

## VERDADE NEGOCIADA?<sup>1</sup>

*Michele Taruffo*

Professor efetivo na Universidade de Pavia.

**Sumário:** 1. Algumas hipóteses. – 2. A determinação dos fatos. – 3. Natureza das alegações. – 4. Contestação e não contestação dos fatos. – 5. As consequências da não contestação.

1. – O ponto de interrogação aposto no título destas breves considerações é devido ao fato de que estas intencionam submeter à verificação um lugar comum muito difundido, em particular no âmbito da jurisprudência, segundo o qual seria possível configurar acordos processuais entre as partes relativos à verdade ou à falsidade dos fatos alegados.

Os limites de espaço sugerem adotar uma forma muito sintética, com a esperança de que o conteúdo do discurso resulte até claro: explicitarei, mas justificando-o de modo muito esquemático e certamente insuficiente, algumas premissas que me parecem indispensáveis, para depois formular algumas observações e algumas conclusões em torno da eventualidade de que – no processo – a verdade dos fatos possa ser negociada. Digo logo que quem não aceitasse alguma destas premissas, ou não aceitasse nenhuma, estaria obviamente em radical desacordo sobre as conclusões; pelo contrário, quem aceitasse todas as premissas deveria provavelmente aceitar as conclusões que derivam destas.

1) Tendo passado quase ileso através da embriaguez pós-moderna<sup>2</sup> e do *deconstructive vortex*<sup>3</sup> dos últimos decênios, tendo a evitar a “*personal alienation of a*

---

<sup>1</sup> “*Verità negoziata?*” Publicado originalmente nos *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 11: *Accordi di Parti e Processo*. Milão: Giuffrè, 2008. Traduzido para o português por Pedro Gomes de Queiroz. Professor substituto de Prática jurídica Cível da UFRJ, Mestrando em Direito Processual na UERJ, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC – Rio, e advogado no Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> Trago a expressão, que me parece muito eficaz, de CUSUMANO, *Le prove nel discorso storico: riflessione a margine, in Processo alla prova. Modelli e pratiche di verifica dei saperi*, ANDÒ e NICOLACI (Coord.), Roma, 2007, p. 220.

<sup>3</sup> A definição é de BERNARD WILLIAMS, *Truth and truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton-Oxford, 2002, p.3.

*fantastic philosophical scepticism which claims to doubt that there is na external world, or past time, or other minds*”<sup>4</sup>. Nesta perspectiva formulo então uma primeira premissa:

P1 – O mundo externo existe na sua materialidade empírica.

Este enunciado é muito menos óbvio do que possa parecer à primeira vista. Este corresponde de fato a uma opção realista que parece justificada pelo senso comum e é acolhida pela maior parte dos filósofos e dos epistemólogos que escreveram sobre ele nos últimos anos<sup>5</sup>, mas que é recusada por muitos filósofos de orientação cética, subjetivista ou construtivista<sup>6</sup> e por todos que ainda acreditam na existência do diabinho de Cartesio<sup>7</sup>. Quem cultivasse verdadeiramente uma dúvida sistemática acerca da real existência de uma realidade exterior às suas percepções individuais, e não fosse capaz de distinguir entre conhecimento do real e imaginação fantástica, permanecendo definitivamente aprisionado no dilema “sonho ou estou acordado?”<sup>8</sup>, dificilmente poderia concordar com o que direi deste momento em diante.

2) A segunda premissa concerne à possibilidade de falar da veracidade ou falsidade dos enunciados que dizem respeito a eventos do mundo externo, e pode ser assim formulada:

P2 – *Um enunciado no qual se diz que um evento do mundo externo verificou-se assim e assim, é verdadeiro se aquele evento se verificou assim e assim, e é falso em caso contrário.*

Aceito aqui uma tese ontologicamente muito faticosa, mais dificilmente evitável, segundo a qual é a realidade de que se fala que faz verdadeiro ou falso aquilo que se diz

---

<sup>4</sup> Para esta definição cf. WILLIAMS, op. cit., p. 10.

<sup>5</sup> Na literatura italiana recente cf. v. g. MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007, p. 3 e s.

<sup>6</sup> Para uma síntese destas orientações em perspectiva epistemológica cf. GOLDMAN, *Knowledge in a social world*, Oxford, 1999, p. 19 e s., 48 e s.

<sup>7</sup> Sobre o diabinho de Cartesio cf. v. g. LYNCH, *La verità e suoi nemici*, tr. it., Milão, 2007, p. 21 e s.

<sup>8</sup> A propósito vale a pena recordar o argumento de WILLIAMS, op. cit., p. 131, que soa algo como isto: se quando estou sonhando não sei se estou sonhando, quando estou acordado não posso dizer se estou acordado; analogamente, uma vez que se estou morto não posso dizer que estou morto, não posso nem mesmo dizer que estou vivo.

desta<sup>9</sup>; isto vale ainda nas hipóteses em que não seja possível verificar aqui e agora, se aquilo que se diz de um evento real seja verdadeiro ou falso. Essencialmente, um enunciado é verdadeiro ainda se a sua veracidade não é por hora aceitável, ou é falso mesmo se sua falsidade ainda não foi demonstrada. Existem, portanto, verdades que vão além do conhecimento existente, em um certo momento e em um certo lugar, na mente de um sujeito determinado. Em outros termos, a veracidade de um enunciado não depende do fato de que aqui e agora esta possa ser demonstrada<sup>10</sup>. Além disso, no plano semântico vale ainda – com o acordo quase unânime de filósofos e teóricos da linguagem – a clássica definição de Tarski para quem o enunciado “a neve é branca” é verdadeiro se e somente se a neve é branca<sup>11</sup>.

No âmbito do discurso que aqui se está fazendo seria de qualquer modo suficiente aceitar uma tese ontologicamente e epistemicamente mais débil, fundada sobre a ideia enunciada por Dewey e retomada por Michael Dummett para quem a veracidade de um enunciado equivale à sua *warranted assertibility*<sup>12</sup>. Nesta perspectiva, a veracidade de um enunciado não é reconduzida diretamente à sua correspondência com os eventos do mundo real, mas ao invés à existência de adequadas justificações que possam ser invocadas para sustentar e confirmar a veracidade do enunciado em questão. A justificação não coincide, portanto, com a veracidade do enunciado, mas é, todavia, conexas com a veracidade deste, pois a pressupõe: em ao menos um dos significados de “justificação”, de fato, se pode dizer que justificação implica a veracidade da proposição justificada<sup>13</sup>. Quem seguisse essa concepção “epistêmica” ou “verificacionista” da verdade<sup>14</sup> poderia aceitar uma premissa diversa, segundo a qual:

P2-bis Um enunciado sobre um evento do mundo externo é considerado verdadeiro se existem razões suficientes a justificar aquilo que o enunciado diz acerca daquele evento.

---

<sup>9</sup> Em sentido análogo, cf. v. g. MARCONI, op. cit., p. 3 s., 57, LYNCH, op. cit., p. 6 s.; GOLDMAN, op. cit., p. 60 s.; NORRIS, *Epistemology. Key Concepts in Philosophy*, London-New York, 2005, p. 6 s., 56 s., 61 s.

<sup>10</sup> Cf., v. g., LYNCH, op. cit., p. 5 e s.; MARCONI, op. cit., p. 4 e s.

<sup>11</sup> Na vastíssima literatura acerca do critério de Tarski cf. WILLIAMS, op. cit., p. 63 e s.; MARCONI, op. cit., p. 6; GOLDMAN, OP. CIT., p. 44 e s.

<sup>12</sup> Sobre a concepção de Dewey e de Dummett cf. v. g. a análise crítica de NORRIS, op. cit., p. 25 e s.; cf. ainda GOLDMAN, op. cit., p. 44 e s.

<sup>13</sup> Cf. in particular MARCONI, op. cit., p. 12 e s.

<sup>14</sup> Para estas qualificações cf. GOLDMAN, op. cit., p. 44 s.

Ainda estes enunciados (com maior razão P2, mais também P2-bis), são muito menos óbvios do que possa parecer a primeira vista. Nos últimos tempos, é frequentemente negado, por parte de alguns filósofos, que tenha sentido falar de verdade. Não por acaso tem-se falado de *veriphobia* para indicar o conjunto de orientações que de várias formas comungam “*a deep skepticism or utter repudiation of truth*” e se destaca que “*purveyors of anti-truth hostility are legion*”<sup>15</sup>. Valha por todos o exemplo de um filósofo famoso como Richard Rorty, para o qual a verdade se reduz ao consenso prestado a qualquer afirmação por um grupo de amigos razoáveis, de maneira que não vale a pena se ocupar com ele. A concepção de Rorty foi objeto de críticas duríssimas: por exemplo Goldman fala desta como uma tese “*strikingly abortive*”, fundada sobre um “*palpable error*” e sobre a ignorância das teorias mais sérias<sup>16</sup>, enquanto Williams diz que Rorty fornece “*striking examples*” daquilo que pode ser definido como “*running on empty*”<sup>17</sup>. Ainda Susan Haack endereçou críticas violentas a Rorty propriamente sobre o perfil da inconsistência epistemológica das suas teses<sup>18</sup>. Todavia, Rorty foi muito conhecido e influente, entre outras coisas por haver sustentado repetidamente que todo discurso que tenha a ver com a verdade é privado de sentido.

No âmbito jurídico, por outro lado, são muito difundidos seja o ceticismo dos desiludidos arbitrários, para os quais não existe nenhuma verdade dado que no mundo das coisas humanas – e, em particular, daquelas jurídicas – não se dão verdades absolutas, seja o ceticismo insignificante daqueles que William Twining chamou de *hard nose practitioners*, ou seja os práticos do direito – sobretudo os advogados – para os quais no processo se pode falar de tudo menos da verdade<sup>19</sup>. São numerosos, de fato, as orientações que de várias formas compartilham a tese para a qual no processo civil não se poderia ou não se deveria falar da verdade dos fatos<sup>20</sup>. Os enunciados formulados em P2 e P2-bis, a despeito da sua diversidade, convergem ao invés ao implicar a negação de todas estas orientações sobre o plano filosófico e epistemológico em geral,

---

<sup>15</sup> Cf. GOLDMAN, op. cit., p. 7, 9. Na mesma ordem de ideias, e a propósito das mesmas orientações, Bernard Williams fala de *deniers* para indicar todos aqueles que negam que seja sensato falar da verdade: cf. WILLIAMS, op. cit., p. 5 e s.

<sup>16</sup> Cf. GOLDMAN, op. cit., p. 11, 27.

<sup>17</sup> Cf. WILLIAMS, op. cit., p. 59.

<sup>18</sup> Cf. HAACK, *Manifesto of a Passionate Moderate. Unfashionable Essays*, Chicago-London, 1998, p. 18 e s.

<sup>19</sup> Sobre estas figuras cf. TWINING, *Rethinking Evidence Exploratory Essays*<sup>2nd ed.</sup> Cambridge, 2006, p. 103 e s.

<sup>20</sup> Mais amplamente a respeito cf. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 7 e s.

assim como sobre aquele jurídico e processualístico em particular. A posição que tais premissas exprimem, e que aqui integralmente se adota, foi recentemente formulada de modo assaz claro e eficaz por Michael Lynch, o qual afirma que a verdade é objetiva, é boa, é um objeto digno de investigação e merece ser perseguida<sup>21</sup>.

3) Sobre a base das considerações a pouco desenvolvidas parece oportuno explicitar uma terceira premissa, que pode ser assim formulada:

P3 Existe a possibilidade de descobrir, com métodos adequados e confiáveis, a verdade sobre eventos do mundo externo.

Não somente, portanto, existe uma verdade *aletica* que reflete objetivamente os acontecimentos do mundo real<sup>22</sup>, e se pode ainda aceitar uma noção *epistêmica* de verdade como justificação – a sua vez verdadeira – dos enunciados que se referem a estes acontecimentos<sup>23</sup>. A consequência ulterior consiste em admitir que desta verdade possa dar-se um conhecimento válido e objetivo. A verdade, portanto, não é somente um pressuposto abstrato ou um valor regulador que orienta o conhecimento, mas não pode nunca ser alcançado, como se poderia dizer de uma verdade que se considera absoluta<sup>24</sup>. Nos contextos em que se colocam em efeito procedimentos cognoscitivos, esta se torna ao invés objeto de descoberta e de verificação. Com base no que já se disse, isto implica que os acontecimentos do mundo real possam ser objeto de conhecimento objetivo e confiável. Isso não significa que se deva aderir a teorias “ingênuas” da correspondência entre mente e mundo, ou entre mundo e linguagem. Existem, de fato, concepções de “realismo crítico” que são tudo menos ingênuas sob o ponto de vista filosófico e epistemológico, e todavia compartilham a orientação para a qual a realidade externa é cognoscível de modo objetivo e racional<sup>25</sup>. Pode-se ainda admitir que existem procedimentos epistêmicos capazes de fornecer conhecimentos confiáveis sobre a verdade de alguns acontecimentos empíricos, e que, portanto, o conhecimento não tenha por objeto somente as construções mentais do sujeito que

---

<sup>21</sup> Cf. LYNCH, op. cit., p. 4 e s.

<sup>22</sup> Sobre a noção de verdade *aletica* cf. em particular NORRIS, op. cit., p. 4, 61.

<sup>23</sup> Sobre a noção de verdade epistêmica cf. ainda NORRIS, op. cit., p. 4, 25 e s.; em sentido crítico GOLDMAN, op. cit., p. 44 e s.

<sup>24</sup> Sobre verdade como ideal regulador, ao menos no âmbito do processo, cf. mais amplamente TARUFFO, op. cit., p. 155 e s.

<sup>25</sup> Sobre estas concepções cf. v. g. GOLDMAN, op. cit., p. 41 e s., 59 e s.; NORRIS, OP. CIT., P. 6, 10, 14, 42 e s., 57, 67 e s.

intenciona compreender a realidade. Isso implica rechaçar a tese do construtivismo radical, segundo o qual o conhecimento nunca entra em contato com os conhecimentos que pretende conhecer e se exaure no âmbito das construções mentais do sujeito, com a consequência de que a verdade não seria outra coisa senão uma espécie de consenso acordado em relação às construções mentais de alguém<sup>26</sup>. Trata-se mesmo de refutar a tese segundo a qual não existiria nada fora da linguagem, e, portanto, conhecimento, realidade e verdade não seria outra coisa senão produtos da linguagem mesma<sup>27</sup>. Ao contrário, não parece haver nada de particularmente problemático em reconhecer que enquanto é verdade que a linguagem não é o espelho fiel da realidade, assim como não o é o pensamento, todavia seja possível reconhecer, sobre base de conhecimentos empíricos e de justificações lógicas adequadas, quando um enunciado é verdadeiro ou é falso sobre a base da realidade que pretende descrever<sup>28</sup>.

No contexto do processo isso implica que se admita a possibilidade de conseguir uma verificação verdadeira dos fatos relevantes pela decisão, através do emprego de adequados instrumentos probatórios. Em particular isso comporta que se refute a também difundida opinião para a qual no processo se descobriria somente uma verdade “formal” (ou uma mera “fixação formal” dos fatos), e de reconhecer ao invés que – caso se dispusesse de um sistema probatório eficiente – se poderia verificar a verdade real (“histórica”, “empírica”, “material”) dos fatos que estão na base da controvérsia<sup>29</sup>. Naturalmente não se fala aqui de Verdade Absoluta, dado que as verdades com as iniciais maiúsculas permaneceram patrimônio quase exclusivo de alguns metafísicos e de vários religiosos fundamentalistas, mas simplesmente da verdade que pode ser descoberta no mundo incerto e frágil das coisas humanas.

4) A quarta premissa concerne à função do processo, e do processo civil em particular, e observa o significado da agora conhecidíssima – e de vários modos abusada – cláusula do “justo processo” recentemente inscrita no art. 111 da Constituição<sup>30</sup>. Resultando

---

<sup>26</sup> Para uma enunciação sintética desta tese cf. GOLDMAN, op. cit., p. 10 e s., segundo o qual (ali, p. 17) se trataria na realidade de uma espécie de *half-baked metaphysics*.

<sup>27</sup> Para uma penetrante análise crítica desta tese cf. GOLDMAN, op. cit., p. 17 e s. A propósito destas concepções WILLIAMS fala eficazmente de um “*tissue of mistakes*”: cf. idem, op. cit., p. 6.

<sup>28</sup> Neste sentido cf. em particular LYNCH, op. cit., p. 28 e s. Cf. ainda Marconi, op. cit., p. 34 e s.

<sup>29</sup> A propósito cf. em particular FERRER BELTRAN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, 2002, p.68 e s., assim como TARUFFO, op. cit., p. 35 e s.

<sup>30</sup> Acerca desta cláusula vem-se formando nos últimos anos uma literatura muito ampla na qual cf. em particular os estudos reunidos nos volumes do *Giusto processo?*, organizados por Guarnieri e Zannotti, Padova, 2006; COMOGLIO; *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004; *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e Il "giusto processo" in materia civile*, organizado por Capponi e Verde, Nápoles,

reducionista demais a tese às vezes defendida em doutrina, segundo a qual esta cláusula se limitaria a reenviar às garantias fundamentais do processo já previstas por outras normas constitucionais, e na tentativa de dar a esta um significado específico, pode-se formular a premissa em questão nos seguintes termos:

P4 *O processo é justo se é sistematicamente orientado para a produção de decisões justas.*

Não duvido, a saber, que o processo tenha por fim resolver controvérsias, e nem duvido que o processo, para ser justo, deva incluir a atuação de todas as garantias fundamentais impostas pelos princípios constitucionais: destaque, ao invés, que a qualidade da decisão, e, em particular, a justiça da mesma, não podem deixar de entrar na definição das condições que ocorrem para que um processo seja definido como justo. Por um lado, de fato, pareceria difícil considerar justo um processo que fosse sistematicamente orientado a produzir decisões injustas, ou que fosse sistematicamente indiferente à qualidade das decisões que dele resultam. Por outro lado, deve-se evitar cair no círculo vicioso consistente em considerar *a priori* como justa qualquer decisão que derive de um processo que se considere “procedimentalmente justo” (no sentido da justiça procedimental<sup>31</sup>) somente porque a este se aplicam as garantias processuais das partes. Na realidade, um processo “garantístico”, em que, a saber, as partes tenham podido desenvolver adequadamente todas as suas defesas, pode bem produzir decisões substancialmente injustas, como a experiência mostra quotidianamente, porque o juiz erra ao interpretar ou aplicar a lei ou porque se verificam erros na averiguação dos fatos, ou por uma variedade de outras razões.

Porque considero ao invés que os processos são feitos não com o escopo de fazer processos, mas com o escopo de resolver controvérsias com decisões justas, deriva disto

---

2002; bem como os escritos de BOVI, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 482 e s.; MONTELEONE, *Il processo civile alla luce dell’art. 111 della Costituzione e Il processo civile*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 523 e s.; CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e Il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 453 e s., e por último Idem, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. rim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 129 e s.

<sup>31</sup> Como é notado, com esta expressão são indicados numerosos estudos, essencialmente de caráter psicológico, mas orientados a propor modelos de “justiça procedimental”, concentrados sobre a análise das condições em presença das quais um processo é percebido como “justo”, mas caracterizados pela sistemática desatenção quanto aos confrontos do conteúdo e da qualidade das decisões às quais o processo se destina. A respeito, cf. os estudos reunidos nos volumes LIND-TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York 1988; *Procedural Justice*, ed. by Röhl and Machura, Aldersshot-Brookfield-Singapore-Sidney, 1997.

que a justiça da decisão é um fator relevante da justiça do processo. Neste sentido, vale a pena recordar aquilo que escreveu recentemente Luigi Ferrajoli na sua monumental obra dedicada aos *Principia iuris*: ele destaca de fato com grande clareza que o exercício da função jurisdicional, que é uma fundamental função de garantia, se explica através da aplicação da lei substancial, sendo este um atributo essencial da jurisdição nos sistemas inspirados nos princípios de estrita legalidade<sup>32</sup>. Na ótica de Ferrajoli não se trata somente de abstratas afirmações teóricas: estas concepções da jurisdição como garantia é de fato colocada por eles sistematicamente no contexto de uma articulada teoria da democracia<sup>33</sup>, na qual a resolução das controvérsias não pode não implicar a aplicação da lei como critério de decisão. Nesta perspectiva parece claro que a qualidade da decisão que conclui o processo não é um tipo de *optional* negligenciável. Ao contrário: essa é um atributo fundamental do correto exercício da jurisdição em um sistema democrático, como tal fundado sobre o princípio da legalidade. Portanto, a decisão não pode prescindir da correta interpretação e aplicação das normas: a legalidade da decisão é uma condição essencial da sua justiça, mas isso pressupõe – precisamente – que a justiça da decisão seja configurada como uma finalidade fundamental de qualquer processo que possa ser definido como justo.

5) As considerações a pouco desenvolvida requerem que se defina, ao menos em termos sintéticos, o que pode ser entendido como justiça da decisão. Elaborei alhures uma definição articulada desta noção, e portanto me permito remeter o leitor que seja interessado no assunto a um escrito recente em que me ocupei deste de forma mais ampla<sup>34</sup>. Indico somente o fato de que a justiça da decisão pode ser definida através de três condições, separadamente necessárias e conjuntamente suficientes, ou seja: a correção do procedimento, a justa interpretação e aplicação da lei substancial; a veracidade da verificação dos fatos. Para o que aqui interessa pode-se formular agora a quinta e última premissa nos seguintes termos:

P5 Uma decisão é justa se se funda sobre uma averiguação veraz dos fatos relevantes.

---

<sup>32</sup> Cf. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. Teoria del diritto, Bari, 2007, p. 880 e s.; 2. Teoria della democrazia, p. 213 e s.

<sup>33</sup> Cf. FERRAJOLI, op. cit., 2, p. 203 e s., 212 e s.

<sup>34</sup> Cf. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in Idem, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bolonha, 2002, p. 219 e s.

Como já indiquei, a veracidade da averiguação dos fatos não é a única condição de justiça da decisão (posto que não menos importante é a correta aplicação das normas que são assumidas como critério de juízo), mas, de qualquer modo, vale a pena destacar que se trata de uma condição necessária, baseada na tradicional e difundida constatação de que nenhuma decisão pode ser considerada justa e legítima caso seja fundada “sobre fatos errados”, ou seja, sobre uma reconstrução errônea da *fattispecie* concreta que é objeto de decisão<sup>35</sup>. Esta tese encontra uma recente e muito significativa confirmação na obra já lembrada de Ferrajoli, o qual coloca em evidência como o correto exercício da função de garantia que é desenvolvida pela jurisdição encontra seu fundamento em uma atividade cognitiva que concerne ainda à averiguação dos fatos sobre os quais se funda a aplicação da lei<sup>36</sup>.

As premissas que são agora sinteticamente formuladas sugerem um modelo ideal de decisões que parece indicado sobre dois fatores fundamentais. De um lado, as premissas P1, P2 (ou P2-bis) e P3 demonstram a possibilidade que se consiga um conhecimento verdadeiro de acontecimentos que se colocam no mundo externo em relação ao sujeito que os conhece. Em termos processuais, isso significa que existe a possibilidade de averiguar com métodos adequados que dizem respeito à admissão, à assunção e à valoração das provas, a verdade “real” (não uma verdade “processual” ou “formal”) dos fatos relevantes para a decisão. Deste modo, se fornecem razões para justificar a rejeição de todas as teses céticas, irracionais e subjetivas, que de várias formas tendem a excluir que no processo possa aceitar-se a verdade “real” dos fatos.

Por outro lado, as premissas P4 e P5 mostram que, em linhas gerais, e, em particular no contexto determinado da cláusula do “justo processo”, ocorre reconhecer que a averiguação da verdade dos fatos não é só possível, mas também é necessária a fim de que o justo processo explique efetivamente a função que lhe é própria. Em outros termos, o processo é justo se é sistematicamente orientado a fazer com que se averigue a veracidade dos fatos relevantes para a decisão, e é injusto na medida em que obstaculiza ou limita esta averiguação, dado que, neste caso, aquilo que se obstaculiza ou se limita é a justiça da decisão com a qual o processo é concluído. A propósito importa salientar que a correção do procedimento – ou seja, a circunstância de que neste atuam as garantias fundamentais e em particular a garantia do contraditório – é, ao

---

<sup>35</sup> A propósito, ver mais amplamente, TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, op. cit., p. 225, 228, 231 e s.; Idem. *La prova*, op. cit., p. 43 e s., ainda para outras referências.

<sup>36</sup> Cf. em particular FERRAJOLI, op. cit., 2, p. 213 e s.

contrário, uma condição necessária para que se possa falar de justiça da decisão, mas não é certamente uma condição suficiente neste sentido. A razão fundamental disto consiste no fato de que mesmo quando as partes tenham tido a plena possibilidade de articular e de desenvolver todas as suas defesas, isso não implica de nenhum modo que o processo consiga automaticamente estabelecer a verdade dos fatos relevantes para a decisão. Por um lado, na verdade, é bem possível que as defesas das partes não tenham sido adequadas ao alcance deste escopo<sup>37</sup>; por outro lado é notório e não faltam à consideração confirmações históricas<sup>38</sup>, que as partes não têm *a priori* nenhum interesse na averiguação da verdade. Foi antes observado que os advogados recorrem à sua habilidade profissional propriamente para evitar que se descubra a verdade<sup>39</sup>, e que não é de nenhum modo certo que o choque entre as partes conduza à verdade<sup>40</sup>. Não por acaso se diz que no processo inteiramente confiado à iniciativa das partes a verdade se torna um objetivo impossível de alcançar<sup>41</sup>, ou permanece irrelevante em relação à finalidade preeminente que é aquela de resolver de qualquer modo a controvérsia<sup>42</sup>.

Sob a perspectiva assim traçada pode-se agora pôr-se o problema da possibilidade de configurar acordos entre as partes que tenham por objeto a verdade dos fatos da causa. O problema nasce essencialmente em razão do afirmar-se – no nosso como em outros ordenamentos<sup>43</sup> - da tendência a fazer com que os fatos que devem ser averiguados em juízo venham a ser determinados em função do comportamento das partes, ou seja, mediante a combinação entre a alegação dos fatos por uma parte e a contestação destes pela outra parte. Se, portanto, um fato alegado não é (tempestivamente) contestado, esse se considera pacífico, o que significa

---

<sup>37</sup> A respeito, cf. mais amplamente TARUFFO, *Poteri probatori del giudice e delle parti in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 451 e s.

<sup>38</sup> Cf., em particular, LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford-New York, 2003, p. 332 e s.

<sup>39</sup> Cf. LANGBEIN, *op. cit.*, p.334.

<sup>40</sup> Cf., ainda, LANGBEIN, *op. cit.*, p.338.

<sup>41</sup> Cf., v. g., MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001, p. 109; Idem, *La prueba en el proceso civil II ed.*, Madrid, 2002, p. 244, 248.

<sup>42</sup> A respeito cf. por todos DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, tr. it., Bologna, 1991, p. 212 e s.

<sup>43</sup> Cf. v. g. o § 138 da *Zivilprozessordnung* alemã, o art. 405, n. 2, da *Ley de enjuiciamiento civil* espanhola. Cf. ainda as Rules 8(b) e 8 (d) das *Federal Rules of Civil Procedure* estadunidense. estas normas são substancialmente equivalentes aos art. 167, §1º, e 416, §3º, do nosso c.p.c., quando preveem o ônus do réu de contestar tempestivamente os fatos alegados pelo autor, sob pena de que tais fatos sejam considerados como admitidos.

aproximadamente que – ao menos segundo a opinião prevalente na jurisprudência – que esse não é objeto de prova e nem mesmo de decisão<sup>44</sup>.

Na base deste fenômeno, estão principalmente duas ordens de fatores: um de caráter funcional e um de caráter ideológico.

O fator de caráter funcional é determinado por considerações que podem em qualquer medida compartilhar-se, e que se podem definir de economia processual. Tende-se, em outros termos, a fazer com que o objeto da eventual atividade instrutória venha a ser o mais reduzido e simplificado possível ao início do processo: um fato não contestado é excluído do *thema probandum*, e isso implica uma redução e uma simplificação do trabalho do juiz, além do procedimento, porquanto concerne à admissão e à assunção das provas<sup>45</sup>. Se, antes, nenhum dos fatos alegados fosse contestado, haveria muitas vantagens, já que não haveria necessidade de provar qualquer destes e a decisão poder-se-ia limitar às questões de direito da controvérsia. Não por acaso, a jurisprudência não hesitou em criar e aplicar intensamente a categoria do “fato pacífico”, ou seja, do fato a propósito do qual o juiz não tem nada a fazer, e a respeito do qual, não corre nenhum risco de decidir de modo errado.

As exigências que se conectam à economia processual são seriamente valorizadas, sobretudo em sistemas caracterizados pela ineficiência da justiça civil como o italiano, mas é lícito duvidar que essas devam ser consideradas como absolutamente prioritárias e assim passíveis de zerar e de reduzir a nada cada outra exigência ou valor processual. Quem pensasse no funcionamento do processo somente em termos de eficiência na resolução das controvérsias, de fato, poderia ser tentado – em uma época *new age* – de ressuscitar as ordálias medievais, que em efeito eram muito rápidas e eficazes; ou se poderia recorrer ao lançamento de dados praticado pelo juiz Bridoye, ou à *random justice* de que falou recentemente um filósofo inglês<sup>46</sup>. Talvez,

---

<sup>44</sup> Na Itália, a alegação e a contestação/ não contestação foram objeto de amplos desenvolvimentos jurisprudenciais e de extensas e acuradas análises jurisprudenciais. Sobre o tema cf., em particular BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001; COMOGLIO, *Allegazione in Dig., Disc. priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, p. 274 e s.; Idem. *Le prove civili*. 2. ed., Torino, 2004, p. 73 e s.; CARRATA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995; CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*. I. *La contestazione tra norme e sistema*, Milano 1992; II. *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano, 1993; DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, II, p. 112 e s.; PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di contestazione nel processo civile*, in *Foro it.* 2003, I, “c” 606.

<sup>45</sup> Argumentos deste tipo são esparsamente encontrados na literatura sobre o assunto, citada na nota precedente.

<sup>46</sup> Cf. DUXBURY, *Random justice: on lotteries and legal decision-making*, Oxford, 1999.

porém, a eficiência do procedimento e a economia das atividades processuais deveriam ser tidos como compatíveis com a atuação de outros valores inerentes ao processo e à administração da justiça que não são menos importantes e que, portanto, não podem ser sacrificados *a priori*, como a justiça das decisões judiciais.

Por outro lado, caso se afaste da premissa enunciada pouco acima, segundo a qual a averiguação da verdade dos fatos se configura como uma condição necessária de justiça da decisão, disso deriva que cada derrogação ou limitação que se traga a tal averiguação determina inevitavelmente ainda quando disso advenha – por razões dignas de quaisquer considerações – um déficit na descoberta da verdade, e, portanto, um déficit correspondente na legalidade e justiça da decisão. Na verdade, se supusermos que A, B, C e D são os fatos relevantes alegados, mas C e D são considerados pacíficos porque não foram contestados, e, portanto, são averiguados com provas somente os fatos A e B, a consequência é que se termina por contentar-se com uma verdade incompleta: nada se determina, de fato, acerca da veracidade ou da falsidade dos enunciados relativos aos fatos C e D.

O fator de caráter ideológico, que é evidentemente subjacente à concepção negocial da verdade processual, deriva da bem conhecida concepção do processo civil segundo a qual este seria somente uma “coisa privada das partes”, e conseqüentemente no processo deveria acontecer tudo aquilo que as partes quiserem e nada de mais ou de diverso daquilo que as partes querem. Esta ideologia é largamente difundida e há numerosas implicações que aqui não podem ser tomadas em consideração nem ao menos sumariamente, e que, por outro lado, são há muito tempo discutidas em uma literatura ampla e variada<sup>47</sup>. Ao invés, evidencia-se aquilo que esta comporta em relação à determinação dos fatos que devem ser provados.

Trata-se, substancialmente, de uma concepção negocial segundo a qual competiria exclusivamente às partes, através da alegação e da contestação ou não contestação dos fatos, o poder de estabelecer que coisa deve ou não deve ser tida por verdadeira para os fins da decisão.

A ideia de que as partes podem estipular um acordo em relação aos fatos que fazem parte do *thema probandum*, e acerca da verdade dos fatos não contestado, tem algumas consequências que a prevalente jurisprudência acolhe, como aquela segundo a

---

<sup>47</sup> Cf. TARUFFO, *Poteri probatori*, cit., p. 452 e s.; BUONCRISTIANI, *op. cit.*, p. 16 e s., ainda para ulteriores referências.

qual o juiz não poderia admitir provas deduzidas pelas partes nem dispor de ofício sobre provas acerca de fato não contestado, ou aquela pela qual ele deveria ter por verdadeiro aquele fato sem efetuar sobre este nenhuma avaliação<sup>48</sup>. Em todo caso se trata na realidade de consequências paradoxais, como, por exemplo, aquela que se verifica quando se chega a dizer que o juiz não deve ter em alguma conta alguma prova, e, portanto, nem provas que demonstrem a falsidade do fato “pacífico”, ainda quando tal falsidade seja realmente demonstrada por uma prova vinculante (resultando esta, por exemplo, de um ato público). Em outros casos, tratam-se de consequências pouco claras, como aquela pela qual as partes poderiam determinar negocialmente a verdade de um fato somente quando a controvérsia disser respeito a direitos disponíveis, enquanto tal negócio seria obviamente excluído quando se tratem de direitos indisponíveis, com a consequência de que somente nesta segunda hipótese o juiz deveria averiguar a verdade dos fatos<sup>49</sup>. Deste modo se introduz uma bifurcação dificilmente justificável, em função da qual o processo seria ou não seria orientado a averiguar a verdade dos fatos, dependendo se a controvérsia versa sobre direitos indisponíveis, caso em que a verdade deveria ser averiguada, ou sobre direitos disponíveis, caso em que a verdade dos fatos poderia ser averiguada somente se as partes concordam nesse sentido, ou seja somente no caso em que o réu exprima a vontade “negocial” de não concordar com o autor sobre a “verdade” dos fatos que ele alegou.

3.- A concepção negocial da determinação dos fatos é discutível por várias razões<sup>50</sup>, mas o ponto mais importante é que essa parece fundada sobre um equívoco que concerne a natureza e a função da alegação dos fatos e da sua contestação ou não contestação. Resulta, portanto, oportuno esclarecer aquilo que se entende quando se fala da natureza e dos efeitos destes comportamentos das partes. Por razões de simplicidade do discurso será oportuno proceder ainda aqui a definições sintéticas.

---

<sup>48</sup> Cf. em particular Cass., sez. un., 23 jan. 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2030 e s., com nota de CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, e em Corr. Giur. 2003, p. 1335 e s.; com nota de FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*. Sobre a jurisprudência sobre o assunto v. Além disso a resenha de DEL CORE, op. cit., p. 125 e s.; para ulteriores referências cf. *Commentario breve al codice di procedura civile*, Carpi e Taruffo (Coord.), Padova, 2006, p. 553, 1192 e s.

<sup>49</sup> Cf. a jurisprudência citada na nota precedente e BUONCRISTIANI, op. cit., p. 19 e s.

<sup>50</sup> Para diversas críticas a esta concepção cf. em particular CIACCIA CAVALLARI, op. cit., II, p. 6 e s.; CARRATA, op. cit., p. 264 e s.

Def. 1 A alegação de um fato consiste na formulação de um enunciado descritivo daquele fato, realizada por uma parte em um dos seus atos.

Este enunciado é caracterizado por uma pretensão de verdade, já que a parte que alega o fato o indica como verdadeiro. Isto responde às condições conversacionais de Grice, segundo o qual seria incorreto afirmar um fato e contextualmente negar-lhe a veracidade<sup>51</sup>. Todavia, isso não implica que aquele fato seja verdadeiro: o enunciado que o descreve pode ser verdadeiro ou falso, segunda a premissa formulada em P2, mas o status epistêmico do enunciado que é objeto de alegação permanece aquele da incerteza. Esta incerteza poderá ser resolvida somente pelo juiz na decisão final, com base no êxito das provas.

A alegação de um fato não tem por si só algum efeito dispositivo ou normativo: somente no momento em que a parte a reconduz a uma *fattispecie* legal e atribui a essa uma qualificação jurídica, o fato alegado se torna “constitutivo” de uma situação jurídica e integra, por exemplo, a *causa petendi* da demanda<sup>52</sup>. Um fato que é alegado mas ao qual não se dá nenhuma qualificação jurídica não tem nenhuma eficácia constitutiva, como acontece no caso em que são alegados os fatos secundários, que exatamente por esta sua natureza não “constituem nenhuma situação jurídica<sup>53</sup>. Isso equivale a dizer que se o fato alegado é tomado em consideração na sua formulação própria, ou seja, em um momento logicamente (e talvez discursivamente e cronologicamente) distinto daquele em que é reconduzido a uma *fattispecie* legal, este não tem nenhum efeito jurídico: simplesmente a enunciação de um tal fato representa a formulação da premissa de um efeito jurídico que deste poderá (ou não poderá) fazer-se derivar, na eventualidade de que tal enunciação seja confirmada como verdadeira pelas provas. Esta consideração induz a excluir a confiabilidade de uma opinião muito difundida, segundo a qual a alegação dos fatos seria intimamente conexas com o princípio dispositivo e seria, ainda, um instrumento destinado à atuação de tal princípio, já que as partes – alegando os fatos – determinariam, com isso mesmo, o objeto da sua demanda e, portanto, vinculariam o juiz a decidir somente sobre aquilo que foi

---

<sup>51</sup> Cf. GRICE, *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Mass.-London, 1989, p.27 e s.

<sup>52</sup> Corretamente se diz, na verdade, que a alegação do fato é funcionalmente correlata à individuação da *causa petendi* (cf., v. g., COMOGLIO, *Allegazione*, cit., p. 274), o que pressupõe que, por si só, a alegação do fato não tenha a eficácia de determinar diretamente a determinação do fundamento da demanda.

<sup>53</sup> Em particular sobre a alegação dos fatos secundários cf. BUONCRISTIANI, op. cit., p. 105 e s.

alegado<sup>54</sup>. Esta tese se funda sobre a confusão de dois fenômenos que seria, ao invés, útil ter como distintos<sup>55</sup>: de um lado a alegação em sentido próprio, que consiste somente na formulação de enunciados acerca da existência de determinados fatos (ao fazer a alegação afirmo que “o fato F se verificou assim e assim no momento T e no local L”), e do outro lado a sua qualificação jurídica no contexto da formulação da demanda (formulando a demanda qualifico “o fato F como ilícito no sentido do art. 2043 c.c., e, em seguida, formulo o pedido...”). O princípio dispositivo, na verdade, é certamente referido na formulação da demanda, ou seja, aos efeitos jurídicos que se querem fazer derivar dos fatos que são alegados, mas não pode ser referido à pura e simples formulação de enunciados que descrevem esses fatos<sup>56</sup>.

Na realidade, a alegação não é outra coisa que um ato linguístico mediante o qual uma parte asseve que um fato se verificou de certa forma. Trata-se, portanto, na terminologia de Searle, de uma asserção com função meramente locutória, enquanto o seu autor afirma alguma coisa<sup>57</sup>. Sobre o perfil epistêmico, isto que é afirmado é um enunciado hipotético: este pode ser verdadeiro ou falso em si, mas no momento em que é expresso e, enquanto não for formulada a decisão final, esse não é verdadeiro nem falso.

4. – Tendo esclarecido um aspecto relevante do ato em que consiste a alegação dos fatos, se trata agora de evidenciar algum aspecto do comportamento que pode ser definido como recíproco em relação à alegação, o qual pode consistir seja na contestação dos fatos alegados, seja na não contestação destes. A contestação pode ser definida assim:

Def. 2 A contestação consiste na negação explícita da veracidade de um enunciado que foi objeto de alegação.

Vale a pena destacar que nesta definição se fala da contestação como negação explícita da verdade dos fatos alegados. Por um lado, isso significa que ocorre uma

---

<sup>54</sup> Sobre esta opinião cf. ainda para ulteriores referências BUONCRISTIANI *op. cit.*, p. 11 e s., 31 e s., COMOGLIO, *op. ult. cit.*, p. 277; Idem, *Le prove*, *cit.*, p. 73, 75 e s.

<sup>55</sup> Em sentido diverso cf. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, p. 42 e s., o qual não faz esta distinção e considera antes que a alegação dos fatos seja uma declaração de vontade que equivale à proposição da demanda.

<sup>56</sup> No sentido de que a alegação dos fatos e, assim, também a contestação destes, não tenha nada a ver com o princípio dispositivo, cf. em particular CARRATA, *op. cit.*, p. 248 e s.

<sup>57</sup> Sobre duas normas cf., ainda para referências de doutrina e de jurisprudência, *Commentario breve*, *cit.*, p. 513 e s., 1191 e s., e também CARRATA, *op. cit.*, p. 284 e s.

expressa tomada de posição do réu sobre o fato alegado do ator, tanto mais que normas como os arts. 167 e 416, §3º, c.p.c. requerem – seja somente com formulações textuais diversas, a segunda sendo mais rigorosa que a primeira<sup>58</sup> - que a contestação seja específica. Parece óbvio que uma contestação que deve ser específica não possa ser implícita. No mais, na negação explícita da verdade do fato alegado pode-se assimilar a declaração de não conhecer tal fato<sup>59</sup>, já que ainda neste caso se trata de uma declaração explícita que deixa na incerteza a sua existência. É duvidoso ao invés que se possa falar de contestação implícita, como aquela que derivaria da alegação, por parte do réu, de um fato incompatível com aquele alegado pelo autor, ou de fatos diversos deste, ou da dedução de uma prova contrária em ordem à existência deste fato<sup>60</sup>. Tratam-se, na verdade, de comportamentos que por si sós não implicam tomadas de posição precisas sobre os fatos alegados, dos quais não se pode deduzir com certeza a negação específica dos enunciados que descrevem estes fatos.

A contestação consiste, portanto, por sua vez, em um ato linguístico em que o autor afirma que o enunciado que foi alegado não é verdadeiro. O objeto deste ato linguístico, ou seja, o enunciado de que se afirma alguma coisa a propósito de um fato, não muda: trata-se do mesmo enunciado que constituiu objeto de alegação e que diz respeito a um fato principal ou secundário da causa. Muda, ao invés, a função locutória do novo ato linguístico, já que o seu escopo é aquele de afirmar que aquele enunciado é falso.

Por sua vez, a não contestação pode então ser definida assim:

Def. 3 A não contestação consiste na falta de negação explícita da veracidade de um enunciado que foi objeto de alegação.

A não contestação não consiste em um ato linguístico em sentido próprio, mas em um mero comportamento omissivo: a parte que não contesta o enunciado alegado, de fato, não disse nada. A propósito, é útil precisar que o silêncio da parte que poderia contestar o fato alegado é suficiente a determinar a não contestação. Ao contrário do

---

<sup>58</sup> Cf. a propósito FRUS, *Note sull'onere di "prendere posizione" nel processo Del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 72, 76.

<sup>59</sup> Cf. a propósito FRUS, *Note sull'onere di "prendere posizione" nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 72, 76.

<sup>60</sup> Para alguma orientação jurisprudencial neste sentido cf. *Commentario breve*, cit., p. 1193.

que frequentemente se considera<sup>61</sup>, não parece que o silêncio sobre o fato alegado possa equivaler à não contestação somente quando a parte contesta outros fatos alegados, já que se tem não contestação ainda quando o réu não contesta nenhum dos fatos alegados pelo autor. Nem mesmo se pode afirmar que se há não contestação tácita quando o réu desenvolve defesas incompatíveis com a negação do fato em questão<sup>62</sup>. A não contestação, na verdade, é sempre tácita, consistindo em um comportamento omissivo, ou seja – como se disse – na falta de negação explícita da veracidade do enunciado que foi objeto de alegação. Se o réu se cala a respeito de um fato alegado, isso significa que não o contesta: aquilo que diz ou não diz sobre outros fatos alegados não tem relevância em relação à contestação ou não contestação daquele fato. Por outro lado, se o réu admitisse explicitamente a verdade de um enunciado objeto de alegação, não se teria uma não contestação, mas se verificaria o diverso fenômeno da admissão do fato alegado<sup>63</sup>, que equivale, na realidade, a uma alegação do mesmo fato ainda por parte do réu<sup>64</sup>. Consequentemente, deve-se reconhecer que o enunciado que foi objeto de admissão explícita, ou seja, de uma nova alegação tenha o mesmo status daquele originariamente alegado pela outra parte e consista, portanto, em uma hipótese incerta acerca do fato de que se trata.

Tendo em conta o que se admitiu em P2, ou seja, que um enunciado é verdadeiro ou é falso enquanto o seu conteúdo corresponda ou não corresponda aos acontecimentos do mundo real, pode-se agora trazer algumas consequências, individuando quais podem ser os efeitos da contestação de um enunciado fático que foi objeto de alegação.

Cons. 1 Se o enunciado alegado é falso, a não contestação não o torna verdadeiro.

Cons. 2 Se o enunciado alegado é verdadeiro, a não contestação não o torna verdadeiro, porque ele já o é.

Cons. 3 Se o enunciado alegado é verdadeiro, a contestação não o torna falso.

---

<sup>61</sup> Cf. v. g. DEL CORE, op. cit., p. 119 e s.; CEA, OP. CIT., P. 2018; FABIANI, op. cit., p. 1343; CICCIA cavallari, op. cit., II, p. 43, e jurisprudência citada por estes autores.

<sup>62</sup> Neste sentido, cf. COMOGLIO, *Le prove, cit.*, p. 85; DEL CORE, op. cit.; CARRATA, op. cit., p.200 e s.

<sup>63</sup> A respeito, cf., em particular CARRATA, op. cit., p. 125 e s., 490 e s.; CIACCIA CAVALLARI, op. cit., II, p. 52 e s.

<sup>64</sup> Cf. CARRATA, op. cit., p. 126.

Cons. 4 Se o enunciado alegado é falso, a contestação não o torna falso, porque ele já o é.

Resulta, portanto, claro que, no que concerne à veracidade ou à falsidade do enunciado que foi objeto de alegação, seja a contestação, seja a não contestação deste são absolutamente irrelevantes. Como se disse, a hipótese que é objeto de alegação é verdadeira ou falsa em si (ou seja, em relação aos acontecimentos do mundo real), mas no processo essa é incerta, e permanece incerta – ou seja, possivelmente verdadeira ou falsa – independentemente de como se comporta a parte que a contesta ou não a contesta. No processo, de fato, a incerteza somente poderá ser resolvida em sede de decisão final, com base no êxito das provas.

Em geral, entretanto, é excluído que o acordo entre dois ou mais sujeitos não é capaz de mudar o status epistêmico de um enunciado, em particular determinando-lhe a veracidade. Na realidade, não faltam, na filosofia e na epistemologia recentes, orientações segundo as quais a verdade de qualquer asserção dependeria exclusivamente do consenso que sobre tais asserções se realiza em um certo contexto. Segundo estas orientações, portanto, não seria a realidade a determinar a veracidade ou a falsidade dos enunciados que a descrevem, mas seria a convergência de opiniões acerca da veracidade ou da falsidade destes enunciados<sup>65</sup>. Todavia, filósofos e epistemólogos de orientação “realista” (como aquela que seguimos) têm decididamente rejeitado cada concepção consensualista da verdade: por exemplo, Alvin Goldman escreve que “A consensus theory of truth seems wrong from the start” e que “The conviction that convergence coincides with truth is the faith of optimists, not part of a proper definition of truth”<sup>66</sup>. Na realidade, caso se aderisse a uma concepção consensualista da verdade, dever-se-ia admitir que houve uma época (talvez não terminada ou não terminada em todo lugar) em que era verdade que a Terra era plana. Somente a transformação do acordo entre os sujeitos interessados teria determinado a falsidade desta teoria e, portanto, a transformação da Terra em um corpo celeste de forma quase esférica. Ou haveria necessidade de reconhecer que porque Bellarmino tinha pela sua um amplo e robusto consenso, que durou até anos recentes, então por muito tempo foi verdade que era o sol

---

<sup>65</sup> Sobre várias concepções consensualísticas da verdade cf. v. g. GOLDMAN, op. cit., p. 69 e s.; LYNCH, op. cit., p. 35 e s.

<sup>66</sup> Cf. GOLDMAN, op. cit., p. 12. Em sentido decididamente crítico cf. ainda LYNCH, op. cit., p. 46 e s.

a girar em torno da Terra, e falso que Júpiter tinha quatro luas<sup>67</sup>. Os exemplos paradoxais poderiam multiplicar-se, mas não há necessidade de aduzir outros: parece agora claro que a veracidade de um enunciado não depende nunca do consenso de um auditório, e tanto menos do acordo de duas pessoas, mas do modo como é conformado à realidade do acontecimento que tem por objeto.

Tornando agora à alegação e à contestação ou não contestação dos fatos, pode-se observar que, com base nas definições indicadas anteriormente, segundo as quais se tratam de atividades que são reconduzidas à sua natureza própria de atos linguísticos, aparece inútil e supérfluo imaginar que as partes estipulam, através das mencionadas atividades, um acordo negocial que tem por objeto a verdade dos fatos alegados. Ocorreria, de fato, hipotizar, que a alegação do autor consista em uma espécie de proposta ou de oferta contratual, como se alegando um fato ele dissesse ao réu “te proponho um acordo acerca da veracidade do fato que alego”. Por outro lado, a contestação equivaleria a um tipo de recusa de tal oferta, enquanto a não contestação seria um tipo de aceitação tácita desta<sup>68</sup>. Nesta perspectiva, a jurisprudência<sup>69</sup> chega a dizer que “o fato não contestado não precisa de prova *porque as partes dispuseram sobre ele vinculando o juiz a tê-lo em conta sem nenhuma necessidade de convencer-se da sua existência*” (grifos nossos). Parece, todavia, evidente, com base nas considerações desenvolvidas anteriormente, que esta opinião se funda sobre um erro grosseiro e não tem em conta a real natureza e os efeitos das atividades de alegação e de contestação ou não contestação dos fatos. Em particular, aparece estranha a ideia de que as partes “disponham” sobre o fato que foi alegado, como se da verdade dos fatos se pudesse “dispor”, com um negócio assim eficaz a vincular o juiz a ter por verdadeiro aquele fato sem nem “convencer-se da sua existência”. Trata-se, como é fácil constatar, de uma construção imaginária que não tem nada a ver com a realidade daquilo que as partes fazem quando alegam, contestam ou não contestam um enunciado de fato. Tal construção encontra uma explicação na ideologia do processo como “coisa privada das partes” de que se fez menção mais acima, mas no contexto do processo não se justifica e

---

<sup>67</sup> Cf. a propósito MARCONI, op. cit., p. 14 e s., o qual observa que as teses mencionadas no texto não eram talvez privadas historicamente privadas de alguma justificação, mas “que as justificações são filhas do tempo não implica que o seja a verdade” (ali, p. 15).

<sup>68</sup> No sentido de que a não contestação não seja uma atividade de natureza negocial cf., em particular CARRATA, op. cit., p. 264 e s.

<sup>69</sup>

não responde a uma particular exigência. Essa merece, portanto, cair sob a navalha de Ockham para o qual, como é sabido, *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

5. – Sobre a base das considerações que precedem, a dúvida formulada no título destas páginas se resolve em sentido negativo: a verdade dos enunciados relativos aos fatos da causa existe ou não existe em função de como são desenvolvidos os relativos acontecimentos no mundo real, e não é objeto de negociação ou de acordo entre as partes. Como já se disse, a não contestação não torna verdadeiro aquilo que é falso, e nem torna verdadeiro aquilo que já é verdadeiro de per si.

Não obstante, a orientação recordada acima, que tem por objetivo derivar da não contestação dos fatos algumas vantagens práticas em termos de simplificação e eficiência do processo, não se torna, por isso mesmo ilegítima: ao contrário, se trata de uma finalidade que em qualquer medida é de considerar positivamente.

Ao invés, vale a pena precisar como opera um mecanismo similar, ainda com o fim de estabelecer se e em quais condições isso seja aceitável.

A propósito vai antes de tudo destacado que a teoria do fato “pacífico” se funda sobre uma espécie de *als ob* que recorda o pensamento de Vaihinger: de fato não se sabe se o enunciado sobre o fato “pacífico”, alegado e não contestado, seja verdadeiro ou seja falso. Todavia se admite – ou se pretende – que o juiz se comporte como se aquele enunciado fosse verdadeiro, ou seja, como se o fato hipotético e afirmado em sede de alegação fosse verdadeiramente verificado no mundo dos acontecimentos reais. Como já se disse, de fato, a não contestação não determina a veracidade do enunciado alegado: o status deste enunciado permanece epistemicamente incerto, uma vez que a não contestação não acrescenta nenhuma informação pela qual a asserção da sua veracidade possa parecer garantida.

De resto, não é possível fazer inferências deste gênero do puro e simples comportamento omissivo da parte que não contesta: se a sabedoria popular diz que “quem cala consente”, não diz, porém, que o fato de calar demonstre de algum modo a verdade daquilo sobre que se cala. Na realidade, as razões pelas quais a parte não contesta um fato alegado podem ser as mais diversas, mas nenhuma dessas parece idônea a determinar a verdade do enunciado que descreve aquele fato. Ao contrário, o réu pode evitar contestar um enunciado relativo a um fato que sabe não ser verdadeiro com o propósito de ocultar a verdade, colaborando com o autor na violação da lei. Não

se pode excluir nem mesmo, contudo, a eventualidade de que o réu não conteste um enunciado de fato que na realidade é falso, porque crê erroneamente que esse seja verdadeiro. Parece, portanto, evidente que da falta de contestação não se possam trazer elementos de convicção (e nem mesmo “argumentos de prova”)<sup>70</sup> e nem mesmo a propósito da vontade da parte que não contesta de concluir um acordo acerca desta verdade.

Em uma situação deste tipo, afirmar que o enunciado de fato não contestado deva ser tomado como verdadeiro para os fins da decisão implica um elevado risco de erro. Fundar a decisão sobre um enunciado de fato formulado em um momento do processo em que não se sabe nada sobre a verdade ou falsidade deste, quando ainda não foram adquiridos elementos de prova a respeito, implica o risco que se assuma como verdadeiro um enunciado que ao invés é falso. Este risco é quantificável em exatamente 50%, já que há uma possibilidade em duas que a decisão fundada sobre aquele enunciado seja errada. Esta proporção individua em termos de risco a medida do déficit de justiça que se verifica no momento em que se decide a controvérsia sobre a base de um enunciado de cuja veracidade ou falsidade não se sabe nada: o risco é que uma decisão em duas seja injusta porque se funda em um enunciado falso.

Coloca-se então o problema de estabelecer se a vantagem prática que se obtém, em termos de simplificação do processo, excluindo o fato não contestado do *thema probandum* seja capaz de contrabalançar a perda em termos de justiça que deriva de assumir como verdadeiro um enunciado que tem 50% de probabilidade de ser falso.

A propósito uma solução que visse exclusivamente a justiça da decisão impor a excluir qualquer relevância processual da não contestação das alegações de fato, e requerer que todos os relativos enunciados sejam demonstrados como verdadeiros ou falsos com base nas provas, não diversamente daquilo que acontece com os enunciados de fatos que foram contestados. Esta solução poderia, contudo, ser criticada argumentando que essa desconhece as exigências de economia processual e preclui toda possível simplificação da averiguação dos fatos. Este argumento não é de todo privado de relevância, e induz então a perguntar-se se não pode existir uma solução razoável,

---

<sup>70</sup> Parece, portanto, privado de fundamento a orientação difundida na jurisprudência segundo a qual a não contestação seria um comportamento idôneo a fornecer ao juiz argumentos de prova sobre a verdade do fato não contestado (cf. ainda para referências neste sentido, CARRATA, op. cit., p. 175 e s.; 204 e s.; CIACCI CAVALARI, op. cit., II, p. 39 ss.; FABIANI, op. cit., p. 1347).

que ao menos reduza em qualquer medida os piores riscos de erro na decisão, todavia abrindo o caminho a alguma significativa simplificação do procedimento.

Uma solução razoável pode ser individuada refletindo sobre a circunstância de que quando uma parte alega um fato supondo a verdade do relativo enunciado, na realidade, assume para si o ônus de demonstrar em juízo, com provas, que aquele enunciado é verdadeiro porque o fato efetivamente se verificou no mundo real. Em outros termos: o efeito principal das alegações consiste na assunção do ônus da prova relativamente ao fato alegado: *onus probandi incumbit ei qui dicit* recita o brocardo tradicional e, portanto aquele que alega um enunciado de fato assume para si o ônus de demonstrar a verdade deste<sup>71</sup>. Paralelamente, a contestação da veracidade daquele enunciado tem o efeito – por assim dizer – de atribuir a princípio à pessoa que alegou o fato o ônus de demonstrar que este realmente se verificou: a contestação confirma (observe-se: não cria) o status epistêmico de incerteza do enunciado que foi objeto de alegação, e – como já se disse – tal incerteza somente poderá ser resolvida com a verificação probatória do fato em questão.

É sobre este terreno, então, que se pode encontrar uma solução razoável para o problema anteriormente formulado. Pode-se admitir, isto é, que a falta de contestação de um fato opere no sentido de atenuar ou de eliminar, para a parte que o tenha alegado, o ônus de demonstrar a existência, posto que o réu, com o seu comportamento, não desafia o ator a fornecer tal demonstração. Pode-se, portanto, admitir que em virtude da não contestação se verifica um tipo de *relevatio ab onere probandi* em favor daquele que alegou o fato tornado “pacífico”: uma vez que sobre aquele fato não tem lugar a dialética contraditória das partes, pode-se simplificar o procedimento no sentido de considerar desnecessária a prova do fato não contestado<sup>72</sup>.

Observa-se, todavia, que isso não acarreta nenhuma consequência quanto à veracidade ou falsidade do enunciado que concerne àquele fato: o status deste permanece incerto, mas se admite que esta incerteza se torna irrelevante, em sede de decisão, em função da circunstância de que entre as partes esta não se tornou objeto de controvérsia porque a contraparte não colocou a parte que efetuou a alegação na

---

<sup>71</sup> Não se trata, na realidade, somente de uma regra de técnica processual, mas de um princípio fundamental que encontra aplicação em todos os campos do conhecimento: cf. GASKINS, *Burden of Proof in Modern Discourse*, New Haven-London, 1992, p. 2 ss.

<sup>72</sup> Em sentido análogo cf. CARRARA, op. cit., p. 282 ss., o qual destaca justamente que uma coisa é provocar uma *relevatio ab onere probandi* em vantagem da contraparte, e outra coisa é vincular o juiz a ter por verdadeiro o fato não contestado.

condição de dever demonstrar o fundamento das próprias asserções. É claro, contudo, que de tal modo não se elimina o risco de erro de que se falou mais a cima: se não é superado o ônus de provar a verdade do fato alegado, e, portanto, tal fato permanece não demonstrado, o relativo enunciado permanece incerto, e assim permanece a possibilidade que uma decisão sobre duas seja fundada sobre um enunciado fatural falso. Trata-se, então, de estabelecer se uma consequência deste tipo se justifica sobre a base da inércia da parte que poderia ter contestado o fato e não o contestou. Em sentido positivo, se poderia talvez dizer que é esta mesma parte a assumir – com o seu comportamento – o risco de ficar sucumbente por efeito de uma decisão fundada sobre um enunciado falso<sup>73</sup>. Entretanto, como a lei admite, no art. 2698 c.c., que as partes pactuem uma modificação ou uma inversão dos respectivos ônus probatórios, pode-se, ainda admitir que com o seu comportamento uma parte provoque uma *relevatio ab onere probandi* em vantagem da outra parte<sup>74</sup>.

Entretanto, isso não implica admitir que tenham lugar todas as consequências que a jurisprudência frequentemente reconhece como derivadas da falta de contestação de um fato alegado, e que maximizam a gravidade e a frequência do perigo de erro ínsito em fundar uma decisão sobre a veracidade não demonstrada de um enunciado de fato. Trata-se, então, de prever a possibilidade que se alcança de qualquer modo ao verificar diretamente a verdade ou a falsidade do enunciado alegado – e não contestado – todas as vezes que isto resultar possível e oportuno. Assim, de um lado é necessário consentir às partes contestar as alegações adversárias em cada momento do processo<sup>75</sup> transmitindo o ônus da prova à parte que alegou os fatos, sem que haja a propósito nenhuma preclusão. Neste caso, contudo, é necessário que, de qualquer modo, se ressalve o direito da parte, que alegou o fato sucessivamente contestado, de deduzir e de

---

<sup>73</sup> O réu é livre para escolher a estratégia defensiva que prefere (assim, CARRATA, op. cit., p. 275), e, por esta razão, é ainda livre para assumir o risco de que se fala no texto.

<sup>74</sup> É útil recordar, por outro lado, que a norma admite os pactos relativos aos ônus probatórios somente se a causa versa sobre direitos disponíveis. Pode-se, portanto admitir que a *relevatio* opera, em caso de falta de contestação, somente nesta hipótese, e o ônus originário da prova que incumbe ao autor não deixa de existir se a causa versa sobre direitos indisponíveis. Deveria ser claro, todavia, que assim não se aceita de modo algum a teoria negocial da não contestação.

<sup>75</sup> É em sentido contrário a jurisprudência mais recente, que – diferentemente do que ocorria no passado – exclui a possibilidade de contestações “atrasadas”: cf. indicações em *Commentario breve*, cit., p. 1192 s. A doutrina é ao contrário orientada, a propósito do art. 167 c.p.c., no sentido de uma interpretação relativamente mais elástica, pois admite que a contestação possa ter lugar mesmo depois da primeira defesa do réu, ao menos também na audiência de conciliação prevista pelo art. 183 (v. referências lá, p. 513). Depois da recente reforma desta norma, pode-se comodamente admitir que a contestação possa ter lugar ainda nos memoriais depositados fora da audiência no prazo concedido pelo juiz nos termos do parágrafo 5º da mesma.

fazer assumir as provas de que dispõe quanto àquele fato. De outro lado, não se pode excluir a assunção de meios de prova admissíveis e relevantes acerca da veracidade ou da falsidade do fato não contestado, se as partes tiverem de qualquer modo deduzido tais provas ou o juiz as tiver disposto de ofício. Em todo caso, depois, o fato não contestado deve ser efetivamente objeto de decisão, no sentido de que o juiz sempre pode trazer elementos de convicção acerca da veracidade ou da falsidade deste, qualquer fonte de informação que lhe seja fornecida no curso do processo. Além disso, o juiz poderá desconsiderar a sua existência, por exemplo, quando a veracidade daquele fato lhe pareça inverossímil ou contrarie outros fatos que foram provados. Em substância, o fato não contestado poderá ser considerado como verdadeiro, e portanto posto à base da decisão, somente quando o juiz haja amadurecido a convicção da veracidade do enunciado que o descreve<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> Em sentido análogo, cf. em particular CARRARA, op. cit., p. 266.