses documentos (laudo, termo, auto) representam, pois, a realização da perícia, a oitiva da testemunha, a inspeção judicial; não representam, *de forma direta e imediata*, os próprios fatos que se pretendeu demonstrar por meio daquelas provas.

Caso se pretenda provar a própria colheita da prova, então tais documentos servirão de prova documental direta do fato (p. ex.: em ação rescisória fundada em corrupção do perito, o laudo pericial constitui prova documental da atuação do perito no processo).

Do contrário, a *prova documentada* conterà representação indireta do fato probando. Mas isso não significa que, mesmo nessas circunstâncias, não possa ser reputada como prova documental. Isso porque, mesmo quanto aos documentos expressamente disciplinados pelo CPC, as hipóteses de representação

31 Situação diversa é a das normas que exigem o escrito ou o documento para autorizar o uso de instrumentos de tutela sumária, nas quais tem relevo não apenas o poder de convencimento do meio de prova, mas também a possibilidade de servirem à formação de convicção de forma imediata.

32 Cf. LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, p. 609-611; FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, cap. 6, n. 3, p. 182-184; EDUARDO CAMBI, *Curso de direito probatório*, parte II, n. 3.2, p. 416.

direta de fatos são bastante limitadas, abarcando usualmente apenas as declarações (e não o objeto das declarações). Em um documento público, p. ex., o que está *diretamente* representado no documento não é o *fato probando*, mas a declaração do agente público quanto à ocorrência do *fato probando*. Portanto, não é correta a ideia de que a prova documental se distinguiria da prova do probando. A prova documentada impõe um degrau *a mais* no juízo inferencial, mas ordinariamente a prova originária já abarca a representação indireta do fato que se pretende provar (v. *infra* nota 124).

Conforme diretrizes interpretativas estabelecidas acima (*supra*, n. 5), para fins de admissibilidade, a prova documentada deverá ser em princípio apta a suprir exigências de prova escrita ou documental. Para fins de eficácia probatória, será preciso examinar de forma criteriosa, conforme as circunstâncias do caso, seu eventual enquadramento entre os meios de prova dotados desse poder de convencimento imperativo.

7. A disciplina da prova documental no contexto das limitações probatórias

A disciplina da prova documental no Código de Processo Civil abarca essencialmente normas sobre sua admissibilidade, sobre a forma de sua produção e impugnação e sobre sua eficácia probatória. No Código Civil e em outras normas específicas, há também regras sobre a necessidade da prova documental para *provar*³³ determinadas alegações.

Essas normas inserem-se no conjunto das chamadas *limitações probatórias*: “proibições ou diretrizes impostas pelo ordenamento jurídico à admissão, produção ou valoração das provas consideradas necessárias ou úteis para apurar a verdade dos fatos que interessam ao processo”.³⁴

A ideia de *limitações probatórias* é tendencialmente conflitante com a *busca da verdade* no processo. Admitindo-se, como grande parte da doutrina moderna, a *existência da verdade* como *correspondência* entre o que é e aquilo que se diz ser, e aceitando-se a íntima relação entre o atingimento da *verdade* na cognição sobre os fatos relevantes para o julgamento e o *valor justiça*,³⁵ uma atividade

33 O que não se confunde com as normas de natureza material que requerem a *fattis-pecie* documental ao disciplinar a forma de atos jurídicos (v., *infra*, n. 25).

34 Cf. CLARISSA DINIZ GUEDES, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, p. 180. No mesmo sentido: LEONARDO GRECO, *Limitações probatórias no processo civil*, p. 7.

35 MICHELE TARUFFO, *La prova*, p. 42; JORDI FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 1ª parte, n. 2.1, p. 30; SUSAN HAACK, *La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple después de todo*, p. 311-318; LEONARDO GRECO, *Limitações probatórias no processo civil*, p. 5. Tais premissas estão sujeitas a ampla discussão filosófica, que naturalmente não se mostra pertinente a estes *Comentários*.

probatória ótima seria aquela que (i) fosse guiada pela ampla admissibilidade de todos os meios de prova aptos a contribuir para a demonstração de fatos minimamente relevantes para o julgamento, (ii) não se sujeitasse a restrições de forma de produção (inclusive pelo aspecto temporal) e (iii) se submetesse à valoração única e necessariamente de acordo com critérios de racionalidade. Quanto maior a margem de atuação das partes e do julgador na atividade probatória, maiores seriam as chances de descobrir a verdade sobre os fatos debatidos no processo e, conseqüentemente, de aplicar corretamente as conseqüências jurídicas a eles vinculadas pelo ordenamento.

Ocorre que o processo não é palco de investigações científicas nem tem por escopo único a realização do direito objetivo: trata-se de instrumento jurídico, pelo qual se exerce a jurisdição com vista à pacificação de conflitos com justiça. Daí compreender-se com naturalidade que, a despeito da pretensão de propiciar ampla investigação para a descoberta da verdade, haja nos diversos sistemas regras jurídicas disciplinando e limitando a atividade probatória.³⁶

Essas ponderações explicam de forma satisfatória a existência de limitações probatórias de natureza contraepistêmicas (também chamadas *limitações extrínsecas*), que são aquelas voltadas a tutelar fins outros que não a própria busca da verdade,³⁷ tais como: intimidade, integridade física, paz nas relações familiares, celeridade, eficiência, segurança jurídica etc. As limitações probatórias relativas à *atividade probatória* (forma de sua produção, inclusive no que respeita ao aspecto temporal) e grande parte daquelas concernentes à *admissibilidade dos meios de prova* têm natureza contraepistêmica.

Diversas são as coisas, contudo, quanto às limitações de natureza epistêmica (ou *limitações intrínsecas*), estabelecidas justamente em prol do escopo de

atingimento da verdade. Trata-se de normas que excluem ou predefinem o valor de determinado meio de prova a partir da premissa de que com isso se contribuirá para a descoberta da verdade. Com elas, “o legislador tenta suprir a imaturidade, a falta de cultura, a falta de experiência de vida de juizes”, “disciplinando a investigação da verdade (...) para que ele não se deixe influenciar por fontes ou por métodos considerados pouco confiáveis ou suspeitos”.³⁸

É o campo das denominadas *regras de prova legal* ou *tarifada*,³⁹ que impõem determinado resultado probatório a um meio de prova genérico, abstraindo as conseqüências que se atingiria por meio da racionalidade.⁴⁰ Nesses casos, o legislador não deixa a cargo do juiz a tarefa de extrair de determinado meio de prova o grau de convicção que dele concretamente emanar. Ao revés, determina que, sempre que estiver diante do meio de prova “x”, o juiz repute provado o fato (eventualmente ressalvando-se a possibilidade de demonstrar o contrário) ou que não considere provado o fato se não estiver presente o meio de prova “y”. São exemplos de tais normas: as incapacidades, impedimentos e suspeições para depor; a exclusão da testemunha indireta nos sistemas de *common law* (*hearsay rule*); a exclusão de prova testemunhal para a demonstração de determinados fatos e a atribuição de eficácia probatória *ex lege* a determinados tipos de prova documental.

Especialmente em sistemas de *civil law* (nos quais o juiz do fato é também o juiz do direito⁴¹), critica-se a adoção de regras de limitação probatória com finalidade epistêmica, afirmando-se tratar-se ou de normas *desnecessárias* – quando correspondem a uma regra efetivamente universal –, ou na realidade *contraepistêmicas* – quando afastam a possibilidade de busca da verdade por meios racionais, nas situações em que a regra abstrata não corresponda a uma verdade universal.⁴² De fato, com a incessante evolução tecnológica e a correlata alteração da dinâmica das relações humanas, é difícil admitir, no plano dou-

36 Como observa a doutrina, há *limitações à descoberta da verdade* advindas (i) do próprio processo judicial, como marco em que se desenvolve a atividade probatória e o exercício da jurisdição, marco esse necessariamente delimitado no tempo (diferentemente de uma investigação científica) e necessariamente influenciado pela atividade de partes preocupadas com a defesa de seus interesses mais do que com a busca da verdade (seja pela delimitação das alegações de fato trazidas ao processo, seja pela determinação dos meios de prova para a sua demonstração) (cf. JORDI FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, cap. II, n. 2, p. 57, nota 4); (ii) das regras sobre coisa julgada, que impõem um limite à discussão jurídica através do processo, impedindo ou limitando a revisão de decisões judiciais, inclusive no que respeita à determinação da verdade das alegações de fato e (iii) enfim, para o que respeita a estes Comentários, das regras probatórias propriamente ditas (*limitações probatórias*) (cf. JORDI FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, cap. II, n. 2, p. 57-61).

37 Sobre a classificação das limitações probatórias, da perspectiva do escopo, entre (i) extrínsecas ou contraepistemológicas e (ii) intrínsecas ou epistemológicas, cf. MIRJAN DAMAŠKA, *Evidence law drift*, p. 12-16; CLARISSA DINIZ GUEDES, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, cap. III, p. 177.

38 LEONARDO GRECO, *Limitações probatórias no processo civil*, p. 7 e 17.

39 Há alguma equivocidade no uso desses termos pela doutrina. A locução *prova legal* significa tanto, como no texto, *limitações probatórias relacionadas ao valor* dos elementos de prova (aí incluídos os casos em que se lhe atribui “valor zero”, quando o plano da *valoração* se aproxima do da *inadmissibilidade*) como também, de forma mais ampla, qualquer disciplina legislativa relativa à prova, e não apenas aquelas concernentes à sua *valoração*. Sobre o ponto, cf. GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. I, n. 5, p. 64.

40 JORDI FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, cap. II, n. 2, p. 57-61.

41 Nos sistemas de *common law*, em grande parte dos casos (inclusive cíveis) o juiz do fato é o júri. Essa seria, de acordo com a doutrina, uma das principais razões que explicariam as diversas regras sobre *inadmissibilidade de meios de prova* em tais ordenamentos, voltadas a obstar que o juiz leigo tome contato com evidências aptas a distorcer a formação de sua convicção sobre a verdade – a qual não é passível de controle posterior via motivação.

42 MICHELE TARUFFO, *Uma simples verdade, o juiz e a construção dos fatos*, p. 171 e 190.

trinário, a existência e a permanência de *regras universais* quanto aos modos de revelar a verdade.

Daí a tendência observada nos diversos sistemas processuais em, de um lado, superar a tipicidade dos meios probatórios para admitir *provas atípicas*, e de outro, consagrar a regra da valoração probatória pautada na *persuasão racional* (ou *livre convencimento motivado*), de modo a priorizar o exame feito *em concreto* pelo juiz quanto aos diversos elementos de prova, sem gradações hierárquicas.

Não se deve desprezar, contudo, a salutar função de segurança jurídica desempenhada por tais normas, na medida em que permitem às partes conhecer previamente os requisitos necessários e suficientes à demonstração em juízo dos fatos relevantes ao reconhecimento de seus direitos.⁴³

8. Persuasão racional e regras de prova legal sobre valoração e admissibilidade da prova documental

A partir do exame da experiência histórica, fala a doutrina em três sistemas de valoração da prova: (i) *sistema da prova legal*, em que preponderam regras estabelecidas pela lei em caráter geral e abstrato quanto ao valor dos meios de prova⁴⁴; (ii) *sistema do convencimento moral ou íntimo*, pelo qual o juiz tem o poder de formar seu convencimento quanto à matéria fática por seus próprios impulsos e impressões, inclusive a partir de ciência privada; e (iii) *sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional*, em que o reconhecimento da ocorrência dos fatos alegados depende do exame racional, demonstrado na motivação, de cada elemento de convicção aportado ao processo e de todos eles, em seu conjunto.⁴⁵

43 Daí a já mencionada legitimidade da *escolha política* feita no art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec.-Lei n. 4.657/1942), em definir a regência dos ônus e meios de prova pelas regras do país estrangeiro em que os fatos ocorrerem (v. nota 3, *supra*).

44 MICHELE TARUFFO observa que, no sistema de prova legal do direito comum, o aspecto mais importante era a *cultura dos juristas* da época, que considerava como *critério racional de valoração* aquele pautado na lógica aristotélico-tomista, nas técnicas combinatórias e de análise classificatória. Daí dizer o autor que “*in sostanza*, il sistema della prova legale è essenzialmente il prodotto tipico e pressoché esclusivo di una cultura giuridica formalistica, analitica e categorizzante, amante delle sottigliezze e delle complicazioni classificatorie”. Com a codificação das regras de prova legal, dá-se a simplificação do fenômeno. Deixa de haver uma racionalidade obtida mediante a soma de partes da verdade, passando a haver uma simples regra de imputação (*La prova dei fatti giuridici*, cap. V, n. 2.3, p. 361-363).

45 V. por todos: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 984-987, p. 121-128. Para o exame histórico aprofundado desses modelos, v. CLARISSA DINIZ GUEDES, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, cap. III, p. 117-162.

Assim como a maior parte dos ordenamentos modernos, o ordenamento brasileiro adota o sistema de *valoração da prova* pautado essencialmente na *persuasão racional do julgador*, também chamado de sistema do “livre convencimento motivado” (CPC, art. 371). Nesse paradigma, incumbe ao julgador adotar, em concreto, a melhor conclusão racional a partir das provas produzidas, expondo as razões pelas quais atribuiu maior ou menor peso a cada evidência, sem as amarras das regras de prova legal (ou melhor, sem *tantas amarras*).⁴⁶

Mesmo assim, há em nosso sistema diversas normas estabelecendo, de forma abstrata e predeterminada, o valor, positivo ou negativo, que o julgador deve extrair de determinados meios ou fontes de prova. São exceções, explicadas de forma ilustrativa pela doutrina como *pequenas ilhas de prova legal*⁴⁷ em um mar de valoração racional.

A disciplina da prova documental é um dos principais espaços de manifestação das regras de prova legal. O direito brasileiro, como tantos outros,⁴⁸ tem regras sobre (a) a necessidade da prova documental (ou escrita, ou literal) para provar determinadas alegações (ou sobre a inaptidão de outros meios a demonstrá-las) e (b) o valor probatório de diversas espécies de documento e de seus específicos conteúdos – ambas de caráter marcadamente epistêmico. Além disso, nosso sistema tem também regras (que escapam do campo meramente *probatório*) (c) sobre a necessidade de prova documental para autorizar o uso de instrumentos de tutela diferenciada de cognição sumária, como o mandado de segurança, a tutela provisória e a monitoria.⁴⁹

Existe clara tendência doutrinária e jurisprudencial, no processo civil,⁵⁰ de interpretar de modo cada vez mais *flexível* as normas de prova legal sobre a

46 Acerca da supressão da expressão “livremente” do texto dos atuais arts. 370, 394, 426 e 480, § 3º (correspondentes aos arts. 131, 353, 386 e 439, par. do CPC de 1973), v., *infra*, n. 86.

47 Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 988, p. 128.

48 De acordo com GIULIA DI FAZZIO, em todos os sistemas europeus parte importante da disciplina da prova documental é dada por regras de prova legal (cf. *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. I, n. 5, p. 64, nota 155). JORDI NIEVA FENOLL afirma especificamente a existência de tais regras em Portugal, na Espanha, Itália, França, Alemanha, Bélgica e Grécia (cf. *La valoración de la prueba*, n. II.3, p. 62-64 e n. V.6, p. 310 e nota 233). Segundo este autor, entre as legislações europeias apenas Áustria teria um sistema verdadeiramente livre de valoração da prova (*idem*, p. 65).

49 Cf. item 15, *infra*.

50 A doutrina processual penal, tradicionalmente mais garantista do que a processual civil, por lidar com o valor liberdade e com a presunção de inocência, é menos propensa a admitir mitigação das regras de prova legal postas em benefício do réu (cf. CLARISSA DINIZ GUEDES, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, p. 184-185). V., *infra*, nota 254.

em relação ao litígio,⁵⁴ de sua durabilidade e de sua estabilidade.⁵⁵ Com base em juízos abstratos de credibilidade pautados nessa experiência histórica, o legislador estabelece normas exigindo prova documental para a *demonstração* de certas alegações de fato, com vista a conferir maior grau de acerto às decisões judiciais (*função epistêmica*).

Além disso, à luz do art. 190 do CPC, as partes também podem celebrar negócio jurídico processual exigindo determinado meio de prova para a demonstração de alguma alegação relevante de fato (como, p. ex., pagamento)⁵⁶ ou dispensando sua necessidade nos casos em que a lei o exigiria.⁵⁷

Veja-se que, quando se fala na exigência do escrito para reputar-se *prova* do fato, não se está tratando das regras que impõem a *forma*⁵⁸ escrita como requisito de *substância* do ato. Neste último caso, trata-se não apenas de *provar* que o ato jurídico foi praticado, mas de *constitui-lo válida e eficazmente*, mediante a manifestação *escrita* da vontade.⁵⁹ Ainda quando as duas normas venham conjugadas pelo legislador, trata-se de regras relativas a planos diversos: a da forma exigida para a constituição válida do ato (documento *ad substantiam*) e a do meio de prova exigido para que se repute demonstrado o fato em processo judicial (documento *ad probationem*).⁶⁰

54 No momento de sua formação, o documento não está sujeito a influências advindas do futuro conflito de interesses. CARNELUTTI atribui essa qualidade à inerente *imediatez* do documento. Para o autor, o documento consiste sempre na representação imediata de um fato presente (que então se torna permanente) (*La prova civile*, n. 34, p. 138).

55 Cf. LUIGI COMOGLIO, *Le prove civili*, p. 421.

56 Nesse sentido, FREDIE DIDIER JR., JÚLIA LIPIANI e LEANDRO SANTOS ARAGÃO, Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais, p. 11. LUIGI PAOLO COMOGLIO (*Le prove civili*, p. 424, nota 18) cita julgado admitindo a instituição convencional da exigência de determinado meio de prova para a demonstração de circunstância contratual específica. O mesmo autor também ressalva a possibilidade de as partes convencionarem requisito específico de prova do contrato de compra e venda internacional de mercadoria, derogando, por força de sua autonomia, a regra de informalidade estabelecida no art. 11 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Libertà di forma e libertà di prova nella compravendita internazionale di merci*, esp. p. 793 e 800-801).

57 Essa hipótese não se confunde com a norma de direito material que confere às partes o poder de estabelecer a forma escrita ou o instrumento público *ad substantiam* (CC, art. 109).

58 Para o conceito de *forma*, v. n. 25, *infra*.

59 Sobre o tema do documento-forma (ou melhor, instrumento) como requisito de validade dos negócios v., *infra*, n. 25, comentários ao art. 406.

60 A distinção é assentada tanto na doutrina processual como na civil. Entre os processualistas, cf. FRANCESCO CARNELUTTI, *La prova civile*, n. 24, p. 104-106; LUIGI

A mais tradicional das regras de documento *ad probationem* é a da restrição ao uso de prova exclusivamente testemunhal, com a correlata exigência da prova documental ou escrita, para provar negócios jurídicos de valor elevado.⁶¹

No direito brasileiro, essa norma deixou de existir. O CPC não reproduziu a regra constante do art. 401 do CPC de 1973, que obstava o uso de prova exclusivamente testemunhal para provar fatos relativos a negócios de valor superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país. Além disso, o art. 1.072, II, do diploma processual revogou expressamente o *caput* do art. 227 do CC de 2002, que continha idêntico preceito.⁶²⁻⁶³

Antes dessas alterações, o art. 11 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, firmada em Viena em 11.04.1980 e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 8.327, de 16.10.2014, já estabelecera tanto a desnecessidade da forma escrita para a *formação* do contrato de compra e venda internacional, independentemente de seu valor, como a possibilidade de *prová-lo por qualquer meio*.⁶⁴

PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*, p. 424-425, inclusive notas 18 e 19; MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no civil e comercial*, v. IV, n. 23, p. 36-37. Entre civilistas: ENZO ROPPO, *O contrato*, cap. II, n. 3.1, p. 98-99; CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, v. I, n. 84, 102 e 103, p. 311-312 e 376-383.

61 O modelo francês, pautado no tradicional princípio "*lettres passent témoins*", inspirou diversos sistemas a excluírem a prova oral e, em particular, a testemunhal para a demonstração da existência e da dinâmica dos contratos. Também nos sistemas de *common law* a solução tradicional requer prova escrita de determinados contratos ("*best evidence rule*"; "*original writing rule*"), embora atualmente a regra tenha-se convertido em mera *preferência*, diante do elevado número de situações em que se admite a prova por outros meios (cf. MICHELE TARUFFO, *A prova*, n. 27 e 29, p. 43-44 e 46).

62 "Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados". Esse dispositivo foi revogado pelo art. 1.072, II, do CPC.

63 Sob a vigência do CPC de 1973, o STJ já decidiu ser "inadmissível a prova exclusivamente testemunhal para certificar a ocorrência do pagamento, principalmente no caso de o valor controverso ser maior que o décuplo do maior salário mínimo vigente no país e quando não apresentado início de prova documental da alegada transferência da quantia substancial em dinheiro" (STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 564.738, rel. Min. MOURA RIBEIRO, j. 12.02.2015, *DJe* 20.02.2015). Todavia, em outros casos a Corte restringia a exigência da prova escrita à própria *existência* dos contratos, dispensando-a no que respeita a *fatos que envolveram os litigantes bem como a obrigações e efeitos decorrentes desses fatos* (STJ, 2ª Seção, ERsp 263.387, rel. Min. CASTRO FILHO, j. 14.08.2002, *DJ* 17.03.2003, p. 174; STJ, 3ª T., AgRg no Ag 1.319.590, rel. Min. SIDNEI BENETTI, *DJe* 28.09.2010).

64 "O contrato de compra e venda não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma. Poderá ele ser provado por qualquer meio, inclusive

objeto não necessariamente o próprio fato probando, mas fatos outros dos quais decorra, por raciocínio inferencial (presunção judicial) ou por força de lei (confissão), o reconhecimento de que o fato probando ocorreu. Além disso, interpretam-se restritivamente as exigências legais quanto ao fato que deve ser objeto de prova escrita, admitindo-se que qualquer outro fato relativo ao mesmo negócio jurídico seja livremente provado.⁷¹ Por fim, é ainda possível interpretar extensivamente regras que afastam a exigência, compreendendo-as aplicáveis a todas as situações de “justa causa”.

10. Dispensa do documento *ad probationem* por força de ausência de impugnação e de confissão judicial

Mesmo quando a lei ou a convenção das partes exija o documento *ad probationem* (mas não *ad substantiam*⁷²), prova alguma se exigirá da parte se seu adversário não impugnar a alegação – por força de revelia ou de ausência de impugnação específica⁷³ – ou se confessar a ocorrência do fato alegado por seu adversário (CPC, arts. 374, II-III).

A exigência do documento *ad probationem* apenas se coloca diante da controvérsia quanto à alegação de fato. E tanto a ausência de impugnação como o expreso reconhecimento da ocorrência do fato pela parte contrária ensejam a presunção de veracidade da alegação, isto é, a presunção de que o fato efetivamente ocorreu, devendo ser ele considerado na decisão judicial – salvo se houver prova em contrário ou se presentes as circunstâncias que afastam essa eficácia (v., *infra*, n. 14). Essa presunção é suficiente para suprir a exigência da prova escrita.⁷⁴

71 De acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, a necessidade de prova escrita quanto à existência do negócio não deve obstar a prova exclusivamente testemunhal quanto à sua interpretação (cf. *Prova e convicção*, parte II, n. 6.9.1, p. 796).

72 Nos casos em que o documento escrito constitua requisito de validade do negócio (documento *ad substantiam*), nem a revelia, nem a ausência de impugnação específica, nem a confissão serão suficientes para suprir a exigência (CPC, arts. 341, II, 345, III e art. 406 – v., *infra*, n. 25). Embora a lei use locuções diversas nos arts. 341, II e 345, III, do CPC (“instrumento que a lei considerar da substância do ato”, no primeiro, e “instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato”, no segundo), compreende-se, por coerência sistemática, que ambos se referem à exigência do escrito *ad substantiam*. A exigência do documento *ad probationem* será suprida em caso de ausência de impugnação e de revelia, mas a exigência da forma escrita *ad substantiam*, não. Nesse sentido: LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 3.13.2, p. 525.

73 Também se denomina a ausência de impugnação de “admissão”.

74 Nesse sentido, cf. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, v. I, n. 84, p. 313; LUIGI PAOLO COMOGGIO, *Le prove civili*, parte III, cap. 1, n. 2, nota 19.

11. Exigência do documento *ad probationem* atendida por documento confessório (confissão extrajudicial)

Além da confissão judicial, o documento público ou particular contendo a confissão extrajudicial da existência do negócio também é apto a suprir a exigência do documento *ad probationem* (CPC, arts. 394 e 408, *caput*).⁷⁵ Veja-se que são coisas diversas (a) o documento por meio do qual as partes celebraram o negócio e (b) o documento no qual a parte reconheça ter celebrado o negócio. Ambos servem para suprir a exigência de prova por escrito.

A lei apenas não admite que a exigência do documento *ad probationem* seja atendida mediante *prova testemunhal da existência de confissão extrajudicial oral*⁷⁶ (CPC, art. 394).⁷⁷

O documento confessório pode consistir em documento eletrônico assinado digitalmente com base na infraestrutura de chaves públicas (ICP) Brasil. Nos termos do art. 10, § 1º, da MP n. 2.200-2/2001, “as declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil”.⁷⁸⁻⁷⁹

75 Nesse mesmo sentido, à luz do sistema italiano, cf. LUIGI MONTESANO, *Sull'efficacia probatoria dell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, esp. p. 108.

76 O fato de a confissão ser feita oralmente não parece interferir na eficácia probatória da própria confissão, mas na prova de sua ocorrência. Assim, a confissão oral presenciada por agente público e por ele registrada em documento público ou a confissão gravada em vídeo (sem questionamento quanto à autenticidade) detêm a mesma eficácia probatória especial da confissão escrita da parte. Ganha relevo aqui a distinção, feita pela doutrina italiana, entre *confissão como prova do fato confessado* (que tem eficácia probatória *ex lege* e deve ser admitida para suprir a exigência da prova documental) e a *prova de que a confissão ocorreu* (especialmente da confissão extrajudicial). A esse respeito, cf. LUIGI PAOLO COMOGGIO, *Le prove civili*, parte IV, cap. III, n. 7, p. 705; GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. III, n. 4.1, nota 59, p. 189. Com posição diversa, v. LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 3.15.1, p. 544, para quem o regime diferenciado da confissão escrita e oral funda-se na *função negocial da confissão* (*Prova e convicção*, parte II, n. 3.15.2, p. 544-545).

77 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO entende que o art. 394 do CPC apenas nega eficácia à confissão extrajudicial feita oralmente nas hipóteses em que a lei exija a forma escrita *ad substantiam*, “porque a exigência de um meio de prova (literal ou documental) sob pena de o juiz não poder aceitar o fato confessado atentaria contra a liberdade de convencimento do juiz (art. 371)” (*Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.417, p. 736).

78 A norma do art. 131 do CC de 1916 foi incorporada no art. 219, *caput*, do CC de 2002 e reiterada, no essencial, no art. 408, *caput*, do CPC.

79 Sem cogitar da eficácia do documento eletrônico assinado digitalmente, MARCELO FORTES BARBOSA FILHO diz ser necessário “prova documental, elaborada em

Além disso, a confissão escrita e não assinada, de cuja autoria não se duvide, também serve a atender à exigência da *prova escrita* (pense-se, p. ex., em e-mail contendo a confissão da existência de contrato de depósito voluntário celebrado entre as partes).⁸⁰

12. Exigência do documento *ad probationem*, presunção e início de prova escrita

A prova documental apta a satisfazer a exigência pode ter por objeto fato indiciário. Ou seja, prova de fato do qual se pode extrair, por presunção judicial (*hominis*), a conclusão acerca da ocorrência do fato probando – possivelmente em associação com outros fatos indiciários. Essa conclusão é reforçada pela revogação do art. 230 do CC, que vedava o uso das presunções judiciais nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.

Naturalmente, é preciso que a presunção se estruture sobre uma relação de efetiva proximidade entre o(s) fato(s) indiciário(s) e o fato probando. P. ex., em ação de reconhecimento de sociedade de fato e partilha de haveres, o autor apresenta a minuta do contrato de sociedade trocada entre as partes (prova documental de que houve negociação, mas não de que o negócio se concretizou) e contratos de empréstimo feitos ao autor nos quais conste o aval do réu.⁸¹

Para a prova do fato indiciário valem as mesmas considerações acima feitas quanto à eficácia da *confissão extrajudicial* do próprio fato probando: admite-se não apenas o reconhecimento escrito e assinado da ocorrência do fato indiciário, pela parte contrária, mas também o reconhecimento feito em qualquer documento eletrônico com assinatura digital ICP-Brasil da parte contrária e mesmo documentos não assinados ou não escritos contendo gravações em que a parte contrária reconheça a ocorrência do fato indiciário.

O registro do fato indiciário pode constar igualmente de documento público, no qual o agente declare ter presenciado a ocorrência do fato indiciário

linguagem escrita” para a prova da sociedade entre sócios (*Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, coment. ao art. 987, p. 1002).

⁸⁰ V. n. 51, *infra*, sobre a interpretação do art. 415, III, do CPC.

⁸¹ Tratando especificamente da prova da sociedade de fato, HELENA NAJAR ABDO e CARLOS EDUARDO JORGE BERNARDINI destacam o valor da prova indiciária diante de sua nota característica de informalidade, apontando outros fatos reconhecidos pela jurisprudência como indícios da existência da sociedade (tais quais o envio e recebimento de correspondência comercial em nome de outrem, o uso de termos como “nossas lojas”, “nosso negócio”, a contratação de cartão corporativo etc.) (Prova das sociedades de fato de natureza empresarial, esp. p. 307 e 310-312).

rio ou ter presenciado a declaração da parte contrária reconhecendo a ocorrência do fato indiciário.

A lei também permite que a exigência do documento *ad probationem* seja suprida por prova testemunhal associada a início de prova por escrito emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova (CC, art. 227, parágrafo único; CPC, art. 444).

Compreende-se como *início de prova escrita* qualquer prova pré-constituída que tenha aptidão a demonstrar o fato probando.⁸²

Em princípio, o elemento de prova deve emanar da parte contrária (CPC, art. 444),⁸³ porque o documento emanado da própria parte interessada na prova do fato *ordinariamente* não tem eficácia probatória em seu favor (CPC, arts. 389 e 408, *caput*). Mas, a depender das circunstâncias, poderá ser legítimo o reconhecimento de eficácia probatória a declarações da própria parte que lhe sejam benéficas (v., *infra*, n. 35).

Além disso, também é possível que a prova escrita (ou, a depender das circunstâncias, o *início de prova escrita*) seja dada por documento emanado de um terceiro particular (v., *infra*, n. 37).⁸⁴

⁸² Já MONIZ DE ARAGÃO defendia, ao comentar o art. 400, I, do CPC de 1973, o *rejuvenescimento* do significado da locução “por escrito”, cunhada por juristas franceses em lei do final do século XVIII, para abarcar qualquer documento – embora exigisse que ele emanasse da parte ou de seu representante (cf. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 2, n. 290, p. 31). Nessa linha, LUIGI PAOLO COMOLIO menciona a ampliação do conceito de “princípio de prova por escrito” tanto no direito italiano como no francês (cf. *Libertà di forma e libertà di prova nella compravendita internazionale di merci*, p. 803 e nota 42). De modo mais amplo, como no texto, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART entendem que o art. 444 abrange “tudo aquilo que possa dar ao juiz a mínima impressão da existência do fato probando, registrado em suporte material”, ainda que não emanado da parte contrária (cf. *Prova e convicção*, parte II, n. 5.5, p. 615).

⁸³ Nesse sentido, cf. LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 6.9.3, p. 797, nota 10.

⁸⁴ Admitindo expressamente indícios documentais emanados de terceiros para a prova da sociedade de fato, à luz do art. 444 do CPC, cf.: TJSP, 1ª Câmara Reserv. Dir. Empres., Emb. Decl. 1008740-38.2017.8.26.0032/50000, rel. Des. FORTES BARBOSA, j. 30.08.2018). No STJ, em voto vencido no REsp 864.308, o Min. SIDNEI BENETI entendeu que não representaria “início de prova escrita” a petição noticiando a celebração de acordo (que não ocorreu): “não se trata de documento emanado da própria parte, conforme exigido pelo art. 402, I, do Código de Processo Civil [de 1973], mas de documento firmado pelo procurador judicial”. O voto vencedor não conheceu contudo do recurso especial por força do óbice da Súmula 7 (STJ), 3ª T., REsp 864.308, rel. p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, j. 05.10.2010, DJe 09.11.2010).

13. Mitigações à exigência do documento *ad probationem*: justa causa para o uso de prova exclusivamente testemunhal

Mesmo nos casos de controvérsia quanto a alegações para as quais se exige prova escrita, admite-se o uso de prova exclusivamente testemunhal nas hipóteses em que a parte não tivesse condições de obter o documento (*justa causa*).

Essa previsão está contida no art. 445 do CPC, segundo o qual “também se admite a prova testemunhal quando o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco,⁸⁵ de depósito necessário ou de hospedagem em hotel ou em razão das práticas comerciais do local onde contraída a obrigação”.⁸⁶

Embora parte da norma tenha perdido sentido com a supressão pelo CPC da regra que exigia prova documental de contratos de valor superior ao décuplo do salário mínimo,⁸⁷ o dispositivo dá a abertura necessária para que se dispense a prova escrita ainda exigida residualmente pela lei sempre que demonstrada a *justa causa* para a inexistência do documento em poder da parte.⁸⁸ Além disso, a norma desempenha o didático papel de apontar para o julgador situações nas quais não seria *razoável* exigir, mesmo com base no *livre convencimento motivado*, prova documental para o reconhecimento de determinados fatos.

Também é possível reconduzir a essa exceção as situações em geral nas quais a ausência de registro documental tiver decorrido de conduta imputável ao adversário da parte que pretenda prová-la.⁸⁹

85 À época da vigência da norma que exigia prova documental de contratos de valor superior ao décuplo do maior salário mínimo, o STJ reconheceu sua dispensa em contrato celebrado entre mãe e filho (STJ, 3ª T., REsp 651.315, rel. Min. CASTRO FILHO, j. 09.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 324).

86 Embora a norma não mencione expressamente a prova *exclusivamente* testemunhal, esse advérbio está subentendido, pois o art. 442 já enuncia, de modo amplo, a admissibilidade da prova testemunhal sempre que a lei não disponha de modo diverso. É preciso interpretar o art. 445 em conjunto com o art. 444, que dispõe sobre a possibilidade de uso da prova testemunhal (associada a início de prova escrita) quando a lei exigir prova escrita da obrigação. Aliás, as duas exceções à exigência de prova escrita estavam antes conjugadas como incisos do art. 402 do CPC de 1973.

87 Isso porque não há mais no sistema regra exigindo prova escrita de depósito necessário ou de hospedagem em hotel (o que se daria então para contratos de valor superior a dez salários mínimos), para que se possa *excepcioná-las* nos casos indicados no art. 445 do CPC.

88 Sabendo-se que a própria *justa causa* poderá vir a ser objeto de prova, em caso de controvérsia fática.

89 Assim, mesmo que admitido o caráter sancionatório do art. 987 do CC (como o faz MARCELO FORTES BARBOSA FILHO, *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, coment. ao art. 987, p. 1.002), é possível afastar a restrição probatória quando

Norma semelhante existe quanto à prova do tempo de serviço para fins de aposentadoria. Nos termos do art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991,⁹⁰ a comprovação do tempo de serviço para fins de aposentadoria “só produzirá efeito quando baseada em início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito”.⁹¹

14. Eficácia probatória *ex lege*, presunção legal e ônus da prova

Além das normas que exigem a prova documental para a demonstração de determinados fatos, o Código de Processo Civil contém regras que atribuem a certas formas de documentação uma eficácia probatória diferenciada.

Ordinariamente, os elementos de prova no sistema processual brasileiro são “livremente” (*rectius*: racionalmente) valorados pelo julgador, que decide quanto à ocorrência ou inoocorrência do fato demonstrado na prova com base em juízo de persuasão racional (CPC, art. 371). Assim, diante de prova testemunhal ou pericial produzidas para solucionar uma questão de fato, será possível ao julgador rejeitar, mediante motivação racional, o reconhecimento do fato representado no testemunho e na perícia, mesmo que não haja prova em sentido contrário.⁹² Quanto a esses elementos, pode-se dizer que sua eficácia

o sócio demonstre que a ausência de formalização não pode ser a ele imputada – o que se alinha à preocupação da jurisprudência de não propiciar o enriquecimento ilícito nem permitir que um dos sócios se beneficie da própria torpeza.

90 Com redação dada pela Lei n. 18.846/2019.

91 Apesar da abertura aos motivos de força maior para admitir prova exclusivamente testemunhal, a Súmula n. 149 do STJ não considera que o simples fato de se tratar de atividade rurícola – conquanto marcada por inerente informalidade – autorize a dispensa da prova documental. Diz a súmula: “a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário”. E “a jurisprudência do STJ é firme no sentido de equiparar à prova testemunhal, declarações escritas prestadas por supostos empregadores” (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1466094, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 23.10.2014, DJe 05.11.2014). Mas o STJ vem mitigando o rigor da Súmula 149 no julgamento de recursos especiais repetitivos (STJ, 1ª Seção, REsp 1.321.493, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 10.10.2012, DJe 19.12.2012; STJ, 1ª Seção, REsp 1.348.633, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 28.08.2013, DJe 05.12.2014; STJ, Corte Especial, REsp 1.352.721, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA, j. 16.12.2015, DJe 28.04.2016).

92 Especificamente no que respeita à prova pericial, a despeito da norma expressa contida no art. 479 do CPC, de valoração por persuasão racional, a doutrina chama atenção para sua “força altamente persuasiva” e mesmo “opressivo poder de convencimento”, a exigir mecanismos de controle e repressão de *junk science* (cf. DAVENILO KNJNJK, *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*, esp. segunda parte, n. 3, p. 76).

probatória é do tipo concreta e persuasiva: caberá ao julgador, em cada caso, examinar o poder de convicção resultante do específico elemento de prova produzido no processo, sem qualquer vinculação normativa preestabelecida pelo legislador.⁹³

Na disciplina da prova documental, contudo, há diversas regras de eficácia probatória *ex lege*, que estabelecem vínculos normativos para o reconhecimento da ocorrência dos fatos representados no documento. Nessas situações, o espaço de “liberdade” do juiz, pautado apenas em persuasão racional, dá lugar à vinculação normativa: diante de determinado documento, o julgador deve reconhecer a ocorrência de fatos nele representados, salvo se houver prova em sentido contrário (ou se presentes hipóteses nas quais o vínculo normativo não se aplica). É o que se passa em nosso sistema, exemplificativamente, com a eficácia probatória: (i) do documento público, no que respeita à autoria (proveniência do agente público nele indicado) e à ocorrência dos fatos declarados pelo agente como ocorridos em sua presença (art. 405); (ii) do documento particular com firma reconhecida por tabelião ou com assinatura digital ICP-Brasil, quanto à autoria (CPC, art. 411, I e II, c.c. MP 2.200-2/2001, art. 10, § 2º); (iii) do documento público ou particular, no que concerne à ocorrência dos fatos contrários ao interesse da parte que os tiver declarado (CPC, art. 408, *caput*, e CC, art. 219, *caput*) etc.

O legislador, repetindo em grande medida seus antecessores, vale-se de expressões como “considera-se”, “faz prova” e “presume-se” para regerar a eficácia probatória dessas formas de documentação. E a doutrina, ao explicar tais normas, frequentemente se vale das figuras da *presunção* e da *inversão do ônus da prova*.

Presunção é vocábulo polissêmico, usado para explicar institutos com contornos jurídicos assaz diversos. A base comum dessas figuras é o raciocínio lógico pelo qual se parte de um fato conhecido para se chegar à conclusão de que um fato desconhecido⁹⁴ também ocorreu, porque ordinariamente as coisas

93 A distinção entre *eficácia probatória ex lege* e *eficácia persuasiva*, presente nestes Comentários, não se relaciona à disputa entre as teorias da *função persuasiva* e *função cognoscitiva* da prova (de que trata, p. ex., MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cap. V, p. 233-331). Em verdade, entende-se que a eficácia persuasiva nada tem de subjetivamente convincente, mas sim de aptidão a *dar fundamento racional ao juízo de fato* (característica que TARUFFO associa à teoria da função cognoscitiva da prova — *op. cit.*, p. 329).

94 “Todas elas [as presunções] constituem processos mentais de raciocínio (...) que levam a concluir que um fato aconteceu, quando se sabe que outro haja acontecido” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.001,

se passam assim no mundo da vida. Dado o fato “F1”, então certamente ou muito provavelmente terá ocorrido o fato “F2”. Nas chamadas *presunções judiciais* (*praesumptiones hominis*), esse raciocínio lógico é realizado pelo julgador, para chegar à conclusão quanto à ocorrência do fato probando a partir do conhecimento do fato indiciário. Já nas *presunções legais* (*praesumptiones iuris*), tal raciocínio simplesmente terá servido de orientação ao legislador para a edição de uma norma jurídica,⁹⁵ perdendo importância no exato instante em que a norma entra em vigor. Nestes casos, a conclusão judicial quanto à ocorrência do fato desconhecido não advém de uma inferência lógica, mas de um juízo de imputação realizado pelo julgador, a partir da norma jurídica posta no sistema (dado F1, elemento da *fattispecie* da norma N1, então *deve ser* reconhecida a ocorrência de F2).⁹⁶

Entre as *presunções legais*, há aquelas que traduzem vínculos jurídicos absolutos (*presunções absolutas* ou *iure et de iure*) e outras nas quais a conclusão imputada pode ser afastada mediante prova da não ocorrência do fato presumido (*presunções relativas* ou *iuris tantum*). Nas *presunções legais absolutas*, a regra de experiência que inspira o legislador a vincular dois fatos diversos perde toda importância com a edição da norma, tornando-se irrelevante saber se o fato presumido efetivamente ocorreu. Mais do que isso. O próprio fato presumido perde importância (sendo pois inócuo demonstrar sua não ocorrência), pois os efeitos que dele decorreriam passam a ser diretamente vincu-

p. 146). “Numa e noutra [presunções judiciais e presunções legais], estabelece-se entre dois fatos certa relação que permite, verificado o primeiro, afirmar (ao menos como provável) a ocorrência do segundo, pelo simples motivo de andarem normalmente juntos. Tem-se em vista *id quod plerumque accidit*” (JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *As presunções e a prova*, p. 59-60).

95 A partir desse critério, a doutrina distingue as normas de *presunção legal das ficções legais*, pois a edição destas últimas não se pauta em raciocínio lógico quanto à probabilidade de ocorrência de um fato a partir da constatação de outro. Nos casos de *ficção*, o legislador ou se abstém de fazer esse juízo lógico ou mesmo sabe que ele não será verdadeiro. Mesmo assim, estabelece que *dada a ocorrência de F1, então deve-se reconhecer ocorrido F2*, o que normalmente se faz para equiparar os efeitos jurídicos dos dois fatos diversos. Nesse sentido, cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *As presunções e a prova*, p. 64-65.

96 A bem da verdade, também é possível enxergar na *presunção judicial* uma operação semelhante à *subsunção*. A diferença é que a norma usada nesse caso não é uma norma jurídica, mas uma regra de experiência. O julgador colhe da observação do que usualmente acontece a regra segundo a qual, dado o fato F1, é devido reconhecer a ocorrência do fato F2. Assim, constatando a presença de F1 no processo, o juiz realiza a *subsunção* desse fato à norma de experiência para extrair a conclusão de que ocorreu F2. Nesse sentido, cf. FRANCESCO CARNELUTTI, *La prova civile*, reimpr. 2016, esp. n. 15, p. 73-79.

lados pelo legislador ao fato-base ou indiciário.⁹⁷ Nas *presunções legais relativas*, que são as que nos interessam, o juízo inferencial conserva importância residual, pois os efeitos jurídicos permanecem atrelados ao fato presumido. Assim, embora não seja necessário provar que esse fato ocorreu, é possível demonstrar a sua não ocorrência, afastando-se com isso os efeitos jurídicos que dele decorreriam. A estrutura da regra legal de presunção relativa é então: dado o fato "F1", deve ser reconhecida a ocorrência do fato "F2", salvo se provada a sua não ocorrência.⁹⁸

Também é essa a estrutura normativa da regra que atribuiu valor probatório *ex lege* a determinados elementos da prova documental: a partir da constatação de um fato-base (que no caso é um registro⁹⁹), imputa-se como *consequência jurídica* o reconhecimento de que outro fato (aquele representado pelo registro) ocorreu, salvo se provada a sua não ocorrência.¹⁰⁰ Assim, os registros contidos no documento público de que o tabelião presenciou determinados fatos *impõem* o reconhecimento de que os fatos declarados efetivamente ocorreram, salvo se houver prova de sua não ocorrência. Na linguagem comumente usada pelo operador do direito: os fatos declarados pelo agente *presumem-se verdadeiros*, salvo prova em contrário.

A diferença entre as normas de presunção legal e de eficácia *ex lege* respeitadas à forma com que o *fato-base* conhecido se relaciona com o *fato-final* reconhecido (presumido, imputado). Seguindo a linguagem *cameluttiana*, o *fato-base*

97 Assim, quando no art. 1.276 do CC se diz presumir de modo absoluto a *intenção de não conservar o bem no patrimônio*, diante da *cessação dos atos de posse sem a satisfação dos ônus fiscais pelo proprietário*, o legislador parte de um raciocínio por presunção (normalmente, quem deixa de exercer atos de posse e de pagar impostos tem intenção de abandonar o bem) para suprimir da *fattispecie* normativa a *intenção de abandono*. Passa a ser irrelevante o fato psíquico da intenção, bastando que estejam presentes os fatos da cessação dos atos de posse e do não pagamento do tributo. De nada valerá, pois, provar que não havia intenção de abandono.

98 É assente na doutrina e jurisprudência o entendimento de que, quando a lei não estabelecer de forma expressa a natureza absoluta, a presunção legal terá natureza relativa. Na Alemanha, há norma positivada a esse respeito no § 292 da ZPO.

99 V. n. 2, *supra*, para a ideia de documento como um *fato representativo*. Como observa MICHELE TARUFFO, os elementos de prova (sejam eles uma coisa ou um fato) constituem *proposições* ou *enunciados* relativos a um fato (*La prova dei fatti giuridici*, cap. IV, n. 2.1, p. 235).

100 Sobre a equiparação da estrutura das regras de prova legal às de presunção legal, cf. JORDI FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, cap. 1º, n. 4, p. 46-48, esp. nota 47. Diversamente, JORDI NIEVA FENOLL entende que *prova legal* seria apenas aquela de valor imodificável, negando tal natureza à norma do art. 316 da LEC que claramente estabelece o dever de reconhecer o fato confessado se não houver contraprova (*La valoración de la prueba*, cap. V, p. 262-263).

da regra de prova legal constitui um *equivalente sensível* ou um *fato representativo* do fato reconhecido: a declaração do tabelião de que o negócio foi celebrada naquela data; a declaração confessória de recebimento do preço constante no documento é um fato que representa o recebimento. Já o *fato-base* da presunção *representa* um fato diverso, do qual se extrai a conclusão quanto à ocorrência do fato probando: o pagamento da última prestação é fato diverso do pagamento das prestações anteriores, mas faz presumir a sua ocorrência (CC, art. 322); a entrega do título ao devedor é fato diverso do pagamento, que também *firma a sua presunção* (CC, art. 324).¹⁰¹

Independentemente de tal distinção teórica, tanto a norma de eficácia probatória *ex lege* como a de presunção legal *estruturam-se* mediante a imputação jurídica do reconhecimento da ocorrência de um fato diante da constatação de outro, admitindo o afastamento da conclusão normativa caso se prove a não ocorrência do fato imputado. Da perspectiva *funcional*, ambas concorrem para facilitar o reconhecimento do fato imputado no discurso jurídico, promovendo a *desonerção* daquele a quem interessa esse reconhecimento.¹⁰²

É certamente essa identidade estrutural e funcional que explica a frequente *metonímia* pela qual se recorre à locução *presunção* para referir ambos os fenômenos. É assentada, por exemplo, a explicação da *fé pública* como a *presunção relativa de*

101 De acordo com FRANCESCO CARNELUTTI, a "equivalência" entre o fato representado e o representativo distingue o processo da *representação* do processo da *presunção* (*La prova civile*, p. 84-85 e 95-96). Como observa MICHELLE TARUFFO, contudo, a doutrina e o próprio CARNELUTTI enfrentam grande dificuldade para precisar o significado do conceito de *representação*. Mesmo nas provas em que se diz haver essa relação de equivalência entre uma coisa (que é um fato) e o fato representado ("prova por representação"), tais como filmagens, fotografias e a declaração diretamente escrita no documento, a equivalência será parcial, porque um fato não pode ser materialmente reproduzido de modo integral (*La prova dei fatti giuridici*, cap. VI, n. 2.4, p. 438-439; para crítica mais recente, v. MICHELE TARUFFO, Carnelutti e la teoria della prova, esp. n. 4, p. 406-408). Na mesma linha, HUMBERTO ÁVILA observa que não há uma diferença *ontológica* entre os meios de prova "diretos" e os "indiretos", variando apenas os graus de inferência que os conectam à hipótese fática (Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória, p. 2/19).

102 Como observa CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o "objetivo comum e imediato de todas as presunções relevantes para o direito é a facilitação da prova". Conquanto em alguns casos tais normas sejam motivadas por valores específicos (como, p. ex., o fortalecimento do consumidor nas relações com o fornecedor, a segurança jurídica decorrente do registro de propriedade etc.), na "maioria dos casos, (...) a facilitação da prova é destituída dessas conotações teleológicas específicas e visa simplesmente a agilizar o exercício dos direitos ou a tutela jurisdicional" (*Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 993, p. 135-136).

autenticidade e veracidade do documento público (v., *infra*, n.17). Do mesmo modo, o art. 408 do CPC contém expressa disposição de que as declarações constantes de documento “presumem-se verdadeiras em relação ao signatário”.¹⁰³

O legislador também se vale da mesma estrutura normativa para disciplinar situações em que a relação lógica entre os fatos vinculados não existe ou não se apresenta de forma tão intensa, imputando o reconhecimento de um fato a partir da constatação de outro para agilizar a tutela jurisdicional. É o que se nota, p. ex., nas regras sobre a “pena de confesso” decorrente do não atendimento à intimação para depor (CPC, art. 385, § 1º); sobre o efeito da revelia, especialmente nos casos de resposta intempestiva (CPC, art. 344) e, em certa medida, sobre a ausência de impugnação específica (CPC, art. 341, *caput*).¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

Em todos esses casos, que se pode dizer de “imputação fática”, utiliza-se o vocábulo *presumir* com o significado de *dever reconhecer-se em princípio a ocorrência do fato imputado*.¹⁰⁶ Também em todos eles deixa-se espaço para que se demonstre a não ocorrência do fato imputado.

Na técnica processual, essa situação, em que se parte do reconhecimento da ocorrência de um fato, permitindo-se o seu afastamento caso se prove o contrário, representa a imposição de um ônus probatório.¹⁰⁷ A presunção legal relativa – e as demais normas de imputação fática que se estruturam do mesmo

103 EDUARDO COUTURE prefere o termo “suposição” admitida pela lei em vez de “presunção” (El concepto de fe pública, n. 58, p. 83).

104 Tratando das normas dos arts. 341 e 344, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirma serem elas as “mais abrangentes normas que mandam presumir fatos relevantes perante o direito material” (*Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 997, p. 141). De acordo com LARISSA GASPARI TUNALA, tais normas de presunção legal decorrem da valoração feita em abstrato pelo legislador da conduta processual das partes (cf. *Comportamento processual contraditório*, n. 6.2, p. 187).

105 Os arts. 231 e 232 do CC trazem norma semelhante, ao disporem que a *recusa à submissão a exame médico necessário não pode reverter em benefício daquele que se recusou e que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”*. Não está claro, contudo, se efetivamente há nessas situações um vínculo normativo para o juiz, no sentido de *dever reconhecer o fato que se pretendia provar com o exame*, na ausência de outras provas, ou se tais regras apenas *autorizam a extração dessa conclusão fática a partir da recusa*.

106 Por força desse emprego disseminado, também se usa a locução nesta obra para referir tanto hipóteses típicas de presunção legal como regras de eficácia probatória *ex lege* ou as demais regras de imputação da ocorrência de fatos.

107 Embora ordinariamente essa regra apenas ganhe relevo nos casos em que promove a *inversão* do ônus da prova, BARBOSA MOREIRA observa ser perfeitamente possível que ela opere no mesmo sentido da regra de ônus antecedente (As presunções e a prova, p. 60-61). Daí falar-se no texto em *imposição* de ônus, e não necessariamente em *inversão*.

modo – “*atua (...)* na distribuição do ônus da prova, dispensando deste o litigante a quem interessa a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo-o à outra parte, quanto ao fato *contrário*”.¹⁰⁸

Daí afirmar-se que o ônus da prova é o reverso da presunção legal: “o desfavorecido pela presunção suporta o ônus de provar em contrário”,¹⁰⁹ sob pena de dever ser reconhecido o fato presumido.

A associação entre essas regras é, em parte, feita pelo próprio legislador e, em parte, extraída da interpretação sistemática. O art. 374 do CPC estabelece que “não dependem de prova os fatos”: “afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária”; “admitidos no processo como incontroversos” e “em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”. Entre esses últimos, incluem-se os fatos representados em documentos com eficácia probatória *ex lege*, que se *presumem verdadeiros* – o que está assim expressamente escrito no art. 408, *caput*, mas igualmente decorre da menção à *fé* dos documentos públicos e particulares nos arts. 427 e 428 e da interpretação sistemática da disciplina da “força probante dos documentos” em subseção própria do diploma processual. O art. 443, I, do CPC reafirma a eficácia da prova documental, de dispensar outras provas, mandando o juiz indeferir a prova testemunhal voltada a provar fatos já representados em documento.¹¹⁰

E o art. 345, IV, do CPC positiva a regra geral de relatividade das imputações fáticas, estabelecendo que a presunção de veracidade não se aplica se os fatos que por ela viriam a ser reconhecidos como ocorridos “estiverem em contradição com prova constante dos autos”. Dizer que há contradição com a prova constante dos autos é dizer que há prova de que o fato presumido não ocorreu, o que significa que a parte onerada se livrou de seu ônus probatório – seja porque ela mesma produziu a prova, seja porque, por força do princípio da aquisição, a prova vinda ao processo por outro meio lhe aproveitou.

108 Cf. BARBOSA MOREIRA, As presunções e a prova, p. 60. Daí afirmar BARBOSA MOREIRA a equivalência funcional entre as regras de presunção legal relativa e de atribuição do ônus da prova. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO também afirma que a presunção influi sobre o *onus probandi*, impondo à parte o ônus de provar os fatos que alegar contra a presunção (*Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 996 e 1.000, p. 140 e 146).

109 CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, Presunção e ficções no direito probatório, n. 2, p. 1.

110 Como a eficácia probatória *ex lege*, assim como a presunção, é relativa, a aplicação do art. 443, I, do CPC deve levar em conta a possibilidade de o adversário desincluir-se de seu ônus probatório e, em consequência, de o próprio beneficiado pela regra de prova legal ter interesse em complementar a prova documental diante de contraprova em sentido contrário.

Por outro lado, a lei também estabelece hipóteses em que o vínculo normativo de imputação fática não se estabelece. Essas regras estão contidas nos dispositivos que tratam da ausência de impugnação específica, da revelia e da confissão (CPC, arts. 341, 345, 391 e 392), excepcionando a incidência e do efeito de fazer presumir a veracidade dos enunciados fáticos e, pois, imputar ônus da prova à parte que seria desfavorecida pela presunção. Constituem tais situações: (a) indisponibilidade dos direitos envolvidos no litígio, relativos aos enunciados fáticos que se presumiriam verdadeiros (CPC, arts. 341, I, 345, II, e 392, *caput*); (b) ausência de verossimilhança (CPC, art. 345, IV); (c) falta de capacidade ou de legitimação¹¹¹ da parte de cuja conduta se extrairia a presunção – parte incapaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados; confissão de cônjuge ou companheiro, sem a participação do outro, em ações de direitos reais; representante sem poder para vincular o representado quanto ao fato confessado em seu nome; ausência de contestação por apenas um dos litisconsortes, havendo impugnação pelos demais (CPC, arts. 391, parágrafo único; art. 392, §§ 1º e 2º); (d) defesa técnica conduzida por defensor público, advogado dativo ou curador especial (CPC, art. 341, parágrafo único).

Afora a última hipótese (item “d”, *supra*), que se aplica apenas às presunções relacionadas à atividade (ou inatividade) realizada pelo defensor técnico no processo, todas as demais também excepcionam a presunção de veracidade decorrente dos *documentos confessórios*, ou seja, dos documentos que contêm o reconhecimento de fato contrário ao interesse da parte (CPC, art. 408).

A presunção de veracidade igualmente não se estabelece quanto aos *documentos confessórios* quando (e) o enunciado de fato disser respeito à celebração de negócio jurídico para cuja validade se exige forma específica (art. 341, II, e 345, III) ou (f) o documento contiver vícios aparentes (rasuras, entrelinhas, borrões etc. – CPC, art. 426).

No que respeita ao documento público – mais especificamente, às declarações do agente público quanto a atos por ele presenciados e realizados (CPC, art. 405) –, a presunção de veracidade não se aplica nas duas hipóteses específicas indicadas para o documento confessório (itens “e”¹¹² e “f”, *supra*), bem

111 O termo aqui é empregado em sentido amplo, para abranger as distintas situações disciplinadas na lei processual em que falta *poder* ou *consentimento* para a válida e eficaz realização do ato jurídico. Para o exame particularizado dessas figuras, na teoria geral do direito privado, cf. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico* – existência, validade e eficácia, cap. II, § 4º, esp. p. 58.

112 Salvo, é claro, se o documento público em questão constituir justamente a forma específica exigida em lei.

como nas situações disciplinadas no art. 407 do CPC, em que o documento público tenha sido elaborado por “oficial público incompetente ou sem a observância das formalidades legais”. Além disso, também é possível interpretar extensivamente o art. 345, IV, para afastar a presunção de veracidade caso os fatos declarados pelo agente sejam inverossímeis (item “b”, *supra*), bem como quando o agente público seja *pessoalmente* interessado no reconhecimento dos fatos por ele declarados – deixando, pois, de apresentar a condição de terceiro imparcial.

Ausentes quaisquer dessas hipóteses, aplica-se a regra de imputação fática que impõe ao julgador reconhecer a ocorrência do fato “presumido”, salvo se provada a sua não ocorrência.¹¹³

Diferentemente do que se passa em outros ordenamentos, não há distinção no direito brasileiro entre o vínculo normativo imposto pela eficácia probatória *ex lege* do documento e pelas demais regras de presunção legal relativa. Em todos os casos, ausentes as hipóteses excepcionais e inexistindo contraprova, o julgador deve reconhecer a ocorrência do fato presumido.¹¹⁴ De outro lado, não se exige entre nós qualquer procedimento especial para produzir a contraprova; nem há hierarquia entre os elementos de prova.¹¹⁵ Admite-se que qualquer ele-

113 É possível também que a impugnação ao fato presumido se faça mediante a alegação de fato com ele incompatível que, a sua volta, não dependa de prova, por se tratar de fato notório, confessado pelo adversário ou favorecido por alguma outra presunção legal (situações essas que acabam aproximando-se da ausência de verossimilhança do enunciado de fato que originalmente viria a ser presumido).

114 Na Alemanha, as técnicas da prova legal e da presunção são diversas. A primeira, aplicável, p. ex., ao conteúdo do documento público (especialmente aos atos declarados pelo agente público como ocorridos em sua presença), impõe um vínculo ao julgador, o qual apenas pode ser afastado diante de contraprova (de qualquer natureza, exceto o depoimento pessoal do adversário – ZPO, § 445) que produza certeza da não ocorrência do fato documentado (GIULIA DI FAZZIO, *La prova documentale pubblica nel processo civile tedesco*, n. 3, p. 210). Já a técnica da presunção legal relativa, que se aplica à autenticidade do documento público, não enseja verdadeira inversão do ônus da prova nem impõe um vínculo ao julgador. Além de consentir que a contraprova se faça por qualquer meio, inclusive o depoimento pessoal do adversário, a presunção legal não obsta a que o juiz adote medidas de ofício para checar a ocorrência do fato presumido e, em caso de permanência da dúvida, impõe à própria parte que produziu o documento o ônus da prova (“[!]a presunzione opera dunque solo nei rapporti fra le parti e non nei confronti del giudice il quale potrebbe comunque ritenere non provato il fatto presunto” – *op. cit.*, n. 4, p. 217).

115 Especificamente no que respeita à prova testemunhal, veja-se que a vedação contida no art. 443, I, do CPC aplica-se apenas à utilização desse meio de prova para demonstrar o *próprio fato que já esteja provado por documento ou confissão*; mas não para fazer a *contraprova* de tal fato.

mento concreto de prova (típica ou atípica) possa servir para contrariar *presunções* decorrentes de ausência de impugnação, de confissão, de declarações prestadas por agente público em documento público etc.¹¹⁶ Havendo contraprova, o con- junto probatório será apreciado por persuasão racional. Mas, para contrariar a presunção e satisfazer o ônus da prova dela decorrente, a contraprova deve gerar certeza da não ocorrência do fato presumido. Na dúvida, prevalece a presunção e a regra de ônus dela derivada como critério de julgamento.¹¹⁷

Apenas se deve ter em mente que, quando se trata de eficácia probatória *ex lege*, já terá sido produzida alguma prova do fato probando – justamente a prova da qual emana a eficácia probatória legal. O vínculo que se impõe ao julgador nessa situação, para reconhecer a ocorrência do fato diante de sua representação em documento dotado de eficácia *ex lege*, é, por isso, em certa medida, um vínculo menos drástico.

Mas também nas regras de eficácia legal do documento há um vínculo normativo, que excepciona a regra geral de persuasão pautada apenas em per- suasão racional, impondo ao julgador o reconhecimento da ocorrência do fato. Lembre-se: o julgador não está vinculado normativamente a reconhecer a ocorrência do fato que a testemunha não contraditada afirmou ter presenciado; mas está compelido a reconhecer, se não houver prova em contrário nem se fizerem presentes as hipóteses excepcionais acima mencionadas, que o fato narrado pelo tabelião na escritura pública ocorreu, que autor do documento particular é aquele que teve a firma reconhecida, que ocorreu o fato contrário ao interesse do autor do documento por ele declarado como ocorrido.

15. Prova documental como requisito de instrumentos de cognição sumária

Coisa diversa das regras tarifadas sobre o valor da prova documental são as normas que erigem a prova documental ou escrita em requisito de admis-

116 Especificamente quanto ao documento público, v., *infra*, n. 18-19, inclusive com referência a outros ordenamentos.

117 Nesse sentido, tratando especificamente da prova apta a contrariar a eficácia *ex lege* do documento público: HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, n. 397, p. 689; GIULIA DI FAZZIO, *La prova documentale pubblica nel processo civile tedesco*, n. 3, p. 210. No direito português, distingue-se entre a *contraprova* – apta a criar simples dúvida (CC português, art. 346º) – e a *prova do contrário* – apta a demonstrar a não ocorrência do fato (CC português, art. 347º). Ordinariamente, a simples *contraprova*, criadora de *dúvida*, é suficiente para impor juízo fático contrário à parte a quem incumbia o ônus da prova. Havendo contudo provas dotadas de especial eficácia probatória (entre as quais o documento público e a confissão judicial escrita), o juiz apenas poderá reconhecer a não ocorrência do fato nelas representado se for produzida *prova do contrário* (cf. HELENA CABRITA, *A sentença civil – fundamentação de facto e de direito*, n. 7.3.5, p. 128-129). Nestes Comen- tários, o termo “contraprova” é usado em sentido *lato*, sem observar essa distinção.

sibilidade de instrumentos processuais de cognição sumária, como a tutela da evidência (art. 311, II, III e IV, do CPC), a tutela monitoria (art. 700, *caput*, Nesses casos, o legislador exige a prova documental ou escrita para admitir a sumarização da cognição precedente à concessão da tutela jurisdicional (defi- -constituída da prova documental, que dispensa a realização de atividades pré- probatórias no curso do processo, associada ao maior grau de confiabilidade de que essa prova se reveste, por força de sua estabilidade. Com isso, assegura- -se um grau de razoável verossimilhança imediata.¹¹⁹

A compreensão de que a exigência nesses casos tem a função de assegurar *verossimilhança imediata* conduz à conclusão de que não há vinculação necessária entre tais instrumentos de cognição sumária e as regras de eficácia probatória *ex lege* de que se revestem alguns documentos (*rectius*: algumas das declarações neles contidas). Ou seja, não são apenas as provas documentais ensejadoras de presunção de veracidade que autorizam a concessão de tais tutelas sumárias.

Isso se confirma com a recente ampliação do rol das provas pré-constituí- das admitidas para o uso da tutela monitoria. Nos termos do § 1º do art. 700 do CPC, a demanda monitoria pode vir amparada em “prova oral documen- tada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381”. E, embora a lei não o diga expressamente, deve-se admitir prova emprestada de qualquer nature- za¹²⁰ ou documentos não escritos (tais como gravações, filmagens, foto- grafias etc.), desde que, naturalmente, tais elementos sirvam a amparar juízo de verossimilhança quanto à existência e exigibilidade da obrigação.¹²¹ Há,

118 A lei do mandado de segurança fala em *direito líquido e certo*, que significa pretensão amparada em prova documental ou pré-constituída quanto à existência do direito e à sua violação (ou iminência de violação) (cf. SERGIO FERRAZ, *Mandado de segurança*, n. 4.5, p. 34; CASSIO SCARPINELLA BUENO, *A nova lei do mandado de segurança*, n. 1, p. 24, nota 6-A). De acordo com a clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, “*direito líquido e certo* é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração (...) Em última análise *direito líquido e certo* é direito comprovado de plano. Se depender de compro- vação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança” (*Mandado de segu- rança...*, n. 4, p. 34-35).

119 Tratando da demanda monitoria, EDUARDO TALAMINI fala em “convicção de razo- ável verossimilhança acerca dos fatos que embasam a pretensão de crédito” (Prova escrita e cognição sumária na monitoria, p. 189).

120 Nesse sentido, cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.471, p. 825; DANIEL ASSUMÇÃO NEVES, *Código de Processo Civil comenta- do*, coment. ao art. 700, p. 1197.

121 A ressalva já era feita por EDUARDO TALAMINI ao examinar a admissibilidade de tutela monitoria fundada em prova emprestada e prova produzida antecipadamente (*Tu- tela monitoria*, parte 2ª, n. 1.4, p. 85-86).

como observa a doutrina, etapa de valoração da prova, realizada em juízo de cognição sumária, para a concessão do mandado monitorio. Tanto que, se desse juízo não resultar convicção suficiente quanto à existência e exigibilidade da obrigação, o juiz facultará à parte a emenda da petição inicial para adaptá-la ao procedimento comum (CPC, art. 700, § 5º). Portanto, considerando o incessante avanço da tecnologia, que produz meios de prova não escritos tão ou mais convincentes do que os escritos, não há razão para interpretar restritivamente a locução “prova literal” constante do *caput*. Como inclusive está escrito no § 5º, deve-se admitir que a demanda monitoria venha lastreada em qualquer “prova documental”, com o significado mais amplo que dessa locução se possa extrair (v., *supra*, n. 5), uma vez que, repita-se, a concessão da tutela dependerá não apenas do juízo positivo de admissibilidade do elemento de prova, mas também de seu poder de convicção.¹²²

Do mesmo modo, também deve ser ampla a interpretação da locução “prova documental” constante da disciplina da tutela da evidência (CPC, art. 311, II e IV), pois o que importa para a concessão da tutela provisória nesses casos é o elevado grau de convicção acerca da matéria fática, extraível de forma pronta dos elementos de prova aportados ao processo.¹²³

Na mesma linha, e ao contrário do que defende parte da doutrina,¹²⁴ tampouco há razão para restringir o significado de “direito líquido e certo”

122 A doutrina, contudo, continua a exigir “prova escrita”: cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.471, p. 825; EDUARDO TALAMINI, Prova escrita e cognição sumária na monitoria, p. 177-179 (que afasta “o uso de gravações sonoras ou audiovisuais, ainda que delas se possa extrair uma razoável convicção da existência do crédito”). Também é esse o entendimento de DANIEL ASSUMPTÃO NEVES, embora o autor aluda à orientação jurisprudencial de não haver “modelo predefinido de prova escrita, bastando que seja hábil a convencer o juiz da pertinência da dívida” (*Código de Processo Civil comentado*, coment. ao art. 700, p. 1196).

123 Nesse sentido: DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, *Manual de direito processual civil*, p. 487-489.

124 Para FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, no mandado de segurança “a prova que se exige é aquela que demonstre diretamente o fato representado” (*Curso de direito processual civil*, v. 2, cap. 6, n. 3, p. 184). Todavia, como visto no n. 6, *supra*, as hipóteses de representação direta de fatos em documento são bastante limitadas, abrangendo usualmente apenas as declarações (e não o objeto das declarações) bem como, nos chamados documentos diretos, a imagem e o som das coisas e fatos representados. Mesmo em um documento público, o que está *directamente* representado no documento não é o *fato probando*, mas a declaração do agente público quanto à ocorrência do *fato probando*. Portanto, não é correto a ideia de que a prova documental se distinguiria da prova documentada em razão da forma de representação, direta ou indireta, do fato probando. A prova documentada impõe um degrau a mais no juízo inferencial, mas ordinariamente a prova originária já consiste em representação indireta. V. ainda a posição de LUIZ

exigido como requisito de admissibilidade da tutela específica do mandado de segurança. A função desse instrumento especial é possibilitar julgamentos céleres e definitivos exclusivamente a partir de prova pré-constituída. E é suficiente para o julgamento de mérito, sem a necessidade de dilação probatória. Por outro lado, é preciso examinar eventual necessidade de a autoridade impetrada valer-se de meios de prova constituídos para exercer plenamente o contraditório, o que pode ocorrer tanto diante de prova propriamente documental como de prova documentada.¹²⁵ Quando a cognição depender de outros elementos de prova, incompatíveis com o rito do mandado de segurança, não deverá haver julgamento de mérito nem, em consequência, coisa julgada material (Lei n. 12.016/2009, art. 19). Em síntese: (a) deve-se admitir o processamento do mandado de segurança com base em prova pré-constituída, mesmo que não se trate de prova documental *stricto sensu*¹²⁶ e (b) sempre que for necessária a produção de provas *constituendas* para pleno exercício do contraditório (ação ou defesa) e da cognição, deve-se extinguir o processo sem

GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, in *Prova e convicção*, n. 18.3 p. 356-357 (cf. nota 125, *infra*).

- 125 De acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, haveria violação ao contraditório caso se admitisse o uso de provas testemunhal e pericial realizadas antecipadamente – ainda que com a possibilidade de participação do réu no procedimento de produção antecipada – em um processo, como o mandado de segurança, em que o réu não pode produzir prova testemunhal ou pericial. Isso porque, segundo tais autores, se foi preciso produzir prova testemunhal ou pericial para a prova do fato pelo autor, tratar-se-ia de um “fato que não pode ser demonstrado através de documento” (*Prova e convicção*, n. 18.3 p. 356-357). Tal entendimento parte, contudo, da premissa de que, vindo o mandado de segurança instruído com prova documentada (pericial, oral etc.), a defesa da Administração também necessariamente dependeria de dilação probatória. Mas isso não é verdade. A prova a cargo do demandado não necessariamente depende do mesmo meio necessário para a prova do fato alegado pelo demandante. É possível que a ampla defesa no mandado de segurança se realize mediante contraprova documental mesmo diante de prova pericial documentada. E vice-versa: é possível que a Administração, mesmo diante da prova documental do impetrante, tenha que se valer de outros meios de prova para demonstrar a legitimidade de sua conduta. Sempre que a defesa da Administração depender de dilação probatória, independentemente de estar a pretensão do autor amparada em prova documental ou documentada, não poderá haver concessão da ordem (procedência) e coisa julgada no mandado de segurança, sob pena de violação do devido processo legal e do contraditório. Nessas hipóteses, o processo de mandado de segurança deverá ser extinto sem julgamento do mérito.
- 126 Nesse sentido, cf. FABIANO CARVALHO, A prova documentada e o mandado de segurança, esp. p. 181-182. Embora sem enfrentar a questão da alegada distinção entre prova documental e prova documentada, SÉRGIO FERRAZ afirma, com acerto, que “ao juiz, em caso de dúvida, impõe-se optar sempre pelo entendimento que prestigie e assegure a utilização do *writ* e sua utilidade” (*Mandado de segurança*, n. 4.5, p. 34).

juízo de mérito (ainda que sob o rótulo de “denegação da ordem”).¹²⁷ Naturalmente, admitir o julgamento de mérito do mandado de segurança com base em prova documentada não significa acolher a pretensão: se a prova não for convincente ou se for contrariada, a demanda será julgada improcedente e a ordem denegada no mérito.

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.

CPC de 1973 – art. 364

16. Documento público

Documento público é, para o processo civil, aquele elaborado por agente público no exercício de suas funções.¹²⁸ Tais agentes podem ser tanto o *escrivão*, o *chefe de secretaria*, o *tabelião* e o *servidor*, exemplificativamente indicados no art. 405, como outros agentes públicos,¹²⁹ independentemente de exercerem função específica de documentação.¹³⁰⁻¹³¹

127 É a ideia subjacente ao seguinte julgado do STJ: “[s]e a autoridade apontada como coatora entendeu, com base em laudo emitido pela junta médica, não estar comprovada a incapacidade que pudesse ensejar a aposentadoria por invalidez do impetrante, não há que se falar em direito líquido e certo demonstrado de plano, eis que as insurgências narradas neste *writ* demandam alta indagação e dilação probatória, o que torna a via estreita do mandado de segurança inadequada para atender a pretensão postulada nos presentes autos (...) 4. Segurança denegada, sem resolução do mérito, ficando ressalvado ao impetrante pleitear o seu direito nas vias ordinárias” (STJ, Corte Especial, MS 22.812, rel. Min. OG FERNANDES, j. 06.12.2017, *DJe* 01.02.2018). Na doutrina, tratando da correlação entre coisa julgada e decisão de mérito no mandado de segurança (e da possibilidade de decisões denegatórias não terem natureza de decisão de mérito), cf. SÉRGIO FERRAZ, *Mandado de segurança*, n. 27, p. 306-307; CASSIO SCARPINELLA BUENO, *A nova lei do mandado de segurança*, n. 50-51, p. 151-153.

128 Esse conceito amplo de documento público – como aquele elaborado por agente público no exercício de suas funções – é assentado na doutrina brasileira: cf. FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA E RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, cap. 6, n. 5.1.3, p. 187; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.356, p. 662; LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 5.6, p. 618; ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.916.1, p. 678.

129 De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, “[a]gente público é toda pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado” (*Curso de direito administrativo*, cap. 14, n. 1, p. 773). Nesse conceito amplo, cabem tanto as hipóteses típicas de investidura em mandato eletivo ou em cargo público, como situações em que particulares atuam em colaboração com a Administração, entre os quais os

De acordo com o art. 1º da Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros (firmada pelo Brasil em 05.10.1961 e promulgado pelo decreto n. 8.660, de 29.01.2016), o conceito de documento público estrangeiro abrange “a) os documentos provenientes de uma autoridade ou de um agente público vinculados a qualquer jurisdição do Estado, inclusive os documentos provenientes do Ministério Público, de escrivão judiciário ou de oficial de justiça; b) os documentos administrativos; c) os atos notariais; d) as declarações oficiais apostas em documentos de natureza privada, tais como certidões que comprovem o registro de um documento ou a sua existência em determinada data, e reconhecimentos de assinatura”. Embora a norma se aplique apenas a documentos estrangeiros – com o fim de dispensar a exigência

notários e tabeliães, que são delegatários de função ou ofício público. Na jurisprudência: “o registrador público e o tabelião são agentes públicos uma vez que se enquadram na categoria de ‘particulares em colaboração à Administração’, sujeitando-se inclusive ao conceito de ‘funcionários públicos’ para fins de responsabilidade penal” (STJ, 1ª T., RMS 23.587, rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, *DJe* 03.11.2008; STJ, 1ª T., REsp 1.186.787, rel. Min. SÉRGIO KUKINA, j. 24.04.2014, *DJe* 05.05.2014).

130 A partir dos agentes públicos elencados no art. 405, a doutrina costuma classificar os documentos públicos em documentos judiciais, notariais (ou extrajudiciais) e administrativos (ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.920, p. 691-695; EDUARDO TALAMINI e LUIZ RODRIGUES WAMBIER, *Curso avançado de processo civil*, v. 2, n. 15.5.2, p. 308; HUMBERTO THEODORO JR., *Curso de direito processual civil*, v. I, n. 716, p. 946). Todavia, além de a classificação pautar-se em critério cientificamente questionável (onde se encaixam, p. ex., os documentos de agentes do Poder Legislativo, do Ministério Público e do Tribunal de Contas?), não se vislumbra utilidade prática ou teórica em sua adoção, uma vez que a todas essas espécies de documento público se reconhece a mesma eficácia probatória.

131 Como entre nós a eficácia probatória do documento público é menos intensa do que em outros sistemas – especialmente o italiano e o francês –, menor é a necessidade que sentimos de estabelecer requisitos estritos para a sua conceituação. Na Itália e na França, a lei atribui eficácia de *prova plena* aos documentos públicos (“*attos pubblici*” e “*actes authentiques*”), com o sentido de vincular o juiz até o acolhimento da *querela de falso* ou da *inscription de faux* (v., *infra*, n. 18). Coerentemente, o conceito de documento público nesses sistemas é mais restrito do que o nosso, abrangendo, em princípio, apenas os documentos elaborados por agentes públicos no exercício de típica função de documentação e certificação (cf. GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica* cap. II, n. 2 e 4, p. 113-122 – todavia, a autora revela a tendência da jurisprudência italiana de ampliar o conceito, para abarcar quaisquer documentos elaborados por agentes públicos, ao mesmo tempo em que vai mitigando sua eficácia probatória). LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART também relacionam a maior amplitude do conceito de documento público, no sistema brasileiro, à possibilidade de sua eficácia probatória ceder diante de simples prova em contrário (*Prova e convicção*, parte II, n. 5.9.4, p. 639-642).

de legalização para que produzam efeitos em território nacional¹³² –, ela pode ser usada para ilustrar o conceito de documento público nacional.¹³³

Exemplificativamente, constituem documentos públicos: escritura pública, ata notarial, certidões expedidas por tabeliães, formais de partilha, cartas de sentença, certidões de oficiais de justiça, certidões negativas de débito expedidas por autoridades fiscais, livros obrigatórios regulares do leiloeiro¹³⁴ etc.

A escritura pública é o ato lavrado exclusivamente por tabelião de notas,¹³⁵ que instrumentaliza a manifestação de vontade (unilateral, bilateral ou plurilateral) das partes. Da perspectiva material, relativa à forma do ato jurídico, a escritura pública constitui o *instrumento* público de que em diversas oportunidades trata a lei (CPC, art. 406, v. n. 25, *infra*). Justamente porque se destina a conferir maior segurança às transações do comércio jurídico, a escritura pública submete-se a diversos requisitos formais, elencados no art. 215, §§ 1º a 5º, do

132 De acordo com o art. 2º da Convenção, “legalização significa apenas a formalidade pela qual os agentes diplomáticos ou consulares do país no qual o documento deve produzir efeitos atestam a autenticidade da assinatura, a função ou o cargo exercidos pelo signatário do documento e, quando cabível, a autenticidade do selo ou carimbo apostado no documento”.

133 O conceito de documento público nacional, contudo, é mais amplo do que o de documento público estrangeiro, pois abarca duas situações expressamente excluídas pela Convenção: “documentos emitidos por agentes diplomáticos ou consulares” e “os documentos administrativos diretamente relacionados a operações comerciais ou aduaneiras”. Embora documentos estrangeiros expedidos por tais autoridades não se considerem documentos públicos para o fim de dispensar a exigência de legalização, os documentos nacionais expedidos por essas autoridades devem ser compreendidos como documentos públicos (o que não significa que eles terão sempre a *eficácia probatória* própria dos documentos públicos).

134 De acordo com o art. 35 do Decreto n. 21.981/1932, ainda em vigor, “as certidões ou contas que os leiloeiros extraírem de seus livros, quando estes se revestirem das formalidades legais, relativamente à venda de mercadorias ou de outros quaisquer efeitos que pela lei são levados a leilão, tem *fê pública*”. Os livros obrigatórios do leiloeiro estão disciplinados nos arts. 31 e 32 do mesmo diploma. De acordo com TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, a disposição relaciona-se com a norma do art. 19, que atribui ao leiloeiro “a *fê de oficial público*” no que respeita à venda em hasta pública ou público pregão (cf. *Força probante dos livros mercantis*, n. 34, p. 69). Reconhecendo a *fê pública* de tais documentos: cf. ARAKEN DE ASSIS *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.990.3, p. 694-695.

135 Essa competência exclusiva está enunciada no art. 7º, I-II, da Lei n. 8.935/1994, lendo-se no art. 20 do mesmo diploma que os notários podem contratar escreventes e autorizar a prática de atos por esses prepostos, ressalvada a lavratura de testamento. Constitui exceção a essa competência exclusiva a competência atribuída por tratados internacionais a funcionários consulares, que podem exercer atividade notarial nos consulados brasileiros localizados em países estrangeiros (cf. LUIZ GUILHERME LOUREIRO, *Registros públicos – teoria e prática*, cap. 4, n. 6.1, p. 81).

CC, entre os quais a redação em língua portuguesa, a indicação da data e local de sua realização, o reconhecimento da identidade e da capacidade das partes, a manifestação clara de vontades, a assinatura das partes e do tabelião etc.¹³⁶

A ata notarial, que a lei processual disciplina em título próprio (CPC, art. 384),¹³⁷ é *documento público*, de conteúdo narrativo, e constitui *fonte de prova documental* (embora sua eficácia probatória deva ser examinada de forma crítica – v., *infra*, n. 21). Ela tem por objeto a narrativa de fatos percebidos pelo tabelião, no exercício de suas funções, sem a emissão de juízo de valor ou manifestação de vontade.¹³⁸ Nisso diferenciam-se das escrituras públicas, que têm por objeto central a materialização de manifestações de vontade das partes, *por intermédio* do tabelião (embora as escrituras *também* contenham elementos de narrativa do oficial público). Nas atas notariais, não há manifestação de vontade, mas mera narração de fatos.

Há também documentos públicos sem conteúdo declarativo, tais como desenhos, mapas, fotografias, gravações etc., elaborados por agentes públicos no exercício de função pública.¹³⁹ É preciso ter em mente contudo que, ao disciplinar a eficácia probatória do documento público, a lei trata especialmente de documentos que tenham por conteúdo a declaração de um agente público (“fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor *declarar* que ocorreram em sua presença”). A *fê pública* dos documentos públicos não declarativos abrangerá apenas o fato da *formação do documento pelo agente* – mas

136 O art. 215 do CC não exige a presença de testemunhas instrumentárias para a validade da escritura pública. Até a entrada em vigor desse diploma, contudo, a presença de duas testemunhas instrumentárias era requisito de validade da escritura pública, por força da sobrevivência no sistema da disciplina dada pelas Ordenações Filipinas (cf. MOREIRA ALVES, Os requisitos da escritura pública no direito brasileiro, p. 229-247).

137 Também prevista no art. 7º, III, da Lei n. 8.935/1994.

138 Cf. FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA E RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 213; LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, p. 429; PAULO OSTERNACK AMARAL, *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, 2017, n. 5.4, p. 137; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.351, p. 659; ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.851, p. 498.

139 O tema da eficácia probatória de documentos públicos não declarativos é pouco enfrentado, mesmo na doutrina estrangeira. DEVIS ECHANDIA é um dos poucos autores que expressamente admite a existência dessa modalidade de documentos públicos (*Teoria general de la prueba*, t. II, n. 341, p. 529 e n. 342, p. 533), acrescentando que quanto a eles a regra é a inexistência de firma – enquanto a dispensa de firma em documentos públicos declarativos seria excepcional (*op. cit.*, n. 336, p. 518). Todavia, o autor não trata especificamente da eficácia probatória dos fatos representados em documentos públicos não declarativos.

a valoração de seu conteúdo ficará sujeita à persuasão racional, sem que haja nesse aspecto *presunção de veracidade*.¹⁴⁰

Questão interessante diz respeito aos documentos públicos produzidos de forma automatizada, como chancelas de protocolo mecânicas ou eletrônicas; certidões de regularidade fiscal eletrônicas etc. De acordo com a doutrina, deve-se vislumbrar nos atos estatais automatizados a presença de “manifestação de vontade”¹⁴¹ exteriorizada de modo indireto.¹⁴² E, em muitos dos documentos públicos produzidos de forma automatizada, haverá *declaração de ciência* do agente ou entidade pública a que se vincula o ato. É o que se dá, p. ex., com a chancela de protocolo, que contém a *declaração* de que o documento foi apresentado à repartição no dia e horário indicados. Nesses casos, haverá fé pública tanto no que respeita ao fato da formação do documento como no que concerne aos fatos que o agente público declarar, via processos de automação, ocorridos em sua presença.

17. Eficácia probatória *ex lege* do documento público: “fé pública”

Assim como os sistemas jurídicos tradicionalmente reconhecem maior credibilidade à prova documental, por seus atributos de pré-constituição, durabilidade e estabilidade, também se costuma conferir, entre as espécies de documento, maior força probatória aos *documentos públicos*.

Fé¹⁴³ pública é o nome que se dá à eficácia probatória qualificada emanada do documento público (CF, art. 19, II; CC, art. 215),¹⁴⁴⁻¹⁴⁵ que a doutrina

140 JORDI NIEVA FENOLL critica a opção do sistema espanhol (assim como do brasileiro e dos sistemas de *civil law* em geral) de atribuir maior “fé” ao que um agente público tenha dito que ocorreu do que à gravação do ocorrido por meios mais fidedignos de reproduzir a realidade (La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba, p. 5). Todavia, como observa ANDERSON SCHREIBER, os avanços tecnológicos também têm permitido a adulteração de vídeos com elevado grau de realismo (cf. *Código Civil comentado*, coment. ao art. 225, p. 134-135), o que igualmente põe em xeque a confiabilidade de meios diretos de reprodução da realidade.

141 Com a ressalva de que a *vontade* administrativa é *funcional*, i. é, “objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas” (MARÇAL JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, cap. 8, n. 4, p. 295).

142 MARÇAL JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, cap. 8, n. 4, p. 295. No mesmo sentido, JOSÉ FERNANDO BREGA afirma que “o ato administrativo automatizado deve ser sempre considerado como resultado da atuação da autoridade administrativa que programou o sistema” (*Governo eletrônico e direito administrativo*, n. 3.4.4, p. 233).

143 Na língua alemã, a ideia de fé está presente na própria palavra usada para designar documento: “*Urkunde*”, derivada do verbo *urkundem*, que significa “fazer fé” (cf. PAOLO GUIDI, *Teoria jurídica del documento*, n. 8, p. 21).

144 O art. 19, II, da CF estabelece ser vedado aos entes da Federação “recusar fé aos documentos públicos”. Já o art. 215 do CC dispõe que “a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena”. O

costuma explicar como *presunção relativa* de autenticidade e veracidade do documento.¹⁴⁶ Seu fundamento repousa na *presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos*,¹⁴⁷ pautada, de um lado, na confiança depositada no Estado e em seus agentes e, de outro, na necessidade de conferir celeridade e segurança às atividades do Poder Público, reputando-se em princípio legítimos os atos realizados no exercício da função pública.¹⁴⁸

Essa eficácia qualificada, estabelecida no art. 405 do CPC, significa que, em princípio, deverá ser reconhecida pelo julgador a ocorrência dos fatos registrados no documento público como tendo sido presenciados pelo agente.

Trata-se de regra de prova legal (ou tarifada), a excepcionar a regra geral da valoração da prova com base na persuasão racional (CPC, art. 371). Ao contrário do que se passa com os meios de prova em geral – que têm seu poder de convencimento “livremente” (*rectius*: racionalmente) valorado pelo julgador (CPC, art. 371), sem vínculos normativos –, o documento público vincula o magistrado quanto aos fatos nele representados com fé pública.¹⁴⁹ Assim, se não

CPC fala, em geral, em fé para referir a eficácia probatória do documento particular (CPC, arts. 426-428). Além disso, o Código Penal reúne sob a denominação de “crimes contra a fé pública” os crimes de falso em geral, neles incluídos os crimes de falsificação de documento particular.

145 O STF admitiu a prorrogação do prazo decadencial de ação rescisória por força de equívoco constante da certidão de trânsito em julgado, ao argumento de que o “art. 19, inciso II, da Carta da República determina que se resguarde a boa-fé das informações constantes de documentos oficiais e daqueles que as recebem e delas se utilizam nas relações jurídicas” (STF, 2ª T., RE 964.139 ED-AgR, rel. Min. EDSON FACHIN, j. 07.11.2017, DJe 22.03.2018).

146 Cf. AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. IV, n. 39, p. 53; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.367, p. 673; LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 5.9.3, p. 638. Sobre a correlação entre os institutos da *presunção legal relativa*, eficácia probatória *ex lege* e ônus da prova, v., *supra*, n. 14.

147 Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p. 182-183. Na jurisprudência, v. STJ, Corte Especial, SEC 11.173, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 17.08.2016, DJe 30.08.2016; STF, Decisão monocrática, AI 561.504 AgR, Min. CELSO DE MELLO, j. 13.09.2006, DJ 20.09.2006, p. 42.

148 Criticando a manutenção das regras de tarifação sobre a prova documental, JORDI NIEVA FENOLL chama a atenção para o fundamento religioso da atribuição de fé pública ao escrivão: “[a]ntiguamente se confiava mucho en la fe porque no había otro remedio que recurrir a la religión ante lo poco que ofrecía la ciencia, aunque ya en la época ofrecía más que lo que quizás se quería asumir. Hoy en día no se pueden confundir las creencias con el análisis probatorio”. E questiona: “¿qué sentido tiene hoy en día confiar en la fe pública de un ser humano?” (La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba, p. 5).

149 V. n. 14, *supra*, quanto à estrutura das regras de eficácia probatória *ex lege*, equiparáveis às de *presunção legal* e de imposição de ônus da prova. Quanto à eficácia probatória *ex lege* de documentos particulares, v., *infra*, n. 30 e s.

estiverem presentes as hipóteses que afastam ou que desconstituem o vínculo normativo do art. 405, o juiz *deverá* reconhecer os fatos presenciados pelo agente público.¹⁵⁰

Entre as situações que afastam o vínculo normativo ao reconhecimento do fato presenciado pelo agente está, em primeiro lugar, a existência de prova em contrário. A *fê pública* resolve-se em *presunção relativa de veracidade*, que pode ceder diante de qualquer contraprova (v., *infra*, n. 18-19).¹⁾

Além disso, o documento público – conquanto estruturalmente mantenha esse atributo – apenas terá essa eficácia probatória *própria* quando for *regular*. Para tanto, é preciso que o agente público tenha competência para a sua elaboração e que sejam observadas as formalidades impostas na lei. O documento feito por agente público incompetente ou sem a observância das formalidades legais¹⁵¹ tem a mesma eficácia probatória do documento particular (CPC, art. 407) – o que significa, basicamente, que as declarações do agente não se presumirão verdadeiras *erga omnes* (v., *infra*, n. 26).²⁾

É também inerente ao conceito de *fê pública* o desinteresse do agente público quanto aos fatos documentados.¹⁵² Sabendo-se ser “vedado o exercício de competências estatais por sujeitos que se encontrem em situação de conflito de interesses”,¹⁵³ as mesmas razões que ordinariamente impõem a rejeição de eficácia probatória às declarações de um particular em benefício próprio (v., *infra*, n. 35) servem a afastar a *fê pública* da declaração do agente quanto a fatos que, em determinado processo, prestem-se a beneficiar seus próprios interesses, ainda quando em tese praticados no âmbito de sua competência e no exercício de função pública (p. ex.: documento notarial na ação de respon-

sabilidade do notário por falsidade; prontuário médico elaborado por funcionário público na ação de responsabilidade por erro médico; disputas comerciais envolvendo determinado ente público e um particular).¹⁵⁴

3) A existência de vícios aparentes no documento, tais como rasuras, borrões e entrelinhas, igualmente afasta a eficácia probatória *ex lege*, ensejando a valoração pautada em persuasão racional (CPC, art. 426).

Também é possível interpretar extensivamente o art. 345, IV, para afastar a presunção de veracidade caso os fatos declarados pelo agente sejam *inverossímeis*. Afinal, afrontaria o *logos do razoável* impor ao julgador o reconhecimento de um fato que atenta contra a inteligência humana apenas por ter ele sido declarado por agente público no exercício de sua função.¹⁵⁵

Por fim, mesmo em se tratando de documento público regularmente formado, dele não se extrairá a presunção de ocorrência do negócio jurídico documentado se não tiver sido atendida a forma específica exigida em lei para a própria validade do negócio (CPC, art. 341, II e 345, III). P. ex., não terá eficácia probatória *ex lege*, para o fim de provar a compra e venda de um imóvel, a certidão de *oficial de justiça* atestando que as partes celebraram o negócio em sua presença, de forma verbal.

18. Eficácia probatória *ex lege* do documento público: significado da locução *prova plena*

O art. 215 do Código Civil dispõe que a *escritura pública* é “documento dotado de *fê pública*, fazendo *prova plena*”. Conquanto a locução *prova plena* não tenha sido incorporada na lei processual,¹⁵⁶ é preciso compreender o seu

150 Para detalhada comparação entre a eficácia probatória *ex lege* do documento público nos sistemas alemão, italiano e francês, em confronto com o diverso regime do sistema norte-americano, cf. GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, 2018. Especialmente quanto ao sistema alemão, cf. ainda, da mesma autora: *La prova documentale pubblica nel processo civile tedesco*, p. 207-208.

151 De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, “a presunção quanto à ocorrência ou ino-
corrência de fatos não se aplica quando o particular invocar perante o Judiciário a
invalidade do procedimento administrativo anterior ao ato questionado (que gera-
ria tal presunção), apontando vícios na atuação administrativa” (*Curso de direito
administrativo*, cap. 8, n. 11.6, p. 311).

152 Nesse sentido, cf. GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale
pubblica*, cap. III, nn. 2 e 5, p. 175 e 214.

153 Cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, cap. 15, n. 23.4, p. 910.
Ainda de acordo com o autor, “não se admite que um servidor estatal mantenha
sua atuação funcional quando o exercício de suas competências traduzir conflito
com outros interesses que titularize” (*op. cit.*, p. 910-911).

154 O Superior Tribunal de Justiça reconhece a natureza de documento público a con-
trato administrativo para o fim reputá-lo título executivo extrajudicial *contra o
próprio ente público*, dispensando a exigência da assinatura de duas testemunhas im-
posta para os documentos particulares: 1º T., REsp 700.114-MT, rel. Min. LUIZ
FUX, j. 27.03.2007, DJ 14.05.2007. Afirmando genericamente a natureza de docu-
mento público do contrato administrativo para reputá-lo título executivo (sem
referir a discussão quanto à dispensa de assinatura de testemunhas): AgRg no AREsp
76.429/PA, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2º T., j. 21.02.2013, DJe 07.03.2013;
REsp 879.046/DF, rel. Min. DENISE ARRUDA, 1º T., DJe 18.06.2009; AgInt no REsp
1523938/RS, rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 1º T., j. 15.03.2018, DJe 27.03.2018.

155 Em sentido contrário, EDUARDO COUTURE afirma que o juiz não pode, sem argui-
ção de falsidade, afastar a *fê pública* ainda que o fato seja inverossímil (El concepto
de *fê pública*, n. 61, p. 87).

156 Nem o CPC de 2015 nem o CPC de 1973 albergam o conceito de *prova plena*. De
acordo com CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a locução constava do Anteprojeto do
CPC de 1973 e foi suprimida do texto final pelo legislador (*Instituições de direito
processual civil*, v. III, n. 1.418, p. 738). FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e

significado e verificar de que forma ela se insere na disciplina probatória do documento público.

Dentro da ideia ampla de *prova plena* como “certeza” sobre o fato probando,¹⁵⁷ cabe mais de um significado específico, devendo-se perquirir quais deles se adequam ao sistema brasileiro.

Da perspectiva da *eficácia probatória*, um significado *forte* de prova plena é o de meio de prova que *impõe*, com eficácia *ex lege*, o reconhecimento do fato nele representado, tornando *irrelevantes* provas de “menor força” em sentido contrário (como a prova oral)¹⁵⁸ e exigindo a arguição e a pronúncia judicial de falsidade para sua desconstituição. Esse é o significado que a locução adquire, com alguma variação, na disciplina dos direitos italiano e francês sobre a eficácia probatória do documento (ou “ato”) público. Diante de prova plena, como é a escritura pública, o juiz italiano e o francês ficam vinculados à declaração do tabelião sobre os fatos ocorridos em sua presença,¹⁵⁹ devendo necessariamente levá-la em consideração no julgamento, a não ser que a parte instaure a *querela di falso* ou a *inscription de faux*,¹⁶⁰ instruindo-as com provas idôneas a demonstrar a falsidade (diversas de prova meramente testemunhal).¹⁶¹

No direito brasileiro, a eficácia probatória do documento público, conquanto imposta em lei, não tem esse significado *forte* dos sistemas italiano e francês. Entre nós, a *presunção relativa* que resulta do documento público pode

RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA afirmam ser “inequívoca a intenção do legislador brasileiro de proscrever a malsinada expressão” (*Curso de direito processual civil*, v. 2, cap. 6, n. 8.2.2, p. 197).

157 HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, n. 137, p. 508-510

158 MICHELE TARUFFO observa que a prova legal “codificada” – diferentemente daquela do direito comum – produz a *verdade total* do fato, detendo eficácia de certo modo *destrutiva*, por reduzir a zero o valor de outros elementos de prova que apontem em sentido diverso ou no mesmo sentido (*La prova dei fatti giuridiche*, cap. V, n. 2.3, p. 365).

159 GIULIA DI FAZZIO observa, contudo, que, no direito francês, a *superioridade* da eficácia probatória do documento público concerne essencialmente à prova dos *atos jurídicos* e não à dos *atos jurídicos* em geral (*Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. II, sez. I, esp. p. 90).

160 Ou que obtenha o reconhecimento da falsidade em juízo criminal.

161 Os fundamentos legais dessas regras encontram-se especialmente no art. 2.700 do *Codice Civile* italiano e nos arts. 1.369-1.371 do *Code Civil* francês. Na doutrina, cf. GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, esp. cap. III, sez. I-III, p. 166-324; LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*, parte III, cap. I, n. 4, p. 434-438; MARCO RUSSO, *Prova legale e libero convincimento del giudice*, p. 115-116; FRANCESCO CARNELUTTI, “Documento”, in *Nuovo digesto italiano*, n. 10, p. 109.

ser afastada, independentemente de arguição de falsidade, diante de qualquer prova em sentido contrário que, de acordo com os standards de racionalidade demonstrados na motivação, exiba em concreto poder de convicção apto a se sobrepor à certeza emanada do documento público.¹⁶²

Essa conclusão decorre, de forma imediata, do fato de o Código de Processo Civil, lei posterior que disciplinou integralmente a matéria probatória, não ter usado a locução prova plena ao disciplinar a eficácia probatória dos documentos públicos – derogando assim a disposição da lei civil (LINDB, art. 2º, § 1º).¹⁶³

Independentemente disso, a expressão *prova plena* também é usada no art. 225 do CC, para tratar da eficácia probatória das reproduções mecânicas ou eletrônicas em geral, admitindo-se expressamente que a eficácia probatória desses meios de prova cessa se “a parte, contra quem forem exibidos (...) lhes impugnar a exatidão”.¹⁶⁴ Isso significa que do simples uso da locução *prova plena*, no art. 215 do CC, não se pode extrair a conclusão de que o sistema brasileiro adote regime semelhante aos dos direitos francês e italiano quanto à eficácia probatória do documento público.

A esse respeito, convém observar que a expressão *prova plena* também significa a prova *suficiente* a amparar o juízo sobre o fato representado.¹⁶⁵ Dessa perspectiva, *prova plena* contrasta com as chamadas *provas semiplenas* (ou incompletas ou imperfeitas), que *dependem* de outros meios complementares para gerar certeza.¹⁶⁶ O relevo aqui é posto, não sobre a *imposição* ao juiz para que

162 Na doutrina brasileira, destaca-se o entendimento diverso de ARAKEN DE ASSIS, para quem as declarações constantes da escritura pública e dos documentos públicos em geral, relativas à formação do documento e aos fatos presenciados pelo agente, têm eficácia de *prova plena*, com o significado mais forte de que se tratou no texto. Para desconstituir essa eficácia vinculante seria indispensável a arguição de falsidade, na forma e no prazo legais, não se admitindo mera contraprova (*Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.921 e 1.953, p. 696-703 e 821-822).

163 Nesse sentido, cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.365, p. 672.

164 Sobre a eficácia probatória das reproduções, v., *infra*, n. 72 e s.

165 Cf. LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*, parte I, cap. I, n. 2, p. 11-12.

166 Cf. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, n. 137, p. 508-510; BARBOSA MOREIRA, O novo Código Civil e o direito processual, n. 7, s/p. Na Itália, denominam-se “argomenti di prova” os elementos probatórios que não podem ser usados *isoladamente* para fundar o reconhecimento da ocorrência de um fato – embora parte da doutrina e da jurisprudência mitiguem essa regra para admitir que o convencimento do juiz se funde exclusivamente em *argomenti di prova* (cf. GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. III, n. 4.1, notas 49 e 50, p. 186-187).

reconheça o fato, mas sobre a *vedação* ao reconhecimento da ocorrência de um fato sem que haja *prova plena*.¹⁶⁷

Vê-se, pois, que no art. 225 do CC o legislador brasileiro valeu-se da locução *prova plena* para indicar a *suficiência* da eficácia probatória de tais elementos para que o juiz reconheça a ocorrência do fato representado nessas modalidades de documento. Essa ideia está expressa de forma mais clara no art. 422 do CPC, que também disciplina a eficácia probatória das reproduções mecânicas, estabelecendo terem elas "*aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida*".

Portanto, seja porque o Código de Processo Civil não se vale da locução *prova plena*, seja porque a essa expressão se pode atribuir mais de um significado, seja por força de nossa tradição,¹⁶⁸ deve-se reconhecer que a eficácia probatória do documento público equivale à *presunção relativa* de veracidade do fato documentado com fé pública, que vincula o julgador mas que cede diante de prova em sentido contrário independentemente de arguição de falsidade.¹⁶⁹

167 Cf. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, n. 137, p. 508-510. De acordo com o autor, essa *suficiência* pode tanto ser predeterminada por regras de prova legal (tarifação probatória) como pode depender da persuasão racional do juiz, a partir do exame dos elementos concretos de prova, em cada caso. Nesta última hipótese, haveria prova plena sempre que houvesse certeza, a partir do exame em concreto dos meios de prova, quanto à veracidade ou falsidade das alegações de fato aduzidas pelas partes. Em sentido semelhante, GIULIA DI FAZZIO esclarece que a locução "*volle Beweis*" (prova plena) no direito alemão é usada tanto para referir o *vínculo* decorrente das regras de prova legal sobre o valor da prova documental como para indicar a *suficiência* dos meios de prova livremente apreciados pelo juiz para gerar convicção de acordo com o *standard* do § 286 da ZPO (La prova documentale pubblica nel processo civile tedesco, p. 208, nota 31). Com posição diversa, EDUARDO COUTURE associa a prova plena – entendida como eficácia probatória que por si só basta para decidir, sem requerer complemento algum (sinônimo de plena fé) – à prova legal. Para o autor, a persuasão racional incidiria apenas quanto às provas semiplenas (El concepto de fe pública, n. 66-67, p. 92 e 95).

168 Já no Regulamento 737, de 1850, o art. 142 estabelecia que a "prova plena absoluta ou relativa admite prova em contrário".

169 Também repudiam a eficácia de *prova plena* do documento público, com aquele significado próprio do direito italiano: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.364-1.365, p. 670 e 671; LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 5.9.3, p. 638-639; MARCELO BONIZZI, *Fundamentos da prova civil – teoria geral das provas e provas em espécie segundo o novo CPC*, n. 2.7.1.1, p. 143; FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, cap. 6, n. 8.2.2, p. 196-198; EDUARDO TALAMINI e LUIZ RODRIGUES WAMBIER, *Curso avançado de processo civil*, v. 2, n. 15.5.2, p. 309, e MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova*

A eficácia do documento público não impede que, com base em outros meios de prova em sentido contrário, dotados em concreto de maior poder de convicção, repute-se não ocorrido o fato declarado com fé pública.

19. O documento público não tem maior *poder de convicção* do que outros meios de prova

Reconhecida a possibilidade de afastar a eficácia probatória do documento público diante de outros meios de prova, discute-se se seria, por imposição de lei, maior o poder de convicção emanado do documento público em relação ao documento particular ou a outros elementos de prova. Ou seja, questiona-se se, no juízo de valoração da prova, o juiz está vinculado pelo sistema positivo a atribuir maior peso à demonstração advinda do documento público do que a demonstrações em sentido contrário advindas de documento particular ou de outras fontes de prova.

Nessa linha, o art. 407 poderia indicar a superioridade da eficácia probatória do documento público, ao estabelecer que a eficácia "degradada" do documento público *irregular* equivale à do documento particular.

Todavia, a correta interpretação a ser dada ao dispositivo é a de que o documento público irregular fica privado de outro atributo que efetivamente

judiciária no cível e comercial, n. 74, p. 93 (embora o autor repute inadmissível contra-prova de natureza exclusivamente testemunhal). Na doutrina estrangeira: HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, n. 356, p. 557; GIULIA DI FAZZIO, "La prova documentale pubblica nel processo civile tedesco", p. 207-210. Na doutrina civil, o Enunciado n. 158 do CJF-STJ assevera que "a amplitude da noção de 'prova plena' (isto é, 'completa') importa *presunção relativa* acerca dos elementos indicados nos incisos do § 1º, devendo ser conjugada com o disposto no parágrafo único do art. 219". Também é essa a posição de FLAVIO TARTUCE, *Direito civil*, v. 1, n. 9.2, p. 520. Na jurisprudência: "não é absoluta a *presunção* de autenticidade dos atos do tabelião estabelecida no art. 369 do CPC (...). A certeza da prova produzida nos autos atestou a falsidade das assinaturas, sendo tal fato suficiente para a procedência dos pedidos formulados na ação principal" (STJ, 3ª Turma, REsp 879.567, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 12.05.2009). Em sentido semelhante: "nos termos do art. 215 do CC, a escritura lavrada em cartório tem fé pública, o que significa dizer que é documento dotado de *presunção* de veracidade. O que ocorre com a *presunção* legal do referido dispositivo é a desnecessidade de se provar os fatos contidos na escritura (à luz do que dispõe o art. 334, IV, do CPC) e também a inversão do ônus da prova, em desfavor de quem, eventualmente, suscite a sua invalidade. (...) Assim, entende-se que a quitação dada em escritura pública presume o pagamento, até que se prove o contrário" (STJ, 3ª T., REsp 1.438.432, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 22.04.2014, Dje 19.05.2014). Em sentido diverso, ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.921 e 1.953, p. 696-703 e 821-822 (v. nota 162, *supra*).

o distingue dos documentos particulares, qual seja, o maior alcance subjetivo de sua eficácia (perante todos e não apenas contra o seu autor) (v., *infra*, n. 22 e 26). No que respeita ao próprio valor probatório, a regra que se aplica ao documento público (*rectius*: às declarações do agente revestidas de fé pública) é a mesma que rege o documento particular (*rectius*: as declarações confessórias da parte contidas em documento particular): a da *presunção relativa de veracidade do fato representado*, que, na falta de contraprova ou de vícios externos, impõe o reconhecimento de sua ocorrência pelo julgador (transferindo assim ao adversário o ônus de demonstrar que o fato não ocorreu).

No direito brasileiro, ressalvadas as regras que restringem a *admissibilidade* de alguns meios de prova para a demonstração de determinados fatos, não há, no campo da valoração, *hierarquia* entre os meios de prova¹⁷⁰ nem restrições aos meios aptos a servir de contraprova ao documento público. Especificamente no que respeita à prova testemunhal, veja-se que a vedação contida no art. 443, I, aplica-se apenas à utilização desse meio de prova para demonstrar o próprio fato que já esteja provado por documento ou confissão; mas não para fazer a *contraprova* de tal fato. Com base na valoração racional (CPC, art. 371), admite-se que qualquer elemento concreto de prova (típica ou atípica) possa servir para contrariar as declarações prestadas pelo agente público quanto aos fatos ocorridos em sua presença.¹⁷¹

Há, sem dúvida, alguns tipos de documento público que, por força dos requisitos estabelecidos em lei para sua confecção, como as escrituras públicas, revestem-se ordinariamente – à luz das próprias regras da persuasão racional

170 No mesmo sentido, WILLIAM SANTOS FERREIRA, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, coment. ao art. 369, n. 9, p. 1118-1119 (ressalvando, contudo, haver “ôbices legais à demonstração de determinados fatos”). FLAVIO LUIZ YARSHHELL, quanto fale em “certa hierarquização entre meios de prova, a atenuar a prevalência da regra da persuasão racional”, também parece ter em mira a existência de regras de prova legal que exigem o documento para a prova de determinados fatos, sem com isso afirmar especificamente o maior poder de convicção do documento em face de outros meios de prova (*Antecipação da prova sem o requisito da urgência*, n. 37, p. 192).

171 No direito alemão, a doutrina exclui o interrogatório da parte, isoladamente, como prova idônea a desconstituir a *presunção de veracidade* das declarações do agente público – embora esse meio de prova seja admitido para desconstituir a *presunção de autenticidade* do documento público (GIULIA DI FAZZIO, *La prova documentale pubblica nel processo civile tedesco*, p. 210-211). Na Colômbia, admite-se qualquer meio de prova para que partes e terceiros demonstrem a falsidade ou o equívoco do que se disse em documento público que não tenha origem contratual; mas HERNANDO DEVIS ECHANDIA observa que se deve submeter a prova a uma crítica rigorosa, pois o “correto” é aceitar as declarações do funcionário público, em quem se depositou a fé pública e o exercício de atividades estatais (*Teoría general de la prueba judicial*, t. II, n. 356, p. 560).

– de maior confiabilidade do que outras fontes de prova. E o juiz deve estar atento a esse imperativo de racionalidade ao valorar o conjunto probatório. Mas é legítimo que o julgador dê maior peso a outros elementos de prova, desde que se desincumba de ônus argumentativo maior, evidenciando na motivação os critérios de racionalidade que, aplicados ao caso concreto, impõem a superação da demonstração fundada em documento público.¹⁷²⁻¹⁷³

20. Alcance da eficácia probatória *ex lege* do documento público: autenticidade ou prova de sua formação

No que respeita ao alcance da eficácia probatória *ex lege* (fé pública), o art. 405 estabelece, em primeiro lugar, que o documento público *faz prova da sua formação*.

Com efeito, como a *presunção de veracidade* dos fatos declarados vincula-se à pessoa de agente público, para que ela opere é preciso ter certeza de que se trata de documento elaborado por tal sujeito; ou seja, de que se trata de documento *autêntico*, no sentido de que efetivamente provém de seu autor aparente (v., *infra*, n. 43).¹⁷⁴

172 Nessa linha, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART admitem o confronto do documento público por contraprova de qualquer natureza, desde que apta a superar o poder qualificado de convicção e a “demonstrar que o fato declarado naquele documento realmente não ocorreu” (*Prova e convicção*, parte II, n. 5.9.3, p. 638-639). Em sentido parcialmente diverso, embora enuncie como regra geral a possibilidade de demonstrar a mentira das declarações do agente público por qualquer meio, MOACYR AMARAL SANTOS ressalva a inadmissibilidade de contraprova de natureza *exclusivamente testemunhal* quanto ao conteúdo da escritura (*Prova judiciária no cível e comercial*, n. 74, p. 93). CLARISSA DINIZ GUEDES também parece reconhecer a existência de regra legal a impor peso maior ao documento público: “a regra probatória apenas estabelece que a prova por instrumento público seja legalmente considerada mais contundente” (*Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, n. 4.1, p. 167). Do mesmo modo, MARCELO BONIZZI afirma serem os documentos públicos “mais consistentes do que os particulares”, “em termos de intensidade do valor probante”, “sem que constituam, no entanto, prova plena ou absoluta de algo” (*Fundamentos da prova civil – teoria geral das provas e provas em espécie segundo o novo CPC*, n. 2.7.1.1, p. 143).

173 À luz desses conceitos, é manifestamente equivocada a jurisprudência que, diante de certidão encartada aos autos por escrevente quanto à data de publicação de determinada decisão na imprensa oficial, considera inócua a prova, dada pela própria cópia do diário oficial, de que a publicação em verdade ocorreu em data diversa (v., entre muitos, AgInt no AREsp 1455107/DF, rel. Min. Regina Helena Costa, 1ª T., j. 12.08.2019, DJe 14.08.2019; AgInt no AREsp 910.544/PB, rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª T., j. 21.03.2017, DJe 03.04.2017).

174 Como observa GIULIA DI FAZZIO, o juízo sobre a *autenticidade* é logicamente (e também juridicamente) preliminar ao de *valoração das declarações* do agente público (cf. *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. III, sez. I, p. 170).

No direito brasileiro,¹⁷⁵ atribui-se à *aparência* de documento público – por sua forma e conteúdo – a *presunção relativa* de que se trata de documento efetivamente elaborado pelo agente público nele indicado.¹⁷⁶ Não se costuma discutir sobre o que seja a *aparência* de documento público apta a ensejar a presunção de autenticidade. Em regra, ela será dada pela forma do documento (uso de selos, brasões, carimbos, etiquetas etc.) e, especialmente, pela identificação do agente e de sua qualidade, com sua assinatura.¹⁷⁷

Atualmente, com a crescente informatização do registro de informações e das comunicações, a atividade estatal (assim como a privada) vai sendo crescentemente automatizada e a identificação da autoria do documento público passa a ser feita mediante o uso de assinaturas e certificados digitais associados às instituições ou agentes públicos.

Em qualquer caso, a presunção é relativa porque admite a contraprova, por qualquer meio,¹⁷⁸ de que a autoria real não coincide com a autoria aparente.

Tratando-se de documento público desprovido de vícios exteriores (CPC, art. 426), a presunção de autenticidade estabelecida no art. 405 apenas cederá se aquele que arguir o falso provar que o documento não provém do agente público nele indicado (CPC, art. 427). Inexistindo contraprova, o juiz deverá

175 De acordo com GIULIA DI FAZZIO, essa também é a regra aplicável ao sistema alemão (La prova documentale pubblica nel processo civile tedesco, p. 202).

176 Quanto aos documentos públicos estrangeiros, a regra é exigir-se o procedimento de legalização para atestar a autenticidade da assinatura, a função ou o cargo exercidos pelo signatário do documento e, quando cabível, a autenticidade do selo ou carimbo aposto no documento, ressalvados os documentos públicos provenientes dos Estados signatários da Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros (firmada pelo Brasil em 05.10.1961 e promulgada pelo Decreto n. 8.660, de 29.01.2016).

177 O art. 215 do CC enuncia ser a assinatura do tabelião um dos requisitos da escritura pública. Da jurisprudência mais antiga do STJ colhe-se a existência de discussão quanto à necessidade de assinatura para conferir presunção de veracidade a planilhas do INSS contendo registro de pagamentos de benefícios (STJ, 5ª T., EDcl no REsp 547.386, rel. Min. LAURITA VAZ, j. 18.12.2003, DJ 16.02.2004, p. 327; STJ, 5ª T., REsp 637.142, rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, j. 09.11.2004, DJ 06.12.2004, p. 357). De acordo com HERNANDO DEVIS ECHANDIA, a dispensa de firma em documentos públicos declarativos é excepcional (n. 336, p. 518) – sendo contudo a regra em documentos públicos não declarativos, como fotografias, mapas etc. (*Teoria general de la prueba*, t. II, nn. 336 e 341, p. 518 e 529).

178 Referindo a ampla admissibilidade de quaisquer meios de prova para confrontar a presunção de autenticidade do documento público no direito alemão – inclusive o interrogatório da parte (ZPO, § 445), que não se admite como contraprova dos próprios fatos declarados pelo agente público –, cf. GIULIA DI FAZZIO, La prova documentale pubblica nel processo civile tedesco, p. 203-205 e 210-211.

reconhecer que o documento público é autêntico (ou seja, que sua autoria aparente coincide com a autoria real).

Essa é uma distinção relevante entre o documento público e o documento particular. Enquanto a prova da autoria já está “contida” no documento público,¹⁷⁹ no documento particular essa prova depende de elementos externos que venham a agregar-se ao documento (ausência de impugnação quanto à autenticidade, reconhecimento de firma por tabelião ou outros meios legais de certificação, inclusive eletrônico – CPC, art. 411). Isso impacta diretamente na questão da distribuição do ônus da prova em caso de impugnação de autenticidade. Tratando-se de documento particular sem qualquer meio legal de certificação de autoria, a impugnação da autenticidade imporá àquele que produziu o documento em juízo (ou seja, que o apresentou) o ônus de provar a autenticidade (CPC, art. 428, I, c.c. art. 429, II).¹⁸⁰

No documento público (desprovido de vícios aparentes), sempre será do impugnante o ônus da prova da inautenticidade, porque o próprio documento prova, com eficácia probatória especial, os fatos nele diretamente representados, entre os quais a proveniência do documento do autor nele indicado.¹⁸¹

Mas como no direito brasileiro é amplo o conceito de documento público, é possível haver situações em que, embora a parte afirme tratar-se de documento público, não se possa extrair de sua aparência essa conclusão. Em casos como esse, é razoável incumbir o próprio apresentante do documento do ônus de provar, diante de impugnação, que se trata de documento emanado de agente

179 Nas palavras de ARAKEN DE ASSIS, “o documento [público] faz prova de per si da própria autenticidade” (cf. *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.921.1.1, p. 696). Essa é a razão pela qual, no direito francês, até hoje se denomina *acte authentique* (ato autêntico) o documento público (arts. 1.369-1.371 do CC francês). Entre nós, no passado, já se afirmou que documento autêntico seria sinônimo de documento público (cf. MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no civil e comercial*, v. IV, n. 39, p. 51-53). Sobre o ponto, v., *infra*, n. 43.

180 Como se verá adiante (*infra*, n. 108), deve-se entender que a prova da autenticidade também já está constituída quando o documento particular traz o reconhecimento de firma ou assinatura digital. Nestes casos, se o autor indicado no documento (ordinariamente apresentado em juízo por seu adversário) não provar que não é seu verdadeiro autor, o juiz deverá reconhecer a autenticidade.

181 Existe distinção, sutil, mas relevante em termos de ônus probatório, entre o fato de o documento provir do autor nele indicado e o fato de aquele autor ser um agente público e ter competência para a prática do ato documentado. Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que “[n]ão existe presunção de existência e titularidade de competência administrativa. Alguém se afirmar titular de um cargo ou função é insuficiente para gerar presunção de existência dessa situação fática” (*Curso de direito administrativo*, cap. 8, n. 11.6, p. 310).

público, para que então se lhe atribua eficácia probatória diferenciada quanto aos fatos declarados pelo agente.¹⁸²

Reconhecida a inautenticidade, o documento público não apenas perderá sua eficácia probatória diferenciada – que, na ausência de contraprova, impõe perante todos o reconhecimento da ocorrência dos fatos que o agente declarar terem ocorrido em sua presença –, como na verdade sequer será admitido como meio de prova.¹⁸³

Situação diversa se dá quando, embora o documento efetivamente tenha sido elaborado pelo agente indicado como seu autor, este não é (ou não era, ao tempo de sua elaboração), agente público competente para a confecção do documento. Nesse caso, o documento público perderá apenas a eficácia probatória diferenciada (presunção de veracidade *erga omnes* dos fatos presenciados pelo agente), podendo “valer” como documento particular contendo declarações autênticas das partes (CPC, arts. 407, 408 e 412) ou como meio de prova a ser valorado por persuasão racional (CPC, art. 371) (v., *infra*, n. 26).

21. Alcance da eficácia probatória *ex lege* do documento público: fatos presenciados pelo agente

Pressuposta ou confirmada a autenticidade, presumem-se verdadeiros os fatos que o agente declarar terem ocorrido em sua presença. Ou seja, inexistindo prova em contrário e ausentes as demais hipóteses de afastamento da eficácia probatória *ex lege* (v., *supra*, n. 17), o juiz *deverá* considerar ocorridos tais fatos ao valorar a prova.

É preciso atentar, contudo, para a distinção entre os próprios *fatos ocorridos na presença do agente* – especialmente declarações – e *outros fatos* que constituam o conteúdo dos fatos diretamente percebidos ou que com eles se relacionem de outra forma. A *fê pública* recobre o fato de a parte ter proferido a declaração; mas não alcança a veracidade da declaração de ciência nem a correspondência entre a declaração dispositiva e a efetiva vontade do declarante.¹⁸⁴

O valor probatório da própria declaração prestada ao agente público (e não pelo agente) é disciplinado por normas diversas daquelas destinadas ao documento público (v., *infra* n. 30-37).

Em uma escritura pública de compra e venda, p. ex., reveste-se de *fê pública* a declaração do tabelião de que as partes compareceram, foram identificadas, prestaram declarações e manifestaram (de forma aparentemente livre) sua vontade, anuindo com a celebração do negócio jurídico e assinando por si o documento. A formação do negócio, ocorrida na presença do tabelião, considera-se provada pela escritura.¹⁸⁵

Nesse exemplo, caso o tabelião declare que a vendedora afirmou ser solteira (fato ocorrido em sua presença), essa declaração do tabelião ficará revestida de *fê pública*, presumindo-se verdadeira (ou seja: presume-se verdadeiro o fato de a parte ter declarado ser solteira). Mas isso não significa que a própria declaração da parte fique alcançada pela *fê pública*. O documento público faz prova, com *fê pública*, do fato de ter a vendedora declarado ser solteira, mas não de seu efetivo estado civil.

Ainda no exemplo, imagine-se que conste do documento público a declaração do tabelião de que a vendedora declarou ter recebido o preço do comprador. O que essa escritura prova, quanto ao preço, é o fato de ter sido *declarado pela vendedora o seu recebimento*. O recebimento do preço não constitui, contudo, fato ocorrido na presença do tabelião, mas apenas narrado pela parte; portanto, não é abrangido por sua *fê pública*.¹⁸⁶ Especificamente nesse caso, em uma demanda em que a vendedora figure como parte, como se trata de declaração de fato contrário aos interesses da declarante, presumir-se-á (de modo relativo) a veracidade do fato declarado (ou seja, a declaração da parte *faz prova* do fato), por força do que dispõem os arts. 391, 394 e 408 do CPC (e não do art. 405).¹⁸⁷ Todavia, quando o fato declarado pela parte ao agente público for favorável a seu próprio interesse, além de inexistir qualquer norma

182 Entre essas hipóteses, está a indicada na nota 181, *supra*.

183 O documento falso poderá servir de meio de prova da própria falsidade (para fins penais ou civis – entre os quais a admissibilidade de ação rescisória – CPC, art. 966, VI).

184 A doutrina processual não diverge quanto a esse ponto: cf. MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, n. 70, p. 87; HUMBERTO THEODORO JR., *Curso de direito processual civil*, v. I, n. 716, p. 946; ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.921.1.1, p. 698; FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, cap. 6, n. 8.2.1, p. 195; EDUARDO CAMBI, *Curso de direito probatório*, parte II, n. 3.5.1.1, p. 421; GIULIA

DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. III, sez. I, p. 185; GIULIA DI FAZZIO, *La prova documentale pubblica nel processo civile tedesco*, p. 209; JUAN MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cap. VII, p. 320-321.

185 Cf. MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, n. 73, p. 89-91. No direito italiano: GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. III, n. 4.2, p. 203.

186 O que não afasta a possibilidade de o pagamento efetivamente ocorrer na presença do tabelião e ser por ele declarado como fato passado em sua presença.

187 Na doutrina italiana, GIULIA DI FAZZIO também observa que a eficácia probatória das declarações feitas pela parte ao agente público é regida não pela disciplina do documento público, mas pelas normas sobre a confissão extrajudicial (*Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. III, n. 4.1, esp. p. 189).

atribuindo eficácia probatória *ex lege* a essa declaração, *ordinariamente* dela não se extrairá eficácia probatória mesmo com base em “livre valoração”. É o que se vê na *resolução policial*, que a jurisprudência não costuma reputar provados a partir de simples declaração.¹⁸⁸⁻¹⁸⁹

Não fica abrangida pela eficácia probatória do documento a correspondência entre a vontade *manifestada* pelo declarante e sua efetiva vontade – que pode estar, p. ex., comprometida por vícios ou incapacidades.

Do mesmo modo, a fé pública não recai sobre a qualificação jurídica atribuída pelo agente ao fato presenciado (p. ex., a afirmação de que a parte é capaz, de que determinada benfeitoria é *voluptuária*, de que um ato é *nulo* etc.), pois essa é uma atribuição própria da atividade jurisdicional.

O mesmo vale para a qualificação técnico-científica de fatos feita por agente público, ainda que qualificado para tanto. Assim como o juiz não fica vinculado pela conclusão do perito (CPC, art. 479), também não se deve vincular (nem mesmo de forma *relativa*) pelas declarações de agente público quanto à qualificação técnico-científica de fatos.¹⁹⁰ Em ambos os casos, cabe ao juiz *decidir*, com base em argumentação adequada e racional, a partir dos elementos dos autos, se o fato narrado pelo agente se reveste da qualificação técnica indicada.¹⁹¹

188 Na jurisprudência: “certo é, nos termos da jurisprudência desta Corte, que o boletim de ocorrência policial não gera presunção *juris tantum* da veracidade dos fatos narrados, uma vez que apenas consigna as declarações unilaterais narradas pelo interessado, sem atestar que tais afirmações sejam verdadeiras” (STJ, 4ª T., AGR-ESP 310.191, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 07.06.2001). Todavia, como observa EDUARDO CAMBI, caso o boletim contenha o registro da ocorrência presenciada pelo policial, nesse caso as declarações revestir-se-ão de eficácia *ex lege* (presunção relativa de veracidade) (cf. *Curso de direito probatório*, parte II, n. 3.5.1.1, p. 421-422).

189 Mas, diante de peculiaridades do caso posto sob exame, é possível que o juiz, desincumbindo-se adequadamente de ônus argumentativo mais intenso, atribua valor probatório a declarações prestadas pela parte em seu próprio benefício. Sobre o ponto, v., *infra*, n. 35.

190 O argumento é de GIULIA DI FAZZIO, que invoca a norma do direito italiano segundo a qual o juiz não fica vinculado à conclusão da perícia técnica para negar eficácia de prova plena (que no direito italiano é mais forte do que no nosso, apenas cedendo diante da *querela di falso*) a qualquer qualificação técnica e científica de fato constante de documento público (*Contributo allo studio della prova documental pubblica*, cap. III, n. 5, p. 216).

191 Que, como será visto no n. 86, *infra*, não significam efetiva “liberdade”, muito menos arbitrio.

Também é preciso examinar se o agente tem formação técnica adequada para *perceber* a ocorrência de determinados fatos. Essas considerações são especialmente relevantes na valoração de atas notariais (CPC, art. 384), não se podendo atribuir fé pública à declaração de fatos (e, com maior razão, a qualificações técnicas) cuja compreensão esteja além da capacidade do tabelião.¹⁹² Naturalmente, isso não afasta, de modo generalizado, a eficácia probatória *ex lege* das afirmações de fato feitas pelo agente na ata notarial,¹⁹³ mas serve de filtro para identificar quais delas se revestem de fé pública.

Quanto aos fatos que se reputam representados no documento público por declaração do próprio agente público revestida de fé pública, há vínculo a impor ao juiz o reconhecimento de sua ocorrência – salvo se presentes as hipóteses que afastam essa eficácia normativa (v., *supra*, n. 17). Trata-se de exceção expressamente positivada à regra da persuasão racional inscrita no art. 371 do CPC.

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 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,¹⁹⁴ inclusive os próprios entes da Federação (CF, art. 19, II).

Portanto, mesmo que uma ou ambas as partes do processo não tenham figurado como partes no documento público, as declarações do oficial quanto

192 No direito italiano, em que a eficácia do documento público (“atto pubblico”) é mais forte do que no nosso sistema, LUIGI PAOLO COMOGGIO expressamente exclui a fé pública dos termos de constatação notariais (*Le prove civili*, p. III, cap. I, n. 3, nota 41, p. 432). A doutrina italiana também afasta a eficácia de prova plena de fatos que o agente público afirma ter constatado do exame de documentos (cf. GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documental pubblica*, cap. III, n. 5, p. 222).

193 Sem distinguir entre os diversos tipos de declaração constantes da ata notarial, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirma de modo amplo que a valoração das atas notariais sempre ficará no âmbito do “exercício [pelo juiz] do poder de decidir segundo seu livre convencimento” (*Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.351, p. 659).

194 Essa é uma distinção clássica no estudo do documento: cf. FRANCESCO CARNELUTTI, Documento, in *Nuovo digesto italiano*, n. 10, p. 109 (ressalvando a eficácia probatória dos livros de comércio a favor de seu autor, no litígio entre comerciantes); HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, n. 356, p. 557; MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no civil e comercial*, n. 75-76, p. 98-99; LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 5.9.1 e 5.9.3, p. 633 e 638-639; HUMBERTO THEODORO JR., *Curso de direito processual civil*, v. I, n. 716, p. 946.

aos fatos ocorridos em sua presença (observados os limites traçados no n. 21, *supra*) presumir-se-ão verdadeiras também quanto a esses sujeitos.

23. Eficácia probatória do documento público: síntese

Em síntese, a eficácia probatória do documento público é disciplinada por regra de *prova legal*, segundo a qual, se não houver prova em contrário, *deverão* considerar-se ocorridos os fatos representados no documento, sejam eles a própria proveniência do documento do agente público indicado como seu autor (autenticidade) sejam os fatos que o agente declarar terem ocorrido em sua presença, respeitados os limites do alcance da fé pública (n. 21, *supra*).

Nisso, a eficácia probatória do documento público distingue-se da eficácia de outros meios de prova, cuja valoração se realiza exclusivamente com base nas regras de persuasão racional. Na prova testemunhal, p. ex., o reconhecimento do fato (oportunamente impugnado) que veio a ser representado no testemunho podera ser afastado pelo julgador – sempre mediante motivação racional –, ainda quando não haja prova em sentido contrário.

Todavia, a fé pública não obsta a contraprova nem tem maior poder de convencimento *ex lege* do que outros meios de prova. Em alguns casos, sendo próprio da experiência comum o reconhecimento da maior credibilidade do documento público – especialmente naqueles em que sua formação se sujeita ao atendimento de requisitos e formalidades –, incumbirá ao juiz valer-se de argumentação mais densa para afastar a conclusão advinda do documento público em prol de outros elementos de convicção em sentido inverso.

Essa eficácia probatória especial, determinada por regras de prova legal, também se aplica, em alguma medida, ao documento particular; mais especificamente, às declarações confessórias das partes contidas no documento. A fé pública é, contudo, diversa da fé do documento particular especialmente no que respeita ao maior alcance subjetivo de sua eficácia probatória, que se opera perante todos e não apenas contra o autor do documento.

Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

CPC de 1973 – art. 366

24. Instrumento público

Instrumento é *veículo* e, ao mesmo tempo, *produto* da manifestação escrita da vontade. É uma das formas pelas quais se constituem os atos ou negócios jurídicos.¹⁹⁵

¹⁹⁵ No mesmo sentido, cf. ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.916, p. 679.

Para existir, todo ato jurídico reclama alguma forma de exteriorização da vontade (oral, escrita, gestual, eletrônica). Em regra, cabe ao agente optar livremente pela forma de manifestação. Excepcionalmente, o ordenamento impõe como requisito de validade de certos negócios jurídicos a observância de forma determinada, definida em lei ou eleita em convenção pelas partes.¹⁹⁶

Da perspectiva substancial, para satisfazer o requisito da *forma* escrita é necessária a assinatura do autor da declaração de vontade (que pode ser o próprio sujeito que ficará vinculado ou seu representante).¹⁹⁷ Instrumento é, pois, o escrito assinado.

O *instrumento público* é, em essência, a *escritura pública*: ato lavrado por tabelião de notas, no exercício de sua função, que instrumentaliza a manifestação de vontade (v., *supra*, n. 16). *Instrumentos particulares* são, por exclusão, os escritos confeccionados para formalizar a manifestação de vontade por quem não seja tabelião (as próprias partes do negócio ou terceiros).

¹⁹⁶ Para o reconhecimento de que a *forma* (alguma forma) é elemento de existência do negócio jurídico e que a *forma determinada* é, em certos casos, requisito de validade, cf. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, cap. II, §§ 2º e 3º, esp. p. 31 e 43; CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI, *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*, cap. 3, n. 1, p. 157. Em sentido semelhante, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA afirma que a “*forma* do negócio jurídico é o meio técnico, que o direito institui, para a exteriorização da vontade. É a projeção ambiental da elaboração volitiva, a expressão exterior do querer do agente (...) O direito considera, então, a forma do ato em dois sentidos: num primeiro é a própria ‘manifestação’ da vontade, expressão exterior da elaboração psíquica; num segundo, é o conjunto de requisitos materiais ou extrínsecos, de que a lei entende deva o ato negocial se revestir para ter eficácia ou para ser apurada a sua existência” (*Instituições de direito civil*, n. 102, p. 376-377). Cf. ainda CLOVIS BEVILAQUA, *Theoria geral do direito civil*, § 62, p. 309.

¹⁹⁷ Cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, v. I, n. 104, p. 384; ENZO ROPPO, *O contrato*, cap. II, p. 97; HERNANDO DEVIS ECHANDÍA *Teoría general de la prueba judicial*, n. 367, p. 541. Mas o assunto merece reflexão atual diante do crescente uso dos meios eletrônicos para a celebração de negócios jurídicos. O BGB alemão distingue nos §§ 126 e 126b a forma escrita (“*Schriftform*” ou, na versão oficial inglesa, “*written*”) da forma textual (“*Textform*” ou “*text*”). Para esta última, não se exige assinatura; basta a declaração legível, acompanhada da identificação do nome da pessoa, feita em qualquer meio durável (i. é, que permita o armazenamento e a acessibilidade da informação armazenada, por determinado período de tempo, bem como a reprodução inalterada da informação armazenada). A forma escrita pode ser suprida por registro notarial ou pela forma eletrônica, desde que adotada a assinatura eletrônica qualificada, conforme disciplinada no *Electronic Signature Act* (§ 126, n. 4 e § 126a, n. 1). Cf. ainda GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. 2, n. 3, esp. nota 75, p. 101-102. Sobre assinatura, v., *infra*, n. 41.

Todo instrumento é também um documento, na medida em que representa, de forma estável ou permanente, o fato da manifestação de vontade.¹⁹⁸ Os conceitos, contudo, não se identificam. A diferença decorre, em primeiro lugar, da perspectiva de análise: quando se fala em instrumento pensa-se na constituição do negócio mediante a forma escrita; quando se fala em documento, pensa-se em sua prova. Ademais, documento é conceito mais amplo do que o de instrumento, pois também abrange registros não escritos, além de poder ter por objeto fatos outros que não a manifestação da vontade.¹⁹⁹

25. Forma e prova dos atos jurídicos: documento *ad probationem* e *ad substantiam*

* Quando a lei fala em instrumento como da substância do ato, trata-se não apenas de provar que o ato jurídico foi praticado (documento *ad probationem*), mas de constitui-lo validamente, mediante a manifestação escrita da vontade (documento *ad substantiam*).²⁰⁰

198 Instrumento contém, em essência, declarações constitutivas, que são aquelas voltadas a determinar apenas a ideia da própria manifestação. As declarações constitutivas contrapõem-se às declarações representativas, que são manifestações do pensamento voltadas a determinar também a ideia de fato diverso daquele que se constitui na própria declaração (CARNELUTTI, *La prova civile*, n. 22, p. 96).

199 Diversamente, MOACYR AMARAL SANTOS distingue os conceitos a partir da intenção das partes no momento de sua formação. De acordo com o autor, instrumentos particulares são os escritos particulares "feitos para o fim de criar, extinguir, modificar ou mesmo comprovar um ato jurídico, provas preconstituídas deste (...) enquanto que os escritos particulares que se prestam apenas como prova casual do ato jurídico são meros documentos" (destacou-se). Assim, um mesmo escrito pode constituir instrumento com relação ao ato jurídico para cuja documentação foi especificamente criado e mero documento com relação a outros fatos que acabem registrados no escrito (p. ex.: a carta de quitação seria instrumento de quitação e mero documento do qual se extraía exemplar de assinatura do credor — quando se controverta sobre a autenticidade de outro documento) (*Prova judiciária no cível e comercial*, v. IV, n. 93, p. 122). Em sentido semelhante: HUMBERTO THEODORO JR., *Curso de direito processual civil*, n. 714, p. 944; LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 5.4, p. 611.

200 Como observa CARNELUTTI, mesmo quando as normas vêm conjugadas pelo legislador, é possível distinguir aquela que impõe a formação do negócio por escrito e a que exige a prova da formação do negócio com o próprio documento (*La prova civile*, n. 24, p. 104-106). Diversamente, CLOVIS BEVILAQUA defendia a regra que se encontrava no art. 142 do Projeto primitivo do CC de 1916, segundo a qual "quando a lei exige para o acto um determinado meio de prova, estabelece forma especial para o mesmo" (note-se que a regra do art. 406 do CPC é diversa, pois estabelece que quando a lei exige a forma escrita também será necessária a prova escrita). Nessa linha, o civilista discordava da posição de TEIXEIRA DE FREITAS, para quem o juiz deveria reputar existente o contrato diante da confissão da parte, quando a norma exigia prova escrita e não forma escrita (*Theoria geral do direito civil*, § 64, p. 316-317).

Diz o art. 104, III, do CC, que a validade do negócio jurídico requer a observância da forma imposta na lei ou a não utilização da forma vedada. Na maior parte dos casos, a lei nada diz sobre a forma dos negócios, reputando-se válido o negócio celebrado por qualquer meio — por escrito público ou particular, de forma oral, gestual, eletrônica (CC, art. 107). Mas há situações em que, para conferir maior segurança ao tráfego das relações jurídicas,²⁰¹ a lei exige a forma escrita como requisito de validade (negócios solenes). É o que se dá, p. ex., com a doação²⁰² (CC, art. 541, *caput*), com a fiança (CC, art. 819), com a cláusula de reserva de domínio (CC, art. 522), com a cláusula de exclusividade da corretagem²⁰³ (CC, art. 726).

Outras vezes, a lei não se contenta apenas com a forma escrita da manifestação de vontade, exigindo escritura pública (ou instrumento público). A principal norma a esse respeito está no art. 108 do CC, que dispõe ser a escritura pública essencial "à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País",²⁰⁴ salvo exceção legal expressa.²⁰⁵ A exigência constitui legítimo penhor da segurança

201 Quanto às diversas funções da forma, dizentes tanto com o interesse particular das partes quanto com o interesse público, cf. ENZO ROPPO, *O contrato*, cap. II, n. 3.2, p. 99-101 (p. ex., garantir controles públicos, permitir percepção mais cômoda e segura de tributos pela transmissão de riqueza, propiciar maior reflexão das partes antes da contratação, conferir segurança jurídica e também facilitar a prova etc.), e CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI, *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*, cap. 3, esp. p. 192-216 (forma com função assecuratória, de acautelamento e de esclarecimento).

202 Ressalvada a doação de bem móvel de pequeno valor, a que se siga incontinenti a tradição, que o parágrafo do art. 541 admite seja feita de forma oral.

203 A exigência da forma escrita restringe-se à cláusula de exclusividade da corretagem, que tem por efeito tornar devida a comissão mesmo que a negociação tenha ocorrido sem a mediação do corretor (salvo se comprovada sua inércia ou ociosidade). O contrato de corretagem, em si, não depende de forma escrita (STJ, 4ª T., REsp 214.410, rel. Min. BARROS MONTEIRO, rel. p/ Acórdão Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. 06.11.2007, *DJe* 14.04.2008).

204 Enunciado 289 aprovado pela IV Jornada de Direito Civil do CJF: "o valor de 30 salários mínimos constante no art. 108 do Código Civil brasileiro, em referência à forma pública ou particular dos negócios jurídicos que envolvam bens imóveis, é o atribuído pelas partes contratantes e não qualquer outro valor arbitrado pela Administração Pública com finalidade tributária".

205 Alguns exemplos de tais exceções: compromisso de compra e venda (CC, art. 1.417); conferência de bens à sociedade (Lei n. 8.934/1994, art. 64); operações do Sistema Financeiro de Habitação (Lei n. 4.380/1964, art. 61, § 5º); atos e contratos de alienação fiduciária (Lei n. 9.514/1997, art. 38), entre outros (cf. MARTA EL DEBS, *Legislação notarial e de registros públicos comentada*, p. 1258).

jurídica inerente ao sistema de propriedade imobiliária, que se estrutura sobre direitos oponíveis *erga omnes*.²⁰⁶

* Constituem também exemplos de manifestações de vontade cuja validade de está condicionada a instrumento público: (a) a emancipação extrajudicial concedida pelos genitores (CC, art. 5º, parágrafo único, I); (b) a instituição de fundação (CC, art. 62, que pode ser feita por escritura ou testamento); (c) a constituição de renda (CC, art. 807); (d) a outorga de procuração com poderes especiais para a contração de casamento (CC, art. 1.542); (e) a celebração de pacto antenupcial, inclusive para optar por regime de bens diversos do da comunhão parcial (CC, arts. 1.640, parágrafo único, e 1.653); (f) a cessão de direitos hereditários (CC, art. 1.793); (g) a partilha amigável extrajudicial (CC, art. 2.015²⁰⁷). → Outros exemplos:

Ademais, a lei confere às partes o poder de estabelecer determinada forma como requisito de validade do negócio. Nessa linha, o art. 109 do CC expressamente admite a exigência convencional de instrumento público *ad substantiam*.²⁰⁸ Também é bastante comum inserir em contrato a exigência de forma escrita para a validade de suas alterações.

Com esses conceitos em mente, uma primeira conclusão que se extrai do art. 406 do CPC é a de que, nos casos em que a forma escrita (por instrumento público ou particular) for necessária à constituição válida do negócio, não adianta provar que as partes manifestaram, de forma não escrita, a vontade de constitui-lo, porque esse negócio não será válido e não produzirá, pois, seus efeitos programados.

Diferentemente do que se passa com a exigência do escrito *ad probationem tantum*, que se satisfaz com a confissão, com o *início de prova escrita* associado à prova oral e que pode ser afastada por justa causa (v., *supra*, n. 9, 12 e 13), a exigência da forma escrita *ad substantiam* não pode ser suprida por outros elementos probatórios,²⁰⁹ justamente porque o negócio constituído por meio não escrito não será válido. Não adianta provar por testemunhas nem reconhecer, por confissão, que a parte outorgou fiança oralmente, porque a manifestação

²⁰⁶ LEONARDO GRECO, Limitações probatórias no processo civil, p. 16.

²⁰⁷ Dispensando-se a escritura pública caso haja homologação judicial, nos autos do inventário, do escrito particular ou da manifestação oral reduzida a termo.

²⁰⁸ Como observa CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI, a "liberdade de contratar engloba, também, o poder de eleger a forma geradora do vínculo a cuja observância as partes estarão adstritas" (*A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*, cap. 3, n. 4, p. 193). No plano da *prova* (diverso do da validade), o art. 190 do CPC permite que as partes convençionem a exigência de prova documental para a demonstração em juízo de determinado fato ou negócio jurídico (v., *supra*, n. 9).

²⁰⁹ Cf. LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*, p. III, n. 2, p. 424, nota 18.

de vontade assim expressa não terá preenchido validamente os requisitos necessários para constituir uma fiança.

Especificamente no que respeita à confissão, é importante destacar que ela não tem por objeto o reconhecimento de um efeito jurídico, mas o reconhecimento da ocorrência de um fato, apto em tese a gerar efeito jurídico desfavorável ao confitente. Assim, se a lei condiciona a produção de efeitos por determinado ato à observância do requisito de validade da forma prescrita, de nada adiantará o reconhecimento de que o ato existiu (p. ex., o autor manifestou a vontade de doar bem imóvel), porque, sem a forma, ele permanecerá não produzindo o efeito jurídico programado.²¹⁰

* Pode ocorrer, contudo, de o negócio ter-se constituído validamente, mediante instrumento necessário, mas não ter a parte condições de apresentá-lo em juízo, seja porque o documento se perdeu, seja porque se encontra em poder do adversário ou de terceiros. Nesses casos, o negócio solene que se constituiu validamente, obedecendo à exigência da forma escrita, não deixará de ser válido por força da impossibilidade superveniente de sua exibição. Em primeiro lugar, é possível provar o negócio com a apresentação da cópia do instrumento original (CPC, art. 425).²¹¹ Também é possível cogitar da prova de que o negócio se constituiu validamente, mas o instrumento se perdeu.²¹² Além disso, estando o instrumento em poder do adversário, que se recusa ilegitimamente a exibí-lo, o reconhecimento da existência do negócio poderá pautar-se na regra do art. 400 do CPC ("o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar"). Apenas é preciso examinar com cuidado a qual ato ou fato a lei material atribui cada efeito jurídico. Nos títulos de crédito, p. ex., o documento em si constitui elemento da *fattispecie* (CC, art. 887). Por outro lado, a aquisição da propriedade imobiliária é efeito jurídico que ordinariamente não decorre apenas do contrato de compra e venda de imóvel, celebrado mediante escritura pública, mas do registro (CC, art. 1.245).

²¹⁰ A depender do caso (especialmente, da função desempenhada pela exigência formal desatendida), o negócio nulo poderá ser convertido no respectivo contrato preliminar, vindo este a ser objeto de execução específica. Para rigoroso tratamento científico do tema, cf. CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI, *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*.

²¹¹ Nesse sentido, cf. FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, p. 343 – tratando de reproduções públicas de documentos públicos. No sistema atualmente em vigor, a norma ampla do art. 425 permite que a cópia simples do documento público faça a mesma prova que o original.

²¹² Cf. MONIZ DE ARAGÃO, *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 2, n. 293, p. 36-37; ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.918, p. 688-689.

Art. 407. O documento feito por oficial público incompetente ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular.

CPC de 1973 – art. 367

26. Eficácia probatória do documento público irregular

O dispositivo trata do documento público irregular, que é aquele elaborado por agente público incompetente ou sem a observância dos requisitos formais estabelecidos em lei.

Não se trata aqui de documento público falso (em sentido amplo, inclusive quanto à autoria), pois o documento falso não há de ter valor probatório algum quanto ao fato falsamente representado.²¹³ A hipótese tampouco se confunde com a do documento (público ou particular) dotado de defeitos externos, como emendas, entrelinhas e borrões (art. 426).

Documento público irregular é, p. ex., a escritura pública lavrada em Município diverso daquele para o qual o tabelião recebeu delegação (Lei n. 8.935/1994, art. 9º²¹⁴) ou por oficial de Registro Público que não tem competência para a prática desse tipo de ato (Lei n. 8.935/1994, art. 7º, I), ou em língua estrangeira (CC, art. 215, § 3º).

É preciso examinar o dispositivo com cuidado, para não cair na armadilha de confundir os efeitos materiais do ato jurídico documentado com a eficácia probatória da documentação.

Dizer que o documento público irregular assinado pelas partes tem a mesma eficácia probatória do documento particular significa afirmar, em síntese, que as declarações feitas pelo agente público quanto aos fatos por ele

²¹³ Nesse sentido: LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 5.12, p. 657. Mas o documento falso poderá servir de meio de prova da própria falsidade (para fins penais ou civis – entre os quais o de autorizar a rescisão do julgado – CPC, art. 966, VI).

²¹⁴ A incompetência decorre de a escritura ter sido lavrada em local diverso para o qual o tabelião recebeu delegação, mas isso não significa que o instrumento deva ser lavrado por tabelião do próprio local em que localizado o imóvel. Nesse sentido, o STJ tem julgado reconhecendo que “o artigo 8º da Lei n. 8.935/94 (Lei dos Cartórios) franqueia ampla liberdade para escolha do tabelionato visando à celebração da venda do imóvel, formalizada em escritura pública, pois este é ato eminentemente negocial e do qual exsurtem apenas efeitos pessoais. É somente o registro do título que deve ser realizado no respectivo cartório de registro de imóveis no qual o bem se encontra matriculado, nos termos dos arts. 167 e 169 da Lei n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos)” (STJ, 4ª T., REsp 960.849, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 05.06.2012, DJe 02.08.2012).

presenciados não vincularão terceiros. De outro lado, as declarações realizadas pelas próprias partes – ainda que por intermédio do agente – permanecerão a revestir-se da especial eficácia probatória estabelecida no *caput* do art. 408, que é a de se presumirem verdadeiras naquilo que *contrariam* seus próprios interesses (v., *infra*, n. 32).²¹⁵

Assim, p. ex., diante de escritura de doação de bem móvel feita por oficial incompetente: (a) terceiros não estarão sujeitos à presunção de veracidade da ocorrência da doação, em determinada data e local,²¹⁶ mas (b) entre doador e donatário, que assinaram o instrumento, a prática daquele ato (que o direito material em princípio reputa suficiente para a produção dos efeitos jurídicos da doação), nas circunstâncias de fato declaradas, reputar-se-á provada com especial eficácia probatória.

É, pois, especificamente quanto à fé pública das declarações do agente que se pode falar em eficácia probatória *degradada* do documento público irregular.

As declarações das partes continuam produzindo os efeitos probatórios próprios que o art. 408 do CPC lhes atribui, ou seja: eficácia probatória *ex lege*, no sentido de que, na ausência de contraprova (e das demais situações que excepcionam essa eficácia normativa – v., *supra*, n. 14), o juiz está vinculado a reconhecer a ocorrência do fato contrário aos interesses da parte que o tiver declarado no documento público irregular.

✱E, assim como se dá com a eficácia probatória do documento público regular, o documento público irregular (*rectius*: as declarações nele feitas pelas partes) não terá maior ou menor *poder de convicção* em face de outros meios de prova. Havendo contraprova de qualquer natureza caberá ao juiz valorar o conjunto probatório, à luz da persuasão racional, para decidir motivadamente se o fato ocorreu ou não ocorreu (v. n. 19, *supra*).

27. Subscrição das partes no documento público irregular

A subscrição (assinatura) pelas partes, a que faz menção o art. 407, é a forma usual de identificar a autoria das declarações documentadas, abrangendo

²¹⁵ Em sentido diverso, examinando dispositivo semelhante do direito italiano (art. 2.701 do Cod. Civ.), LUIGI MONTESANO distingue a eficácia do documento público irregular “convertido” em documento particular da eficácia do documento confessorio (Sull’efficacia probatoria dell’atto pubblico convertito in scrittura privata, esp. p. 105-108).

²¹⁶ Assim, caso a celebração da doação na data e local indicados no instrumento irregular venha a ser impugnada, p. ex., por credor do doador, caberá ao interessado (ordinariamente, o donatário) o ônus da prova da ocorrência desse fato.

tanto a *identidade* do declarante como a *vontade* de manifestá-las. Essas são as chamadas *funções identificativa e declarativa* da assinatura (v., *infra*, n. 41).

No plano material, a assinatura é às vezes exigida como elemento da forma solene do negócio, constituindo requisito para que ele se constitua validamente e produza os efeitos jurídicos programados.

No plano processual, contudo, a função da assinatura é essencialmente provar a autoria da declaração documentada. Assim, no plano processual, a assinatura no documento público irregular prova ter sido a parte quem prestou as declarações registradas.

Mas, ainda no plano processual, o reconhecimento da autoria pode advir de outros meios que não apenas a assinatura da parte. O mais importante deles é a ausência de impugnação ao enunciado fático que imputa a autoria a determinado sujeito (CPC, art. 411, III – v., *infra*, n. 45). E, sempre que não se exigir prova especial para demonstrar a ocorrência do fato, a declaração não assinada de sua ocorrência, quando inequívoca a autoria, também ensejará a presunção de veracidade do fato contrário aos interesses do declarante (CPC, arts. 391, 394, 408, *caput* e 415, *caput* – v., *infra*, n. 31 e 51).

Portanto, além do documento público irregular *subscrito pelas partes*, de que fala o art. 407, também aquele *não subscrito*, mas de autoria certa, terá a eficácia probatória própria do documento particular (*rectius*: da declaração da parte contrária ao próprio interesse constante do documento particular).²¹⁷

28. A eficácia probatória do documento não se confunde com a validade do negócio jurídico documentado

Coisa diversa da *eficácia probatória* do documento público irregular é a *validade* ou *invalidade* do próprio negócio jurídico celebrado mediante instrumento público irregular.

Mirando o caso concreto, à luz das regras de direito material, será necessário examinar se o defeito do instrumento público é grave a ponto de comprometer a validade e eficácia do ato jurídico nele materializado. Em

²¹⁷ Sobre a possibilidade de dispensar-se a subscrição, mas sem entrar no tema da eficácia vinculante da declaração de autoria certa, cf. LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 5.12.1, p. 657-658. Ressalva-se que, se a assinatura constituir requisito de forma do negócio jurídico, como se dá, p. ex., com a norma que exige instrumento particular para a doação de bens móveis de valor elevado (CC, art. 541), o documento público irregular não assinado provavelmente não “provará a doação” porque ela não se terá constituído de forma válida e eficaz (v. n. 25, *supra*).

princípio, “a invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico” (CC, art. 183²¹⁸).²¹⁹

Nos casos em que a forma pública não seja exigida na lei material como *elemento da substância do ato* (nem tenha sido convencionalizada como tal pelas partes), em princípio a irregularidade do instrumento público não impedirá que se considere válido o negócio celebrado. Pense-se, p. ex., na escritura pública irregular tendo por objeto doação de bem móvel de elevado valor (CC, art. 541, *caput*), outorga de fiança (CC, art. 819), corretagem com cláusula de exclusividade (CC, art. 726) – que são atos para os quais se exige a forma escrita, mas não o instrumento público – ou mesmo locação de imóvel – que pode ser feita verbalmente. Nesses exemplos, será possível reconhecer a validade e eficácia do negócio jurídico celebrado por escritura pública irregular.

Já nas hipóteses em que as partes (CC, art. 109) ou a lei instituem o instrumento público como requisito de validade (p. ex., alienação de bem imóvel, cessão de direitos hereditários,²²⁰ pacto antenupcial para opção pelo regime da

218 A parte final do art. 183 do CC mistura os conceitos de validade e de eficácia probatória, ao dispor que a invalidade do instrumento não invalida o negócio “sempre que este puder provar-se por outro meio”. Todavia, a *prova* do negócio é coisa distinta de sua constituição *válida*. O dispositivo deve ser lido como se enunciasse que a *invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que não for desrespeitada forma exigida em lei*. Distinção muito mais clara entre validade e eficácia probatória estava presente no art. 690 do Regulamento 737 (de 25.11.1850), que dispunha: “[a] nullidade do instrumento não induz a nullidade do contracto, quando o mesmo instrumento não he da substancia delle, e pôde o mesmo contracto provar-se por outro modo legal (Art. 159). A fôrma que a Lei exige para qualquer acto presume-se não observada e preenchida, se do mesmo acto não consta ter sido observada, ainda que por outro modo isto se prove”. Todavia, já no CC de 1916, ao tentar sintetizar a redação da norma, o legislador acabou por incidir na confusão acima apontada (art. 152, parágrafo único).

219 Como observa MARCOS BERNARDES DE MELLO, “ato jurídico nulo pode estar contido em instrumento público válido, como ato jurídico válido pode estar consubstanciado em instrumento nulo” (*Teoria do fato jurídico – plano da validade*, § 34, p. 103). No mesmo sentido, cf. ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.916, p. 679.

220 Mas o TJSP já entendeu que a escritura irregular de cessão de direitos hereditários – porque assinada fora dos limites do Município para o qual recebeu delegação (o art. 9º da Lei n. 8.935/94) – teria valor de documento particular. E, embora a cessão de herança exigisse instrumento público, reputou eficaz o negócio ao arguimento de que o autor não poderia se valer da própria torpeza (dolo próprio, boa-fé, abuso de direito) (TJSP, 6ª Câmara. Dir. Priv. Ap. 0185304-83.2011.8.26.0100, rel. para acórdão Des. PAULO ALCIDES, j. 30.07.2015). É preciso cuidado, contudo, para não banalizar o desrespeito às exigências formais e acabar por esvaziar por completo a função das normas que regulam a validade dos atos jurídicos. Acerca da

comunhão universal etc. – v., *supra*, n. 25), serão inválidos e, conseqüentemente, desprovidos de seus efeitos programados os negócios celebrados por instrumento público irregular.²²¹

Em qualquer caso, o documento público irregular será apto a demonstrar – com a força acima indicada – a ocorrência dos fatos nele representados, dos quais se extrairão ou não as conseqüências jurídicas estabelecidas na lei material, conforme atendimento das regras de validade e eficácia dos negócios jurídicos.²²²

Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade.

CPC de 1973 – art. 368

29. Documento particular

O conceito de documento particular advém, por exclusão, do conceito de documento público. Documento particular é todo aquele que não tenha sido elaborado por agente público no exercício de sua função.

possibilidade de conversão do negócio nulo no contrato preliminar, cf. CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI, *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*.

221 A distinção entre validade e eficácia probatória do documento irregular foi bem apreendida no seguinte julgado do TJMG: “[é] nulo o testamento público lavrado fora dos limites da circunscrição na qual a tabeliã indicada exerce sua delegação, notadamente quando a escritura foi assinada apenas pela escrevente, desprovida de atribuição legal para firmar o documento. Conquanto o artigo 367 do CPC atribua ao documento público declarado nulo a eficácia probatória do instrumento particular, incabível convolar em testamento particular a escritura pública de testamento público quando não se verifica o número de testemunhas exigidas para confirmação do ato de última vontade, nos moldes do artigo 1133 do mesmo códex” (TJMG, 2ª Câmara Cível, apel. 10024112665468001, rel. Des. AFRÂNIO VILELA, j. 18.06.2013; DJ 01.07.2013).

222 Em sentido semelhante (distinguindo a eficácia probatória do documento da eficácia do próprio negócio), cf. ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.923.1, p. 714-715. Os dois fenômenos parecem ser tratados como uma coisa só por LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART (*Prova e convicção*, parte II, n. 5.12, p. 657) e FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA (*Curso de direito processual civil*, v. 2, cap. 6, n. 8.2.4, p. 201), embora em cada uma das obras se chegue a conclusões diversas acerca da possibilidade de extrair efeitos probatórios do documento público irregular (emanado de agente incompetente que se acreditava competente), nos casos em que o instrumento público seja da substância do ato.

Entre eles, estão tanto os instrumentos que veiculam declaração de vontade (contratos, confissões de dívida, propostas etc.), como simples cartas, anotações, planilhas, fotografias, filmagens, livros sociais etc., independentemente do meio físico em que registrada a informação (papel, meios eletrônicos, digitais etc.).

30. Eficácia probatória das declarações representadas no documento

Não é propriamente de eficácia probatória do documento particular que cuida o art. 408, mas de *eficácia probatória das declarações* representadas no documento. O fato probando aqui não é a própria declaração, mas o fato objeto da declaração.

Ao dizer que uma declaração se *presume verdadeira*, a norma manda que – em determinadas condições (v., *supra*, n. 14) – reconheça-se ter realmente ocorrido o fato afirmado na declaração contida no documento. Assim, em um recibo, p. ex., o fato que está imediatamente representado no documento é a declaração dada pelo credor de que recebeu a prestação. O art. 408 regula a eficácia probatória dessa declaração, para o fim de demonstrar que o fato declarado (o recebimento, e não apenas a declaração de recebimento) realmente ocorreu.

A mesma norma se aplica às declarações feitas pelas partes em documento público, muitas vezes por intermédio do agente público. A eficácia probatória própria do documento público diz respeito às declarações do agente, quanto aos fatos por ele presenciados ou realizados (que, salvo prova em contrário, presumem-se ocorridos perante todos). Já a eficácia probatória das declarações das partes narradas pelo agente público no documento público é regida pelo art. 408 do CPC.

As declarações relevantes para o direito probatório dividem-se, *grosso modo*, em *declarações de vontade* (ou constitutivas ou dispositivas), que são aquelas voltadas à produção de efeitos jurídicos, e *declarações de ciência* (também chamadas declarações narrativas ou enunciativas), que têm por objeto a narrativa de acontecimentos passados.

Para fins de *eficácia probatória da própria declaração*, importam apenas as declarações de ciência representadas no documento. Uma declaração dispositiva não prova um fato. Ela opera um efeito jurídico. O fato a ser provado, quanto à declaração de vontade, é aquele da própria existência histórica da declaração, emanada de determinado sujeito. Essa questão está regulada nos arts. 411 e 412 do CPC.

Por isso, embora o *caput* do art. 408 fale em “declarações” e seu parágrafo único em “declarações de ciência”, ambas as regras se destinam a regular as

declarações de ciência ou narrativas. A distinção entre as normas relaciona-se, em verdade, tanto ao diverso interesse do declarante quanto ao reconhecimento do fato declarado (fatos favoráveis ou contrários ao seu interesse).

Além disso, os efeitos da declaração de ciência também variarão conforme quem seja seu autor – uma das partes do processo, um agente público, um terceiro.

31. Documento assinado ou não assinado

Para o legislador, a forma usual de prestar declarações é ainda a escrita, identificando-se o autor pela assinatura. Daí dispor o art. 408 que as declarações constantes de documento “escrito e assinado ou somente assinado” presumem-se verdadeiras.

Por expressa disposição de lei, são dotadas dessa mesma eficácia probatória as declarações constantes de documentos eletrônicos assinados digitalmente, na forma do art. 10, § 1º, da MP n. 2.200-2/2001 (v., *infra*, n. 134).

Além disso, da conjugação das normas sobre confissão extrajudicial com as que disciplinam o documento particular (CPC, arts. 389, 391, 394, 411, III, 415, III, e art. 443, I) extrai-se que as declarações confessórias não assinadas, mas de autoria certa, também se revestem de eficácia probatória *ex lege*. Para tanto, naturalmente é necessário que se trate de declarações conscientes. Não se deve atribuir eficácia probatória vinculante a declarações descontextualizadas, sejam elas assinadas ou não (v., *infra*, n. 32).

32. Eficácia probatória das declarações de ciência contrárias ao próprio interesse contidas em documento (*declarações confessórias*)

A declaração de ciência contida em documento particular²²³ terá eficácia diversa conforme tenha por objeto fatos favoráveis ou desfavoráveis ao interesse de quem a manifestou. Essa distinção está clara no *caput* do art. 408, em que se afirma que a presunção de veracidade opera “em relação ao signatário”.

A partir da máxima da experiência de que “ordinariamente o *homo medius* não mente ao declarar contra si”,²²⁴ a lei manda presumir verdadeiras

²²³ As considerações aqui feitas quanto à eficácia da declaração de ciência aplicam-se igualmente às declarações das partes e de terceiros, que o agente público atestar, com fé pública, terem ocorrido em sua presença.

²²⁴ Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.368, p. 674. No mesmo sentido, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, t. II, n. 211, p. 141; MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, v. IV, n. 130, p. 181.

as declarações de ciência contrárias ao interesse que o autor da declaração tiver no processo. A declaração de fato contrário ao interesse da parte, contida em documento trazido aos autos, constitui *confissão extrajudicial* (CPC, arts. 389 e 391, *caput*, primeira parte, e 394). Daí se qualificarem como *declarações confessórias*.²²⁵

Para que esse efeito se produza, é preciso que o *declarante* seja também parte no processo. O reconhecimento de um fato contrário ao próprio interesse realizado por um terceiro não constitui, juridicamente, uma *confissão* (o art. 389 do CPC fala explicitamente em “parte” e “adversário”) e não vincula o julgador a considerar ocorrido tal fato (na hipótese de ser ele controvertido), mesmo que inexistente prova em sentido contrário.

Não se reputa *terceiro*, contudo, o declarante que fosse representante da parte – nos limites em que podia vincular o representado (CPC, art. 392, § 2º) – ou que tenha sido sucedido pela parte a título universal. Em outras palavras, o documento contendo declaração de ciência do representante ou do sucedido quanto à ocorrência de um fato contrário ao interesse da parte faz presumir a veracidade da declaração, em favor de seu adversário. A não ser, é claro, que se trate de processo envolvendo os próprios representante e representado ou sucedido e sucessor, porque aí o fato contrário ao interesse do representado e do sucessor será favorável ao próprio declarante (representante ou sucedido) e a declaração da parte em princípio não prova em seu benefício²²⁶ (cf. item 35, *infra*).

De outro lado, não é necessário que a declaração tenha sido dirigida à contraparte (adversário do confitente no processo). O CPC suprimiu a distinção que havia no art. 352, *caput*, do CPC de 1973 entre a eficácia da confissão

²²⁵ RODRIGO RAMINA DE LUCCA critica o recurso à ideia de “prejuízo processual” ao confitente para configurar a confissão, afirmando tratar-se de “resquício indevido da fase negocial do instituto”. De acordo com o processualista, “o que basta para configurar a confissão é que haja uma declaração de conhecimento convergente à alegação feita pela outra parte sobre um fato relevante ao processo” (*Disponibilidade processual: os interesses das partes diante da natureza pública do processo*, cap. 6, n. 7.2, p. 294-295). Trata-se de outra forma, também legítima, de ver o mesmo fenômeno. A ideia de fato contrário ao próprio interesse no processo *ordinariamente* coincide com a de fato favorável ao interesse do adversário (e, nesse ponto, pode ser irrelevante a existência de uma *alegação* feita pela parte contrária no mesmo sentido).

²²⁶ Ao tratar da força probatória dos livros comerciais MOACYR AMARAL SANTOS adere à lição de CARVALHO DE MENDONÇA de que o registro contábil feito pelo preposto em seu próprio benefício não faz prova contra o proponente (*Prova judiciária no cível e comercial*, v. IV, n. 137, p. 196).

extrajudicial dirigida à contraparte e a eficácia da confissão dirigida a terceiros ou prestada em testamento.²²⁷

Além disso, é preciso que estejam atendidos os requisitos e pressupostos para que a confissão se revista de eficácia probatória *ex lege*, quais sejam: (a) ser o declarante capaz e ter legitimação para dispor do direito a que se referem os fatos confessados (CPC, arts. 391, parágrafo único, e 392, §§ 1º e 2º); (b) ser o direito disponível (CPC, art. 392, *caput*); (c) não serem inverossímeis as alegações de fato (CPC, art. 345, IV), e (d) não haver regra de direito material exigindo forma especial para o negócio jurídico que fora objeto da confissão (CPC, arts. 345, III e 406).²²⁸

A confissão não tem natureza negocial. Trata-se de declaração de ciência e não de declaração de vontade.²²⁹ Mas a lei atribui um *efeito jurídico processual*

227 No direito italiano, a distinção remanesce: a confissão extrajudicial dirigida a terceiro ou prestada em testamento é “livremente” valorada pelo juiz (Cod. Civ., arts. 2.733, 2º com. e 2.735, 1º com.). Já a confissão extrajudicial dirigida à contraparte tem eficácia de prova plena, apenas podendo ser afastada mediante o incidente de *revoca*, no qual se deverá provar que a confissão derivou de coação ou erro. De acordo com LUIGI PAOLO COMOGLIO, a *revoca* da confissão por erro de fato exige a prova não apenas de que o fato confessado não ocorreu, mas também da razão que levará o confitente a incidir no equívoco de considerar que ele havia ocorrido (cf. *Le prove civili*, n. 4, p. 693 e nota 75). Mas há na jurisprudência italiana entendimento de que a confissão judicial em sentido contrário, feita pelo adversário daquele que fizera a confissão extrajudicial, pode suplantá-la a exigência da *revoca* (cf. GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. III, n. 4.1, p. 189-193).

228 Essas exigências não têm todas a mesma natureza e seu desatendimento não ensejará sempre a mesma consequência. A exigência de forma solene para a constituição eficaz do negócio jurídico não afasta a eficácia vinculante da confissão quanto ao fato confessado. O que se passa é que o direito material não reputa suficiente a ocorrência do fato para a produção dos efeitos jurídicos atrelados ao negócio, exigindo para tanto que seja observada a forma prescrita em lei. Nos demais casos, a confissão perderá sua eficácia probatória *ex lege*, no sentido de vincular o julgador na ausência de contraprova. Mas permanecerá como meio legítimo de prova, a ser valorado de acordo com as regras da persuasão racional. Como está dito logo abaixo no texto, a existência de contraprova de qualquer natureza também afasta a vinculação do juiz ao reconhecimento do fato confessado.

229 Cf. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 61, p. 816; LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*, parte IV, cap. III, n. 2, p. 683-686; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, n. 11.1.2, p. 160; MOACYR AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV, n. 84, p. 99; FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, p. 281-282 e 294; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.195, p. 621; ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.870, p. 564-562; ROGÉRIA DOTTEI et al., *Curso de processo civil completo*, n. 8.2.2, p. 730.

muito relevante a essa declaração de ciência, que é o de fazer presumir a ocorrência do fato declarado, na ausência de contraprova (eficácia probatória *ex lege*). Daí a legitimidade da exigência do preenchimento desses requisitos e pressupostos para que o efeito processual próprio da confissão se produza. Embora seja irrelevante a vontade do confitente dirigida à produção do efeito processual, é necessária a vontade quanto à própria emissão da declaração de ciência.²³⁰ Conquanto não seja *negócio jurídico*, a confissão é, pois, *ato jurídico*.²³¹

É preciso, ainda, que o documento seja desprovido de vícios exteriores, pois se “em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento”, o “juiz apreciará fundamentadamente a fé que deva merecer o documento” (CPC, art. 426) – ou seja, apreciará com base em persuasão racional, sem os vínculos da eficácia probatória *ex lege*.

Ao dizer que a declaração se presume verdadeira o art. 408 impõe que, mesmo diante de *impugnação* da parte contrária, o fato declarado deve reputar-se efetivamente ocorrido (salvo se houver contraprova).

230 Cf. ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, t. II, n. 211, p. 141. No mesmo sentido, LEONARDO GRECO afirma ser a confissão o “reconhecimento intencional” da veracidade de fatos desfavoráveis à parte, no sentido de que “o ato de reconhecimento deve ser consciente” (*Instituições de direito processual civil*, v. II, cap. VI, p. 167-168). Essa conclusão também pode ser em alguma medida extraída da norma do parágrafo único do art. 219 do CC, que distingue a eficácia das “declarações enunciativas” (declarações de ciência) conforme tenham ou não tenham “relação direta (...) com as disposições principais ou com a legitimidade das partes”. Tratando especialmente de declarações contidas em instrumentos bilaterais, MOACYR AMARAL SANTOS observa que as declarações enunciativas *acidentais*, “feitas por uma das partes, poderiam mesmo, presumivelmente, ter passado despercebidas à outra parte, inteiramente absorvida no negócio principal” (*Prova judiciária no civil e comercial*, v. IV, n. 80, p. 105). É preciso ter em mente, contudo, que (i) esse dispositivo tem inspiração nos sistemas francês e italiano, nos quais a força probatória *ex lege* da confissão é muito mais intensa do que aquela positivada em nosso sistema e (ii) nos termos do art. 415, III, do CPC, mesmo declarações confessórias não assinadas fazem prova contra o declarante. Portanto, deve-se afastar a eficácia probatória *ex lege* de declarações confessórias contidas em documento apenas quando evidenciado o caráter accidental da menção. Independentemente disso, sempre se admitirá a produção de prova de que o fato reconhecido (por acidente ou não) na verdade não ocorreu.

231 Reconhecendo a natureza de *ato jurídico* da confissão: JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, n. 28.1, 28.4, 28.5, p. 579-580 e 589-592; FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, cap. 5, n. 5, p. 167; RODRIGO RAMINA DE LUCCA, *Disponibilidade processual: os interesses das partes diante da natureza pública do processo*, cap. 6, n. 7, p. 291 e ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.870, p. 561-562 (embora os efeitos jurídicos que FREDIE DIDIER JR. et al. e ARAKEN DE ASSIS atribuem à confissão sejam diversos dos que se defende nestes *Comentários*).

Assim, se quem pretende obter o reconhecimento da ocorrência do fato é o adversário daquele que fez a declaração de ciência, ele estará em princípio desincumbido do ônus da prova, porque a declaração fará presumir, contra o declarante, a ocorrência do fato declarado. Essa conclusão é reforçada pela norma do art. 443, I, do CPC, que manda o juiz indeferir a produção de prova testemunhal voltada a demonstrar fatos já provados por confissão e documento (o que naturalmente não impede a prova voltada a demonstrar que esses fatos não ocorreram).

Não havendo prova em sentido contrário, portanto, o juiz deverá reconhecer a ocorrência do fato declarado quando este contrariar os interesses do declarante – desde que presentes os pressupostos de eficácia da confissão acima indicados. Trata-se de regra de prova legal que excepciona a regra geral da persuasão motivada constante do art. 371 (v., *supra*, nn. 8 e 14).²³²⁻²³³

Ressalte-se que, como há muito se reconhece entre nós em tema de confissão, a presunção de veracidade é meramente relativa: a despeito da declaração,

232 Na doutrina brasileira, o legítimo esforço em combater a ideia de que a confissão seria a *rainha das provas* acabou por levar a maior parte da doutrina a negar por completo sua eficácia probatória *ex lege*. Nesse sentido, afirmam tratar-se a confissão de prova a ser livremente valorada: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.418, p. 737-738; ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.889, p. 614 (salvo no caso de a declaração constar de escritura pública); DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Código de Processo Civil comentado*, coment. ao art. 391, p. 754; FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, cap. 5, n. 5, p. 167; LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 3.6, p. 510. No outro extremo, atribui eficácia de prova legal plena à confissão, “da qual não pode fugir nem a parte que confessou nem o juiz”, HUMBERTO THEODORO JR., *Curso de direito processual*, v. I, n. 706, p. 933. Em sentido aparentemente convergente com o adotado no texto, LEONARDO GRECO afirma que o juiz não fica compelido a reconhecer a veracidade do fato confessado “se existir *prova cabal* da sua não ocorrência” (destacou-se) (*Instituições de processo civil*, v. II, cap. VI, p. 167).

233 Na Alemanha, não há regra atribuindo eficácia probatória vinculante à confissão *extrajudicial*, que sempre será submetida à persuasão racional (diversamente do que se passa com a confissão *judicial*, que desonera a parte de provar o fato confessado) (cf. GIULIA DI FAZZIO, *La prova documentale pubblica nel processo civile tedesco*, esp. p. 207 e 217, notas 30 e 62). Na Espanha, o art. 316 da LEC traz de forma muito clara a norma quanto ao dever de reconhecimento do fato confessado (em depoimento), se não contrariada por outras provas: “si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial”. Apesar do caráter impositivo da regra, JORDI NIEVA FENOLL enxerga nela um simples alerta ao juiz de que, “con frecuencia, quien declara contra se está diciendo la verdad” (*La valoración de la prueba*, cap. V, p. 262-263).

o próprio declarante poderá provar, por qualquer meio, que o fato não ocorreu²³⁴ (além de poder desconstituir a confissão, demonstrando que ela foi dada por erro ou coação – CPC, art. 393). Especificamente no que respeita à prova testemunhal, a vedação do art. 443, I, aplica-se apenas à utilização desse meio de prova para provar o próprio fato já provado por documento ou confissão, mas não para fazer a contraprova de tais fatos. Se houver contraprova, de qualquer natureza, o juiz deverá valorar o conjunto de acordo com a regra da persuasão racional.²³⁵

33. Especialmente, a eficácia da quitação

Em alguns casos, como, p. ex., na da quitação, não é fácil identificar se uma determinada declaração tem natureza narrativa e confessória ou, ao revés, natureza volitiva. A depender da conclusão quanto a essa questão, será diversa a disciplina jurídico-processual da declaração. Embora a lei atribua à declaração de ciência confessória o importante *efeito jurídico processual* de impor o reconhecimento do fato confessado, na ausência de contraprova, admite-se que a própria parte demonstre por qualquer meio legítimo que o fato declarado como ocorrido na verdade não ocorreu. Já no que concerne à *declaração de vontade*, os efeitos jurídicos em alguma medida se descolam da efetiva ocorrência do fato que lhe serve de causa, tornando-se em princípio irrelevante saber se ele ocorreu. Os efeitos da declaração produzir-se-ão enquanto o negócio

234 Em sentido diverso, FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, afirmam que “quem confessa não pode, depois, pedir a produção de prova cujo objetivo seja provar a ocorrência ou não ocorrência do fato confessado” – embora defendam a inexistência de qualquer vínculo para o juiz (*Curso de direito processual civil*, v. 2, cap. 5, n. 5, p. 167). Também é o pensamento de LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, para quem “a parte fica presa à verdade daquele fato, não tendo legítimo interesse em produzir provas contrárias àquela afirmação” (*Prova e convicção*, parte II, n. 3.6, p. 509). Mas para que houvesse tal vedação ao exercício do direito à prova, seria necessária regra expressa, que não há. O art. 374 do CPC diz apenas que os fatos confessados (ou, de modo geral, incontroversos) “não dependem de prova”, sem com isso afastar a possibilidade de se provar o contrário. O art. 391 do CPC, de outro lado, simplesmente enuncia que a confissão “faz prova contra o confitente”. Além disso, ao afastar a presunção de veracidade diante de prova contrária (CPC, art. 345, IV) e ao permitir expressamente que o revel produza provas (CPC, art. 346, parágrafo único), a lei se choca com a ideia de *vedação* à produção de provas (pertinentes e relevantes) pelo confitente.

235 O indeferimento da prova pedida por aquele que já tenha em seu favor prova documental ou confissão apenas será legítimo quando não haja (nem possa vir a haver) contraprova sobre os mesmos fatos. Isso porque, se houver contraprova, o juiz julgará com base na persuasão racional, devendo ser nesse caso permitido à parte *reforçar* aquilo que já consta de documento ou confissão.

jurídico não for desconstituído – o que, conforme o caso, pode exigir a propositura de ação própria, no prazo decadencial estabelecido em lei.

Pois bem. Constitui a quitação *declaração de ciência* ou *manifestação de vontade negocial*? De acordo com o entendimento majoritário da doutrina,²³⁶ quitação é *prova do pagamento*,²³⁷ consubstanciada em *declaração de ciência* do credor quanto à ocorrência (do fato histórico) do adimplemento da prestação devida.

Embora esse meio de prova revista-se de especial eficácia probatória – por se tratar de declaração confessória que faz presumir o fato confessado –, ele pode ser contrariado por qualquer outro elemento probatório. Havendo contraprova, o juiz decidirá com base em persuasão racional se o adimplemento ocorreu ou não ocorreu.²³⁸

Mas veja-se: nada impede que em determinada cláusula de quitação a parte não apenas declare ciência quanto à realização do pagamento como também renuncie a algum direito. Diante de declarações como essa, será preciso distinguir entre (a) o mero reconhecimento da ocorrência do adimplemento da prestação devida – declaração de ciência que, quando prestada pela parte do processo, faz presumir a ocorrência do fato declarado (CPC, art. 408, *caput*), mas que pode se sujeitar a contraprova por qualquer meio – e (b) eventual ato dispositivo de renúncia a direitos – a ser interpretado restritivamente (CC, art. 114).²³⁹

236 Cf. ORLANDO GOMES, *Obrigações*, n. 82, p. 133-140; GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA BARBOZA e MARIA CELINA MORAES, *Código Civil interpretado*, v. I, coment. ao art. 319, n. p. 619; FLÁVIO TARTUCE, *Manual de direito civil*, p. 355-357; PAULO LÔBO, *Direito civil – obrigações*, n. 14.5, p. 186. Como destaca este último autor, contudo, a quitação não se confunde com o recibo (i. é, com a mera declaração de recebimento), pois abrange também a declaração de que foi adimplida a prestação devida (*op. cit.*, p. 188). Em sentido diverso, JOSÉ FERNANDO SIMÃO afirma que a “quitação é negócio jurídico unilateral” (*Código Civil comentado*, coment. ao art. 320, p. 184-185).

237 O próprio CC inclui a disciplina da quitação em seção intitulada “Do objeto do pagamento e sua prova”.

238 O STJ reconheceu em julgado da 3ª Turma que (i) a quitação constitui declaração de ciência e (ii) a força probatória do documento público pode ceder diante de prova em contrário: “a quitação dada em escritura pública não é uma ‘verdade indisputável’, na medida em que admite a prova de que o pagamento não foi efetivamente realizado (...). Assim, entende-se que a quitação dada em escritura pública presume o pagamento, até que se prove o contrário” (STJ, 3ª T., REsp 1.438.432-GO, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 22.04.2014, DJe 19.05.2014).

239 Interessante acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa examinou a natureza de quitação dada por trabalhador, concluindo tratar-se de declaração de ciência e não de vontade: “(...) a declaração aposta no documento (...) na qual o trabalhador afirma ter recebido todas as quantias que lhe eram devidas por força da caducidade

34. Eficácia das declarações confessórias à luz das regras que exigem documento *ad probationem* e *ad substantiam*

Nos casos em que a forma escrita é exigida como requisito de validade do negócio jurídico (documento *ad substantiam*), o documento contendo declaração confessória não será suficiente para autorizar o reconhecimento de que o negócio ocorreu (v., *supra*, n. 25). P. ex., em demanda reivindicatória proposta sem o instrumento de aquisição da propriedade imobiliária, de nada valerá ao autor carta ou gravação em que o réu “confesse” ter celebrado verbalmente a compra e venda para transmitir a propriedade ao autor, porque o contrato não se terá constituído validamente mediante a forma verbal (CC, art. 108) – nem terá sido a propriedade adquirida sem a transcrição no registro. Eventualmente, a prova poderá ser usada para o autor reaver o preço que o réu confessar ter recebido ou para permitir a conversão do negócio nulo em contrato preliminar (CC, art. 170),²⁴⁰ mas não para obter, via reivindicação, a coisa que se pretendeu adquirir.

Diversamente, nos casos em que a lei exige apenas prova documental ou literal para a demonstração do fato (v., *supra*, n. 9), deve-se admitir que a prova se faça mediante documento contendo declaração de ciência escrita do fato feita pela parte contrária, pois o art. 394 do CPC confere a *contrario sensu* eficácia à confissão extrajudicial escrita para amparar o reconhecimento da ocorrência do fato confessado quando exigida a prova literal.

Exemplificando: A move a B demanda cobrando remuneração de depósito, com base em contrato verbal. De acordo com o art. 646 do CC, o contrato de depósito voluntário deve ser provado por prova documental – mas não

do contrato, nada mais lhe sendo devido, configura apenas quitação, se bem que com grande amplitude, relativamente às obrigações decorrentes da caducidade do contrato (declaração de ciência), uma vez que *nada na própria declaração ou no contexto em que foi emitida permite interpretá-la como declaração de vontade de renunciar ao direito de impugnar a validade do termo apostado ao contrato de trabalho e a validade da cessação do contrato*” (Secção Social do Tribunal da Relação de Lisboa, apelação, proc. n. 277/12.9TTCCSC.L1-4, rel. MARIA JOÃO ROMBA, j. 17.12.2014, v.u., disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d6e261916ef963d180257db7002f4ed7?OpenDocument>>, acesso em 04.12.2018). Sem chegar a discutir a extensão e o efeito do ato de renúncia, parte da jurisprudência costuma afirmar que a quitação deve ser interpretada restritivamente, para abranger apenas o objeto do pagamento especificado, e não também outros direitos (STJ, 4ª T., REsp 326.971, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, j. 11.06.2002, DJU 30.09.2002; TJSP, 28ª Câmara D.Priv., Ap. 923.393-00/6, rel. Des. MAURÍCIO S. DE A. BOTELHO SILVA, v.u., j. 13.12.2005).

240 Tratando especificamente dessa possibilidade, cf. CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI, *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*, cap. 4, esp. p. 234-236.

é a forma escrita requisito de validade do contrato, que pode portanto ser celebrado de forma verbal.²⁴¹ Para provar sua alegação, A apresenta carta assinada em que B narra a C²⁴² que celebrou contrato de depósito oneroso com A. Nesse caso, embora o documento não represente o próprio contrato de depósito, é possível reputar atendida a exigência legal dos arts. 628 e 646 do CC, porque a declaração de ciência de B quanto ao fato contrário a seu interesse faz presumir a veracidade do fato declarado (CPC, arts. 374, II e IV, 389 e 408, *caput*) e a lei admite a *contrario sensu* que a confissão extrajudicial feita por escrito supra a exigência da prova escrita (CPC, art. 394).

35. Eficácia probatória das declarações de ciência favoráveis ao próprio interesse contidas em documento

Como é óbvio e intuitivo, a declaração de ciência feita pela parte não enseja a presunção de veracidade nas hipóteses em que o fato declarado seja favorável ao interesse do próprio declarante. Da observação de que ordinariamente o ser humano tende a buscar o próprio benefício, resulta a secular parêmia jurídica de que “ninguém pode constituir título em próprio benefício — *nemo sibi titulum constituit*”.²⁴³

Por isso, diante de documento contendo declaração de fatos favoráveis ao interesse do declarante, aplica-se a norma contida no parágrafo único do art. 408 do CPC, segundo a qual a declaração *não prova o fato declarado*, incumbindo ao interessado o ônus de provar sua efetiva ocorrência. Constituiria rematado absurdo admitir, p. ex., que o documento contendo a afirmação do autor de que pagou certa quantia ao réu pela aquisição de um bem servisse de prova do pagamento (ou, pior, que impusesse ao juiz, na ausência de prova contrária, o reconhecimento de ocorrência desse fato mesmo que impugnado pelo réu).

Da norma do parágrafo único do art. 408 extrai-se, pois, que o documento contendo declaração favorável ao interesse do declarante não se reveste da eficácia probatória *ex lege* atribuída às declarações *desfavoráveis* ao interesse do declarante.

Mas não se deve, para além disso, interpretar o dispositivo como se contivesse regra de tarifação negativa ou de verdadeira inadmissibilidade desse

241 V. nota 70, *supra*.

242 Entre nós, foi suprimida a distinção entre a eficácia da confissão extrajudicial dirigida à contraparte e a eficácia da confissão dirigida a terceiros ou prestada em testemunho (CPC de 1973, art. 353, *caput* — não reproduzido no art. 394 do CPC).

243 Cf. MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, n. 130, p. 181-182.

meio de prova; ou seja, como se afastasse de modo absoluto a possibilidade de o documento contendo declaração da parte em seu próprio benefício amparar o juízo positivo da ocorrência do fato.²⁴⁴ Assim como modernamente se admite que o depoimento pessoal sirva de elemento de convicção em favor do próprio depoente,²⁴⁵ também é possível que, diante de peculiaridades do caso, o juiz atribua valor probatório ao documento contendo declaração favorável

244 Segundo GIULIA DI FAZZIO, de acordo com as normas vigentes no sistema italiano, tais declarações poderiam ser usadas apenas como “argomenti di prova”, aptos a integrar, em conjunto com outros elementos probatórios, a formação do convencimento judicial, mas impassíveis de amparar isoladamente a conclusão quanto à ocorrência do fato. Colhe-se da jurisprudência, contudo, exemplo de atribuição de eficácia de meio de prova autônomo a essas declarações favoráveis ao próprio interesse do declarante (*Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. III, n. 4.1, p. 186-187). Entre nós, em sentido diverso, CLARISSA DINIZ GUEDES entende que, conquanto não seja essa a orientação da jurisprudência, o parágrafo único do art. 408 do CPC suprimiria toda e qualquer eficácia probatória, mesmo indiciária, do testemunho escrito de terceiro (do que se extrai que, com maior razão, igualmente não reconhecera eficácia probatória alguma ao testemunho escrito da parte em seu benefício) (*Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, p. 206).

245 Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.408, p. 725-726; LEONARDO GRECO, *Instituições de processo civil*, v. II, n. 6.2 e 6.3.2, p. 173-174 e 177-178; THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO GOUVÊA, LUIS GUILHERME A. BONDIOLI E JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota 1 ao art. 385, p. 455. Remonta a MAURO CAPPELLETTI a defesa sistemática da possibilidade de atribuir valor probatório positivo ao testemunho da parte (cf. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, parte I, 1962). Conquanto o autor tivesse em mira especialmente o testemunho oral, referia e endossava doutrina de PLANK, segundo a qual o valor probatório positivo expressamente atribuído na lei às declarações de ciência favoráveis constantes dos livros de comerciantes, em processo entre comerciantes, deveria estender-se, com a devida prudência, a outras declarações da parte (*op. cit.*, esp. parte I, sez. I, cap. III, § 19, p. 244-247 e 249-250). Em Portugal, o CPC atualmente disciplina no artigo 466.º o meio de prova típico denominado “prova por declarações de parte”, pelo qual as “partes podem requerer (...) a prestação de declarações sobre factos em que tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento direto” (n. 1). Tais declarações devem ser *apreciadas livremente pelo julgador, salvo se constituírem confissão* (n. 3). O tema foi objeto de estudo aprofundado por PAULO OSTERNACK AMARAL (*Prova por declarações de parte*, Lisboa, 2019), que anota a presença do instituto também no direito holandês — em grande parte por força do precedente advindo do caso *Dombo Beheer B. V. vs. The Netherlands (Banco)*, julgado em 27.10.1993 pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no qual se reputou que, por um imperativo de igualdade, ambas as partes deveriam poder produzir prova oral sobre o conteúdo de reunião em que participaram um funcionário do banco e o representante legal da parte — (*op. cit.*, n. 2.2 e 2.3, p.15-18).

ao interesse de seu autor, especialmente quando conjugada a outros elementos de convicção. Naturalmente, de acordo com as regras da 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. Para fundar a convicção em declaração documentada favorável ao interesse do próprio declarante, o julgador deverá desincumbir-se adequadamente de ônus argumentativo mais intenso, apto a suprir as exigências da *persuasão racional*, sob pena de violação ao art. 371 do CPC.

Tratando-se de declarações de ciência constantes de *livros empresariais que atendam aos requisitos legais*, a própria lei admite que elas sirvam de prova a favor de seu autor (CPC, art. 418).²⁴⁶

Por outro lado, a Lei n. 7.115/1983 confere eficácia probatória *ex lege* (presunção relativa de veracidade), no âmbito do processo não penal, às declarações firmadas pelo próprio interessado ou por seu procurador, sob as penas da lei, destinadas “a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes” (art. 1º).

Por fim, nos documentos que contenham declarações bilaterais ou plurilaterais (como, p. ex., os *consideranda* de um contrato), uma das partes poderá se valer da declaração como prova em seu favor, não porque ela própria declarou o fato, mas porque seu adversário também o fizera²⁴⁷ (é essa, aliás, a situação expressamente contemplada no art. 409, *caput*, quanto à data indicada no documento).

36. Documento contendo declarações de vontade

A regra *probatória* mais relevante atinente à documentação da declaração de vontade diz respeito ao fato histórico de sua emissão por determinado sujeito. Tratando-se de documento público, tal regra extrai-se em primeiro lugar da fé-pública atribuída às declarações do agente: um dos fatos por ele presenciados, que se *presume* ocorrido, é o fato de a parte ter emitido a declaração de vontade registrada no documento (CPC, art. 405).²⁴⁸ Para os documentos

²⁴⁶ V., *infra*, n. 55.

²⁴⁷ Sobre a necessidade da *vontade* de declarar e a discussão quanto à eficácia das declarações enunciativas acidentais, v., *supra*, nota 230.

²⁴⁸ Ordinariamente também se requer, para a eficácia da declaração, a assinatura do instrumento público pela parte.

particulares, a regra encontra-se no art. 412, *caput*, do CPC. Segundo ela, o documento autêntico prova que o seu autor – uma das partes do processo ou terceiro – fez a declaração que lhe é atribuída.

A declaração de vontade em si não tem eficácia probatória. Diferentemente do que se dá com a declaração de ciência, a declaração de vontade não é *valorada* pelo juiz nem enseja questões relativas à *veracidade* – plano no qual atuam as regras do art. 408. A declaração de vontade é *interpretada*. As questões que podem surgir a seu respeito concernem à *sinceridade* e à *correspondência entre a declaração e a intenção* que lhe está à base.²⁴⁹

Não compete ao direito processual disciplinar a sinceridade e a higidez da vontade manifestada no documento. Eventuais simulações ou vícios de vontade (erro, dolo, coação etc.) repercutem no plano dos efeitos substanciais do ato – e não no da eficácia probatória do documento. Quanto a eles, tudo o que a lei processual dispõe é a expressa admissibilidade da prova exclusivamente testemunhal para a sua demonstração (CPC, art. 446),²⁵⁰ com vista a obter a anulação do negócio viciado.²⁵¹

Além de *interpretar* o teor da declaração de vontade, o juiz identifica as *consequências jurídicas* dela decorrentes, conforme as regras estabelecidas pelo ordenamento positivo ou pelas partes, no âmbito de sua autonomia privada. Essa atividade escapa por completo ao campo probatório.

²⁴⁹ GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap., III, n. 4.2, p. 202-203.

²⁵⁰ Nesse ponto, a lei brasileira distingue-se de outros ordenamentos, como, p. ex., o italiano, em que a prova de tais vícios não pode ser dada por testemunhos ou presunções (cf. GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. III, n. 4.2, p. 208-209).

²⁵¹ Em princípio, a anulação de negócio jurídico por vício de vontade depende da prolação de provimento de natureza constitutiva, exarado em sede *principaliter*. Diante disso, não seria possível conhecer incidentalmente uma questão prejudicial de anulabilidade para o fim de afastar a eficácia do negócio que repercute na discussão de mérito, porque apenas efeitos jurídicos já existentes poderiam ser *reconhecidos* em cognição incidental. Na doutrina italiana, discute-se há muito sobre a legitimidade do conhecimento incidental de elementos de caráter constitutivo. Tratei brevemente do tema em meu *Prejudicialidade no processo civil*, p. 186, nota 516. Recentemente, a matéria ganhou tratamento aprofundado pelas mãos de THIAGO SIQUEIRA, que concluiu ser possível obter prestação jurisdicional para dar atuação a um direito potestativo mesmo em sede incidental (sem, portanto, veiculação de *demandas*) – o que, conforme interpretação dada pelo autor ao art. 503, § 1º, do CPC, ensejaria a atribuição de *eficácia* constitutiva própria de *decisum* à solução de questões prejudiciais de anulabilidade em sede incidental (cf. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada*..., n. 3.18, p. 403).

Assim, quando se diz que um documento contratual *prova* que dado bem foi vendido, o que se está efetivamente a afirmar é que: (i) o documento prova a emissão da declaração de vontade; e (ii) à manifestação de vontade com tal conteúdo agregam-se os efeitos próprios da compra e venda (o que constitui atividade de subsunção e imputação).

37. Eficácia probatória das declarações documentadas de terceiros

As declarações constantes do documento podem provir de sujeitos que não figuram como parte no processo. Quando esse terceiro é *agente público*, atuando no exercício de sua função, dispõe o art. 405 do CPC que as declarações de ciência quanto a fatos por ele presenciados se presumem verdadeiras perante todos, incumbindo ao interessado provar que o fato declarado não ocorreu (v., *supra*, n. 23).

Muitas vezes, contudo, o terceiro declarante é um sujeito particular – o que pode ocorrer tanto quando o documento em que contida a declaração é um *documento particular* como quando a declaração do terceiro haja sido registrada por agente público em *documento público*.

Nesses casos, tal como se dá com as declarações das partes, constitui etapa prévia avaliar se a declaração efetivamente provém do sujeito indicado no documento como seu autor (CPC, arts. 405 e 411). Definida a autoria, entende-se que o terceiro emitiu a declaração documentada (CPC, art. 412).

Tratando-se de *declaração de vontade* de terceiros, aplicam-se as considerações efetuadas no número anterior quanto à natureza da atividade desenvolvida pelo juiz: interpretação do teor das declarações de vontade dos terceiros e identificação das consequências jurídicas delas decorrentes, levando em conta os pressupostos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia exigidos no sistema para a produção dos efeitos jurídicos programados (perante as partes do negócio ou também terceiros) – atividade essa que escapa ao campo probatório.

No que respeita às *declarações de ciência* do terceiro particular, sua presença em documentos apresentados em processos é muito mais comum do que se costuma imaginar: recibos apresentados para provar gastos havidos pela parte, *tickets* de estacionamento com declaração de horário de entrada e saída de veículos,²⁵² atestados médicos, atas de reunião envolvendo outros sujeitos etc. Tais elementos de prova costumam ser ordinariamente aceitos e valorados, sem controvérsia.

²⁵² Quanto ao reconhecimento de que a automação não retira o caráter declarativo dos enunciados fáticos representados nesses documentos, v., *supra*, n. 16.

Ensejam, contudo, maior discussão, questionando-se sua natureza e disciplina jurídica, os documentos contendo declarações de terceiro mais extensas, eventualmente formadas para o processo, consistentes em verdadeiros *testemunhos escritos* (ou gravados).²⁵³

Em termos práticos, há três questões a serem examinadas quanto à eficácia probatória de documentos contendo declarações de terceiros: (a) trata-se de meio de prova admissível? (b) trata-se de meio apto a suprir as exigências de documento *ad probationem*? (c) trata-se de meio dotado de eficácia probatória *ex lege*?

Com relação à primeira questão (“a”), é preciso reconhecer que, diante da regra geral da admissibilidade de qualquer meio de prova moralmente legítimo no processo civil²⁵⁴ (CPC, art. 369), deve ser admitida a utilização de documentos contendo declarações de ciência emanadas de terceiro.²⁵⁵ Isso se

²⁵³ Para a maior parte da doutrina, os testemunhos escritos têm natureza de prova atípica. Nesse sentido: PAULO OSTERNACK AMARAL, *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, esp. p. 90. MICHELE TARUFFO insere-os na disciplina da prova oral, mas anota que “esses documentos escritos acerca dos fatos em litígio podem apresentar-se como documentos ‘atípicos’, segundo o ponto de vista dominante, que admite tais meios de prova” (*A prova*, n. 50, p. 63-64). ARAKEN DE ASSIS trata do depoimento escrito no contexto das provas atípicas, com “função de sucedâneo da prova testemunhal” (*Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.844.1, p. 482). CLARISSA DINIZ GUEDES conceitua os depoimentos escritos como *prova anômala*: “aquela produzida por um meio típico, para atender à finalidade de outro meio de prova, típico ou atípico”, no caso “provas tipicamente testemunhais produzidas sob o rito típico da prova documental” (*Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, p. 190-191 e 205). Já LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART afirmam que “a declaração inserida no documento nada mais é do que uma prova testemunhal” (*Prova e convicção*, parte II, n. 5.13.2, p. 665).

²⁵⁴ No processo penal, como observa CLARISSA DINIZ GUEDES, a “livre persuasão racional (...) é limitada por regras e critérios de admissibilidade, produção, valoração e julgamento que tendem a proteger o estado da inocência” (*Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, p. 184). Tratando especificamente da inadmissibilidade de testemunhos escritos em processo penal, cf. GUSTAVO BADARÓ, “Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha”, esp. p. 351 (destacando a necessidade de desentranhar a declaração, especialmente em processos de júri), e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”, p. 315-316.

²⁵⁵ CLARISSA DINIZ GUEDES entende que o art. 408, parágrafo único, do CPC suprimiria em tese qualquer eficácia probatória – mesmo indiciária – do testemunho escrito; mas reconhece não ser esse o significado e alcance atribuído pela jurisprudência.

aplica tanto a documentos formados espontaneamente no âmbito das relações entre as pessoas – e acidentalmente relevantes para o processo – como a documentos formados propriamente para colher a declaração de terceiros quanto a fatos relevantes para o litígio. Seja para contornar óbices à oitiva da testemunha em juízo, seja para proporcionar economia de tempo e dinheiro, nota-se forte tendência nos diversos sistemas em prol da admissibilidade da utilização de documentos testemunhais.²⁵⁶

No que respeita à segunda questão (“b”), em linha de princípio também se deve admitir, conforme guia interpretativo anteriormente estabelecido (v. n. 5 e 9, *supra*), que o documento contendo declaração de ciência de terceiro supra a exigência do documento *ad probationem* – eventualmente, como *início de prova escrita*. Isso não significa que a declaração documentada do terceiro deva ensejar o reconhecimento da ocorrência do fato declarado. A depender das circunstâncias (quem é o terceiro, qual sua relação com a parte, quando a declaração foi prestada, em que contexto etc.) a declaração terá maior ou menor poder de convicção. Mas a questão deve ser resolvida em termos de poder de convicção, e não de admissibilidade.²⁵⁷

dência ao dispositivo (*Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, p. 206).

- 256 No sistema inglês, as declarações por escrito constituem a forma habitual de apresentar testemunhos durante a fase de *discovery*. Nos EUA, os depoimentos escritos são admitidos, embora não se prestem a substituir o interrogatório oral de testemunhas. Na França, desde a reforma de 1976, a declaração escrita feita pela testemunha (*attestation*) equivale ao interrogatório oral (*enquête*), embora o tribunal possa determinar a oitiva da testemunha (CPC francês, art. 199). Norma semelhante vige na Alemanha (ZPO, § 377, 3), desde a reforma de 1990. Também o direito espanhol admite o testemunho por escrito, estabelecendo que a testemunha será ouvida em juízo caso haja impugnação da declaração (art. 380 da Ley de Enjuiciamiento Civil) (para todas essas registros, cf. MICHELE TARUFFO, *A prova*, n. 50, p. 63-64). O CPC português tem disposição semelhante, estabelecendo inclusive que a testemunha que prestar depoimento por escrito também se sujeita às penas do crime de falso testemunho (art. 518^o). Na Itália, distingue-se entre (i) o testemunho prestado por escrito, mediante o envio pela testemunha de resposta escrita a quesitos que lhe são submetidos no curso do processo, na forma do art. 257 *bis* CPC italiano (inserido pela Lei n. 69/2009) e (ii) as declarações de terceiros contidas em documentos públicos ou particulares pré-constituídos. Quanto a estas últimas, doutrina e jurisprudência tendem a admiti-las como *provas atípicas*, a serem valoradas “livremente” pelo julgador, embora alguns autores defendam a inadmissibilidade de tal meio de prova (cf. GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. III, n. 4.1, p. 198-202; ALBERTO RONCO, *Riflessioni sulla disciplina processuale e sull'efficacia probatoria delle scritture provenienti da terzi*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 6-7, p. 560-564).
- 257 Do mesmo modo, também se entende que o documento contendo a declaração de terceiro supre, por seu atributo de pré-constituição, a exigência de prova documen-

Isso nos leva à última questão (“c”), da eficácia probatória da declaração documentada de terceiros. E facilmente se constata que, não sendo o declarante parte no processo (CPC, art. 408, *caput*) nem agente público (CPC, art. 405), aplica-se às declarações de ciência dele emanadas a regra do art. 408, parágrafo único, no sentido de que o documento prova a declaração, mas não a ocorrência do fato declarado.

Isso significa, como dito no item anterior sobre declarações em benefício da parte, que o documento contendo declaração de terceiro não tem valor probatório *ex lege*, podendo ser afastado pela persuasão racional do julgador mesmo que ausente qualquer prova em sentido contrário. Trata-se, contudo, de elemento de prova legítimo, que deverá ser valorado com base em persuasão racional (CPC, art. 371).

Como essas declarações não são prestadas com observância das regras próprias da prova oral, não se pode equipará-las às afirmações feitas pelas testemunhas em juízo. Na produção da prova testemunhal, em primeiro lugar, o terceiro assume formalmente o compromisso de dizer a verdade, sob pena de sanção penal (CPC, art. 458).²⁵⁸ Além disso, a tomada do depoimento é feita perante juiz e partes, que analisam as mensagens não verbais transmitidas pela testemunha²⁵⁹ e podem formular perguntas com vista a identificar eventuais contradições e incoerências, sendo essa observância do contraditório fator essencial de legitimação da prova.²⁶⁰ Ademais, especialmente quando os testemunhos escritos tenham sido prestados a pedido da parte interessada e após o surgimento do litígio, naturalmente a ausência de espontaneidade deverá re-

tal ou escrita para autorizar o uso de instrumentos de cognição sumária, como a tutela de evidência, a monitoria e o mandado de segurança. A depender de seu poder de convicção, a medida postulada será ou não deferida (v. n. 15, *supra*).

- 258 No sistema português, o art. 518^o do CPC dispõe que a testemunha que prestar depoimento por escrito sujeita-se às penas do crime de falso testemunho.
- 259 De acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, “o ideal é que o juiz tenha contato direto com a testemunha, sentindo-a por assim dizer, e não que seja obrigado a formar o seu juízo a partir de termos processuais ou de declarações documentadas prestadas pelas testemunhas” (*Prova e convicção*, parte II, n. 2.7.7 e 6.13.13, p. 475 e 829).
- 260 Nesse sentido, cf. CLARISSA DINIZ GUEDES, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, p. 203. Como observa a autora: “[n]a prova testemunhal normalmente produzida – i.e., de forma oral –, como se sabe, o contraditório é muito mais eficaz, porque realizado para a produção da prova, no exato momento de sua produção; na forma documentada, ao revés, o contraditório incide sobre a prova, e o máximo que as partes que não produziram o documento podem fazer é interpretá-lo, nunca elaborá-lo ou construir conjuntamente seu conteúdo” (*op. cit.*, p. 206).

percutir no grau de credibilidade que se deverá atribuir a esses elementos de prova.²⁶¹

Por outro lado, nas hipóteses em que a declaração do terceiro seja anterior ao surgimento do litígio, é possível que ela se revista de poder de convicção até mesmo maior do que aquele que adviria do depoimento judicial (quando então já seriam conhecidas da testemunha as repercussões de sua fala).

Por isso, ao valorar a declaração extrajudicial prestada por terceiros particulares é preciso que o juiz analise: (i) o momento em que prestada a declaração, em relação ao surgimento do litígio; (ii) o fato de a declaração ter sido espontaneamente prestada ou de tê-lo sido feito a pedido da parte interessada; (iii) o discernimento mental do terceiro, sua relação com as partes e seu interesse no resultado do processo (ou seja, fatores que guiam o magistrado no exame da credibilidade da prova testemunhal);²⁶² (iv) a circunstância de ter ou não sido observado o contraditório na tomada do depoimento – atribuindo-se tanto maior valor à prova quanto maior tenha sido a possibilidade de participação das partes em sua colheita etc.²⁶³

Com esses critérios em mente, o juiz deverá examinar a declaração do terceiro, à luz dos demais elementos probatórios constantes dos autos, da postura das partes (de impugnar ou não o valor do testemunho escrito) e das regras da experiência comum, decidindo, racional e justificadamente, se houve ou não demonstração acerca da ocorrência dos fatos declarados.²⁶⁴

Art. 409. A data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito.

261 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA já afirmava que “prova colhida sob contraditório, geralmente, é mais veraz” (“Provas atípicas”, s/ p.). ARAKEN DE ASSIS também anota com acerto que os testemunhos escritos são ordinariamente menos espontâneos e sinceros (cf. *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.845, p. 485).

262 No direito italiano, a doutrina divide-se entre aqueles que admitem e os que repudiam declarações provenientes de terceiros que seriam incapazes de testemunhar (cf. GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, cap. III, n. 4.1, nota 85, p. 199-200).

263 Em sentido semelhante, cf. ALBERTO RONCO, “Riflessioni sulla disciplina processuale e sull’efficacia probatoria delle scritture provenienti da terzi”, *Rivista di Diritto Civile*, n. 6-7, p. 560-564.

264 MICHELE TARUFFO afirma que “esses documentos, todavia, não serão levados em consideração pelo julgador como equivalentes reais de um testemunho em sentido estrito, ainda que possam ter valor probatório no contexto das provas apresentadas” (*A prova*, n. 50, p. 64-65). No mesmo sentido: CLARISSA DINIZ GUEDES, *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*, p. 207.

Parágrafo único. Em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular:

I – no dia em que foi registrado;

II – desde a morte de algum dos signatários;

III – a partir da impossibilidade física que sobreveio a qualquer dos signatários;

IV – da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;

V – do ato ou do fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento.

CPC de 1973 – art. 370

38. Data do documento

Da perspectiva substancial do ato ou negócio representados no documento, tanto a data como o local constituem elementos constitutivos da própria declaração de vontade. Com relação ao documento, contudo, como forma de registro da manifestação, a data constitui *declaração de ciência de um fato*, que pode ou não corresponder à realidade.²⁶⁵

Tratando-se de documento público, a data declarada pelo tabelião reveste-se de fé pública, sendo eficaz tanto perante as partes do documento como perante terceiros.²⁶⁶ Admite-se, contudo, que o interessado produza prova em sentido diverso. Para tanto, poderá valer-se de qualquer meio de prova revestido de poder de convencimento suficiente para infirmar a declaração do agente público.

No que respeita ao documento particular, a eficácia probatória da declaração da data varia conforme quem seja o sujeito a quem se pretenda opor o documento: partes do documento ou terceiros.

Ressalte-se que a norma de que se cuida tem por objeto a *eficácia probatória da data*. Não se trata aqui de estabelecer a própria *eficácia do ato ou negócio jurídico*. Em alguns casos, o direito material erige o registro do documento ou outro ato de cientificação formal como *fator de eficácia do negócio jurídico* perante terceiros. Nessas situações, será irrelevante *provar a efetiva anterioridade do negócio em relação ao registro* (ou seja, provar que a data estampada no instrumento é real), porque a liberação da eficácia material (e não meramente probatória) do ato perante terceiros dependerá do registro. É o que se dá, p. ex., com os

265 Cf. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, p. 557; ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, n. 1.927.1, p. 733.

266 V., *supra*, n. 21. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, p. 557.