

IUS DICTUM

REVISTA DE TEORIA GERAL DO DIREITO

#04

[MAIO - AGOSTO]

Ius Dictum

FICHA TÉCNICA – IUS DICTUM

Membros da Direcção:

Paula Costa e Silva – FDUL
João Marques Martins – FDUL

Conselho Científico:

Miguel Teixeira de Sousa – FDL
António do Passo Cabral – UERJ
Daniel Mitidiero – UFRGS
Eduardo Oteiza – UNLP
Eduardo Talamani – UFPR
Elizabeth Fernandez – UMinho
Flávio Luiz Yarshell – FADUSP
Francisco Verbic – UNLP
Fredie Didier – UFBA
Giuseppe Ruffini – Università Roma Tre
Hermes Zaneti – UFES
Joan Picó i Junoy – UPF
Jordi Ferrer Beltran – UDG
Judith Martins-Costa – IEC
Lorenzo M. Bujosa Vadell – USAL
Luca Passanante – UNIBS
Luiz Guilherme Marinoni – UFPR
Marco Gradi – UNIME
Maria José Capelo – FDUC
Maria Victoria Mosmann – USAL
Paulo Lucon – FDUSP
Rita Lobo Xavier – UCP
Rita Lynce de Faria – UCP
Sergio Cruz Arenhart – UFPR
Teresa Arruda Alvim – PUC – SP

Conselho de Redacção:

Beatriz de Macedo Vitorino – FDUL
Filipa Lira de Almeida – FDUL
Filipe Gomes – FDUL

Proprietário:

Faculdade de Direito da Universidade Lisboa

Editora:

Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ISSN 2184-7304

Data: maio 2021

ÍNDICE

- 5 **Nota de pesar**
Judith Martins-Costa e Luca Giannotti
- 7 *A Culpa no Direito das Obrigações: notas para uma história de conceitos jurídicos fundamentais*
Luiz Guilherme Marinoni
- 25 *Formas de reação à decisão que viola precedente constitucional*
Paula Costa e Silva
- 47 *Situações jurídicas processuais e prova: Ilicitude do meio ou desvalor da acção?*
Lucinda Dias da Silva
- 51 *Convenções de prova – negócios processuais?*
João Marques Martins
- 65 *Regras Segundo Wittgenstein e Regras Jurídicas – (2.ª parte)*

NOTA DE PESAR

A Revista *Ius Dictum* manifesta o mais profundo pesar pela perda de três marcantes figuras para a Ciência Jurídica, que aqui se lembra e honra:

Senhor Professor Claus-Wilhelm Canaris (1 de julho de 1937 – 5 de março de 2021). Jurista alemão, cujas obras mais destacadas serão, entre outras, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* (1969) (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, traduzida para a Língua Portuguesa pelo Senhor Professor António Menezes Cordeiro), a sua tese de doutoramento *Die Feststellung von Lücken im Gesetz* (1964), bem como a sua tese de habilitação *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* (1971). Ao longo de uma longa carreira, lecionou nas Universidades de Graz, de Hamburgo e na Universidade Ludwig Maximilian de Munique, onde sucedeu ao Senhor Professor Karl Larenz na cátedra de diversas unidades curriculares. Além de variados prémios e honras, foi agraciado com o título de Doutor *honoris causa* em seis Universidades, incluindo, em 1990, na Universidade de Lisboa.

Senhor Professor Michael Stolleis (20 de julho de 1941 - 18 de março de 2021). Jurista e historiador do direito alemão, cujas obras mais destacadas serão, entre outras, *Das Auge des Gesetzes* (1973), a sua tese de habilitação *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, (1974), bem como os seus três volumes sobre a História do Direito Público Alemão, intitulados *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Foi Professor de Direito Público e História do Direito na Universidade de Francoforte, tendo-se também dedicado, durante quase duas décadas, à direção do Instituto Max Planck de História do Direito Europeu. Recebeu vários prémios e honras, bem como quatro títulos de doutoramento *honoris causa*.

Senhor Professor Emmanuel Gaillard (1 de janeiro de 1952 - 1 de abril de 2021). Jurista francês, afamado advogado, árbitro e académico na área do Direito da Arbitragem Internacional, contando-se entre uma das suas mais importantes obras o tratado *Traité de l'arbitrage commercial international* (1996; publicado em 1999 na Língua Inglesa, sob o título *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*), bem como a obra *Legal Theory of International Arbitration* (2010). Foi Professor em diversas Faculdades de Direito, nomeadamente nas de Harvard, de Genebra, de Yale, além de ter sido co-fundador da *Arbitration Academy*.

Condolence note

The *Ius Dictum* Review expresses its regret, with deepest sympathy, for the loss of three outstanding figures for Legal Science, herein remembered and honoured:

Professor Claus-Wilhelm Canaris (1 July 1937 - 5 March 2021). German jurist, whose some of the most noteworthy works are *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* (1969; translated to Portuguese by Professor Menezes Cordeiro), his doctoral thesis *Die Feststellung von Lücken im Gesetz* (1964), as well as his habilitation thesis *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* (1971). Throughout a long career, Professor Canaris lectured at the Universities of Graz, of Hamburg and at the Ludwig Maximilian University of Munich, where he took the chair of Professor Karl Larenz. Besides several prizes and honours, he was awarded the title of Doctor *honoris causa* by six Universities, including, in 1990, by the University of Lisbon.

Professor Michael Stolleis (20 July 1941 - 18 March 2021). Jurist and German law historian, whose some of the most outstanding works include *Das Auge des Gesetzes* (1973), his habilitation thesis *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Rech* (1974), as well as his three volumes for *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Professor Stolleis lectured Public Law and History of Law at the University of Frankfurt, and for almost two decades he also directed the Max Planck Institute for European Legal History. He received multiple awards and honours, including the four times awarding of the title of Doctor *honoris causa*.

Professor Emmanuel Gaillard (1 January 1952 - 1 April 2021). French jurist, renowned attorney, arbitrator and academic in the field of International Arbitration Law, whose some of the most relevant works are the *Traité de l'arbitrage comercial international* (1996; published in 1999 in English, under the title *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*), as well as the work *Legal Theory of International Arbitration* (2010). Having lectured in several Law Schools, including Harvard, Geneva, Yale, he also co-founded *Arbitration Academy*.

A CULPA NO DIREITO DAS OBRIGACÕES: NOTAS PARA UMA HISTÓRIA DE CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

Recebido em 02.04.2021

Aceite em 14.04.2021

JUDITH MARTINS-COSTA E LUCA GIANNOTTI¹

“Nossa história de responsabilização, porém, vem apoiada fundamentalmente no sistema francês, em que os autores do Código Napoleônico sempre referiram como uma das primeiras máximas da sociedade o caráter unitário do conceito de culpa, como fundamento da responsabilidade aquiliana”. (Renan Lotufo, *Comentários ao Código Civil*).

Sumário: Introdução. I. No início era a imputação. 1. *Das origens arcaicas e romanas.* 2. *A culpa no Direito Intermédio.* 3. *A culpa no Jusracionalismo.* **II. Culpa, imputação, ilicitude e causalidade no Direito brasileiro.** 1. *Distinção entre culpa e imputação* 2. *Culpa e ilicitude.* 3. *Culpa e causalidade.* **Conclusão.**

1. Introdução

É objeto deste artigo² inventariar os não lineares caminhos pelos quais se traçou a sinonímia entre *cul-*

¹ Judith Martins-Costa foi Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1992 a 2010). É Livre-Docente e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. É Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas – IEC e membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, dentre outras associações. Advogada e sócia fundadora de Judith Martins-Costa Advogados, atua como Parecerista e Árbitra (ICC, CCBC, CMA-CIESP, FGV, CAMARB). Luca Giannotti é doutorando em Direito na Universidade de São Paulo e associado ao IEC.

² Os temas da culpa, imputabilidade e a causalidade em matéria de responsabilidade civil tem sido objeto da reiterada reflexão da primeira articulista, desde um longínquo trabalho, quando ainda mestrandia (MARTINS-COSTA, Judith. *Os Fundamentos da Responsabilidade Civil. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 93, São Paulo: Editora Velenich, 1991, p. 29-52) até o mais recente deles (menciona-se o tema em: MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 55 ss) e, inclusive, embora acidentalmente, em: MARTINS-COSTA, Judith. *Responsabilidade civil contratual. Lucro cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica*. In: LOTUFO, Renan et al. (org.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012, pp.559-595). Uma versão parcial do texto que ora segue foi publicada em: PIRES, Fernanda Ivo (org.). *Da Estrutura*

pa e imputabilidade, culpa e ilicitude e, por vezes, *culpa e causa*, apontando à cacofonia³ daí resultante. Se *narrar é sobretudo normar*⁴, sendo a linguagem jurídica concomitantemente narrativa e normativa, parece conveniente buscar nas narrativas construídas na História o que narra – e o que norma – a palavra *culpa*. *Imputar* seria o mesmo que *inculpar*? A ilicitude, ou antijuridicidade, é sempre culposa? Quando dois ou mais agentes concorrem para um mesmo dano, será correto avaliar suas culpas, ou sua contribuição para com a ocorrência do dano?

tura à Função da Responsabilidade Civil. Uma Homenagem do Instituto Brasileiro da Responsabilidade Civil (IBERC) ao Professor Renan Lotufo. São Paulo: Foco, 2021 p. 163 – 192.

³ A cacofonia que cerca a linguagem da responsabilidade civil na doutrina e jurisprudência brasileiras da atualidade é versada em: MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. in: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO. Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e Direito Privado: Estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 389-418.

⁴ Acerca dessa díade escreveu-se em MARTINS-COSTA, Judith. A concha do marisco abandonada e o nomos (ou os nexos entre narrar e normatizar). *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 2, n. 5, 2013, p. 4131-4137.

A História não oferece resposta unívoca a essas questões, refletindo o Código Civil os ecos das diversas narrativas que foram construídas ao longo dos tempos. Em meio às turbulências da linguagem, parece certo, todavia, o tracejar do percurso seguido. Este foi da imputação à inculpação, e, depois, à mescla entre culpa e ilicitude, culpa e causa. Só mais recentemente o trabalho do *distinguo* conceitual passou a apresentar resultados, com importantes reflexos na ordem prática. Parece importante averiguar esses intrincados liames, ainda que em voo panorâmico, a perceber os pontos sobre o qual construída a narrativa (Primeira Parte). Em seguida, nos voltaremos a investigar no Direito das Obrigações brasileiro, tal qual apreendido pelo Código Civil, os sentidos e as funções atribuídas ao substantivo “culpa” e ao verbo “imputar” (Segunda Parte), tentando discernir como se imbricam e como se distinguem entre si.

I. No início era a imputação

A palavra *culpa* vem do Direito Romano, da *Lex Aquilia*, mas o seu conceito, não. Advém da Patrística da Alta Idade Média, do Direito Canônico, fundamentalmente. Antes de pensar em *inculpar*, pensou-se em *atribuir*, que precede o *responder*.

Desde tempos imemoriais, têm-se a preocupação de buscar formas de proteção jurídica contra as consequências desagradáveis de certos fatos da vida: os danos, ou prejuízos. Como diz e repete Riobaldo, no Grande Sertão: *Veredas, viver é muito perigoso*. Nos diversos tempos, sempre se fez a pergunta: quem é o responsável pelo dano causado?

Como se verá, no início, nos direitos arcaicos e no Direito Romano do período republicano⁵, não se respondia, *prima facie*, ser responsável o *culpado* (1). A construção da ideia foi longa e tormentosa: elementos ideológicos se infiltraram progressivamente, em espacial no Direito Intermédio (2) até a culpa entrar nos Códigos modernos (3).

⁵ Cerca de 450 a.C, quando editada a Lei das XII Tábuas, que formava o cerne da constituição da República Romana e do *mos maiorum* (antigas leis não escritas e regras de conduta). Segundo Kunkel, “El primer hito relativamente fijo del a historia del Derecho romano es la célebre ley de las XII Tablas” em KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*. Trad. J. Miquel. Barcelona: Ariel, 1981, p. 31.

1. Das origens arcaicas e romanas

No início, era o verbo – e esse era *imputar*, isto é: atribuir a responsabilidade de reparar um dano, objetivamente, e não propriamente *inculpar*, que significa atribuir responsabilidade a quem se considera culpado pela causação de um dano, por ter violado um dever de conduta o qual devia e podia ser observado.

Nos direitos mais antigos que o romano, vigia, *grosso modo*, a objetivação da responsabilidade: “Quando um animal doméstico é vítima de uma fera, a perda é para o dono da casa”, dizia o parágrafo oitavo de uma lei suméria do séc. VIII a.C., a Lei de Uruk⁶. No Direito Romano, a depender do período e do tipo de conduta, a resposta à questão de saber se o responsável por um dano causado era o *culpado pelo dano* seria claramente negativa. “O *Leit-motiv* do regime romano de reparação dos danos não é a culpa”, assegura Villey, “mas a defesa de uma justa repartição de bens entre as famílias, de um *justo equilíbrio*”⁷.

Nos direitos arcaicos, cria-se que o dano rompia o equilíbrio que deveria existir entre os homens e as coisas, por isto deveria o prejuízo ser reparado. Muitos séculos mais tarde, durante o período clássico, Ulpiano, interpretando a Lei das XII Tábuas, manifestou o que entende ser um preceito sintomático dessa preocupação com a justiça e a reparação justa do prejuízo: “Para o caso de dano causado por algum quadrúpede”, diz, a lei “quis que se desse o que causasse o prejuízo, isto é, o animal que cometer a *nox*a [dano], ou que se oferecesse a estimativa do dano”⁸.

Sem nomear o que hoje denominamos “responsabilidade civil” com a palavra “responsabilidade”

⁶ Referida por CARDASCIA, Guillaume. *Réparation et peine dans les droits cuneiforms et le droit romain*. In: BOULET-SAUTEL, Marguerite et alli. *La Responsabilité à travers les Ages*. Paris. Economica 1989, p. 4. O Autor refuta, todavia, a tese segundo a qual nos direitos arcaicos a responsabilidade seria em geral objetiva, o que é confirmado por Deroussin, segundo o qual, estudos mais recentes tendem a sublinhar que nos antigos direitos orientais, assim como no direito romano arcaico a distinção entre dolo (intencional) e culpa (não intencional) já era percebida, conduzindo a uma outra distinção, qual seja, entre pena e reparação (DEROUSSIN, David. *Histoire du Droit des Obligations*. 2 ed. Paris, Economica, 2012, p. 645-646).

⁷ VILLEY, Michel. *Esboço Histórico sobre o Termo Responsável*. Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista Direito GV*, vol. 1, n. 1, 2005, p. 139.

⁸ D. 9.2.1.pr. Trad. em *Digesto ou Pandectas do imperador Justiniano*. Vol. II. Trad. Conselheiro Vasconcellos et al. São Paulo: YK editora, 2017, p. 166.

– que só apareceria muitos séculos mais tarde, na língua francesa em 1783 de nossa Era⁹ – os juristas romanos haviam, porém, elaborado a categoria. E o fizeram de modo casuístico, é dizer: não havia uma fórmula geral e abrangente da responsabilidade civil¹⁰, mas aplicações dispersas¹¹. A noção geral de responsabilidade civil será criação da Escola do Direito Natural, já nos albores da Idade Moderna.

No Direito Romano, os delitos privados, dos quais surgiam obrigações vinculadas a *actiones* penais¹², eram tratados caso por caso, pautados pela necessidade e pela experiência. Mesmo o efeito do delito dependia da situação em concreto. No direito clássico, em que vinganças como a perda da liberdade e a lei de talião não eram mais aplicadas¹³, o delito ainda poderia, por exemplo, resultar na obrigação de pagar até quatro vezes o valor do bem roubado, como no caso da *rapina* – o roubo.

⁹ BLOCH, Oscar e Von WARTBURG, Walther. Dictionnaire étymologique de la langue française. Paris. PUF. 2002, p. 550. O termo “responsable” já surgira desde 1304, vindo de “responsus” no sentido de “se ter como garante”. Para a história dessa palavra na língua francesa, v. VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. In: BOULET-SAUTEL, Marguerite et alli. La Responsabilité à travers les Ages. Paris. Economica 1989, pp. 75-88 (Também consultado na tradução portuguesa: Esboço histórico sobre o Termo Responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. In: *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005, p. 140)

¹⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*. Cape Town: Juta, 1992, p. 913.

¹¹ CARDASCIA, Guillaume. Réparation et peine dans les droits cuneiforms et le droit romain. In: BOULET-SAUTEL, Marguerite et alli. La Responsabilité à travers les Ages. Paris. Economica 1989, p. 13. Ainda assim, em grande parte o campo hoje recoberto pelo instituto da responsabilidade civil não por acaso dita “aquiliana” (também dita responsabilidade civil subjetiva e, quando fora do contrato, de “responsabilidade civil delitual”) encontra suas raízes na interpretação que os juristas romanos deram ao capítulo terceiro da *Lex Aquilia*.

¹² Estas tinham características específicas frente as outras ações, como a intransmissibilidade e a *noxalidade*, remetendo a *actio* que já se comentou, vide PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1991, p. 598 ss.

¹³ Vide TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 614 ss. A origem etimológica da palavra *pena* está ligada à vingança, em um momento que os privados ainda fixavam a indenização “Sulla *vindicta* s’innesta lo sviluppo che porta alla pena pecuniaria, già prevalente all’epoca delle XII Tavole. La *poena*, etimologicamente collegata con il greco ‘*poine*’ (“[prezzo del] riscatto”), era la composizione che l’offensore offriva all’offeso per liberarsi dalla *vindicta* mediante il *pacisci*, la *pactio* che estingueva la responsabilità per il illecito commesso: ancora nel periodo classico, uniche fra quelle risalenti al più antico *ius civile*, le *obligationes ex delicto* sono estinte mediante semplice *pactio* (§127).”, como está em TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 615.

Dentre as fontes de obrigações *ex delicto*, seguindo a classificação de Gaio¹⁴, o *damnum iniuria datum* tornou-se o ser mais importante dos danos para a construção do vínculo entre a culpa e a responsabilidade civil, modificando-se, igualmente, a noção de *iniuria*. Esse delito foi consolidado pela *Lex Aquilia*, provavelmente do século III a.C.

Dois dos três capítulos nos quais estruturada a *Lex Aquilia* estabeleciam: (i) se alguém matasse injustamente (*iniuria*) um escravo ou um animal alheio que vivesse em rebanho, deveria ser condenado a pagar ao dono o maior preço da coisa no ano; e (ii) se alguém causasse qualquer dano (*damnum*), queimando, quebrando, estragando injustamente a qualquer outra coisa, deveria ser condenado a dar ao respectivo dono o valor da coisa nos trinta dias mais próximos¹⁵.

Nessas regras, transparecem nuances da imputação objetiva de responsabilidade. Abstraindo de vários problemas interpretativos que a lei pode colocar e das soluções engenhosas dos juristas para estes problemas¹⁶, o importante é compreender como a responsabilidade aquiliana começa a se articular ao redor do conceito de *dano* (pressuposto objetivo) causado pela *injustiça* da conduta do lesante – sendo a *iniuria*, não apenas a contrariedade a direito, mas, mais latamente, o fato de a conduta do agente ser *sem fundamento no direito*¹⁷, isto é: *iniuria* é, ainda, um pressuposto objetivo.

¹⁴ Gaio quadripartia os delitos do *ius civile* em: *furta*, *rapina*, *damnum iniuria datum* e *iniuria*. Mas como observam os autores, é “necessario infatti notare che in questo campo, più ancora che in quello delle *obligationes ex contractu*, l’attività innovativa dei pretore, guidata dalla *interpretatio* dei giureconsulti, aveva profondamente modificato il quadro normativo, introducendo un gran numero di nuove azioni penali, o modificando l’ambito di applicazione di quelle più antiche” (PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1991, p. 597).

¹⁵ D. 9.2.2.pr e D.9.2.27.5. Vide ainda: *Gai.III.210-219*, com o relato da Lei.

¹⁶ Assim, exemplificativamente: o que significa animal que vive em rebanho? por que trinta dias ou um ano? “próximos” significa antes ou depois? O “valor” devido é o da coisa ou do dano sofrido? Qual é a amplitude de queimar, quebrar e estragar? O dano deve ser apenas o físico ou qualquer prejuízo deve ser indenizado? (esses temas são discutidos em ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*. Cape Town: Juta, 1992, p. 961 ss).

¹⁷ CANNATA, Carlo A. Sul testo della *lex Aquilia* e la sua portata originaria. In: VACCA, Letizia (org.). *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 35. Empregado no ablativo, o termo “*iniuria*” indicava uma modalidade de conduta: atos cometidos em *iniuria*, embora também pudesse indicar (como em Gaius, III, 220) lesões leves causadas à pessoa de um homem livre e, oposição

A obra dos juriconsultos começa, porém, a transformar paulatinamente os significados e o alcance desses requisitos. A noção jurídica de dano passa por um progressivo alargamento¹⁸ e a *iniura* da conduta do agente confunde-se, com o passar do tempo, com a sua “culpa”. Dirá Ulpiano: “A palavra injuria, empregada nessa Lei Aquília, não tem a significação de insulto que dá lugar à ação de injúrias, mas a do que é feito injustamente, contra o direito, isto é, se alguém matar por culpa sua”¹⁹. O aposto explicativo que introduz em seu comentário (“isto é”) marca a mudança do significado e a inclinação à subjetivação que viria marcar a história da responsabilidade civil por dois milênios. Em vez de imputar diretamente o resultado a um sujeito, como no direito arcaico, criase um conjunto e regras pautado na *investigação da conduta do lesante*: se esta não é reprovável, não há imputação de responsabilidade²⁰.

Para Pugliese, a imissão do conceito de culpa na ideia de *iniuria* é um refinamento da análise da anti-juridicidade (*iniuria*) da conduta do agente²¹ realiza-

a ferimentos aos seus bens ou a ferimentos graves. (Assim, DEROUSSIN, David. *Histoire du Droit des Obligations*. 2 ed. Paris, Economica, 2012, p. 663).

¹⁸ Uma interpretação muito engenhosa de Celso abrandou completamente o requisito da *forma* que o dano ocorre: todos os casos descritos na lei (queimar, quebrar etc.) foram reduzidos ao *corromper*, que abrangeria todas as situações de deterioração da coisa. Logo, *manchar* uma roupa, apesar de não estar no rol original da *Lex Aquilia*, começa a gerar a obrigação de indenizar. Mas ainda não se indeniza qualquer prejuízo. Apenas no direito justinianeu os danos imateriais começaram a ser indenizados (Vide: ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*. Cape Town: Juta, 1992, p. 985 e 1023; CANNATA, Carlo A. Sul testo della *lex Aquilia* e la sua portata originaria. In: VACCA, Letizia (org.). *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 44 ss; e DEROUSSIN, David. *Histoire du Droit des Obligations*. 2 ed. Paris, Economica, 2012, p. 649 et seq.

¹⁹ D.9.2.5.2. Grifou-se. Trad. em *Digesto ou Pandectas do imperador Justiniano*. Vol. II. Trad. Conselheiro Vasconcellos et al. São Paulo: YK editora, 2017, p.169 ou até *Gai.III.211*. ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*. Cape Town: Juta, 1992, p. 1005 aponta que esse requisito surgiu do tipo de dano que a *Lex Aquilia* tutelava: matar e corromper exigiam conceitualmente a dolo, isto é, a intenção de praticá-los para o romano.

²⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*. Cape Town: Juta, 1992, p. 1006.

²¹ “La elaborazione della *culpa* come criterio soggettivo di responsabilità, diverso dai dolo che, in quanto piu ampio, prescinde dalla volontarietà dell’evento dannoso, e infatti il risultato dell’affinarsi degli strumenti di indagine nel verificare l’antigiuridicità dei danno.” PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1991, p. 606.

do após a adoção da Lei Aquília²²: quem matava um escravo em legítima defesa, mesmo que dolosamente, não cometia *iniuria* no sentido da *Lex Aquilia*, porque não teve culpa, isto é, não agira contra o Direito. O aposto explicativo é o expediente técnico para a mudança ideológica. A culpa não é o fundamento da responsabilidade – a *desordem social* criada pela *iniuria* o é²³ – mas a culpa justifica a atribuição da *actio*.

Desde então, a palavra *culpa* passa a indicar o comportamento negligente e contrário ao direito, assimilando-se culpa e ilicitude num casamento conceitual que faria fortuna pelos séculos a fora²⁴. Como escreveram os juristas clássicos, “é culpa o não prever o que poderia ser previsto por um homem cuidadoso, ou avisar no momento em que não é mais possível evitar-se o perigo”²⁵, sendo esse um rigoroso padrão de comportamento, razão do conhecido fragmento *In Lex Aquilia culpa levíssima venit* (“Na Lei Aquilia compreende-se até a culpa levíssima”²⁶).

²² “Al termine *iniuria* – certamente adoperato nel testo legislativo nel senso di comportamento ingiusto, *contra ius* (‘quod non iure fit’) – la giurisprudenza attribuì molto presto una valenza soggettiva.” Assim em: MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3ª ed. Palumbo, 2006, p. 508. No mesmo sentido, CANNATA, Carlo A. Sul testo della *lex Aquilia* e la sua portata originaria. In: VACCA, Letizia (org.). *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 35 ss.

²³ VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005, p. 140.

²⁴ Alguns exemplos são interessantes para demonstrar essa forma de conceber responsabilidade. Se um escravo é morto por uma lança em um local usado para treino, e ninguém o matou intencionalmente, não há culpa (D.9.2.9.4.). Por outro lado, caso um funcionário público, cumprindo seu dever, destrua a propriedade de alguém, não haveria culpa, pois agiu como era esperado. Se um médico aplicar um remédio contra-indicado, a ele é imputado o dano, independente das condições subjetivas que levaram ele a desconhecer da contra-indicação: ele agiu aquém do esperado de uma pessoa de sua profissão (D.9.2.8 *pr*). Em quase todos esses casos, haveria *injuria* no sentido original da palavra. Quando a pessoa lança um projétil e acerta o escravo, causando sua morte, o faz *sem direito* no sentido original da *Lex Aquilia*, mas, como o homem cuidadoso não poderia ter previsto a passagem de alguém no campo destinado a treinos com lança, a ele nada é imputado.

²⁵ D.9.2.31. Trad. em *Digesto ou Pandectas do imperador Justiniano*. Vol. II. Trad. Conselheiro Vasconcellos et al. São Paulo: YK editora, 2017, p. 181.

²⁶ D.9.2.44.*pr*. Trad. em *Digesto ou Pandectas do imperador Justiniano*. Vol. II. Trad. Conselheiro Vasconcellos et al. São Paulo: YK editora, 2017, p. 184. Talvez por isso alguns juristas não reconheciam a culpa como importante para a aplicação da *lex aquilia* – bastava a imputação. Vide, em sentido crítico a essa

No período final do Direito Romano, os juristas se haviam ocupado em distinguir *iniuria* de *culpa*²⁷: matar injustamente é matar sem direito (*nullo iure*), o que é diferente da situação na qual alguém reage ao ladrão²⁸. Questão diversa é a culpa: não é obrigado a reparar quem mata sem culpa ou dolo (*casus*)²⁹ – assim como hoje não responde civilmente quem não cumpre o devido em razão de caso fortuito ou força maior e, genericamente, por ter a prestação se impossibilitado, sem culpa do devedor³⁰.

A *Lex Aquilia* é, sem dúvida, a origem do regime moderno de responsabilidade civil, o que, de modo algum, significa que seu texto e os significados atribuídos aos conceitos que introduz tenham permanecido os mesmos. Pelos dois milênios subsequentes, ela foi adaptada, sendo os requisitos da responsabilidade readequados para atuar como fundamentos da responsabilidade civil³¹, num modelo que absorveria todas as outras *actiones* penais: *furtum*, *rapina* e *iniuria* eram delitos privados completamente distintos do *damnum iniuria datum*, bem como as obrigações que surgiram das situações tratadas como se fossem delitos (*ex quasi delicto*), as quais se aproximavam significativamente do que, em termos modernos, chamamos de imputação por risco da atividade³².

posição “objetiva”, TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 627

²⁷ Assim, KASER, Max. *Das Römische Privatrecht*. Vol. II. 2ª ed. München: C.H. Beck, 1975, p. 437.

²⁸ *Inst.* IV. 3. 2. Consultado em *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Vol. I. Trad. Ildefonso García del Corral. Barcelona: Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, 1889.

²⁹ *Inst.* IV.3.3.

³⁰ As *Institutas* apresentam vários exemplos, sendo alguns repetidos dos fragmentos do *Digesto*: se alguém matar um escravo com uma flecha, é necessário distinguir se quem disparou era um militar e se estava em área destinada para treinamento. Nesses casos, não haveria *culpa*; logo, não há responsabilidade e não surge, conseqüentemente, a obrigação de indenizar. Se alguém, ao podar uma árvore, deixa o ramo cair sobre um escravo, somente será *culpado* se não avisou os pedestres do risco. O médico que abandona o paciente no momento de fazer o curativo também é *culpado*, como também é o que opera mal (imperícia). A pessoa atropelada por um burro cujo dono não pôde controlar por inabilidade também deve ser indenizada. A culpa, é, pois, *negligência*, isto é, a violação de um dever de cuidado exigível (vide: *Inst.* IV.3.4. ss. Ainda indicações em ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*. Cape Town: Juta, 1992, p. 1025). Entretanto, o rigor original da *Lex Aquilia* permanece.

³¹ COING, Helmut. *Derecho Privado Europeo*. Vol. I. Trad. A. P. Martín. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, p. 641.

³² Assim indica um fragmento sobre negócios marítimos, no qual expõe Ulpiano: “O fretador é responsável pelo procedimento de todos os seus marinheiros, quer livres, quer escravos; com toda

Os deslizamentos semânticos se tornam mais constantes e perceptíveis quando se superpõe à letra romana, uma outra moral, tecida na reflexão dos canonistas e dos teólogos da Igreja Católica a partir do século V.

2. A culpa no Direito Intermédio

Os juristas do *ius commune* são apenas formalmente romanistas, assegura Paolo Grossi, pois “o texto romano é, amiudadamente, apenas a cobertura prestigiosa (...) de uma construção jurídica que se desenvolve autônoma e que encontra a sua própria fonte substancial (...) na incandescência dos novíssimos fatos econômicos e sociais da civilização medieval”³³. A paisagem se modifica e também a psicologia coletiva. Há uma nova concepção de *lex* e novos juristas, nas escolas que se sucedem, a infundir nas palavras e institutos do Direito romano um novo espírito, uma nova mentalidade.

Para os canonistas, o que hoje chamamos de responsabilidade civil delitual não poderia ser coisa diversa do que a transposição, para o plano do Direito, da responsabilidade moral do indivíduo, a qual supõe um julgamento de valor concomitantemente sobre o ato e o seu autor. Por isto, teólogos e canonistas se servem de passagens do *Digesto* que fazem referência à culpa e ao dolo e, trabalhando sobre esses textos – especialmente o texto da *Lex Aquilia* – assimilam a culpa (e, concomitantemente, o dolo) ao pecado, estabelecendo, ao mesmo tempo, o laço entre a responsabilidade e o livre arbítrio, o qual perduraria por muitos séculos³⁴. Valha de exemplo Santo Agostinho que utiliza questão posta no *Digesto*

razão, porque os emprega por sua conta e risco”. (D.4.9.7.pr. Trad. em *Digesto ou Pandectas do imperador Justiniano*. Vol. I. Trad. Conselheiro Vasconcellos et al. São Paulo: YK editora, 2017, p. 287.) Não há, aqui, sinal da culpa. Se o passageiro da embarcação sofrer qualquer prejuízo, o dono do empreendimento responde objetivamente. Sobre *actiones adversus nautas* e outras obrigações *quasi ex delicto* vide MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3ª ed. Palumbo, 2006, p. 513.

³³ GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Tradução espanhola de Francisco Tomás y Valiente ee Clara Álvarez. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 32-33.

³⁴ DEROUSSIN, David. *Histoire du Droit des Obligations*. 2 ed. Paris, Economica, 2012, p. 696. Também VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot responsable. In: BOULET-SAUTEL, Marguerite et alli. *La Responsabilité à travers les Ages*. Paris. Economica 1989, pp. 75-88. Também CHEVREAU, Emanuelle, et alli. *Introduction historique au droit des obligations*. Paris, LITEC 2007, p 167.

(D. 9.2.5.2) sobre se existiria culpa quando não houvesse intenção (“*quae enim in ea culpa sit, cum suae mentis non sit?*”) para responder: “*reum non facit, nisi mens rea*” (apenas a intenção faz o culpado)³⁵.

Desde a morte de Justiniano, no séc. VI, o mundo romano há muito já não existia: novas formas econômicas, novas relações entre os homens e as coisas se desenvolviam, e o peso da ideologia católica se fazia sentir sobre toda a vida social, especialmente sobre as concepções jurídicas, substituindo a ética ciceroniana do *bom e do justo* pela *ótica do pecado*³⁶. *Culpa peccatum est*, dizia Donello³⁷, já nas vésperas da Idade Moderna, enquanto o provérbio era assentado: “*nemo trahitur ad culpam, nisi ductus propria voluntate*” (ninguém comete falta se não é para tanto conduzido por sua própria vontade). Culpa e imputabilidade – considerada, essa noção, de modo indiscernível ao de capacidade jurídica – formam um par constante.

Não é sequer pensável a subjetivação da culpa sem que tivesse sido pensada e afirmada a noção de livre-arbítrio, devida ao pensamento cristão, que também retirou o foco da responsabilidade aquiliana da antijuridicidade da conduta do agente para colocá-lo no dano sofrido pela vítima do lesante³⁸. O recado ideológico é forte: os homens são punidos pelo pecado porque são dotados do livre arbítrio de não optar pelo mal.

Com esse tão forte influxo, na Baixa Idade Média, a partir do século XII, a *Lex Aquilia* estava novamente modificada. Desaparecem, no *ius commune*, os res-

³⁵ DEROUSSIN, David. *Histoire du Droit des Obligations*. 2 ed. Paris, Economica, 2012, p. 697.

³⁶ GROSSI, Paolo. *Diritto Canonico e Cultura Giuridica. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milano, Giuffrè, n. 32, 2003. Vide, também, LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Trad. Monica Stahel. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 338 ss. sobre a interiorização do mundo espiritual que ocorre no ocidente medieval a partir do século XII, fundamental para compreender a nova forma de conceber o ato moralmente reprovável.

³⁷ CERAMI, Pietro. *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*. In: VACCA, Letizia (org.). *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 103-123. Outras modificações analisadas em ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*. Cape Town: Juta, 1992, p. 1018 ss. e COING, Helmut. *Derecho Privado Europeo*. Vol. I. Trad. A. P. Martín. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, p. 641 ss.

³⁸ DESCAMPS, Olivier. *Modèles théoriques et méthodologiques en matière de responsabilité civile : l’héritage fondateur du droit canonique naissant et du droit vulgare-franc*. In: FIORI, Roberto (org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 3. Napoli: Jovene, 2008, p. 149.

tos da função punitiva da ação de responsabilidade que, no passado, haviam confundido pena e reparação. A pretensão à reparação é vista por Acursius – o último dos glosadores, professor em Bolonha – como eminentemente indenizatória. Dois séculos mais tarde, Bártolo, o grande civilista, renovador de tantos institutos jurídicos, amplia o campo tutelado pela lei. Distinguem-se os dois regimes que proporcionam a reparação do dano, conforme a fonte do dever violado: o extracontratual (também dito delitual, ou aquiliano, por ressonância, ainda, da *Lex Aquilia*) e o contratual, ampliando-se a própria noção de dano até abranger o que hoje se denomina como dano moral por forma a não se limitar o objeto da ação indenizatória apenas à lesão física ou ao prejuízo de ordem patrimonial.

Por essa altura – e no que mais importa para essa narrativa – a culpa torna-se *requisito subjetivo* da ação de responsabilidade por ato próprio e mesmo para a responsabilidade por fato de terceiro. A demonstrar o fenômeno – recorrente, na História do Direito – de as instituições se modificarem na sua substância, mantendo, todavia, a sua forma ou mesmo a sua denominação – um jurista do final do século XVII, já em pleno Racionalismo Iluminista, Christian Thomasius, chega a dizer que a *Lex Aquilia* é a máscara da ação de danos³⁹. Mantinha-se o valor de face, modificava-se o conteúdo, é dizer, o valor semântico.

O fato de a culpa ter se equiparado ao pecado e se tornado *fundamento, pressuposto ou requisito* da ação de reparação civil deve-se à influência do Direito Canônico e da moral cristã. Atuando sobre a casca das formas romanas, a ideologia católica em tudo penetrara. Conquanto desde Justiniano a culpa fosse tratada como um “elemento” específico do regime reparatório, é no Direito Intermédio que o seu conceito é transformado, infiltrando-se a ideologia da Igreja⁴⁰: a conduta reprovável é a *moralmente* reprovável.

É também somente nesse momento que a palavra *responsável*, associa-se permanentemente com a

³⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*. Cape Town: Juta, 1992, p. 1018. vide WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. B. Hespanha. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 358 sobre o papel de Thomasius: foi quem consolidou uma certa laicização do direito natural

⁴⁰ SCHERMAIER, Martin Josef. *Non-roman foundations of European legal culture*. In: FIORI, Roberto (org.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 3. Napoli: Jovene, 2008, p. 324 ss.

ação da antiga *Lex Aquilia*. No sentido antigo, do Direito Romano, *responsável* é quem podia ser convocado diante de um tribunal para responder por algo, porque lhe fora atribuída uma obrigação. Responsável, portanto, era quem respondia, não se cogitando da culpa, mas da objetiva atribuição de um dever de responder pelo dano causado. Historiando os caminhos da palavra, Michel Villey⁴¹ aponta à nova dimensão do termo “responsável” advinda do moralismo cristão. “Ser imputado responsável” é expressão que passa a ser lida de modo imediatamente ligado à ideia do juízo de Deus sobre a conduta do pecador, o que supõe o livre-arbítrio da pessoa. Como está em Villey: “[l]emos em obras de filósofos contemporâneos: que para um homem se fazer responsável é conferir a seus atos um sentido, dar consistência à sua liberdade, ‘constituir-se como sujeito moral’”⁴². É por meio dessa noção de responsabilidade que a responsabilidade civil continuou a sua marcha.

Segundo atesta Geneviève Viney⁴³, uma das grandes estudiosas da responsabilidade civil em nossa época, é da simbiose entre as soluções romanas e os grandes fundamentos da moral cristã que a concepção moderna de responsabilidade civil nasce. O primeiro passo dessa construção foi dado pelo direito comum, mas a verdadeira revolução caberá à capacidade criativa dos juristas do jusnaturalismo.

3. A culpa no Jusracionalismo

A obra de Hugo Grócio, “*De iure belli ac pacis*”⁴⁴, é um divisor de águas na responsabilidade civil, diz Pietro Cerami, pois sintetiza, de um lado, o ponto de chegada da experiência subsequente à consolidação justinianéia e, de outro, o ponto de partida para o processo que desembocará nas codificações⁴⁵. No

⁴¹ VILLEY, Michel. Esboço Histórico sobre o Termo Responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005, p. 141 ss.

⁴² VILLEY, Michel. Esboço Histórico sobre o Termo Responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005, p. 143.

⁴³ VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 13.

⁴⁴ Sobre o papel de Grócio como um intermediador entre a tradição da teologia moral e o jusracionalismo subsequente, vide WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. B. Hespanha. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 324, em especial, p. 388.

⁴⁵ CERAMI, Pietro. La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio. In: VACCA, Letizia

Capítulo XVII do Livro II de *De iure belli ac pacis*, escreve:

“Já demonstramos que o homem tem o direito a um bem de três formas diferentes: ou por contrato, ou por dano sofrido por ele, ou por lei. Dos contratos já tratamos. Vamos agora ao direito que, pelo direito natural, surge do dano sofrido. Nós chamamos aqui de *culpa* um *maleficium*, seja por comissão ou omissão, que é contrário ao dever do homem em relação a sua humanidade comum, ou em relação a um aspecto particular. Dessa *culpa* surge uma obrigação pelo direito natural de reparar o dano (*damnum datum*), se algum ocorrer”⁴⁶.

Aí estão sintetizados os dois componentes do *maleficium*: (i) uma conduta, ativa ou passiva do agente ou de alguém ou coisa sob seu controle, *reprovável por ser culposa*, isto é, contrária a um dever; e (ii) um dano, assim considerado qualquer forma de redução do patrimônio alheio (*dominium*) ou da integridade física (*corpus*) ou moral (*fama*) da pessoa. Presentes esses dois elementos, surge o dever de indenizar. Com Grócio, portanto, é estabelecida a ligação direta entre, de um lado, a indenização e o dano, agora ampliado a *qualquer* tipo de prejuízo – até a morte, que no direito comum não ensejava indenização – e, de outro, a indenização e a *culpa*, vista como único critério de imputação admissível⁴⁷. Elaborase, pois, um conceito *geral de responsabilidade civil* atado a conceitos igualmente amplos de *ato ilícito* e de *dano*⁴⁸.

Essa construção será aprofundada e consolidada por Pufendorf⁴⁹ que submete a concepção de Grócio

(Org.). *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 119.

⁴⁶ Tradução livre a partir da tradução inglesa, encontrada em GROTIUS, Hugo. *The Rights of War and Peace*. Book II. Edited by Richard Tuck. Liberty Fund: Indianapolis, 2005, pp. 884-885.

⁴⁷ CERAMI, Pietro. La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio. In: VACCA, Letizia (org.). *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 120-121.

⁴⁸ « L’acquis le plus original de la réflexion de nos anciens auteurs a consisté à dégager un principe général de responsabilité fondé sur la notion de faute civile », observa VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: LGDJ, 2008, p. 16.

⁴⁹ Vide KUPISCH, Berthold. La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale. In: VACCA, Letizia (org.). *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 123-143. Sobre Pufendorf em geral, vide WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. B. Hespanha. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 346 ss, em especial, p. 353.

sobre a culpa a um rigoroso trabalho de fundamentação. Para cultivar a *socialitas* natural do homem, diz Pufendorf, ninguém pode lesar outrem⁵⁰; se lesar, deve indenizar o dano causado por culpa.

O dano é concebido amplamente, como em Grócio, mas os elementos do *maleficium* variam. Além de separar nitidamente a responsabilidade civil da responsabilidade penal, Pufendorf menciona, para fundamentar a atribuição de reponsabilidade, a *imputatio*, e não a *culpa*. No entanto, a mudança é apenas superficialmente radical: o próprio ato lesivo, para que seja considerado dentre os requisitos da responsabilidade, deve ser *intencional*. Para que seja intencional, deve ser *culposo*, ainda que seja por *culpa levíssima*, já que o dever de convivência exige que não ajamos perigosamente para com os outros. O problema da *imputatio*, portanto, resta confinado à causalidade e à autonomia do agente: possibilidade de, por seu querer, interferir no desenrolar causal. À palavra *imputação* (como atribuição de responsabilidade) é conferido o significado de *imputabilidade* (como causalidade a um ato de um agente juridicamente capaz). O verbo imputar fica reduzido ao segundo significado⁵¹.

Para Zimmermann, a diferença entre os requisitos exigidos ao nascimento da responsabilidade civil no direito comum para o pensamento jusnaturalista está no *giro de perspectiva*: em vez de partir do *dano* e buscar quem estava mais próximo ao ato para imputar-lhe (isto é, atribuir-lhe) a responsabilidade, os autores do jusnaturalismo enfatizam a *conduta individual* do lesante⁵². Uma pessoa só pode ser responsável se não fez o que *deveria fazer*. E, se não o fez,

⁵⁰ Já afirmara Ulpiano o brocardo: *neminem laedere* (em D.1.1.10.1).

⁵¹ A importância da distinção de Pufendorf surge quando se explica, por exemplo, o caso da responsabilidade civil pelo fato de algo em seu controle (animal, coisa): há *imputatio* ao dono do animal, pois este era capaz de controlá-lo (relação causal), e há *culpa* por não o ter feito em razão da própria negligência (imputação pelo fator culpa)

⁵² Perspectiva que não abandonamos de todo, mesmo com as mudanças recentes na responsabilidade civil. Larenz e Canaris, por exemplo, dizem ser o problema fundamental da responsabilidade civil a tensão entre proteção de bens e a liberdade de atuação das pessoas em LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Vol. II. Tomo II. 13ª ed. München: C.H. Beck, 1994, p. 350. Mesmo ressaltando a preocupação do dano (proteção do bem), a responsabilidade ainda é pautada na conduta individual e *responsável* dos sujeitos (esfera de liberdade de atuação). Concepção diversa, se apresenta, todavia, quanto mais se aprofunda o fenômeno da tomada da responsabilidade pelo seguro.

o dano deve ser imputável ao agente. Para que haja imputação, o ato deve ser livre, o que, para Pufendorf, implicava na possibilidade de prever o efeito e de reconhecer o erro do que fazia. A “responsabilidade por um dano exigia um desvio evitável da conduta juridicamente correta”, resume Zimmermann⁵³. Esse “desvio de conduta” é a *culpa* que se torna “fundamento” da responsabilidade civil⁵⁴.

Por diversos fatores, essa construção jusnaturalista fez fortuna⁵⁵, ainda hoje ecoando em alguns manuais. O *Code Civil* francês a perpetuou no art. 1.382, em sua redação original, segundo a qual « Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer »⁵⁶.

O resultado é a redução do sistema de responsabilidade civil à culpa, redução tão persistente que, séculos transcurtos, continua a infiltrar-se no discurso jurídico, quando se assimila, por exemplo, culpa e ilicitude. Conotando ao instituto da responsabilidade a noções fortemente ideologizadas, como as de indivíduo, ato jurídico, imputação (como imputabilidade) e de dever de conduta, a ideia de responsabilidade, “compreendida sob a ótica da moral, substituiu o antigo *Leit-motiv* da ‘justiça’, se tornou a pedra angular da ordem jurídica”⁵⁷.

⁵³ ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*. Cape Town: Juta, 1992, p. 1033-1034.

⁵⁴ Como aponta Pietro Cerami: “Alla distinzione romana fra responsabilità aquiliana fondata sulla *culpa* e responsabilità per fatto altrui fondata sul *periculum* (cioè, sull’assunzione del rischio), la dottrina giuridica, che dai glossatori culmina nell’opera di Ugo Grozio, sostituisce l’equazione ‘*maleficum = culpa*’, con la conseguente ed incongrua riconduzione ad uno schema unitario di danneggiamenti e criterio d’imputazione fra loro assai diversi” em CERAMI, Pietro. La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio. In: VACCA, Letizia (org.). *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 122.

⁵⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations*. Cape Town: Juta, 1992, p. 1035, aponta o papel da economia crescentemente liberal e em particular Kant, por meio de Savigny, na Pandectística.

⁵⁶ Tradução livre: Todo fato do homem que cause dano a outrem obriga aquele que, por sua culpa (*faute*), o causou a indenizá-lo. Após a reforma do Direito das Obrigações, em 2016, o texto ora se encontra no art. 1240 (Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.). E, no art. 1241, se explicita: “Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence”.

⁵⁷ VILLEY, Michel. Esboço Histórico sobre o Termo Responsável. Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005, p. 144.

Ao longo da segunda metade do século XIX e por todos os séculos XX e XXI, novas mutações ideológicas e sociais forçaram novas distinções entre *ilicitude*, *imputabilidade*, *responsabilidade* e *culpa*, sob pena de não ser possível explicar adequadamente os fenômenos da socialização da responsabilidade civil e, de modo conexo, o da responsabilidade por danos massivos, a gerarem, especialmente em certos sistemas, como o francês, a captura da responsabilidade pelo seguro de danos⁵⁸.

Ainda assim, nada é mais lento que o despregar entre a linguagem e os significados que lhe foram infiltrados. Quase dois séculos da mudança paradigmática – da culpa para o risco – não parecem ter sido suficientes para “desnaturalizar” a culpa nos domínios da responsabilidade civil. É hora de mencionar sua presença (ainda) no Direito positivo brasileiro, assinalando desde já a concorrência do risco como fator de imputação.

II. Culpa e imputação no Direito brasileiro

Analisando as regras específicas de atribuição de um dever de indenizar, dois são os fatores de imputação que competem na disciplina indenizatória em virtude da incidência das regras de responsabilidade civil. Para melhor situar o espaço ainda reservado à culpa, cabe distinguir entre culpa e imputação (1), entre culpa e ilicitude (2), e entre culpa e causalidade (3).

1. Distinção entre culpa e imputação

Essa carga semântica que só a História da linguagem jurídica desfaz leva às confusões produtoras da cacofonia na doutrina e na jurisprudência da responsabilidade civil. É o caso do art. 396 do Código Civil, regra central do inadimplemento, que enuncia: “Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”.

⁵⁸ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. trad. Pablo Salvador Coderch. Barcelona: Ariel, 1987, § 6, XI. A socialização dos riscos é um tema imediatamente presente em regimes como o francês, em que o seguro joga um papel fundamental para a indenização. Sobre ele, vide VINEY, Geneviève. *Introduction à la Responsabilité*. 3ª ed. Paris: LGDJ, 2008, 136 ss e, ainda: GUÉGAN-LÉCUYER, Anne. *Dommages de masse et responsabilité civile*. Paris, LGDJ, 2006.

A doutrina tradicional daí retirou não existir mora sem culpa⁵⁹, seguindo a jurisprudência o mesmo entendimento. É, por exemplo, o caso do REsp 1.639.788⁶⁰, em que se discutia a incidência dos juros de mora enquanto os sucessores do credor demoravam a se habilitar no processo. A suspensão do processo prolongou-se, com o que o Tribunal, diante da situação de mora do credor, declarou: “o devedor somente estará em mora quando for culpado pelo atraso no adimplemento da obrigação, conforme dispõe o art. 396”. A decisão foi acertada, mas seria mais precisa, tecnicamente, se estabelecesse: “o devedor somente estará em mora quando o atraso lhe for imputável, conforme dispõe o art. 396”. Isto porque a imputação pela culpa é apenas a regra geral da responsabilidade contratual (art. 392⁶¹), encontrando exceções no Código Civil e em outros diplomas legislativos que seguem a regra da responsabilidade objetiva, como no Código de Defesa do Consumidor. Na modalidade objetiva da responsabilidade, a culpa não é fator de imputação.

Embora no Código Civil a responsabilidade contratual tenha, como regra, a culpa como fator de imputação, sendo, pois, o que geralmente acontece, é possível que, ainda na responsabilidade contratual, a autonomia privada estenda a responsabilidade das partes para situações nas quais o exame da culpa não importa, quando, por exemplo, pactuem uma obrigação de garantia⁶² ou, por qualquer forma, as-

⁵⁹ Vide, exemplificativamente, ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 13; BEVILAQUA, Clovis. *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. vol. IV. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 109; LACERDA DE ALMEIDA, Francisco P. *Dos efeitos das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 157. Atualmente, a posição majoritária, segundo CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 281, é em sentido contrário, como também foi o entendimento adotado em: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do inadimplemento das obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. vol. V. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 133-137, 335.

⁶⁰ STJ. Segunda Turma. REsp 1.639.788/CE. Relator Ministro Francisco Falcão. J. em 15.12.2016.

⁶¹ Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

⁶² O traço característico fundamental dessa modalidade de obrigação: garantir um risco predeterminado, por isso devendo ser cumprida *haja o que houver*, sem exclusão de responsabilidade. O obrigado assume o risco de determinado evento vir, ou não, a acontecer. São despiciendas considerações sobre a sua conduta e a averiguação da existência, ou não, de sua culpa. Vide, por

segurem sua própria responsabilidade por eventos que podem vir a sobrevir ao momento conclusivo do contrato independentemente de sua conduta como, exemplificativamente, ao acordar numa cláusula MAC ou MAE⁶³, ou fixando uma *cláusula break-up fee*⁶⁴, dentre outros exemplos que poderiam ser aqui lembrados, pois o *princípio da atipicidade* que domina o Direito Obrigacional (Código Civil, art. 425), abre a via à admissibilidade, a validade, e a utilidade de cláusulas contratuais que visem a distribuir os riscos da superveniência de eventos que possam perturbar o curso ordinário da prestação. Em razão

todos: COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. *Revista dos Tribunais*, v. 386, dez./1967. Republicado em *Estudos e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 534-535.

⁶³ Cláusulas pelas quais, geralmente em contratos de compra e venda de participação societária com fechamento diferido, têm por finalidade alocar riscos atinentes a eventos não controláveis pelas partes, relacionados à alteração, no chamado “interim period”, isto é, entre o “signing” e o “closing”, do quadro fático pressuposto pelos contratantes ao conformarem o conteúdo contratual. Nas cláusulas MAC mais corriqueiras, tais como aquelas que fundamentam o direito das partes a se desvincularem da relação contratual, há exercício de poder formativo extintivo, os quais, uma vez atuados, importarão em denúncia motivada, constituída por fonte negocial, permitindo-se às partes, na sua ocorrência, extinguir a relação contratual. (versou-se sobre o tema em MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, §17)

⁶⁴ A break-up fee configura um dos mecanismos de alocação do risco característico do período intercalar, marcado pelo pagamento de uma soma pecuniária pelo vendedor e/ou pela sociedade-alvo ao comprador em virtude da desvinculação da contratação, comumente permitido em razão do surgimento de um terceiro ofertante, nas alienações de companhias (AFSHA-RIPOUR, Afra. Paying to break-up: the metamorphosis of reverse termination fee. *UC Davis Legal Studies Research Paper*, n. 191. Set. 2009, p. 1. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443613; Acesso em 23 de outubro de 2020; BAINBRIDGE, Stephen M. Exclusive merger agreements and lock-ups in negotiated corporate acquisitions. *Minnesota Law Review*. 75(2), 1990, p. 240-247; ainda: ALMEIDA, Fabricio A. Cardim de. Pagamento antecipado, sinal e break-up fees em operações de M&A uma análise do APAC 08700.005408/2016-68 e o tema do gun jumping. In: BAGNOLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *Jurisprudência do CADE comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, edição Kindle não paginada; CÂMARA, Paulo; BASTOS, Miguel Brito. Direito da aquisição de empresas: uma introdução. In: CÂMARA, Paulo (Coord.). *Aquisição de empresas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 29). Conforme a sua concreta configuração, será qualificada, perante o Direito brasileiro, como uma cláusula penal (para o que a culpa será elemento necessário, ex vi do art. 408 do Código Civil) ou uma obrigação de garantia, despiendo o exame da culpa.

da *elasticidade*⁶⁵ do sistema jurídico e da amplitude conferida à autonomia privada, em seu poder modelador das formas e tipos negociais, é lícito às partes não apenas criar novos tipos, mas, igualmente, recorrer a certo tipo ou forma negocial para alcançar, “consciente e consensualmente, por seu intermédio, finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas”⁶⁶, havendo, conseqüentemente, mutação funcional e deslocamento da causa negocial típica.

Nada impede, pois, que as partes pactuem cláusulas cuja finalidade é, justamente, alocar os riscos das circunstâncias supervenientes ao momento de sua formação, tendo por limite tão somente as regras de ordem pública, de rejeição à fraude e de respeito à boa-fé, como está no art. 425. Há, inclusive, a liberdade, expressamente assegurada pelo Código Civil brasileiro, de as partes afastarem a imputação pela culpa e também a causalidade, como permite o art. 393, *caput*, a *contrario*⁶⁷, sendo-lhes lícito assumir o risco da própria impossibilidade de prestar derivada de caso fortuito ou força maior.

Também assim ocorrerá na responsabilidade extracontratual, quando a Lei determinar que a imputação se faça pelo risco, seja como regra geral; seja

⁶⁵ LIPARI, Nicolò. *Il Negozio Fiduciario*. Milão: Giuffrè, 1964, p. 10, aludindo à ausência de rigidez formal característica do Direito das Obrigações.

⁶⁶ ASCARELLI, Tullio. O Negócio Jurídico Indireto. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo: Saraiva, 1945, p. 103.

⁶⁷ Como já se aludiu, em comentário ao art. 399 do Código Civil, “É digna de nota a menção que o art. 399 faz à “ausência de culpa”. O preceito se insere na encruzilhada entre a impossibilidade superveniente da prestação e os efeitos da mora. A regra geral é que a impossibilidade superveniente – que seria não imputável ao devedor, por força do art. 393 – acabar por ser: o devedor em mora responde inclusive pelo fortuito e pela força maior. A mora atrai a responsabilidade: *perpetuatio obligationis*. (...) A culpa, especificamente, joga um papel *negativamente*: isto é: para deslocar a imputação de responsabilidade, como exceção. No caso de imputação objetiva, não é preciso provar que agiu sem culpa, mas apenas que “o dano sobreviria” mesmo que a prestação tivesse sido realizada na oportunidade devida, nos termos da parte final do artigo. Trata-se de exigência ao devedor: deve demonstrar a ausência de culpa para que, inadimplente, tenha a eficácia indenizatória afastada. (...) Essa regra justifica a distinção entre culpa e imputabilidade, e, na responsabilidade contratual, a distinção de um terceiro elemento: o inadimplemento. Se se admitisse que o inadimplemento, sempre, exige a culpa, seria contraditório afirmar que o devedor em mora não responde salvo se provar isenção de culpa. (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do inadimplemento das obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. vol. V. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.p. 418-419).

nas situações abrangidas pela cláusula geral do art. 927, parágrafo único; seja, como previsto em regras específicas, como a dos incisos I a V do art. 932, por remissão ao art. 933; ou, ainda, na responsabilidade das empresas por danos causados por seus produtos, quando não estabelecida relação de consumo (Código Civil, art. 931).

No concernente à responsabilidade contratual, talvez seja no contrato de transporte que a modificação dos critérios tradicionais encontrou sua expressão mais conhecida, o que, muito provavelmente, tenha relação com o forte impacto social desse tipo contratual. Já mesmo antes do Código Civil de 1916, o transportador respondia objetivamente por qualquer dano ocorrido ao longo do percurso ao passageiro ou à mercadoria, segundo os arts. 1º e 17 do Decreto nº 2.681/1912⁶⁸. O Código de 2002 disciplinou esse tipo e ampliou a proteção ao transportado. A regra central do transporte de pessoas está no art. 734, segundo a qual o transportador só não responde se o dano causado às pessoas transportadas e suas bagagens for causado por evento de força maior. Cláusulas excludentes de responsabilidade são nulas.

Outros tipos contratuais também apontam à distinção entre culpa e imputação de responsabilidade. V.g., no contrato estimatório, se não for possível devolver a coisa, independentemente do fundamento dessa impossibilidade, o consignatário é obrigado a pagar o preço ao consignante (art. 535); no comodato, quando o comodatário escolher salvar coisa própria em vez da do comodante, aquele indenizará este mesmo se a destruição ocorreu por *vis maior* (art. 583), sabendo-se que a força maior é hipótese de impossibilidade de prestar, superveniente e não imputável ao devedor; na empreitada, ora o risco é quase completamente alocado ao empreiteiro (art. 611), ora, ao dono da obra (art. 612) a depender se ela é de labor ou mista, mas a culpa é chamada para determinar a suspensão da obra pelo empreiteiro – se houver culpa do dono da obra (art. 625, primeira parte).

Também no contrato de depósito, o depositário que perde a coisa por força maior, tendo recebido

⁶⁸ Vide: CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e Responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. Também em CORRÊA, André Rodrigues. Ato violento de terceiro como excludente de responsabilidade do transportador: qual a causa desse entendimento jurisprudencial defeituoso? In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 341-384.

outra em seu lugar, é obrigado a entregar a coisa ao depositante, bem como ceder-lhe as ações que tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira, isto é, da coisa perdida em virtude da força maior (art. 636)⁶⁹; no mandato, se o mandatário, a despeito da proibição do mandante, executar o contrato por meio de outra pessoa, indenizará qualquer prejuízo, mesmo que criado por força maior (art. 677, §1º); na comissão, a responsabilidade do comissário ou comissionário é excluída pela força maior no caso de prejuízo ao comitente na execução do contrato (art. 696, par. único).

Em todas essas situações, não podemos dizer que há *culpa* de quem arca com os efeitos negativos do evento regrado, isto é: da pessoa a quem é imputada a responsabilidade. De certa forma, a pessoa torna-se *responsável* no sentido “romano” do termo, como apontado por Villey, é dizer: torna-se um *garante*, apesar de não ter qualquer relação com o prejuízo de outrem, ou seja, ser *responsável* no sentido da filosofia moral que influenciou os autores do Jusnaturalismo, formatando a concepção de culpa e de responsabilidade civil que nos foi em grande parte legada. É exatamente observando as figuras regradadas pelo Código Civil que logramos alcançar o *distinguo* entre imputação e culpa.

No Direito Civil, imputar o risco a alguém é atribuir-lhe as consequências desse risco, de modo que *imputar é atribuir responsabilidade a alguém*⁷⁰. Como usualmente ocorre na História do Direito Civil, é a Filosofia que incuba (ainda que muito lentamente) a Dogmática jurídica. Já esclarecia Kelsen a distinção entre causalidade e imputação: da mesma forma que a *causalidade* liga dois fatos por um vínculo de causa e efeito, a *imputação* relaciona uma situação descrita e efeito jurídico previsto. Um é natural (ser); o outro, normativo (dever ser): o crime não é a *causa* da pena, mas o elemento a que se liga a sanção penal por meio de um vínculo de *imputação*⁷¹.

⁶⁹ Esse é um caso de *commodum* de representação, figura generalizada no regime de impossibilidade da prestação de outros códigos (v.g. art. 794.º do Código Civil português, vide PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 592 ss.)

⁷⁰ Assim a primeira signatária se manifestou em: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do inadimplemento das obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. vol. V. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 373.

⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. 6ª ed. Trad. J. B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 54-55.

O Direito Civil acolhe, pois, distintos fatores ou “razões”⁷² de imputação de responsabilidade. O critério não é naturalista. A Lei, tomando com base considerações como justiça, ou agindo para privilegiar determinada política pública, pode atar diretamente dois eventos. Mas, no mais das vezes, o legislador não desce à casuística, e razão é dada por meio de um fator de imputação, isto é: um critério amplo pré-fixado que *justifica* a atribuição da responsabilidade a alguém. Dentre eles, encontramos, v.g., a própria vontade das partes, cuja declaração negocial pode já atribuir um determinado efeito a um evento dentro dos limites gerais do Ordenamento; a culpa (art. 392) que, como acima se viu, é o mais geral e comum fator de imputação na responsabilidade civil contratual, tendo presença – embora cada vez mais restrita – na responsabilidade extracontratual; o risco da atividade econômica (v.g., art. 927, par. único) ou a garantia, como, por exemplo, no contrato de seguro (art. 757, *caput*).

A culpa está entre essas “grandes formas” pelas quais o legislador justifica atar um determinado efeito jurídico a uma pessoa – no caso desse fator de imputação, normalmente a atribuição de uma obrigação de indenizar. Culpa em sentido estrito é negligência, quando o agente podia e devia ser diligente. A culpa, em sentido lato, abrange tanto a culpa em sentido estrito quanto o dolo: consiste no juízo de reprovabilidade sobre a conduta humana, quando negligente, imprudente ou imperita e até mesmo quando tem a intenção de causar o dano. Portanto, guardamos da concepção antiga (justinianeia e cristã) a ideia da culpa como um dever de conduta, mas esta é imbuída de uma moral da conduta eminentemente cristã. A culpa é, portanto, violação de dever preexistente que o agente devia e podia observar⁷³: “passou o li-

mite em que a sua atividade ou omissão seriam sem defeito”, define Pontes de Miranda⁷⁴.

É o caso, exemplificativamente, do devedor que, diante de uma obrigação divisível, paga apenas a um credor, crendo injustificadamente ser uma obrigação solidária⁷⁵, de uma incorporadora falida que escolhe não cumprir um contrato que reduziria ou evitaria o aumento de seu passivo⁷⁶, de uma empresa que vai à ruína por deixar de fazer pesquisa de mercado e não auferir a renda esperada⁷⁷. Em todos os casos, a não observância do cuidado exigível das partes torna o seu comportamento culposos, o que atrai a responsabilidade pelo ocorrido.

Em suma: em matéria de inadimplemento, o legislador adequadamente usou o termo “imputação” em vez de “culpa” no art. 396, pois o regime pode tanto usar a regra *geral* de imputação dos contratos (art. 392) como um dos diversos regimes *especiais* para a figura.

2. Culpa e ilicitude

A mais corriqueira das sobreposições conceituais é a que ocorre entre culpa e ilicitude⁷⁸. Acima já se pontuou a pesada carga histórica para tanto. Na doutrina antiga, conseqüente à prevalência absoluta do paradigma da responsabilidade civil subjetiva, tanto se confundia a ilicitude com a culpa⁷⁹, vista como o seu “elemento”, quanto se amarrava a noção de ili-

⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XXIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 § 2.789, 1.

⁷⁵ STJ. Terceira Turma. REsp 868.556/MS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. J. em 05.11.2008

⁷⁶ STJ. Terceira Turma. REsp 1.381.652/SP. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. J. em 12.08.2014.

⁷⁷ STJ. Quarta Turma. REsp 1.154.737/MT. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. J. em 21.10.2010.

⁷⁸ Versou-se sobre o tema em MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e Direito Privado: Estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 396 e ss., reproduzindo-se aqui, em parte, o que lá consta.

⁷⁹ Na doutrina brasileira mais antiga a confusão é corrente, quicá pela influência francesa. Exemplificativamente, a obra de AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140 et seq., que situa a ilicitude na definição de culpa, apodando-a de “definição imprecisa”; e a de MONTENEGRO, Antonio Lindbergh, que insere a culpa como elemento do ato ilícito (*Ressarcimento de Danos Pessoais e Materiais*. 7ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2001, p. 30).

⁷² Termo de NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 495, embora seja preciso atentar para não ser confundida imputação (enquanto *atribuição*) com a razão pela qual essa atribuição foi feita.

⁷³ “Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a *reprovação* ou *censura* do direito. E a conduta do lesante é reprovável, quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele *podia e devia ter agido de outro modo*” assim em ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. vol. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 562. Em sentido semelhante, NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 496., ao definir culpa como a violação de um dever de conduta, em posição muito próxima da que encontramos na França (*vide* VINEY, G.; JOURDAIN, P.; CARVAL, S. *Les Conditions de la Responsabilité*. 4ª ed. Paris: LGD, 2013, p. 443 ss.)

citude com a de dano, em outro deslize conceitual, pois o dano não é intrínseco à ilicitude, conquanto seja o *efeito* mais corriqueiro de uma conduta violadora de direito alheio⁸⁰. A etimologia distingue – há o *licere* e *non licere* – palavras que implicam numa ação: o ser permitido, ser aprovado, algo que está na esfera da ação humana, como estará em Cícero (*licere dicimus, quod cuique conceditur*)⁸¹, não implicando, necessariamente, na ação culposa. A confusão entre culpa e ilicitude decorria da imissão, no conceito de antijuridicidade, do elemento subjetivo.

Porém, a ilicitude é a *contrariedade a direito*⁸². Constituiria um oxímoro falar em ato contrário ao direito (ilícito, antijurídico) que fosse, ao mesmo tempo, conforme ao direito (lícito). Além do mais, o ilícito é antijurídico e não é ajurídico: pertence ao mundo do Direito, tanto assim que produz efeitos jurídicos. Seguindo-se esse entendimento, seria desnecessário utilizar o termo “antijuridicidade” não fosse a necessidade de *falar compreensivelmente* acerca da distinção entre ilicitude e culpa.

O antijurídico não é necessariamente *culposo*. Os elementos nucleares de uma e outra espécie se discernem. Uma coisa é agir em contrariedade a direito (ilicitude), quer por (a) violar-se direito alheio; (b) afrontar-se a lei (que, direta ou reflexamente, tutela interesses de alguém ou da comunidade), então utilizando-se o termo ilegalidade; quer, ainda (c) por exercer-se direito próprio, de modo manifestamente contrário à boa-fé, aos bons costumes e ao fim econômico e social do direito. Outra coisa é violar dever preexistente que o agente devia e podia observar (culpa). A confusão, em termos de responsabilidade civil, é entre um pressuposto⁸³ (ilicitude ou antijuridicidade) e um fator de imputação de responsabilidade

de civil (culpa). Ademais, essa indevida conjugação conceitual tem por consequência levar a considerar que, na responsabilidade objetiva (a qual prescindida da culpa, sendo informada por diverso fator de imputação, isto é, pelo risco), seriam indenizáveis os danos decorrentes de uma *conduta lícita*, o que não é também acertado, nem guarda relação lógica e axiológica com o sistema.

Para superar-se os entraves advindos do peso histórico da conexão entre ilicitude e culpa que ainda se vê plasmada na letra do art. 186 do Código Civil brasileiro, passou-se primeiramente a separar, no plano da linguagem, entre a “ilicitude subjetiva”, isto é, aquela ainda amarrada ao elemento culpa, e “ilicitude objetiva”, ou ilicitude em sentido próprio, identificando-a à contrariedade a direito, ou “antijuridicidade”⁸⁴, sem cogitação do elemento “culpa”. Percebeu-se, com efeito, na linguagem do texto legal

⁸⁴ Vide, exemplificativamente, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, especialmente: § 164, 165 e 175, I, p. 201-213 e 245-247; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1996, p. 532. Na doutrina italiana, entre outros, VISINTINI, Giovanna. *I fatti illeciti*. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale. Padova: Cedam, 1987. Ainda: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23, aludindo, na qualificação da ilicitude, *in verbis*: “à conduta humana, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico”. A propósito, anota Noronha: “Em rigor, a expressão ‘ato ilícito’ pode ser entendida em duas acepções, uma ampla e outra restrita, ambas com muito uso na linguagem jurídica, ainda que sejam profundamente diferentes. Infelizmente as duas acepções muitas vezes são usadas indiscriminadamente, como se fossem uma só e a mesma coisa. É importante saber distingui-las, para não incorrer em erros que são muito comuns (...) De acordo com a acepção ampla, também designada de ilicitude objetiva, ato ilícito significa qualquer ação humana que não seja conforme com o direito (...) Conforme a acepção restrita, ou ilicitude subjetiva, atos ilícitos são somente as ações de violação de direitos de outrem que sejam subjetivamente reprováveis” (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 383). PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade na responsabilidade civil extracontratual: da amplitude conceitual aos mecanismos de identificação. In: BENETTI, Giovana et al (Orgs). *Direito, Cultura, Método*. Leituras da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 448-478. Na doutrina portuguesa, PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999, distinguindo entre “ilicitude objetiva” e “ilicitude subjetiva” (esta sim, ainda amarrada à culpa) (ver, em especial, p. 55-56 e p. 63-70, onde deixa claro ser a ilicitude pressuposto geral da responsabilidade).

⁸⁰ Para o exame das consequências jurídicas da contrariedade a direito ver, por todos PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, § 203. Para as distinções entre ilicitude e dano, em atenção às mudanças estruturais realizadas pelo Código Civil de 2002 respectivamente ao de 1916, permito-me fazer remissão à MARTINS-COSTA, Judith. A Contribuição do Código Civil português ao Código Civil brasileiro e o abuso do direito: um caso exemplar de transversalidade cultural. *Revista Themis* (Revista da Faculdade de Direito da UNL), edição especial, 2008, especialmente p. 119-120.

⁸¹ A referência está em TRIMARCHI, Pietro. Illecito (storia). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XX. Giuffrè, Milão 1970, p. 50 -110

⁸² Os atos ilícitos *lato sensu* são os delitos de direito privado, tradutores de uma ação contrária a direito.

⁸³ *Pressuposto* (também chamado “condição” ou “requisito”) é o elemento estrutural cuja existência há de estar comprovada para que o instituto desempenhe os fins a que está voltado.

– necessariamente sintética, como deve ser a linguagem da Lei – a presença de mais de um conceito: no art. 186 estão textualmente referidos a ilicitude, o dano e a culpa, indicativos de três conceitos analiticamente cindíveis. Porém, o que é semanticamente relevante para a composição do conceito de antijuridicidade é a conjugação entre o “violar direito alheio” (art. 186) e o “exercício de direito próprio” de um modo contrário ao Direito (art.187) aí estando situados os parâmetros para a averiguação dessa forma de ilicitude, todos eles claramente inconfundíveis com as notas conceituais da culpa. Com base nesse esforço analítico da doutrina, se pode concluir que a responsabilidade objetiva prescinde da culpa, mas não da antijuridicidade, é dizer: do contraste entre a conduta e o determinado, previsto ou permitido pelo Ordenamento jurídico⁸⁵, salvo os casos excepcionais, taxativamente determinados pela Lei, em que a própria ilicitude é afastada (hipóteses de responsabilidade civil por ato lícito, a rigor, ato-fato indenizativo⁸⁶) como, e.g., na hipótese do art. 188 do Código Civil brasileiro.

Daí ter-se que a regra é a da indenizabilidade apenas dos danos causados em virtude de um ato ilícito (antijurídico) mesmo na responsabilidade objetiva, isto é, aquela que tem o risco, e não a culpa, como fator de imputação. Reitere-se, com Fernando Noronha, que o “primeiro pressuposto da obrigação de indenizar é constituído pelo evento antijurídico”, sendo assim considerados “os fatos que se colocam em contradição com o ordenamento, deste modo afetando negativamente situações que eram juridicamente tuteladas”⁸⁷, é dizer: pelos fatos que afetam situação a que o Direito dá guarida⁸⁸.

⁸⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1996; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da Reparação Integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros. Parecer. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco – aspectos cívís e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 470.

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. II, § 218-219, p. 385-392. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2019, § 34, 2, p. 199-202.

⁸⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 493.

⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, especial-

3. Culpa e causalidade

A cacofonia não se restringe apenas às confusões entre culpa e imputação e culpa e ilicitude. O peso histórico do *paradigma da culpa* conduz doutrina e jurisprudência – e mesmo o legislador – a misturarem também os conceitos de culpa e causalidade. O exemplo mais candente está no art. 945 do Código Civil brasileiro, que enuncia: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Parte da doutrina⁸⁹ ainda insiste em considerar a regra como disciplina do *grau de culpabilidade* de cada agente no evento danoso: se ambas são igualmente culpadas, “compensam-se” as culpas. Porém, assim a questão parece-nos mal colocada.

Como entre as funções do Direito está atribuir a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), se o dano é causado apenas por culpa do prejudicado, na responsabilidade informada pela culpa como fator de imputação, não há obrigação de indenização, não podendo ele, portanto, exigir indenização a outrem. Mas se o dano provém de um *concurso de causas* atribuíveis, algumas, a determinado agente, mas dentre as quais se situa o fato culposos do próprio lesado, põe-se a questão de saber se o agente do fato lesivo ou (i) responde integralmente pelas consequências do dano; ou (ii) se há diminuição do *quantum* indenizatório devido, na proporção das *eficácias causais* atribuíveis ao agente e ao lesado, hipótese do art. 945 do Código Civil brasileiro.

Diga-se, desde logo, que, em nenhuma hipótese, salvo a de o fato do lesado ser a *causa única* do dano, o Ordenamento prevê a exclusão do dever de indenizar. De fato, é preciso distinguir: o ato do lesado pode ter dado lugar ao *nascimento* do dano ou ao

mente §164, 165 e 175, I, p. 201-213 e 245-247. Ainda, CAVALLIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 22, aludindo, na qualificação da ilicitude, *in verbis*: “o fato – evento ou conduta – contrário ao Direito, no sentido de que nega os valores e os fins da ordem jurídica”.

⁸⁹ Assim, v.g., TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa H.; BODIN DE MORAES, Maria C. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 868; VENOSA, Silvio de S. *Código Civil interpretado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1180; NERY JR.; Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 979 na primeira hipótese listada pelos autores.

seu *agravamento*?⁹⁰ Se gerou o dano, cabe ainda verificar: o ato foi sua causa única? Nessa hipótese, não há obrigação de indenizar, pois o lesado não pode ser considerado devedor de si mesmo, ou lesante de seu próprio dano. Mas se o seu ato foi causa concorrente com outra causa, imputável a alguém – o lesante –, pode haver conculpabilidade e ponderação do *quantum* devido, entre um e outro, conforme o peso da *gravidade causal* atribuível à conduta de um e de outro, como autoriza o art. 945 do Código Civil brasileiro. Se *aumentou* culposamente o prejuízo, por decorrência lógica *não o gerou* e as consequências indenizatórias do ato serão atribuíveis ao lesante, com a possível diminuição no valor, considerando-se o que o prejudicado, por sua omissão culposa, deixou que aumentasse. Logo, se a causa do prejuízo não é imputável exclusivamente à vítima, não há exclusão da obrigação de indenizar: pode haver diminuição do *quantum* indenizatório se o lesado tiver agido culposamente e a sua culpa for mais grave “no confronto” com a do autor do dano. A solução não depende da culpa, mas da concorrência causal.

Não evidencia a letra da lei – mas a *supõe*, uma vez amparar-se em solidíssima tradição histórico-cultural e comparatista⁹¹ – não ocorrer, propriamente,

⁹⁰ “[...] [D]uas são as circunstâncias que podem ensejar a concorrência de culpas: quando o dano decorre de duas ou mais causas, sendo uma proveniente da vítima (o motorista do automóvel dirigia, à noite, com os faróis apagados e o motociclista dirigia em sentido contrário ao permitido naquela via); ou quando o dano decorre de uma causa apenas, mas a extensão do dano é vinculada ao agir da vítima (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 206). De fato, é possível que o ato da vítima não guarde relação causal com o dano, mas apenas com a sua extensão. A vítima não causa concorrentemente o dano, mas o agrava, por ação ou omissão, aumentando as consequências danosas. É o caso do paciente a quem foi ministrado certo medicamento com a recomendação de retornar ao consultório médico dentro de um mês para a averiguação e controle das consequências. Porém o paciente, embora sofrendo tonturas e mal-estares, não retorna mais ao médico, deixando livre curso à propagação do dano em seu organismo. Outro exemplo está no art. 711: o segurado, ciente do sinistro, não o comunica de imediato à seguradora e, assim, agrava as consequências do dano.

⁹¹ Por exemplo (em tradução livre): *Código Civil alemão*, § 254: “(1) Quando a culpa da pessoa lesada contribuir para a ocorrência do dano, a responsabilidade pelos danos, assim como a extensão da reparação a ser paga, dependerão das circunstâncias, em particular, na medida em que os danos são causados principalmente por uma ou outra parte. (2) Isso também se aplica se a culpa do lesado é limitada pela falha em alertar o devedor para o perigo de dano incomumente extenso, onde o devedor não deveria nem ter conhecimento do perigo, ou falha em evitar

uma “compensação de culpas”⁹², pois *culpas não são compensáveis* como o podem ser dívidas líquidas da mesma natureza⁹³. Só por esta razão, a enganosa ex-

ou reduzir o dano. A previsão do § 278 se aplica com necessárias modificações” (no original: “Mitverschulden. (1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung”); *Código Civil suíço*, art. 706, 1 (2): “Quando o dano não for causado nem propositalmente, nem por negligência, ou quando for imputável da parte lesada, que agiu com culpa, o juiz avaliará se a indenização é devida e fixará, conforme o caso, seu montante e sua natureza” (no original: “Lorsque le dommage n’a été causé ni à dessein, ni par négligence, ou lorsqu’il est imputable à une faute de la partie lésée, le juge appréciera si une indemnité est due et il en fixera, le cas échéant, le montant et la nature”); *Código Civil italiano*, art. 1227: “Concurso de fato culposo do credor. Se o fato culposo do credor tiver concorrido para causar o dano, o ressarcimento é reduzido conforme a gravidade da culpa e a medida das consequências que desta são decorrentes. O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor poderia ter evitado utilizando diligência ordinária” (no original: “Concorso del fatto colposo del creditore. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l’entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza”); *Código Civil português*, art. 570, 1: “Culpa do lesado. 1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída. 2. Se a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar”.

⁹² Como adverte Vaz Serra, o codificador português, a expressão “compensação de culpas” é incorreta, pois não é a culpa de um que pode suprimir ou diminuir a culpa de outrem (VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. O dever de indemnizar e o interesse de terceiro. Conculpabilidade do prejudicado. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 86, 1959, p. 34). Idêntica censura é feita por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, §2.721, p. 197.

⁹³ Assim o Enunciado 630, da VIII Jornada de Direito Civil: “Art. 945: Culpas não se compensam. Para os efeitos do art. 945 do Código Civil, cabe observar os seguintes critérios: (i) há diminuição do quantum da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta o dano, ou o seu agravamento, desde que (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam

pressão já não deveria ser utilizada. Além do mais, uma culpa leve (por exemplo, uma desatenção no trânsito, parando o motorista repentinamente num semáforo) pode ter relevo causal imenso, enquanto um ato doloso (e.g., dirigir embriagado) pode não ter nenhuma consequência, ao menos no plano civil, caso não haja a produção de dano. O que se mede, portanto, no confronto entre a conduta do lesante e a da vítima, é em que medida o comportamento culposo de um e de outro *gerou eficácia causal*.

O art. 945 do Código Civil de 2002, expressando tradição que vem dos arcanos romanos⁹⁴, mas inovando, neste ponto, quanto ao Código Civil de 1916, prevê: “se a vítima tiver concorrido culposamente para a produção do dano a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Traduz-se, aí, princípio geral de repartição do dano, quando, ao lado da conduta do lesante, mas respeitadamente ao mesmo fato ou ao mesmo fator de imputação, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta, no todo ou em parte, o dano, ou o seu agravamento. Essa ação (ou omissão) pode ser revelada por várias formas, mas, modo geral, é expressada por uma *atitude negligente do lesado*, que age em prejuízo de seus próprios interesses.

Assim, por exemplo, o consumidor que, embora informado sobre o estado de deterioração de determinado produto, ainda assim os consome. A vítima do dano se expõe ao risco de uma lesão. Trata-se do que a doutrina alemã chama de “actuação por risco próprio” (*Handeln auf eigene Gefahr*), ou de assunção do risco, conforme indicado por Brandão Proença⁹⁵, hipótese entre nós já trabalhada, na vigência do Código Civil anterior, por nomes do maior peso, como Aguiar Dias e Pontes de Miranda⁹⁶.

ser simultâneas ou sucessivas, devendo-se considerar o percentual causal do agir de cada um”.

⁹⁴ Os estudiosos reportam a primeira manifestação dessa hipótese a um fragmento de Pomponius, jurista pós-clássico, segundo o qual “*quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*” (ou seja: “não se considera que sofra um dano quem o sofre por sua própria culpa”). Ver: BRANDÃO PROENÇA, José Carlos. *A Conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 342. O preceito transparecerá nas primeiras codificações dos séculos XVIII e XIX, na Europa.

⁹⁵ BRANDÃO PROENÇA, José Carlos. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 28.

⁹⁶ Exemplificativamente: AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995,

Além do mais, na ponderação entre as eficácias causais ligadas às condutas culposas de lesante e de lesado, conceitos e critérios hão de estar predefinidos: qual é natureza da culpa do lesado? Causas heterogêneas entram em concorrência? Meras condições são equiparáveis à causa? O dolo afasta a culpa?

A primeira definição diz respeito à natureza da chamada “culpa do lesado”. Se toda culpa, por definição, significa a transgressão de um dever previamente atribuído ao agente, o qual devia e podia cumpri-lo, pareceria correto afirmar que, para haver culpa propriamente dita, seria preciso que se transgredisse um dever jurídico de se acautelar contra danos que alguém pode causar a si mesmo, o que seria absurdo cogitar. Assim, explica Vaz Serra, “o fato do prejudicado só contribui para a redução da indenização, quando este tenha omitido a diligência exigível com a qual poderia ter evitado o dano”⁹⁷. Daí a formulação da regra: a redução no *quantum* indenizatório em razão da conculpabilidade do prejudicado só é razoável quando o prejudicado não tenha adotado as medidas exigíveis com que poderia ter impedido o prejuízo⁹⁸. Sendo assim, conclui acertadamente Vaz Serra, “há-de o procedimento do prejudicado ter sido culposo, no sentido de ele ter omitido, contra o que podia e devia ter feito, as cautelas necessárias e correntes para evitar o dano”⁹⁹.

Requisito inafastável diz respeito à circunstância de o ato culposo do lesante e o ato culposo do lesado deverem estar reportados a um mesmo fato ou re-

p. 38; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, §2.721, p.198.

⁹⁷ VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. O dever de indenizar e o interesse de terceiro. Conculpabilidade do prejudicado. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 86, 1959, p. 38.

⁹⁸ Ao analisar a relação entre conculpabilidade, diligência e reflexos indenizatórios, von Tuhr assinala que a lei se mantém fiel ao critério de atribuir à própria culpabilidade do prejudicado uma “influência quanto ao alcance da indenização” (VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Trad. espanhola por W. Roces. Granada: Comares, 2007, §13, item II, p. 63). Já Karl Larenz pontua que “o dever de indenizar pode diminuir ou desaparecer quando o prejudicado seja também responsável pelo dano. A concorrência de responsabilidades pode advir do fato de que o prejudicado tenha cooperado para o dano de forma que lhe seja imputável, ou de que haja se omitido em evitar o dano que se anuncia ou minorar o dano que já se concretizou” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Trad. espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, §14, item V, p. 219).

⁹⁹ VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. O dever de indenizar e o interesse de terceiro. Conculpabilidade do prejudicado. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 86, 1959, p. 40.

lação causal, conquanto possam ser simultâneos (por exemplo, uma colisão de automóveis) ou sucessivos (assim, a queda imprudente do inquilino na escada mal iluminada). Não é cogitável a “ponderação” de que trata o art. 945 do Código Civil brasileiro se os atos culposos de um e de outro *não estiverem reportados a um mesmo fato* ou não estiverem ligados por uma mesma e única relação cujo efeito terá as características acima pontuadas da adequação e necessidade, respeitadamente ao dano provocado. Meras condições que podem eventualmente ser comuns a dois ou mais fatos não são equiparáveis à causa. Logo, não há, tecnicamente, concorrência entre *causas heterogêneas*, embora possam ambos os fatos (o do lesante e o do lesado) repousar sobre uma mesma condição (mera condição) que não se qualifique tecnicamente como *causa adequada*, e possam ambos os fatos encontrar em um mesmo fato a sua *ultima ratio*¹⁰⁰.

Se uma das partes procedeu com dolo, e outra com culpa, *quid iuris?* Para alguns, se o dolo for do prejudicado, não pode este exigir indenização do agente simultaneamente culposo; em regra, prevalece o dolo, pois *fraus omnia corrumpit*. Assim, se o causador do dano procedeu com dolo, seria indiferente a mera culpa do prejudicado, como aludem respeitáveis comentaristas ao art. 945 do Código Civil brasileiro¹⁰¹. Para outros, a resposta é matizada: se o dolo for do causador do dano, a culpa do lesado pode ou não, *consoante a sua gravidade*, ser tida em conta, “visto que aquele dolo não basta para que

¹⁰⁰ Discernindo, para tal efeito, entre as condutas relevantes do lesado que funcionaram como meras condições e aquelas dotadas de efetivo relevo causal: BRANDÃO PROENÇA, José Carlos. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 2007, p. p. 71.

¹⁰¹ “Se há dolo do ofensor, não incide o dispositivo; o dolo do ofensor é suficiente para a causação do dano, se comparado com a culpa do ofendido. Na nossa avaliação, o balanço da gravidade da culpa do ofendido, nos termos do dispositivo, não tem peso igual ao dolo do ofensor, daí ser inviável levá-la em conta, em tal situação, para fixar a indenização” (MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil*. Da Responsabilidade Civil. Das Preferências e Privilégios Creditórios. Vol. XIII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 413). Também nessa linha VON TUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Trad. espanhola de W. Roces. Granada: Comares, 2007, §13, III, p. 63: “[a]ssim, se aquele que provocou o dano obrou com dolo, será indiferente a simples culpa do prejudicado e não influirá em nada em seu dever de indenização”.

esta culpa possa ser havida como inexistente”¹⁰². E, em posição que parece a mais acertada, Pontes de Miranda explica: “*Culpas não se compensam*. O ato do ofendido é concausa ou aumentou o dano. Trata-se de saber até onde, em se tratando de concausa, responde o agente, ou como se há de separar do importe o excesso, isto é, o que *tocaria* ao que fez maior o dano, que, aí, é o ofendido”¹⁰³.

De fato, se a vítima concorreu culposamente para a produção do dano ou se o aumentou *não há “duas responsabilidades”*: o que ocorre é que “a relação de causação entre o dano e o fato pelo qual outrem é responsável é apenas a do dano causado *menos* aquele que se liga ao ato do ofendido”¹⁰⁴. Deve-se investigar as relações causais de modo a diminuir (ou, mesmo, a pré-excluir) a responsabilidade do ofensor¹⁰⁵, porque no “mundo jurídico”, assinala ainda Pontes de Miranda, “já acontecera a diminuição ou exclusão, de modo que não se há de pensar em qualquer operação de subtração”¹⁰⁶. A responsabilidade é, pois, reduzida proporcionalmente ao *percentual causal* do agir de cada um¹⁰⁷.

¹⁰² VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. O dever de indemnizar e o interesse de terceiro. Conculpabilidade do prejudicado. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 86, 1959, p. 39; ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Tomo II. Trad. espanhola de Blas Pérez González e José Alguer. Buenos Aires: Bosch, 1948, p. 79.

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, §2.721, p. 197.

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, §2.721, p. 197-198. Destacou-se.

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Inadimplemento das Obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Vol. V. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 508.

¹⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, §2.721, p. 197-198.

¹⁰⁷ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 206. A posição, que descende de Pontes de Miranda, também veio a ser endossada por Cavalieri Filho e Menezes Direito, como segue: “[a] doutrina atual tem preferido falar, em lugar de concorrência de culpas, em *concorrência de causas*, é mais de concorrência de causa do que de culpa. A vítima também concorre para o evento, e não apenas aquele que é apontado como o único causador do dano” (MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil*. Da Responsabilidade Civil. Das Preferências e Privilégios Creditórios. Vol. XIII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 406). Na jurisprudência, acolhe-se o critério, embora nem sempre haja precisão terminológica. Exemplificativamente: “havendo culpa concorrente, as indenizações por danos materiais e morais de-

Esse trabalho de compreensão, distinção e consequente qualificação é, justamente, a tarefa primordial da doutrina: distinguir entre figuras, atentar à função dos institutos, analisar seus elementos e, olhando para a História e para o presente – concomitantemente para trás e para a frente – propor modelos hermenêuticos que, uma vez acolhidos pela jurisprudência, tem a virtualidade de se transformarem em modelos prescritivos.

Conclusão

O fato de hoje nosso sistema abrigar os diferentes fatores de imputação de responsabilidade nos obriga, mais do que nunca, a fazer distinções. Num livro que compõe a história da responsabilidade civil no Brasil, Alvino Lima, em 1938, escreveu que no Direito Civil, o movimento era o “da culpa ao risco”¹⁰⁸. Mas se olharmos para trás – um movimento sempre necessário se quisermos andar com segurança para a frente – veremos que o caminho pode ter sido “do risco à culpa”. Observar esse caminho nos permite relativizar certezas e construir soluções novas para novos problemas. É o que ocorre com a percepção do papel da culpa na responsabilidade civil, contratual e extracontratual.

vem ser fixadas pelo critério da proporcionalidade” (Assim, STJ. REsp 773.853/RS. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. J. em 10 de novembro de 2005). Com o mesmo fundamento, e.g., STJ. REsp 704.307/RJ. Quarta Turma. Relator Min. Aldir Passarinho Junior. J. em 16 de maio de 2006; STJ. REsp 257.090/SP. Terceira Turma. Relator Min. Castro Filho. J. em 16 de dezembro de 2003; STJ. REsp 555.468/ES. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. J. em 04 de outubro de 2005. Destaca-se também o caso STJ. REsp 746.894/SP. Quarta Turma. Relator Min. Aldir Passarinho Junior. J. em 15 de agosto de 2006, reconhecendo a concorrência de causas inclusive no contrato de transporte ferroviário. O Acórdão foi assim ementado: “Civil e processual. Ação de indenização. Queda de trem. Morte de passageiro que viajava em escada da locomotiva. Culpa concorrente. Danos morais e materiais devidos. Regimento interno, art. 257, I. Admissível a concorrência de culpa em transporte ferroviário, quando verificado comportamento aventureiro da vítima, a dificultar, consideravelmente, a eficiência do serviço de fiscalização da empresa transportadora. Redução do valor, em face da concorrência de culpas, à metade.(...)”. Veja-se bem que não há que “concorrer” ou “compensar” culpas, até porque a responsabilidade da empresa é objetiva: trata-se de uma questão de causalidade, o comportamento da vítima tendo afetado parcialmente o nexo causal que liga o dano à ação da empresa.

¹⁰⁸ LIMA, Alvino. *Da Culpa ao Risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Em outro texto – esse já dos anos 80 – Mario Moacyr Porto falou em “O Ocaso da Culpa”¹⁰⁹. Mas será verdade? O ocaso não será tão somente da unicidade dos fatores de imputação de responsabilidade?

Pensamos que a culpa não saiu de cena. Continua a ser o fator de imputação de responsabilidade geral, embora, paradoxalmente, o geral seja cada vez mais residual, em face do crescimento das hipóteses de imputação pelo risco e da ampliação das obrigações de garantia.

Canela/São Paulo, abril de 2021

¹⁰⁹ PORTO, Mario Moacyr. O ocaso da culpa como fundamento da responsabilidade civil. *Revista Ajuris*, v. 14, n. 39, p.198-205, mar./1987.

FORMAS DE REAÇÃO À DECISÃO QUE VIOLA PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Recebido em 05.04.2021

Aceite em 19.04.2021

LUIZ GUILHERME MARINONI

Professor Catedrático da Universidade Federal do Paraná (Brasil).
Vice-Presidente da *International Association of Procedural Law*.

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve alusão ao Código de Processo Civil; 3. Precedente como norma jurídica; 4. Violação de precedente do Supremo Tribunal Federal: o problema da identificação da *ratio decidendi*; 5. A impugnação como meio para obstaculizar a execução de sentença que não observou precedente constitucional; 6. Ação rescisória e violação de precedente; 6.1. A ação rescisória com base no art. 966, V, do Código de Processo Civil; 6.2. Sobre a não percepção da “existência de distinção” e também acerca da não aplicação de precedente manifestamente aplicável; 6.3. Técnica da distinção e equívoco manifesto na aplicação de precedente; 6.4. O ônus daquele que pretende a rescisão com base em manifesto equívoco na aplicação (ou não) de precedente; 7. Reclamação; 7.1. Da tutela da decisão *inter partes* para a proteção da decisão e do precedente constitucional; 7.2. Sobre a eficácia da *ratio decidendi* e a eficácia do dispositivo da decisão proferida em ação direta: o uso da reclamação para a tutela da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes da decisão; 7.3. A reclamação como consequência lógica da eficácia vinculante que recai sobre precedente firmado em recurso extraordinário; 7.4. A reclamação como meio de tutela da autoridade do precedente constitucional: entre a correção das decisões e a reafirmação do sentido da Constituição; 7.5. A tutela do precedente como forma de garantia da competência da Corte; 7.6. As particularidades da decisão e do precedente constitucional; 7.7. A reclamação como reflexo e consequência dos enunciados constitucionais vinculantes; 7.8. A reclamação como forma de tutela destinada à reafirmação do que a Corte declarou: ação de cognição limitada e de natureza documental; 7.9. Na reclamação não se decide caso constitucional, mas se pode realizar *distinguishing*; 7.10. Sobre o argumento de que a reclamação pode prejudicar o trabalho do Supremo Tribunal Federal: a falta de percepção de que a Corte tem dever de garantir a observância dos seus precedentes; 7.11. A reclamação e o recurso extraordinário como meios para a tutela do precedente constitucional

1. Introdução

O presente escrito, compreendendo que toda decisão e precedente firmados em controle concentrado, assim como precedente de constitucionalidade estabelecido em recurso extraordinário, têm eficácia vinculante, objetiva analisar os meios processuais capazes de tutelá-los. Partindo-se da premissa de que o Supremo Tribunal Federal, para afirmar a Constituição perante a sociedade, necessita de decisões e de precedentes *dotados de eficácia vinculante*, o objetivo dessas linhas é demonstrar que o direito processual não pode ser indiferente às decisões que desrespeitam tais pronunciamentos.

Basicamente, a proposta é identificar a necessidade de tutela jurisdicional do precedente, ou melhor,

de tutela da norma contida no precedente, elaborando-se dogmaticamente a oportunidade para o uso de mecanismos processuais que obstaculizem a execução da sentença – ainda que provisória – que negou precedente, assim como a desconstituição da coisa julgada que ampara decisão que o desrespeitou.

Do mesmo modo, será analisada a importância da reclamação para garantir a observância dos precedentes constitucionais, evidenciando-se que estes, em vista da sua natureza e importância para a vida em sociedade, não podem deixar de contar com um mecanismo processual capaz de assegurar a sua pronta e imediata observância, sob pena de se tornarem reféns da demora, quase patológica, do sistema recursal, e, assim, restarem entregues à discricionariedade dos Tribunais e dos órgãos da Administração Pública.

2. Breve alusão ao Código de Processo Civil

No direito brasileiro, admite-se impugnação contra a sentença exequenda que negou precedente constitucional (art. 525, § 14, CPC), assim como ação rescisória quando a decisão de mérito, transitada em julgado, “violou manifestamente norma jurídica” (art. 966, V, CPC)¹. O art. 966, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil, faz questão de enfatizar o cabimento de ação rescisória quando uma decisão, diante das particularidades do caso, equivocadamente aplicou ou deixou de aplicar precedente.

Esclareça-se que tanto a impugnação, quanto a ação rescisória, são cabíveis quando a decisão negou, *expressa ou implicitamente, o conteúdo do precedente*, bem como aplicou-o ou deixou de aplicá-lo de forma manifestamente equivocada.

Além disso, admite-se reclamação em face de decisão – não transitada em julgado – que deixou de observar súmula vinculante, assim como decisão ou precedente firmados pelo Supremo Tribunal Federal. Embora o art. 988, III, do Código de Processo Civil, fale exclusivamente em controle concentrado, distinguir decisão proferida no controle concentrado de precedente firmado em recurso extraordinário, quando se tem consciência da imprescindibilidade de proteção dos pronunciamentos com eficácia vinculante do Supremo Tribunal Federal, é desconsiderar todo o sistema instituído para dar autoridade ao controle difuso, inclusive a repercussão geral, e portanto a própria Constituição.

3. Precedente como norma jurídica

Já ficou claro no *civil law* que, exatamente por não ser o juiz um mero aplicador da lei, essa não é sufi-

¹ Deixe-se claro que, não obstante a previsão do art. 525, § 15, do Código de Processo Civil, não cabe ação rescisória, com base em decisão do Supremo Tribunal Federal, se, na época da decisão que se pretende rescindir, *havia divergência interpretativa nos tribunais*. Ou melhor, não se admite a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada. Afinal, como já esclareceu Galvão Teles, respeitar os casos julgados “não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a uma lei que determinado juízo teve por constitucional, melhor, reconhecer efeitos ao juízo da constitucionalidade. Para a jurisdição, o direito substantivo converte-se sempre numa incógnita e a autonomia de cada decisão torna possível que essa incógnita seja resolvida de maneiras diferentes” (Miguel Galvão Teles, *Inconstitucionalidade pretérita, Nos dez anos da Constituição*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987, p. 329).

ciente para garantir a segurança jurídica e a igualdade. Se a lei abre oportunidade a uma multiplicidade de interpretações ou normas jurídicas e, assim, a decisões diferentes para casos similares, não há como não se preocupar com o problema da coerência das decisões judiciais, elemento imprescindível para se ter igualdade perante o próprio direito.

É sabido que a função das Cortes Supremas da tradição do *civil law* era voltada à tutela do ordenamento jurídico. Lembre-se que Calamandrei escreveu a mais célebre obra sobre a história e a função da Corte de Cassação do século passado. Essa obra teve impacto sobre toda uma geração de processualistas e, também, sobre o modo como as Cortes Supremas eram vistas até bem pouco tempo, e, em alguns lugares, ainda são concebidas². Embora o respeitado mestre florentino tenha atentado para a necessidade de a Corte definir a interpretação que deve prevalecer no território nacional, raciocinou como se a esta devesse fixar a interpretação que revela o “sentido exato da lei”. Na sua concepção, a unificação da interpretação do direito tinha o único propósito de tutelar o direito objetivo, revelando a sua devida e única identidade³.

A definição da interpretação que deve prevalecer, nessa linha, equivale à fixação da interpretação que efetivamente corresponde à lei. A tarefa da Cassação, embora voltada à uniformização da interpretação, consistia em “*descobrir e declarar*” o sentido da lei. A uniformização, assim, ocorria para tutelar o legislador.

A pretensão de uniformização da interpretação da lei, em tal contexto, não pactua com a dissociação entre lei e norma e nem é aberta à lógica argumentativa, mas, ao revés, busca responder à concepção

² A obra de Calamandrei (*La cassazione civile, Storia e legislazione*, Torino: Fratelli Bocca, 1920) tem uma dimensão que desborda os limites usuais dos trabalhos doutrinários, constituindo a elaboração de um modelo teórico que não só veio a ser recepcionado – ainda que em parte – pela legislação italiana, como também um fundamento para quase todos os escritos doutrinários que, por muito tempo, foram elaborados a respeito do tema.

³ Resta evidente, mesmo na investigação de caráter histórico-dogmático realizada por Calamandrei, grande preocupação em evidenciar a necessidade de a Corte de Cassação realizar função de unificação da interpretação da lei. Porém, Calamandrei deixou absolutamente claro que *a garantia de uniformidade e a tutela da lei são faces de uma mesma moeda e, assim, que as decisões da Cassação, quando definem a interpretação, fixam o exato e único sentido da lei*. Não foi por outro motivo que a sua obra deixou imortalizada a célebre ideia de que a função da Corte é instituir o “sentido exato da lei”.

clássica de jurisdição – própria à Calamandrei⁴ –, em que o juiz simplesmente aplica a lei ao caso concreto, incumbindo à Cassação, por consequência, apenas declarar “oficialmente a verdadeira”⁵ interpretação da lei em nome da unidade do direito objetivo.

Como a jurisdição se limita a declarar a vontade concreta da lei não há motivo para falar em igualdade perante as decisões. Basta a unificação da interpretação para garantir a unidade do direito objetivo e, por consequência, a igualdade de todos perante a lei. Em outros termos, não há necessidade de ter precedentes, mas apenas um sistema que permita a correção das decisões destoantes da lei.

A despreocupação com a coerência das decisões é o resultado da desgastada suposição de que os tribunais, inclusive os de vértice, estão limitados a procurar a interpretação que revela o que está nos dispositivos legais. Ora, se as decisões discutem apenas sobre a exata interpretação da lei, não pode existir incoerência no direito produzido pelo Judiciário, mas apenas equívoco na aplicação da lei. Ou melhor, se a norma jurídica está implícita na lei e é preexistente à interpretação, não há como falar em incoerência entre as decisões, mas somente em inadequada aplicação da norma do legislador.

Porém, quando se percebe que a interpretação não pode definir o “sentido exato da lei”, porém deve realizar valorações para definir o sentido atribuível ao texto legal, a função da Corte Suprema tem que passar a ser outra. A Corte, diante da explosão de decisões interpretativas no seio do Judiciário, não mais pode ser vista como um órgão que visa a garantir uma mítica racionalidade do ordenamento jurídico, fruto de uma razão iluminista que tanto já seduziu⁶.

A Corte Suprema, hoje, só pode ter a função de atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento de acordo com a evolução da sociedade. A necessidade de coerência do direito deve ser vista como uma decorrência do valor das decisões da Corte. O precedente que outorga sentido à lei e, especialmente, à Constituição, agrega algo de novo à ordem jurídica, fixando a interpretação que deve orientar a vida das pessoas e regular os casos. Assim, o sentido do direito delineado pela Corte não pode deixar de

pautar a solução dos casos iguais ou similares, vinculando ou obrigando os juízes e tribunais⁷.

A coerência é imprescindível para que a igualdade não seja violada. A igualdade perante as decisões judiciais é fruto do dever de o Estado dar a todos que estão em uma mesma situação jurídica a solução que a Corte racionalmente instituiu, oferecendo as melhores razões possíveis. Afinal, todos os homens, em condições iguais, merecem – e apenas podem exigir – a melhor solução que o Estado pode obter para lhes garantir uma vida justa.

Deixe-se claro que o valor constitucional tutelado pela Corte Suprema contemporânea não é a unidade do direito objetivo, mito atrás do qual já se escondem instâncias autoritárias dos mais variados gêneros, mas a segurança jurídica, mediante a qual empiricamente se realiza a igualdade e a liberdade por meio da vinculação dos tribunais e juízes a um “direito” que é dependente da evolução da sociedade, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das necessidades das pessoas⁸.

Não se pense, contudo, que basta substituir o critério da “norma *contida* na lei” pelo do “sentido do direito” para admitir que a função da Corte Suprema continua a ser de correção. Há óbvia diferença entre corrigir para tutelar a lei e corrigir para tutelar o direito instituído pela Corte. Ou seja, quando se pensa em “corrigir” em razão de a decisão do tribunal ter divergido de precedente, há contrariedade à norma jurídica delineada pela Corte Suprema.

Note-se que, como os precedentes consolidam o direito que deve ser observado pelos tribunais, a atividade de “correção” das decisões que negam precedentes destina-se a reafirmar a função de interpretação e de desenvolvimento do direito. Essa atividade de “correção”, que é meramente supletiva, subordina-se à função de atribuição de sentido ao direito e de garantia da sua unidade. Desta forma, certamente não se pode pensar que uma Corte Suprema, na atualidade, deva ter função de correção. Como é evidente, é contraditório atribuir a uma Corte Suprema que estabelece o direito a função de corrigir as decisões⁹.

⁴ Piero Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile, Opere Giuridiche*, v. 1, Napoli: Morano, 1965.

⁵ A expressão é de Calamandrei.

⁶ Gaetano Silvestri, *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, *Le Corti Supreme*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 45.

⁷ Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 6^a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, *passim*.

⁸ Gaetano Silvestri, *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, *Le Corti Supreme*, p. 45.

⁹ Michele Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007, p. 718; Michele Taruffo

Por outro ângulo, ao se supor que os precedentes da Corte que atribui sentido ao direito não precisam ser observados, a sua própria existência torna-se desnecessária. Não há motivo para ter uma Corte cuja função é definir a interpretação e desenvolver o direito constitucional quando os tribunais podem dela livremente divergir. Nesse caso não apenas seriam suficientes os tribunais, como a Suprema Corte não teria motivo algum para atribuir sentido ao direito e, portanto, para estar presente no sistema judicial¹⁰. Fechar os olhos para a verdadeira função que deve ser desempenhada por uma Corte de vértice é tê-la como um grande tribunal de apelação, como uma espécie de mágica tábua de salvação posta a disposição de qualquer litigante, com a grande desvantagem de se abrir às portas para a incoerência do direito e para a irracionalidade da distribuição da justiça e, por consequência, para a negação da segurança jurídica¹¹.

Se a explicitação e a frutificação do direito dependem do juiz, não há como não admitir que o direito é resultado de uma atividade compartilhada pelo Legislativo e pelo Judiciário. Se o juiz obviamente não pode ser mais visto como a “*bouche de la loi*”, utilizando-se da mesma imagem não é errado dizer que o juiz é a boca do direito que resulta da lei. Não

fo, Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali, *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

¹⁰ Só há lógica em falar por último quando a decisão é a “última” para todos os casos similares que estão para aflorar. O contrário seria supor que uma Corte tem posição de vértice e dá a última palavra por acaso. Ou ainda que cabe à Corte Suprema dar a última palavra apenas no caso concreto, quando a sua tarefa, então, seria a de um mero tribunal de revisão ou cassação, algo incompatível com a função de colaboração para o desenvolvimento do direito. Portanto, não é o caso de dizer que os tribunais inferiores estão submetidos às Cortes Supremas, mas de perceber que os tribunais inferiores devem respeito ao direito delineado por estas Cortes.

¹¹ O Estado constitucional tem dever de tutelar a segurança jurídica, garantindo a estabilidade do direito e a sua previsibilidade. Num Estado constitucional, além da estabilidade da ordem jurídica, espera-se univocidade da qualificação das situações jurídicas, sem a qual não há previsibilidade em relação às consequências jurídicas das condutas, algo indispensável para que o cidadão possa se desenvolver num Estado de Direito. O sistema jurídico, inclusive a estruturação e o funcionamento dos órgãos judiciais, deve ser capaz de outorgar previsibilidade. Como diz Massimo Corsale, um ordenamento jurídico destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas, e de gerar, assim, um sentido de segurança nos cidadãos, não pode sobreviver enquanto tal (Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 31 e ss).

se quer dizer com isso que o Judiciário cria o direito. Na verdade, a discussão sobre a “criação do direito” não tem muita relevância quando se pensa que uma decisão é criativa se a sua formulação exige opções valorativas do juiz¹², ou melhor, quando se tem consciência de que a ideia de “criação judicial do direito” tem muitos significados.

Todos os juízes reconstróem o direito a partir dos elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica¹³, mas a “definição da reconstrução” é das Supremas Cortes. Mediante os precedentes constitucionais, o Supremo Tribunal Federal institui, a partir das “melhores razões”¹⁴, a interpretação da Constituição, bem como a desenvolve de acordo com a evolução dos fatos sociais, fixando, assim, a “norma jurídica” que deve orientar a sociedade e ser utilizada na solução dos casos futuros.

É relevante lembrar que os precedentes constitucionais detêm uma particularidade muito importante. A interpretação constitucional não apenas tem como objeto dispositivos intencionalmente redigidos para permitir o alcance do que se passa na realidade, mas também se vale de uma metodologia voltada à identificação dos fatos sociais. Os fatos do presente revelam as necessidades das pessoas, suas discordâncias e os embates entre os grupos, de modo que, sem

¹² Jerzy Wróblewski, Transparency and doubt. Understanding and interpretation in pragmatics and in Law, *Law and Philosophy*, 1988, p. 322 e ss.

¹³ Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 413.

¹⁴ Como escreve Taruffo (La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 103), afirmar que a interpretação determina o significado “exato” de uma norma é uma afirmação privada de sentido, uma vez que a interpretação pode determinar apenas o significado fundado no emprego correto de critérios de eleição aceitáveis, ou seja, o significado fundado nas “melhores razões”. A interpretação fundada nas melhores razões tem a ver com a correção do procedimento de eleição e com a aceitabilidade dos critérios em que ela se funda, não se ligando à correção do resultado interpretativo. Fala-se, então, em “exatidão do método” de interpretação da lei; o método é correto quando a decisão é racionalmente justificada sob o perfil interno – de coerência entre as premissas e conclusões – e sob o perfil externo – de fundabilidade e aceitabilidade das premissas. A devida justificativa das opções interpretativas faz ver a *racionalidade* da interpretação e da decisão. Assim, “decisão adequada” é a dotada de racionalidade, para o que é imprescindível as “melhores razões”. Substitui-se, dessa maneira, a ideia de interpretação exata pela de “interpretação dotada de razões apropriadas”. Tutela-se a legalidade mediante a prática argumentativa e a busca da racionalidade. Ver Jerzy Wróblewski, *Ideología de la aplicación judicial del derecho, Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara, 2008, p. 83.

a sua aferição e adequada compreensão, é impossível afirmar o sentido da Constituição diante das disputas sociais contemporâneas. Isso quer dizer que os precedentes constitucionais não só têm um significado construído a partir de elementos que, muitas vezes, não estão no texto, mas também de elementos extrajurídicos indispensáveis à atribuição de sentido aos dispositivos constitucionais.

De modo que o precedente constitucional corporifica a função de norma indispensável à regulação da vida em sociedade de modo muito mais claro e enfático. Note-se que o precedente não apenas deve ser necessariamente observado pelos juízes, mas também pelos órgãos da administração pública, o que significa ter uma norma que deve ser obrigatoriamente respeitada pelo próprio Poder Executivo. Portanto, o precedente constitucional é uma norma jurídica que pode ser violada, dando ensejo a impugnação e ação rescisória, e, ainda, a reclamação.

4. Violação de precedente do Supremo Tribunal Federal: o problema da identificação da *ratio decidendi*

Se o Código de Processo Civil de 2015 afirma a possibilidade de ação rescisória quando a decisão de mérito viola “*norma jurídica*” (art. 966, V), daí decorrendo o cabimento da ação em caso de violação de precedente de Corte Suprema, é preciso não esquecer que nem toda decisão do Supremo Tribunal Federal constitui precedente. Uma decisão só configura precedente quando a maioria absoluta dos membros do colegiado comunga da mesma posição, seja quanto à inconstitucionalidade de uma lei, seja quanto à interpretação constitucional.

Uma lei pode ser declarada inconstitucional com base em maioria absoluta, mas com base em fundamentos diferentes. Aí a eficácia vinculante recai sobre a decisão incidental de inconstitucionalidade, mesmo que essa seja proferida mediante a conjugação de fundamentos diversos. Porém, há situações em que a maioria absoluta se forma em relação ao próprio fundamento para se ter a lei como inconstitucional. Nessa hipótese, a maioria absoluta não considera apenas uma lei específica inconstitucional, mas afirma que determinada questão apenas pode ser resolvida pela inconstitucionalidade. Isso significa que, quando a mesma questão se reproduzir em lei diversa, mas obviamente semelhante, deve-se adotar

o precedente quanto à questão constitucional, não podendo a lei, ainda que diferente, ser aplicada nem pelo Juiz nem pelo Administrador.

Há diferença entre aplicar norma já declarada inconstitucional e aplicar norma cuja inconstitucionalidade está positivada nos fundamentos determinantes de decisão que declarou a inconstitucionalidade de outra norma. Os fundamentos que determinam a inconstitucionalidade de norma devem ser observados quando se está diante de outra norma – por exemplo, de outro município –, porém dotada da mesma substância. Aliás, é em casos desta espécie que importa a eficácia obrigatória dos fundamentos determinantes da decisão de inconstitucionalidade.

Ao se ter em conta a específica lei já declarada inconstitucional, considera-se apenas a parte dispositiva da decisão proferida na ação direta (eficácia *erga omnes* e vinculante) e a decisão incidental proferida no curso do julgamento do recurso extraordinário (eficácia *inter partes*, eficácia em benefício de terceiros contra o vencido e eficácia vinculante). Quando o recurso extraordinário declara a inconstitucionalidade de lei, a *decisão de inconstitucionalidade* faz parte da *ratio decidendi* ou é coberta pela eficácia vinculante. Ainda que a Corte tenha resolvido que a lei é inconstitucional por diversidade de fundamentos, há eficácia precedental para todos os casos futuros que tratem da mesma lei.

Entretanto, o *fundamento* para a declaração de inconstitucionalidade possui importância quando o juiz tem diante de si uma lei diferente, porém substancialmente similar. Caso a decisão da Corte tenha sido tomada com base em mais de um fundamento, sem que nenhum deles tenha sido sustentado pela maioria absoluta, não haverá *ratio decidendi* ou precedente capaz de regular o *novo caso*. Tratando-se de outra lei, a eficácia precedental dependerá de o *fundamento* para a determinação da inconstitucionalidade ter sido compartilhado pela maioria absoluta¹⁵.

Portanto, pode não haver precedente para regular questão envolvendo *outra* lei – ainda que similar –, embora haja precedente para impedir decisão diferente sobre a *mesma* lei. A situação pode ser identificada na ação direta quando se considera a distinção entre o dispositivo da decisão e os fundamentos determinantes da mesma decisão, ambos igualmente capazes de ser dotados de eficácia vinculante. No re-

¹⁵ Luiz Guilherme Marinoni, *Julgamento nas Cortes Supremas*, 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 123 e ss.

curso extraordinário, o dispositivo, além de se referir apenas aos litigantes, apenas dá ou nega provimento ao recurso. A conclusão sobre a inconstitucionalidade da lei é acerca de uma questão prejudicial que importa à resolução – parte dispositiva – do recurso, encartando-se, do mesmo modo que os fundamentos para se chegar na conclusão sobre a inconstitucionalidade da lei, na fundamentação da decisão, e, quando for o caso de maioria absoluta, na *ratio decidendi*.

Quer dizer que uma decisão pode violar precedente quando aplicar lei declarada inconstitucional ou mesmo outra lei similar. No primeiro caso basta decisão em ação direta ou decisão incidental em recurso extraordinário¹⁶, e, portanto, a fundamentação deste último. No segundo caso importa a fundamentação da decisão da ação direta ou da decisão sobre o recurso extraordinário, mas esta tem que necessariamente evidenciar que um fundamento, compartilhado por maioria absoluta, determinou a decisão de inconstitucionalidade¹⁷.

Além disso, uma decisão também pode violar precedente ao adotar interpretação declarada inconstitucional (declaração parcial de nulidade sem redução de texto) ou ao não adotar interpretação conforme à Constituição. E ainda há violação de precedente quando a decisão nega decisão aditiva, redutiva ou substitutiva, ou mesmo deixa de aplicar lei declarada constitucional.

5. A impugnação como meio para obstaculizar a execução de sentença que não observou precedente constitucional

Os artigos 475-L, § 1.º e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 davam ao executado a possibilidade de se defender, respectivamente, mediante impugnação e embargos do executado, com base na alegação de o título executivo estar “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”. Tais artigos, quando mal interpretados, podiam con-

¹⁶ Ambas as decisões por maioria absoluta, embora podendo se basear em fundamentos compartilhados por minorias.

¹⁷ Ambas as decisões por maioria absoluta, embora podendo se basear em fundamentos compartilhados por minorias.

figurar atentado contra o exercício do controle difuso de constitucionalidade e violação da intangibilidade da coisa julgada.

O art. 525 do Código de Processo Civil de 2015, reconhecendo o grave problema ocasionado pelos artigos antes referidos, afirma que “considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso” (§ 12), mas, logo a seguir (§ 14), esclarece que “a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda”.

A impugnação baseada em violação a precedente pode ser oposta tanto à execução da sentença transitada em julgado, quanto à execução da sentença não definitiva (provisória)¹⁸. Nessa situação, embora evidentemente não se possa falar em precedente “anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda”, ele deve ser obviamente preexistente à sentença.

Não é apenas a decisão que declara a inconstitucionalidade de norma que pode obstaculizar a execução, mas também as decisões proferidas com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, assim como as decisões aditivas, redutivas e substitutivas, e ainda as decisões de constitucionalidade. A sentença não pode ser executada ao ter violado estas decisões, não importando se proferidas em controle concentrado ou em controle difuso, desde que obviamente tenham sido tomadas por maioria absoluta.

As decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade obviamente não podem ser negadas por juiz ou tribunal. Mas, conforme já demonstrado, os tribunais e juízes não estão sujeitos apenas à eficácia que diz respeito à parte dispositiva da decisão proferida em ação direta, porém também à eficácia vinculante dos fundamentos determinantes

¹⁸ O Código de Processo Civil de 2015 persiste no erro do anterior ao falar em “cumprimento provisório de sentença” (art. 520). Não existe execução ou cumprimento provisório, porém sim execução ou cumprimento, que *pode ser completo ou incompleto*, de decisão provisória ou não definitiva. É a decisão, e não a execução ou o cumprimento, que *pode ser provisória*. Na expressão “cumprimento provisório” há a elipse da palavra “decisão”. É aí necessário ver “cumprimento de decisão provisória”.

de decisão proferida em ação direta e em recurso extraordinário, assim como à eficácia vinculante que recai sobre a decisão incidental sobre a constitucionalidade de lei tomada no curso do julgamento do recurso extraordinário.

Ao se dizer que a decisão proferida em controle difuso também pode obstaculizar a execução da decisão, demonstra-se a importância da eficácia vinculante que atinge a fundamentação da decisão do recurso extraordinário. Ora, é evidente que o § 12 do art. 525 não está preocupado com a parte dispositiva da decisão proferida no recurso, uma vez que esta interessa apenas às partes que litigam no caso que lhe deu origem.

Portanto, a decisão em recurso extraordinário, para ser invocada para obstaculizar a execução, deve ter as características de um precedente constitucional. O art. 525, § 12, quando abre oportunidade para a impugnação invocar decisão do Supremo Tribunal Federal anterior à decisão exequenda, preocupa-se claramente em tutelar as decisões e os precedentes constitucionais.

É preciso advertir, porém, que a negação da decisão ou do precedente constitucional pode não ter sido essencial para a condenação. É por isto que, apresentada a impugnação, o exequente deve ter a oportunidade de demonstrar que, ainda que a decisão houvesse observado a decisão ou o precedente do Supremo Tribunal Federal, a sentença teria sido de procedência. Isso significa que o acolhimento da impugnação não é consequência necessária da não observância de decisão ou precedente constitucional. Se o desrespeito à decisão ou ao precedente do Supremo Tribunal Federal não impuser a alteração da parte dispositiva da sentença, mas apenas a modificação da sua fundamentação, não há motivo para acolher a impugnação.

6. Ação rescisória e violação de precedente

6.1. A ação rescisória com base no art. 966, V, do Código de Processo Civil

O artigo 966, V, do Código de Processo Civil, afirma textualmente o cabimento de ação rescisória em face de decisão de mérito, transitada em julgado, que houver violado “manifestamente norma jurídica”. Diante da distinção entre texto e norma, e da função do Supremo Tribunal Federal, também já res-

tou claro que o precedente constitucional institui a norma jurídica que expressa o sentido da Constituição. Por consequência, não há dúvida que, quando uma decisão nega precedente constitucional, há violação manifesta de norma jurídica, nos exatos termos do inciso V do art. 966 do Código de Processo Civil.

Note-se que o cabimento de ação rescisória com base em violação de norma jurídica não se confunde com a sua admissibilidade nos casos em que a decisão, sem adequadamente considerar as particularidades do caso, cometeu equívoco ao aplicá-lo ou ao não aplicá-lo. Embora nessas hipóteses também caiba ação rescisória (art. 966, §§ 5º e 6º, CPC), por violação de norma jurídica se entende rejeição ou negação do conteúdo da *ratio decidendi*.

De outra parte, a despeito do § 15 do art. 525 do Código de Processo Civil, não cabe ação rescisória, com base em decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, quando, na época da decisão que se pretende rescindir, havia divergência interpretativa nos tribunais. Sublinhe-se que o § 14 do art. 525 exclui a possibilidade de superveniente decisão de inconstitucionalidade impedir a execução da sentença, embora o § 15 admita a sua afirmação como fundamento de ação rescisória. Os dois artigos, numa primeira interpretação, podem ser vistos como contraditórios. Porém, esta contradição não apenas estaria a ferir a lógica da dogmática processual constitucional, mas também negaria a própria Constituição brasileira¹⁹. Ora, como a Constituição garante

¹⁹ Segundo o art. 282, 3, da Constituição portuguesa, diante da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral “ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”. Rui Medeiros observa que a ressalva dos casos julgados no art. 282, 3, revela “que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não constitui qualquer fundamento autônomo de revisão das sentenças firmes. Idêntica conclusão vale, ainda por maioria de razão, para os casos em que, após o trânsito em julgado, surge jurisprudência clara do Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade da norma aplicada por sentença insuscetível de reclamação ou de recurso ordinário. Subjacente à regra da primeira parte do n. 3 do art. 282 está, assim, o reconhecimento pela Constituição de que o sacrifício da intangibilidade do caso julgado só deve ter lugar nos casos extremos em que imperativos de justiça o justifiquem” (Rui Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 548). Jorge Miranda argumenta que o fundamento último da regra que ressalva a coisa julgada diante da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral “decorre de um princípio material – a exigência de segurança jurídica. A estabilidade do direito tornado certo pela sentença insuscetível de recurso ordinário

literalmente a intangibilidade da coisa julgada, o § 15 do art. 525 deve ser interpretado em conformidade com o art. 5º, XXXVI, do texto constitucional. Isto quer dizer que a ação rescisória é cabível, após decorrido o prazo decadencial “contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal” (§ 15, art. 525, CPC), quando, na época da decisão rescindenda, não havia controvérsia interpretativa nos tribunais.

6.2. Sobre a não percepção da “existência de distinção” e também acerca da não aplicação de precedente manifestamente aplicável

O art. 966, § 5º, do Código de Processo Civil, afirma que pode ser rescindida a decisão “que não tenha considerado a existência de distinção” entre o caso julgado e o “padrão decisório” que foi utilizado para decidi-lo. Por “padrão decisório”, entenda-se a *ratio decidendi*.

O precedente é sempre “interpretado”. Afinal, é preciso analisar se deve ou não regular o caso sob julgamento. Além disso, é também preciso olhar a partir do caso para saber se este se amolda ao precedente. A adoção do precedente sempre depende de uma análise racional e justificada, intimamente ligada às particularidades do caso sob solução. Lembre-se, por oportuno, que o § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil afirma que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) v - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; vi - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Quando uma decisão aplica precedente sem considerar adequadamente o caso julgado, há o que se chama de “falta de percepção da distinção do caso sob julgamento”. Quando isso ocorre, o precedente é aplicado equivocadamente, de modo que se pode afirmar que há violação de norma jurídica para efeito de ação rescisória.

é, igualmente, a dos direitos e interesses que declara” (Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. VI, Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 277).

O § 5º fala em decisão que “não tenha considerado a existência de distinção”. Porém, a rescindibilidade também se apresenta viável quando se entende, *de modo manifestamente equivocado*, pela aplicabilidade de precedente. Toda vez em que a decisão aplica precedente que *manifestamente* não podia regular o caso, aplica-se o inciso V do art. 966, uma vez que a decisão “violou *manifestamente* norma jurídica”. Nessa última situação, não é a diferença do caso que impede a aplicação do precedente, mas o erro na compreensão do significado do precedente.

Até aqui se tratou de duas hipóteses de aplicação indevida de precedente – uma em que não é considerada a existência de distinção do caso julgado e outra em que se atribui significado *manifestamente* equivocado ao precedente. Contudo, é ainda cabível perguntar se é possível falar em violação de norma jurídica quando a decisão *deixa de aplicar precedente*.

Sem dúvida, sim. É fácil chegar a essa conclusão quando se está diante de questão dita igual ou idêntica. Determinadas *rationes decidendi* são absolutamente claras no sentido de que regulam determinados casos. Outras, no entanto, podem deixar dúvida sobre a sua aplicabilidade a certas situações. Seria possível dizer que a dúvida está relacionada à múltipla variação dos casos e não ao texto do precedente, de modo que o problema não teria relação com a sua clareza. Sucede que um texto só se torna obscuro quando confrontado com a realidade ou com os novos casos que surgem. Quando a decisão justifica a não aplicabilidade do precedente, somente o *manifesto equívoco*, capaz de ser identificado em vista da *clara e indiscutível* aplicabilidade do precedente, torna possível admitir a rescindibilidade da decisão. De forma que caberá a rescisão, em regra, apenas quando a decisão ignorar o precedente. Porém, mesmo nessa hipótese, a rescisão ficará na dependência de a aplicação do precedente ser necessária, além de obviamente poder inverter o resultado da decisão tomada.

Na verdade, de lado o *manifesto* equívoco na compreensão da *ratio*, a adoção ou não de um precedente só justifica ação rescisória quando o caso decidido for *manifestamente* diferente ou semelhante, ou melhor, quando não for possível dizer que o precedente foi ou deixou de ser aplicado com base num entendimento razoável, capaz de justificar a decisão tomada.

6.3. Técnica da distinção e equívoco manifesto na aplicação de precedente

Um precedente do Supremo Tribunal Federal pode ter a sua aplicação estendida ou restringida, conforme os novos casos. A Corte, ao instituir um precedente e não obstante a necessidade deste dever ser moldado de modo a abarcar todas as situações que racionalmente exijam o mesmo tratamento²⁰, pode deixar de considerar alguma circunstância ou situação envolvida com o caso resolvido ou com o próprio entendimento jurídico firmado. Ademais, em virtude de os casos variarem naturalmente, conforme as particularidades que lhe dão configuração, é sempre possível o surgimento de novas situações, não tratadas no precedente.

Porém, isso não quer dizer que o precedente apenas pode ter a sua aplicação estendida. A não percepção de determinada circunstância, assim como um caso posterior, podem evidenciar que o precedente, elaborado de modo amplo para abrigo várias situações, não pode regular uma situação específi-

²⁰ Fala-se neste sentido em “universabilidade” do precedente. Quando se pensa em decisão universalizável, aponta-se para a necessidade de a justificativa da decisão conter razões que demonstrem a possibilidade da sua aplicação em todos os casos dotados das mesmas particularidades fáticas individualizadas como relevantes. Como escreve MacCormick, um ato só pode ser justificado como correto mediante universalização, uma vez que mostrar a sua correção é evidenciar que, sob qualquer visão objetiva do tema, o ato deveria ser praticado – ou mesmo deve ser praticado – em face das características do ato e das circunstâncias do caso (Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 131 e ss). A universabilidade tem importância para propiciar a aceitabilidade das razões justificadoras da decisão judicial e para permitir a checagem de se as decisões que lhe são posteriores ferem a igualdade. Desse modo a regra da universabilidade incide em duas perspectivas: para justificar a racionalidade da decisão e para identificar se uma decisão, posterior à firmada como precedente, nega as razões desse último. Essa segunda perspectiva, contudo, é uma *consequência* da adoção de um critério de racionalidade da decisão. Mas, além de contribuir para a racionalidade jurídica, a universabilidade certamente favorece a isonomia e inibe a parcialidade. Ao decidir, a Corte sabe que não poderá tratar os casos similares de modo diferente. Por isso, é obrigada a proferir uma decisão que, considerando os fatos e fundamentos jurídicos relevantes, tenha validade para todos os casos posteriores que se enquadrem na mesma moldura. Significa que não poderá decidir o caso a não ser a partir de critérios que tenham validade para todos os casos. Assim, ficará impedida de decidir de modo parcial, isto é, considerando particularidades que não são relevantes para uma decisão universal e imparcial. Ver Paula Pessoa Pereira, *Legitimidade dos precedentes*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ca que estaria, a princípio, sob o seu guarda-chuva. Nesse caso o precedente obviamente deve ter a sua aplicação restringida.

Não há dúvida que a extensão ou a limitação do alcance dos precedentes constitui forma de relacioná-los com novos casos. Dessa forma, desenvolve-se o significado do precedente, que passa a adaptar-se às situações que surgem com o passar do tempo²¹. Na verdade, um precedente deve ser aplicado até os seus limites. É esta potencialidade que viabiliza a adoção de precedente para a solução de casos particularizados por outras circunstâncias ou aspectos inicialmente não tratados. Por idênticos motivos, se a finalidade do precedente deixa de estar presente diante de nova situação, não há como aplicá-lo.

O sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, torna-se capaz de permitir o desenvolvimento do direito sem perder a sua função de garante da estabilidade do direito. Ou seja, a distinção permite dar conta das novas realidades sem a revogação do precedente que ainda é necessário para regular as situações que contemplou desde o seu nascimento. Assim, a distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que favorece tanto a estabilidade quanto o desenvolvimento do direito.

Diante disso, a questão que realmente interessa à ação rescisória é a de que a ampliação ou a restrição de um precedente só tem racionalidade quando compatível com as suas próprias razões. O problema, mais uma vez, é o de que a necessidade de extensão ou restrição do precedente nem sempre é clara ou isenta de dúvida.

Ora, como não se pode rescindir decisão que não viola *manifestamente* norma jurídica, a solução para a conclusão pela rescindibilidade *está na determinação das zonas em que a aplicabilidade de um precedente é “certa” e “não-certa”*. É sempre possível identificar, em face de um precedente, uma zona de certeza positiva – em que o precedente certamente deve ser aplicado –, e uma zona de certeza negativa – em que o precedente não pode ser aplicado. Entre essas duas zonas há uma zona intermediária de incerteza. Nessa zona intermediária há dúvida e, portanto, decisão que não pode violar *manifestamente* a norma jurídica. A decisão que estiver fora da zona de incerteza, no entanto, terá deixado de aplicar precedente ou terá resolvido o caso com base

²¹ Frederick Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, esp. itens 5, 8 e 9.

em precedente inaplicável. É quando, em virtude de ter a decisão violado *manifestamente* norma jurídica, caberá ação rescisória baseada no art. 966, V, do Código de Processo Civil.

6.4. *O ônus daquele que pretende a rescisão com base em manifesto equívoco na aplicação (ou não) de precedente*

De acordo com o art. 966, § 6º, do Código de Processo Civil, “quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”.

O autor, assim, deve demonstrar que o caso ou a questão de direito não poderia, ou deveria, ter sido resolvido mediante a aplicação do precedente. Para tanto, o autor pode ter que evidenciar que o caso, resolvido mediante a aplicação do precedente, é “*particularizado por hipótese fática distinta*”, diferenciando-se, e, por isso, não podendo ser regulado pelo precedente. Mas o autor também pode pretender demonstrar que o caso, não obstante conter hipótese fática distinta, deveria ter sido resolvido pelo precedente. Isso ocorre quando a hipótese fática do caso está inserta na categoria pertencente ao fato considerado no precedente²².

Só cabe rescisão quando a decisão, em um ou outro caso, negou o significado ou a intenção do precedente. Assim, o autor terá que demonstrar que os fatos do caso, à luz da *ratio* do precedente, *não permitiam* a aplicação do precedente, ou, na hipótese inversa, *a exigiam*. Não há como deixar de lembrar que a violação ao precedente deve ser manifesta. A aplicabilidade ou não do precedente, diante dos fatos do caso, deve ser clara, isenta de dúvida.

O § 6º fala ainda em demonstração “de questão jurídica não examinada”. Se a decisão aplicou precedente supondo que ele tratou de determinada questão jurídica, quando em verdade ele dela não tratou, é certo que o precedente não poderia ter sido aplicado. Do mesmo modo, se a decisão deixou de ver

que o precedente tratou da questão jurídica, houve equívoco diante da sua não aplicação. Entretanto, também aqui certamente não há como admitir a rescindibilidade de decisão que chegou a uma solução razoável acerca da aplicação do precedente.

7. Reclamação

7.1. *Da tutela da decisão inter partes para a proteção da decisão e do precedente constitucional*

Não há dúvida que a reclamação foi, primitivamente, pensada para garantir a competência ou autoridade de decisão de tribunal em face de um específico processo e das suas partes. Apenas com a consagração da eficácia vinculante, no controle concentrado e em relação aos precedentes firmados em recurso extraordinário, tornou-se possível ver com clareza a imprescindibilidade de tutelar a autoridade das decisões e precedentes do Supremo Tribunal Federal perante todos, ou melhor, diante de todos os Juízes e Tribunais e perante a Administração Pública.

Em outras palavras, obviamente não há motivo para compreender a reclamação como se ainda estivéssemos diante das Cortes de correção ou das decisões que importavam apenas a João e José. A transformação da função do Supremo Tribunal Federal, também decorrente da percepção da necessidade de a Corte falar com autoridade para todos, não permite que a reclamação deixe de ocupar o posto que lhe corresponde no espaço dos remédios imprescindíveis à efetividade da tutela e da afirmação da Constituição.

Não foi por outra razão, aliás, que o Código de Processo Civil de 2015 esclareceu a possibilidade de a reclamação ser utilizada para “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (art. 988, III, CPC). O propósito da regra é bastante claro, e está relacionado à importância das decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente daquelas que têm eficácia perante todos.

É evidente que admitir o uso da reclamação para tutelar súmula vinculante e decisão proferida em controle concentrado – inclusive os fundamentos determinantes do dispositivo da decisão tomada na ação direta –, evidencia, por uma mera interpretação sistemática, que todas as decisões dotadas de eficá-

²² Lembre-se que “a tarefa de uma teoria de precedente é explicar, em um mundo em que um único evento pode ser enquadrado em várias categorias diferentes, como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras não” (Frederick Schauer, *Precedent*, *Stanford Law Review*, v. 39, p. 577).

cia vinculante do Supremo Tribunal Federal são tuteláveis mediante reclamação²³. Ora, a preocupação é com a autoridade das decisões que dizem respeito a todos, especialmente das tomadas em controle de constitucionalidade, pouco importando o local em que proferidas.

De modo que não admitir a tutelabilidade dos precedentes firmados em recurso extraordinário é, simplesmente, afirmar completa ignorância acerca da função desempenhada pela Corte no julgamento do recurso submetido à repercussão geral.

7.2. Sobre a eficácia da *ratio decidendi* e a eficácia do dispositivo da decisão proferida em ação direta: o uso da reclamação para a tutela da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes da decisão

Como já foi demonstrado, decidir que uma lei é inconstitucional não é o mesmo do que decidir sobre os fundamentos que levam à decisão de que a lei é inconstitucional. Uma decisão de inconstitucionalidade pode resultar de vários fundamentos. Porém, a eficácia vinculante que recai sobre a decisão de inconstitucionalidade, ou melhor, sobre a parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, apenas impede a aplicação da lei declarada inconstitucional. O que impede a relitigação ou a não observância do fundamento que determinou o resultado pela inconstitucionalidade é a eficácia vinculante que recai sobre a *ratio decidendi* ou o fundamento determinante da decisão de inconstitucionalidade.

Quando a Corte decide que uma lei é inconstitucional com base num fundamento compartilhado pela maioria absoluta, a eficácia vinculante cobre o fundamento utilizado para decidir sobre a lei. O fundamento, no entanto, pode dizer respeito a várias outras situações, inclusive a leis similares, de outros estados e municípios, que podem se repetir. Porém, se a eficácia vinculante recai sobre o fundamento determinante de decisão de inconstitucionalidade tomada numa específica ação direta, existe precedente que vincula os juízes, tribunais e órgãos da administração pública diante de leis diferentes, mas substancialmente similares.

²³ Daniel Mitidiero, em importante livro, acaba por admitir que a reclamação pode ser vista como “válvula de escape” (Daniel Mitidiero, *Reclamação nas Cortes Supremas*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2020, p. 84 e ss).

Se o fundamento determinante também possui eficácia vinculante, a proibição que atinge os demais órgãos do Poder Judiciário e os órgãos da Administração Pública é mais extensa e a autoridade das decisões, por conta disso, logicamente não se limita ao dispositivo²⁴. Nesses casos, como é evidente, a mesma razão que permite a utilização da reclamação em face de decisão que não observou a parte dispositiva de decisão proferida em ação direta, isto é, a decisão a respeito de uma específica lei, justifica o uso da reclamação diante de decisão que desrespeitou o fundamento determinante da decisão sobre a mesma lei. Ou seja, a reclamação pode ser utilizada para impugnar decisão que aplicou lei jamais declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mas cuja base de validade já foi dita inconstitucional, por maioria absoluta, pela Corte.

Consequentemente, não há por que limitar a reclamação aos legitimados à ação direta e ao órgão que editou a norma, pois qualquer litigante pode se ver na necessidade de reclamar a autoridade de fundamento determinante ou *ratio decidendi* de decisão do Supremo Tribunal Federal. Assim, são legitimados à reclamação o prejudicado pelo ato ou decisão que negou a *ratio decidendi* e aquele que o praticou. O último infringe a autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal, enquanto o primeiro, tutelado pelo precedente constitucional, necessita da reclamação.

Sublinhe-se que o Supremo Tribunal Federal já decidiu deste modo há algum tempo. Já na reclamação 1.987, em 2004, admitiu-se o uso de reclamação para tutelar a autoridade dos fundamentos determinantes de decisão prolatada em ação direta de inconstitucionalidade. Afirmou-se, neste momento, que o ato impugnado estava em confronto com os “motivos determinantes” da decisão²⁵.

7.3. A reclamação como consequência lógica da eficácia vinculante que recai sobre precedente firmado em recurso extraordinário

Pior ainda seria não ver a autoridade dos precedentes firmados em recurso extraordinário. Se negar

²⁴ Luiz Guilherme Marinoni, *Die Wirksamkeit der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit – in welchen Fällen ist ihre gerichtliche Überprüfung möglich?*, *ZZPInt – Zeitschrift für Zivilprozess International Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts*, v. 18, 2014.

²⁵ Rcl 1.987, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.04.

importância aos fundamentos determinantes da decisão proferida em ação direta já é um claro equívoco, deixar de enxergar o resultado da instituição da repercussão geral é imperdoável. A razão de ser da repercussão geral é dar à Corte poder para firmar precedentes constitucionais ou, mais claramente, para decidir com força vinculante para todos.

Atualmente não existe dúvida que a Corte, diante de recurso submetido à repercussão geral, pode formar precedente, sendo esse resultado, aliás, esperado para que a decisão da Corte possa se ter eficácia vinculante. Não importa aqui voltar a falar sobre a necessidade de maioria absoluta em relação à decisão incidental sobre a constitucionalidade de lei e o fundamento utilizado para se chegar nesse resultado. Importa, na verdade, pontuar que a repercussão geral objetiva, precipuamente, a formação de precedente, na medida em que parte da premissa de que este é fundamental para outorgar autoridade ao controle difuso de constitucionalidade realizado pela Corte.

Se a repercussão deseja o precedente, e esse é procurado para que a Constituição possa ser tutelada em face de todos, não há como supor que a eficácia vinculante que lhe diz respeito possa ser tratada de modo distinto da eficácia vinculante que recai sobre súmula ou decisão proferida em ação direta.

Ao contrário, isto seria pouco mais do que absurdo. Ora, a súmula é algo que diz respeito a uma época em que não se sabia ainda trabalhar com precedentes, de modo que a sua utilização, hoje, apenas tem sentido quando a Corte pretende chegar a uma solução vinculante a partir de decisões que, por uma razão outra, não chegaram a formar precedente e, assim, não adquiriram eficácia vinculante. De outra parte, a decisão em ação direta é uma decisão tão importante para a tutela da Constituição quanto a decisão proferida em recurso extraordinário. O que pode torná-las diferentes são as suas eficácias, ou seja, os seus componentes processuais. Se a decisão em ação direta tem eficácia *erga omnes* e a decisão em recurso extraordinário eficácia *inter partes*, isso deriva apenas e tão somente da extensão subjetiva da eficácia correspondente a cada uma das decisões. Essa distinção certamente não advém da maior ou menor relevância do objeto ou do conteúdo das decisões.

Tanto é assim que, ao lado da eficácia *erga omnes* da decisão proferida na ação direta, atribuiu-se-lhe eficácia vinculante, que, como há pouco lembrado,

diz respeito ao dispositivo (ou a decisão sobre o pedido, propriamente dita) e ao fundamento que lhe determina. A eficácia vinculante nada mais é do que um fator necessário para que a decisão possa efetivamente responder às necessidades de tutela da Constituição, alcançando a todos e obrigando os juízes, tribunais e órgãos da Administração Pública.

Como agora está claro, se a eficácia vinculante é o ponto comum da decisão da ação direta e o precedente firmado em recurso extraordinário, isto ocorre por uma única razão: a necessidade de adequada tutela da Constituição. Portanto, é uma gritante contradição tratar de modo diferenciado conteúdos e eficácias idênticas, que traduzem uma mesma autoridade, oferecendo a uma reclamação e a outra nada.

Se o sistema constitucional obviamente não pode compactuar com esta contradição, a interpretação que se impõe, em face da própria norma constitucional que consagra a repercussão geral, é a de que a reclamação é cabível não apenas para garantir a observância de súmula e decisão no controle concentrado, mas igualmente para tutelar precedente constitucional firmado em recurso extraordinário²⁶.

7.4. A reclamação como meio de tutela da autoridade do precedente constitucional: entre a correção das decisões e a reafirmação do sentido da Constituição

É preciso esclarecer o que se pretende dizer quando se supõe que a reclamação é meio de tutela da autoridade das decisões e da competência da Corte. Neste item será demonstrado o que quer dizer com tutela da autoridade do precedente, deixando-se ao próximo a questão da competência.

Falar em tutela da autoridade do precedente é indispensável para que não se confunda a antiga função de correção das Cortes Supremas com a atual função de uma Corte de Precedentes. A reclamação,

²⁶ Na reclamação 2.363, advertiu-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, mediante decisão monocrática, vêm “aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame”. Ou seja, considerando-se que a *ratio decidendi* ou o fundamento determinante da decisão proferida no recurso extraordinário é coberta pela eficácia vinculante, entendeu-se caber reclamação contra decisão judicial ou da administração pública que nega o fundamento que levou a Corte a decidir em recurso extraordinário (Rcl 2.363, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.04.2005).

quanto utilizada para a tutela da autoridade de um precedente constitucional, não se presta a corrigir uma decisão, nos moldes das cortes de revisão e de cassação. Essas cortes corrigiam as decisões dos tribunais com base na lei, ou melhor, a partir de um critério que lhes era externo. Não foi por outro motivo que estas cortes chegaram a ser vistas como órgãos destinados à tutela do Legislador.

Porém, em virtude da evolução da teoria da interpretação e do impacto do constitucionalismo sobre o direito, torna-se perceptível que as Cortes Supremas, especialmente as que realizam controle de constitucionalidade, paulatinamente deixam de lado a função de correção das decisões e passam a exercer a de atribuir sentido à lei e à Constituição, inclusive para invalidar as leis dela destoantes. Ora, quem atribui sentido à Constituição, firmando precedentes, obviamente não pode mais corrigir decisões com base em um critério externo ou que não lhe pertence. Seria possível imaginar, mediante uma metamorfose da própria noção de correção, que a Corte estaria a corrigir decisões a partir das suas próprias. Acontece que aquele que corrige a partir do que já disse, simplesmente certifica a autoridade do que já afirmou. É exatamente o que uma Corte faz quando, diante de uma decisão judicial ou ato administrativo, reafirma a autoridade de um precedente.

Ter que reafirmar um precedente é, antes de tudo, ter que tutelar a autoridade da interpretação já conferida pela Corte à Constituição. O significado disso está a alguns quilômetros da ideia de correção de uma decisão. Ao se reafirmar um precedente constitucional, tutela-se o sentido que o órgão público mais capacitado a tanto atribuiu à Constituição. Tutela-se a autoridade de algo que foi já dito e produzido pelo Supremo Tribunal Federal, reafirmando-se o melhor significado que o Estado pôde atribuir à ordem jurídica fundamental à regulação do modo de ser da vida em sociedade.

Isso pretende explicar que a reclamação, quando relacionada à garantia da observância dos precedentes constitucionais, não pode ser vista como um instrumento que cumpre a função dos recursos, destinados a simplesmente corrigir decisões no interesse de uma das partes. A função da reclamação, neste caso, é evitar a negação do significado da Constituição ou, o que é o mesmo, garantir a autoridade das mais importantes decisões da Corte e, assim, preservar a sua própria razão de ser.

7.5. A tutela do precedente como forma de garantia da competência da Corte

Além disso, tutelar um precedente constitucional é garantir a própria competência da Corte.

Lembre-se que a ideia de precedente obrigatório ou vinculante supõe a necessidade de os Juizes e órgãos da administração pública respeitarem o sentido conferido às normas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Não fosse assim, sequer se poderia falar em precedente destinado a garantir a autoridade do significado atribuído à Constituição pela Corte.

Portanto, quando um juiz ou administrador não observa um precedente, é possível dizer que há flagrante inconstitucionalidade ou inequívoco desrespeito à Constituição. Porém, o desrespeito ao precedente, bem vistas as coisas, faz com que a negação da Constituição se transforme na usurpação do poder ou da competência de afirmar o significado das normas constitucionais, o que ainda é pior, já que revela um desmando quanto à autoridade para a atribuição de sentido ao texto constitucional.

Permitir que um órgão da administração pública ou um juiz afrontem um precedente é, claramente, admitir que estes usurpem o poder da Corte de atribuir significado à Constituição. É, em outras palavras, dar ao Governo e aos Juizes espaço para, num só tempo, negarem o sentido da Constituição e desprezarem a Corte, desautorizando-a quanto ao seu papel maior, absolutamente indispensável à concretização do Estado de Direito.

A reclamação, ao tutelar o precedente constitucional, impede que o poder de atribuir sentido à Constituição seja usurpado. No âmbito do Judiciário, tutela-se ainda a segurança jurídica, evitando-se a incoerência de decisões, de que derivam graves prejuízos à igualdade e à liberdade. No que diz respeito à vinculação da Administração Pública, afirma-se também o respeito à separação dos poderes, impedindo-se que o Governo se sobreponha à Corte.

7.6. As particularidades da decisão e do precedente constitucional

O precedente constitucional possui particularidades. Essas lhe dão um significado muito diferente dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e, mais ainda, do que se chama precedente, mas, claramente, constitui apenas e tão somente decisão de

questão prejudicial ou coisa julgada sobre questão, ou seja, das decisões proferidas no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Enquanto os precedentes firmados em recursos repetitivos, perante o Superior Tribunal de Justiça, costumam tratar de questões sem grande complexidade, muitas vezes multiplicando-se diante de uma mesma regra de direito, os tais “precedentes” instituídos em incidente de resolução de demandas repetitivas resolvem questões prejudiciais que dizem respeito a conflitos que, curiosamente, sempre antecedem a instituição do próprio incidente, destinando-se a propiciar uma solução idêntica a respeito de uma questão prejudicial que diz respeito a várias demandas repetitivas já propostas ou que podem vir a ser propostas.

No último caso, como é evidente, não há decisão destinada a colaborar com o desenvolvimento do direito, mas apenas a resolver um sem número de litígios de uma única vez, com a grosseira inconstitucionalidade de tratar de uma questão que pode prejudicar várias pessoas, que têm seus processos suspensos ou que ainda podem propor suas ações, sem qualquer previsão de que sejam defendidos por um representante adequado. Trata-se de uma gritante violação do devido processo legal.

De qualquer modo, esse processo coletivo destinado a resolver uma mesma questão que diz respeito a inúmeras demandas repetitivas, mediante uma única penada e sem a participação (mediante representante adequado) daqueles que podem ser prejudicados, associa-se graciosamente à previsão de reclamação (art. 988, IV, CPC). A reclamação, nesses casos, apenas pode destinar-se a evitar decisão diferente a respeito de uma questão idêntica, quando o juiz se coloca simplesmente diante de uma hipótese de (não) incidência. Ora, sempre que se trata de somente afirmar a (não) incidência de um precedente, esse não possui qualquer relevância para o desenvolvimento do direito, na medida em que a técnica do *distinguishing* sequer tem como ser verdadeiramente aplicada. Quando basta considerar uma decisão para se saber se esta deve ou não ser aplicada, obviamente não há como estender ou restringir a aplicação do precedente e, assim, desenvolver o direito, podendo haver, como diz Joseph Raz, no máximo uma aplicação inocente do *distinguishing*²⁷.

Esse tipo de decisão, de lado a sua desconsideração pelo direito de defesa, parte de uma visão míope de segurança jurídica, pois imagina que o Judiciário pode e deve se *antecipar, a despeito da vontade das pessoas*, para decidir conflitos que envolvem pretensões múltiplas, de modo a evitar decisões diferentes para questões idênticas. Ora, quando há conflito que diz respeito a muitos, e *entende-se conveniente* o uso da via coletiva, torna-se necessário um processo aberto à devida participação de todos, ainda que mediante representante adequado, sendo equivocado pensar que a multiplicidade das demandas pode ser resolvida mediante uma decisão que, batizada de precedente, por mágica assume significado capaz de atender a todos e, especialmente, à pretensão de gestão fácil dos casos litigiosos.

A reclamação, diante de “precedentes” deste tipo, é um instrumento que serve unicamente à gestão dos processos. Não tem qualquer relação com um significado atribuído a dispositivo de especial relevância à sociedade. Na verdade, neste caso o conteúdo da questão de direito discutida nada tem a ver com o uso da reclamação, que se destina apenas a fechar um curioso sistema em que, decidindo-se para todos sem com que estes consentam e participem, torna-se necessário impedir os juízes das demandas individuais de decidir de modo diferente. A reclamação, em outras palavras, incide para impedir os juízes de decidirem contra uma decisão que resolveu questão de todos, sem a participação de quase ninguém, *pouco importando o que e sobre o que se decidiu*.

Algo semelhante ocorre quando é decidida uma questão *idêntica* mediante recurso repetitivo. Nessa situação, embora a participação mediante representante adequado não seja necessária em virtude de se estar numa corte que, a princípio, pode decidir questão de todos mediante precedente, decide-se com o único propósito de evitar decisões diferentes para uma *mesma* questão. Note-se, aliás, que assim como o artigo 976, I, do Código de Processo Civil, ao tratar do incidente de resolução de demandas repetitivas, fala em “*mesma* questão” de direito, o art. 1.036, *caput*, com o mesmo propósito alude a “*idêntica* questão de direito”.

Diante do recurso repetitivo, objetiva-se formar uma única decisão para todos os titulares de questões *idênticas*, com o propósito de evitar, mais uma vez, decisões desiguais para uma *mesma* questão. As questões decididas em regra não são complexas, sendo que os precedentes que daí derivam não

²⁷ Joseph Raz, *The authority of law – Essays on law and morality*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 191 e ss.

abrem oportunidade ao uso do *distinguishing* enquanto técnica para o desenvolvimento do direito.

Assim, o eventual cabimento de reclamação, neste caso, também constituiria mera técnica de encerramento, destinada a garantir a aplicação do precedente em casos repetitivos. A reclamação também seria utilizada como mecanismo para a gestão de processos, *mais uma vez pouco importando o conteúdo da decisão ou o significado da questão resolvida*.

Pois a grande particularidade dos precedentes constitucionais, a torná-los distintos de todos os demais precedentes, está no seu conteúdo, ou seja, na natureza da questão ou do caso que, decidido, permitiu a afirmação de *ratio decidendi* ou de um fundamento determinante compartilhado por maioria absoluta.

Os próprios pressupostos da repercussão geral, mediante a qual se pode produzir precedente vinculante em sede de controle difuso de constitucionalidade, evidenciam que a questão a ser decidida e, assim, o conteúdo do precedente, não poderão deixar de refletir questão relevante nas perspectivas econômica, política, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses das partes.

Ora, só a circunstância de a questão ter que possuir natureza relevante e, necessariamente, dizer respeito à coletividade, é suficiente para evidenciar que o tema objeto de um precedente constitucional inevitavelmente importa à população e retrata algo que está no espaço do que é relevante à vida das pessoas, ao valores democráticos e ao adequado funcionamento do Estado de Direito.

A percepção do especial conteúdo dos precedentes constitucionais – para não se falar, por desnecessário, do conteúdo das decisões proferidas no controle concentrado – é imprescindível quando se presta atenção na eficácia vinculante e, por consequência, procura-se compreender as razões da necessária utilização da reclamação para garantir a autoridade dos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Estes precedentes, por dizerem respeito ao modo de ser da vida das pessoas e a direitos que são imprescindíveis a uma sociedade justa, assim como a aspectos que afetam a democracia e o funcionamento do Estado, estão longe de bastar ao serem estabelecidos. Caso se pudesse ver nos precedentes da Corte incumbida de tutelar e desenvolver a ordem constitucional uma mera declaração ou apenas um resultado normativo, a Constituição perderia muito,

pois não poderia se impor sobre a recalcitrância ou mesmo alterar os fatos, quando necessário. Lembre-se, aliás, que a própria lógica das decisões constitucionais que, relacionando-se com determinada realidade, precisam modificá-la, ou reestruturar uma organização burocrática, baseia-se na necessidade de atuação concreta do enunciado normativo para conformar os fatos e a “ordem das coisas” com a Constituição.

Se a simples declaração do significado da Constituição muitas vezes não basta, para não se transformar a voz da Corte em mera proclamação retórica, destituída de qualquer efetividade social, é preciso associar aos precedentes mecanismos processuais que garantam a sua aplicação e observância.

Os precedentes constitucionais não apenas se impõem aos Juízes e Tribunais, mas também aos órgãos da Administração Pública, de modo que também se destinam a evitar atos de Governo que possam violentar o significado da Constituição. Além disso, quando dizem respeito ao funcionamento dos poderes e às formas para a afirmação da democracia, os precedentes necessitam ser atuados de modo pronto e *definitivo*, sem dar margem às incertezas e às várias fases do processo judicial ordinário. Ou seja, não se compatibilizam com tutelas urgentes, marcadas pela provisoriedade e pela revogabilidade, marcas que, em si, contradizem a estabilidade imprescindível a tais situações.

Ademais, os precedentes que afirmam direitos fundamentais, assentando-se na própria relevância e modo de ser destes direitos, inclusive nas relações privadas, são igualmente incompatíveis com o tempo e a falta de definitividade inerentes ao processo comum.

Em outras palavras, os precedentes constitucionais não apenas têm que se impor de forma pronta e definitiva contra as autoridades que o negam, como, em vista da natureza dos direitos que afirmam, não podem conviver com a demora e a provisoriedade que caracterizam o percurso das ações judiciais comuns.

7.7. A reclamação como reflexo e consequência dos enunciados constitucionais vinculantes

Deixe-se claro, desde logo, que aqui não importa a específica decisão ou enunciado – por exemplo, súmula vinculante ou decisão proferida no contro-

le concentrado – em que se baseou a reclamação. Como já dito, quando se tem consciência do significado de precedente constitucional, sabe-se que a eficácia vinculante que o reveste não pode ter menor relevância daquela que cobre as súmulas vinculantes e as decisões tomadas no controle concentrado. Aliás, bem vistas as coisas, o precedente firmado em repercussão geral elimina a necessidade de qualquer súmula, inclusive a vinculante.

Portanto, ao se aludir aos casos decididos em reclamação pelo Supremo Tribunal Federal, buscar-se-á apenas demonstrar que determinados temas ou questões, tratados em decisões constitucionais, possuem natureza que evidencia a necessidade do uso da reclamação para a imediata reafirmação do significado já atribuído pela Corte à Constituição, evitando-se a prática de atos que, caso não pronta e definitivamente afastados, podem gerar graves prejuízos à democracia e aos direitos fundamentais.

Inicie-se com o uso da reclamação em face de decisões proferidas à luz de processo de impeachment de prefeito municipal. O Supremo Tribunal Federal estabeleceu a súmula 722, posteriormente reafirmada na súmula vinculante 46, que enuncia que “a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União”.

Para que se compreenda o teor e a importância desta súmula vinculante, cabe lembrar que a interpretação consolidada na súmula 722 foi invocada no recurso extraordinário 367297, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que restou reconhecida a inconstitucionalidade da lei orgânica do município de Pirajuí, estado de São Paulo, que fixava regras processuais para o processo e o julgamento do seu prefeito. Nessa ocasião, deixou-se claro que a súmula 722 “conduz ao reconhecimento de que não assiste, ao Estado-membro e ao Município, mediante regramento normativo próprio, competência para definir tanto os crimes de responsabilidade (ainda que sob a denominação de infrações administrativas ou político-administrativas) quanto o respectivo procedimento ritual”²⁸.

Após a súmula 722 ter sido convertida na súmula vinculante 46, foi proposta reclamação pela Câmara Municipal de Alenquer contra decisão de Desembargador do Tribunal de Justiça do Pará, que teria

violado a súmula vinculante. A reclamação 38.792 foi julgada procedente, mediante decisão do Ministro Alexandre de Moraes. A decisão de procedência advertiu que a decisão reclamada identificou “três ordens de vícios no processo de impeachment: (i) recebimento da denúncia contra o Prefeito por maioria simples; (ii) inobservância da proporcionalidade partidária na formação da Comissão Processantes; e (iii) ausência de intimação pessoal para todos os atos”, esclarecendo que “os três vícios apontados pela decisão reclamada acabam por afastar o procedimento em questão da dinâmica de julgamento das infrações político-administrativas definidas no DL 201/1967”²⁹. Interposto agravo regimental, a decisão monocrática foi mantida por unanimidade de votos pela 1ª Turma, reconhecendo-se a violação da súmula vinculante³⁰.

Importa ressaltar que o procedimento de cassação do prefeito do município do estado do Pará iniciou em 2019, a decisão reclamada é de 2019, a decisão de procedência do Ministro Alexandre de Moraes é de fevereiro de 2020 e a decisão final da 1ª. Turma não tardou mais de um mês para confirmar a cassação da decisão reclamada. Não se trata apenas de perceber a rapidez dos acontecimentos, mas de ter claro que uma situação de grande delicadeza para a democracia foi resolvida de modo eficaz e definitivo, sem dar chance para modificações no quadro litigioso, como é comum quando se está diante do sistema ordinário de tutela de urgência associado ao recursal, em que tutelas podem ser concedidas e revogadas naturalmente.

Quando um acontecimento fundamental para a vida democrática está em jogo, dependendo única e exclusivamente da reafirmação do que já foi dito pelo Supremo Tribunal Federal, não há como pensar em remédio processual tão adequado quanto a reclamação. Só ela tem condições de propiciar estabilidade aos fatos democráticos e à organização social, impedindo que a insegurança jurídica possa obscurecer a vontade da Constituição e a autoridade do Supremo Tribunal Federal.

Para não ser preciso mudar de quadro, basta ter em conta qualquer decisão da Corte que, para tutelar direito fundamental, autorize uma conduta. Ora, quando um direito fundamental já necessitou de

²⁹ Reclamação 38.792, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Decisão monocrática, 03.02.20.

³⁰ Ag. Reg. na Reclamação 38.792, 1ª. Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julg. 02.03.20.

²⁸ RE 367297, Rel. Min. Celso de Mello, Decisão monocrática, 18.11.09.

decisão da Corte que, interpretando a Constituição, coloca-se nesta condição, a eficácia vinculante que lhe cobre – não importando se em súmula, decisão no controle concentrado ou precedente no controle difuso – só tem algum valor quando pode permitir a realização concreta e tempestiva da interpretação constitucional, sob pena de a função da Corte restar limitada à afirmação do sentido da Constituição, ou melhor, sem condições de efetivamente tutelá-la e, assim, efetivamente conferir às pessoas os direitos que tanto a Constituição quanto a Corte fazem questão de garantir-lhes.

Considere-se, por exemplo, os direitos fundamentais de reunião e de expressão, que podem depender tanto de autorização quanto da não prática de condutas restritivas da administração pública, como de não fazer dos privados. Ora, direitos fundamentais que, devendo ser realizados em determinado momento histórico, dependem de condutas positivas ou negativas da administração ou de condutas negativas dos sujeitos privados, obviamente não podem ter o seu exercício postergado.

E não se pense que se está a falar apenas de direitos de liberdade. Direitos a prestações fáticas do Estado, ou que dependem da observância de condutas privadas positivas, também podem exigir pronta atuação da interpretação vinculante da Corte, seja para invalidar ato destoante da administração pública, seja para cassar decisão judicial que lhe negou. Considere-se, por exemplo, decisão de órgão de hospital público ou decisão judicial que nega a internação de gestante para a realização de aborto de feto anencefálico, desatendendo, assim, a decisão proferida na ADPF 54³¹. Não apenas em virtude da urgência, a Corte deve poder se impor à decisão recalcitrante, cassando-a de pronto para afirmar o sentido que já atribuiu à Constituição.

Note-se que recusar o uso da reclamação nas situações em que foram negados direitos fundamentais já tutelados por enunciados vinculantes, é impedir que a Corte esteja presente quando as pessoas *mais dela necessitam e estão a depender da Constituição*, ou seja, nos momentos em que os seus direitos estão sendo *concretamente violados*. Aliás, se a decisão e o precedente constitucional já constituem formas de tutela da Constituição, deixar de reafirmar o que a Corte já declarou quando a população precisa da proteção da Constituição é um evidente contrassen-

so, ou é realmente não perceber que a tutela devida pela Corte à Constituição é dinâmica e não estática, pois depende da realidade, não sendo capaz de se realizar apenas com proclamações normativas.

7.8. A reclamação como forma de tutela destinada à reafirmação do que a Corte declarou: ação de cognição limitada e de natureza documental

É interessante perceber a relação que se pode estabelecer entre a necessidade de ação judicial (inibitória e de remoção do ilícito³²) para evitar violação de regra legal que confere proteção a direito fundamental, e o uso da reclamação para impor a reafirmação da Constituição. A ação contra o ilícito limita o debate e a cognição do juiz à existência de (provável) ato contrário ao direito, prestando-se, neste caso, unicamente a *reafirmar a proteção de um direito fundamental* com base na verificação de se uma *regra legal voltada a sua proteção* pode ser ou foi violada. Assim como a ação contra o ilícito (ato contrário ao direito) tutela a *norma legal de proteção à Constituição*, a reclamação tutela a *norma (precedente) mediante a qual a Corte afirma o sentido da Constituição*.

Na reclamação não se discute sobre a interpretação constitucional. Essa já está definida no precedente, ou melhor, constitui a norma que, instituída no precedente, atribuiu sentido à Constituição. A cognição, na reclamação, é restrita à verificação de se a decisão, da Administração Pública ou do Juiz, negou a norma-precedente, do mesmo modo que, na ação contra o ilícito, a cognição judicial está presa à análise de se houve violação de norma de proteção a direito fundamental. Na ação contra o ilícito, a conclusão de que houve negação da norma protetiva automaticamente redundava na concessão da tutela, da mesma forma que, na reclamação, a constatação da negação do precedente resulta na liminar ou na procedência.

Isso significa que, na reclamação, ao contrário do que já se decidiu na reclamação 10.793, jamais será necessária a análise de fatos e provas. Na reclamação 10.793, decidindo-se de modo equivocado sobre o cabimento de reclamação contra decisão de primeiro grau que negara precedente firmado em recurso extraordinário, argumentou-se que “a atuação desta

³¹ ADPF 54, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 12.04.12.

³² Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, p. 181 e ss.

Corte há de ser subsidiária, só se justificando quando o próprio Tribunal a *quo* negar observância ao *leading case* da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão. Caso contrário, o instituto da repercussão geral, ao invés de desafogar esta Corte e liberá-la para a discussão das grandes questões constitucionais, *passaria a assoberbá-la com a solução dos casos concretos, inclusive com análise de fatos e provas*, trabalho que é próprio e exclusivo dos Tribunais de segunda instância³³.

Ocorre que, conforme demonstrado, os limites da cognição judicial, na reclamação, não se confundem com os próprios à ação em que se realiza a interpretação constitucional, considerando-se fatos e provas. Na reclamação, o cogito judicial está restrito à confrontação entre a decisão impugnada e o precedente. Até porque a reclamação é uma ação de natureza documental.

7.9. Na reclamação não se decide caso constitucional, mas se pode realizar *distinguishing*

Tendo em vista que o objeto da reclamação é a verificação da discordância entre a decisão reclamada e a interpretação constitucional grifada com eficácia vinculante, por meio dela a Corte não atua para rever a questão constitucional, seja a partir dos fatos e provas, seja numa perspectiva meramente normativa. A reclamação não abre oportunidade para reexame de decisão constitucional ou de precedente com eficácia vinculante.

Assim, em sede de reclamação não há como pensar em deixar de lado decisão constitucional em virtude da alteração dos fatos sociais, decidindo-se, por exemplo, que a mutação da realidade impõe declarar inconstitucional lei anteriormente declarada constitucional, ou mesmo cogitar sobre a revogação de precedente constitucional firmado em recurso extraordinário. Na verdade, exatamente porque a reclamação não objetiva a revisão de decisão ou precedente constitucional, descabe à Corte decidir em sentido contrário ao que já decidiu, devendo limitar-se à análise de se a decisão reclamada negou interpretação constitucional já estabelecida.

A reclamação não busca a realização de interpretação ou de controle de constitucionalidade. A Corte

não se encontra diante da necessidade de analisar a constitucionalidade de lei ou de resolver questão constitucional, cabendo-lhe apenas efetuar um raciocínio comparativo entre a interpretação que já firmou e a reclamada, para daí, se for o caso, cassar a decisão violadora da sua autoridade.

Na reclamação, a Corte atua seja a partir de verificação de incidência – ou da hipótese de não incidência, vista por Raz³⁴ como um *distinguishing* não eficaz e ingênuo –, seja mediante um verdadeiro e profícuo *distinguishing*. Como na reclamação a Corte nem sempre pode declarar apenas sim ou não, ou seja, a mera incidência ou não incidência da sua interpretação sobre a decisão reclamada, é impossível deixar de permitir-lhe avançar, quando necessário, para decidir sobre a possibilidade de extensão ou restrição da interpretação que já firmou, ou melhor, do cabimento ou não da decisão reclamada no domínio da sua própria interpretação.

Quando a Corte pode se limitar a verificar a incidência, a pergunta posta na reclamação não causa qualquer dificuldade ou problema. Porém, também não proporciona maiores benefícios, ou melhor, não permite que a Corte, decidindo, possa colaborar para o desenvolvimento do direito, ainda que restrita ao que deve fazer para decidir a reclamação e reafirmar o significado da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, em várias oportunidades, esta importante faceta da reclamação. Tenha-se em conta, para ilustrar, alguns casos. Diante da decisão proferida na ADI 1.662, em que se tratou do regime de pagamento de precatórios, a reclamação 2.009 levou a Corte a esclarecer que, na ação direta, não houve pronunciamento sobre o conceito de precatórios pendentes para efeito de incidência do art. 78 do ADCT³⁵.

Na ADI 3.395, a decisão que concedeu liminar, ao interpretar o art. 114, I, da Constituição, decla-

³⁴ Joseph Raz, *The authority of law – Essays on law and morality*, p. 191 e ss.

³⁵ “RECLAMAÇÃO – AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE ns. 1.098-1/SP E 1.662-7/SP – DEFINIÇÃO DE PRECATÓRIOS PENDENTES – ARTIGO 78 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Descabe vislumbrar desacerto em decisão do relator – ministro Maurício Corrêa – no sentido de não se haver versado, nos acórdãos proferidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 1.098-1/SP e 1.662-7/SP, sobre a definição do que se entende como precatórios pendentes para efeito de incidência da norma do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Inviabilidade da sequência da reclamação” (Rcl 2.009 AgR, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10.12.04).

³³ Rcl. 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 13.04.11.

rou que a competência da Justiça do Trabalho não abarca o julgamento das causas entre o Poder Público e os servidores vinculados por relação jurídico-estatutária. Após esta decisão surgiram inúmeras reclamações impugnando decisões que ampliavam o sentido da interpretação estabelecida na ação direta de inconstitucionalidade, perguntando-se sobre contratos temporários firmados com o Poder Público e a respeito de cargos em comissão. Assim, por exemplo, na reclamação 4.990 foi decidido que “no julgamento da medida cautelar na ADI nº 3.395/DF, entendeu o Tribunal que o disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária, entendida esta como a relação de cunho jurídico-administrativo. *Os contratos temporários firmados pelo Poder Público com base no estatuto jurídico de seus servidores submetem-se ao regime jurídico-administrativo ...*”³⁶.

O que ocorreu em face da decisão proferida na ADI 3.324 permite ver a possibilidade de incremento da interpretação constitucional mediante o uso da reclamação de modo ainda mais claro. Nesta ação direta, em que foi proferida decisão de inconstitucionalidade sem redução de texto, evidenciou-se a necessidade de congeneridade entre as instituições no processo de transferência obrigatória de alunos no ensino superior. No entanto, foram apresentadas reclamações em que se afirmou existir afronta à decisão vinculante quando, em caso de transferência entre instituições públicas, o ingresso primário tivesse ocorrido em instituição privada, *situação que não havia sido expressamente analisada quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade*. Na reclamação 3.664, por exemplo, o Ministro Sepúlveda Pertence, após deferir liminar, extinguiu a reclamação, assim argumentando: “deferir medida cautelar para suspender a eficácia da decisão que determinou a transferência *ex officio* de estudante para a Universidade de Brasília. Certo, o Supremo Tribunal Federal vem concedendo cautelares nesse sentido por densa plausibilidade da alegação de violação do julgado na ADIn 3324 (v.g. Rcl 3653-MC Joaquim Barbosa e Rcl 3277-MC, Marco Aurélio). O fundamento comum dessas cautelares é a inviabilidade da transferência *ex officio* de estudante da rede privada para a rede pública. *O caso, entretanto, é diverso.*”

³⁶ Rcl 4.990 MC-AgR, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.03.08.

A interessada, Viviane Samer Da Silva Corrêa - em razão da transferência *ex officio* de seu pai, militar do Batalhão da Guarda Presidencial - requereu sua transferência da Universidade Federal de Santa Maria, que é instituição de ensino superior da rede pública federal, vale dizer, instituição congênere, para a Universidade de Brasília. Sustenta a Procuradoria da Fundação Universidade de Brasília que, embora seja ela *proveniente atualmente* da Universidade Federal de Santa Maria, *o seu ingresso primário se deu por meio do Centro de Ensino Superior Nilton Lins em Manaus-AM, instituição de ensino superior privada, portanto não congênere à Universidade de Brasília* (f.3). Não importa: o que se tem é a transferência de uma universidade pública para outra congênere”. O mesmo aconteceu nas reclamações 3.277, 3.665, 3.469, 3.653 e 3.665, Ora, ao se declarar que a decisão reclamada não violara a decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade, atribuiu-se à esta última algo que nela não estava presente, declarando-se que, *no caso em que o ingresso primário se deu em universidade particular*, a transferência é constitucional quando requerida de uma universidade pública a outra universidade pública. Ou seja, desenvolveu-se o sentido da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade, dando-se outra dimensão à interpretação nela primitivamente delineada. E com isso evitou-se cassar uma decisão de acordo com a Constituição.

Ao considerar estes casos na reclamação 4.374, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que eles impõem “a redefinição do conteúdo e do alcance da decisão apontada como violada”, argumentando que o “‘balançar de olhos’ (expressão cunhada por Karl Engisch) entre a norma e o fato, que permeia o processo hermenêutico em torno do direito, fornece uma boa metáfora para a compreensão do raciocínio desenvolvido no julgamento de uma reclamação. Assim como no processo hermenêutico o juízo de comparação e subsunção entre norma e fato leva, invariavelmente, à constante reinterpretação da norma, na reclamação o juízo de confronto e de adequação entre objeto (ato impugnado) e parâmetro (decisão do STF tida por violada) implica a redefinição do conteúdo e do alcance do parâmetro”³⁷.

Contudo, é necessária uma advertência para que a legitimidade da reclamação não corra risco. A “redefinição do conteúdo e do alcance” da decisão ou

³⁷ Rcl. 4.374, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 18.04.13.

precedente vinculantes apenas é possível, na reclamação, quando a decisão reclamada *obriga* a Corte a analisar se a sua interpretação (decisão-parâmetro) tem maior ou menor extensão, ou seja, se colide ou não com a interpretação reclamada. Ou melhor, a Corte pode se servir da reclamação para desenvolver a sua própria interpretação quando *não tem alternativa* a não ser esclarecê-la ou incrementá-la, alcançando aspectos antes não expressamente abordados, para não ter que *indevidamente* manter ou cassar decisão que lhe é submetida como violadora da sua autoridade. Trata-se, bem vistas as coisas, do mesmo raciocínio que se faz quando se sabe indevido deixar de aplicar ou aplicar um precedente, afigurando-se imprescindível a aplicação da técnica do *distinguishing*.

7.10. *Sobre o argumento de que a reclamação pode prejudicar o trabalho do Supremo Tribunal Federal: a falta de percepção de que a Corte tem dever de garantir a observância dos seus precedentes*

Na reclamação 10.793³⁸, antes referida, a Ministra Ellen Gracie, mostrou-se preocupada com o uso equivocado da reclamação e, por conta disso, rejeitou reclamação em que se buscava dar tutela a precedente firmado em recurso extraordinário. No seu raciocínio, dois pontos devem ser destacados, na medida em que configuram ecos de rumores derivados da má compreensão da própria razão de ser da repercussão geral.

A repercussão geral tem sido equivocadamente vista como instituto destinado a simplesmente propiciar maior rendimento ao trabalho do Judiciário. Não foi por outro motivo que chegou a ser confundida com o sistema de recursos repetitivos. Não há qualquer dúvida que, por detrás desta visão míope da função de uma Corte Suprema, que se agrava substancialmente quando se olha à Corte responsável pelo sentido da Constituição, está presente a suposição de que esta deve ser *necessariamente* chamada para decidir casos que se multiplicam.

Acontece que nem toda demanda repetitiva revela uma questão constitucional importante para a sociedade ou para o desenvolvimento da Constituição. *Uma questão que não interessa apenas às par-*

tes, e assim tem repercussão geral, não é sinônimo de questão que pode se multiplicar nos tribunais. É uma questão que diz respeito à vida das pessoas e das empresas, ao funcionamento do Estado ou aos valores democráticos. Questões que afetam a população estão muito além daquelas que, tendo resultado patrimonial, interessam a grupos burocraticamente organizados. Não se está dizendo, como é evidente, que uma questão que se repete perante os Juízes não possa espelhar uma questão constitucional relevante. Mas, quando isso ocorre, *o que importa não é o número de processos que pode se associar à questão*, mas a importância da sua análise para a solução de uma disputa que afeta, por conta de dúvida séria sobre o sentido da Constituição, as relações sociais, inclusive a economia, as instituições públicas e a democracia.

A função da repercussão geral é reservar espaço para a discussão de questões que exigem a interpretação da Corte para que as pessoas e as empresas não fiquem desorientadas diante da Constituição. A Corte deve estar presente quando os casos e os desacordos entre as pessoas, ou entre essas e o Estado, revelam a necessidade de se dar sentido à Constituição. A função da Corte obviamente não tem a ver com danos ou violações em massa ou, o que seria ainda mais ingênuo ou indesculpável, com a limitação do trabalho do Judiciário.

Dar mais tempo para a Corte tratar do que é essencial não tem ligação de causa e efeito com milhares de processos. É preocupação que se assenta na necessidade de dar à Corte adequada oportunidade para refletir sobre o que é importante para dar resposta ao povo que está a contemplar a Constituição, pedindo-lhe socorro.

Se decidir sobre o aborto do feto anencefálico, sobre os contornos do direito à herança do companheiro e sobre a possibilidade de o homossexual masculino doar sangue, por exemplo, é importante para que as pessoas possam viver em sociedade sob o sentido da Constituição, isso claramente significa que, muito mais do que a multiplicação de demandas e recursos idênticos, é indispensável considerar a repercussão da solução da questão sobre a vida da população.

Isso quer dizer, em outras palavras, que a preocupação revelada na reclamação 10.793, no sentido de que a tutela do precedente constitucional, “ao invés de desafogar esta Corte e liberá-la para a discussão das grandes questões constitucionais, passaria

³⁸ Rcl. 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 13.04.11.

a assoberbá-la com a solução dos casos concretos, inclusive com análise de fatos e provas³⁹, não tem qualquer cabimento.

Antes de tudo porque a reclamação, diante da sua cognição específica, não confere oportunidade ao julgamento de caso concreto algum. Depois porque, embora a função da Corte seja decidir as “grandes questões constitucionais”, o “boicote” do mecanismo processual de reafirmação da solução dada a estas questões pode constituir a frustração ou a indireta negação da sua própria função. Uma Corte que possui a incumbência de firmar precedentes constitucionais, não pode deixar de se preocupar em garantir a sua aplicação aos casos concretos de modo efetivo e tempestivo.

Assim, engana-se também a decisão proferida na reclamação 10.793 quando diz que a Corte está dispensada de se empenhar em garantir a observância dos seus precedentes⁴⁰. A própria eficácia é um predicado que se associa à interpretação da Corte para que essa possa exercer de modo idôneo a sua função. Pouco adiantaria interpretar, ou definir o sentido da Constituição em face de um contexto social e histórico, caso a interpretação constitucional – firmada pelo órgão público que tem especial capacidade e atribuição para tanto –, pudesse ser desprezada por aqueles que tem que aplicar o direito constitucional.

O que ainda é difícil compreender, mesmo depois da já quase clara percepção da indispensabilidade da eficácia vinculante, é que a reclamação – a despeito da sua configuração dogmática primitiva – constitui uma peça imprescindível no mecanismo processual destinado a conferir razão de ser à repercussão geral e aos precedentes constitucionais. A repercussão geral só existe para dar à Corte oportunidade de firmar precedentes destinados a orientar as pessoas à luz da Constituição, sendo que, sem eficácia vinculante, não há precedente constitucional, pois de nada adianta afirmar a interpretação da Constituição quando esta pode ser desrespeitada⁴¹. Porém, na falta de reclamação a Corte não pode implementar o sentido

da Constituição quando o precedente, não obstante a sua eficácia vinculante, é violado, de modo que exclui-la da engrenagem processual que serve à tutela da Constituição é retroceder, deixando as pessoas ao desemparo quando mais dela precisam.

Como é óbvio, a Corte não decide os casos concretos depois da formulação do precedente. Evidentemente não possui esta função. Mas isto não quer dizer que não deva zelar pela aplicação dos seus precedentes, o que é algo completamente diferente. A Corte tem dever de tornar os seus precedentes respeitados e, desta forma, observados nos casos concretos. Aliás, a eficácia vinculante nada mais é do que um resultado deste dever. O uso da reclamação, como mecanismo de tutela da autoridade dos precedentes, também é indispensável para a Corte se fazer respeitar perante os demais órgãos do Judiciário e os órgãos da Administração Pública, e sobretudo para tornar o sentido da Constituição respeitado quando as pessoas mais dela precisam.

O Legislador nem teria motivo para atribuir à Corte o ônus de se fazer respeitar diante dos casos concretos. Essa obrigação é inerente à função outorgada ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição. Se a sua função é atribuir sentido à Constituição, bem como desenvolvê-lo, inclusive e especialmente mediante precedentes firmados em recurso extraordinário, a Corte tem indiscutível dever de fazê-los observar nos casos concretos, ainda que obviamente não tenha a função de resolvê-los.

7.11. A reclamação e o recurso extraordinário como meios para a tutela do precedente constitucional

É possível usar o sistema recursal para tornar o precedente constitucional aplicável ao caso concreto, levando-o à Corte mediante recurso extraordinário. O problema é que, aí sim, poderá ser desvirtuada a função do Supremo Tribunal Federal. Não há necessidade de admitir repercussão geral para reafirmar precedente. Se um precedente é violado, cabe à Corte reafirmá-lo de pronto, sem qualquer necessidade de aferir requisitos para a configuração de repercussão geral e, menos ainda, de julgar um caso constitucional. A Corte apenas necessita admitir a repercussão geral de uma questão constitucional para a formação, revogação ou desenvolvimento de um precedente. *Nunca para o simples rechaço de decisão que viola precedente.*

³⁹ Rcl. 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 13.04.11.

⁴⁰ Rcl. 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 13.04.11.

⁴¹ A eficácia obrigatória do precedente, circunscrita à sua *ratio decidendi*, é mera consequência da função da Corte Suprema de atribuir sentido ao direito e garantir a sua unidade, ou, em outras palavras, de criar algo de novo na ordem jurídica vinculante. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del civil law*, *Debatiendo con Taruffo*, Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 145 e ss.

É certo que a não aplicação de um precedente nem sempre pode ser declarada à primeira vista, uma vez que este pode estar situado numa zona de incerteza, ou melhor, num espaço em que é possível aplicá-lo de modo extensivo ou restritivo, alcançando-se situação originariamente não reconhecida ou limitando-se sua aplicação em virtude de circunstância não prevista. Quando isso ocorre, torna-se necessário admitir a repercussão geral para decidir se o caso concreto comporta a expansão ou a limitação do precedente.

Porém, como visto há pouco, a reclamação também permite a realização de *distinguishing*. Isso porque o pedido de cassação da decisão igualmente pode exigir a verificação de se é possível a extensão ou a restrição do precedente para não se cassar ou manter equivocadamente a decisão reclamada.

Diante desse quadro, em que apenas a zona de incerteza sobre a adoção do precedente exige análise sobre os seus limites e decisão capaz de lhe dar nova configuração, nada pode fazer supor ser impossível usar a reclamação, mas apenas o recurso extraordinário.

Em primeiro lugar, considerando-se os perfis conceituais de cada um dos instrumentos processuais, é o recurso extraordinário que não se compatibiliza com a tutela da autoridade do precedente e não a reclamação. Em segundo lugar, diante dos limites da cognição da reclamação e do recurso extraordinário, é a reclamação que se adequa ao pedido de cassação de decisão que viola decisão, precedente ou súmula. Em terceiro lugar, em vista da função que deve ser especificamente desempenhada pela Corte em face de decisão que viola precedente, é certamente a reclamação, e não o recurso extraordinário, a via adequada. Por fim, em termos de efetividade, é obviamente a reclamação a única alternativa a quem está diante de uma decisão que, violando decisão ou interpretação vinculante do Supremo Tribunal Federal, pode ocasionar *imediato* e naturalmente *grave prejuízo*, elementos que são praticamente indissociáveis das hipóteses em que se nega a autoridade da Corte.

Como está claro, o verdadeiro motivo para temer o uso da reclamação para a tutela dos precedentes constitucionais deriva de uma patologia que se localiza na própria incompreensão do significado de precedente e de repercussão geral. Quando ainda não se percebe a diferença entre precedente constitucional e acórdão relativo a decisão proferida pelo

Supremo Tribunal Federal, não há nitidez para enxergar que um precedente constitucional não é violado todos os dias ou de maneira indiscriminada. O precedente constitucional não apenas é algo que deve ser delimitado a partir de adequada compreensão dogmática dos julgamentos da Corte, como expressa a afirmação de princípios fundamentais marcados por amplíssima carga axiológica, mostrando-se imprescindível para imprimir à vida das pessoas um sentido constitucional.

Em outras palavras, a negação de um precedente constitucional configura gravíssima lesão à Constituição, além de proporcional violação à segurança jurídica. Portanto, não há como submeter aquele que se orientou por um precedente à marcha demorada do sistema recursal e à discricção dos Tribunais. Isso seria, de uma só vez, negar a expectativa legítima daquele que se orienta pelos precedentes constitucionais, incentivar o desrespeito à Constituição e tornar pouco significativo o compromisso dos Juízes e da Administração Pública com a Corte responsável por tornar a Constituição real na vida das pessoas.

SITUAÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS E PROVA: ILICITUDE DO MEIO OU DESVALOR DA ACÇÃO?

Recebido em 03.05.2021
Aceite em 20.05.2021

PAULA COSTA E SILVA¹

I. O ponto de partida: Efeitos lícitos da prova ilícita

1. Em finais de 2019, publicámos, com NUNO TRIGO DOS REIS, um estudo sobre alguns dos problemas tradicionalmente estudados sob a designação de *prova ilícita*². Partimos de um caso da vida em que certa prova havia sido obtida de modo alegadamente ilícito; saber se assim acontecia ou não era juízo que incumbia ao decisor em face da prova do ilícito que, no concreto processo em que a prova era mobilizada, viesse a ser feita. E o que se perguntava era se a parte que tinha obtido a prova de modo alegadamente ilícito poderia mobilizá-la como argumento ou razão para que os factos que a beneficiavam pudessem ser considerados provados. Se nos recordarmos da sentença de ULPIANO, segundo a qual ninguém pode beneficiar do seu próprio ilícito³, a resposta negativa era intuitiva. Se a parte comete um mal para obter a prova, não pode do mal feito retirar uma vantagem, pedindo e conseguindo que factos que a beneficiam sejam dados como provados por causa dessa prova.

Quer isto dizer, numa primeira aproximação, que não pode uma parte mobilizar uma prova em seu benefício quando a obteve ilicitamente, ou - e numa conclusão, que julgamos mais rigorosa -, não pode o juiz fundamentar uma resposta à matéria de facto num concreto meio de prova quando o facto probando favoreça uma parte que tenha obtido ilicitamente a prova que permite dá-lo como provado. No final das contas, tratou-se de trazer para o domínio do direito processual civil a distinção já adquirida no direito processual penal entre valoração da prova *in bonam* e *in malam partem*.

2. Afirmar que uma prova, apesar de produzida no processo, não pode ser considerada na resposta à matéria de facto porque favorável a uma parte que a obteve ilicitamente parecia chocar directamente com o princípio da aquisição processual. Impondo ao juiz que, na decisão sobre a matéria de facto, pondere toda a prova produzida, sem que atenda a quem a aportou, o princípio da aquisição parecia, numa análise *prima facie*, colidir com a conclusão a que chegáramos. Era, aliás, o princípio da aquisição que, uma vez mais intuitivamente, parecia revelar o desacerto da nossa conclusão. Se a lei dispõe que o juiz deva considerar, na fundamentação da resposta à matéria de facto, toda a prova produzida, como se poderia sustentar a validade de um critério que impõe ao juiz que afinal distinga que factos podem ser provados

¹ O presente texto contou com a leitura atenta de NUNO TRIGO DOS REIS, com quem pude trocar ideias e discutir um ponto da construção a que teremos, ambos e necessariamente a quatro mãos, de voltar.

² PAULA COSTA E SILVA/NUNO TRIGO DOS REIS, Efeitos lícitos da prova ilícita em processo estadual e arbitral, AAFDL, Lisboa, 2019.

³ D. 50.17.134 (1), onde se lê “*Nemo ex suo delictu meliorem suam conditionem facere potest.*”

por concretas provas? Não se introduz uma destrição entre factos que podem ser provados por certo meio de prova e factos que o não podem ser, que não só não tem apoio na lei como a contraria já que esta impõe ao juiz que pondere toda a prova, qualquer que tenha sido a parte que a produziu? Não será, afinal, o princípio da aquisição uma causa de justificação, *extintiva* da ilicitude na obtenção da prova? Demos uma resposta negativa a esta interrogação. Em traços breves, depois de ponderados diversos valores, concluimos que o princípio da aquisição há-de ser lido de modo conforme com as proibições de prova sob pena de o conteúdo destas últimas ser esvaziado: à parte que quisesse fundar as suas razões em prova ilicitamente obtida bastaria juntá-la a um processo. Percia a justificação das proibições de prova.

3. No estudo a que vimos fazendo referência tomámos posição sobre outras questões, substantivas e processuais, relacionadas com a matéria da prova, da prova ilícita, das proibições de prova. Vamos suspender provisoriamente o que ali se disse. Isto porque queremos agora observar toda esta matéria a partir de um novo operador que talvez seja a chave para a colocação analítica e dogmaticamente mais rigorosa dos problemas que enfrentámos.

A pergunta que, desde há muito, nos inquieta prende-se com o modo de se dizer o conjunto de problemas que resultam da forma de obtenção de uma prova ou da prova em si. A expressão *prova ilícita* será tecnicamente rigorosa? Pode uma *prova* ser ilícita? Ou, como diz a nossa Constituição no seu artigo 32º, n.º 8, nula?

Se a ilicitude e a validade são qualidades da acção humana, como pode a prova em si, que não é uma conduta, mas, nos termos do artigo 341º do Código Civil, um meio através do qual se visa demonstrar a realidade dos factos, ser nula ou ilícita? Se prova é meio, não pertence à categoria da acção. Se sendo um meio e, logo, não integrante da categoria da acção ou conduta como pode a prova ser válida ou inválida, lícita ou ilícita? Numa nota de rodapé do estudo publicado deu-se já conta das dificuldades que esta forma de dizer suscita⁴.

4. Aparentemente não valeria a pena retomar este fio. Em rigor, e como resulta da nota de rodapé acima referida, se afastámos já a possibilidade de a

prova em si ser qualificada como inválida ou ilícita, porque voltamos a este ponto?

Porque, supomos, adquirindo-se clareza sobre os pontos de referência das diversas palavras que usamos quando queremos referir-nos aos problemas convocados pela designada prova ilícita mais clara resultará a razão pela qual há-de concluir-se que, num concreto processo, possa uma prova ser usada pelo juiz na fundamentação da sua decisão sobre a matéria de facto *in bonam* mas já não *in malam partem*. Identificando-se a categoria a que pertence a realidade atingida quando está em causa a necessidade de dar resposta aos problemas que aglutinamos sob a expressão *prova ilícita* não só o discurso adquire maior precisão, como resulta evidente a justeza de uma solução que aceite a valoração de uma concreta prova *in bonam partem* e a rejeite *in malam partem*.

5. Quando acima dissemos que o princípio da aquisição não permite que o juiz valora *in bonam partem* prova obtida ilicitamente pela parte a quem o facto probando aproveita, estamos, afinal, a afirmar que o juiz não pode, ao decidir, fundar a sua decisão numa prova que a parte não pode mobilizar. Não sendo o princípio da aquisição processual uma causa de justificação – prova obtida através de uma conduta que o Direito repele –, o juiz enfrenta uma proibição de persuasão através de uma concreta prova porque a parte a quem aproveita o facto que a concreta prova visa demonstrar está proibida de a usar como razão para essa persuasão.

Mas quando dizemos que uma parte usa, apresenta, requer a produção ou produz uma prova num concreto processo estamos a dizer realmente o quê, através de uma espécie de síncope ou síntese?

Supomos que estamos a querer representar, através da linguagem em torno da qual o sistema jurídico se analisa e organiza, que a parte exerce, num concreto processo, o seu direito à prova através da apresentação, produção, pedido de apresentação ou de produção de uma concreta prova. O ponto de referência daquilo que é a produção/mobilização de um meio de prova no processo é uma situação jurídica, o direito à prova. Este direito à prova é exercido através da prática de um acto jurídico, v.g. através da apresentação de um requerimento probatório ou, mesma, através da produção da prova.

Temos, portanto, que o direito à prova, situação jurídica processual cujo exercício se destina à persuasão, se exerce tipicamente perante a prática de

⁴ PAULA COSTA E SILVA/NUNO TRIGO DOS REIS, Efeitos lícitos da prova ilícita, nota 3.

actos de postulação. Se assim é, o ilícito não está na prova em si – porque, por natureza, em casos como aqueles que temos sob foco, não pode estar – mas no modo da sua obtenção. O desvalor é da conduta que permite que a parte tenha tido acesso à prova. Se assim é, se o desvalor se localiza no comportamento da parte quando esta acede ao (meio de) prova, o desvalor não está na prova, mas, ao que os dados antecedentes indicam, eventualmente na admissibilidade da sua valoração em benefício da parte que a ela acedeu ilicitamente.

6. E a não poder a prova ser valorada pelo juiz para demonstração dos factos que aproveitam à parte que a obteve ilicitamente, a razão dessa inadmissibilidade resultará da circunstância de a própria parte não poder socorrer-se de uma prova que obteve ilicitamente.

A compressão do poder de cognição do tribunal deriva da compressão da situação jurídica da parte: é porque a parte não pode exercer o seu direito à prova a partir da prova que obteve ilicitamente que o tribunal também não pode fundar a sua decisão sobre os factos probandos que beneficiam a parte que obteve a prova ilicitamente na prova ilicitamente obtida. É, neste ponto, que a lei nos dá uma pista. Ao dizer, v.g., que a prova é nula o que a lei pretende é que do meio de prova obtido de modo desvirtuoso não possam ser retiradas consequências probatórias. Não porque a prova seja nula, mas porque da prova ilicitamente obtida não pode a parte que agiu mal retirar uma vantagem: este o resultado que a lei quer evitar.

Se o que até aqui se disse puder aceitar-se, alcança-se uma conclusão: se o problema não está na prova, mas no modo como ela foi obtida, a prova em si continua íntegra. O que significará que aquele que obteve a prova lícitamente não vê contaminada a sua situação jurídica direito à prova, o ilícito alheio não a atinge. A parte fiel aos parâmetros do Sistema pode exercer o seu direito à prova a partir de todas as provas por si lícitamente obtidas. E este resultado não é prejudicado pela circunstância de a prova ter sido produzida num concreto processo por alguém que a ela ilicitamente acedeu. Sendo as situações jurídicas probatórias de cada parte autónomas entre si, o exercício não conforme ao sistema dependerá das patologias de cada uma dessas situações e não das patologias de situação jurídica alheia. Não há relação de instrumentalidade ou de acessoriedade entre

situações jurídicas de parte e contraparte que possa justificar resultado inverso.

7. Será esta recolocação dos problemas que atingem a designada prova ilícita por ilicitude do modo da sua obtenção uma espécie de última etapa num pensamento em construção?

Dizer - como terá podido ser a pedrinha agora posta no caminho - que tudo está no plano das situações jurídicas das partes, no seu direito à prova, autónomas entre si, é ficar ainda longe do fim da jornada. Há questões bem complexas que requerem novas reflexões. Para além dos já identificados problemas resultantes de um corte epistémico no plano de parte e contraparte, enuncie-se apenas uma dúvida que permite intuir o que ainda falta percorrer. Como fica a prova de factos comuns a diversos compartimentos quando estes só podem ser demonstrados por uma determinada prova e esta foi ilicitamente obtida por um dos compartimentos?

Neste conjunto de casos, a dificuldade reside na circunstância de, sendo o facto comum, não ser imediatamente apreensível como possa a prova ser valorada *in bonam* mas não *in malam partem* quando o facto é comum a quem se comporta lícitamente e a quem se comporta ilicitamente no que respeito ao modo de acesso ao meio de prova. Será de se ponderar uma resposta no âmbito da responsabilidade civil uma vez que, à primeira vista, parece difícil encontrá-la no direito probatório, como muito bem pontuou, aquando da revisão deste texto, JOÃO MARQUES MARTINS. Fica este campo totalmente por explorar.

8. Enquanto não temos condições de formar nova imagem a partir do caleidoscópio de problemas que a prova ilícita suscita, resta tentar esclarecer uma dúvida última, ainda relativa à articulação entre modo de obtenção de prova e situação jurídica probatória. O que explica que o modo desvirtuoso de obtenção da prova prejudique a admissibilidade da sua mobilização pela parte que ilicitamente a obteve e, conseqüentemente, a admissibilidade da sua valoração pelo juiz em benefício desta parte?

Retoma-se a *sentença* de Ulpiano: ninguém pode retirar vantagens do seu próprio ilícito. E ancora-se esta *sentença*, no que à ilícita obtenção da prova resposta, nas regras que estabelecem proibições de prova.

Mas sendo as situações jurídicas das partes autónomas entre si, o facto de se tirar o desvalor da

Situações jurídicas processuais e prova: Ilicitude do meio ou desvalor da acção?

prova, não por razões de oportunidade ou de oportunismo argumentativo, mas por, como se julga ter demonstrado, a ela não poder aderir, permite reter uma conclusão que talvez possa ser o ponto de partida de próxima reflexão sobre a prova e as situações jurídicas probatórias: o ilícito de uma não atinge a outra.

Lisboa, 17 de maio de 2021

CONVENÇÕES DE PROVA – NEGÓCIOS PROCESSUAIS?

Recebido em 18.05.2021

Aceite em 23.05.2021

LUCINDA DIAS DA SILVA

Sumário: 1. Prova – entre a garantia e o risco. 2. Estipulações negociais sobre a prova – as convenções de prova. 3. Classificação das convenções de prova – negócios processuais? 3.1. ângulo situacional; 3.2. ângulo objetivo; 3.3. ângulo prospetivo; 4. Nota conclusiva.

§1. Prova – entre a garantia e o risco

Sendo a prova a principal base da decisão judicial sobre a matéria de facto e só podendo o tribunal considerar, na decisão quanto ao mérito, as versões de facto que o mesmo tome por verdadeiras (no segmento da sentença em que se pronuncia quanto aos factos), o direito à prova assume importância inequívoca enquanto garantia de efetivo acesso ao direito e aos tribunais.

Representa, assim, uma garantia processual nuclear, o que permite compreender que beneficie de tutela constitucional¹ e se inscreva entre as garantias

¹ Embora o direito à prova não resulte, de modo literal e exposto, de uma norma constitucional, tem-se por incluído no âmbito do direito fundamental de acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva previsto no artigo 20.º, n.ºs 1 e 4 da Constituição da República Portuguesa (onde se prevê a garantia de acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva), bem como no âmbito do direito à defesa e ao contraditório, consagrado no artigo 32.º da mesma Lei Fundamental. Como GOMES CANOTILHO observa, o direito à prova encontra-se, assim, diluído entre várias normas constitucionais, “O ónus da prova na jurisdição das liberdades”, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 169. No âmbito do direito à prova, o autor distingue dois sentidos: “o direito à prova em sentido lato (poder de demonstrar em juízo o fundamento da própria pretensão) e o direito à prova em sentido restrito (alegando matéria de facto e procedendo à demonstração da sua existência)” (ob. cit., p. 170). Também o Tribunal Constitucional se tem pronunciado no sentido da garantia constitucional do direito à prova (designadamente no âmbito do direito a um processo equitativo). A título de exemplo, lê-se no acórdão n.º 273/15, proferido pelo Tribunal Constitucional

processuais consagradas no plano do Direito Internacional².

Porém, as circunstâncias de a parte ser titular do direito que processualmente invoca, de alegar (em devida articulação com o direito substantivo) a factualidade em que esse direito se alicerça e de adequadamente exercer o direito à prova não permitem assegurar que veja a sua pretensão obter procedência em juízo.

Mesmo quando escrupulosamente observado o cumprimento das normas relativas à alegação e à prova, subsiste o perigo de *não coincidência* entre a decisão de facto e a realidade (e, em consequência, entre o conteúdo da decisão proferida quanto à matéria de facto e a verdade)³. A prova é, assim,

em 17 de maio de 2015: “A limitação da liberdade probatória – que é diferente da sua regulamentação (por exemplo, quanto ao número de testemunhas ou outros meios de prova a produzir – significa, em princípio, cercear a possibilidade de demonstrar em juízo que se tem razão, impedindo-se, desse modo, que o tribunal possa chegar a uma apreciação exata da realidade fáctica. Nessa medida, corresponde a uma *restrição* ao direito à tutela jurisdicional efetiva, a qual deve ser estatuída por lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado (cfr. o artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição)” (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150273.html>).

² O direito a um processo equitativo encontra-se previsto, designadamente, no n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no artigo 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no artigo 14.º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cívicos e Políticos.

³ CHIOVENDA (na esteira de WACH) associa ao processo civil o fim de assegurar a “atuação da lei (relativamente a um bem que se

a par de *garantia*, um domínio possível de *risco* de não coincidência entre o real (os factos ocorridos) e as versões factuais sobre cuja verificação o tribunal se convença (a decisão quanto à matéria de facto).

O exercício de direitos substantivos, em juízo, envolve, na verdade, *risco*, em virtude da imponderabilidade de consequências que a prova comporta: quer porque não é seguro que os elementos cuja produção ou junção as partes pretendiam fazer valer como meios de prova sejam admitidos, quer porque não é antecipável o resultado (favorável ou desfavorável à parte) da produção de prova, quer ainda porque se desconhece o sentido da convicção que, em conformidade com o princípio da livre apreciação⁴, o tribunal virá a formar sobre a prova.⁵

Como DICKHOFF observa, a titularidade do direito realizando, não constitui, nesta medida, garantia absoluta de que aquela venha a ser jurisdicionalmente reconhecida, nem de que de tal reconhecimento venha a surtir efeitos práticos. Da possibilidade de lograr a prova das versões de facto alegadas depende, não obstante, “na maior parte dos casos, o desfecho favorável ou desfavorável” (*günstige oder ungünstige Ausgang*) “do litígio”.⁶

Dependendo a realização de direitos, por via jurisdicional, de condicionantes várias no que respeita à reconstituição, na instância, da realidade (de facto) relevante para justa resolução do conflito, a álea não é, assim, totalmente alheia ao que venha a ser o teor do segmento da decisão quanto aos factos.

Acresce que, em sede de prova, ao risco relativo ao conteúdo decisório, se somam, para as partes, ris-

quer garantido por ela no caso concreto) através dos órgãos de jurisdição ordinária”. Na sequência dessa explicitação, refere (a tanto dedicando as páginas seguintes do §2 (da Parte I) de *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1913) outras visões da mesma ideia de base (realização da lei). Visões que contrapõe a perspectivas que, adotando entendimento diferente, associam ao processo civil a função de *produção* de direito. O autor nota, contudo, que estas outras perspectivas comportam o risco de transformação do juiz em “vice-legislador” e, assim, em “fonte de direito em estado inorgânico”.

⁴ Artigo 607.º, n.º 4 do Código de Processo Civil.

⁵ Enquanto instrumentos jurídicos de gestão do risco, as convenções de prova representam uma das formas por intermédio das quais o direito serve a função de estabilização e redução da imprevisibilidade das relações sociais a que FERRARI (em sintonia com a conceção de LUHMANN) alude no que diz respeito à função do jurídico, « Le parti e il rischio del processo », *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 2008, anno LVII, supplemento al N. 3, Milano, Giuffrè, pp. 40 e ss.

⁶ *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 1.

cos de índole económica (atentos os custos associados às diligências prova)⁷, de quebra da privacidade (quando as razões motivadoras da preservação desta não constituam fundamento válido de não observância do dever de cooperação) e de afetação de terceiros (quando a produção de prova implique a convocação de sujeitos que as partes não querem que sejam objeto de incómodo atenta a particular situação, designadamente de idade ou saúde, em que se encontram).⁸

⁷ Pelo reflexo que o desempenho judiciário tem no plano da economia, a celebração, pelas partes, de convenções de prova como instrumentos de promoção de maior certeza e celeridade no fluxo das suas operações económicas constitui manifestação do que SERGE GUINCHARD e LOÏC CADIEU designam por “colonisation” e “pollinisation” entre os campos do direito e da economia, a que aludem, “Les jeux de la justice et de l’économie”, *Justices, Revue Générale de Droit Processuel*, 1995, 1, Janv.-Juin, Dalloz, p. 5. Sobre os limites da expansão contratual em processo, vide JARROSSON, “La contractualisation de la justice: jusqu’où aller?: introduction”, *Réformes de la justice, réforme de l’État*, PUF, 2003, pp. 185-191. Rui de ALARCÃO retrata a crescente frequência de uso do negócio jurídico no âmbito do direito público, referindo-se, expressivamente, ao fenómeno da « floração contratual », *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, p. 104. Denotando as especificidades do direito processual associado à litigiosidade de índole eminentemente económica, FRISON-ROCHE sublinha o « éparpillement » próprio desta secção do direito adjetivo, FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Vers le droit processuel économique”, *Justices, Revue Générale de Droit Processuel*, 1995, 1, Janv.-Juin, Dalloz, pp. 93 e ss.

⁸ EICKMANN e PELLI assinalam, por outro lado, que, num plano geral, das convenções de prova podem decorrer benefícios também para a comunidade administradora de justiça, quando o regime delas constante, poupando a prática de determinados atos, gere maior facilidade e celeridade no exercício da atividade jurisdicional. A este propósito, EICKMANN associa aos acordos com relevo em sede de prova a virtualidade de deles poderem resultar, não só vantagens para as partes (na medida em que lhes permitem controlar os riscos próprios da fase em que “se prepara o desfecho do processo” (“Die Beweisaufnahme ist einer der zentralen Punkte des zivilprozesses; in ihr werden die Weichen für den Ausgang des Verfahrens gestellt”), como também para o tribunal, na medida em que contribuam para a redução do período de duração do processo, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien, Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 1. OLIVIA PELLI sublinha também o relevo das vantagens que as convenções de prova comportam, quando sejam fator de promoção da celeridade processual. Sublinha, a este propósito, as desvantagens que a morosidade do procedimento jurisdicional supletivo importa se repercutem quer na esfera jurídica dos particulares, quer no plano dos interesses públicos. No que concerne aos primeiros, nota, de modo particular, que, ante a lentidão processual, as partes podem ser conduzidas a celebrar transações (assim renunciando ao exercício de direitos substantivos que lhes assistem e que, de outro modo, não deixariam de fazer valer) ou mesmo a não recorrerem a tribunal (em virtude de, considerando o valor do

§2. Estipulações negociais sobre a prova – as convenções de prova

Ante os condicionalismos vindos de expor, a possibilidade de os sujeitos em litígio criarem, por via *negocial*, o seu próprio regime de prova – mediante previsão negocial de um conjunto de critérios, por si moldados, destinados a regular a prova no âmbito de um concreto conflito em que sejam ou venham a ser parte – representa uma via possível de procurarem minorar a incerteza e as desvantagens que o regime legal de prova pode comportar.

Razões que permitem compreender a circunstância, notada por PEZZANI, de este tipo de negócio jurídico não representar mera *ipotesi di scuola*, antes modalidade negocial dotada de relevo prático,⁹ quer no atual quadro jurídico, quer em períodos históri-

litígio, não se revelar compensador o início de um processo longo e dispendioso), *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 49. A estes benefícios (identificáveis como efeitos passíveis de decorrer das convenções de prova no seu conjunto) podem, sublinha PELLI, acrescer vantagens decorrentes de certos tipos de pactos de prova. A autora assinala como uma das vantagens de celebração de um especial tipo de convenções de prova – convenções relativas ao ónus da prova – a circunstância de evitarem a situação de incerteza em que frequentemente se incorre, na prática, quando se proceda à sua distribuição de acordo com os critérios legalmente previstos. A definição, pelas partes (mediante convenção), de que o ónus de demonstração de certa versão de facto impende sobre uma determinada parte, obstará, sob este ponto de vista, à dúvida quanto ao critério a adotar, contribuindo para a promoção da segurança jurídica, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 50. Reconhecendo, embora, o potencial das convenções de prova enquanto elementos de correção de situações injustas, a autora sopesa, contudo, a circunstância de os pactos de prova contribuírem, frequentemente, para a insegurança jurídica, atenta a natureza indeterminada dos conceitos nelas utilizados”, *ob. cit.*, p. 52.

⁹ CAMON dá conta do relevo que, no âmbito do direito italiano, a conformação do processo pelas partes, por via convencional, designadamente em sede de prova (“*patteggiamento sulla prova*”), assume também no âmbito do processo penal. Vendo, embora, em tal tendência, um “*fenomeno impestuoso, difficilmente arrestabile*”, observa ser “*crucial*” discernir “*limites intransponíveis*” (“*limiti invalicabili*”) ao que designa por “*specie di trapianto*” (espécie de transplante) “*dello ius privatorum*” para o âmbito da “*architettura del processo penale*”, “*Accordi processuale e giustizia penale: la prova patteggiata*”, *Rivista di Diritto Processuale*, Gennaio-Febbraio, 2008, Anno LXIII, Seconda Serie, N.1, Cedam, p. 57. Sobre os poderes de gestão processual do juiz no ordenamento jurídico português, MIGUEL MESQUITA, “*Princípio da gestão processual: o Santo Graal do Novo Processo Civil?*”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 145, n.º 399, novembro-dezembro, 2015, pp. 78-108.

cos antecedentes¹⁰, não obstante a circunstância de, como observa PELLI, nem sempre as partes devidamente qualificarem o negócio jurídico que celebram.¹¹

A possibilidade de válida celebração de convenções de prova no âmbito do direito civil representa concretização, no plano processual, do princípio da autonomia privada – de “*autorregramento da vontade*” (na expressão firmada na ordem jurídica brasileira, como ANTÓNIO DO PASSO CABRAL¹² e FREDIE DIDIER¹³

¹⁰ *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 1. Na parca doutrina e jurisprudência alemãs sobre o tema, no período correspondente à transição entre os sécs. XIX e XX, PEZZANI deteta uma tripla tendência: por *um lado*, observa que a atenção incidiu, então, maioritariamente, sobre os pactos relativos à atividade decisória (que não sobre os relativos aos meios de prova); por *outro lado*, nota que frequentemente se conceberam, em termos confluentes, o pacto de reconhecimento de factos e a confissão extrajudicial; *finalmente*, refere a tendência para ambos (acordo de reconhecimento de factos e confissão extrajudicial) serem integrados no domínio dos pactos de prova. No que respeita à primeira tendência, refere o relevo do “*humus cultural, jurídico e político*” da época, caracterizado pela limitação da autonomia privada e reforço do poder estadual. Contexto refletido, processualmente (no âmbito do regime constante da *Civilprozessordnung* de 1877), em limitação da liberdade das partes (mediante reforço dos poderes do juiz ante estas, limitando o âmbito da sua *soberania* na instância), bem como em acentuada limitação dos próprios poderes do juiz ao nível da concreta conformação do processo (mediante adopção do paradigma da *Verfahrensstrenge*), *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 32. De observar, porém, a nota de prudência que, como a autora salvaguarda, CAVALLONE sublinha, quando relativiza a pureza da visão, amplamente difundida, valorizadora, em excesso, do princípio do inquisitório no âmbito do processo prussiano, “*Il giudice e la prova nel processo civile*”, CEDAM, Padova, 1991, esp. pp. 8-17. Para referências jurisprudenciais alemãs sobre esta matéria, no período em causa, *vd.* EICKMANN, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987.

¹¹ A autora nota que as “*cláusulas de prova* são muitas vezes celebradas entre comerciantes sem que as partes ou os seus representantes legais estejam conscientes da sua qualificação”. Antecipa, por outro lado, que “*no futuro tendo em vista a liberdade cada vez mais ampla das partes no direito processual civil – o significado prático dos contratos de prova vai ainda aumentar*”, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 46.

¹² ANTÓNIO DO PASSO CABRAL sintetiza o significado do princípio do autorregramento na vontade no âmbito processual enquanto “*possibilidade de criação de norma processual de base convencional*” e, nesta medida, como “*afirmação da máxima dispositiva como contraponto ao hiperpublicismo*”, *Convenções Processuais: Teoria Geral dos Negócios Jurídicos Processuais*, 3.ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Juspodivm, 2020, pp. 139 e ss.. Em sede de determinação de limites internos e externos à autonomia da vontade, propõe um método de concretização da cláusula geral de convencionalidade processual em que distingue três fases, explicitado a pp. 330 e ss. da mesma obra.

¹³ FREDIE DIDIER classifica o poder de autorregramento da vontade como subprincípio do geral princípio da liberdade, identifi-

explicitam) encontra-se prevista (conquanto em termos condicionados) no artigo 345.º do Código Civil português.¹⁴

Correspondem, segundo TEIXEIRA DE SOUSA, a “acordos processuais pelos quais as partes regulam os factos carecidos de provas, a repartição do ónus da prova de um determinado facto ou indicam os meios de prova admissíveis para a prova de um certo facto”.¹⁵

Assim se concede relevo à configuração privada (embora parcial) de um *processo convencional* (*Konventionalprozess*).¹⁶

cando quatro zonas de liberdade: “a) liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que mais bem sirvam aos interesses dos indivíduos); c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio)”. Em olhar depois centrado no domínio processual, sublinha que “esse princípio não tem, no Direito Processual Civil, a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil” e que, estando em causa o exercício de uma função estadual (função jurisdicional), a negociação processual é aí “mais regulada e o seu objeto, mais restrito”. Salvaguarda, porém, que essa circunstância não “impede que se lhe atribua o merecido destaque de ser um dos princípios estruturantes do direito processual civil brasileiro, uma de suas *normas fundamentais*”. Sustenta, nesta linha de pensamento, que o “princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo”, nessa sequência observando que “*um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira*”, “Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil”, *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 57, jul./set., 2015, pp. 168 e 169.

¹⁴ Deste decorre a admissibilidade de convenções de prova que invertam o ónus da prova, que excluam algum meio legal de prova ou que admitam um meio de prova diverso dos legais. Sob três condições, porém: que não esteja em causa direito indisponível, que não haja ofensa de determinações legais quanto à prova que tenham por fundamento razões de ordem pública e que não se torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. A não observância de qualquer uma destas três condições determina a nulidade do negócio.

¹⁵ *As partes, o objecto e a prova na Acção declarativa*, Lisboa, Lex, 1995, p. 234.

¹⁶ Sobre o sentido da expressão, WAGNER, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 58. CADDIET distingue a expressão “contratualização da justiça” da expressão “contratualização do processo”, associando a primeira, de modo estrito, à contratualização no âmbito da administração da justiça, tomada em sentido orgânico. As convenções de prova inserir-se-ão, no quadro desta distinção, no âmbito do segundo tipo de contratualização. Estas, parafraseando CADDIET, enquanto meio de “exercício de sabedoria contratual” representam, não formas convocadas pelas partes a fim de “evitar o processo judiciário”, mas via de “conformar a solução judiciária da sua eventual querela”, “Les conventions relatives au procès

O facto de as convenções de prova representarem negócio jurídico passível de ser validamente celebrado confere consistência à expressão de LOÏC CADDIET, quando (em entendimento diverso do sustentado por LE BALLE¹⁷) observa que a incompatibilidade entre acordo e processo constitui “se não uma ilusão óptica, pelo menos um erro de perspetiva”.

De resto, as convenções de arbitragem, os pactos de competência e os pactos de jurisdição são manifestações frequentes do relevo que a celebração de negócio jurídico, sobre matéria adjectiva, entre as partes, pode assumir em juízo.¹⁸

en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre 2008, Anno LXII, supplemento al n.3, Milano, pp. 10 e 11.

¹⁷ Contrapondo as concepções *estadual* e *contratual* de justiça, o autor manifestava, no primeiro quartel do século passado, preferência pela primeira, referindo a “organização da prova no direito francês como uma *construção de conjunto* na qual não se pode tocar sem atingir ao mesmo tempo os próprios fundamentos da Justiça Estadual”, *Des conventions sur le procédé de preuve en Droit Civil*, Meulan, Imprimerie Auguste Réty, 1923, pp. 30. Posição que afirma em contraposição com a antes sustentada por SESCIOREANO. COCURAL vem a, examinando a posição de LE BALLE, propender para a admissibilidade das convenções de prova, sob condição de que tanto não contenda com a ordem pública, *Étude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuves en droit civil français*, impr. de H. Basuyau, Toulouse, 1933.

¹⁸ Em alusão ao facto de o regime jurídico processual ser reflexo do contexto social envolvente, CADDIET estabelece relação entre o aprofundamento da contratualização do processo e a geral acentuação da “emergência de uma ordem jurídica negociada entre os atores sociais”, própria de um período histórico em que se verifica o recuo do poder centralizado do Estado”, evidenciada, no século XX, sobretudo a partir da década de 60, “Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre 2008, Anno LXII, supplemento al n.3, Milano, pp. 8 e 9. No que diz respeito à permeabilidade do regime processual ao contexto social, CAPPELLETTI nota que a influência de circunstâncias externas no regime processual opera por *duas* vias distintas. *Por um lado*, atenta a natureza instrumental deste tipo de normatividade, por intermédio dos sentidos do direito substantivo de cuja realização aquele é instrumento. Refere, a este propósito, que o direito processual não é “um fim em si mesmo, porém instrumento voltado ao objectivo da tutela do direito *substancial*, público ou privado, este está na verdade e por assim dizer *ao serviço* do direito material, do qual tende a garantir a efectividade, ou melhor, a observância” e, para o caso de inobservância, a reintegração”, razão por que esta será a “primeira “porta”” através da qual “as ideologias penetram no processo”, *Processo, Ideologias e Sociedade*, vol. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2010, p. 32. Apoiando-se na perspetiva de CALAMANDREI, refere que “a natureza da relação ou do *status* substancial deduzido em juízo, e particularmente a natureza *disponível* ou *indisponível* de tal relação ou *status*, influí profundamente nas regras técnicas processuais”,

No mesmo sentido se pronuncia também KOHLER (em termos mais magnânimos que os que ousamos seguir) quando sublinha o relevo que as dimensões negocial (*Rechtskategorien von Vertrag*) e criativa (*Creationen*) assumem no processo, sustentando que o direito processual só poderia ser construído de forma adequada com o auxílio proporcionado pela convocação da figura negocial.¹⁹

A previsão legal da possibilidade de celebração de convenções de prova confere, assim, às partes, poder jurisdiccionário também no domínio adjetivo, concedendo-lhes a faculdade de criação (em *Kautelarpraxis*, na expressão de WAGNER²⁰) de regime jurídico próprio.

As convenções de prova representam, sob este ponto de vista, um instrumento de *gestão do risco* associado à prova²¹ e, em simetria (fazendo uso da

ob. cit., p. 37. Discerne, porém, o domínio do que designa por “autonomia do direito processual”, onde se tornam “identificáveis certas normas ou mesmo certos institutos que podem valer qualquer que seja a natureza do direito substancial”. Nota, não obstante, o cuidado que deve existir no que diz respeito ao grau de tal autonomização, sob pena de o direito processual se tornar “excessivamente “abstracto” com relação ao seu *humus* substancial”. Refere, a título exemplificativo, terem sido razões dessa natureza as justificativas da adoção generalizada (de forma mais marcada, após a Revolução Francesa) do princípio da publicidade, permitindo que o processo se desenvolva “à luz do sol, em pública audiência, fora das *murate...*”, *ob.cit.*, pp. 51 e 52. Também a generalizada adoção do princípio do *livre convencimento judicial*, observa, não é “senão o reflexo, na esfera do direito processual, do triunfo geral daquelas concepções culturais e ideológicas”, tal como aquela em que se traduz o “triunfo” do “método de observação directa dos dados concretos da realidade sobre o antigo método do apriorismo abstracto, mecânico, formal, privilegiando-se a máxima “*adquantio intellectus ad rem*”, em detrimento do princípio *adaequatio rei ad intellectum*”, *ob.cit.*, pp. 35 e 36.

¹⁹ “*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 - X, p. 248.

²⁰ *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 710.

²¹ PATTI alude às convenções de prova enquanto meios de obtenção de “certezza giuridica”, por via da limitação do “rischio di prova”, “La disponibilità delle prove”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 2011, Anno LXV, Supplemento al. N. 1, Numero Speciale, p. 95. Representa, pois, esta, uma via de gestão do risco processual *intramuros*, isto é, no âmbito de uma determinada sede jurisdicional. Diferentemente, o recurso a meios alternativos de resolução de litígios – outra manifestação do relevo do negócio jurídico em processo – constitui uma forma de gestão do risco *extramuros*. Considerando algumas particularidades desse meio de gestão do risco aliado ao processo, no âmbito do direito do consumo, MARIA JOSÉ CAPELO, “A lei de arbitragem voluntária e os centros de arbitragem de conflitos de consumo”, *Revista Portuguesa de Direito de Consumo*, nº 20, 1999, pp. 30-43; no domínio de relações multipartes, MARIANA

expressão de SCHÜLLER) um meio de obter um certo grau de segurança quanto à prova (“*eine bestimmte Sicherung des Beweises zu treffen*”²²).

Embora a celebração de convenções de prova pelas partes assente em razões de conveniência das partes, essa celebração não é, porém, isenta de consequências no plano sistémico.

Efeitos que se podem refletir positiva ou negativamente.

EICKMANN e PELLI assinalam, a este propósito, que das convenções de prova podem decorrer benefícios para a comunidade administradora de justiça, quando o regime delas constante, poupando a prática de determinados atos, gere maior facilidade e celeridade no exercício da atividade jurisdicional, assim promovendo a efetividade da administração da justiça.

A este propósito, EICKMANN associa aos acordos, com relevo em sede de prova, a virtualidade de deles poderem resultar, não só vantagens para as partes (na medida em que lhes permitem controlar os riscos próprios da fase em que se prepara o “desfecho do processo” (*den Ausgang des Verfahrens*), como também para o tribunal, na medida em que

FRANÇA GOUVEIA e JORGE MORAIS CARVALHO, “Arbitragens complexas: questões materiais e processuais”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 4, 2011, pp. 111-161; no âmbito do contencioso societário, PAULA COSTA E SILVA, “Arbitrabilidade e tutela colectiva no contencioso das deliberações sociais”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume IV, pp.357-391. Para referência estatística no quadro da mediação do consumo, vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA e JORGE MORAIS CARVALHO, “A experiência da UMAC na mediação de conflitos de consumo”, *Conflitos de consumo*, pp. 23-51. Sob uma perspetiva global, PAULA COSTA E SILVA, *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Almedina, 2009. Em particular, sobre a relação (de integração – em conceção de *multidoor court* – ou não) dos vários meios de resolução de conflitos, vide a mesma autora, em “De minimis non curat praetor”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III, Almedina, 2010, pp. 288-301. No sentido da natureza não concorrencial entre o sistema judicial e os sistemas alternativos, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Meios de resolução alternativa de litígios: negociação, mediação e julgados de paz”, *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, pp. 729 e ss. LAMOUREUX reflete a circunstância de as convenções de prova permitirem a gestão do risco no quadro da jurisdição quando inclui esse tipo de convenções na categoria de pactos reguladores do modo de solução jurisdicional do conflito e não na tipologia de acordos destinados a evitar a intervenção do juiz, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants Recherche sur un possible imperium des contractants*, Aix-en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006..

²² *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 7.

contribuam para a redução do período de duração do processo.²³

Olivia PELLI sublinha também o relevo das vantagens que as convenções de prova comportam quando sejam fator de promoção da celeridade processual, observando que as desvantagens da morosidade da tramitação se repercutem, quer na esfera jurídica dos particulares, quer no plano dos interesses públicos.

No que concerne aos primeiros (interesses dos particulares), a autora nota que, ante a lentidão processual, as partes podem ser levadas a optar por não recorrer a tribunal (em virtude de, considerando o valor do litígio, não lhes ser compensador o início de um processo longo e dispendioso) ou ser conduzidas a celebrar transações, assim abdicando (nesse contexto de concessões recíprocas) do exercício parcial de direitos substantivos que lhes assistem e que, de outro modo (isto é, num contexto de instância célere) não deixariam de fazer valer.²⁴

A estes benefícios (identificáveis como efeitos passíveis de decorrer das convenções de prova no seu conjunto) podem, refere PELLI, acrescer vantagens decorrentes de certos tipos de pactos de prova. A autora assinala como uma das vantagens de celebração de um especial tipo de convenções de prova - convenções relativas ao ónus da prova - a circunstância de evitarem a situação de incerteza em que, na prática, frequentemente se incorre quando se trata de proceder à distribuição desse ónus de acordo com os critérios legalmente previstos. Associando, as partes, de modo expresso e claramente determinado, o ónus de demonstração de certa factualidade a uma parte, evitar-se-ia a incerteza, assim contribuindo para a promoção da segurança jurídica.²⁵

Reconhecendo, embora, o potencial positivo das convenções de prova, PELLI salvaguarda a possibilidade de poderem ser também fator de contribuição para a insegurança jurídica, em virtude da natureza indeterminada dos conceitos que as partes nelas incluem.²⁶

As implicações negativas deste negócio jurídico podem, por outro lado, repercutir-se também no oposto das vantagens acima enunciadas, quan-

do sejam fonte de maior morosidade e ineficiência processuais (assim, por hipótese, quando, por via convencional as partes introduzam novos meios de prova), bem como em maior probabilidade de erro na decisão quanto à matéria de facto (assim, potencialmente, quando por via negocial as partes restrinjam os meios de prova).

Está, pois, em causa, uma figura que não só, sob o ponto de vista dogmático, entronca em domínio central (a prova), como ainda assume relevo, individual e coletivo, no plano da *praxis*.

§3. Classificação das convenções de prova – negócios processuais?

São múltiplas as questões que a figura das convenções de prova suscita.

No presente texto, faremos incidir a nossa atenção sobre uma dimensão particular da sua natureza. Refletiremos sobre a adequação ou não da classificação deste acordo como negócio jurídico processual.²⁷

A ponderação sobre este problema é, normalmente, desenvolvida mediante formulação (por vezes de modo implícito) de uma questão: as convenções de prova têm natureza *processual* ou *não processual*?

A enunciação central do problema poderá, cremos, obedecer a formulação mais geral, reconduzindo-se à pergunta: as convenções de prova têm ou não natureza *processual*?²⁸

Por outro lado, afigura-se-nos que a resposta não se deve obter num passo só. Sob o mote comum da enunciada questão geral, formular-se-ão *três perguntas*, correspondentes a *três ângulos* distintos, sob os quais a referida questão central é suscetível de ser considerada.

A resposta obtida a cada uma destas perguntas, relativamente a uma mesma convenção, poderá ser diferente (de sentido positivo nuns casos e negativo noutros), pelo que o mesmo tipo convencional se poderá dizer processual a um título (sob um ângulo

²³ *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien, Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 1.

²⁴ *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 49.

²⁵ *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 50.

²⁶ *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 52.

²⁷ Questão distinta (de que ora não trataremos) prende-se com a classificação do tipo de negócio jurídico no que diz respeito ao seu carácter unilateral ou bilateral (sob o ponto de vista subjetivo).

²⁸ Não é indiferente que o problema se enuncie sob uma ou outra das formulações, dado que, quando não se conclua que a convenção tem natureza processual, a ilação a retirar pode não ser necessariamente a de que simplesmente assume carácter não processual. Pode, em alternativa, ser de concluir, com maior precisão, estar, por exemplo, em causa pacto com natureza extraprocessual ou carácter substantivo.

de análise), mas já não beneficiar desse qualificativo a outro título (à luz de outro ângulo de análise).

As referidas perspectivas de análise obedecem a três critérios: *situacional, objetivo e prospetivo*.

Consideremos cada um deles.

a)- ângulo situacional

O primeiro ângulo, sob o qual o problema central pode ser perspetivado, assenta num critério situacional.

Sob este ângulo, quando se indaga se a convenção de prova tem ou não cariz processual, faz-se depender a resposta do contexto em que o negócio jurídico é celebrado. A dúvida subjacente é: onde?

Este primeiro desdobramento do problema gera, assim, a seguinte questão: a convenção de prova tem natureza *processual* ou *extraprocessual*?

Tanto dependerá do concreto enquadramento de celebração da convenção de prova. Sob esta perspetiva, representará convenção *processual* se celebrada no processo; assumirá natureza *extraprocessual* se celebrada fora dele.

É este o critério subjacente à posição de SCHÜLLER, para quem só será *processual* o ato praticado no processo, no quadro das “relações jurídicas processuais” (*Prozeßrechtsverhältnisses*). Por estas toma as “relações das partes perante o tribunal e em cujo âmbito o Estado cumpre o seu dever de tutela jurídica”.

Fora desse perímetro (processual) fica, sob a perspetiva deste autor, qualquer acordo que não se enquadre em tais pressupostos. Assim, ainda que celebrado, entre as partes “em frente das barras do tribunal” (*vor den Schranken des Gerichts*) “durante a audiência de debate oral”, este negócio (relativamente ao qual não se preenchem os pressupostos referidos no parágrafo acima) “não larga”, defende, “o chão do direito privado” (*den Boden des Privatrechts*), pelo que não será um negócio processual (*Prozeßvertrag*), mas tão só um negócio celebrado “por ocasião do processo” (*Verträge “gelegentlich des Prozesses”*).²⁹

SCHÜLLER recusa, porque assim, a proposta de KOHLER, nos termos da qual se admite a qualificação como processuais de atos votados à produção de efeitos no processo (conquanto não beneficiários de *Tatbestand* com essa natureza), independentemente

²⁹ *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, pp. 18 e 23.

de esses atos terem sido praticados dentro ou fora do processo.³⁰

É, igualmente, este o critério que preside à autonomização, por SATTÀ, da categoria dos acordos “*che si stipulano nel processo*”.³¹

Diferentemente, CARNELUTTI exclui, de modo expresso, este critério para efeito de qualificação de um negócio jurídico como processual ou não.³²

Sob o ângulo de análise que ora se considera, a convenção de prova terá, pois, natureza *processual* ou natureza *extraprocessual*, consoante o contexto (processual ou não) em que seja celebrada (ou seja, conforme seja celebrada no processo ou fora dele).

Na prática, como bem sublinha JÄCKEL, a celebração das convenções de prova corresponde, na generalidade dos casos, a ato celebrado (entre as partes) fora do processo e antes do início deste.³³

Contudo, a celebração extrajudicial da convenção de prova pode coincidir com período em que a instância se encontre já pendente (conquanto, como DICKHOFF nota, tanto não signifique que, adentro desse período, seja celebrável, em termos eficazes, em

³⁰ *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 19. Negócios processuais serão, pois, para SCHÜLLER, tão só os que reúnam essa qualidade (processual), quer quanto ao *Tatbestand*, quer quanto aos efeitos, *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, pp. 22 e ss.

³¹ O autor contrapõe esta categoria de acordos (“*che si stipulano nel processo*”) à categoria dos acordos “*con efficacia sul processo*”. Esta segunda qualificação obedece a diferente critério que aquele que preside à primeira. A ele nos referiremos infra, na alínea c). SATTÀ integra as convenções de prova no âmbito da segunda categoria de acordos (“*con efficacia sul processo*”), onde igualmente inclui os pactos de jurisdição e de competência, a par da convenção de arbitragem, dos pactos de *non petendum* e de *non exequendo*, bem como das cláusulas limitativas da invocação de exceções, “Accordo (diritto processuale civile)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. I, pp. 300 e 301.

³² Assim se retira da sua afirmação no sentido de que a natureza processual de um ato não depende de que este “avenga nel processo”, “Preclusione dell’offerta di riduzione del contratto ad equità”, *Rivista di Diritto Processuale*, Volume VIII, Parte II, 1953, p. 110.

³³ Compreende-se essa tendência: não só porque, nessa fase (anterior ao início da ação e, assim, ao extremar de posições), se torna mais provável o alcance de consenso entre as partes para esse efeito, como também porque, frequentemente, a convenção de prova é parte integrante do próprio contrato substantivo de que promana a relação jurídica material relativamente à qual se quer (mediante convenção de prova) gerir o risco associado a hipotético conflito processual futuro que a tenha por objeto. Sobre o problema geral da gestão do risco em direito, vide VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Éditions d’Organisation, 2006.

qualquer momento)³⁴, procedendo, posteriormente, as partes, à junção e invocação processual da convenção no processo.

Quando anterior ao início da instância, a celebração da convenção de prova pode anteceder ou suceder o surgimento do litígio. Nada obsta, porém, a que a convenção seja celebrada mediante termo no processo ou durante audiência de cuja ata o pacto seja feito constar.³⁵

A convenção terá, nesta última hipótese, natureza *processual* (enquanto equivalente de intraprocessual), assumindo, na primeira hipótese, carácter *extraprocessual*.

³⁴ DICKHOFF, em posição que acompanhamos, admite a possibilidade de a celebração da convenção de prova ter lugar na pendência da ação, em momento anterior a esta e, nesta última hipótese, mesmo antes de se poder sequer vislumbrar („noch nicht schwebt“) o efetivo surgimento do conflito. Observa, por outro lado, que, quando a celebração da convenção de prova coincida com o período de pendência da acção, o “tempo de nascimento” se deve situar entre o início da acção e o fim dos debates orais, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 15. Cremos, porém, quanto a este último aspeto, que, se tal critério se afigura plausível quando estejam em causa convenções relativas ao ónus da prova – na medida em que o momento em que estas relevam, de modo decisivo (embora não exclusivo) é o momento da decisão da matéria de facto controvertida, em que o tribunal pode usar esse bordão decisório como forma de superar situação de dúvida insanável em que se encontre –, não deverá já constituir critério válido de balizamento do período útil de celebração do pacto quando estejam em causa convenções relativas aos meios de prova ou ao regime de produção desta, em virtude de o seu relevo respeitar, de modo decisivo, a momento anterior ao fim do debate oral.

³⁵ JÄCKEL observa que, tomando por critério uma noção estrita de ato processual (em que se considerem atos processuais tão só os celebrados no processo), a convenção de prova não se enquadraria, as mais das vezes em tal conceito, dado que, no figurino prático que mais frequentemente assume, a sua celebração ocorre fora do processo, independentemente do facto de a ação já se encontrar pendente ou não. Como acima deixámos referido, raramente, na verdade, as declarações são prestadas ante o tribunal, não estando, por regra, este terceiro sujeito da relação processual envolvido no momento do surgimento do negócio (representando, por isso, este negócio, por princípio, um ato extraprocessual). Essa circunstância (relativa ao contexto – não processual) de nascimento do negócio jurídico, não retira, porém, a singularidade dos efeitos (processuais) que dele decorrem (dado o seu objeto), de onde extrai o autor a consequência de que a qualificação do acordo (como processual ou não) não pode estar dependente do facto de ter sido celebrado antes do processo ou na sua pendência, mas fora dele. Entende, embora, que tal contexto de nascimento pode ter reflexo ao nível do regime jurídico aplicável, *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg, Köln, 2007, pp. 11 a 13.

Em síntese, o problema formulado centralmente merece, sob este ângulo de tratamento, a seguinte resposta: a convenção de prova *pode*, consoante o contexto situacional da sua celebração, ter natureza *processual* ou natureza *extraprocessual*.³⁶

b)- ângulo objetivo

O *segundo* desdobramento do (acima identificado) problema nuclear situa a questão no plano do *objeto* da convenção de prova.³⁷

O problema subjacente prende-se com o objeto sobre que a convenção incide, pelo que a pergunta sumária é: versa sobre o quê?

A resposta será de sentido positivo (convenção *processual*) caso o objeto negocial tenha natureza processual. Assumirá sentido negativo quando assim não seja.

Tendo as convenções de prova por escopo a criação, pelas partes, de regime processual próprio, em sede de prova, está-lhes associada a derrogação de regras legais relativas à prova ou a criação de regras sobre a prova.³⁸

³⁶ Nesta última hipótese (natureza extraprocessual), pode ter ou não carácter pré-processual. Para uma análise dos negócios jurídicos processuais (independentemente da sede da sua celebração – judicial ou extrajudicial), no âmbito do regime jurídico processual civil brasileiro posterior ao Código de Processo Civil de 2015 (em particular à luz dos seus artigos 190 e 191), PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, *Negócios Jurídicos Processuais*, 4.ª edição, Editora Juspodivm, 2020.

³⁷ É neste sentido que DICKHOFF qualifica as convenções de prova como convenções de índole processual, observando que estas produzem efeitos exclusiva e diretamente no processo. A adoção deste critério pelo autor resulta, de modo expresso, da posição que assume quando, pronunciando-se sobre a classificação sistemática desta modalidade de pactos, refere que, sob o ponto de vista *do conteúdo*, beneficiam do referido carácter (processual), em consequência se encontrando subordinados, no que concerne à “sua admissibilidade, formação e conformação do Tatbestand”, aos princípios do processo civil. Não obstante estabelecer esta conexão com o regime processual, DICKHOFF ressalva que tal associação se verifica quanto a todos os “pontos essenciais”, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 67. As exceções que o autor assinala a esta regra não colidem, porém, com a manutenção da qualificação que adota relativamente às convenções em análise (pactos de índole *exclusivamente* processual).

³⁸ Pode também suceder que as partes criem novas normas relativas à prova, em substituição das regras legais por si derogadas (assim desenvolvendo atividade simultaneamente extintiva e criadora de regras relativas à prova).

A resposta à questão formulada, sob este ângulo de análise, implica, assim, a resolução da questão prévia relativa à qualificação das normas relativas à prova, enquanto matéria enquadrável no domínio da juridicidade processual. Pressupõe, em suma, que se cure da classificação de tal normatividade.

O problema central (natureza processual ou não das convenções de prova) é, quando assim considerado, enunciado nos seguintes termos: as convenções de prova representam pactos de natureza jurídica *processual* ou de natureza jurídica *material*?

Assim formulada a questão, torna-se inevitável ponderar se para o presente efeito deve ser considerada, como critério classificativo, a clássica distinção entre direito probatório material e direito probatório formal.

A tomar-se essa diferenciação por parâmetro e constando o regime jurídico da prova quer de diplomas de cariz substantivo³⁹, quer de diplomas de carácter processual,⁴⁰ dir-se-ia (considerando esse critério de pura localização sistemática), estar em causa objeto negocial material quando a convenção respeitasse a normas constantes do primeiro tipo de diplomas. Ao invés, tratar-se-ia de objeto processual quando a convenção derogasse regras previstas no segundo tipo de legislação. Estaria também em causa objeto substantivo ou processual quando do pacto convencional resultasse, respetivamente, regime jurídico que, conquanto não legalmente previsto, devesse (ante o padrão normativo existente) constar (caso se encontrasse regulado normativamente) do primeiro ou do segundo tipo de complexos normativos.

A convenção representaria negócio processual na segunda hipótese, assumindo a natureza de pacto material na primeira.

Não partilhando do ceticismo de DENTI e de CAPPELLETTI relativamente à frutuosidade da distinção entre direito probatório material e direito probatório formal, nem do criticismo de LESSONA quanto à repartição sistemática do tratamento normativo da matéria da prova⁴¹, reconhecemos o sentido, a utilidade e o enraizamento prático dessa distinção.

³⁹ No âmbito civil, o paradigma deste tipo de sede corresponderá ao Código Civil.

⁴⁰ Máxime (na área relativa às considerações que ora tecemos) o Código de Processo Civil.

⁴¹ LESSONA revela-se crítico relativamente à distribuição da matéria da prova, entre diplomas de índole substantiva e de índole processual, *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, p. 8, nota 3.

A essa arrumação sistemática (entre o Código Civil e o Código de Processo Civil) presidiram razões válidas.

Quando analisado o tipo de normas incluído num e noutra diplomas, observa-se que se reservaram, tendencialmente, para a legislação *processual*, as normas relativas ao procedimento de prova em contexto *jurisdicional* e, assim, normas com relevo eminentemente processual.⁴² Aí se incluem, de modo especial, normas respeitantes à dimensão procedimental da atividade relativa à prova no quadro do esclarecimento, em juízo, da controvérsia existente sobre as versões factuais aí relevantes.⁴³

Situam-se no Código Civil as normas, relativas ao direito da prova, dotadas de potencialidade aplicativa geral (isto é, com relevo aplicativo no âmbito processual e não processual). Assumiu-se, assim, este espaço normativo de regulação como o adequadamente dotado de natureza “geral” para localização das normas relativas à prova suscetíveis de, na ausência de previsão especial em sentido diverso, se-

⁴² Usamos o advérbio (“tendencialmente”) porque, apesar dessa regra, há normas de idêntica natureza previstas numa e noutra sedes. Assim sucede, por exemplo, com as normas explicitadoras do princípio geral da livre apreciação da prova, previstas de modo *global*, quanto a todos os meios de prova a que se aplique, no art. 607.º, n.ºs 4 e 5 do Código de Processo Civil e, de modo *individualizado*, quanto a *cada um* dos meios de prova, nos arts. 358.º, n.º 4, 371.º, n.º2, 376.º, n.º 3, 289.º, 391.º e 396.º do Código Civil.

⁴³ Segundo MANUEL DE ANDRADE, o direito probatório formal “regula o modo da produção das provas (meios de prova) em juízo - os actos processuais tendentes à sua utilização (procedimentos probatórios)”, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1976, pp. 192 e 193. ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO e NORA integram no domínio do direito probatório formal as “normas reguladoras do modo como as provas devem ser requeridas, produzidas e recolhidas ou assumidas em juízo”, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, revista e atualizada, Coimbra Editora, 1985, p. 444. TEIXEIRA DE SOUSA refere o direito probatório formal à “apresentação, admissão e produção de prova em juízo”, ou seja, “ao procedimento probatório” (que “regula a utilização em processo dos meios de prova admissíveis para a demonstração da realidade dos factos”), *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 199. REMÉDIO MARQUES associa ao direito probatório formal “o conjunto das normas que regulam a utilização dos meios de prova em juízo, determinando o modo de requerer as provas (v. g. quem pode requerer a sua produção), o modo de as produzir (por ex., por videoconferência) e de as assumir ou valorar”, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei N.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 389. FERREIRA DE ALMEIDA, “O direito probatório formal regula o modo de produção das provas em juízo, determinando quais os a tos a praticar para a utilização dos diversos meios de prova”, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 2.ª edição, Almedina, 2017, pp. 67 e 68

rem aplicadas noutros domínios (não estritamente processuais) em que a prova assuma importância.⁴⁴

Neste sentido, CASTRO MENDES salienta, na esteira de CARNELUTTI, que a prova é “*uma figura da teoria geral do direito*, como o acto jurídico, como o direito subjectivo”.⁴⁵

Assim sucede com as normas definidoras dos traços identificadores de cada meio de prova, bem como com as normas relativas ao valor probatório da informação proporcionada por cada um destes fundamentos decisórios. Também neste quadro normativo geral se incluíram as regras relativas à distribuição do ónus da prova.⁴⁶

⁴⁴ ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO e NORA referem como uma das razões para inclusão no Código Civil de normas relativas à prova o facto de se ter reconhecido que, para além de ser meio de formação da convicção do juiz, a prova se destina “a formar também a convicção de outras autoridades ou entidades, visto os direitos serem susceptíveis de exercício extrajudicial”. Acrescentam que as provas visam, igualmente, “independentemente da propositura de qualquer acção em juízo, garantir aos interessados a certeza dos seus direitos e facilitar a negociação destes no comércio jurídico”. Como segunda razão, mencionam que “na própria produção de certos meios de prova em juízo há aspectos de tal modo ligados à substância do acto (como a capacidade, a legitimação e a falta de vontade do confitente, na prova por confissão), que a sua disciplina não pode deixar de estar intrinsecamente ligada ao direito material, que é o direito substantivo (o direito civil)”, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, revista e atualizada, Coimbra Editora, 1985, p. 444.

⁴⁵ *Do conceito da prova em processo civil*, Ática, Lisboa, 1961, p. 736.

⁴⁶ Para uma análise dos trabalhos preparatórios que antecederam o regime de direito probatório material constante do Código Civil português (aprovado pelo D.L. n.º 47344/66, de 25/11 e, entretanto, objeto de diversas alterações), ADRIANO VAZ SERRA, “Provas: Direito Probatório Material”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 110 (novembro 1961, pp. 61 a 256), 111 (dezembro 1961, pp. 5 a 194) e 112 (janeiro 1962, pp. 33 a 293). Segundo MANUEL DE ANDRADE, o direito probatório material regula “o ónus da prova, a admissibilidade dos meios probatórios e a sua força ou valor”, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1976, Coimbra Editora, p. 192. ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO e NORA integram no domínio do direito probatório material “três áreas muito importantes da disciplina legislativa das provas: a) o ónus da prova; b) a admissibilidade dos meios de prova; c) a força probatória de cada um deles”, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, revista e atualizada, Coimbra Editora, 1985, p. 445. TEIXEIRA DE SOUSA inclui no âmbito do direito probatório material as normas que respeitam “à delimitação do objecto da prova, à repartição do ónus da prova, à admissibilidade dos meios de prova e aos critérios de avaliação ou apreciação da prova”, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 197. REMÉDIO MARQUES identifica como incluídas no âmbito do direito probatório material as normas que, “atendendo à substância do ato de produção da prova (v. g., a capacidade, a legitimação, a falta de vontade da parte que con-

A circunstância, porém, de a distinção se afigurar útil e provida de sentido quando a destrição tem na sua base os fins acabados de referir, não significa que deva reconduzir-se a parâmetro orientador quando o fim seja um outro: apurar a real natureza substantiva (material) ou processual (adjetiva) das normas em causa.

Parece-nos merecer ponderação, quanto a este aspeto, a posição de LASERRA, quando desconsidera o tipo predominante de normatividade de um dado diploma, enquanto critério para classificação de todas as normas nele integradas.⁴⁷

fessa factos), regulam os ónus da prova, a inversão do ónus da prova, a admissibilidade dos meios de prova e a força probatória de cada um deles”, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei N.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2011, p. 389. FERREIRA DE ALMEIDA, “O direito probatório material trata e regula: o ónus da prova e suas regras distributivas, a admissibilidade e força probatória dos diversos meios de prova (v. g., documental, pericial, por confissão, por inspeção ou por presunção)”, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 2.ª edição, Almedina, 2017, p. 67.

⁴⁷ Desvalorizando a circunstância de a regulação da matéria da prova constar também do *Codice Civile*, refere que o Livro (VI) em que tal regime se encontra previsto assume todo ele cariz processual, *La prova civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1957, pp. 32 e 33. Diverso entendimento (no que diz respeito à natureza das regras relativas à prova) parece adotar GENIN-MERIC quando, observando que as normas pertencentes “à categoria das leis de processo são de ordem pública na medida em que respeitando a organização do processo não podem ser modificadas convencionalmente pelas partes” e que, diferentemente, “as ligadas ao direito material são dominadas pelo princípio de liberdade contratual”, salvo em matéria de direitos indisponíveis, refere como admissíveis e vinculativas para o juiz e para as partes, as cláusulas relativas à admissibilidade da prova, ao valor probatório e ao ónus da prova, em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, pp. 139 e 140. LEBRE DE FREITAS estabelece, a propósito da localização sistemática das regras relativas à prova, distinção entre o critério adotado nos sistemas jurídicos de tradição francesa e os sistemas jurídicos de inspiração germânica, atento o facto de os primeiros tenderem para a repartição da matéria de prova entre o Código Civil e o Código de Processo Civil (reservando para este as regras relativas à prova, enquanto atividade desenvolvida em tribunal), enquanto os segundos propenderam para a concentração do regime da prova no Código de Processo Civil (situando no Código Civil tão só as normas relativas à distribuição do ónus de prova e às presunções legais). Ressalva, porém, no âmbito do primeiro grupo de ordenamentos jurídicos, o espanhol, onde, atualmente, a maioria das normas de prova se concentra na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, com exceção das relativas ao valor probatório dos atos autênticos e dos documentos particulares. O autor dá também conta das fortes reservas, manifestadas por largo espectro da doutrina italiana, relativamente à adequação da divisão das matérias a que, nesse ordenamento jurídico, há lugar, bem como de críticas (de idêntico sentido) que se fazem ouvir por parte de alguns setores da doutrina de outros países (dada a ausência de critério claro no que diz respeito à diferente

O mesmo é dizer que, não se afigurando poder concluir que o facto de as normas relativas à prova se encontrarem repartidas entre o Código Civil e o Código de Processo Civil se deve à circunstância de as primeiras assumirem natureza substantiva e as segundas natureza adjetiva, não será de adotar esse critério “geográfico” como padrão para classificação de tais normas e das convenções a essas relativas como processuais ou materiais.

Parece-nos mais adequado recorrer, para esse efeito, ao critério geral de distinção entre direito substantivo (ou material) e direito processual (ou adjetivo).

Sob este ponto de vista, serão materiais as normas que diretamente regulam as relações entre os sujeitos jurídicos. Assumirão natureza processual as normas com carácter instrumental, ou seja, aquelas que têm por função permitir a realização do direito substantivo.

Serão, assim, materiais as normas que o decisor convoque para proferir decisão quanto à questão material da ação, isto é, quanto ao mérito da causa. Serão processuais as normas que regulam o que, instrumentalmente, se afigura necessário para que a decisão quanto ao mérito possa ser proferida em termos conformes com o legalmente estabelecido.

Esse o sentido que preside à qualificação, por LIEBMAN, das normas da prova como regras de índole processual.⁴⁸

A normatividade relativa à prova carece, assim, de índole *substantiva* em virtude de (em sintonia com o critério que ALLORIO enuncia para efeitos de distinção entre direito substantivo e direito processual) não oferecer solução para a questão da titularidade ou não do direito, cuja invocação e apreciação respeita ao mérito da ação.⁴⁹

localização sistemática das matérias e as dificuldades de coordenação e contradições de regime a que aquela conduz), em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, pp. 2 e 3.

⁴⁸ LIEBMAN diverge da opção, realizada pelo legislador, no sentido da separação das regras da prova em dois grupos, localizados em corpos normativos distintos (*Codice Civile* e *Codice di Procedura Civile*), entendendo que aquelas normas representam uma “*unità organica*”, dotada de natureza processual (em virtude de se limitarem a disciplinar o modo e a forma da *evidenza* dos factos jurídicos no processo, ou seja, os elementos e a atividade que permitem que o juiz proceda ao seu *accertamento*), *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1992, pp. 73 a 76.

⁴⁹ ALLORIO sintetiza o seu pensamento referindo serem normas de direito substantivo as que se referem “às situações jurídicas que são idóneas a formar objeto autónomo de “*processo auto-*

Estão, na verdade, em causa normas que não permitem ao decisor responder, de modo direto, ao problema de saber se a pretensão formulada pelo autor (ou pelo réu reconvinente) em sede de pedido que integra o objeto da ação (ou da reconvenção) merece procedência.

Porém, no universo das normas incluídas no instituto da prova nem todas se encontram à mesma distância da substância (do mérito).⁵⁰ Embora não respondendo à questão relativa ao mérito da causa, as normas reguladoras do ónus da prova permitem, em situação o de dúvida insanável, responder diretamente à dúvida sobre a verificação ou não de um determinado facto (ou, mais exatamente, de uma determinada versão de facto). Contribuem, assim, de forma imediata, para a definição, no processo, de um tipo de matéria (“*matéria prima*” factual) que o tribunal convocará em sede de construção da decisão sobre o mérito.

Esta a especialidade que, cremos, conduz WAGNER a, de forma híbrida e aparentemente enigmática, classificar as regras relativas ao ónus da prova como normas que pertencem ao direito material (*materiellen Recht*) mas contêm regulação de índole exclusivamente processual (*ausschließlich*

nomo di accertamento”, “ditando” a disciplina destas situações (“constituindo-as, modificando-as ou extinguindo-as”). Entende por normas de direito processual as que regulam, “num dos modos indicados, situações relevantes no curso do processo (declarativo ou executivo) mas que são diversas das normas primeiramente consideradas, das normas que regulam as situações jurídicas idóneas a ser tema de um processo declarativo autónomo e do subsequente julgamento”. Precisa, adiante, o seu raciocínio, quando explicita existirem normas decisórias não substantivas. Inclui, entre estas, as normas atributivas de valor legalmente tabelado à prova, bem como as que, de modo imediato, ditam a decisão a proferir quanto ao mérito em função de uma ação ou omissão processuais [assim, por exemplo, quando normativamente se preveja a produção de efeito cominatório pleno (condenação no pedido) como consequência da revelia operante], *Per una teoria dell’oggetto dell’accertamento giudiziale*, Jus, 1955, pp. 192, 202 e ss..

⁵⁰ MANUEL DE ANDRADE observa que o direito probatório material está “mais próximo da relação jurídica material, tendo por vezes influência decisiva sobre a sorte dela”, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1976, p. 192. TEIXEIRA DE SOUSA sublinha que, de acordo com “a tradição herdada da pandectística oitocentista e que se fundamenta na importância dos aspectos regulados pelo direito probatório material para a decisão sobre o mérito da acção, esse direito probatório encontra-se regulado quase exclusivamente na legislação civil (art.ºs 341.º a 396.º CC), embora a ele se refiram também alguns preceitos da legislação processual civil (...)”, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 197.

prozessbezogene Regelung).⁵¹ Será também esse o ponto de vista sob o qual SCHÜLLER, louvando-se em OERTMANN, associa tais normas ao „direito material do processo“.

O distanciamento das normas da prova relativamente ao mérito é maior no que diz respeito às normas previsoras dos vários meios de prova, bem como às normas reguladoras do seu modo de produção e do parâmetro (livre apreciação crítica) que deve nortear o juiz em sede de apreciação da prova. Estão em causa normas que regulam o *procedere* a que deve obedecer a atividade de decisão da matéria de facto no processo, não ditando de modo direto o conteúdo dessa decisão.

Em qualquer uma das hipóteses, não estando em causa regras com carácter substantivo, as convenções relativas à prova não serão, sob este ângulo de análise (objetivo), convenções substantivas; antes convenções com carácter processual.

É também sob este ângulo de análise que KOHLER usa o qualificativo processual quando convoca, inovadoramente, a noção de *prozessrechtliche Verträge* (negócios jurídicos processuais)⁵² e que JÄCKEL faz uso do mesmo predicativo (processual) quando classifica as convenções de prova.⁵³

⁵¹ A natureza processual manifesta-se, segundo o autor, no facto de estarem em causa normas em que o juiz se apoia para, em caso de dúvida insanável („in der Situation mangelnder Liquidität“), processualmente assumir a existência ou não existência do elemento factual controvertido, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 653 e 654.

⁵² “Ueber processrechtliche Verträge und Creationen”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 – X, pp. 127 e ss. Nesta categoria (negócios jurídicos processuais) o autor inclui, designadamente, além das convenções de prova (pp. 156 e ss.), os pactos de competência e os pactos de exclusão da aplicação de procedimentos especiais. No âmbito dos negócios processuais validamente celebráveis o autor distingue duas subcategorias: por um lado, aqueles de que decorre a direta transformação da situação processual; de outro lado, os que conferem suporte jurídico a pedido indemnizatório a formular em ação autónoma. Em particular sobre os efeitos civis indiretos dos negócios processuais, *vd.* pp. 184 e ss.

⁵³ JÄCKEL qualifica as convenções de prova como negócios processuais pelo facto de nelas se determinar, de forma direta (em primeira linha) e vinculativa, a conformação processual. Sob o ponto de vista que adota, é irrelevante o facto de serem celebradas antes ou depois de proposta a ação, bem como a circunstância de se destinarem a produzir efeitos num processo concreto ou num número indefinido de processos. O mero facto de os efeitos do negócio se produzirem no processo não releva, portanto, sob esta perspectiva, para tal qualificação. É por essa razão que, sob o ponto de vista do autor, a transação judi-

cialmente homologada (§794, Abs. 1, 1 ZPO) não é um negócio processual, *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg, Köln, 2007, p. 5.

c)- ângulo prospetivo

O terceiro desdobramento do problema central situa a questão ao nível dos efeitos e, em particular, no que concerne ao plano em que estes (efeitos) se produzem. A pergunta sumária subjacente é: para onde?⁵⁴

A reflexão sobre a natureza processual ou não das convenções de prova equivale, neste plano, à indagação acerca da natureza, processual ou não, do contexto em que se produzem os efeitos que delas promanam.⁵⁵

Em causa está, assim, a natureza processual ou não da sede em que tais efeitos se produzem.

À semelhança do que vimos acontecer no âmbito da primeira pergunta (correspondente ao primeiro ângulo de análise considerado), também aqui a referência tem natureza contextual. O contexto, ora relevante, relaciona-se, porém, com o enquadramento de *produção dos efeitos* da convenção, que não (como então) com o contexto da *celebração* desta.⁵⁶

Tendo a prova por escopo o esclarecimento de matéria factual controvertida e podendo a necessidade desse apuramento ter lugar em contexto *juris-*

⁵⁴ No que diz respeito aos vários critérios de qualificação de um negócio jurídico como processual ou não, EICKMANN alude ao critério que atende a este plano (da produção dos efeitos) e ao critério do objeto negocial, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 14.

⁵⁵ Para visão em que expressamente se relaciona, para efeitos de delimitação da noção de ato processual, a processualidade do ato com a processualidade dos efeitos deste, *vd.* DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuale*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 66.

⁵⁶ PEZZANI entende que o facto de as convenções de prova produzirem efeitos só se e quando a ação for exercida e “quando o processo surja”, não se revela suficiente para atribuir natureza processual aos pactos de prova, mas tão só para lhes atribuir eficácia processual, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 81. Não toma, portanto, o critério que ora se considera como filtro relevante para consideração do pacto de prova como negócio processual ou não.

dicional⁵⁷ ou em contexto *não jurisdicional*⁵⁸, a prova poderá assumir relevo em qualquer um desses enquadramentos.

Parece ser este o ângulo de análise adotado, a outro propósito, por MANDRIOLI quando atribui caráter processual às *normas* da prova, com base na circunstância de nenhum desse tipo de regras se revelar insuscetível de relevar no processo.⁵⁹

Correspondendo o conteúdo das convenções de prova a regras jurídicas (de fonte privada) relativas à prova e podendo as convenções de prova relevar em contexto processual ou não, uma concreta convenção de prova será, sob este ângulo, qualificável como convenção processual ou não consoante a sede que as partes tenham delimitado enquanto espaço próprio para produção dos seus efeitos.

A determinação do contexto concreto de aplicação de cada convenção de prova poderá, contudo, não ser textualmente explícito, hipótese em que importará interpretar a vontade das partes no que a esse particular aspeto diz respeito. Desta hermenêutica poderá, por exemplo, resultar conclusão: *no* sentido de que a convenção se destina a ser aplicada caso venha a ser proposta ação judicial; *no* sentido de que produzirá efeitos também em contexto procedimental não processual; *no* sentido de que relevará apenas nas relações não procedimentalmente formais entre as partes, bem como *no* de que será convocável em qualquer contexto de controvérsia relativamente à factualidade relevante no âmbito de uma dada relação jurídica.

A convenção de prova terá vocação aplicativa *processual* na primeira hipótese, *extraprocessual* nas segunda e terceira hipóteses e *ampla vocação aplicativa* (*processual e extraprocessual*, revelando-se, assim, passível de relevar em qualquer contexto) na quarta hipótese.

O problema central merece, assim, sob este *ângulo de tratamento*, a seguinte resposta: a convenção

de prova pode ter vocação *processual*⁶⁰, natureza *extraprocessual* ou *ambas*.

§4. Nota conclusiva

Na sequência do exposto, cumpre notar que não se nos afigura que a convenção de prova assuma natureza híbrida.⁶¹

Também a não perspetivamos como negócio de direito substantivo com efeitos processuais.⁶²

⁶⁰ Distinguindo, adentro dos atos processuais, entre os *Bewirkungshandlungen* e os *Erwirkungshandlungen*, DICKHOFF enquadra as convenções de prova no âmbito da primeira categoria, em virtude de, contrariamente ao que sucede com os atos inseríveis no âmbito da segunda (onde inclui, designadamente, os atos de produção de alegações e de produção de prova), não terem aquelas, em regra, por escopo, a influência psíquica do juiz no sentido da obtenção de uma decisão com um certo conteúdo. Na verdade, alterando as partes, por via convencional, as regras relativas à prova, não consubstanciam, os pactos de prova, a adução de argumentos tendentes a fundamentar a procedência ou improcedência de pedido formulado. Esta última circunstância não colide com o facto de a eficácia processual da convenção depender do controlo de validade que ao juiz cabe efetuar de tal negócio, nem com a circunstância de, em respeito pelas regras convencionalmente estabelecidas, o juiz vir a proferir decisão cujo teor seja diverso daquele que a mesma assumiria caso a convenção não houvesse sido celebrada. DICKHOFF nota, por outro lado, que, embora quando celebram convenções de prova as partes possam ter por escopo último aquele que é próprio dos *Erwirkungshandlungen*, esta circunstância não altera a inclusão das convenções de prova no domínio dos *Bewirkungshandlungen*. Para maior desenvolvimento quanto à posição do autor, vide *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, sobretudo pps. 67 a 70.

⁶¹ EICKMANN sustenta que os negócios processuais são “negócios jurídico-materiais sobre relações processuais”, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 28. Se bem interpretamos a posição do autor, a referência feita à natureza material do negócio jurídico suporta-se na sede (diploma relativo a relações jurídicas materiais) em que se encontra regulada a via de expressão da vontade a que as partes recorrem (negócio jurídico), que não no tipo de relações jurídicas nele pelas mesmas partes reguladas. Afigura-se-nos, porém, que o negócio jurídico constitui meio ou instrumento de expressão jurídica da vontade, suscetível de ser convocado (na medida do legalmente permitido) para efeitos de conformação concreta de relações jurídicas materiais ou processuais, conquanto regulado, a título geral, no Código Civil. O tipo de diploma em que o regime geral dessa via (negócio jurídico) se encontra previsto não constituirá, neste sentido, critério válido para classificação da convenção.

⁶² PEZZANI pronuncia-se no sentido de que as convenções de prova são “contratos de direito substantivo com efeitos processuais”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Mi-

⁵⁷ Arbitral ou não.

⁵⁸ Integra-se, exemplificativamente, no âmbito desta hipótese, a convenção, celebrada entre partes, no sentido de que, em contexto de resolução do litígio pelas partes (sem a intervenção de terceiro), o pagamento voluntário, pelo lesante, dos danos sofridos pelo lesado (em consequência de conduta do primeiro), pressuporá que a verificação de tais danos seja demonstrada, pela parte lesada, mediante exclusivo recurso a certo meio de prova (por exemplo, perícia médica) que ateste a verificação do dano.

⁵⁹ *Diritto processuale civile*, Vol. II, Decima Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, pp. 139 e ss.

Também não cremos que deva unívoca e abstratamente ser qualificada como negócio processual, nem, nos mesmos termos (unívoca e abstratamente), ser privada dessa qualificação.

Cremos que a qualificação deste negócio jurídico deve ser realizada em concreto (ante cada convenção de prova celebrada), que não em abstrato (ante o tipo negocial).

Por outro lado, parece-nos adequado que essa classificação obedeça a critério tripartido, sendo cada convenção de prova classificada considerando, em simultâneo, o contexto situacional da sua celebração (dentro ou fora do processo), o seu objeto (a natureza da matéria que regula) e o contexto (intra ou extraprocessual) em que os seus efeitos se produzem.

Porque assim, pode, a título de exemplo, uma concreta convenção de prova ser qualificada: sob o ângulo *situacional*, como negócio *extraprocessual* (porque celebrada fora do processo); sob o ângulo *objetivo*, como negócio *processual* (em virtude de ter por objeto matéria com caráter adjetivo) e, sob o ângulo *prospetivo*, como negócio *processual* (porque destinada a regular o regime da prova num determinado processo judicial). Esta corresponde, na prática, à configuração mais frequente do negócio jurídico em análise.

Tanto não invalida, porém, que o mesmo negócio jurídico possa, em concreto, ser celebrado sob várias

lano, 2009, p. 81. Importa considerar o raciocínio que preside à classificação de PEZZANI. Ao invés de partir das características próprias da convenção de prova *qua tale*, a autora toma por critério de pensamento as consequências que, sob a sua ótica, decorreriam da classificação desse pacto como material ou processual (designadamente no que diz respeito ao regime de validade a observar). PEZZANI dá por assente que as normas de validade negocial previstas no *Codice Civile* se aplicam apenas aos negócios de direito substantivo. Partindo deste pressuposto e reconhecendo que as convenções de prova representam pactos de que decorrem efeitos processuais, conclui que a sua qualificação como negócios processuais conduziria à inaplicabilidade das regras de validade negocial previstas no *Codice Civile*. Entendendo ser inaceitável que tais normas se não apliquem às convenções de prova, sente necessidade de as integrar no âmbito dos negócios substantivos, a fim de garantir essa aplicação. Classifica, por isso, as convenções de prova como *contratos de direito substantivo com efeitos processuais*. Embora partilhemos da ideia de que o regime de validade dos negócios processuais não se deve situar em compartimento estanque relativamente às regras de validade negocial constantes do Código Civil, não partimos do princípio de que estas regras se apliquem, com caráter exclusivo, a negócios com natureza substantiva. Razão por que se nos afigura possível essa aplicação sem que às convenções de prova se atribua caráter substantivo.

outras conjugações classificativas. Se, por exemplo, uma determinada convenção de prova for celebrada extrajudicialmente, sendo intuito expresso das partes que o regime dela constante produza efeitos não só num determinado processo, como nas relações internas e extrajudiciais entre as partes, tratar-se-á de um negócio *extraprocessual*, sob o ângulo *situacional* (porque celebrada fora do processo); *processual*, sob o ângulo *objetivo* (porque tem por objeto normas com caráter adjetivo) e com natureza *mista* sob o ângulo *prospetivo* (porque destinada a produzir efeitos, em simultâneo, no âmbito de um concreto processo e fora dele).

Num plano classificativo puramente abstrato (ou seja, considerando o tipo negocial e não cada negócio celebrado), apenas se pode dizer estar em causa um negócio *processual* sob o ponto de vista *objetivo*, atenta a natureza adjetiva (prova) da matéria (objeto) que nele se regula.

O concreto ângulo de análise a convocar para responder a questões suscitadas pelas convenções de prova dependerá do tipo de problema a resolver. A título de exemplo, se a questão respeitar ao concreto modo de produção de meio de prova previsto na convenção, assumirá relevo central o ângulo de análise *prospetivo* (de modo a apurar o contexto, judicial ou não, em que a prova será produzida). A convocação do ângulo *situacional* (o contexto, judicial ou não, em que a convenção foi celebrada) assumirá importância em sede de sistematização da reflexão sobre o conjunto de critérios (gerais e específicos) de validade de cada convenção de prova. Já a determinação da lei aplicável implicará (em primeira análise) que o teor da matéria convencional seja classificado à luz do critério *objetivo*.

Afigura-se, assim, estarem em causa níveis de ponderação (situacional, objetivo e prospetivo) não rivais entre si e cujo relevo supera o da pura categorização teórica.

REGRAS SEGUNDO WITTGENSTEIN E REGRAS JURÍDICAS

(2.^a PARTE)

JOÃO MARQUES MARTINS

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa

Advogado

1. Nota prévia

Na primeira parte deste estudo, identifiquei em *Philosophische Untersuchungen* quatro âmbitos relevantes sobre o problema das regras, a saber: gênese, incompletude do sistema, aferição do cumprimento e relação entre intenção normativa e observância. Dadas por conhecidas as considerações de Wittgenstein sobre estes temas, vejamos agora se, e de que modo, têm sido ou podem ser aproveitadas na ciência jurídica. Dos mencionados quatro âmbitos, foi o terceiro (aferição do cumprimento) que mais interesse tem suscitado aos juristas, justificando-se por isso que nele mais nos demoremos.

Cumprir definir precisamente o objetivo da análise, mormente quando estiverem em causa os resultados alcançados pelos vários AA. que pretenderam trazer a filosofia de Wittgenstein para o Direito: a pretensão não é apreciar o valor dessas teses, mas ajuizar sobre a efetiva e diferenciadora influência das ideias do filósofo austríaco nessas teses.

II

WITTGENSTEIN e as regras jurídicas

2. Gênese das regras

I – Na primeira parte deste estudo, cuidei de saber que fenómeno ou processo é, no entendimento de Wittgenstein, constitutivo das regras que disciplinam o uso das palavras. A conclusão foi a seguinte: em

muitos casos não ocorre uma associação ostensiva da palavra ao objeto; antes, participando no jogo de linguagem, os membros da comunidade de falantes produzem o rol de entidades que se devem designar por determinada palavra, permanecendo a lista indefinidamente aberta, construindo-se através do uso que da palavra se faz.¹ Este processo constitutivo não é, na perspetiva de Wittgenstein, intencional ou premeditadamente consensual; trata-se, simplesmente, de uma prática humana.²

Mais adiante, pretendendo abordar o problema da observância das regras, Wittgenstein reflete sobre as razões pelas quais seguimos um sinal indicando o caminho, concluindo que a pessoa se orienta pelo sinal na sequência de um adestramento, um uso estável, um costume.³

Pretendendo extrair destas ideias utilidade para a ciência jurídica, pode arriscar-se o seguinte paralelo: o processo constitutivo das regras de linguagem assemelha-se à gênese do direito costumeiro ou das regras decorrentes dos usos.

São elementos do costume o uso e a convicção de obrigatoriedade. Aquele primeiro identifica uma prática social reiterada. O segundo, a consciência mais ou menos precisa de que há uma obrigatoriedade naquela prática.⁴

¹ Logo: o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem (*Philosophische...*, §43).

² *Philosophische...* §§ 202 e 217.

³ *Philosophische...*, §198.

⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, p. 264-5. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. 563, coloca ainda como terceiro requisito a racionalidade, no sentido de coerência com o Direito no seu todo.

Objetar-se-á que Wittgenstein tinha em mente apenas a prática, não tendo chegado a equacionar a convicção de obrigatoriedade. Tenho reservas sobre este entendimento: o A. fala de regras e utiliza a metáfora do jogo, claramente apelando a uma prática que em determinado momento se infiltra no intelecto dos falantes como o conjunto dos comportamentos linguísticos necessários para obter eficazmente o efeito comunicacional pretendido. Talvez calhe melhor a figura do ónus, e não do dever. Seja como for, aquela objeção dificilmente procede: não só alguns AA. dispensam ao costume a convicção de obrigatoriedade, como ninguém põe em causa que os usos são fonte normativa, como claramente sucede no comércio ou no direito laboral.

Baker/Hacker defendem que Wittgenstein pretendeu apenas alicerçar a sua tese na noção de prática, de regularidade, de repetição de um comportamento, não se comprometendo com o requisito do contexto social ou da multiplicidade de agentes.⁵ Está obviamente além das fronteiras deste estudo o projeto de debater o exato sentido das ideias de Wittgenstein, para além do estritamente necessário aos propósitos que o animam. Ainda assim, parece claro que a referida prática reiterada pode ocasionar-se e, em bom rigor, sempre ocorre num contexto comunitário, no seio dos falantes de uma língua. Nada obstando, porém, na teoria e na prática, que essa comunidade seja constituída por apenas duas pessoas: é frequente os gémeos criarem uma linguagem própria, que internalizam na sua relação, dela se tornando componente. Portanto, admite-se perfeitamente que Wittgenstein não pôs necessidade no conjunto mais ou menos quantificado de indivíduos. A pedrade-toque, subscrevo as palavras de Baker/Hacker, é a prática reiterada, o comportamento repetido, uma forma de ação, e não de pensamento ou reflexão. É este ponto de coincidência que justifica a analogia com o costume e/ou usos enquanto fontes de regras jurídicas.

Objetar-se-á, finalmente, que Wittgenstein mencionou o uso estabilizado e o costume para se referir à observância da regra, e não à sua génese. O que é tendencialmente exato, mas não posso deixar de aclarar o seguinte: a singularidade do costume está precisamente na circunstância de que o processo constitutivo da regra e a sua observância não são, pelo menos inicialmente, separáveis; a prática é si-

multaneamente o húmus que nutre a génese da regra e o seu cumprimento.

II – O interesse das considerações de Wittgenstein está, evidentemente, em ter observado que as regras da linguagem têm natureza costumeira ou decorrem dos usos, e não na descoberta de que as práticas (sociais) reiteradas são fontes de normatividade. Este é um tema fundamental do Direito, sobre o qual sempre muito se pensou e escreveu, destacando-se entre tantos os nomes de Puchta, Savigny ou Bobbio.⁶ Tendo os juristas tratado cientificamente o direito consuetudinário e os usos, estão seguramente tão ou mais apetrechados de estudos e reflexões sobre a prática constitutiva de normatividade do que a filosofia da linguagem. Posto isto, quanto a este particular aspeto, talvez se justificasse melhor o interesse da filosofia pelo Direito do que o inverso.⁷

3. (In)completude do sistema de regras

I – A tese segundo a qual as regras do jogo de linguagem estão em permanente elaboração e revisão levou o interlocutor de WITTGENSTEIN a confrontá-lo com a seguinte perplexidade: “*Mas assim a utilização da palavra não está regulada; o jogo que com ela jogamos não está regulado*”.⁸ WITTGENSTEIN reconhece a exatidão desta observação, mas firma que este aspeto não prejudica a tese expandida, pois nenhum jogo se encontra totalmente regulado, sem que tal característica impeça os jogadores de praticá-lo; o mesmo sucede com a linguagem.⁹ Com este passo, o A. põe em evidência a incompletude do sistema de regras que integra a linguagem ou, porventura dizendo o mesmo de outro modo, a incompletude das regras que compõem o sistema.

II – Esta leitura das palavras de WITTGENSTEIN, em especial com a introdução do conceito de sistema, poderá considera-se extrapolativa, designadamen-

⁵ *Skepticism...*, p. 20-1.

⁶ Para uma resenha concisa sobre o costume e os usos, com o registo da evolução histórica e várias referências bibliográficas, v. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, pp. 558 e ss.

⁷ Noutros domínios é igualmente assim: o Direito tem colhido os ensinamentos da filosofia da causalidade; mas, no tocante às abstenções causais (*absence causation*), muito proveito perceberia a filosofia se atentasse no tratamento que a ciência jurídica dispensa às omissões.

⁸ *Philosophische...*, §68.

⁹ *Philosophische...*, §§68, 69 e 84.

te tendo presente a abordagem antitética preferida pelo A.. Todavia, para um jurista, a aproximação à natureza do sistema de Direito e ao problema das lacunas não deixa de se fazer sentir.

Uma ligação curiosa pode, de resto, ser identificada entre a segunda filosofia de WITTGENSTEIN e a noção de sistema de Direito. Aquela foi, como sabemos, marcada pela rotura com anteriores conceções da linguagem e pela infirmação da utilidade da modelação do fenómeno linguístico através de um sistema lógico-dedutivo. Ora, na ciência jurídica, à negação de um sistema lógico-dedutivo fechado seguiu-se a afirmação de um sistema axiológico-teleológico aberto, ou seja, incompleto, com capacidade de evolução e de modificação¹⁰. Por exemplo no âmbito do direito germânico, este percurso é muito patente, tendo tido porventura o seu ponto alto em CANARIS¹¹, MAS COMEÇADO ANTERIORMENTE COM ENGISCH, ESSER e CONIG.¹² Em WITTGENSTEIN, o ponto de chegada não é, evidentemente, o mesmo, atendendo à função das regras do jogo de linguagem. Todavia, a aceitação, para este domínio, de um sistema de regras aberto e em construção autoriza o paralelo. Assinala-se, porém, que a laboração reflexiva sobre um sistema de regras documentada na ciência jurídica, antes e depois de *Philosophische Untersuchungen*, é muito mais elaborada da que podemos encontrar nesta obra. Sem pejo se pode repetir que, também neste capítulo, talvez os filósofos da linguagem se devam considerar mais interessados no Direito do que o inverso.

III – Quanto ao problema das lacunas, intrinsecamente associado ao anterior, se não forem parcialmente o mesmo, concita duas indagações fundamentais: (i) Contém o sistema lacunas? (ii) Qual o método da sua integração?¹³ Sobre o primeiro, já se disse, tenho por certo que WITTGENSTEIN haja representado um sistema de regras do jogo de linguagem lacunoso ou, preferindo-se, haja concluído que as regras não resolviam todas os casos de aplicação das palavras. Trata-se de um paralelo curioso, mas nele se não vislumbram proveitos para a ciência jurídica. Quanto à segunda pergunta, não creio, igualmente, que as teses de WITTGENSTEIN acrescentem algum aspeto

pertinente ao debate vivo e superiormente complexo que corre na metodologia do Direito. Seja como for, trata-se de um tema pertencente a um conjunto vasto e heterogéneo de problemas pertencentes, nos sistemas de *Common de Law*, à *theory of adjudication* (teoria da decisão judicial), para a qual, segundo alguns AA., a filosofia de WITTGENSTEIN foi iluminante. Atentemos de seguida nesse aspeto.

4. Aferição do cumprimento das regras

4.1. Introdução

O tema da decisão judicial pode ser abordado sob vários prismas, dos quais destacaria os seguintes: filosófico, metodológico, processual e substantivo.

Alguns juristas oriundos dos sistemas de *Common Law* consideram que as ideias de WITTGENSTEIN plasmadas em *Philosophischen Untersuchungen* são um contributo importante para a discussão jurídica sobre a decisão judicial, sobretudo nas perspetivas filosófica e metodológica *supra* mencionadas.

De seguida, passarei em revista alguns exemplos destas correntes. Outros contributos poderiam ser, aqui, invocados e apreciados. Todavia, salvo erro, os visados são os mais relevantes.

4.2. Os casos simples e difíceis de H. L. HART

I – No §142 (desenvolvendo uma ideia já presente no §85) de *Philosophische Untersuchungen*, WITTGENSTEIN introduz a seguinte asserção: “O uso das palavras só nos está claramente prescrito nos casos normais; nós sabemos, não temos qualquer dúvida, sobre o que temos de dizer em cada caso. Quanto mais anormal for o caso, tanto mais duvidoso se torna saber o que é que então devemos dizer.”

H. L. HART foi, consabidamente, influenciado pelas investigações na área da filosofia da linguagem que precederam a sua obra mais divulgada, *The Concept of Law*, cuja primeira edição foi publicada em 1961. Um indício da influência do pensamento de WITTGENSTEIN sobre a metodologia jurídica proposta por HART encontra-se no capítulo VII da referida obra, sob a epígrafe “*Formalism and Rule-Scepticism*”.¹⁴ O A. declara que em todos os domínios da vida, bem assim

¹⁰ *Pensamento sistemático...*, p. 104.

¹¹ *Pensamento sistemático...*, pp. 28 e ss. e 103 e ss.

¹² LARENZ, *Metodologia...*, p. 230.

¹³ As várias linhas de debate podem ser encontradas em CASTA-NHEIRA NEVES, *Metodologia...*, pp. 206 e ss.

¹⁴ Há outras marcas da filosofia de WITTGENSTEIN na obra de HART, como documenta BARBERIS, *Seguire Norme...*, pp. 253-6. A recensada em texto parece-me, porém, a mais pertinente e expressiva.

na atividade regulatória ou prescritiva, confrontamos com as limitações inerentes à linguagem natural. Prossegue explicando que há, certamente, casos simples, recorrentes, contextualmente semelhantes, nos quais não temos dúvidas em subordinar a um conceito geral determinado objeto ou realidade. Há, porém, casos em que essa subordinação é duvidosa ou, pelo menos, discutível. Num exemplo: se certo preceito determina “Neste parque não podem entrar veículos”, sem hesitar assertaremos que a proibição abrange os automóveis, mas não evitaremos a dúvida se nos perguntarem “E um skate?”¹⁵

Neste passo, HART apresentava uma distinção relevante para sua teoria da interpretação jurídica: *clear cases*; *hard cases*. Nos primeiros, a aplicação dos termos utilizados beneficia de um acordo generalizado, por causa da recorrência e familiaridade dos casos. Nos últimos, é tal a discricionariedade concedida pela linguagem que a decisão de aplicar a regra ao caso consiste numa escolha. Esta escolha, note-se, não tem de ser irracional ou arbitrária. No caso da aplicação de regras jurídicas, a *escolha* será determinada por um conjunto complexo de fatores que integram o sistema jurídico e pela intenção da regra.¹⁶

HART sustenta que o preço a pagar pela regulação das condutas por meio de regras que integram conceitos gerais é uma inarredável incerteza residual.¹⁷ Este efeito decorre da *textura aberta* da linguagem natural; mas também de duas características humanas, que se tornam muito prevalentes no momento de regular, influenciando o conteúdo da regra: conhecimento limitado dos factos; indeterminabilidade parcial de propósito.¹⁸

II – A constatação de que o julgador se depara com casos simples e casos difíceis poderá soar, em leitura apressada, uma tautologia ou trivialidade. O Direito conhece outros momentos deste género: a originalidade de WELZEL não esteve em declarar que toda a ação é final, mas em extrair desta evidência a reconfiguração da teoria geral do crime. O mesmo, *mutatis mutandis*, se pode atribuir a HART: o seu contributo, neste particular, esteve em partir daquela distinção para aclarar os limites inerentes à intenção

¹⁵ *The Concept...*, p. 126.

¹⁶ *Idem*, p. 127.

¹⁷ Com isto se pressupõe que todos os conceitos gerais são indeterminados, variando apenas o grau de indeterminação. Ou seja: quer “veículo” quer “bons costumes” são conceitos indeterminados, divergindo apenas no grau.

¹⁸ *The Concept...*, p. 128.

e ao método regulatório utilizado pelos seres humanos reunidos em comunidade.

Não é seguramente o mérito desta reflexão que aqui nos importa, mas antes decidir se: (i) a tese de HART é autenticamente credora de uma perspectiva *wittgensteiniana* da regra jurídica; (ii) o filósofo austríaco contribui de algum modo para a solução dos designados casos difíceis.

Pergunta-se se a bipartição casuística de HART deve ser vista como o resultado da divisão proposta por WITTGENSTEIN. Não se pretende, note-se bem, debater se HART se considerou subjetivamente influenciado por WITTGENSTEIN, mas antes se há, objetivamente, no plano das ideias, uma ligação fundamental. HART absteve-se de tornar explícita a influência de WITTGENSTEIN, muito menos se tendo ocupado de descrever o modo como ela ocorreu. Alguma especulação se impõe, portanto. De pouco interesse seria a relação se se tratasse de uma mera analogia: tal como há casos normais e anormais na linguagem, também os há simples e difíceis no Direito. Uma alternativa mais profunda e efetivamente constitutiva seria a seguinte: a dificuldade de certos casos jurídicos é uma consequência dos casos linguísticos anormais.¹⁹ Neste caso, porém, o que temos é uma certa conceção da linguagem aclarando os fundamentos de problemas jusmetodológicos, e não a importação das reflexões normativas de WITTGENSTEIN para o Direito.²⁰

Quanto ao segundo aspeto, cabe começar por notar que os casos anormais referidos por WITTGENSTEIN nomeiam uma incerteza na subordinação conceptual-funcional: os falantes não estão seguros de que certa palavra deva ser utilizada com determinada função, naquele contexto. Inexiste, porém, terceiro, um juiz da linguagem, que decida num ou noutra sentido; é igualmente inviável que a comunidade de falantes se reúna em assembleia para decidir a questão, por uma regra de maioria. Só na aparência temos um problema. O significado possivelmente extravagante terá um de dois destinos: ou penetrará no uso geral da linguagem, sendo adotado e aceite pelos

¹⁹ Se não erro, assim o interpreta MARMOR, *No easy...*, p. 72: “Hart’s commitment to what follows from linguistic or conceptual analysis alone carries him only so far as to ground a conceptual distinction between easy and hard cases.”

²⁰ Facilmente se cogita um exemplo que ilustra a hipótese aventada em texto: quando perguntamos se ao conceito de “autor” previsto no artigo 1348.º/2 do Código Civil se subordina apenas o empreiteiro ou também o dono de obra, não é indefensável constatar que a nossa hesitação judicativa é causada por uma indeterminação conceptual.

falantes; ou não. O resultado dependerá de diversos fatores, não sendo de desconsiderar o mero sortilégio, mas dificilmente intervirão ponderações axiológicas. Estamos, por conseguinte, muito distantes de ponderações que justifiquem transposição ou sequer inspiração no âmbito da ciência jurídica.

4.3. CHARLES YABLON e o rule-following paradox

I – No §198 de *Philosophische Untersuchungen*, o interlocutor de WITTGENSTEIN pergunta: “Mas como é que uma regra me pode ensinar o que devo fazer neste ponto? Qualquer coisa que faça está de acordo com a regra segundo uma qualquer interpretação.”. WITTGENSTEIN contrapõe: “Não, isso não deve dizer-se assim. Antes assim: cada interpretação pende, juntamente com o interpretado, no ar; ela não lhe fornece qualquer suporte. As interpretações, só por si, não determinam o significado.” O interlocutor insiste: “Se é assim, tudo o que faça está de acordo com a regra?”.

No seu conhecido *Wittgenstein on Rules and Private Language* (1982), SAUL KRIPKE julgou encontrar nestas e noutras passagens de *Philosophische Untersuchungen* os fundamentos de um ceticismo radical sobre a determinabilidade do significado das palavras.

Seria um momento filosófico aparentado a um outro, anterior, protagonizado por DAVID HUME, no qual o filósofo escocês enunciou, porventura inadvertidamente, os fundamentos de um ceticismo epistemológico, quando pretendia compreender o processo intelectual através do qual obtemos a conclusão de que certo evento é causa de outro.²¹ HUME hipotizou que a conclusão se havia de fundar na razão ou na imaginação. Sendo a razão, então assenta na assunção principiológica de que os casos que experienciaríamos têm de ser semelhantes aos que experienciaríamos, porque o curso da natureza continua sempre uniformemente o mesmo. Todavia, a validade desta regra, sustentou HUME, não se pode demonstrar cognitiva nem probabilisticamente.²² Donde resultaria o ceticismo epistémico: é impossível adquirir conhecimento que possamos reputar seguro, racionalmente (*rectius*, logico-dedutivamente) fundado.

Algo semelhante extraiu KRIPKE das palavras de WITTGENSTEIN: é impossível determinar o significado

de uma palavra, pois inexistente referencial validante ao qual possamos apelar para aferir a correção de uma proposta interpretativa da regra que disciplina a utilização dessa palavra. Consequentemente, é inviável afirmar com segurança que o falante se encontra, ou não, a seguir a regra.²³ Aliás, pode perguntar-se se é, então, plena de sentido uma proposição do género “X não observou a regra b”. O paradoxo torna-se, portanto, óbvio: somos bem-sucedidos na utilização de palavras para comunicar com outros seres humanos, mas parece não haver qualquer meio de nos certificarmos de que estamos a utilizar corretamente determinada palavra. Solicitando leniência para com a sobressimplificação, podemos dizer que a solução proposta por KRIPKE é a seguinte: o significado de uma regra é determinado pelo consenso obtido no seio da comunidade de falantes, pelo que só podemos decidir se alguém está ou não seguindo a regra confrontando a conduta (ou seja, o uso dessa palavra) com o sentido da regra nessa comunidade, sendo esse sentido expresso na utilização que a comunidade faz da palavra em causa.²⁴

Quanto vem sendo dito já permitiu concluir que, neste momento, estamos a analisar não as considerações de WITTGENSTEIN sobre regras, mas uma reflexão filosófica protagonizada por KRIPKE sob inspiração da WITTGENSTEIN. Dir-se-ia que estamos saindo do caminho inicialmente traçado. A importância das ideias sob análise, porém, legitima-o.

A utilidade da investigação de KRIPKE para os juristas foi assinalada, em 1984, por CHARLES YABLON, no âmbito da recensão de *Wittgenstein on Rules and Private Language*. O interesse de YABLON não está tanto na colocação do problema, ou seja, na indemonstrabilidade (em sentido matemático) de que determinada interpretação é a correta. Esse é o tipo de incerteza que os juristas se habituaram a não questionar, tão seguros estão da sua inarredabilidade.²⁵ Para YABLON, o pensamento de KRIPKE é juridicamente pertinente sob dois aspetos principais.

Primeiramente, comprova que inexistente qualquer facto superlativo, como por exemplo a intenção normativa do legislador, que funcione como critério para determinar o sentido das regras jurídicas.²⁶

Segundamente, as reflexões de KRIPKE esclarecem que a determinabilidade de uma regra tanto pode ser

²³ *Wittgenstein on rules...*, pp. 7-14.

²⁴ *Wittgenstein on rules...*, pp. 87-93.

²⁵ *Law and...*, p. 625.

²⁶ *Law and...*, p. 632.

²¹ O paralelo é assinalado pelo próprio KRIPKE, *Wittgenstein on rules...*, pp. 62-3.

²² *A Treatise...*, pp. 87-90.

entendida como efeito da existência de um critério que permita decidir qual é o seu sentido, como efeito da capacidade de um decisor para realizar uma aplicação correta da regra perante um caso concreto²⁷. Portanto, quando se nega a determinabilidade de uma regra, é fundamental perceber que perspectiva estamos a adotar. Segundo YABLON, tal distinção permite concluir que o debate jurídico há de centrar-se apenas no segundo tipo de determinabilidade, pois o primeiro respeita à natureza e fundamentos da linguagem. Para ilustrar a sua opinião, o A. recorre a uma disputa entre RONALD DWORKIN e STANLEY FISH. O primeiro argumentaria que, repetindo-se numa cadeia de precedentes o sentido decisório de um tipo de casos, ficaria limitada a liberdade judicativa dos juízes que tivessem de julgar casos semelhantes. FISH rejeitaria esta tese, argumentando que qualquer juiz permanece totalmente livre para decidir de outra forma ou acrescentar elementos adicionais à decisão. Segundo YABLON, DWORKIN está a falar da determinabilidade de segundo tipo, estando FISH a falar da de primeiro tipo.

II – Quanto ao primeiro contributo, cabe notar que HART, *inter alia*, já havia, ao menos implicitamente, notado o mesmo em 1961, quando sublinhou que, no desempenho de uma tarefa legiferante, o ser humano, por desconhecer todas as possíveis combinações de factos possíveis, é guiado por uma intenção normativa indeterminada.²⁸ Logo, impõe-se concluir, a intenção do legislador nunca poderá ser o critério definitivo da interpretação da regra, pois o legislador nunca esteve em condições de formular uma intenção normativa integralmente determinável. Seja como for, trata-se do golpe final e capital nas teses subjetivistas da interpretação da regra jurídica, que são, pelo menos na versão radical que se pode considerar atingida, residuais atualmente.²⁹ A dificuldade está em perceber por que razão YABLON extrai este contributo do WITTGENSTEIN lido por KRIPKE, dado que estes em momento algum associam as regras objeto

da sua ponderação a um momento criador intencional e normativo. Isto é: não sendo as regras visadas por WITTGENSTEIN o resultado de um momento criador intencional e normativo (algo que amiúde sucede com as regras jurídicas), como pode ser o caso de uma negação absoluta da existência de critério validante da interpretação daquelas primeiras, que não pode abranger, pela natureza das coisas, o legislador, se estender ao Direito e valer como refutação das teses que vêm na vontade do legislador o critério único ou decisivo da interpretação jurídica? De resto, querendo enviesar a discussão, a tese de KRIPKE pode servir para reforçar a exatidão do mencionado subjetivismo: inexistente referencial de validade interpretativa para as regras da linguagem precisamente porque estas não foram criadas intencionalmente por uma pessoa ou um grupo de pessoas; as regras jurídicas são, na maior parte dos casos, fruto de uma criação intencionada, pelo que o critério interpretativo decisivo há de ser, precisamente, a vontade do legislador.

No tocante ao segundo contributo, se consigo aproveitá-lo, trata-se, em bom rigor, de um argumento quanto à falta de juridicidade do problema da indeterminabilidade do significado das palavras. O sentido das regras e das palavras que as expressam vai-se construindo paulatinamente no seio de uma comunidade jurídica (juízes, advogados, juristas), permeável à contingência espaço-temporal no seio da qual a construção ocorre. É pois tão evidente, pelo menos para um sistema sem a regra do precedente, que os juízes se deixam persuadir por decisões pretéritas de terceiros e opiniões de outros sobre o assunto versado no caso, como que os decisores têm liberdade suficiente para mudarem de rumo e construírem o seu próprio entendimento.

Do exposto resulta, salvo melhor opinião, que a pertinência da filosofia de KRIPKE, inspirada por WITTGENSTEIN, para a ciência jurídica não foi eficazmente demonstrada por YABLON.

4.4. ANDREI MARMOR e a (des)necessidade da interpretação jurídica

I – Se há ceticismo que, com propriedade, se pode atribuir a WITTGENSTEIN, então ele reside na utilidade da interpretação para determinar o sentido da regra. Recordemos: “O nosso paradoxo era este: uma regra não pode determinar qualquer conduta, porque qualquer conduta pode ser levada a concordar com a regra. A resposta foi: se qualquer conduta pode ser

²⁷ *Law and...*, p. 633-4.

²⁸ *The Concept...*, p. 128: “It is a feature of the human predicament (and so of the legislative one) that we labour under two connected handicaps whenever we seek to regulate, unambiguously and in advance, some sphere of conduct by means of general standards to be used without further official direction on particular occasions. The first handicap is our relative ignorance of fact; the second is our relative indeterminacy of aim.”

²⁹ Sobre a ascensão e declínio do subjetivismo, v., por exemplo, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução...*, pp. 338-40.

levada a concordar com a regra, então também pode ser levada a contrariá-la. De modo que não há concordância nem contradição.” O A., depois, esclarece: “Que está ali um equívoco demonstra-o a circunstância de neste raciocínio termos colocado interpretação atrás de interpretação, como se cada uma nos acalmasse, pelo menos por um momento, até pensarmos numa outra interpretação que se encontra atrás daquela. Com isso mostramos designadamente que existe uma conceção de regra que não é uma interpretação; mas que, de caso em caso de aplicação, expressa aquele que nós nomeamos «seguir uma regra» ou «contrariar uma regra». Por isso há uma tendência para dizer: qualquer conduta segundo a regra é uma interpretação. Todavia, «interpretação» deveria apenas designar: substituir uma expressão da regra por outra”.³⁰

Quando se pretende saber se a aplicação de uma regra jurídica pressupõe a sua interpretação, assistimos por vezes ao erro crasso de o respondente se abalançar com uma resposta afirmativa ou negativa, sem precipuamente colocar a pergunta fundamental: mas o que se deve entender por “interpretação”? Evidentemente que com esta resposta interrogativa se dificulta o debate, pois o próprio significado do vocábulo “interpretação” em contexto jurídico (e noutros se poderia dizer o mesmo) é extremamente controverso.

Em 1990, MARMOR pretendeu sustentar a exatidão da ideia, atribuída a algumas correntes positivistas, de que a interpretação nem sempre é um pressuposto da aplicação de uma regra jurídica. Partiu do princípio, alicerçado em WITTGENSTEIN, de que a interpretação jurídica designa a reformulação da regra interpretada. Uma regra é um sinal, não podendo o seu sentido ser compreendido através de outro sinal. O significado da regra tem de ser determinado por ações, ou seja, pelo modo como a regra é utilizada.³¹ MARMOR pretendia atingir as teses segundo as quais é requisito da compreensão de qualquer regra o conhecimento da intenção (normativa) que ela veicula. O A. considera que tal orientação conduziria à conclusão absurda de que a compreensão da toda a regra importaria a sua reformulação, a sua tradução numa regra que expusesse a sua intenção. Termina concluindo que, mesmo nos casos complicados, se a formulação de uma regra é inadequada para a resolução do caso, não cabe ao aplicador interpretar a

regra procurando o seu verdadeiro significado, mas antes construir uma nova formulação da regra, consistindo neste passo a interpretação.³²

II – À conclusão atingida por MARMOR poderia opor-se, como é de todos sabido, duas objeções. A interpretação jurídica não consiste na reformulação da regra, mas na determinação, perante o caso, do sentido do texto, da fonte, ou seja, da regra que podemos extrair daquela sequência organizada de palavras.³³ Dir-se-á que assim estamos a utilizar o termo “interpretação” num sentido diferente do proposto por MARMOR. É verdade. O problema está em que este não é um sentido menos legítimo do que o defendido por MARMOR. Ora, quando colocamos em causa o conceito de interpretação proposto por WITTGENSTEIN, fica de imediato em crise, se não estivesse já antes, o aproveitamento que dele faz para o Direito MARMOR.

Uma segunda observação respeita à petição de princípio em que MARMOR incorre: por vezes, a interpretação da regra não se afigura necessária, pois nos casos simples a compreensão da regra não carece de interpretação. A dificuldade está em decidir que o caso é simples sem antes, à luz do caso, interpretar a regra.

Reitera-se: o objetivo deste estudo está muito longe de ser uma crítica às teses de teoria do Direito inspiradas por WITTGENSTEIN. Viremo-nos então para o essencial.

A ideia de que nem sempre se afigura necessário interpretar a lei é muito antiga. De todos é conhecido o seguinte brocardo: “*In claris non fit interpretatio*”.³⁴ Não me parece que WITTGENSTEIN tenha adotado esta máxima ou sequer estivesse com ela ocupado. A sua análise é mais ampla e a sua conclusão é mais radical: a interpretação *nunca* resolve o problema de fixar o sentido da regra. Querendo levar esta tese até final, não chegaremos à demonstração de que, nos casos simples, a interpretação é desnecessária. Atingiremos antes a conclusão de que a interpretação nunca tem uma função fundante do significado, pelo que os designados casos difíceis parecem encaminhar-nos para uma aporia. De sorte que, salvo melhor entendimento, acolher a tese de WITTGENSTEIN

³² No easy..., pp. 78-9.

³³ Não sendo esta, seguramente, a única nem, porventura, a melhor definição de interpretação jurídica.

³⁴ Cujas origens parecem remontar ao Direito romano, de acordo com MASUELLI, «*In claris...*», pp. 402 e ss.

³⁰ *Philosophische...*, §201.

³¹ No easy..., p. 76.

sobre interpretação, se permite, porventura, explicar por que motivo nem sempre é necessária a interpretação, gera o óbice de inutilizar a própria interpretação, designadamente nos casos em que é, afinal, necessária.

Seja lhana ou elaborada a nossa noção de interpretação, o resultado obtido com essa atividade nunca passará de uma proposta do significado da regra que toma parte num amplo e tendencialmente interminável debate: vamos conseguindo avanços, mas nunca podemos dar a tarefa por concluída. O ponto a frisar é que este constante debate sobre o significado da regra não paralisa a sua utilização. Antes, a sua utilização toma parte na interpretação, num fenómeno complexo, mas, quiçá paradoxalmente, operativo.

4.5. THOMAS MORAWETZ e a metáfora do jogo de linguagem

I – WITTGENSTEIN estipulou o seguinte: “Nós também podemos pensar em todo o processo de utilização das palavras em (2) como um daqueles jogos, através dos quais as crianças aprendem a sua língua-mãe. Eu quero designar este jogo ‘Jogo de Linguagem’ e, por vezes, falar de uma linguagem primitiva como de um Jogo de Linguagem. (...) Eu designarei também o todo constituído pela linguagem e pela atividade através da qual aquela é tecida ‘Jogo de Linguagem’.”³⁵

MORAWETZ viu proveito em transpor esta metáfora para a sua teoria da decisão judicial, visando simultaneamente uma crítica do positivismo e do relativismo antifundacionalista.

O A. assenta a sua tese em três pilares:

(i) A atividade dos juízes é uma prática deliberativa.³⁶

(ii) Em todo o discurso filosófico coexistem o acordo e a discordância. O A. pretende ilustrar esta característica com uma metáfora: força centrípeta e força centrífuga. Adotando alguma sobressimplificação física, sustenta que a força centrípeta atrai diferentes objetos para o centro, ao passo que a força centrífuga produz o efeito inverso. Ora, segundo MORAWETZ, o discurso filosófico mais disseminado tem sido centrípeta. Dado que o antifundacionalismo questiona a hipótese de existir um centro comum e afirma que é

ilusória a nossa perceção de partilha de valores comuns, teria natureza centrífuga.³⁷

(iii) Segundo MORAWETZ, a nossa perspectiva tendencialmente coincidente sobre as experiências e sobre o uso da linguagem constituem o contexto que nos permitem concordar e discordar. Este património conjunto é como as regras de um jogo e os juízos ou argumentos individuais são como os movimentos dos jogadores nesse jogo. Ora, o facto de os debates entre juízes serem inteligíveis demonstra que eles estão ocupados de uma prática conjunta e que estão adstritos às mesmas regras. Os consensualistas, entre os quais DWORKIN ou RAWLS, procuram identificar essas regras e sustentam que as nossas discordâncias residem numa deficiente interpretação das mesmas. Os antifundacionalistas sustentam que inexistente qualquer partilha moral ou conceptual entre os participantes do jogo.³⁸

Ou seja, MORAWETZ entende que os decisores tomam parte num jogo, regrado, no qual debatem, concordam e discordam. Em suma, o A. adaptou a metáfora dos jogos de linguagem para a sua construção. Daqui, MORAWETZ parte para uma crítica ao positivismo e ao antifundacionalismo, propondo uma alternativa, a sua teoria.

II – Com a exceção da adaptação da metáfora dos jogos, não se alcança em que termos WITTGENSTEIN ilumina o pensamento, a crítica e as conclusões de MORAWETZ. A análise que faz não é linguística nem meramente descritiva. Pelo contrário, produz um estudo segundo o cânone mais tradicional da ciência jurídica e de alguma filosofia: expõe as teses que pretende pôr em crise, critica-as e apresenta prescritivamente uma solução que, a seu ver, é melhor. Este método não se pode considerar inspirado em WITTGENSTEIN, que adota na sua filosofia uma reflexão antitética e que muito raramente se contrasta com as alternativas. Independentemente dos seus méritos, MORAWETZ segue o método inverso.

A importação da metáfora dos jogos é muito pouco para podermos dizer que temos as ideias de WITTGENSTEIN determinando a teoria do Direito. Um advogado aflora a tramitação do processo ao cliente, explicando-lhe que à petição inicial se segue a contestação, havendo a possibilidade de deduzir réplica. Quanto à prova e argumentos: “Não temos nem

³⁵ *Philosophische...*, §7.

³⁶ *Understanding...*, pp. 382 e ss.

³⁷ *Idem*, pp. 385.

³⁸ *Idem*, pp. 386-9.

devemos arrolar já todas as testemunhas. Guardamos algumas para a audiência prévia. Vamos ver, primeiro, qual é a resposta do réu. Também não vamos já referir todos os acordões que sustentam a nossa tese; guardamos alguns para o recurso." "Dr.", observa o cliente, para quem WITTGENSTEIN é desconhecido, "isso é como se fosse um jogo de estratégia". A circunstância de toda a atividade humana integrada numa sociedade ser caracterizada pela alteridade implica que possamos sempre representá-la como um jogo. No local de trabalho, na família, num grupo de amigos, há regras, há objetivos, há pretensões de domínio ou de sucesso, de chegar primeiro. Representar a atividade forense ou, mais abstratamente, os debates que se estabelecem entre os juristas como um jogo é certo e ilustrativo, mas muito mais banal e inconsequente do que possa parecer.

4.6. DENNIS PATTERSON e as formas argumentativas

I – WITTGENSTEIN observou o seguinte: "O que tem a expressão da regra – digamos, um sinal a indicar caminho – que ver com o que faço? Que ligação existe aqui? – Apenas algo como isto: eu fui treinado a reagir de determinada forma a este sinal, e agora é assim que eu reajo."³⁹

Esta observação e tudo quanto nela vai implicado serviram a PATTERSON para propor uma visão alternativa dos fundamentos da metodologia jurídica.⁴⁰

Enceta com a demonstração das fragilidades das duas orientações que, no seu ver, concorrem para a mesma tarefa, quais sejam o objetivismo e o subjetivismo. A primeira falha porque não existe qualquer *standard* que permita decidir qual é a melhor interpretação.⁴¹ A segunda falha igualmente porque reconhece e aceita essa limitação, essa instabilidade, mas prossegue na suposição de que tudo é interpretativamente construído. Todavia, como WITTGENSTEIN fez notar, a interpretação não pode fundar a normatividade, pois implica um regresso infinito: "(...) (colocamos) interpretação atrás de interpretação, como se cada uma nos acalmasse, pelo menos por um momento, até pensarmos numa outra interpretação que se encontra atrás daquela."^{42/43}

³⁹ *Philosophische...*, §198.

⁴⁰ *Normativity...*, pp. 341 e ss.

⁴¹ *Idem*, pp. 333-4.

⁴² *Idem*, pp. 334-9.

⁴³ *Philosophische...*, §201.

Para ambas as teorias, diz PATTERSON, a observância de regras é um fenómeno mental. O A. refuta este entendimento: seguindo WITTGENSTEIN, sustenta que aprendemos a observar regras em sociedade, pois somos para isso treinados, adestrados. A normatividade das regras é, portanto, forjada na comunidade; seguimos irrefletidamente as regras.⁴⁴

Mas de que modo se podem aplicar estas conclusões à prática jurídica?

PATTERSON propõe que os juristas são treinados para trabalhar com quatro formas argumentativas: textual, histórica, doutrinal e prudencial. São estas formas argumentativas que nos permitem participar na atividade (debater, declarar, decidir) a que chamamos Direito.⁴⁵ A normatividade inerente a seguir uma regra (ao *rule-following*) não se acha numa consensualização entre membros da comunidade jurídica. O acordo é necessário, porém, mas consiste na regularidade da reação ao uso. A reação e aplicação às mencionadas formas argumentativas é constitutiva da prática jurídica e, assim, é a base nos nossos juízos jurídicos.⁴⁶

II – De todos os ensaios que visam transpor as ideias de WITTGENSTEIN para a ciência jurídica analisados, o protagonizado por PATTERSON é, salvo melhor opinião, o mais fiel e bem-sucedido. A ideia de que os membros da comunidade jurídica se consideram vinculados a determinadas formas argumentativas e que a constituição dessa vinculação, dessa normatividade, decorre de uma longa e reiterada prática na qual os juristas utilizam essas formas argumentativas tem claramente a marca de WITTGENSTEIN.

Outra questão, com a qual nos não importaremos neste lugar, respeita aos méritos da tese em si.

4.7. O adestramento e a observância das regras

Encerra-se esta secção com uma hipótese problemática que poderá valer possivelmente como forma de aproveitar as reflexões de WITTGENSTEIN para o Direito, podendo todavia questionar-se a sua originalidade ou falta de ambição.⁴⁷ Há uma pergunta interessante que, talvez por se encontrar entre a ciência

⁴⁴ *Normativity...*, p. 344.

⁴⁵ *Idem*, pp. 351-5.

⁴⁶ *Idem*, p. 348 e 355.

⁴⁷ Penso, por exemplo, na teoria psicológica do Direito de BIERLING, muito embora outros exemplos se pudessem aventar, bem como considerações introdutórias ou enquadrantes nos manuais de introdução e filosofia do Direito.

jurídica, a psicologia e a sociologia não costuma ser objeto de investigação dos juristas. É a seguinte: como vem a ser o caso de a esmagadora maioria das pessoas cumprir as regras jurídicas, muito embora sejam pouquíssimos aqueles que têm um conhecimento rigoroso dessas regras? Noutros termos: como pode ser que a maior parte das pessoas cumpra escrupulosa e reiteradamente as regras do Código Civil e do Código Penal, apesar de nunca terem tido qualquer contacto com estes diplomas legais?

Dir-se-á que o Direito é um fenómeno cultural, de modo que a mancha fundamental das regras jurídicas é apreendida quando nos ensinam a viver em sociedade, em comunidade. As noções de treino e de adestramento, através da prática e da imitação, que parecem caras a WITTGENSTEIN para justificar a observância das regras da linguagem, poderão integrar a resposta à pergunta acima colocada.

5. A relação entre a intenção normativa e a observância das regras

I – Nos §§ 186 a 197, WITTGENSTEIN reflete sobre a seguinte perplexidade: mau grado a incompletude das regras do jogo de linguagem, temos a sensação de *captar de um só golpe* o significado das palavras.⁴⁸ WITTGENSTEIN parece sustentar a trivialidade deste fenómeno, apelando neste caso, diretamente, às ordens/comandos intencionados: (i) quando profere a ordem, o seu autor fá-lo em abstrato, não *intenciona*, nesse momento, todos os possíveis casos da sua aplicação; porém, é como se todos esses casos se contivessem, *ab initio*, na sua intenção ordenadora; (ii) em cada caso de aplicação, o destinatário tem de renovar o processo decisório de observância da ordem; mas compreendeu o seu sentido desde o momento em que lhe foi dirigida.

Esta reflexão poderá ligar-se a alguns aspetos da metodologia do direito. Trata-se, deve reconhecer-se, de uma conexão ténue e distante, que se não deve considerar cogitada por WITTGENSTEIN. Por este motivo, serei muito breve.

II – A regra jurídica deixa-se conceber como um critério geral de decisão, podendo em alguns casos ser também um critério geral de conduta.⁴⁹ O destinatário tem evidentemente a capacidade para com-

preender esse critério. Tolerando-se a prosopopeia, o caso convoca o critério, cabendo ao destinatário, à luz dos dados da hipótese, atualizá-lo e concretizá-lo. Esta conceção do método jurídico aproxima-se das *supra* mencionadas considerações de WITTGENSTEIN. O registo é, porém, totalmente diferente. Deve reconhecer-se que o método jurídico se encontra intrincado e trabalhado. Longe está de ser, na maior parte dos casos, uma tarefa de que os juristas se desempenham quase intuitivamente. Não há, portanto, algo com interesse a aproveitar neste cruzamento de ponderações.

6. Conclusão

I – Da investigação realizada decorrem duas conclusões fundamentais: (i) não é extraordinariamente relevante para a ciência jurídica a filosofia de Wittgenstein sobre regras;⁵⁰ (ii) alguns AA. que pensam de outro modo tendem a sobrevalorizar a influência das ideias de Wittgenstein nas suas próprias teorias.

A primeira conclusão seria expectável: Wittgenstein escreveu sobre regras da linguagem. Esperar desta filosofia um contributo para a compreensão do Direito e da atividade dos juristas pressuporia a possibilidade de uma teoria geral da regra e simultaneamente a crença de que a especificidade da normatividade jurídica não invalidaria uma generalização com conteúdo. Permaneço cético relativamente à verificação destes dois requisitos.

A segunda conclusão crê-se demonstrada *supra*, cabendo agora sugerir algumas possíveis explicações para esse estranho fenómeno.

WITTGENSTEIN foi um grande filósofo, que construiu pontes, abriu portas e lançou escadas. A divulgação da sua obra e do seu pensamento deve-se à qualidade do seu trabalho, mas também ao facto, estou em crer, de se ter tornado, a certa altura do pensamento intelectual, uma tendência, uma moda. Foi um escritor dotado, com um estilo cativante e envolvente. Ainda em vida, e logo após o *Tractatus*, obteve o rótulo de génio excêntrico, independente, insubordinado às convenções da sociedade e da academia. Trata-se de uma figura singular, como Heraclito ou Espinosa. Não admira, pois, que se tenha tornado um mito, um ícone e, em consequência, os seus escritos tenham atraído muitos e que alguns tenham

⁴⁸ *Philosophische...*, §197.

⁴⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, pp. 493-4.

⁵⁰ Conclusão já atingida anteriormente por Bix, *Cautions...*, p. 224.

forçado a letra para nele apoiarem as suas teses. O estilo crítico e ambíguo adotado nos textos da sua segunda filosofia contribuiu certamente para o alargamento das possibilidades de aproveitamento do seu trabalho.

Difícilmente se negará a beleza da filosofia de WITTGENSTEIN e bem assim o modo coerente como a expôs. O *Tractatus* era exato, poliédrico e austero; em *Philosophische Untersuchung* encontramos um estilo metafórico, aforístico, aberto, com orlas impressionistas, como se o A. identificasse desse jeito as zonas cujos contornos e conteúdos ele próprio não via claramente. Ou seja: as suas duas teorias sobre a linguagem estão em perfeita sintonia com o estilo literário das obras em que as expôs.

Seja como for, creio que o grande mérito de WITTGENSTEIN esteve em apresentar-nos uma parte substantiva do vasto prado da ignorância humana. O resultado não é uma teoria proponente de certezas, mas uma aclaração das dúvidas fundamentais.

II – Quanto vai dito não pretende significar que o Direito deva permanecer (e de facto não tem permanecido) imune às reflexões da filosofia sobre a linguagem. A linguagem permeia todo o Direito, independentemente do que o Direito seja. Tudo quanto se escreve sobre a linguagem noutras disciplinas pode interessar ao Direito, à forma como ele se constrói, comunica, etc. O mesmo vale, na verdade, para todas as atividades humanas que utilizem a linguagem como instrumento principal. Mas nem toda a experiência humana se explica na linguagem, valendo este princípio para o Direito. As regras jurídicas estão ligadas a um momento legislativo intencionado e têm uma dimensão axiológica dinâmica que se não pode dizer completamente compreendida: tudo depondo no sentido, portanto, de estarmos perante um fenómeno muito mais complexo e multifacetado do que a linguagem.

Bibliografia

- ASCENSÃO, José de Oliveira – *O Direito. Introdução e Teoria Geral*. Almedina (13.ª edição refundida), 2013;
- BAKER, G.P. / HACKER, P. M. S. – *Skepticism, Rules and Language*. Blackwell, 1984;
- BARBERIS, Mauro – “Seguire norme giuridiche, ovvero: cos’avrà mai a che fare Wittgenstein com la teoria dell’interpretazione giuridica?” In: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002 (1), pp. 245-276;
- BIX, Brian – “Cautions and Caveats for the Application of Wittgenstein to Legal Theory”. In: *Law and Social Justice*, MIT Press, pp. 217-29, 2005.
- CANARIS, Claus Wilhelm – *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad.: António Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian (2.ª edição), 1996;
- CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil – I*. Almedina (4ª edição reformulada e atualizada), 2012;
- HART, H. L. A. – *The Concept of Law*. Oxford University Press (2.ª edição), 1994;
- HUME, David – *A Treatise of Human Nature*. L. A. Selby-Bigge (reimpressão da 1.ª edição de 1888), 1965;
- KRIPKE, Saul A. – *Wittgenstein on Rules and Private Language – An Elementary Exposition*. Harvard University Press, 1982.
- LARENZ, Karl – *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad.: José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian (4.ª edição), 2005;
- MARMOR, Andrei – “No easy cases?” In: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, III (2), 1990, pp. 61-79;
- MASUELLI, Saverio – “«In claris non fit interpretatio». Alle origini del brocardo.” In: *Rivista di Diritto Romano* II (2002): 401-424;
- MORAWETZ, Thomas – “Understanding di Understanding Disagreement, the Root Issue of Jurisprudence: Applying Wittgenstein to Positivism, Critical Theory, and Judging”. In: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141 (2), 1992, pp. 371-456;
- NEVES, A. Castanheira – *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*. Coimbra Editora, 1993;
- PATTERSON, Dennis – “Normativity and Objectivity in Law”. In: *William & Mary Law Review*, Vol. 43 (1), 2001, pp. 325-63;
- SOUSA, Miguel Teixeira de – *Introdução ao Direito*. Almedina (reimpressão da edição de 2012), 2013;
- WITTGENSTEIN, Ludwig – *Philosophische Untersuchungen*. Suhrkamp Verlag (7.ª edição), 2015;
- YABLON, Charles – “Law and Metaphysics” In: *The Yale Law Journal*, Vol. 96, pp. 613-36;



Faculdade de Direito de Lisboa
Alameda da Universidade, Lisboa



livraria.aafdl.pt
ebooks.aafdl.pt



217959379



AAFDL
EDITORIA