

## Editorial

## **Não contestação e aproximação simplificada à mais provável verdade factual**

## Editorial

## No answer to the claim and simplified approximation to the most likely factual truth

**Claudio Consolo**

Professore ordinario, Università degli Studi di Roma La Sapienza (Dipartimento di Scienze Giuridiche)

Facoltà di Giurisprudenza, Piazzale Aldo Moro, 5 00185 Roma (RM), Italia

claudio.consolo@uniroma1.it

<https://orcid.org/0000-0002-8083-8772>

Setembro de 2021

## 1. Art. 115, par. 1, c.p.c. e o reconhecimento do chamado princípio de não contestação: antecedentes

O direito processual italiano confere pouco espaço, em geral, aos negócios processuais. Não só não conhece a figura da sentença homologatória de confissão, total ou parcial, do pedido (*Anerkenntnisurteil*) e da sentença homologatória da desistência do pedido (*Verzichtsurteil*), como nem sequer associa à revelia valor de admissão dos factos. Estas eram e continuam a ser as características da ZPO alemã (§ 331 ZPO), propostas por Chiovenda no seu projeto para um novo Código de Processo Civil (ver, respetivamente, os artigos 78, 79 e 80 do Projeto), mas nunca implementadas. Significativo é, no entanto, notar que o artigo 80.º do projeto Chiovenda, sobre a sentença proferida em caso de revelia absoluta, previa que, se o réu não se constituísse “os factos eram considerados como admitidos, desde que não contrariados por provas”. Em suma, a ideia de que o silêncio da parte pode ter efeitos vinculativos para o juiz não era muito popular nem sequer entre os *patres* do direito processual italiano moderno.

A configuração, o alcance e os efeitos de um ónus de contestação dos factos alegados pela parte contrária, embora apenas muito recentemente tenha sido objeto de consagração legislativa geral (lei n.º 69 de 2009, a última que introduziu uma reforma realmente estruturante do processo civil), era já um tema conhecido e debatido. Discutia-se, em particular, se a parte estava isenta do ónus da prova relativamente a factos não contestados pela parte contrária, que, assim constituída, se conserva em silêncio em relação a tais factos. [A revelia não tem qualquer relevo no sistema jurídico italiano - ao contrário de muitos países europeus e de direito comum (o chamado *default*) - a nível probatório e/ou decisório.] Isto, obviamente, apenas no caso de processos sobre direitos disponíveis, nos quais o silêncio da parte pode ser-lhe imputado, em virtude do princípio de auto-responsabilidade processual e de colaboração entre as partes, e entre estas e o juiz.

O reconhecimento de um princípio geral de não contestação, com o referido efeito de aliviar do ónus da prova a parte que alegou factos não contestados pela parte contrária, teve lugar pela primeira vez, em Itália, em 2002, obra da sec. un., com a sentença n.º 761/2002. Sentença esta que tem como referência o processo do trabalho (e não por acaso, o art. 416, par. 3, sobre o conteúdo do ato de constituição do réu, exige que o réu “tome posição, de forma específica e não limitada a uma contestação genérica, sobre os factos alegados pelo autor como constitutivos do seu pedido”). Anteriormente, a falta de contestação dos factos era relevante apenas à luz de normas particulares: assim no artigo 13 do agora revogado processo das sociedades comerciais (decreto legislativo nº 5/2003) e, embora com um âmbito algo circunscrito, nos artt. 186-bis, 423, par. 1 e 648, c.p.c., respetivamente, sobre o pedido de pagamento de quantias não contestadas (onde a não contestação se refere sempre aos factos constitutivos do direito de crédito), e sobre a executariedade parcial do requerimento de injunção.

Mas é (apenas) em 2009, com a lei n.º 69/2009, que o princípio da não contestação adquire feições positivas e um alcance verdadeiramente geral. Com efeito, afirma o par. 1 do atual art. 115º: “o juiz deve fundar a sua decisão... nos factos não especificamente contestados pela parte constituída”.

## 2. Perfis dinâmicos do art. 115, par. 1, c.p.c.

**2.1.** A questão das características e efeitos da não contestação continuou, contudo, a ser (e continua a ser) objeto de um amplo debate. Em geral, o consenso que se tinha alcançado (embora não com total unanimidade), e que a reforma de 2009 não questionou, é o de que o facto não contestado é equiparado ao facto admitido, ou seja, um facto que, mesmo que não provado, pode ser utilizado como fundamento da decisão.

Contudo, e precisamente porque o facto não contestado não é um facto provado, o juiz não estará obrigado a considerá-lo como real, quando, por exemplo, resulta do material instrutório da causa que o mesmo – embora não contestado – não corresponde à verdade. Com efeito, o princípio da não contestação funciona a nível probatório, sim, mas apenas como *relevatio ab onere probandi*: a parte sobre a qual recai o ónus da prova do facto não contestado não sofre as consequências negativas ex art. 2697 c.c., resultantes da falta de prova desse mesmo facto. Contudo, essa parte não obtém tudo aquilo que obteria com o fornecimento de provas convincentes do respetivo facto. Assim, por exemplo, o juiz pode constatar a inexistência do facto não contestado, quando tal inexistência resultar dos atos do processo, e do material probatório nele recolhido (prova documental ou, por ex., testemunhal): assim, em relação ao art. 115, par. 1, c.p.c. post 2009, secç. un. 3 junho 2015, n. 11377 (sobre a defesa assenta na ineficácia do contrato celebrado pelo falso representante); e secç. un. 16 de fevereiro 2016, n.º 2951 (sobre a distinção entre falta de legitimidade processual e “substancial”, e sobre a defesa assente nesta última).

É por isso que o interrogatório formal (destinado a provocar a confissão da contraparte) deve ser considerado admissível mesmo quando diga respeito a factos que não tenham sido contestados pela parte contrária.

**2.2.** Debatida é, já, a questão da reversibilidade ou não dos efeitos da não contestação. Embora os efeitos da não contestação não sejam irreversíveis (precisamente porque o facto não contestado não deve considerar-se provado).

De facto, uma interpretação prudente sugere que, mesmo depois de 2009, a contestação do facto inicialmente não contestado pode ter lugar num momento posterior (precisamente porque o facto não contestado não é facto provado). Perante o silêncio da lei, é duvidoso, no

entanto, qual é o último momento até ao qual o facto pode ser contestado. Caso se aceite que a contestação (ainda que sucessiva) tem o efeito de tornar o facto controvertido, e, como tal, carecido de prova pela parte onerada *ex art. 2697 c.c.*, então o último momento para a contestação dos factos será: para o réu o primeiro ato nos termos do art. 183.º, par. 6, de modo a consentir ao autor formular, na declaração a que se refere o n.º 2 do par. 6 do mesmo artigo, a consequente instância instrutória. E para os factos alegados pelo réu, a respetiva contestação específica será feita em audiência prévia ou, o mais tardar, no ato a que se refere o art. 183.º, par. 6, n.º 1.

**2.3.** Da posição da norma (livro I do c.p.c., dedicado às disposições gerais), resulta que o princípio tem um alcance geral: o mesmo vale, portanto, não apenas para o processo declarativo, mas também para o procedimento cautelar. Por outro lado, a referência expressa no art. 115.º, par. 1 à constituição da parte impede que a não contestação funcione num processo à revelia. Escolha legislativa que, bem vistas as coisas, acaba por (paradoxalmente) dar à parte constituída um tratamento pior do que aquela que dá à parte revel, obrigando-a a tomar uma posição específica sobre os factos alegados pelo adversário. A contrapartida para a parte revel é que, embora o autor não fique desonerado do ónus probatório que sobre si impende, a mesma perde o poder de invocar exceções.

**2.4.** Um aspeto importante é aquele que diz respeito à identificação dos comportamentos que podem dar lugar à não contestação, o que não é de todo fácil de fazer *a priori*. Como primeira aproximação, e à luz do elemento literal e do advérbio “especificamente” utilizado pelo art. 115, par. 1, pode dizer-se que à não contestação “pura” se equipara, do ponto de vista dos seus efeitos, a contestação genérica (*i.e.*, realizada em bloco ou com expressões evasivas) dos factos alegados pela contraparte. Contudo, salvo casos-limite (como por exemplo o emprego de anódinas formas de estilo), o grau de generalidade da contestação, e, assim, a sua recondução à previsão do art. 115, par. 1, só poderá ser apreciado no caso concreto, ou seja, em relação à exatidão da descrição dos factos, pela contraparte, nos seus escritos de defesa, e em particular pelo autor na petição inicial, e pelo réu na contestação. Não configura, pelo contrário, “não contestação”, mas contestação indireta, mas unívoca, o comportamento da parte que – embora não tomando explicitamente posição sobre os concretos factos alegados pela contraparte – apresente, no entanto, uma reconstrução dos factos da causa incompatível com aquela que é apresentada pelo adversário. O Model European Rules of Civil Procedure, elaborado pela ELI-UNI-DROIT, contempla também todos estes diferentes cenários: ou seja, os casos em que os factos são “*admitted*”, “*contested*” ou “*an alternative statement of fact is alleged*”. No caso em que o réu “*can neither admit nor deny*” um determinado facto, ele deve explicar por que razão não tem conhecimento de tal facto, o que o liberta do ónus de tomar

posição sobre o mesmo (“reasons must be given in the defence”: assim a exigente RULE 54(4)).

É claro, entretanto, que a não contestação, precisamente porque se refere a factos, não pode dizer respeito, em bloco, a documentos, que têm a função de *provar* os factos alegados pela parte, e não a de suprir, com o seu conteúdo, a falta de alegação suficiente (ver, por exemplo, Cass. n. 6606/2016).

Deve também considerar-se que o atual contexto normativo relativo à petição inicial não estabelece qualquer ónus de alegação analítica a cargo do autor: pode, assim, acontecer que o autor alegue uma massa de circunstâncias que nem sequer se distinguem claramente umas das outras, ou que são completamente imprecisas. Ora, é evidente que uma leitura constitucionalmente fundada do art. 115, par. 1, impõe que se exija uma contestação específica apenas quando a parte contrária tenha apresentado uma alegação também ela específica. Aqui deve emergir a função pedagógica do princípio de não contestação e a vantagem dos *pleadings* claros e concisos que provocam o ónus de contestação a cargo do adversário.

**2.5.** Obviamente, a não contestação, relevante ex art. 115, par. 1 c.p.c., é apenas aquela que diz respeito a factos de que a parte teve uma percepção direta (sejam estes factos próprios ou comuns da contraparte); se a parte nada sabe (ou nada sabe com certeza) sobre os factos por esta alegados (por ex. quanto aos danos alegadamente sofridos pela contraparte), certamente não poderá atribuir-se qualquer valor (nem mesmo, entenda-se, em termos de *relevatio ab onere probandi*) ao seu silêncio sobre os mesmos. Assim, com razão, Cass. n. 14652/2016.

O papel de facto principal (que funda em via imediata o pedido ou a exceção), ou secundário (do qual se inferem os factos principais) não parece, entretanto, ter relevo para limitar o funcionamento do princípio de não contestação: não existem razões para excluir da regra do art. 115, par. 1 estes factos secundários, desde que os mesmos sejam alegados com a precisão necessária para permitir à parte contrária apresentar uma contestação sobre o ponto; de facto, a não contestação deve ser sempre o resultado de uma escolha consciente e voluntária da parte, e não deve ser gerada pela ambiguidade e falta de clareza das alegações adversárias.

### **3. O princípio da não contestação e a decisão (factual) justa: um afastamento do processo da verdade factual?**

**3.1.** Neste momento, é preciso questionar se a introdução de um princípio geral de não contestação tem um preço.

Em particular, se, através do seu funcionamento, podemos dizer que fica diminuída aquela coincidência (por certo, fisiologicamente “imperfeita”, mas que deve ser procurada e preservada) entre a “verdade substancial” e a “verdade processual”, e que nos afastamos da ideia, bem expressa por Allorio, de que as “regras normais sobre o conteúdo do acertamento jurisdicional [são as] regras de direito material” (*L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 136), com poucas, e bem testadas e justificadas exceções, acabando por se contentar com uma decisão meramente convencional, que pouco ou nada diz sobre a conformação material do direito deduzido em juízo, com pouco valor “epistémico”.

**3.2.** Sem dúvida, a possibilidade de uma margem de divergência entre a realidade dos factos e a reconstrução que é feita dos mesmos dentro do processo é conatural à própria experiência processual. Trata-se daquela “diferença”, mais ou menos ampla, entre a realidade jurídica e a constatação que é feita na sentença”, que já Cornelutti, franca e pragmaticamente, reconhecia poder existir (*Appunto sulla prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 32 ss., esp. 35), devido ao efeito das conhecidas disposições de natureza não substantiva que também orientam o conteúdo da decisão de mérito. Aquelas normas processuais que Allorio definia como disposições que impõem ao juiz “a derrogação, por razões processuais, à regra do direito substantivo” (op. cit., p. 138), como “normas decisórias não substantivas” (conceito criticado por Denti, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 64 e ss., e *Norme processuali nel codice civile*, *Ibidem*, 1969, 154 e ss., embora sob a perspetiva da possibilidade, e utilidade, de um critério genericamente válido para a distinção entre normas “substantivas” e normas “processuais”).

Trata-se de normas que, pese embora determinem o conteúdo da decisão sobre o mérito da causa com base em critérios diversos dos da “verdade material”, e favoreçam, assim (ou podendo favorecer), aquela “diferença”, são “pensadas” e funcionam bem desde há séculos, e conduzem a resultados que estatisticamente não são, normalmente, muito diferentes daqueles que, na sua ausência, seriam alcançados.

**3.3.** Pense-se, por exemplo, nas regras sobre a distribuição do ónus da prova (melhor: sobre a distribuição das consequências negativas da falta de prova, de acordo com a tipologia estrutural dos factos não suficientemente provados para gerar uma convicção judicial sobre os mesmos): certamente aqui o juiz deve olhar para a realidade substantiva como se o facto não provado não tivesse ocorrido, mas não será muito frequente a impossibilidade, para a parte diligente, de fornecer a prova de um facto que tenha efetivamente ocorrido.

Penso que as mesmas considerações podem ser feitas a propósito das regras sobre a eficácia vinculativa da prova legal (pelo menos para a confissão, especialmente se a mesma for judicial). Observou-se recentemente (com esta terminologia, por ult., em Taruffo, *La semplice verità, il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma, 2009, 163 ss.) tratar-se de normas fortemente “anti-epistémicas”, incapazes de contribuir para uma decisão justa, que atenda à verdade substancial, ou que se aproxime o mais possível dela, e baseada noutras (por vezes, fracas) razões de oportunidade. Estou de acordo com isto no que diz respeito ao juramento, o qual tem uma natureza ambígua, perto da fronteira do ato de disposição e com uma elevada problematicidade, conduzindo a que o mesmo venha sendo cada vez menos utilizado; mas já não (ou pelo menos não totalmente) no que diz respeito à confissão, especialmente à confissão judicial. Aqui, a parte está quase sempre (talvez intuitivamente) bem ciente dos resultados últimos da *contra se declaratio*, donde, muito frequentemente, aquilo que é “confessado” esteja muito próximo daquilo que efetivamente aconteceu.

**3.4.** Ora, um discurso análogo vale também para a não contestação, com exceção do facto de que, normalmente, esta não provém da parte, mas do seu defensor, que pode incorrer em descuido e negligência. Com efeitos relevantes. Com efeito, a não contestação ex art. 115 c.p.c. – que, conforme referido, é, normalmente, da responsabilidade do defensor – deve depender apenas de escolhas táticas e prospetivas: o defensor tenderá a compreender (avaliação, de resto, não difícil, e na qual a parte será de grande ajuda), se o facto alegado pela parte contrária pode ser, e com que facilidade, por ela provado, e com base nisso construirá a sua estratégia processual; ora, também aqui se chega, por regra, a um resultado que está próximo, se não de uma mítica verdade, pelo menos das conclusões – por assim dizer –, realísticas, que resultariam do desenvolvimento de uma ampla atividade instrutória (na verdade, tal como o professor de Pavia, e ao contrário do seu habitual contraditor, também nós pensamos que o processo deve estar encaminhado para o apuramento da verdade).

Sem dúvida, algumas, não todas, estas regras de julgamento criam o risco de distanciar – mas apenas ocasionalmente – o conteúdo do acertamento judicial da situação substantiva real (que será, portanto, modificada). As mesmas, e assim também a não contestação, não se distanciam, contudo, da visão correta do processo como instrumento para alcançar a decisão (o mais possível) justa porque (o mais possível) próxima da verdade substancial, fruto, para tal, de uma honesta e empenhada investigação por parte de todos os protagonistas, ao contrário do que, infelizmente, acontece, e não apenas agora, com outras disposições legais que introduzem mecanismos que se contentam com uma decisão meramente processual do litígio, e que, de facto, deixam a lide por resolver.

Por outro lado, não é por acaso que, no sistema processual anglo-saxónico, é exigido aos advogados, já na fase preparatória, e assim na *case management conference* que precede a fase do *trial*, que redijam conjuntamente uma *List of common grounds and issues* a ser

apresentada ao juiz. Dispõe assim uma regra especial da *Commercial Court Guide* para os litígios comerciais de maior complexidade e valor (“*The parties will be expected to agree the case memorandum and the List of Common Ground and Issues*”). Frequentemente este documento é elaborado no final do procedimento de *disclosure*, num momento, portanto, em que cada uma das partes terá tido oportunidade de ver os “papéis” do seu adversário, mesmo os mais secretos e escondidos – outra peculiaridade do processo inglês que, se não fosse pela total ausência de poderes instrutórios do juiz, deveria ser chamado “o mais inquisitório de todos”.

Se se considerar que o julgamento é a fase dedicada à obtenção de provas, tradicionalmente perante o júri, é perfeitamente compreensível que a atitude de não contestação seja aí muito mais consciente e calculada. Se a parte não pode contar com sólidos meios de prova contrária, seria melhor não contestar o facto, porque qualquer contestação daria lugar a uma *issue for the jury to be tried*. A prática de *tentative pleadings* (que consequências jurídicas deveriam ser tiradas, no caso de os factos serem admitidos) e do *demurrer* (não contestação dos factos alegados pelo autor, mas negação das suas consequências *in iure*) desenvolveu-se ao longo dos séculos a partir desta constatação prática.

Atualmente as novas questões são se o princípio de não contestação pode ser considerado aplicável também fora dos processos civis e, por exemplo, encontrar lugar nos procedimentos de *alternative dispute resolution (adr)*, que existem, em muitos países, em matéria bancária, financeira ou de seguros, e nos quais as partes são frequentemente tecnicamente assistidas. E qual o valor do silêncio, documento, da parte no âmbito de tais procedimentos no eventual processo civil que seja necessário instaurar, no caso de a *adr* não ter produzido o resultado esperado.

[Conferência proferida no “Colóquio Internacional - A Prova em Processo Civil”, no dia 27 de Abril de 2021, FDUP, Porto. Tradução de Fernando Silva Pereira, Professor Auxiliar convidado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigador do CIJE]