



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

## LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E O VALOR DA CONFISSÃO

Free evaluation of evidence and the evidentiary weight of confessions

*Filipe Ramos Oliveira*

Ph.D. candidate at the University of São Paulo (USP).  
Master of Laws at the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil

**Resumo:** O presente artigo parte da relação entre o dever constitucional de fundamentação e o livre convencimento motivado, para, caracterizando este como um princípio jurídico, estudar sua utilidade na interpretação das regras de prova legal, particularmente a eficácia da confissão.

**Palavras-chave:** prova; dever de fundamentação; livre convencimento motivado; prova legal; confissão

**Abstract:** This article starts from the relation between the constitutional duty to motivate the judicial decisions and the free proof system to, characterizing the latter as a legal principle, study its usefulness in the interpretation of legal evidence rules, particularly the effects of confession.

**Keywords:** proof; duty to motivate; free proof; evidentiary rules; confession

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Fundamentação: fatos verdade e razão; 3. Livre convencimento motivado e persuasão racional; 4. O princípio inclusivo, o escopo social do processo e as justificativas para as regras de exclusão de provas; 5. A confissão como prova legal; 5.1. Prova legal e presunções; 5.2. Confissão judicial: presunção e incontrovérsia; 5.3. A confissão extrajudicial: cadeia de presunções; 6. Conclusões; 7. Referências

## 1) INTRODUÇÃO

O art. 371 do CPC prescreve que o “juiz apreciará a prova constante dos autos [...] e indicará na decisão as razões de seu convencimento”. A prova, portanto, é a fonte das razões do convencimento e, segundo a tradição, é apreciada livremente. Esse o conteúdo do livre convencimento motivado.

Há casos, porém, em que o sistema suprime a possibilidade de o juiz apreciar a prova como forma de decidir, determinando que, diante de um dado fato jurídico estranho ao *thema probandum*, tome-se por provado um fato que, do contrário, dependeria da apreciação de provas. São algumas das ilhas de prova legal que remanescem no sistema processual.

Uma dessas ilhas é a *confissão*, pois, “*não dependem de prova [...] os fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra* (art. 374, II, CPC): dado o fato confissão, o fato confessado é tido por ocorrido sem a necessidade de prova.

Essa relação entre a confissão e o fato confessado é descrita por parte da doutrina como uma presunção relativa, em que se toma o fato confessado por provado se e enquanto não houver razões para se considerar o contrário, tornando-se incontrovertida a ocorrência do fato confessado.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que essa interpretação é adequada porque permite que se atendam valores caros ao sistema processual sem suprimir o princípio do livre convencimento motivado, o que seria inviável se a eficácia da confissão fosse uma presunção absoluta.

Pretende-se alcançar esse escopo demonstrando-se: a) que o princípio do livre convencimento motivado é uma decorrência do dever de motivar; b) que as regras de prova legal, enquanto limites à prova, podem e devem, sempre que possível, atender a uma racionalidade epistêmica e, c) que, aplicadas à confissão, essas premissas resultam na correção da tese de que sua eficácia é, em uma dimensão, a produção de uma presunção relativa e, em outra, uma limitação às iniciativas probatórias.

## 2) FUNDAMENTAÇÃO: FATOS, VERDADE E RAZÃO

O fato é uma dimensão ineliminável do fenômeno jurídico. As normas imputam efeitos jurídicos à ocorrência de determinados fatos, o que resulta na conclusão, um tanto óbvia, de que parte essencial da emissão de qualquer decisão judicial é delimitar quais serão os fatos tomados por ocorridos para a aferição da incidência normativa.

Esses fatos, normalmente ocorridos no passado<sup>1</sup>, ingressam ao processo mediante enunciados formulados pelas partes e pelo juiz. São esses enunciados - e não os fatos

1 FERRER-BELTRAN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 47-52.

em si - que podem ser verdadeiros ou falsos<sup>2</sup>, conforme correspondam ou não à realidade exterior ao processo<sup>3</sup>.

Abstraída a dimensão normativa - a interpretação dos textos normativos e sua seleção - a correspondência à realidade é a medida da justiça de uma decisão judicial<sup>4</sup> e a função da prova<sup>5</sup>, no processo judicial, é permitir um juízo racional a respeito da veracidade dos enunciados fáticos<sup>6</sup>.

Não basta, no entanto, que uma decisão, sob a perspectiva dos fatos, corresponda à realidade, pois, nos termos do art. 93, IX, da Constituição, sua validade depende de que sejam externados os motivos pelos quais determinada narrativa foi tomada por verdadeira<sup>7</sup>. É este o significado do dever de fundamentação quando aplicado à dimensão fática da decisão judicial.

Fundamentar, nos termos em que determina uma Constituição marcadamente democrática, é justificar racionalmente a decisão tomada, para que as partes e o “auditor” sejam capazes de compreender e controlar a fundamentação das decisões<sup>8</sup>. Aplicada essa ideia à fundamentação fática, tem-se que o dever de motivação apenas

- 
- 2 TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 70-72.
  - 3 Os limites deste trabalho não permitem maiores investigações a respeito da correção dessa premissa, que é, portanto, estipulada: um enunciado é verdadeiro se corresponde à realidade: TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 15-16; FERRER-BELTRAN, Jordi. *Valoração racional da prova*, p. 46-47; FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: RT, 2017, p. 74-76; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 84-90; TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 23-28. Para uma perspectiva cética em relação à verdade, que conclui por sua inutilidade no contexto da prova, vide: SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 129 e ss, especialmente, 145-153.
  - 4 TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 21-22; TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 138-140.
  - 5 É conhecida a polissemia da expressão prova e muitos são os trabalhos que se dedicaram, exclusivamente, a indicar seus diferentes significados. Entre os brasileiros, vide: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHHELL, Flávio Luiz; et. al. (Coord). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318; GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, vol. 4-5. Campos dos Goytacazes, 2003, p. 213-269, *passim*. Para os limites deste artigo, adotando-se um viés menos subjetivista, compreende-se por prova a demonstração da veracidade de uma afirmação de fato. Acentuou-se, nessa definição, a prova como resultado, o que não impede que a mesma definição sirva à construção de uma definição de prova como atividade, desde que se substitua “prova” por “provar” e “demonstração” por “demonstrar”. Buscar-se-á manter a uniformidade no uso dessas expressões, assim como no uso de elemento de prova, fonte de prova e meio de prova, conforme as definições de Gomes Filho: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, p. 307-310. Inspiração para os autores brasileiros e com outras reflexões, vide: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2ª ed., Madrid: Trotta, 2005, p. 439-451.
  - 6 TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 28.
  - 7 PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 90-91; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 3ª ed, Salvador: Juspodivm, 2019, p. 221-222; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 252.
  - 8 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 50; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*, p. 126-128

se cumpre com a justificação racional (= intersubjetivamente controlável) para a escolha feita em prol de uma narrativa em detrimento das demais.

Nesse contexto, o convencimento do juiz funciona, no máximo, como um estágio intermediário na formulação da motivação, não servindo, por si só, à justificação racional da decisão<sup>9</sup>. A crença, não sendo um ato de vontade, não pode ser justificada em termos racionais<sup>10</sup>. Em um ambiente de ineliminável incerteza a respeito dos fatos, a prova é o elemento objetivo que permite a demonstração do grau de suporte inferencial de uma hipótese de fato em comparação com as demais, sendo, pois o critério de justificação da escolha do juiz por uma delas<sup>11</sup>.

Os limites do conhecimento humano resultam em que a relação entre os enunciados de fato e a verdade se estabeleça mediante graus de probabilidade, tendo-se por comprovada uma afirmação de fato quando as provas produzidas a indiquem como provavelmente verdadeira<sup>12</sup>. Por isso, no processo, não se declara ou descobre a verdade, mas se produz conhecimento suficiente para que seja racional decidir assumindo determinadas afirmações de fato como verdadeiras. Por isso, está provado que “p”, não significa que “p” seja verdade, mas, tão somente, que há suficientes elementos de juízo para que se aceite “p” como verdadeiro<sup>13</sup>.

Essa abordagem, pressuposta neste estudo, traz em si a ideia de que é possível e recomendável, diante dos elementos de prova trazidos aos autos de um processo, tomar uma decisão racionalmente justificada<sup>14</sup> sobre qual dentre as muitas narrativas é a mais provável.

### 3) LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E PERSUASÃO RACIONAL

A construção que se fez até este ponto serve à demonstração de que é possível compreender o real significado do livre convencimento motivado sem a necessidade de adentrar às enormes polêmicas que circundam a expressão “livre”, pois, diante dos limi-

9 A ideia exposta neste parágrafo é bem representada pela distinção entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação aplicado ao raciocínio judicial por Taruffo: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 196-202.

10 FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*, p. 86-95; GUERRA, Marcelo Lima. *Prova Judicial: uma introdução*. Fortaleza: Boulesis, 2015, p. 35-38 e 51-53.

11 Na linguagem de Ferrer-Beltrán, as provas são o critério epistêmico para a aceitação: FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*, p. 97-101. Não são o único critério, pois, como se verá adiante, as ilhas de prova legal permitem a aceitação de fatos sem consideração às provas de sua ocorrência. Sobre o raciocínio por inferências e a forma como estas são postas em dúvida, vide: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 231-232.

12 TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 31-34; FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*, p. 133-135 e 172-180; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 92 e 224-232.

13 FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*, p. 37-39 e 103-105. Para o estudo dos standards de prova como critério de suficiência na decisão sobre provas: PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 62-87, *passim*; FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 17-28.

14 Negam-se, pois, as vertentes chamadas por Taruffo de “veriphobicas”, céticas radicais, irracionalistas e outras assemelhadas: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 95-99.

tes postos pelo dever de motivar e da imposição de que essa motivação seja racional, a tão temida liberdade tem um alcance bastante restrito, significando apenas que o valor da prova como suporte de inferências a respeito dos fatos não é dado normativamente<sup>15</sup>.

Com isso, pode-se ver a expressão livre como um sinal da superação de modelos normativos que substituem o sopesamento das provas e a argumentação do juiz pela atribuição prévia do valor probatório aos elementos de prova, a chamada prova legal; função semelhante à cumprida pela expressão motivado como compromisso com o dever de motivar, em contraste aos modelos de íntima convicção<sup>16</sup>.

Essa é uma definição que, bastante conhecida, costuma ser chamada de negativa, pois diz o que o livre convencimento motivado não é<sup>17</sup>. O problema, diversamente, sempre foi encontrar um sentido positivo para essa ideia, algo que, já se adiantou neste trabalho, passa pela compreensão do papel conferido pelo sistema ao dever de motivação.

Um bom começo para a busca de um sentido positivo é perceber que o princípio do livre convencimento motivado traz em si o que se costuma expressar pelo princípio da persuasão racional<sup>18</sup>. Com isso, ressalta-se a função da prova como atividade marcadamente demonstrativa<sup>19</sup>, sem descuidar do dever de motivação segundo critérios racionais. Não se duvida que a prova tenha também uma função persuasiva, atuando sobre a convicção subjetiva do juiz (e das próprias partes). Mas, no momento decisório, a prova serve para que o juiz obtenha e formule as razões que, externadas na motivação, resultarão em uma decisão racionalmente motivada sobre as afirmações de fato<sup>20</sup>, independentemente e mesmo contra sua convicção subjetiva<sup>21</sup>.

- 15 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, n. 984, p. 121-123.
- 16 TARUFFO, Michele. Libero convincimento del giudice: I) diritto processuale civile. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, vol. XVIII, p. 1-2, n. 2. Para um panorama histórico e a demonstração da artificialidade da contraposição desses sistemas: GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 117 e ss., especialmente p. 142-155.
- 17 TARUFFO, Michele. *Libero convincimento del giudice*, n. 3.2, p. 2; RICCI, Gian Franco. Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LIV. Milano: Giuffrè, 2000, p. 1161.
- 18 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 987, p. 126. Com maior profundidade e amplas referências: GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias*, p. 173-175.
- 19 TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 26-28. Para uma perspectiva diversa, vide: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63
- 20 "[...] il giudice deve essere libero di valutare discrezionalmente la prova, ma non può essere libero di non osservare le regole di una metodologia razionale nell'accertamento dei fatti controversi." (TARUFFO, Michele. *Libero convincimento del giudice*, n. 3.2, p. 2-3). No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, p. 254; BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 210-211; AULIO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 38-39. Adotado esse pressuposto, perdem bastante relevância as diferenças nos textos dos arts. 131, do CPC/1973, e 371, do CPC/2015, como apontaram: GUERRA, Marcelo Lima. *Prova judicial*, p. 52-53; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 192-194.
- 21 FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*, p. 98; FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción*, p. 177-178.

A liberdade insinuada com a expressão “livre”, suprimida do art. 371 do CPC, jamais poderia significar, sob a Constituição Federal, um rompimento do dever de motivar racionalmente, o que a encerra no papel histórico que cumpriu como superação dos modelos da íntima convicção e da prova tarifada<sup>22</sup>.

Há, portanto, uma relação ineliminável entre persuasão racional e dever de motivação como componentes do livre convencimento motivado, uma relação que resulta não só em um comando aos juízes, como já se destacou, mas, também, ao legislador ordinário e aos intérpretes em geral. É, em suma, um princípio<sup>23-24</sup> que elege um sistema processual propício a decisões racionalmente justificadas como um estado de coisas a ser promovido: pelo incentivo à criação de normas processuais que ampliem as possibilidades probatórias; pelo desincentivo à criação de normas que atuem em sentido contrário; e, por fim, pela interpretação dos dispositivos atinentes às provas em um e outro sentido<sup>25</sup>.

Reconhecer, porém, que se está no campo dos princípios, é reconhecer que o princípio do livre convencimento motivado pode ser superado quando o caso reclamar a incidência de outros princípios<sup>26</sup>.

- 22 “O que se quer dizer com liberdade de valoração da prova é apenas a possibilidade de apreciar concretamente os elementos de convicção, sem as amarras da prova legal [...]” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 193). De forma semelhante: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*, p. 46; CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II: *il processo de primo grado e le impugnazione delle sentenze*. 11ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 308. Apontando a supressão da expressão “livremente” como um avanço, mas, chegando a conclusões substancialmente semelhantes ao que ora se defende, vide: STRECK, Lenio Luiz. As provas e novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Grandes temas do CPC*, vol. 5: *direito probatório*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 113-120; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*, p. 95.
- 23 A identificação do gênero normas e sua divisão nas espécies regras, princípios e postulados é tema complexo e que desborda os limites deste estudo. Adota-se, para essa classificação, a tese de Ávila, particularmente sua definição de princípios: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102.
- 24 A identificação de um princípio do livre convencimento motivado a partir do art. 371 do CPC e de sua conjugação com o art. 93, IX, da Constituição, não impede que, do mesmo conjunto de textos normativos se construam regras em sentido bastante estrito, como, por exemplo, a regra que erige a motivação completa como uma condição de validade das decisões judiciais, hoje muito bem expressada no art. 489, §1º, do CPC (PEREIRA, Carlos Frederico. *Fundamentação das decisões judiciais*, p. 124-126). Vê-se, aqui, mais uma manifestação da dissociação entre *texto* e *norma*, demonstrada, dentre outros, Ávila: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 50-55.
- 25 Buscou-se conferir ao livre convencimento motivado uma estrutura de princípio, identificando o fim a ser promovido e alguns exemplos de condutas que se tornariam devidas para sua promoção, seguindo o programa de Ávila (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 116-122). Na identificação das condutas devidas, deu-se relevo à sua *eficácia interna* (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 122-124), particularmente ao papel que exercem sobre a criação de textos normativos pelo legislador e sobre a interpretação dos textos já existentes. Embora acentue o direito à prova, enquanto aqui a atenção recai sobre o livre convencimento motivado, Eduardo Cambi chega a conclusões bastante semelhantes quanto aos parâmetros a serem observados pelo legislador: CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 36.
- 26 Não se ignora que, segundo o marco teórico aqui adotado, a superabilidade é característica comum às regras e princípios. Mesmo admitida essa premissa, percebe-se que o tipo de justificação exigida para a superação de regras e princípios é bastante distinto e redundante na conclusão de que, enquanto as regras exigem grande ônus

Uma dessas hipóteses está na própria Constituição, que instituiu o Tribunal do Júri e o sigilo de suas votações, criando uma ilha<sup>27</sup> de íntima convicção<sup>28</sup> em um mar de persuasão racional.

Há outras hipóteses que, embora não dispensem o julgador do dever de motivar, são igualmente apontadas como exceções ao princípio do livre convencimento motivado porque excluem meios de prova que, em tese, poderiam resultar em elementos de prova capazes de servir de justificativa racional para a decisão.

Nesse grande grupo, encontram-se tanto a vedação genérica às provas ilícitas quanto normas que excluem alguns meios de prova segundo especiais características do fato a ser provado<sup>29</sup>.

Existem, finalmente, hipóteses em que o sistema predetermina o valor de certos elementos de prova, criando presunções ou, na dicção do Código Civil (art. 215, CC), prova plena de determinados fatos<sup>30</sup>. São as ilhas de prova legal que permanecem no sistema.

É bastante consistente a proposta que diferencia estes dois grupos também a partir da fase do procedimento probatório sobre a qual atuam: o primeiro conjunto atua sobre a admissibilidade dos meios de prova; o segundo sobre a valoração dos elementos de prova<sup>31</sup>. Segundo se demonstrará, porém, a confissão atua em ambas as fases, influenciando sobre o juízo a respeito das hipóteses de fato a serem aceitas e, adicionalmente, excluindo algumas iniciativas probatórias.

#### **4) O PRINCÍPIO INCLUSIVO, O ESCOPO SOCIAL DO PROCESSO E AS JUSTIFICATIVAS RACIONAIS PARA REGRAS DE LIMITAÇÃO PROBATÓRIA.**

Uma vez que se estipule que tomar fatos por ocorridos não significa outra coisa senão a conclusão de que há suficientes razões para que uma decisão seja tomada ra-

---

argumentativo para serem afastadas nos casos em que opere a correspondência entre a hipótese descrita e os fatos concretos, os princípios exigem um ônus constante (e por isso menor) para serem aplicados ou afastados, dado que não há uma descrição de suas hipóteses de incidência (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 80-82).

- 27 A metáfora é influência de Clarisse Leite (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil, vol. VIII, t. II*, p. 37) e Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III*, n. 988, p. 128), que dela se utilizaram para aludir às ilhas de prova legal de que se falará adiante.
- 28 “[...] o Conselho Popular pode condenar o réu até por íntima convicção, não sendo, portanto, possível afirmar quais provas foram valoradas para a condenação do agente. Inviável, portanto, a análise referente à violação ao art. 155 do CPP.” (AgRg no HC 454.895/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018)
- 29 Para uma primeira aproximação: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III*, n. 988, p. 129, e n. 1.394, p. 708.
- 30 Também para uma primeira aproximação: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III*, n. 997, p. 141.
- 31 Sobre a importância de delimitar as limitações que recaem sobre a admissibilidade das que incidem sobre a valoração, vide: GUEDES, Clarissa Diniz; LEAL, Stela Tannure. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. In: *Revista de Processo*, vol. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 15-39, *passim*.



cionalmente a essa base<sup>32</sup>, nota-se que é a prova que confere a medida de justificação racional de uma decisão. Quanto mais elementos de prova disponíveis, maiores serão as possibilidades de se encontrarem as razões para a decisão a respeito da narrativa mais provável<sup>33</sup>.

Mais que isso, o direito de provar, como componente do devido processo legal, pressupõe que as partes possam se valer de todos os meios de prova para suportar seus argumentos<sup>34</sup>.

Nesses termos, costuma-se expressar essa necessidade de uma maior riqueza do material probatório mediante a identificação de um princípio inclusivo: na etapa de admissão das provas, deve-se ampliar o aporte de provas, reduzindo-se ao máximo as regras de exclusão<sup>35</sup>.

O processo, certamente, é um método de trabalho que tem por um de seus escopos a aplicação do direito objetivo<sup>36</sup>, mas que atende, também, a outras finalidades. Dentre estas destaca-se a pacificação social<sup>37</sup>, proporcionada com a solução definitiva dos conflitos<sup>38</sup>. Aplicar o direito objetivo aos fatos realmente ocorridos e pacificar com justiça é um ideal nobre<sup>39</sup>, mas, dados os custos em tempo e recursos que envolveriam uma busca insaciável pela decisão absolutamente informada, o sistema impõe que, em certo momento, a superação do conflito se dê independentemente da riqueza do material probatório<sup>40</sup>.

32 O tema foi abordado no tópico precedente, mas, é sempre importante a referência a Ferrer-Beltrán: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito* p. 37-40 e 77-83.

33 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 165-166.

34 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 83 e ss; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 936, p 51-54.

35 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 165-166; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 164-166; FERRER-BELTRAN, Jordi. *Valoração racional da prova*, p. 101; CAMBI, Eduardo. *A prova civil*, p. 35.

36 O conhecido escopo jurídico do processo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 246-250.

37 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 188-189. Sobre a tensão entre segurança, ou a necessidade de certeza, e a celeridade que se espera do processo, vide, com proveito: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 31 e ss.

38 “Não se busca o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados [...]” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 190). A ideia é desenvolvida por Dinamarco em seguida: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 197.

39 É interessante a perspectiva de que mesmo o escopo social, quando visto como algo mais do que pacificar, mas pacificar com justiça, inclua necessariamente alguma consideração à prova como uma forma de superar os conflitos de forma justa, isto é, de acordo com o que realmente se passou no plano da realidade fática. A ideia se vê em: AULIO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*, p. 27-29. A visão, porém, é parcial, pois, como se acentuou neste parágrafo, uma decisão haverá de ser proferida, com ou sem provas, e se tornará estável e vinculante independentemente de sua correspondência à realidade.

40 Ter de decidir mesmo sem convencer-se da verdade é uma das distinções entre o juiz e o historiador, no clássico ensaio de Calamandrei: CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico*. In: *Opere giuridiche – vol. I*. Roma: Roma



Toda a teoria a respeito da prova e, especialmente, da prova no processo civil, passa pelo equacionamento dessa tensão entre a busca pela verdade e a superação dos conflitos em tempo razoável, em estrita observância das garantias fundamentais<sup>41</sup>. Em geral, a mediação entre essas finalidades é feita pelas regras jurídicas sobre provas<sup>42</sup>, que são chamadas de epistêmicas ou contraepistêmicas, conforme façam a balança pender para um ou outro lado.

Há quem considere todas as regras limitadoras da prova como contraepistêmicas pelo simples fato de que sua incidência tornará mais pobre o conjunto de elementos a serem valorados pelo juiz ou porque, de alguma forma, interferem nessa valoração<sup>43</sup>. A maior parte da doutrina, diferentemente, vê em algumas dessas limitações uma intenção epistêmica<sup>44</sup> do legislador, manifestada pela exclusão de meios de prova menos confiáveis ou pela valorização de outros meios mais confiáveis<sup>45</sup>.

Essas duas formas de enxergar as regras de limitação probatória não são substancialmente distintas, pois discordam apenas quanto ao critério utilizado para as nominar epistêmicas ou contraepistêmicas: a primeira, exemplificada por Taruffo, toma o resultado contraepistêmico como critério, denominando contraepistêmicas todas as regras que limitem a riqueza do material probatório; a segunda, exemplificada por Gomes Filho, toma a *mens legis* ou a finalidade da regra como critério, chamando de epistêmicas aquelas que tenham por finalidade afastar provas menos confiáveis.

Partindo-se, porém, do pressuposto de que a alcunha de contraepistêmica seja merecida sempre que uma regra torne o conjunto probatório potencialmente mais pobre (em sentido quantitativo) ou interfira na valoração dos elementos de prova exis-

---

Tres-Press, 2019, n. 6, p. 400-401. Justamente por isso, a assertiva é bastante utilizada como justificativa para as regras de ônus probatório como critério de julgamento (ônus objetivo): DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 960, p. 92-93; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 262-264.

- 41 É a conclusão que emerge evidente do conhecido ensaio de Leonardo Greco, que inspira muitas das considerações deste tópico: GRECO, Leonardo. Limitações probatórias. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 4. Rio de Janeiro, 2009, p. 4-28, *passim*. Vide, também, referido por Greco: RICCI, Gian Franco. *Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica*, p. 1147-1148.
- 42 Para uma interessante perspectiva da relação entre as regras sobre provas e a eficiência processual, em que se nota clara a tensão ora mencionada, vide: LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre o princípio da eficiência e as normas sobre prova. In: *Revista de processo*, vol. 292. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, n. 2.3 e 3, *passim*.
- 43 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 173-178; FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*, p. 124-125.
- 44 Nesse sentido, p. ex.: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, 96-98. Para um panorama dessas regras no *common law*: DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 121. 1973, p. 513-521. Embora o faça em tom crítico, Badaró admite a categoria: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 178-181;
- 45 RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo; do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 33-37.

tentes<sup>46</sup>, parece mais consistente a vertente que vê em toda limitação que não seja puramente lógica<sup>47</sup> uma opção contraepistêmica.

Mesmo que se adote essa premissa, deve-se atentar para o fato de que ela é excessivamente simplificadora, pois parte do pressuposto, como se disse, de que as limitações nunca possam atender a fins epistêmicos.

Por essa razão, mesmo que se possa criticar a adoção da finalidade como critério para chamar uma regra limitadora de epistêmica, pode-se partir dessas críticas<sup>48</sup> para recuperar o que há de útil nessa classificação: reconhecer que algumas regras, mesmo que empobrecem o conjunto probatório ou interfiram em sua valoração, são racionalmente orientadas a propiciar um ambiente processual adequado à emissão de uma decisão conforme a verdade.

Estabelecida a premissa de que essa busca se faz ao ponto de se obter um juízo provavelmente verdadeiro, segundo critérios racionais, pode-se admitir que outros fatores sejam relevantes para o sistema, sem que isso resulte em uma negação da verdade como fim, sempre que revelarem uma escolha racional. Admitidas algumas limitações como inevitáveis, serão racionais epistemicamente as regras que propiciem uma decisão racional sobre os fatos em um modelo processual que deve atender a outras finalidades distintas da busca pela verdade<sup>49</sup>.

Um bom exemplo, em que se adiantam considerações que serão aprofundadas nos tópicos subsequentes, é o que se dá com o ônus da impugnação especificada dos fatos (*rectius*, das afirmações de fato)<sup>50</sup> nos processos que envolvam direitos disponíveis (art. 341, CPC). Se o próprio direito é disponível, pode-se dar valor ao comportamento da parte que deixa de impugnar as afirmações de seu adversário mesmo sabendo que, com isso, pode ser derrotada. Pressuposta nessa escolha do legislador, está a ideia

46 Usualmente, a alcunha contraepistêmica é reservada às regras de exclusão de provas, como se pode ver dos autores citados nas notas precedentes. De todo modo, partindo-se do pressuposto de que a livre valoração (racional) dos elementos de prova seja algo que promove a busca por juízos verdadeiros sobre os fatos, pode-se, sem prejuízo, chamar de contraepistêmicas as regras que interfiram na valoração, diminuindo essa liberdade. Nessa perspectiva, isto é, indo além das regras de exclusão, veja-se: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 34;

47 Os limites lógicos, se bem compreendidos, não impactam a riqueza do material probatório: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 154-160.

48 Para algumas críticas: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 176-177.

49 A existência de outros valores a atender não é exclusividade do julgamento judicial, sendo notável, por exemplo, nos juízos clínicos: FERRER-BELTRAN, Jordi. *Valoração racional da prova*, p. 73-78.

50 A doutrina tradicional parte do pressuposto de que há para as partes, notadamente o réu, um ônus de impugnar especificadamente: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol III, n. 1.311, p. 610-611, e n. 1.316, p. 617-618. Embora não trate diretamente do ponto, Heitor Sica adota essa ideia ao relacionar preclusões e ônus: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 98-105. Eduardo Henrik Aubert, recentemente, sustentou que a regra em questão não seria um ônus, mas um dever. No que interessa a este artigo, porém, o autor não se afastou sensivelmente da doutrina tradicional: AUBERT, Eduardo Henrik. *A impugnação especificada dos fatos no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 74-76, 294-298.

de que é racional tomar por verdadeiras as afirmações de fato de uma parte quando seu adversário, devidamente informado a respeito das consequências de sua conduta, opta por não se desincumbir do ônus de impugnar. Fazendo-o, o sistema dispensa a necessidade de produção probatória para a integração da afirmativa não impugnada à decisão (art. 374, III, CPC), promovendo a economia processual.

Essa opção legislativa passaria do ponto e se tornaria epistemicamente irracional se produzisse uma presunção absoluta e, por isso, incontornável. Dessa forma, é bastante consistente (e é adotada majoritariamente pela doutrina) a ideia de que as afirmações incontroversas só são tomadas por verdadeiras se verossímeis e enquanto não contrariadas pelas provas dos autos (art. 345, IV, do CPC)<sup>51</sup>.

Não se trata, evidentemente, de um desprezo à verdade, mas da ideia de que, se uma parte não se insurge contra uma narrativa verossímil e não contrariada pela prova dos autos, é mais provável que ela seja verdadeira do que falsa, sendo racional presumir sua veracidade.

Ao fim ainda que interfiram na obtenção de um material probatório mais rico ou na própria livre valoração e, por isso, sejam contraepistêmicas, algumas dessas escolhas são racionalmente orientadas à obtenção de juízos verdadeiros ou, ao menos, a juízos com maior probabilidade de serem verdadeiros do que falsos. Trata-se, pois, de uma racionalidade epistêmica.

Até mesmo as regras preclusivas que visam a concentrar os atos postulatórios em uma fase inicial do processo podem ser vistas como racionalmente orientadas<sup>52</sup>. Se a necessidade de o processo chegar a um fim de forma célere é ineliminável e, por essa razão, impõem-se regras que delimitam e concentram as alegações de fato na fase postulatória, é racional supor<sup>53</sup> que as partes, sabendo dessas limitações, farão todas essas alegações nos momentos adequados. Escapam dessa suposição e, por isso, dessas regras, os fatos novos ou, até então, desconhecidos (art. 493, CPC), o que reforça a racionalidade epistêmica ora aludida.

Essa abordagem contorna um dos grandes problemas que há em torno da própria aceitação da existência de regras limitadoras da prova que possam ser consideradas

51 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.316, p. 618. Diferentemente, restringindo o art. 345, IV, do CPC, ao dimensionamento dos efeitos da revelia, vide: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 299-300.

52 Usualmente as preclusões e a própria coisa julgada são apontadas como limites à busca pela verdade e, por isso, limites contraepistêmicos: GRECO, Leonardo. *Limitações probatórias*, p. 12-16. O raciocínio ora exposto não nega essa constatação, mas, tomando-a por pressuposta, propõe que as regras preclusivas se fundam em uma outra pressuposição igualmente racional, no sentido de que, conhecidos esses limites, as partes atuarão de modo a produzir as provas necessárias a suportar suas hipóteses de fato.

53 Ricci apresenta um interessante argumento, distinto do utilizado neste parágrafo. Afirma o autor que as regras preclusivas, por ordenarem o processo e regularem os momentos em que as partes devem fazer suas alegações de fato, podem contribuir para a melhor averiguação da verdade: RICCI, Gian Franco. *Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica*, p.1150.

epistêmicas. Partindo do paradoxo evidenciado no par limites e liberdade, não são poucos, como se disse, os doutrinadores que negam a possibilidade de regras limitadoras verdadeiramente epistêmicas<sup>54</sup>. Com o foco sobre a racionalidade epistêmica, porém, pode-se admitir que uma limitação à prova, ainda que diminua a riqueza potencial dos elementos de prova, seja justificada epistemicamente se ela proporciona a melhor decisão possível em um sistema processual que deve lidar com outros escopos além do eminentemente jurídico.

A legitimidade dessas regras, portanto, está na promoção daquele mesmo estado de coisas que se busca alcançar com o princípio do livre convencimento motivado: um processo propício a decisões racionalmente justificadas a respeito da ocorrência dos fatos. Com isso, pode-se medir a legitimidade constitucional dessas regras a partir de sua racionalidade epistêmica<sup>55</sup> sem fechar os olhos para o fato de que atuam negativamente sobre a riqueza do material probatório ou diminuem a liberdade da valoração da prova.

Essa perspectiva é útil, também, para que se identifiquem aquelas limitações que realmente relembram a obtenção de um juízo racionalmente justificado a um plano secundário e que, por não encontrarem justificativa epistêmica, apenas são racionais (e constitucionalmente legítimas) quando resguardam valores tão caros ao sistema<sup>56</sup> quanto a obtenção de uma decisão com maior probabilidade de correspondência à verdade.

Seriam deste tipo, por exemplo, as regras de ilicitude da prova, que, grosso modo, proíbem a valoração dos elementos de prova obtidos em violação a normas processuais ou materiais erigidas em garantia de direitos fundamentais<sup>57</sup>. Um outro exemplo, haurido do processo penal, é a limitação da prova de determinados fatos a uma especial forma de perícia, minuciosamente regulada pela lei processual: o exame de corpo de delito<sup>58</sup>. Os limites, nestes casos, não são impostos para que se atinjam ou-

54 A existência de limites probatórios, ainda que mínimos, era apontada, por Carnelutti, para negar qualquer relação entre a verdade e a prova, que serviria, apenas, como critério para fixação formal dos fatos, a conhecida verdade formal: CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 20-21.

55 De forma semelhante: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 178-179. A proposta deste estudo vai além da posição de Badaró. Se de um lado não se afirma *tout court* a inconstitucionalidade dos limites probatórios que possuem fraco suporte epistêmico sem promover alguma garantia individual, propõe-se que a interpretação dessas regras, nos limites semânticos dos textos normativos, seja feita de modo a potencializar sua racionalidade epistêmica.

56 Embora não siga a mesma linha de argumentação, Eduardo Cambi chega a uma conclusão semelhante: CAMBI, Eduardo. *A prova civil*, p. 36-40.

57 O tema ganhou muito maior desenvolvimento dentre os penalistas, como se vê, por exemplo, com amplas referências: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 166-178; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 127 e ss.. No processo civil brasileiro, vide: CAMBI, Eduardo. *A prova civil*, p. 63 e ss.

58 Para este e outros exemplos: BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 211-212.

tros escopos do processo, mas pelo reconhecimento de que quaisquer que sejam esses escopos, a legitimidade do processo depende da estrita observância das garantias e direitos fundamentais das partes e de terceiros<sup>59</sup>.

Nessa seara, entra em jogo a racionalidade jurídica, já que se cuida de limites postos pela escolha de se protegerem, de forma mais ou menos absoluta, valores tidos por fundantes da própria ordem jurídica, como a proteção à privacidade e à ampla defesa. Sua legitimidade, pois, encontra-se não em alguma utilidade epistêmica ou na busca por outros escopos do processo - algo que pode até se fazer presente - mas nas garantias individuais e coletivas que se destinam a proteger.

Com esse panorama, pretende-se verificar se essa tensão entre a racionalidade epistêmica e a racionalidade jurídica oferece algum suporte à disciplina positiva da confissão como hipótese de prova legal geradora de presunções.

## 5) A CONFISSÃO COMO PROVA LEGAL

A expressão prova legal é utilizada em diversos sentidos<sup>60</sup>. Por isso, em lugar de buscar um sentido inequívoco, é melhor que se estipule o que será adotado, justificando-se sua utilidade.

Entendem-se por regras de prova legal<sup>61</sup>, para os limites deste artigo, aquelas que: a) excluem um ou mais meios de prova, tomando por referência um conjunto de fatos em abstrato; ou b) pré-estabelecem o valor a ser conferido aos elementos obtidos por determinado meio de prova a fim de estabelecer presunções a respeito do *thema probandum*<sup>62</sup>.

A partir dessa classificação, pode-se situar a confissão como uma espécie de prova legal encartada no subgênero “b”, acima delimitado, quando preenchidos os requisitos para que, nos termos do CPC, “faça prova” contra o confitente: diante do fato jurídico (em sentido amplo) confissão, o juiz deve aceitar o fato confessado como ocorrido, sem qualquer valoração a respeito da idoneidade da confissão enquanto elemento de prova do fato confessado. É esse o significado do art. 374, II, do CPC.

59 BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 166-167. Na doutrina processual civil, vide: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, p. 301 e ss.

60 Neste texto, por exemplo, utilizou-se a expressão tanto para denotar um dado sistema de apreciação da prova e, agora, para qualificar determinadas regras jurídicas sobre prova. Para várias acepções e, em suma, para a adoção nesses dois sentidos, vide, com proveito: GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias*, cap. IV, item 4.1, p. 121 e ss.

61 Definição e critérios semelhantes se veem em: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 988, p. 129-130; CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, p. 309-310; RICCI, Gian Franco. *Nuovi rilievi sul problema della ‘specificità’ della prova giuridica*, p. 1147.

62 Seguiu-se, nessa enumeração, a mesma lógica adotada por Clarisse Leite ao abordar a interseção entre a prova legal e a prova documental: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 37.

Acentua-se, nessa definição, em alguma medida, a percepção de que confissão não é valorada livremente pelo juiz, que, em sua decisão, não precisa justificar racionalmente a admissão do fato confessado como ocorrido, limitando-se a reconhecer a incidência da norma jurídica processual que determina essa admissão<sup>63</sup>.

Definir se a eficácia da confissão funciona como uma presunção relativa ou uma presunção absoluta é definir qual é o grau de sacrifício que a confissão impõe ao livre convencimento motivado.

Antes de atacar esse ponto, são necessárias algumas considerações a respeito das presunções.

### 5.1) Prova legal e presunções

Compreende-se por presunção, em um sentido mais geral, o raciocínio pelo qual se parte do conhecimento que se tem a respeito de um fato (fato-base) para produzir conhecimento a respeito de um fato desconhecido (fato-presumido)<sup>64</sup>.

É bastante tradicional a classificação das presunções em: simples; legais relativas; e legais absolutas.

Em um primeiro plano, as presunções devem ser divididas a partir do tipo de inferência que liga o fato conhecido ao fato desconhecido. Esse o critério que distingue as presunções simples das presunções legais<sup>65</sup>: nas simples, a ligação se faz mediante uma inferência estabelecida pelo próprio julgador, a partir das máximas da experiência<sup>66</sup>; nas legais essa inferência é estabelecida por uma norma jurídica<sup>67</sup>.

Olhando-se apenas para as presunções legais, utiliza-se outro critério para as distinguir em relativas e absolutas: as presunções relativas podem ser vencidas pela produção de provas que demonstrem a inexistência do fato presumido<sup>68</sup>; as absolutas não admitem prova em contrário.

63 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 98.

64 SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais*, p. 204-207.

65 Sobre este critério e seu aprofundamento, vide, ainda recente: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 54-62.

66 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: Temas de direito processual, primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 56-57; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 999, p.142-145. Abstraidas as distinções de denominação, mesma ideia se vê na doutrina italiana contemporânea: TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 103-104. Mais recentemente, sobre a justificação da inferência e sua relação com as máximas da experiência, em tom crítico à forma como estas são usualmente descritas, Leonard Schmitz aponta critérios para o controle desse raciocínio, especialmente na fase de saneamento, para que se estabeleça o contraditório, e na motivação da decisão para que se faça o controle: SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais*, p. 285 e ss.

67 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*, p. 62; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 992, p. 135; SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais*, p. 209-210.

68 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*, p. 60; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 997, p. 141.

Esse último critério serve à conclusão de que as presunções absolutas não são verdadeiras presunções, isto é, não são uma forma de se produzir conhecimento a respeito de um fato desconhecido a partir de um conhecido. A rigor, as normas que criam presunções absolutas atuam sobre o suporte normativo de outras normas, substituindo o fato presumido pelo fato-base<sup>69</sup>.

É por essa razão que, quando há uma norma criadora de “presunção” absoluta, não se admitem provas em contrário: como o fato presumido não é parte do suporte normativo cuja ocorrência é verificada, provas que o tomem por objeto são logicamente irrelevantes<sup>70</sup>.

Já as presunções relativas, justamente porque o fato presumido será tomado por ocorrido apenas se não houver prova em contrário, são usual e corretamente associadas às regras de distribuição dos ônus da prova<sup>71</sup>, pois oneram com o risco da derrota a parte contra quem se afirmou o fato presumido, subvertendo a regra “geral” de que o ônus de provar recai sobre quem alega (art. 373, I e II, do CPC).

Isso não significa, evidentemente, que baste a alegação do fato presumido, pois, para que se possa cogitar da presunção, será necessária a aceitação, pelo juiz, de que ocorreu o fato-base. De forma esquemática, o que se passa é que a prova do fato-base exonera o interessado do ônus de provar o fato presumido, que é deslocado para o sujeito contra quem este foi afirmado<sup>72</sup>.

Veja-se, porém, que também as presunções relativas não são presunções no sentido mais geral que se anunciou ao início deste tópico. A rigor, o juiz, diante de um fato-base ao qual a lei imputa uma presunção relativa, não faz nenhum juízo de valor a respeito da ocorrência do fato presumido, mas, simplesmente, aceita-o como ocorrido se não houver nos autos elementos de prova que demonstrem sua inoocorrência.

É nesse sentido que se podem considerar contraepistêmicas as regras de presunção relativa: elas excluem, *prima facie*, qualquer juízo racional a respeito da ocorrência do fato presumido, tornando desnecessária a valoração de qualquer elemento de prova para que aquele fato seja tomado por ocorrido. Esse juízo, se houve, precede a lei e, excetuadas hipóteses de inconstitucionalidade da própria norma que institui a presunção, deve ser abstraído pelo juiz<sup>73</sup>, que se limita verificar a veracidade do enunciado a respeito do fato-base para reconhecer sua eficácia jurídica processual de lançar o ônus

69 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*, p. 62-64; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 995, p. 137-139. Em sentido idêntico, com olhos ao sistema italiano: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3ª ed., Torino: UTET, 2010, p. 651-652.

70 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, p. 166.

71 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*, p. 60-61; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 996, p. 140.

72 Ressaltando o mesmo ponto: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*, p. 66-68.

73 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 51.



da demonstração da inoocorrência do fato-presumido sobre a parte adversária da que afirmou sua ocorrência.

Ainda assim, como se adiantou, pode-se ver nas presunções legais relativas uma nítida racionalidade epistêmica que se manifesta de duas formas: a) a maior parte das presunções relativas coincide com o que usualmente ocorre (seriam, pois, presunções simples a que a lei conferiu caráter normativo)<sup>74</sup>; b) sempre há a possibilidade (teórica, ao menos) de se provar a inoocorrência do fato presumido.

A combinação dessas duas constatações resulta em que, comprovado o fato-base e não havendo contraprova da ocorrência do fato presumido, seja epistemicamente racional tomar o fato presumido como ocorrido.

Consoante se anunciou em sede introdutória, interessa a este estudo a presunção que decorre da confissão, ao que se passa a seguir.

## 5.2) Confissão judicial: presunção e incontroversia<sup>75</sup>

A confissão, para o processo civil (art. 389, CPC), é a afirmação da ocorrência de um fato contrário aos interesses do confitente e favorável a seu adversário<sup>76</sup>. A confissão, enquanto uma declaração, um relato, sempre poderia ser livremente valorada como elemento de prova; sua particularidade, porém, está em que, preenchidos determinados requisitos, ela deixa de funcionar como fonte de prova para produzir outros efeitos processuais<sup>77</sup>.

74 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*, p. 60-61; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 996, p. 140; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, p. 166.

75 A palavra “incontroversia” não consta dos dicionários como antônimo de “controversia”. Ainda assim, é de uso corriqueiro nos textos jurídicos, o que pode se explicar por sua aptidão para exprimir o estado de uma afirmação não controvertida sem denotar, necessariamente, alguma concordância. Não impugnar não é o mesmo que concordar, mas, em princípio, produz, no processo, o mesmo efeito, mantendo incontroversa uma afirmação. A expressão é comum no estudo do julgamento antecipado e parcial do mérito, sendo utilizada, por exemplo, por Dinamarco: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.341, p. 646. Também o STJ se vale da expressão em vários acórdãos, como se vê, por exemplo, em: REsp 1698732/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020. Dado o uso corriqueiro, a expressão será utilizada neste trabalho.

76 A definição legal é bem assentada e já se via, em linhas gerais, na conhecida obra de Amaral Santos: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 2. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 12-14. Mais recentemente, já sob o CPC/2015: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.414, p. 732. Não é outra a definição da lei italiana, como se vê do art. 2730, co. 1, de seu Código Civil, acolhida sem maiores críticas pela doutrina: CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, p. 334; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II. 10ª ed., Milano: Giuffrè, 2019, p. 141. Mesma definição é a do Código Civil de Portugal, no art. 352, como se vê na monografia de Lebre de Freitas: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 43 e ss.

77 A confissão não é um meio de prova, mas uma declaração (um relato), que pode vir aos autos do processo por variados meios (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.415, p. 733). Essa declaração, preenchidos os requisitos, será tomada como ato jurídico ao qual se imputam determinados

A confissão pode ser judicial, quando se constituir em um ato processual<sup>78</sup>, ou extrajudicial, quando for uma declaração de ciência prestada fora de um processo judicial. Neste tópico, abordar-se-á a confissão em termos mais gerais, mas com maior aproximação à confissão judicial, deixando-se alguns detalhes da confissão extrajudicial para o tópico seguinte.

É bem assentada a ideia de que a confissão apenas produz aqueles outros efeitos, que vão além de servir de elemento de prova, quando preenchidos determinados pressupostos, tradicionalmente divididos em objetivos e subjetivos. Há certa divergência a respeito da correta caracterização de cada elemento e, especialmente, se seriam pressupostos de existência ou requisitos de validade. Renunciando à precisão e deixando de lado essas distinções (entre o plano da existência e da validade), os requisitos objetivos seriam os relativos ao fato confessado, como a disponibilidade do direito e à condição de ser desfavorável ao confitente e favorável ao adversário. Já os subjetivos, evidentemente, são os que dizem respeito a quem confessa, como a capacidade<sup>79</sup>.

Não interessa a este estudo a análise desses pontos. Estipular-se-á, por essa razão, que, quando se falar em confissão, estará pressuposto o preenchimento desses requisitos subjetivos e objetivos ora enumerados, apontando-se expressamente os momentos em que a confissão é tratada sem seu preenchimento.

A caracterização desses outros efeitos processuais produzidos pela confissão (ou seja, os que vão além do constituir elemento de prova) em geral é o que se aponta como distinção entre duas conhecidas correntes doutrinárias a respeito da natureza jurídica da confissão: se negócio jurídico processual ou mera declaração de ciência<sup>80</sup>.

---

efeitos processuais. Quando não preenchidos esses requisitos, não se produzirá essa eficácia peculiar, cenário em que a confissão, que é um relato, será fonte da qual poderão ser extraídos elementos de prova (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.420, p. 742). O Código Civil de Portugal trata do tema expressamente em seu art. 361, que, sob o título “valor do reconhecimento não confessório”, prescreve que: “O reconhecimento de factos desfavoráveis, que não possa valer como confissão, vale como elemento probatório que o tribunal apreciará livremente.”. Correta, por isso, a ideia de que a confissão ora é prova legal ora é prova livre, consoante estejam ou não presentes os requisitos para que se produza sua eficácia processual típica. Sobre o ponto, na doutrina portuguesa, vide: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*, p. 249. Isso explica por que a confissão sempre pode ser fonte de prova, algo que não acontecerá, no entanto, quando produzida sua eficácia processual ora estudada. Embora confirmem à confissão um caráter negocial, Marinoni e Arenhart demonstram com clareza essa *dupla valência*: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, p. 509-510.

78 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.417, p. 736-737.

79 Para enumeração semelhante, divergindo quanto ao *elemento volitivo*, vide: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. 2, p. 93-94; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 2: *teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 195 e ss; *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 97. Esta última autora acrescenta, corretamente, a verossimilhança da declaração de ciência, ponto que será abordado adiante.

80 Para um panorama das correntes, vide: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 2, p. 15-29. Nesta hipótese, a *confissão* é um *ato jurídico em sentido estrito*, vide: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*, p. 291; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 96-97; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 196-197.

Deixada de lado a pretensão de descobrir uma natureza jurídica, importa identificar qual é esse outro efeito jurídico, distinguindo-se, portanto, aqueles que defendem que a confissão (preenchidos seus requisitos) cria uma presunção relativa da ocorrência do fato confessado daqueles que defendem que a confissão cria uma presunção absoluta, excluindo completamente a possibilidade de um juízo sobre a ocorrência do fato, que é tomado por ocorrido irremediavelmente<sup>81</sup>.

Predomina, na doutrina brasileira mais recente, a primeira das concepções expostas no parágrafo antecedente<sup>82</sup>, ainda que com certa variação na caracterização da confissão como negócio jurídico ou mera declaração de ciência. Justamente por isso, parece mais relevante focar na delimitação dos efeitos processuais da confissão, sem consideração a essa pretensa natureza jurídica.

Há muitas razões para se sustentar que o que há é uma presunção legal relativa, mas, certamente, a que é mais comum na doutrina é a ideia de que assim se preserva algum espaço para o livre convencimento motivado<sup>83</sup> (ou para a persuasão racional), pois seria aberrante que o Estado-juiz, cumprindo seu mister de aplicar o direito objetivo, houvesse de se fundar em hipóteses de fato inverossímeis ou contrárias às provas dos autos<sup>84</sup>.

A caracterização do livre convencimento motivado como um princípio permite dar contornos dogmáticos a esse argumento.

Segundo se argumentou no tópico 3, o livre convencimento motivado, visto como um princípio, é uma norma que elege um sistema processual propício a decisões ra-

81 Recentemente, sob o CPC/2015, a posição foi defendida com mais afinco por Ramina de Lucca: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*, p. 295-297. Dando diferentes indicativos de que aderem à ideia de que a presunção decorrente da confissão é absoluta, porque irreversível quanto ao fato confessado, vide: ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 580-581; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 242-245. Sob o CPC/1973, era a opinião de: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. IV (arts. 282 - 443). Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 285-287; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. 1. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 365-366; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, vol. II. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1985, p. 206. É essa, finalmente, a visão que se tem na Itália: CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, p. 335; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II, p. 144; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*, p. 681. Em Portugal, pela tese da presunção absoluta ou, o que é o mesmo, eficácia de prova pleníssima: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*, p. 745.

82 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.418, p. 732; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 201-203; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, p. 509-510; CAMBI, Eduardo. *A prova civil*, p. 387; BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 123-125; AMENDOEIRA JR., Sidnei. Depoimento pessoal e confissão no novo CPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Grandes temas do CPC*, vol. 5: *direito probatório*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1017-1018.

83 É o argumento comum aos autores citados na nota anterior.

84 Após cogitar de afirmações inverossímeis das mais variadas, Dinamarco conclui, de forma bem expressiva que: “[...] o processo não é um negócio combinado em família, mas instrumento de exercício de um serviço público e o poder de disposição das partes não pode chegar a ponto de impor absurdos como esses à inteligência do juiz.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 942, p. 68).

cionalmente justificadas como um estado de coisas a ser promovido, tornando devida a interpretação dos textos normativos relacionados às provas de modo a promover aquele estado de coisas. É a chamada eficácia interna dos princípios.

A norma que imputa à confissão (ato jurídico) a produção de uma presunção relativa quanto à ocorrência do fato confessado, como qualquer espécie de prova legal, funciona como uma mitigação do livre convencimento motivado, já que determina que se admita como verdadeiro um enunciado de fato sem nenhuma valoração racional quanto à força da inferência<sup>85</sup> que liga o fato-base (a confissão) ao fato presumido (o fato confessado), algo que seria necessário se a confissão fosse vista apenas como fonte de uma presunção simples<sup>86</sup>.

Dando um passo além, ainda que se trate de uma regra contraepistêmica, há aí uma inegável racionalidade epistêmica, já que é razoável supor que uma pessoa só admita um fato contra seus interesses quando convencida de que essa é uma admissão verdadeira<sup>87</sup>. Promove-se a economia processual<sup>88</sup> sem abandonar a busca por decisões com maior probabilidade de correção fática, já que, como se disse, há uma justificativa epistêmica para a presunção.

Essa racionalidade epistêmica, porém, perder-se-ia por completo na hipótese em que se considerasse absoluta a presunção decorrente da confissão, já que, nessa condição, acabaria mantida mesmo diante de um conjunto probatório que demonstrasse a irracionalidade de se tomar por ocorrido o fato presumido.

Nesse cenário, o princípio do livre convencimento motivado acabaria sacrificado em prol da economia processual decorrente da desnecessidade de instrução probatória quanto ao fato confessado ou, como se costuma apontar, em prol da autonomia privada e da autorresponsabilização do sujeito pelos atos jurídicos que pratica livremente.

O dilema se resolve, todavia, se, em lugar de uma presunção absoluta, enxergar-se na eficácia da confissão apenas uma presunção relativa, promovendo-se a economia processual apenas até o ponto em que essa promoção não importar em um juízo de fato irracional diante da realidade do processo. Mais do que isso, quando se enxerga na confissão uma aptidão para limitar iniciativas probatórias, como se sustentará a seguir, percebe-se que a eventual subversão da presunção decorrerá da valoração de provas que já constam dos autos ou que foram produzidas para verificação de outras afirmações de fato: não haverá dispêndio de energia voltado exclusivamente para a reversão da presunção.

85 Sobre a força e o teste das inferências: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 231-232.

86 SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais*, p. 277 e ss., especialmente, p. 301-309.

87 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 2, p. 20-21; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.368, p. 674; LEITE, Clárisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 94. Da mesma forma, em Portugal: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*, p. 552 e nota n. 18.

88 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 2, p. 326-327; CAMBI, Eduardo. *A prova civil*, p. 387.

Propõe-se, por isso, que se apliquem à confissão (e pelas mesmas razões, à ausência de impugnação específica<sup>89</sup> e ao não comparecimento ao depoimento pessoal ou à recusa em responder<sup>90</sup>) os limites impostos pelo art. 345, IV, do CPC, à presunção de veracidade que advém da revelia<sup>91</sup>, derrotada sempre que as afirmações de fato do autor são inverossímeis ou contrárias às provas dos autos.

Essa forma de ver o fenômeno é afinada com a ideia de que as partes não podem negociar a respeito da verdade dos fatos, ou, em termos mais precisos, não podem excluir a livre valoração (racional e motivada) do juiz sobre os elementos de prova, impondo a adoção de suas narrativas consensuais<sup>92</sup>.

Podem as partes, quando disponível o direito, transigir, renunciar ou reconhecer a procedência do pedido. Fazendo-o, negociam a respeito dos efeitos jurídicos, substituindo os fatos aos quais o sistema condiciona determinados efeitos jurídicos por uma manifestação de vontade com a mesma aptidão de servir de causa a esses efeitos<sup>93</sup>: ao

89 O art. 345, IV, do CPC seria, em suma, a posituação de uma “regra geral de relatividade das imputações fáticas” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 55). Nesse sentido, estendendo essa relatividade à incontrovérsia decorrente da falta de impugnação específica: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil, Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. III: arts. 270 a 331. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 337. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.316, p. 618; YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V: artigos 334 ao 368. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 174-175.

90 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.411, p. 727-729; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Prova e convicção*, p. 461-462. A ideia de que se trata de uma presunção relativa é bastante tranquila na jurisprudência: “[...] A pena de confissão, ante a ausência da autora à audiência para depoimento pessoal, constitui meio de prova cuja presunção é relativa.” (AgInt no AREsp 1301711/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2020, Dje 18/06/2020).

91 Essa era a lição da doutrina mesmo sob o CPC/1973, que não contava com um dispositivo análogo ao inc. IV, do art. 345, do CPC/2015: BRESSOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, p. 126-143. Já sob o CPC/2015, vide: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, ns. 1.316 e 1.319, p. 618-619 e 620-621.

92 No mesmo sentido, com variados argumentos: TARUFFO, Michele. Verdade negociada?. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 13. Rio de Janeiro: 2014, p. 634-657; PICO Y JUNOY, Joan. Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 21. Rio de Janeiro: 2020, p. 153-164; MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. In: *Revista de Processo*, vol. 288. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 127-153, especialmente, n. 4. Em sentido oposto, além de Ramina de Lucca, já referenciado em notas anteriores, vide, com proveito: SILVA, Beclate Oliveira da. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coord.). *Grandes temas do CPC, vol. 1: negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-406, *passim*. Embora o desacordo seja sempre estabelecido a partir de diferentes concepções filosóficas a respeito da verdade e, no limite, sua relação com o processo, o argumento defendido neste trabalho pode prescindir desse debate, fixando-se na própria delimitação do que pode ser objeto de negociação para concluir, pelos argumentos expostos, que apenas efeitos jurídicos podem ser objeto de disposição. Com isso, a confissão se reduz a uma disposição da posição jurídica (uma faculdade) de requerer provas, atingindo, mediamente, o poder-dever do juiz de as determinar de ofício.

93 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.118-1.121, p. 315-320. Ramina de Lucca, ao tratar da renúncia à pretensão e do reconhecimento jurídico do pedido inverte os termos em que o tema é tratado pela doutrina tradicional, demonstrando que se trata de atos processuais com eficácia substancial e não o contrário: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*, p. 244-248 e p. 254-256. Sua construção, porém, não infirma o que ora se afirma: cuida-se da criação de uma causa autônoma e suficiente para os efeitos jurídicos produzidos no plano material direta ou reflexamente.

reconhecer a procedência de um pedido indenizatório, o réu não confessa os fatos que denotam o dever de indenizar, mas cria uma causa concorrente e suficiente para uma obrigação de pagar. Pode fazê-lo porque a lei assegura que a vontade funcione como causa desses efeitos jurídicos<sup>94</sup>.

Sem atuar diretamente sobre os efeitos jurídicos, isto é, restringindo sua atuação à verificação da ocorrência de fatos, podem as partes excluir meios de prova<sup>95</sup>, regrar o procedimento para a admissão de provas atípicas<sup>96</sup> e finalmente, produzir presunções relativas, ou, noutras palavras, convencionar a respeito do ônus probatório objetivo<sup>97</sup>. O que não podem fazer, ou ao menos, não sob a forma de um negócio jurídico processual, é impedir que o Estado-juiz valere racionalmente as provas produzidas a fim de selecionar a hipótese de fato<sup>98-99</sup> sobre a qual cogitará da aplicação do direito objetivo.

Permitir que o consenso a respeito de um enunciado de fato possa se sobrepor de forma absoluta à valoração racional da prova equivale a atuar diretamente sobre a

94 Interessante notar que, escrevendo com vistas ao sistema jurídico italiano, Liebman negava que o reconhecimento do pedido pudesse servir de causa autônoma dos efeitos jurídicos perseguidos em um processo. Defendia, por isso, que esse ato do réu (*riconoscimento della domanda*) valia apenas como uma confissão dos fatos constitutivos. Seu argumento, em grande medida, era a ausência de previsão legal. É, em suma, o que se vê em: LIEBMAN, Enrico Tullio. Sul riconoscimento della domanda. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 205 e ss. Essa perspectiva foi defendida por Lobo da Costa sob o CPC/1939 e mesmo com vistas ao Anteprojeto de Buzaid: LOBO DA COSTA, Moacyr. Confissão e reconhecimento do pedido. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 62, n. 2. 1966, n. 23, p. 199-200 e 206-207. A posição foi superada, como se pode ver nas obras citadas na nota anterior.

95 Sobre essa possibilidade, vide: RAVAGNANI, Giovanni. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 113-118; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*, p. 125-130. Contrariamente, vide, p. ex.: MARINONI, Luiz Guilherme. *A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil*, n. 4.

96 Para uma enumeração de exemplos, vide: AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017, p. 156-157. Especificamente sobre a atipicidade, vide, com proveito: MÜLLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 198-203.

97 MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 121-130; GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, cap. VI, *passim*.

98 Nesse sentido, concluindo pela invalidade de um negócio jurídico para tarifação da prova, veja-se: RAVAGNANI, Giovanni. *Provas negociadas*, p. 156-157.

99 Há, no direito estrangeiro, a figura peculiar do negócio de certificação (*negozio di accertamento*, na Itália), que serviria à certificação da interpretação e ou dos efeitos de um negócio jurídico anterior, sem importar, necessariamente, em uma novação. Disputa-se a respeito da amplitude do objeto da certificação a ponto de se admitir a certificação de fatos. Abordando o tema sob a ótica do direito positivo brasileiro e concluindo, em suma, que não é possível a certificação de fatos, vide, inclusive para noções mais gerais sobre o direito estrangeiro: CABRAL, Antonio do Passo. Negócio de certificação: introdução, objeto e limites. In: *Revista de direito civil contemporâneo*, vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 90-145, *passim*. Observe-se que, a se admitir a certificação de fatos, nada distinguiria esse negócio da confissão extrajudicial consoante descrita por aqueles que defendem seu caráter negocial. É o que se vê, com clareza, no texto de Carnelutti, em que trata, dentre outros temas, do *negozio di accertamento*: CARNELUTTI, Francesco. Negócio jurídico y documento. In: *Estudios de derecho procesal*, vol. I. Buenos Aires: EJEJA, 1952, p. 517-563, para o ponto ora ressaltado, p. 525-526. Sem necessidade de maior aprofundamento, adota-se a premissa de que, se possível um negócio jurídico como o ora cogitado, o objeto da certificação haverá de ser, no mínimo, uma situação jurídica, afastada a certificação negocial de fatos.



norma jurídica (abstrata) que será aplicada, substituindo um elemento de fato componente da hipótese normativa por um outro fato - a vontade das partes. O mecanismo, portanto, seria bastante semelhante às presunções absolutas.

Não se quer, com isso, sustentar que as partes sejam proibidas de criar normas jurídicas. Esse é, em certo sentido, o campo dos negócios jurídicos em sentido estrito<sup>100</sup>. O que se quer ressaltar, por outro lado, é que, se os direitos subjetivos são muitas vezes disponíveis<sup>101</sup> (sua tutela em juízo sempre o é<sup>102</sup>), o mesmo não se passa com o direito objetivo, sempre indisponível<sup>103</sup>.

Por isso, se não há empecilho a que os sujeitos, no seio de sua autonomia privada, disponham de seus direitos e, até, atuem sobre o suporte fático de normas jurídicas substanciais<sup>104</sup>, não parece adequado que isso se dê de forma sub-reptícia e *ex post facto* sob a forma de convenções sobre provas, ou, muito menos, pela simples declaração de ciência a respeito de um fato desfavorável ao declarante.

100 Não se quer entrar na polêmica da caracterização do negócio jurídico como fonte de normas. De todo modo, mesmo para os que adotam uma visão não normativista, a relevância da vontade nos negócios jurídicos está, justamente, em selecionar, dentre as possibilidades lícitas, o conteúdo eficaz da relação jurídica nascente. Nessa linha, a tradicional lição de Bernardes de Mello: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 248 e ss.

101 É nesse sentido que se deve cogitar da delimitação consensual das questões de fato por oportunidade do saneamento, diferenciando a disposição de um direito material da simples manifestação quanto à verdade de uma afirmação de fato. Sobre o tema, Talamini diferencia atos de verdade, que não vinculariam o juiz, e atos de vontade: TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. n. 6.3.1 e 6.3.2. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/2CCA2C38C91F32\\_Eduardo-umprocesso-para-chamar.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/2CCA2C38C91F32_Eduardo-umprocesso-para-chamar.pdf).

A partir dessa reflexão e na linha dos argumentos ora apresentados, apenas devem ser encaradas como negócio jurídico substancial as manifestações que digam respeito - em tese - a direitos subjetivos (em sentido amplo), vistos como efeitos jurídicos. No exemplo de Talamini, citado nesta nota, a opção por abandonar a afirmação de onerosidade excessiva corresponde exatamente a isso, uma posição jurídica de vantagem no plano substancial a que o réu renuncia, o que nada tem a ver com o consenso a respeito de um ou vários fatos. Ainda sobre a delimitação consensual das questões de fato, também não parece correta a perspectiva de que signifique alteração do objeto litigioso. O que pode haver, quando muito, é, além desses negócios jurídicos de direito material ora mencionados, a própria desistência de alguma demanda cumulada, com a aquiescência do réu, o que, repita-se, é bem distinto da delimitação de questões a serem objeto de prova porque controvertidas. Incurrendo nessa confusão, vide: RAVAGNANI, Giovanni. *Provas negociadas*, p. 105.

102 É a aceção mais usual do que se chama princípio da demanda ou princípio dispositivo substancial, tradicionalmente expressado na inércia da jurisdição. Sobre o tema, do autor deste artigo: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 96-98.

103 Com mais referências e a relação dessa indisponibilidade com o brocardo *iura novit curia*: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 158-159. Interessante notar que essa ideia é defendida por Ramina de Lucca (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*, 310-312), que conclui pela irrelevância da incontrovérsia das partes a respeito do Direito, sem atentar para os reflexos que o valor absoluto que confere a incontrovérsia a respeito dos fatos (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*, p. 297-299) acaba por produzir, mesmo que indiretamente, sobre a indisponibilidade do direito objetivo.

104 As partes de um contrato, por exemplo, podem afastar a incidência do art. 248, do CC, e pactuar que o devedor responderá por perdas e danos mesmo sem culpa na hipótese de a obrigação de fazer se tornar impossível. Esse pacto pode tomar várias formas e ser expresso, inclusive, sob a fórmula de uma presunção absoluta de culpa. Nesse caso, obviamente, ajuizada uma demanda condenatória ao pagamento das perdas e danos, os fatos que denotam a culpa não serão objeto de prova. Isso, no entanto, não se dá em razão de algum pacto probatório, mas porque, excluída a culpa do suporte fático abstrato que faz nascer o direito às perdas e danos, aqueles fatos se tornam irrelevantes para o exame do pedido. Podendo celebrar pactos como esse, não parece adequado que, da confissão, extraiam-se os mesmos efeitos.



Ambos os raciocínios - o que limita a confissão (e a admissão em sentido amplo) e os negócios jurídicos processuais sobre provas - fundam-se na mesma premissa: uma vez colocado em marcha, o processo judicial se desenvolverá de modo a propiciar um juízo racional a respeito da ocorrência dos fatos sobre o qual incide o direito objetivo, atividade que pode ser limitada de várias formas, mas, jamais, com a supressão da livre valoração das provas eventualmente produzidas.

Havendo um elemento de prova, seja qual for, ele será valorado, ainda que, com isso, sejam derrubadas presunções relativas criadas por atos das partes.

Adicionalmente, propõe-se que a confissão, por sua aptidão para desfazer a controvérsia sobre afirmações de fato<sup>105</sup> (art. 374, II, CPC), seja vista, também, como um limite à iniciativa probatória do confitente<sup>106</sup> e do juiz<sup>107-108</sup> em relação ao fato confessado. A confissão produz uma presunção relativa, mas não apenas<sup>109</sup>.

105 Por isso, tem razão Clarissa Guedes ao concluir que é essa incontrovérsia que explica as prescrições do art. 334, II, e do art. 400, I, do CPC/1973, reflexão que se aplica ao art. 374, II, ao art. 443, I, do CPC/2015, de idêntico conteúdo: “A regra que dispensa prova contrária à confissão cuida-se, muito mais, de regra atinente à delimitação do objeto de prova aos fatos controvertidos do que de regra de valoração, que estabeleça uma hierarquia entre os meios de prova.” (GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias*, p. 318).

106 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 201; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, p. 509. Embora não tratasse propriamente da confissão, mas da presunção decorrente da não impugnação, o Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, acolheu a ideia de que quem confessa (mesmo fictamente) não pode pretender a ulterior produção de prova: REsp 1224195/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 01/02/2012. Nesse acórdão, há longa transcrição das lições de Calmon de Passos, para quem a falta de impugnação resultava na preclusão da faculdade de produzir prova para afastar o que chamava de presunção de veracidade: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*, vol. III, p. 337. No mesmo sentido, também cuidando da falta de impugnação: AUBERT, Eduardo Henrik. *A impugnação especificada dos fatos no processo civil*, p. 328-330. Contra essa aptidão da confissão para limitar a iniciativa probatória, manifestou-se Clarisse Leite: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 99, nota n. 234. Seu argumento, em suma, é de que essa limitação dependeria de regra expressa, o que, em sua opinião, não há. Mais do que isso, não serviria a esse propósito o art. 374, pois, ao prescrever que fatos confessados ou incontroversos não dependem de prova, não teria proibido a prova do fato contrário. Essa objeção foi apontada após a leitura do manuscrito deste artigo. Deixar aberta a possibilidade de provar fato contrário é tornar inócua a função da controvérsia como fator decisivo na delimitação do *thema probandum*, pois afirmar um fato contrário é, justamente, uma das formas de controverter. Nesse sentido, se, de um lado, a incontrovérsia e a confissão podem ser contornadas a partir da existência de elementos de prova que contrariem a afirmação de fato confessada ou incontroversa, de outro, não parece adequado se permitir, sem mais, que o confitente ou quem não se desincumbiu do ônus de impugnar tenha o direito de provar em contrário. A situação é distinta em relação ao revel que, dadas as peculiaridades de sua posição, pode, por opção expressa do sistema, produzir provas com ampla liberdade, nos termos do art. 349, CPC.

107 A incontrovérsia das afirmações de fato, quando disponível o direito, é usualmente apontada como um limite aos poderes probatórios do juiz: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 154-157.

108 A ideia ora explicitada não passa pela polêmica a respeito da possibilidade de limitação dos poderes instrutórios por negócios jurídicos processuais, circunscrevendo-se à delimitação das consequências da incontrovérsia enquanto efeito de atos e fatos jurídicos. Para uma defesa da limitação negocial dos poderes instrutórios do juiz: MAFESSONI, Behlva. *Convenções processuais probatórias e poderes do juiz*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 138 e ss. Para posições contrárias, vide, p. ex.: MÜLLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual*, p. 151.

109 Há de se destacar que Dinamarco, célebre defensor da corrente que explica a eficácia da confissão como uma presunção relativa não chega a expressar claramente a ocorrência dessa limitação à iniciativa probatória. Parece seguro, porém, supor que seria ao menos simpático à ideia, quando se atenta para sua leitura da controvérsia como elemento central da delimitação do *thema probandum* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*

Com mais essas considerações, a tese da presunção relativa da confissão pode acomodar satisfatoriamente uma pretensa colisão entre o livre convencimento motivado e a autonomia da vontade: preserva-se em absoluto a disponibilidade do direito material; reconhece-se a responsabilidade do sujeito pelos seus atos jurídicos como uma autolimitação à sua iniciativa probatória; evitando o sacrifício do livre convencimento motivado quando a presunção relativa se revelar irracional porque inverossímil<sup>110,111</sup> a ocorrência do fato confessado ou houver prova em sentido contrário, que já conste dos autos ou que tenha sido produzida para a aferição de outras afirmações de fato.

Em termos esquemáticos, portanto, pode-se sustentar que a eficácia da confissão tem duas dimensões: a) produzir a presunção relativa da ocorrência do fato confessado; b) limitar a subsequente iniciativa probatória do confitente e do juiz.

A primeira dimensão eficaz (a) acentua a percepção de que, em um primeiro momento, a confissão não é nem mesmo um elemento de prova<sup>112</sup>. Funciona, apenas, como um ato apto a tornar incontroversa uma afirmação de fato. É essa a dimensão da confissão que permite que se lhe aplique a qualificação de regra contraepistêmica: ela exclui a valoração racional de uma hipótese de fato.

A segunda dimensão é comumente explicada como uma forma de preclusão lógica, em que o sistema impede que quem deu causa voluntariamente a uma situação jurídica processual - neste caso, a incontrovérsia - pretenda subverter essa mesma situação<sup>113</sup>. Ao fim, cuida-se do repúdio ao *venire contra factum proprium* no âmbito do processo, cujo objetivo é, de um lado, fazer os sujeitos responsáveis<sup>114</sup> por seus atos vo-

*de direito processual civil, vol. III, n. 941, p. 64-67*) e sua opinião de que a confissão gera incontrovérsia: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III, n. 1.418, p. 737*. A divergência que se pode opor ao pensamento de Dinamarco seria a respeito do que é suficiente para que se desfaça a incontrovérsia ou a presunção relativa, havendo o autor indicado que bastaria a nova declaração do confitente, divergente da anterior (a irrevogabilidade da confissão será tratada adiante) ou, tanto pior, a curiosidade do magistrado (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III, n. 1.418, p. 738*).

110 A verossimilhança nada mais é do que a aparência de verdade à luz do que usualmente ocorre, aferindo-se, sempre, sem referência às provas, ou, em uma expressão cara aos processualistas, *in statu assertionis*. Quando se passa ao confronto de um enunciado de fato e as provas produzidas, já não se está no campo da verossimilhança, mas da prova, relação que, como se destacou oportunamente, se estabelece sempre em graus de probabilidade. Não se deve estranhar, por isso, que inverossimilhança e contradição com a prova sejam unidos pela conjunção “ou” no art. 345, IV, do CPC. Adota-se, pois, a perspectiva de Taruffo: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, p. 183 e ss..

111 Em Portugal, o Código Civil nega eficácia à confissão de fatos impossíveis ou notoriamente inexistentes (art. 354, “c”), embora vá além da simples inverossimilhança, abarcando, também fatos cuja prova é proibida e fatos notórios, é inegável que há alguma aproximação entre a inverossimilhança e a impossibilidade física. Vide, sobre o tema: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*, p. 134.

112 Isso porque, diante da eficácia processual da confissão, nesse primeiro momento, o juiz não se valerá do relato como fonte de elementos de prova para a formação de sua convicção a respeito da ocorrência do fato afirmado. Deverá, nesse cenário, aceitar o fato como ocorrido, sem valorar o relato (vide o tópico 5.1).

113 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, p. 148-150.

114 Para uma distinta relação entre autorresponsabilização e confissão, vide: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*, p. 551-555.

luntários e, de outro, proteger as expectativas legítimas da parte que se beneficiou do comportamento de seu adversário: a confissão gera, para a parte adversária, a expectativa de que o confitente não buscará alguma forma de subverter a confissão. Diante disso, pode-se caracterizar a subsequente iniciativa probatória do confitente como um comportamento processual contraditório, ou, *venire contra factum proprium*<sup>115</sup>, se não for qualificada pela afirmação de que, ao confessar, agiu em erro ou sob coação.

Confere-se, a partir desse raciocínio, uma nova perspectiva para a irrevogabilidade da confissão (art. 393, CPC)<sup>116</sup>. Muito já se escreveu a respeito e há certa polêmica sobre a forma de se anular a confissão. Deixadas de lado a hipótese em que se afirme algum vício da vontade, e com isso, toda a polêmica em torno da anulação em si, parece correta a ideia de que, por irrevogabilidade, deve-se compreender, apenas, que o confitente não possa privar sua confissão dos efeitos processuais pela simples emissão de uma declaração de ciência em sentido oposto àquela prestada no passado<sup>117</sup>.

Nessa linha, permitir que o próprio confitente, por sua vontade, torne devida a produção de prova para falsear sua confissão seria o mesmo que permitir a revogação da confissão, tornando-a apenas uma regra de distribuição de ônus. Quem confessa,

115 Preenchem-se, com isso, o aspecto valorativo e o objetivo do comportamento contraditório que merece reprovação, considerações emprestadas da monografia de Larissa G. Tunala: TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 216-219 e 222-229. Como bem observa a autora, a *ineficácia* associada à preclusão não é a única reação do sistema à conduta contraditória (TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*, p. 244-250). Ainda assim, não havendo cominação de multa ou alguma outra consequência, é consistente a ideia de que, desacompanhadas da afirmação de que houve erro, coação ou outro vício, há de se limitar a iniciativa probatória que tenha como única finalidade a subversão da confissão.

116 Discorrendo sobre as várias correntes que buscavam explicação para a “natureza da confissão”, Chiovenda menciona, em suas instituições que, havia aqueles que “*nada mais enxergam na confissão senão aquilo que ela é objetivamente considerada, a saber, uma declaração de ciência relativa a um fato, declaração a que a lei atribui a preclusão do direito da parte confitente de emitir posteriormente declarações em sentido contrário*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 101). Chiovenda aderia, ao menos em grande parte, a essa perspectiva, o que fazia sem negar o caráter de prova legal, afastada apenas quanto aos fatos notórios e aqueles já provados, quando, em suas palavras, não haveria razão para a lei conferir à confissão seu efeito habitual e a preclusão que a acompanha. Comentando especificamente o trecho ora transcrito, Liebman apontou, justamente, que a irrevogabilidade da confissão mediante simples emissão de declaração contrária era a nota que a particularizava em sistemas que não a tratavam como uma prova absoluta, como o brasileiro à época (LIEBMAN, Enrico Tullio. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 101, nota n. 6).

117 Diverge-se, no ponto, da opinião de Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.416, p. 734-735). Admitir que a simples declaração oposta, sem nenhum outro dado, possa autorizar que se considere controvertida uma afirmação antes incontroversa em razão da confissão, viola o art. 393, do CPC. No mínimo, admitindo-se, por hipótese, que a anulação da confissão possa se dar incidentalmente, seria necessária a configuração do erro de fato, o que vai além da simples prova de que o fato confessado não ocorreu. Embora apenas cogitem da anulação em ação autônoma, argumentos semelhantes podem se ver em: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 206-209; GOES, Gisele Fernandes. *Comentários aos arts. 385-395*, p. 1184-1185. Sobre a distinção entre revogar e anular, bem como o apontamento de que o erro vai além da simples inocorrência do fato: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. IV (arts. 282 - 443), 299-302.

nesse cenário, sempre poderia se esforçar para provar a inoportunidade do fato confessado, o que reduziria sobremaneira o alcance da eficácia da confissão.

A confissão, na linha do que ora se argumenta, produz uma presunção relativa à qual se agrega uma limitação da iniciativa probatória.

De todo modo, essas duas dimensões da eficácia processual da confissão (“a” e “b”) se produzem apenas *prima facie*, pois, consoante se argumentou, são condicionadas à verossimilhança da afirmação e à inexistência de prova em contrário.

Afastada essa eficácia *prima facie*, a confissão será valorada como mais um elemento de prova, quando, então, o juiz definirá se tomará por ocorridos os fatos segundo a confissão ou segundo a hipótese contrária. Isso porque a segunda dimensão eficaz da confissão (b) não pode impedir que, ao sopesar elementos de prova que já constem dos autos ou que sejam admitidos posteriormente para fazer prova de outros fatos o juiz chegue à conclusão de que decidir tomando o fato confessado por ocorrido é irracional. Esse é o mecanismo que permite a uma regra contraepistêmica funcionar de forma epistemicamente racional.

Tendo vislumbrado essa possibilidade, o juiz deve oportunizar a manifestação do sujeito beneficiado pela confissão, de modo a preservar suas legítimas expectativas sobre a eficácia da intervenção. Nesse momento, poderá o beneficiado argumentar em prol da manutenção da presunção e, eventualmente, requerer a produção de provas que suportem a ocorrência do fato outrora presumido. Seguindo essa linha e pelas mesmas razões, parece razoável supor que a limitação à iniciativa probatória do juiz se restringe à produção de provas para reverter a presunção, não impedindo, portanto, iniciativas subsequentes à decisão que a considerou superada.

Um exemplo pode aclarar o que se diz: imagine-se uma demanda em que o autor pretende a condenação do réu ao pagamento de uma indenização, em razão de acidente automobilístico, afirmando, para denotar a culpa, que o réu avançou o semáforo, causando a colisão; junto à inicial, o autor acosta um vídeo obtido de câmera de vigilância da região; o réu confessa que avançou o sinal, mas afirma que isso era justificado porque o fez para abrir passagem a uma ambulância; o vídeo, porém, é cabal em demonstrar que o semáforo estava desligado.

A confissão foi contrariada por elementos de prova trazidos pelo próprio autor na inicial. Isso é o suficiente para que se tenha por desconstituída a presunção de veracidade. Nesse cenário, na linha do que ora se defende, o juiz deveria intimar o autor a se manifestar a respeito, para que, por exemplo, requeresse a produção de outras provas de sua alegação a respeito do avanço do sinal ou, partindo do pressuposto de que esse é um fato secundário em relação ao estado subjetivo que denota a culpa, pretendesse a demonstração desta a partir de outros elementos. Se o autor nada requeresse, não se pode afastar a possibilidade de que o próprio juiz requisitasse, por exemplo, filmagens de outras câmeras de vigilância às autoridades públicas para produzir elementos de prova que permitissem um juízo racional a respeito.

Nesse mesmo cenário, não houvesse a prova pré-constituída do autor, não se poderia, por exemplo, admitir um requerimento do réu para a produção de uma prova com a finalidade de contrariar a presunção<sup>118</sup>. Igualmente, não se admitiria que o juiz o fizesse oficiosamente. Nada impediria, entretanto, que o réu ou o juiz pretendessem a produção de prova, por qualquer meio, para verificar se, de fato, havia uma ambulância pedindo passagem e, fortuitamente, produzissem-se elementos a indicar que não houvera o afirmado (e confessado) avanço do semáforo.

De forma semelhante, sequer se produziria a presunção relativa se a afirmação do autor (posteriormente confessada), em lugar de relacionada ao semáforo, fosse de que o réu estava a 250km/h em seu VW Fusca 1960; uma afirmação, portanto, inverossímil.

Em suma, a forma como majoritariamente se vê a confissão no Brasil faz com que ela se converta em uma regra dotada de racionalidade epistêmica, porque é provável que a parte apenas confesse fatos realmente ocorridos e porque, ainda assim, produz-se apenas uma presunção relativa, derrotável, portanto, quando há elementos a indicar como irracional decidir tomando o fato presumido por ocorrido.

Diferentemente, a adoção da corrente que a vê como irreversível, tornando-a uma presunção absoluta, por excluir a valoração judicial seria, além de contraepistêmica, epistemicamente irracional, nos termos em que se definiu esta ideia no tópico 4. Demandaria, por isso, uma legitimação pela racionalidade jurídica.

É esse o caminho trilhado por aqueles que, admitindo em alguma medida a negociação sobre os juízos de fatos, elegem o princípio da liberdade e o princípio da autonomia da vontade como preponderantes nesse confronto com o princípio do livre convencimento motivado<sup>119</sup>. Discorda-se dessa perspectiva, o que, no entanto, não impede que se lhe reconheça a coerência.

118 Uma situação que pode levantar algumas considerações é aquela em que o confitente simplesmente junte aos autos documentos contrários à sua confissão. O problema deve ser abordado sob duas óticas diversas. A primeira é aquela em que os comportamentos sejam contemporâneos e na qual, parece possível excluir a eficácia processual da confissão pelo simples fato de que, mais do que contraditória com a prova dos autos, a confissão não terá criado para a parte adversa alguma expectativa legítima (sobre a relação entre a confissão e o *venire contra factum proprium*, vide a nota n. 115). A outra é aquela em que a juntada é extemporânea. Em princípio, há um ônus processual de concentrar a apresentação de toda a prova documental nos momentos de postulação (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 229-237), de modo que o problema aqui cogitado apenas se coloca em relação a documentos outrora desconhecidos e que, de alguma forma, possam fazer prova contrária à confissão. Na linha do que se sustentou oportunamente, a simples pretensão de fazer contraprova à confissão não deve ser admitida, de modo que, sem que, no mínimo, afirme que agiu em erro, não deverão ser valorados os documentos juntados pelo confitente com a intenção de contrariar a confissão. É bem verdade que, em muitos casos, será difícil ou mesmo impossível investigar a intenção da parte que aja dessa forma ou, independentemente disso, se o documento apresentado se presta à prova de alguma outra alegação de fato. Essa dificuldade, porém, é balanceada com a atribuição do ônus dessa demonstração a quem confessou no passado.

119 A ideia permeia todo o excelente trabalho de Ramina de Lucca e dá forma à expressão de que o autor se utiliza, a disponibilidade fática: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*, p. 271 e ss.

A discordância, segundo se apontou, reside na percepção de que a liberdade das partes está em transigir, renunciar, reconhecer a procedência do pedido, convencionar sobre meios de prova e sobre os ônus probatórios, não abarcando a própria valoração das provas produzidas, que sempre poderão servir á subversão das presunções relativas, decorram diretamente da lei ou da vontade das partes.

### 5.3) A confissão extrajudicial: cadeia de presunções

Muito do que se disse a respeito da confissão judicial se aplica à extrajudicial. Em primeiro lugar, mantém-se a ideia de que se trata da afirmação da ciência de fato contrário aos interesses do confitente.

Um detalhe muito importante, porém, é que sem sua inserção em determinado processo judicial, uma declaração de ciência não passa de um relato como qualquer outro<sup>120</sup>, pois apenas será confissão em um dado processo em que, sendo o confitente uma das partes<sup>121</sup>, o fato confessado for favorável a seu adversário<sup>122</sup>.

A confissão extrajudicial pode ser escrita ou oral<sup>123</sup>. Neste último caso, poderá ingressar aos autos pela produção de prova documental - uma gravação de vídeo<sup>124</sup>, por exemplo - ou, ainda, prova testemunhal.

Importa observar que, nesse caso, entre o fato confessado e o testemunho<sup>125</sup> ou o documento não escrito (fato percebido pelo juiz), haverá duas inferências: a primeira a ligar o testemunho ou o documento não escrito à declaração de ciência<sup>126</sup> (confissão);

120 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.419, p. 739.

121 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 95.

122 Não mais se exige, como prescrevia o art. 353, do CPC/1973, que a declaração de ciência seja direcionada ao sujeito que, no processo, é o adversário do confitente, como bem percebeu Clarisse Leite (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 95). Sobre a regra no CPC/1973, vide: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 2, p. 148-153. Observe-se, porém, que Amaral Santos via essa restrição mesmo na confissão judicial, o que formulava mediante a regra de que a confissão não aproveita a terceiros: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 2, p. 326.

123 Mesma amplitude não se vê no sistema português, em que, seja judicial ou extrajudicial, só produz eficácia confessória a confissão escrita: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*, p. 246-248.

124 Atentando para a possibilidade de que a confissão extrajudicial oral possa ser provada por documento não escrito, vide: MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Prova e convicção*, p. 544

125 Quando se tratar de prova testemunhal, é interessante notar que se cuidará de um típico *hearsay testimony*, ou seja, o testemunho cujo objeto é uma declaração prestada por pessoa distinta da testemunha, uma fonte de prova que, usualmente, é apontada como menos confiável. Sobre as peculiaridades do *hearsay testimony* no common law, vide: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 175-176.

126 Em todos os casos (mesmo na confissão judicial), haverá, de parte do juiz, um ato de interpretação, no sentido de que, percebendo o relato prestado pela testemunha, a imagem e o som reproduzidos de uma gravação ou, do mesmo modo, as palavras vertidas em um documento, deverá reconstruir essa experiência de modo a que seja útil para o juízo a respeito da ocorrência de um fato. Sempre será necessário, por exemplo, verificar se a conduta do pretenso confitente, com suas palavras escritas ou faladas, foi mesmo uma declaração de ciência,



a segunda a ligar a própria declaração de ciência ao fato sobre o qual o sujeito se declarou ciente (fato confessado).

Apenas na hipótese em que o juiz tenha por provado o fato de que o confitente emitiu uma declaração de ciência, é que se poderá cogitar da presunção legal relativa que substitui a segunda inferência, tornando-a um vínculo de natureza normativa: se verossímil e não havendo contraprova, o fato confessado será tomado por ocorrido sem nenhuma valoração a respeito da própria declaração de ciência enquanto suporte de inferências a respeito do fato confessado.

Isso não significa que a confissão extrajudicial prestada oralmente seja desprovida da eficácia processual típica da confissão<sup>127</sup>, mas, apenas, que há um juízo prévio a respeito da própria existência da confissão enquanto fato percebido pela testemunha.

Interessa destacar que essa dupla inferência também se faz presente na confissão extrajudicial representada em documento escrito<sup>128</sup>, pois, no mínimo, será necessário ligar, por inferência, o documento à declaração de ciência nele representada, para, em um segundo salto inferencial, ligar essa declaração de ciência ao fato confessado.

O detalhe, aqui, é que, nos documentos, essa primeira inferência também pode ser substituída por uma presunção legal relativa, seja a que decorre da fé pública das declarações do tabelião a respeito dos fatos ocorridos em sua presença (art. 405, CPC)<sup>129</sup>, seja a que decorre do documento particular autêntico (art. 412, CPC)<sup>130</sup>.

De todo modo, os documentos escritos que contêm declarações de ciência apenas produzem presunção relativa de que os sujeitos declararam saber de algo, não abar-

---

o que apenas é possível a partir da interpretação, da reconstrução de sentidos e da dedução das razões pelas quais conclui o juiz se cuidar de uma confissão. O ponto que se deve ressaltar, porém, é que, ao contrário do que é o senso comum na doutrina tradicional, mesmo o mais simplório dos documentos escritos ou uma fidedigna gravação em vídeo serão, sempre, objeto de interpretação e valoração: nada há, nesses documentos, que seja simplesmente dado e tudo deve ser interpretado. Deixa-se, porém, de aprofundar essas considerações, recomendando-se, para essas e outras críticas: RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 103-132.

127 É o que defendem Marinoni e Arenhart a partir do pretense caráter negocial da confissão: MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Prova e convicção*, p. 544-545. No mesmo sentido, embora negue a natureza negocial da confissão: GOES, Gisele Fernandes. Comentários aos arts. 385-395. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil [livro eletrônico]*. 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1185.

128 Luiso destaca essa como uma grande diferença entre a confissão judicial e a extrajudicial: esta é uma prova que deve ser objeto de prova, enquanto aquela é percebida diretamente pelo juiz (LUIISO, Francisco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II, p. 148). Essa é uma construção que só é precisa se o valor confessorio for restrito à confissão feita diretamente pela parte, como parece ser o caso no ordenamento italiano, em que a manifestação do defensor da parte tem um efeito mais restrito que a confissão (LUIISO, Francisco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II, p. 148). A rigor, admitida a possibilidade, como é certo no sistema brasileiro, a confissão que se faça em um ato postulatório, como a contestação, será uma confissão documental e escrita, cujo ingresso aos autos é muito mais semelhante à produção e valoração da prova documental, ainda que, ao fim, esse documento também represente um ato postulatório.

129 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 78-80.

130 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 125-126.



cando, nessas circunstâncias, a própria presunção de que o fato cuja ciência se declarou tenha ocorrido. Nesses casos, o eventual interessado ainda tem o ônus de provar, por qualquer meio, que o fato ocorreu. É esse o teor do art. 408, do CPC<sup>131</sup>.

Quando, porém, essa declaração de ciência estampada em um documento é qualificada como uma confissão, produz-se essa segunda presunção relativa, agora já sobre a própria ocorrência do fato confessado<sup>132</sup>.

Todo esse esforço analítico serve para que se demonstre que são mais amplas as possibilidades de o confitente subverter a eficácia da confissão extrajudicial.

Quando a primeira inferência não for uma presunção legal relativa, como nos casos de confissão oral provada por testemunho ou em documentos sem presunção de autenticidade, o ônus da demonstração de que o pretendo confitente emitiu uma declaração de ciência será da parte que afirmou a ocorrência do fato confessado.

Sempre será possível, por exemplo, que se considere frágil o testemunho de quem afirma ter presenciado a declaração de ciência, por exemplo, porque passado longo tempo desde esse momento<sup>133</sup>; ou, ainda, que o registro, em imagem, de conversas em aplicativo de mensagens não é suficientemente confiável em sua integridade<sup>134</sup> ou autenticidade.

A presunção relativa que pode derivar da confissão atua apenas sobre o ônus de provar o fato confessado, mantendo-se sempre com quem afirma o ônus de provar o fato-base da presunção. Aplicada essa ideia aos casos ora imaginados será de quem invoca a confissão oral testemunhada ou a confissão registrada no aplicativo de mensagens o ônus de demonstrar que a confissão ocorreu. Nesses casos, portanto, sempre será necessário construir racionalmente um conjunto de inferências que liguem a prova (testemunhal ou documental) à confissão<sup>135</sup>.

131 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 93-94.

132 Fala-se, então, de documento confessório, porque representa uma confissão. A respeito dos distintos efeitos presuntivos conforme se trate de documento representativo de uma declaração de ciência ou de uma declaração de vontade, vide: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 93-94.

133 Para uma enumeração de fatores que fazem com que mesmo uma testemunha sincera preste declarações falsas, dentre as quais, o ora mencionado, vide, com proveito: RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*, p. 98-118.

134 O tema está em voga em razão de recente decisão do STJ, em processo de natureza penal: STJ, AgRg no RHC 133.430/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021. Uma análise mais profunda desborda dos limites deste estudo, porém, a leitura da decisão permite a conclusão de que não se trata, ou não propriamente, de um problema de ilicitude de prova, mas de valoração do grau de confiabilidade dos elementos de prova produzidos a partir do documento. Em suma, cuida-se de uma desconfiança quanto à integridade desses registros diante de uma maior facilidade de adulteração. Sobre este último ponto, vide: RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação*, p. 225-228.

135 O ponto foi bem percebido por Cláudio Consolo, ao tratar da confissão oral provada por testemunha: CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, p. 337.

Deve-se observar, porém, que mesmo quando essa primeira inferência for substituída por uma presunção legal relativa - por exemplo, porque o tabelião declarou em um documento público que presenciou a confissão ou porque a confissão é representada em um documento privado com firma reconhecida - ainda será possível ao confitente, em determinadas circunstâncias, subverter a eficácia da confissão demonstrando por qualquer meio que não prestou a declaração de ciência.

Isso será possível sempre que a prova documental for produzida pela parte adversária do confitente, por iniciativa do juiz, ou quando o próprio confitente o fizer, preventivamente, com a intenção manifesta de provar que não confessou. Nesses casos, não há razão para se produzir incontrovérsia sobre o fato de que o confitente prestou a declaração de ciência: (i) seja porque lhe será dada a oportunidade de falar sobre o documento (art. 436, CPC), quando, então, poderá afirmar sua falsidade material ou ideológica; (ii) seja porque, ao produzir voluntariamente a prova documental já o fará mediante a afirmação de sua falsidade.

Nesses casos, mesmo que mantida a presunção relativa<sup>136</sup>, o agir do confitente impede que se produza a incontrovérsia sobre a emissão da declaração e, por decorrência, aquela segunda eficácia que se identificou nas confissões e que falta às presunções relativas em geral, isto é, de limitar a iniciativa probatória do confitente (e do juiz) para demonstrar a inocorrência do fato presumido. Haverá, então, pura presunção relativa, que se resolve em um ônus de provar de que o pretense confitente poderá se desincumbir atuando ativamente na requisição de provas.

Será possível ao confitente, portanto, sem maiores amarras, pretender provar que não declarou o que o tabelião afirma ter presenciado. Poderá, por exemplo, demonstrar, com testemunhos e documentos, que jamais poderia ter comparecido à serventia extrajudicial no dia em questão, porque estava em um evento profissional em outro Estado. Cuidando-se de um documento privado com firma reconhecida do próprio confitente, será possível, por exemplo, demonstrar que o documento foi assinado em branco e preenchido de forma abusiva (art. 428, I, CPC).

Veja-se que, nesse caso, o confitente não nega a ocorrência do fato supostamente confessado, mas, apenas, afirma que não confessou. Afasta-se a existência da confissão enquanto ato jurídico para se afastar, mediatamente, sua eficácia processual.

Será possível, por fim, que a própria eficácia processual da confissão não se produza ou seja subvertida, porque inverossímil a ocorrência do fato ou porque contrariada por outras provas constantes dos autos, produzidas antes que a confissão viesse ao

136 A observação é necessária porque, quando se tratar de documento particular sem reconhecimento de firma ou alguma outra forma legal de autenticação, a afirmação da inautenticidade pela parte adversária da que produziu a prova documental será o suficiente para que não se produza a presunção típica dos documentos autênticos. Essa a correta interpretação do art. 411, do CPC, e seus incisos. Para maiores detalhes: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 122-125.

processo ou, mesmo depois, para a verificação de outros fatos. Aplicam-se, a essa hipótese, as considerações feitas no tópico precedente quanto à confissão judicial.

A dúvida relevante é saber se a confissão extrajudicial, preenchidos seus requisitos, produziria, além da presunção relativa, aquela segunda dimensão eficaz caracterizada, no tópico precedente, como uma limitação às iniciativas probatórias do confitente e do juiz.

Há um bom argumento para que essa eficácia não se produza: diferentemente do que se passa na confissão judicial, a extrajudicial é feita fora e muitas vezes antes de algum processo, o que limita a capacidade do confitente de antecipar os possíveis efeitos do ato de confessar. Com isso, a tentativa de provar a inocorrência do fato contrário perderia muito de seu caráter de *venire contra factum proprium*, algo potencializado pela alteração legislativa que dispensou a necessidade de que a declaração de ciência seja prestada àquele que assume a condição de adversário (art. 353 do CPC/1973).

Um exemplo pode demonstrar essa preocupação. Imagine-se um servidor público que, com a simples declaração escrita de que convive sob o mesmo teto com uma pessoa, seja capaz de obter, em benefício desta, um plano de saúde mais barato, reservado a cônjuges ou companheiros, porque subsidiado pela associação de servidores públicos. Posteriormente, em uma disputa a propósito da divisão de bens do casal, surge controvérsia a respeito do momento em que se iniciou a convivência, sendo que a declaração prestada à associação beneficia o companheiro e prejudica o servidor, porque situa a constituição da união estável em um momento anterior no passado.

Veja-se que estão presentes os elementos para que essa declaração de ciência documentada extrajudicialmente seja considerada uma confissão: o servidor público declarou um fato que, em um dado processo, no qual se debatem direitos disponíveis, revelou-se desfavorável a si e favorável ao adversário.

A proteção à boa fé e o repúdio ao *venire contra factum proprium* chega ao ponto de justificar que, nesse processo, seja o servidor público tolhido da iniciativa probatória para subverter a presunção que deriva da confissão?

Na linha das considerações tecidas no tópico anterior, é defensável que essa segunda dimensão da confissão também se produza na confissão extrajudicial, pois a seriedade que se exige de quem declara a ciência sobre fatos, notadamente os capazes de integrar o suporte normativo de normas jurídicas, resulta em que se deva conferir o mesmo valor à declaração prestada perante o juiz ou a qualquer outra pessoa.

Negar essa eficácia típica da confissão pelo simples fato de se cuidar de confissão extrajudicial é permitir, sem mais, que o declarante mantenha uma declaração de ciência apenas enquanto ela lhe seja benéfica, retirando-a no cenário em que ela se revele

desfavorável. Mesmo que em alguns casos seja menor a capacidade do declarante de antecipar os efeitos de sua declaração, há evidente *venire contra factum proprium*<sup>137</sup>.

Mais do que isso, e esse é um argumento que parece definitivo, privar a confissão de seus efeitos nestes casos é o mesmo que permitir sua revogação, algo vedado expressamente pelo art. 393, do CPC. É isso, afinal, o que significa a irrevogabilidade da confissão: a impossibilidade de se privar de efeitos, com um simples ato de vontade, a declaração de ciência prestada no passado.

Evidentemente, como se disse, será possível ao servidor público desse exemplo tentar subverter a presunção que decorre do documento. O que não poderá fazer é, pura e simplesmente, revogar a confissão.

Não há distinção, portanto, entre os efeitos da confissão judicial e a extrajudicial, algo que, com raras exceções, parece ser a conclusão predominante na doutrina.

## 6) CONCLUSÃO

O livre convencimento motivado é um princípio que elege um sistema processual propício a decisões racionalmente justificadas como um estado de coisas a ser promovido, dentre outros meios, pela interpretação dos textos jurídicos.

Isso significa que as regras de prova legal, notadamente as que se justificam a partir da racionalidade epistêmica, devem ser interpretadas de modo a não suprimir completamente a livre apreciação da prova.

Aplicadas essas ideias à confissão, concluiu-se que sua eficácia se produz em duas direções: a) produzindo uma presunção relativa de que o fato confessado ocorreu; b) tolhendo iniciativas probatórias do confitente e do juiz no sentido de subverter essa presunção.

Com isso, acomodam-se o princípio do livre convencimento motivado, da economia processual e da autonomia privada, mantendo-se a presunção apenas até o ponto em que seja irracional tomar os fatos confessados como ocorrido à luz das provas já constantes dos autos ou posteriormente produzidas para a aferição das demais afirmações de fato.

Não há distinção entre a eficácia da confissão judicial e extrajudicial. Esta última, porém, por depender de mais saltos inferenciais ou de outras presunções, oferece mais oportunidades para que se afaste a eficácia da confissão. Isso, no entanto, não decorre de uma menor eficácia, mas apenas da possibilidade de se subverter cada uma dessas inferências ou presunções que, no raciocínio judicial, antecedem a confissão extrajudicial.

137 Não há óbice lógico em se tomar um ato praticado fora do processo como paradigma para aferir a adoção de comportamento contraditório no processo, bastando que aquele ato externo ao processo, tenha relevância processual, como no caso da confissão. É esse, inclusive, um dos exemplos de Larissa Tunala: TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*, p. 227-229.

## 7) REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 580-581; 2019
- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017
- AMENDOEIRA JR., Sidnei. Depoimento pessoal e confissão no novo CPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Grandes temas do CPC, vol. 5: direito probatório*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018
- AUBERT, Eduardo Henrik. *A impugnação especificada dos fatos no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020
- AULIO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual, primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
- BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017
- BRESSOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019
- CABRAL, Antonio do Passo. Negócio de certificação: introdução, objeto e limites. In: *Revista de direito civil contemporâneo*, vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 90-145
- CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: *Opere giuridiche – vol. I*. Roma: Roma Trepress, 2019
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil, Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III: arts. 270 a 331*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006
- CARNELUTTI, Francesco. Negocio juridico y documento. In: *Estudios de derecho procesal, vol. I*. Buenos Aires: EJE, 1952, p. 517-563
- CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Arayu, 1955

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, vol. III*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3ª ed., Torino: UTET, 2010
- CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile, vol. II: il processo de primo grado e le impugnazione delle sentenze*. 11ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2017
- DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of procedure: a comparative study. *University of Pensilvania Law Review*, n. 121. 1973
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil, vol. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2019
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: RT, 2017
- FERRER-BELTRAN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Juspodivm, 2021
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021
- GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; et. al. (Coord). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPI, 2005, p. 303-318
- GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, vol. 4-5. Campos dos Goytacazes, 2003, p. 213-269
- GRECO, Leonardo. Limitações probatórias. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 4. Rio de Janeiro, 2009
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2000
- GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013
- GUEDES, Clarissa Diniz; LEAL, Stela Tannure. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. In: *Revista de Processo*, vol. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- GUERRA, Marcelo Lima. *Prova Judicial: uma introdução*. Fortaleza: Boulesis, 2015

- LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre o princípio da eficiência e as normas sobre prova. In: *Revista de processo*, vol. 292. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019
- LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil, vol. VIII, t. II*. São Paulo: Saraiva, 2020
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Sul riconoscimento della domanda. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, 177-215
- LOBO DA COSTA, Moacyr. Confissão e reconhecimento do pedido. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 62, n. 2. 1966, p. 167-212
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 3ª ed, Salvador: Juspodivm, 2019
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019
- LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile, vol. II*. 10ª ed., Milano: Giuffrè, 2019
- MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016
- MAFESSONI, Behlúa. *Convenções processuais probatórias e poderes do juiz*. Salvador: Juspodivm, 2021
- MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. In: *Revista de Processo*, vol. 288. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil, vol. 2*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1985
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019
- MÜLLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016
- OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Londrina, PR: Thoth, 2021
- PASSANANTE, Luca. Prova illecita (Diritto Processuale Civile). In: *Enciclopedia del diritto*, estratto annali X. Milano: Giuffrè, 2017
- PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021
- PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019



- PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020
- PICO Y JUNOY, Joan. Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 21. Rio de Janeiro: 2020
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil, t. IV (arts. 282 - 443)*. Rio de Janeiro: Forense, 1974
- RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo; do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018
- RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação*. Salvador: Juspodivm, 2021
- RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020
- RICCI, Gian Franco. Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LIV. Milano: Giuffrè, 2000
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial, vol. 2*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020
- SILVA, Beclaute Oliveira da. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coord.). *Grandes temas do CPC, vol. 1: negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-406
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, vol. 1*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- STRECK, Lenio Luiz. As provas e novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Grandes temas do CPC, vol. 5: direito probatório*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018
- TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. ns. 6.3.1 e 6.3.2. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/2CCA2C38C91F32\\_Eduardo-umprocesso-para-chamar.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/2CCA2C38C91F32_Eduardo-umprocesso-para-chamar.pdf).
- TARUFFO, Michele. Libero convincimento del giudice: I) diritto processuale civile. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, vol. XVIII
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2ª ed., Madrid: Trotta, 2005
- TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014

- TARUFFO, Michele. Verdade negociada?. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 13. Rio de Janeiro: 2014
- TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. São Paulo: Marcial Pons, 2016
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016
- TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015,
- YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao código de processo civil, vol. V: artigos 334 ao 368*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018