

Ano 8  
Volume X  
**1º Semestre de 2015**  
ISSN:2178-3519



# DIKÉ

Revista Eletrônica de Direito,  
Filosofia e Política  
do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

# **Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Unipac-Itabirito de Itabirito**

## **Editora:**

Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

**Ano 8, nº XI, 1º semestre de 2015.**

## **Conselho Editorial:**

Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC-FDCL-FAM), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-FADIP), Prof. Mestre Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (FDCL), Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva (UNIPAC-FADIP), Prof. Mestre Guilherme Henrique Lage Faria (Newton Paiva e Unipac-Itabirito).

## **Editores Responsáveis:**

José Carlos Henriques, Ramon Mapa da Silva, Bernardo G. B. Nogueira, Guilherme Henrique Lage Faria.

## **Corpo de Pareceristas:**

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho(USP); Prof. Mestre José Carlos Henriques (UNIPAC), Prof. Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-FADIP); Prof. Mestre Ramon Mapa da Silva (UNIPAC-FADIP), Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Rodrigo Ferreira (Unipac-Itabirito de Itabirito), Guilherme Henrique Lage Faria (Newton Paiva e Unipac-Itabirito).

## **Linha Editorial**

Direito, Filosofia e Política.

**Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.**

**Diretor Geral: José Letício Ferreira Vilalba.**

Rua Matozinhos, 293 – Bairro Matozinhos – (31) 3561 – 7775 – Itabirito/Minas Gerais.

**E-mails:** ramon\_mapa@yahoo.com.br; jcarloshen@yahoo.com

## SUMÁRIO DIKÉ X

<b>As doutrinas objetivistas e a crise dos paradigmas jurídico-penais: o giro objetivo normativo da teoria da imputação – José Carlos Henriques.....</b>	<b>4</b>
<b>EC 91/2016: Emenda Constitucional, Mutação Constitucional ou Mutação Jurisprudencial? – Polianna Pereira dos Santos, Rafaella Barbosa Leão.....</b>	<b>23</b>
<b>Onde pululam os coríntios: Ou o Cristianismo Primitivo de Friedrich Engels – Ramon Mapa da Silva.....</b>	<b>47</b>
<b>O Ativismo Judicial e (in)Segurança Jurídica na Justiça do Trabalho – Dimas de Abreu Melo, Augusto Pinto de Moura Andrade.....</b>	<b>53</b>
<b>Legitimação extraordinária de origem negocial – Guilherme Henrique de Faria Lage.....</b>	<b>77</b>
<b>O estado de inocência e a questão do encargo probatório – Rodrigo Ferreira.....</b>	<b>105</b>
<b>Para o sentido e para uma breve caracterização histórica da Hermenêutica – Paulo César Pinto de Oliveira e João Paulo Medeiros Araújo.....</b>	<b>121</b>

## **As doutrinas objetivistas e a crise dos paradigmas jurídico-penais: o giro objetivo-normativo da teoria da imputação**

José Carlos Henriques <sup>1</sup>

### **Resumo**

O presente trabalho visa apresentar, de forma sucinta, as interações possíveis entre as doutrinas da imputação penal objetiva e o ideário dos sistemas penais, o causalista e o finalista. Para tanto, busca-se uma compreensão histórica dos sistemas penais, com a verificação das possíveis relações entre as doutrinas objetivistas e a dogmática penal dominante, sobretudo a finalista. Ao final, se concluirá que as doutrinas objetivistas apresentam potencial transformador, a exigir uma reformulação da dogmática, impulsionando novos rumos da ciência jurídico-penal. A principal perspectiva, a impulsionar a revitalização de uma reestruturação paradigmática, comparecerá como sendo a direção objetivo-normativa.

### **Las doctrinas objetivistas y la crisis de los paradigmas penales: el giro objetivo y normativo de teoría la imputación**

### **Resumen**

Este estudio tiene como objetivo presentar, brevemente, las posibles interacciones entre las doctrinas de la imputación penal objetivo y las ideas de los sistemas penales, el finalista y el causalista. Por lo tanto, busca una comprensión histórica de los sistemas penales, con la verificación de las posibles interacciones entre las doctrinas objetivistas y la dominante dogmática penal, especialmente la finalista. Llega a la conclusión de que las doctrinas objetivistas tienen potencial transformador, exigiendo una revisión de la dogmática, en nuevas direcciones para la ciencia penal. La perspectiva principal, para impulsar la revitalización de una reestructuración paradigmática, será la dirección objetiva.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela UFMG, Mestre em Direito, Mestre em Filosofia, Especialista em Direito Civil e Processual Civil, Graduado em Filosofia, Teologia e Direito. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

## 1. Introdução

Como sabido, fala-se hoje de uma crise de legitimidade do direito penal, havendo propostas dogmáticas que defendem sua extinção.<sup>2</sup>

Na verdade, a tão celebrada crise do direito repressivo não é novidade de nosso tempo. A humanidade, a nosso aviso, jamais soube adequadamente tratar a problemática da criminalidade e do crime. E, por conseguinte, historicamente, os modelos dogmático-explicativos do crime, enquanto fenômeno jurídico, longe de qualquer consenso, perambularam por vias diversas, oscilando entre a pregação apaixonada da mais profunda repressão, chegando até mesmo à defesa, não menos apaixonada, da abolição do direito penal, reconhecendo sua inutilidade, sua imprestabilidade jurídica. Com efeito, por exemplo, para os abolicionistas o direito penal seria apenas uma excrescência de finadas teorias sociais repressivas, como tal, inútil ou pelo menos incapaz de demonstrar sua utilidade social.

Assiste-se, também na atualidade, a um debate científico sobre a necessidade da existência e sobre as bases dogmáticas do direito penal que, tendo se iniciado e se fixado na tradição jurídica da Europa, tem nos atingido, há pelo menos algumas décadas.

As soluções alcançadas, no âmbito da ciência do direito penal, não soem ser consensuais. Há aqueles, como se afirmou que, vendo no direito repressivo uma inutilidade jurídica e social, relegam-no ao desprezo, sendo profetas de sua abolição, teorizando que a repressão penal não se justifica, não sendo sua existência uma necessidade histórico-socialmente fundada. Há ainda quem defenda a necessidade do aumento da repressão, recrudescendo-se as penas e elevando-se o número de normas incriminadoras.

Há aqueles que, decididamente, contestam a tese da desnecessidade do direito repressivo. Estes, embora concordem quanto ao fato de que as construções dogmático-penais existentes mereçam críticas, entendem que o direito penal é de inarredável necessidade para a regulação da convivência social e que sem ele esta seria irrealizável.

---

<sup>2</sup> Para uma visão geral das teses abolicionistas, consulte-se bibliografia, ao final.

Este último grupo de teóricos, reconhecendo os limites dogmáticos das edificações sistemáticas atuais, têm levado a cabo um homérico esforço de repensar o sistema penal, dando-lhe novas bases e respiros de consistência científica buscando, entre outros tantos objetivos, legitimar a ciência do direito penal como ramo autônomo do saber jurídico, ciência que se ocupa de um objeto, o direito penal, para eles, absolutamente necessário tanto do ponto de vista jurídico quanto social.

## **2. Lema de adequação: repressão, sem extremos**

Acertada é a tese esposada pelos teóricos que criticam as figuras histórico-sistemáticas assumidas pelo direito penal sem, contudo, operarem a defesa de sua desnecessidade, é o que advogamos.

Referenciando vários pensadores que teriam contribuído para lhe formar seu convencimento, mormente os psicanalistas, doutrina Gimbernat Ordeig, que o direito repressivo é necessário e, por conseguinte, seria também necessária e essencial a ciência que dele se ocupa, com o que concordamos. Veja-se, neste sentido, esclarecedora passagem do brilhante autor espanhol, *in verbis*:

así también la sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir - creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo - que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana. Ello es necesario, porque, y para dar un ejemplo, al contrario de lo que sucede en el mundo animal, donde "sólo en muy pocas especies animales es posible que el individuo pueda actuar con una agresividad desenfrenada contra miembros de la misma especie existen, antes bien, gestos de sumisión, actitudes de sometimiento y reacciones de huida que impiden que una especie se aniquile entre sí, ello no sucede con el hombre, quien no posee una inhibición innata de matar de naturaleza absolutamente segura, sino sólo una moralmente adquirida. Es un hecho que ninguna sociedad humana puede sobrevivir (a causa de la falta de comportamientos asegurados genético-hereditariamente sin la represión de determinadas emociones

impulsivas de sus individuos. Tiene que tratar de crear algo parecido a los comportamientos genético-hereditariamente asegurados de los animales. La existencia del Derecho penal obedece al hecho, sobre el que ha llamado la atención el matrimonio Mitscherlich ‘de que el hombre sólo mediante renunciaciones a los impulsos puede adaptarse a cualquier sociedad imaginable. Sólo puede convertirse en un miembro soportable de la sociedad mediante la adquisición del control de sus necesidades impulsivas, un control siempre relativo que obliga al aplazamiento y, bajo determinadas condiciones, a la renuncia a una apetencia’.<sup>3</sup>

Os argumentos expendidos por Gimbernat Ordeig, a nosso sentir, são consistentes: somente a repressão cultural de determinados gestos e práticas anti-sociais pode tornar viável a existência de uma sociedade, senão pacífica pelo menos ordenada. Para ele, cabe ao direito penal a tarefa de selecionar quais as condutas devam ser reprimidas de forma mais severa para que a existência social se torne viável, garantindo-se a vida comum ordenada permitindo-se, inclusive, a segregação daqueles que atentarem contra a ordenação normativa incriminadora.

Certamente, assentadas a necessidade e a utilidade social do direito penal, justificado está o esforço por construir-lhe as bases conceituais, formando-se o corpo sistemático da dogmática jurídico-penal.

Com isto, nasce a necessidade de se repensarem os modelos de sistema penal, historicamente construídos, e que ainda sobrevivem na atualidade, enfrentando-se as críticas, procedendo-se à análise criteriosa de todo o arcabouço doutrinário, com vistas a alcançar um objetivo certo: ao decifrar e entender as crises dos paradigmas jurídico-penais, promover a reconstrução crítica de todo o sistema do direito penal, de forma mais consentânea com as exigências de nosso tempo.

Entendemos que as construções dogmáticas que, desde o século passado, têm se voltado para a problemática específica da imputação no direito penal ressaltando-se, sempre mais, o

---

<sup>3</sup> ORDEIG, Gimbernat. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? in: Problemas actuales de derecho penal y procesal. Salamanca: AD-HOC, 1971. pp. 87s.

problema regionalizado da imputação objetiva, fazem parte de um esforço científico de reformulação dos paradigmas de leitura de todo o sistema do direito penal, embora se deva reconhecer que uma teoria da imputação objetiva não constitui, de per si, uma proposta acabada de um novo modelo de sistema penal, apenas fomenta a reformulação da sistemática jurídico-penal, de algum modo ainda ligada aos modelos históricos que conhecemos.

Conforme já dissemos, não se trata de reduzir a construção sistemática do direito penal ao tema da imputação e mais especificamente à problemática da imputação objetiva.<sup>4</sup>

Na verdade, o tema da imputação objetiva, talvez por ter sido descurado durante longo tempo, tenha ganhado foros de centralidade nos tempos hodiernos. Contudo, este fato não nos autoriza a reduzir o sistema penal ao problema da imputação e, com muito maior razão, ao tema da imputação objetiva. É verdade que o atual debate em torno do tema específico da imputação ilumina as discussões sobre uma parte da dogmática jurídico-penal, por longa data esquecida, mas não constitui a solução integral quanto ao sistema penal, como é evidente.

### **3. Dogmática jurídico-penal: crise de paradigmas e reestruturação epistêmica**

Para situar as variações de paradigmas que marcaram a história da dogmática penal, necessário se proceda a uma análise dos diversos sistemas penais que, cada qual a seu tempo e modo, dominaram historicamente o cenário doutrinário jurídico-penal.<sup>5</sup>

Neste sentido, deverá nosso olhar voltar-se para a análise das chamadas crises de paradigmas que solaparam, e ainda solapam, as construções dogmático-penais estabelecidas fazendo, às vezes avançar, outras tantas vezes recuar, suas soluções interpretativas do fenômeno crime.

Uma convicção se impõe, de início: reconhecer a validade e justificar a existência do direito penal, bem como das construções científicas que o têm por objeto, não implica em aceitar a conformação atual assumida pela dogmática ou os paradigmas hoje dominantes no âmbito da

---

<sup>4</sup> Quanto ao conceito jurídico-penal de imputação objetiva e quanto ao alcance de seus resultados para a temática da imputação geral, ver anteriores trabalhos nossos, referenciados ao final.

<sup>5</sup> Para uma análise detalhada dos diversos sistemas penais e da relação destes com a problemática da imputação objetiva, ver o excelente estudo de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, citado na bibliografia final, sobretudo pp.39 a 62.

ciência jurídico-penal. Quanto a este ponto, mais uma vez, assiste razão ao penalista espanhol Gimbernat Ordeig, *verbatim*:

que el Derecho penal sea imprescindible no significa por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual. Imprescindible es, por ejemplo, la prohibición juridicopenal de los ataques a la vida o al honor. Pero numerosas prohibiciones no han sido nunca - o han dejado de ser - necesarias; en él sentido de que su no observancia no significa en absoluto una amenaza para la paz social, o en el de que responden, en realidad, a la consolidación de una situación injusta para cuya defensa se acude por el sector privilegiado por esa situación - y abusando de él - al Derecho penal. El principio en base al cual deben enjuiciarse todos y cada uno de los tipos penales es el de sí es posible fundamentar racionalmente por que y cómo las acciones criminalizadas ponen en peligro de manera intolerable las bases de la convivencia social.<sup>6</sup>

Como se vê, o trabalho dogmático é amplo e não se esgota na identificação e resolução de problemáticas regionalizadas, contudo as soluções encontradas para certos problemas específicos podem incitar reformulações de todo o sistema, alterando seu paradigma interpretativo.

Historicamente, os momentos de crise soem ser oportunidades de desenvolvimento e aprofundamento científico de problemáticas antes esquecidas ou pouco cuidadas pelos teóricos. As soluções das chamadas crises, podem conduzir ao aniquilamento ou ao soerguimento de modelos ou paradigmas teórico-interpretativos.

Uma crise de paradigmas se torna definitiva quando, para ser superada, exige-se uma operação de reconstrução conceitual muito ampla, de modo a promover uma reformulação sistemática de conceitos e ideias.

Toda ciência enfrenta, a seu modo, os desafios doutrinários trazidos pelos críticos, busca se legitimar, renovando os paradigmas interpretativos de seu objeto, reestruturando seus

---

<sup>6</sup> ORDEIG, op. cit. p. 105.

conceitos e sistema de modo a responder às interrogações inovadoras que, de alguma forma, promovem sua desestabilização.

Uma teoria da imputação objetiva pode ser fecundo elemento provocador de crise, também no âmbito da ciência jurídico-penal, e assim tem se apresentado. Segundo julgamos, as teorias da imputação objetiva têm provocado e poderão provocar, ainda por muito tempo, um completo repensar dos cânones da dogmática penal, impulsionando a reformulação de todo sistema repressivo.

Por isto, defendemos que há um deslocamento de paradigma de leitura do campo subjetivo, paradigma que entendemos seja ainda o dominante, para aquele objetivo-normativo, buscando-se situar o agente no seu meio social, entendendo-se o delito sob uma perspectiva normativo-funcional.

Deve ser esclarecida a terminologia que empregamos quando falamos de paradigma. Para isto, tecemos algumas poucas considerações atinentes ao campo da filosofia da ciência, mas que podem ajudar a pensar as mudanças paradigmáticas que ocorrem na dogmática penal.

Os desenvolvimentos da epistemologia, aqueles alcançados no século passado, graças sobretudo aos esforços teóricos de grandes pensadores como Thomas Kuhn e Karl Popper, clarificaram os debates sobre a natureza do conhecimento científico. Vale lembrar as considerações de Thomas Kuhn sobre o conceito de paradigma científico, *in litteris*:

considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.<sup>7</sup>

Não obstante as diferenças essenciais entre os sistemas de explicação das ciências, algumas premissas se apresentam, neste campo, com certa dose de consenso, ou pelo menos de menor dissenso. Que o conhecimento humano, em geral, e o científico, em especial, se constituam

---

<sup>7</sup> KHUN. Thomas. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 1991. p. 13. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira.

dinamicamente, é um exemplo de premissa consensual aceita entre os teóricos da filosofia da ciência.

No âmbito da epistemologia, firmou-se a convicção de que a natureza do conhecimento científico não é estática, encontrando este conhecimento movimentos mais ou menos extensos de construção, seguidos de movimentos de desestruturação, crises e, de nova reestruturação dos modelos explicativo-interpretativos.

O desencadeamento da dinâmica de reestruturação do saber se dá, pelo menos em seu início, com o rompimento de paradigmas de leitura da realidade científica de determinado objeto, para usarmos terminologia criada pelo epistemólogo Thomas Kuhn.<sup>8</sup> É o rompimento das estruturas paradigmáticas que provoca as chamadas revoluções científicas e, em menor escala, as reestruturações parciais do corpo doutrinário dos sistemas científicos.

Sabe-se que, alcançado certo nível de desenvolvimento do saber sobre determinado objeto, organiza-se dele um sistema explicativo total, que acaba por condicionar a representação/explicação de cada uma de suas partes. Ora, quando surge alguma questão nova, ou solução diversa das existentes, no seio do paradigma explicativo-interpretativo, o sistema passa a sofrer ataques de dispersão, podendo vir a se desintegrar, gerando novo esforço de reestruturação.

É comum que os paradigmas explicativo-interpretativos se esmerem por permanecer, na forma como estão constituídos, resistindo às mudanças teóricas, que também tentam se impor de alguma forma.

Contudo, se os ataques adversos se intensificam ou, por sua qualidade, se tornam insuportáveis para o sistema, é o próprio paradigma que se movimenta, desta feita com o intuito de reler o seu objeto de outro modo, assumindo os progressos sugeridos pelas idéias novas confrontantes, reformulando-se desta feita o próprio paradigma, reestruturando-se em torno dele todo o sistema, total ou parcialmente.

---

<sup>8</sup> Para maiores detalhes sobre as chamadas mudanças de paradigmas na constituição do saber científico, veja-se KUHN, op. cit. pp. 93s.

É assim que, na passagem de um paradigma a outro, há um enorme clima e efetivo estado de crise. O estado de crise é germen impulsor da gênese de novos paradigmas científicos, para que se tornem estes mais consentâneos com o avanço histórico do conhecimento, avanço este que pode aparecer a cada novo passo dado pelas problemáticas regionalizadas, cujos progressos soem se instalar no seio do corpo dogmático-sistemático, mais ou menos intensamente.

Com efeito, no interior de um paradigma científico, convivem teorias parciais, regionalizadas, que se ajustam ao todo do modelo sistemático construído. Tais teorias parciais ajustam-se, ainda, entre si sendo amalgamadas pelo todo interpretativo que é o sistema, regida a construção deste pelo paradigma explicativo-interpretativo. Estabelece-se uma relação de interdependência entre paradigma e construção sistemática.

Assim, quando novos conhecimentos reformulam teorias regionalizadas, especializadas, da crise enfrentada pela parte, padece também todo o sistema. A mecânica da crise pode ser tão forte que chegue a desestruturar o todo sistemático, gerando novo impulso em direção a outro modelo explicativo, a outro paradigma. Talvez pudéssemos reler a história do saber ocidental neste diapasão. É das crises parciais fulminantes de que padeceram os modelos totais de explicação da realidade que surgiu a especialização das ciências, hoje quase inumeráveis.

Para o campo próprio das chamadas ciências humanas, embora se devam reconhecer as peculiaridades deste segmento científico, vale também a idéia fundamental da existência de paradigmas científicos que dão suporte às construções sistemáticas. Aqui, como alhures, estes paradigmas suportam movimentos geradores de crise.

Portanto, podem os movimentos críticos colaborar para a instalação de uma crise maior dos modelos explicativo-interpretativos, gerando a oportunidade histórica para o surgimento de outros tantos paradigmas, totalmente novos ou, no mínimo, remodelados, expurgados de falhas identificadas nos anteriores.

A ciência do direito, em suas várias ramificações, também se constitui nos moldes próprios a todo saber humano, ou seja, de forma dinâmica, histórica e paradigmaticamente orientada. Cada ramo do direito supõe uma compreensão do fenômeno jurídico, com um todo.

Para além, em cada ramo específico do saber jurídico, se constituem paradigmas de leitura dos objetos que lhe são próprios. Também aqui, quando crises se anunciam e se consolidam no interior do sistema explicativo, nascem novas teorias que, buscando resistir aos ataques críticos, reformulam o sistema ou o transformam à luz das novas aquisições particulares.

Nas diversas áreas do conhecimento, o movimento, a dinâmica inerente ao saber e ao seu próprio processo de estruturação paradigmática, se produz por obra da insatisfação do homem em relação à estagnação a-histórica da ciência, firmada a convicção de que o saber evolui, movimenta-se ao sabor dos impulsos críticos sempre existentes.

Sempre haverá questões não contempladas que, quando teorizadas, poderão provocar uma crise de compreensão, no interior dos modelos compreensivos e/ou explicativos, impulsionando, invariavelmente, a criação, a reestruturação ou a destruição e substituição dos modelos sistemáticos anteriores. Pensamos que o conhecimento se enraíza na realidade histórica, por isto, sofre seus influxos, tornando-se assim dinâmico por essência.

Esta longa digressão nos convence de algo fundamental: no campo da ciência do direito penal, as coisas não se passam diversamente. Historicamente, na dogmática penal, foram construídos modelos gerais de explicação do seu objeto, o direito penal e o fenômeno do crime, firmando-se estes modelos como paradigmas de leitura e matriz de suas respectivas construções sistemáticas.

Sob a regência da evolução histórica do saber jurídico-penal, surgiram ciências especializadas, ocupando-se todas do mesmo fenômeno, o crime, mas sob diversas perspectivas. Assim, nasceram, por exemplo, a criminologia, ocupando-se esta do tema da etiologia do crime; a psicologia forense aplicada, ocupando-se da origem subjetiva e da motivação do ilícito e outras tantas ciências especializadas que, de uma forma ou de outra, têm por objeto o delito visto este, em cada uma delas, nas suas mais variadas conformações e aspectos.

#### **4. Ideário histórico-paradigmático dos mais relevantes sistemas penais**

Também no âmbito do direito penal os paradigmas explicativo-interpretativos passaram por momentos de crise e de reestruturação. Basta, para disto nos convenceremos, observar a evolução histórica deste ramo da ciência do direito.

Para nos atermos aos movimentos mais relevantes, citem-se apenas as mudanças de direção nas seguintes fases do percurso histórico da ciência do direito penal: causalismo, finalismo, sistema teleológico-racional ou funcionalista. No contexto deste último paradigma dogmático, se inserem, a nosso juízo, as discussões em torno das ditas teorias da imputação objetiva.

Por isto, para nós, uma teoria da imputação objetiva tem o condão de impulsionar uma crise produtiva no seio da dogmática penal, já que ilumina uma região teórica cujo tratamento restou obscurecido pelos modelos sistemático-penais anteriores, qual seja, a problemática da imputação penal objetiva.

Configuram-se, pois, as teorias da imputação objetiva *como gérmen crítico capaz de desestabilizar o paradigma subjetivo de interpretação do injusto*, tão celebrado no sistema finalista, *repropondo um modelo que contemple, com a devida importância, o problema da imputação ao tipo objetivo*.

Brevemente, para melhor clarificar o que acima expusemos, vejamos, mais uma vez, as mutações de paradigmas historicamente ocorridas, no âmbito da dogmática jurídico-penal.

O modelo causalista, também denominado de causal-naturalista, foi predominante, desde a origem da ciência do direito penal até, pelo menos, fins do século XIX. Seu caráter é essencialmente ontologicista. Pretendia interpretar o acontecimento delituoso partindo de premissas que sustentassem sua essência, enquanto ação propriamente humana, ação capaz de *causar* um certo efeito, reprimido pela normação penal. Neste passo, papel crucial teve o conceito basilar de *causa*, seguido de seu consectário, o conceito de *efeito*, que bem justifica a denominação deste modelo de sistema penal como causal-naturalista. Aqui, se afasta das explicações dogmáticas a perspectiva valorativa, o entendimento do crime deve se fazer ao natural, como a realidade se apresenta, sem juízos ou incursões axiológicas.

Para o causalismo, o modelo explicativo-interpretativo da dogmática jurídico-penal, é o ontológico que, partindo da “natureza das coisas”, busca chegar à definição da estrutura do delito servindo-se, para tanto, dos conceitos de causa e efeito, herdados das descrições e explicações apresentadas pelas ciências e pelo saber filosófico essencialista.

Reagindo contra as bases doutrinárias do sistema causalista, a teoria finalista da ação, ao revisitar os conceitos de ação e causa, submeteu aquele anterior sistema a uma crise de legitimação científica.

Segundo nos parece, partindo de intuições próprias do neokantismo, que introduzira a noção segundo a qual o direito é ciência às voltas com valores, os finalistas, por primeiro Hans Welzel, reconstruíram a dogmática jurídico-penal, orientada por novo paradigma explicativo-interpretativo, tendo por base o inovador conceito da *ação humana*, permeado este por uma central consideração do sujeito que pratica a ação.

A perspectiva de interpretação do delito permanece, ainda, sendo a ontológica. Contudo, ganham nova vida e estrutura os conceitos da ciência penal que, orientados por uma também nova *Weltanschauung*, sofrem um acrescentamento: o novo conceito de ação como “exercício de uma atividade final”, nas precisas palavras de Welzel.<sup>9</sup>

O modelo finalista, algumas vezes importunado por incursões críticas parciais, resistiu e resiste ainda hoje, a grandes inovações, sendo confessadamente adotado por amplo número de penalistas, no mundo inteiro e também no Brasil.<sup>10</sup>

Mas chegou, também para este imponente modelo de sistema penal, o momento histórico de sua reformulação. Cremos que uma incursão teórica especial, qual seja as novas perspectivas geradas pelo desenvolvimento de uma teoria geral da imputação objetiva vem, pelo menos a mais de três décadas, forçando os limites do paradigma finalista, obrigando-o a reestruturações cada vez mais amplas, não sendo certo que este sistema se sustentará por muito tempo, pelo menos nos seus moldes originais.

---

<sup>9</sup> Para uma visão fiel do pensamento deste grande penalista alemão, veja-se sua obra sistemática geral, *Direito Penal Alemão*, citada na bibliografia geral.

<sup>10</sup> Por todos, no Brasil, Damásio Evangelista de Jesus que, ao adotar “a teoria da imputação objetiva”(sic), frisa que o faz, “sem abandonar o finalismo”. JESUS, op. cit. p. XVII.

Com efeito, quanto à teoria da imputação, cremos que o sistema finalista tenha se dedicado, *com insistência ímpar*, à sua vertente subjetiva, introduzindo o dolo no tipo e, talvez por isto, tenha descurado o tema da imputação objetiva, atribuindo à vontade regente da ação final o importante, e quase exclusivo, papel de decidir sobre a imputação penal.

Precisamente na tentativa de se formular uma teoria de imputação objetiva reside o esforço dogmático de superar a excessiva subjetivação do fenômeno da imputação, limite no qual teria incorrido o finalismo. Por isto, uma teoria da imputação objetiva representa alteração de paradigma na ciência jurídico-penal, passando-se do antigo paradigma subjetivista, sobre o qual se construíram as teses finalistas, para aquele objetivo-normativo, operando-se verdadeiro giro em direção aos aspectos objetivos do delito e da imputação.

Antes de prosseguirmos, apontando em que medida as teorias da imputação objetiva têm inovado a dogmática penal, devemos esclarecer um ponto. A crise dos paradigmas pode conhecer inúmeras gradações, variando desde aquelas que provocam uma radical transformação dos modelos explicativos, fazendo desaparecer um e nascer (ou renascer) outro, até aquelas que provocam reestruturações dos modelos existentes, sem produção de outro modelo explicativo original, em substituição.

No fundo, nenhum sistema é tão completo a ponto de não comportar vazios explicativos ou lacunas teóricas. É esta natureza incompleta, aberta, dos sistemas como, aliás, de todo saber, que provoca, ou pelo menos pode provocar, o aparecimento das inovações e, com elas, das reestruturações ou mesmo desaparecimento de determinados paradigmas científicos.

Assim, podem ocorrer várias hipóteses de transformação dos paradigmas, segundo a maior ou menor força das inovações provocadas pelos ataques críticos. Interessa-nos, por ora, uma destas formas de reestruturação paradigmática: a reestruturação parcial.

## **5. Giro objetivista e reestruturação sistemática parcial**

Há paradigmas que se solidificam, tornando-se muito compactos. Há, ainda, aqueles que aceitam certa flexibilização de seus conceitos, embora mantenham um núcleo sistemático mais ou menos rígido. A história demonstra que estes últimos modelos científicos, por seu

caráter dinâmico, têm vida mais longa, gozando de uma vitalidade qualificada, fruto de sua flexível estrutura e, talvez, exatamente por isto consigam melhor se adaptar para buscar a superação de momentos críticos.

No caso da dogmática penal, cremos poder contar, entre os sistemas de maior vitalidade histórica, o causalista, mas também, no século XX, o finalista. Com efeito, muitas teses componentes da base teórica deste último fazem parte, ainda hoje, de um núcleo doutrinário irrecusável, sendo aceitas como contribuições históricas sólidas.

Se é verdade que, no interior do sistema finalista, se apresentam ainda vazios explicativos, denotando a existência de seus limites, não é menos verdade que, após o advento deste monumental paradigma jurídico-penal, não deve a doutrina jurídico-penal recuar a momento teórico anterior a seus avanços.

Temos que uma teoria da imputação objetiva ocupa-se em discutir e preencher um destes vazios explicativos presentes no sistema finalista. E o faz buscando revitalizar uma perspectiva pouco, ou nada, teorizada no modelo finalista, a perspectiva objetiva da imputação penal, justamente reagindo contra a *absolutização do subjetivo*, promovida por este sistema compreensivo da ação finalista.

Falamos em revitalização porque, segundo cremos, embora de modo diverso, também o causalismo valorizou a perspectiva objetiva, na construção dogmática da teoria do tipo, não tendo chegado, contudo, a tirar todas as conseqüências desta posição teórica no que diz respeito à problemática da imputação. Neste sentido, uma teoria da imputação objetiva revitaliza, agora em novas bases, a perspectiva objetiva de interpretação do delito, perspectiva esta valorizada pelo causalismo, mas obscurecida pelo sistema finalista.

Portanto, a reproposição do tema da imputação, e particularmente do problema da imputação objetiva, vem preencher um vazio temático-argumentativo que se anuncia como vazio teórico no interior mesmo do paradigma subjetivista, aposta fundamental do sistema finalista.

Com efeito, ao reagir contra a perspectiva objetivante do causalismo, propondo um novo conceito de ação, que melhor atendessem à peculiar estrutura da ação humana, o finalismo

acabou por atrofiar a perspectiva objetiva, antes valorizada no sistema causalista, gerando o esquecimento em que foi lançada a perspectiva objetiva de interpretação do injusto.

De nossa parte, não acreditamos que o primevo sistema causalista tenha historicamente se desenvolvido em todas as suas potencialidades. Com efeito, sofreu aquele sistema ataque precoce das incursões críticas dos finalistas, atrofiando-se a perspectiva objetiva que o sustentava e cedendo espaço para o novo paradigma subjetivista, proposto pelas então inovadoras teses finalistas.

Deste modo, o sistema causal-naturalista perdeu suas forças originais, declinando antes mesmo de produzir todos os frutos que estava apto a gerar, sobretudo, no que diz respeito à perspectiva objetiva de análise do injusto. Um destes possíveis frutos objetivistas somente apareceu muito posteriormente: precisamente quando o próprio sistema finalista passou a enfrentar críticas profundas, veiculadas estas pela elaboração das chamadas teorias da imputação objetiva.

Portanto, defendemos que uma das perspectivas que se atrofiaram no interior do sistema causalista foi a teoria da imputação e, com esta, uma de suas importantes componentes: a imputação objetiva.

O finalismo reagiu a este atrofiamento, reformulou todo o paradigma, firme em novos conceitos, mais consentâneos com a peculiar problemática do crime, enquanto ação humana final contrária ao direito. Mas ainda assim, o tema da imputação não restou devidamente revitalizado, já que com o advento do finalismo deu-se claro privilégio aos aspectos subjetivos da imputação penal, descurando-se o tema da imputação objetiva, tema que seria desenvolvido pelas futuras doutrinas objetivistas.

Deste modo, podemos dizer que nem todos os frutos que o causalismo abortou, o finalismo conseguiu gerar e/ou revitalizar. Restaram muitos deles embrionários no interior do então novo modelo finalista. E, por isto, subsistiram como vazios temático-argumentativos no interior do paradigma finalista, a reclamarem novo desenvolvimento. Esta exigência dogmática floresceu precisamente com o aparecimento de teorias da imputação objetiva.

Agora, a direção revolucionária, cuidando-se de temática, digamos, atrofiada na dogmática pré-finalista, e que também não logrou chamar a atenção do movimento finalista, é ditada pelas atuais teorias da imputação objetiva, que envidam esforços para revitalizar tema que a ciência jurídico-penal não pode descurar, qual seja, quando se deve atribuir, de um ponto de vista estritamente objetivo, a um determinado sujeito, como obra sua, algum evento relevante por ele causado e proibido pela normação penal.

Do que acima se disse, resulta que as teorias da imputação objetiva não se apresentam como construções, elas mesmas, de um novo sistema jurídico-penal. Contudo, estas teorias impulsionam a reformulação do paradigma finalista dominante, apontando para uma nova direção: a perspectiva normativo-objetiva, que deve sustentar as bases do sistema penal. O sistema teleológico-racional ou funcionalista é que fornece as adequadas bases teóricas para a construção de uma teoria da imputação objetivamente considerada.<sup>11</sup>

Admitir tese contrária, ou seja, que as teorias objetivistas possam, de per si, se apresentar como novo sistema jurídico-penal, implicaria em aceitar que a dogmática penal pudesse se esgotar no tema da imputação objetiva, o que seria uma sua visão francamente reducionista. Mesmo porque, até mesmo o tema da imputação comporta desdobramentos mais amplos, não se podendo reduzir aos aspectos objetivos. *Aliás, é sabido que uma teoria da imputação objetiva não se firma como uma teoria geral da imputação, mas sim apenas como uma de suas componentes, aquela atinente ao aspecto estritamente objetivo o que, aliás, ressaí da própria denominação que recebem.*

Não se deve, contudo, negar que as teorias da imputação objetiva, com o tematizar, sob novas luzes, o aspecto objetivo da imputação penal, proponham uma reformulação considerável de toda a dogmática penal, orientando-a em direção a uma perspectiva objetivo-normativa.

## **6. Considerações finais**

Podemos concluir: as teorias da imputação objetiva, a par de proporem uma remodelagem da dogmática jurídico-penal, não são por si mesmas aptas a substituir o paradigma dogmático

---

<sup>11</sup> Sobre as bases funcionalistas sobre as quais se pode construir uma adequada teoria da imputação objetiva, ver referências bibliográficas, ao final.

defendido pelo finalismo, mas destinam-se a *impulsionar a constituição de um novo sistema teleologicamente orientado* que, provavelmente, virá cumprir este papel de total reestruturação paradigmática da ciência do direito penal.

Por agora, uma convicção nos anima: fundadas no modelo funcionalista, do qual irradia a seiva que vivifica suas raízes e resultados, as teorias da imputação objetiva, na atualidade, têm sido objeto de interesse de inumeráveis teóricos em todo o mundo e, confessadamente, não atingiu ainda seus últimos desenvolvimentos.

Esta constatação nos convence de que os impulsos críticos em direção à consolidação do novo sistema teleológico-racional, impulsos, que as doutrinas objetivistas representam com honras, ainda não cessaram e, segundo nos parece, já produziram e ainda produzirão muitos frutos teóricos, irrecusavelmente válidos.

Se existem várias teorias da imputação objetiva devendo, doravante, cada uma delas justificar suas teses e questionar seus pressupostos, buscando uma legitimação, a vertente teórica que mais nos parece produtiva é aquela que fixa suas raízes no fértil terreno funcionalista.

Reconhecemos, contudo, que exatamente por serem várias as teorias objetivistas, anuncia-se promissor futuro para a dogmática jurídico-penal, no que diz respeito à problemática da imputação, já que estas combatem em várias direções, incitando desenvolvimentos teóricos variados para o tema.

Por tudo, temos como certo que o tema da imputação objetiva diz-se no plural, sobre ele existem *teorias*, cada qual iluminando um ponto obscuro no velho debate dogmático acerca da imputação jurídico-penal.

Só o futuro dirá, é preciso reconhecer, qual será o destino das novas sendas abertas pelas doutrinas objetivistas. Tanto, podemos assistir à constituição e solidificação de um novo paradigma jurídico penal por elas fomentado, quanto podemos presenciar uma revitalização de modelo já existente, mas renovando-se suas forças e preenchendo-se os vazios explicativos nele criticados.

Não ocorrerá, seguramente, silêncio dos teóricos sobre os desenvolvimentos alcançados pelas doutrinas objetivistas. Com efeito, as descobertas operadas por aquelas doutrinas sempre ensejarão movimentos de apoio ou repulsa: o tema da imputação ganhou, inevitavelmente, novas luzes após o advento das teorias objetivistas, constituindo-se estas como ponto de partida obrigatório de uma teoria geral da imputação penal.

## 7. Referências Bibliográficas

CANCIO MELIÁ, Manuel. *La exclusion de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima(Imputación a la Víctima)*. In: AA.VV. *Estudios sobre la teoría de imputación objetiva*. Buenos Aires: AD-HOC, 1998.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal – Parte Geral*. Vol. I. São Paulo: Forense Editora, 2008. GRECO FILHO, Vicente. *Imputação objetiva: O que é isso?* Disponível em: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), acesso em 21/05/2009.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio de. *A Doutrina Brasileira e a Teoria da Imputação – Alguns posicionamentos*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, acesso em 5 de outubro de 2001. Disponível em: [www.damasio.com.br/novo/hltm/frame\\_artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/hltm/frame_artigos.htm). Acesso em 3 de outubro de 2008.

JESUS, Damásio Evangelista. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

KÖSTER, Mariana Sacher de. *La evolución del tipo subjetivo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

ORDEIG, Enrique Gimbernat, *Delitos qualificados por el Resultado Y Causalidad*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramos Areces, 1990.

PRADO, Luís Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado – Uma Aproximação Crítica a seus Fundamentos*. São Paulo: RT, 2002.

REALI, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: De Spinoza a Kant*. Trad. Ivo Storniolo. Rev. Zolferino Tonon. São Paulo: Paulus, 2005.

REALI, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Do Romantismo ao Empiriocriticismo*. Trad. Ivo Storniolo. Rev. Zolferino Tonon. São Paulo: Paulus, 2005.

ROXIN, Claus, *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. Tradução de Luís Greco.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Veja: Lisboa, 1998, 3. ed.

ROXIN, Claus. *Tem Futuro o Direito Penal?* In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, número 790, pp. 459 – 474. agosto/2001.

TERRAGNI, Marco Antonio, *Causalidad e imputación objetiva en la doctrina y la jurisprudencia Argentina*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

WELZEL, Hans, *Direito Penal*, Trad.Dr. Afonso Celso Resende. Campinas: Ed. Romana, 2003.

## **EC 91/2016: Emenda Constitucional, Mutação Constitucional ou Mutação Jurisprudencial?**

Polianna Pereira dos Santos<sup>1</sup>

Rafaella Barbosa Leão<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo trata da Emenda Constitucional n  91 de 2016, a qual permite de forma excepcional que o detentor de mandato eletivo possa se desligar do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes   promulgação da Emenda, sem prejuízo do mandato. Ademais, a forma com que ingressou no ordenamento jurídico será objeto de verificação se realmente seria uma manifestação do Poder Constituinte Derivado reformador via Emenda   Constituição ou se mais se aproximaria do Poder Constituinte Difuso (muta o constitucional), na medida em que se trata de uma emenda “avulsa” que não altera o texto ou a interpretação constitucional. Para tanto, propomos uma breve análise sobre a teoria do Poder Constituinte. O texto abordará ainda a questão da fidelidade partidária na jurisprudência do STF e na Lei 13.165/2015, a fim de contextualizar a Emenda Constitucional n  91/015 e analisar a nova hipótese de desfiliação partidária sem justa causa. Ao final,   proposta a ideia da “muta o jurisprudencial” promovida pela Emenda n  91, que apenas serviu de instrumento para um desvirtuamento da interpretação sobre fidelidade partidária e perda de mandato, firmado pelo STF em 2007.

**Palavras chaves:** Poder Constituinte. Emenda constitucional. Fidelidade partidária.

**Abstract:** This article deals with the Constitutional Amendment No. 91 of 2016 which allows an exceptional way to the elective office holder can turn off the party for which he was elected in the thirty days following the enactment of the amendment, without prejudice to the mandate. Moreover, the way he entered the law will be subject to verification really would be a manifestation of derivative constituent power reformer via Amendment to the Constitution or if more would approach the constituent power Diffuse (constitutional mutation), in that it is

---

<sup>1</sup>Mestranda em Direito Político (UFMG). Especialista em Ciências Penais (IEC-PUC Minas). Professora de Graduação em Direito (UNIPAC - Itabirito) e de P s-graduação lato sensu (PUC Minas e ESA OAB/MG). Assessora Jurídica da Procuradoria Regional Eleitoral. Membro-fundadora da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). E-mail: poliannasantos@gmail.com.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito (PUC Minas). Procuradora do Estado de Minas Gerais. Professora. E-mail: rafaellaleao4@hotmail.com

a amendment "spare" that does not change the text or constitutional interpretation. Therefore, we propose a brief analysis on the theory of constituent power. The text also address the issue of party loyalty in the Supreme Court jurisprudence and Law 13,165 / 2015 in order to contextualize the Constitutional Amendment No. 91/015 and analyze new hypothesis party disaffiliation without cause. Finally, the proposal is the idea of "jurisprudential mutation" promoted by Amendment No. 91, which only served as an instrument to a distortion of the interpretation of party loyalty and loss of mandate, signed by the Supreme Court in 2007.

**Key words:** Constitutional Power. Constitutional amendment. Partisan loyalty.

## INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 91 foi a primeira Emenda à Constituição publicada em 2016, mais precisamente no dia 19 de fevereiro, desse ano que já entra para a história política do país. Seu objeto é a possibilidade, excepcional, de desfiliação partidária, sem prejuízo do mandato. Sua forma, contudo, é algo curioso, pois trata de uma emenda “avulsa” que não altera efetivamente nenhuma norma constitucional, mas ao mesmo tempo, representa um fragmento da famigerada “Reforma Política”<sup>3</sup> que continua em debate no Congresso Nacional.

Em se tratando de um mecanismo de reforma constitucional, nada mais apropriado do que lembrarmos a teoria do poder constituinte para contextualizarmos a forma de ingresso (e já de saída) da EC nº 91/16 em nosso ordenamento jurídico. Para tanto, o presente estudo propõe uma análise sobre os principais aspectos do Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Derivado, passando pelas suas espécies, em especial, pelo Poder Constituinte Derivado de Reforma da Constituição, gênero do qual se derivam a Revisão (reforma global do texto constitucional) e as Emendas (alteração formal e pontual da Constituição). Isso porque, é sob o manto de Poder Constituinte Derivado de Reforma via Emendas que surgiu a

---

<sup>3</sup>Originariamente a PEC 113/15, de iniciativa do Senado Federal, apresentava a seguinte ementa: “Reforma as instituições político-eleitorais, alterando os artigos 14, 17, 57 e 61 da Constituição Federal, e cria regras temporárias para vigorar no período de transição para o novo modelo, acrescentando o art. 101 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.” Apenas uma parte da PEC facultava a desfiliação nos trinta dias após a promulgação da Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato e desconsiderada a alteração do quadro partidário para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão. Para informações detalhadas sobre o trâmite da PEC, sugerimos o sítio eletrônico do Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122759>>. Acesso em 02.05.2016.

EC 91/16. Todavia, indagaremos se essa foi mesmo a melhor forma ou técnica empregada pelo legislador.

Na sequência, o texto abordará a questão da fidelidade partidária, seus aspectos históricos, a regulamentação por meio de resolução, a minirreforma de 2015 e, finalmente, o exame da Emenda Constitucional nº 91, propriamente dita.

Em conclusão, analisaremos se de fato a EC nº 91/16 seria mesmo uma Emenda Constitucional ou se mais se assemelharia a uma Mutação Constitucional ou, ainda, se não caracterizaria nem uma, nem outra espécie de alteração da Constituição e sim, uma espécie de “mutação jurisprudencial” transvestida na forma de Emenda à Constituição.

## 2. TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte pode ser entendido como o poder de criar uma nova Constituição ou alterar uma Constituição já existente mediante acréscimos, alterações ou supressões no seu texto. Uma vez que representa a prerrogativa de criação ou alteração do documento jurídico mais importante de uma sociedade, o poder constituinte é conceituado, também, como “*a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado*” (MORAES, 2006, p. 21)

A noção de poder constituinte está, portanto, vinculada ao surgimento das constituições escritas e o desenvolvimento desse conceito - com a atribuição de sua titularidade à nação, e, mais recentemente, ao povo - tem como finalidade a limitação do poder do Estado e a preservação dos direitos e garantias individuais.

Nas lições do Prof. J.J. Canotilho, quando aborda a gênese do Poder Constituinte, é possível identificar que “*Revelar, dizer e criar uma constituição são os modi operandi das três experiências constituintes*”, na medida em que:

(...) os ingleses compreendem o poder constituinte como um processo histórico de revelação da ‘constituição de Inglaterra’; os americanos dizem num texto escrito, produzido por um poder constituinte ‘the fundamental and paramount law of the nation’; os franceses criam uma nova ordem jurídico-constitucional através da ‘destruição’ do antigo e a ‘construção do novo’, traçando a arquitetura da nova

‘cidade política’ num texto escrito – a constituição.”(CANOTILHO, 2002, p. 68-69)

Fato é que depois de revelada, dita ou criada, a Constituição, obra prima do Poder Constituinte Originário, não poderia ser imutável e indiferente aos influxos e anseios sociais. Por essa razão, o próprio Poder Constituinte Originário dá vida e forma ao Poder Constituinte Derivado Reformador, que por excelência é limitado e condicionado àquele, seu criador.

Assim teríamos: *i)* Poder Constituinte Originário; *ii)* o Poder Constituinte Derivado, subdividido em *ii.1)* Poder Constituinte Derivado de Reforma – via Revisão da Constituição e via Emendas – e *ii.2)* Poder Constituinte Derivado Decorrente, o qual permite que o Estados-membros criem suas próprias Constituições. (Por fim, para alguns doutrinadores, ainda haveria uma concepção moderna de Poder Constituinte que seria o *iii)* Poder Constituinte Difuso, consubstanciado através das mutações constitucionais.

O Poder Constituinte Originário ou de 1º grau é aquele que cria uma nova constituição instaurando, por conseqüência, uma nova ordem jurídica que rompe completamente com a ordem jurídica anterior. Trata-se de um poder de fato, de um poder político, ou, segundo alguns, de uma força ou energia social. Ele se subdivide em histórico (autêntico poder constituinte originário, que cria pela primeira vez o Estado) e revolucionário (seriam todos os poderes constituintes posteriores ao histórico). Em síntese, se caracteriza por ser inicial, incondicionado, soberano, autônomo, ilimitado juridicamente e permanente.

Já o Poder Constituinte Derivado ou de 2º grau é aquele instituído pelo poder constituinte originário e se manifesta no poder de alterar uma Constituição já existente (Poder Constituinte Derivado de Reforma), sendo, também, o poder de estruturar as constituições dos Estados-Membros (Poder Constituinte Derivado Decorrente, conforme art. 11, ADCT). Desta forma, além de ser um poder derivado do poder constituinte originário, é limitado, condicionado e subordinado às regras estabelecidas por esse mesmo poder constituinte originário.

Isto posto, ao analisarmos cada uma das espécies de Reforma da Constituição temos que o Poder Constituinte Derivado Revisor é o poder que corresponde a uma prerrogativa para revisão da Constituição na forma de uma reavaliação genérica, em princípio destinada a atualizar o texto constitucional em relação às eventuais mudanças sociais ocorridas desde a promulgação. Sua manifestação é percebida no art. 3º do ADCT que estabeleceu uma revisão constitucional, a ser realizada após cinco anos da promulgação da Constituição de 1988,

mediante um processo diferenciado que exigia voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Ao todo foram seis Emendas Constitucionais de Revisão em 1994.

Quanto aos limites materiais de tal revisão, prevaleceu, após grande polêmica, o entendimento de que o Poder Constituinte Derivado Revisor tinha os mesmos limites materiais do Poder Constituinte Derivado Reformador, vale dizer, as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da CF/88.

Já o Poder Constituinte Derivado Reformador via Emendas destaca-se como aquele que encerra a prerrogativa de alteração da Constituição Federal mediante um procedimento específico instituído pelo poder constituinte originário (art. 59, I c/c art. 60, CF) e que se manifesta através das Emendas à Constituição. Na elaboração da emenda, o Congresso Nacional submete-se, portanto, a diversas ordens de limites constitucionais explícitos e implícitos.

Desta forma, o órgão do poder de reforma, no caso o Congresso Nacional, obrigatoriamente deverá conduzir o processo legislativo necessário à produção da emenda nos estritos termos previstos pela Constituição (art. 60, I a III c/c art. 60, § 2º, § 3º e § 5º). Trata-se, portanto, dos limites formais ou procedimentais ao Poder de Reforma. Assim, a inobservância de qualquer aspecto formal do processo de elaboração da emenda previsto na Constituição a tornará passível de impugnação via sistema de controle de constitucionalidade.

O art. 60, § 1º, por sua vez, veda a reforma durante a incidência de algum evento de caráter extraordinário em relação à rotina federativa ou social, trazendo, portanto, os chamados limites circunstanciais. Revelam-se limitações circunstanciais a proibição de emendas pela CF/88 durante a vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Por último, as limitações materiais apresentam-se como opções do constituinte originário realizadas expressamente no texto constitucional e vedam que determinadas matérias ou conteúdos da constituição possam ser suprimidos. Esse núcleo do art. 60, § 4º, intitulado de *cláusulas pétreas*, não admite, portanto, emenda à constituição tendente a abolir: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Há ainda uma corrente de doutrinadores – majoritária<sup>4</sup> (BULOS, 2007, pg. 53; JELLINEK, 1991, pg. 91; MENDES, 2013, pg. 134; FERNANDES, 2015, pg. 145-146) – que irá reconhecer que “a Constituição pode sofrer alterações informais, ou seja, uma evolução

*nas dimensões sintática, semântica e pragmática do texto*” (SOUZA CRUZ, 2006, pg. 61), isto é, que a Constituição pode ser alterada por meio de mutações constitucionais. Vale destacar aqui que esse fenômeno das mutações (constitucionais ou inconstitucionais) foi classificado por Uadi Lammêgo Bulos como uma espécie Poder Constituinte Difuso. (BULOS, 2007).

Nesse sentido, as mutações constitucionais permitem as mudanças informais da Constituição, na medida em que se altera apenas o sentido da norma, sem, contudo, alterar o texto Constitucional. São, portanto, alterações semânticas, fruto da hermenêutica constitucional. Em outras palavras, elas representam um processo informal de mudanças interpretativas, impulsionado pela própria dinâmica social. De fato, a evolução da sociedade comumente impõe a alteração da interpretação jurídica de dispositivos e conceitos da constituição, trazendo a descoberta de novos conteúdos no texto constitucional ou a ênfase de conteúdos até então não valorizados.

Mas afinal, feitas essas explanações sobre a teoria do Poder Constituinte, em qual espécie poderíamos enquadrar a reforma constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 91/16? Seria mesmo uma Emenda à Constituição em sentido formal e material?

Ora, sendo o Poder Constituinte Reformador via Emenda uma espécie de alteração formal da Constituição, é razoável pressupormos que após observado o seu devido processo legislativo, a Emenda à Constituição seja promulgada com a ementa que indique quais artigos da Constituição foram modificados, acrescidos ou suprimidos (uma vez que a expressão “emenda” deva ser compreendida em seu sentido mais amplo que não se restringe tão somente à acréscimos ao texto). Razão pela qual, a ementa da PEC 113/15 que tramitou no Senado Federal e deu origem à EC 91/16, continha o seguinte texto:

Reforma as instituições político-eleitorais, alterando os arts. 14, 17, 57 e 61 da Constituição Federal, e cria regras temporárias para vigorar no período de transição para o novo modelo, acrescentando o art. 101 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No entanto, e para nossa grande surpresa, a inédita, criativa e precursora Emenda Constitucional nº 91/16 apenas traz em sua ementa a seguinte redação: *“Altera a Constituição*

*Federal para estabelecer a possibilidade, excepcional e em período determinado, de desfiliação partidária, sem prejuízo do mandato”.*

Diante dessa nova – e inusitada – ementa, verificamos se haveria, no ADCT, a inclusão de algum artigo. Sem sucesso. Nenhum dispositivo alterado. O que temos então? Uma Emenda à Constituição que, pelo menos sob o ponto de vista formal, não altera nenhum dispositivo constitucional, seja no corpo da Constituição, seja nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Por ora, então, só nos resta a certeza de que estamos diante de uma Emenda que altera, e ao mesmo tempo, não altera a Constituição Federal de 1988.

### **3. A EC 91 E A FIDELIDADE PARTIDÁRIA**

Ressalvado o aspecto formal da Emenda Constitucional nº 91/16, quanto ao seu conteúdo central que é a questão da fidelidade partidária observa-se que a matéria já foi abordada em Constituições Brasileiras passadas.

Importante pontuar que apesar de a temática referente à fidelidade partidária ter sido introduzida no ordenamento jurídico a partir da Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, designada como “disciplina partidária” pelo art. 152<sup>4</sup> foi extinta pela Emenda Constitucional nº. 25 de 1985. Havia, no texto original, previsão expressa de perda de mandato em virtude da inobservância da disciplina partidária<sup>5</sup>. A Constituição da República de 1988 voltou a tratar do tema, em seu artigo 17<sup>6</sup>, sem, no entanto, prever sanções pela inobservância ao princípio da

---

<sup>4</sup>Art. 152. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

I - regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem;

II - personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos;

III - atuação permanente, dentro de programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral, e sem vinculação, de qualquer natureza, com a ação de governos, entidades ou partidos estrangeiros;

IV - fiscalização financeira;

V - disciplina partidária;

VI - âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos diretórios locais;

VII - exigência de cinco por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, em sete Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles; e VIII - proibição de coligações partidárias.

<sup>5</sup>Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.

<sup>6</sup>Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

fidelidade partidária. Aliás, não há nem mesmo previsão infraconstitucional de sanções aplicáveis à inobservância ao princípio em questão.

É exatamente com base na ausência de previsão específica sobre a perda de mandato em virtude de violação à fidelidade partidária que o STF, em um primeiro julgado, entendeu pela não adoção do princípio da fidelidade partidária pela Constituição da República – CR/88.

Em 1989 a Corte julgou o MS nº. 20927/DF, da Relatoria do Min. Moreira Alves, em que firmou entendimento sobre a inaplicabilidade do princípio da infidelidade partidária aos candidatos eleitos e aos suplentes. Era possível concluir, portanto, que o mandato pertencia ao indivíduo eleito, que poderia trocar de legenda sem ter o risco de perder sua vaga<sup>7</sup>. Os Ministros indicam claramente a compreensão sobre a personalidade dessa representação que teria sido adotada pela CR/88. É possível citar, por exemplo, trechos do voto do Min. Relator, Moreira Alves:

(...) o direito à posse - decorre exclusivamente do diploma que lhes foi conferido, em virtude da eleição, pela Justiça Eleitoral, sem levar em conta a persistência da vinculação ao partido pelo qual (...) se elegeram.

(...)

Com efeito, a vinculação ao Partido é apenas condição de elegibilidade (art. 14, §3º), e não condição para que o eleito diplomado se empossasse como deputado.

---

(...)

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)

(...)

<sup>7</sup>MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDARIA. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. - EM QUE PESE O PRINCÍPIO DA REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL E A REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR FEDERAL POR INTERMÉDIO DOS PARTIDOS POLÍTICOS, NÃO PERDE A CONDIÇÃO DE SUPLENTE O CANDIDATO DIPLOMADO PELA JUSTIÇA ELEITORAL QUE, POSTERIORMENTE, SE DESVINCULA DO PARTIDO OU ALIANÇA PARTIDARIA PELO QUAL SE ELEGEU. - A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FIDELIDADE PARTIDARIA AOS PARLAMENTARES EMPOSSADOS SE ESTENDE, NO SILENCIO DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI, AOS RESPECTIVOS SUPLENTE. - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. (MS 20927, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/1989, DJ 15-04-1994 PP-08061 EMENT VOL-01740-01 PP-00130)

Esse entendimento, com qual se perfila, por exemplo, Fávila Ribeir<sup>8</sup>, prevaleceu até 2007. Neste ano, o Tribunal Superior Eleitoral - TSE ao responder afirmativamente à Consulta nº. 1398<sup>9</sup> indicou que o mandato não seria do parlamentar e sim do partido, que teria direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional<sup>10</sup>.

Diante dessa nova interpretação, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a responder sobre a questão nos Mandados de Segurança nº. 26602<sup>11</sup>, 26603<sup>12</sup> e 26604<sup>13</sup>. Neste momento

---

<sup>8</sup>O autor destaca o fato de que a Constituição da República citou a fidelidade partidária, no §1º do art. 17, reservando, todavia, a matéria à normação estatutária de cada partido: “Nesse lance [a CR/88] pretendeu afastar, com pura e excessiva simplicidade, a sanção verdadeira da perda de mandato, pondo-se em condição de ostensiva infringência ao invocado art. 17, §1º, da Constituição Federal, que colocou o problema da fidelidade partidária a ser obrigatória e compativelmente enfrentada nos estatutos partidários. A matéria não pode escapar do disciplinamento estatutário, por ser usurpação da competência reservada pela Constituição Federal aos partidos políticos, com aspectos inerentes e exclusivos de suas disponibilidades estatutárias, competência essa das quais não se podem eximir os partidos políticos por ser matéria de sua específica responsabilidade, e que não pode, absolutamente, deixar de ser contemplada” (RIBEIRO, Fávila. Direito Eleitoral. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. P. 331)

<sup>9</sup>CONSULTA. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. CANDIDATO ELEITO. CANCELAMENTO DE FILIAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PARTIDO. VAGA. AGREMIÇÃO. RESPOSTA AFIRMATIVA.(CONSULTA nº 1398, Resolução nº 22526 de 27/03/2007, Relator(a) Min. FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 08/05/2007, Página 143 )

<sup>10</sup>Cumprir citar brevemente trecho do voto do Min. Relato, Cesar Asfor Rocha sobre o ponto: “Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor.”

<sup>11</sup>EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTE. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada.(MS 26602, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-02 PP-00190 RTJ VOL-00208-01 PP-00072)

<sup>12</sup>MS 26603, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318

o STF, seguindo a linha do entendimento externado pelo TSE, revisou seu posicionamento anterior para concluir que o mandato pertence ao partido, e não ao eleito. Declarou, para tanto, a possibilidade de perda de mandato por desfiliação sem justa causa, com um preliminar delineamento do que poderia ser considerado como justificativa para a desfiliação.

O STF buscou frisar, nesses julgados, que não haveria sanção em decorrência da desfiliação partidária, ante ao direito de livre associação albergado pela Constituição da República. Haveria, no entanto, hipótese de consequência legal da desfiliação, considerando os princípios da fidelidade partidária, e da representação partidária. Cumpre citar brevemente trecho do voto do Min. Cezar Peluso, que esclarece a questão da possibilidade de perda de mandato:

Não se trata, sublinhe-se, de sanção pela mudança de partido, a qual não configura ato ilícito, mas do reconhecimento da inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo, como efeito sistêmico-normativo da realização histórica (...) da hipótese de desfiliação ou transferência injustificada, entendida como ato culposo incompatível com a função representativa do ideário político em cujo nome foi eleito.

Ainda no ano de 2007 o Tribunal Superior Eleitoral expediu resolução sobre o tema, conforme determinação do Supremo Tribunal Federal no MS 26604<sup>14</sup>: a Resolução TSE nº. 22610/2007. Esta resolução prevê as hipóteses de justificação para a desfiliação do partido pelo qual fora eleito o mandatário, bem como a sanção de perda de mandato para aqueles que se desfilarem sem justa causa; trata ainda do rito a ser observado, aponta os legitimados e indica o prazo, considerado de natureza decadencial, para o ajuizamento da Ação de Perda de Cargo Eletivo

---

<sup>13</sup>MS 26604, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-02 PP-00135 RTJ VOL-00206-02 PP-00626

<sup>14</sup>É o que se extrai da decisão proferida no MS 26604, de Relatoria da Min Carmen Lúcia (MS 26604, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-02 PP-00135 RTJ VOL-00206-02 PP-00626): “o Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de segurança e concedeu parcialmente a ordem, para o efeito de determinar ao Presidente da Câmara dos Deputados que remeta ao Tribunal Superior Eleitoral o pedido de declaração de vacância do posto ocupado pela litisconsorte Jusmari Terezinha de Souza Oliveira, a fim de que aquela Corte, após adotar resolução disciplinadora do procedimento de justificação, decida sobre a matéria, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, que denegavam totalmente a ordem, e os Senhores Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que a concediam em maior extensão. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Plenário, 04.10.2007.

por Infidelidade Partidária. Importa ressaltar que a Resolução apresenta como primeiro legitimado a propor a ação de perda do mandato o Partido Político interessado<sup>15</sup>.

O Procurador Geral da República questionou a constitucionalidade da Resolução em 2008 (ADI nº. 4.086), apontando as seguintes violações: (a) à reserva de Lei Complementar para definição de competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (Art. 121, CR); (b) à reserva de lei, de competência do Parlamento e do Presidente da República, por instituir direito eleitoral novo (perda de mandato por desfiliação sem justa causa) e por inovar em matéria processual, tratado sobre a petição inicial cabível, provas, julgamento antecipado da lide, entre outros (art. 22, I; 48; 84, IV, CR); (c) cria nova atribuição ao Ministério Público, ao apontar sua legitimidade ativa na ação de perda de mandato, violando a reserva de lei (art. 128, §5º, c/c 129, IX, CR); e (d) ao princípio da separação dos poderes, por invadir competência legislativa (art. 2º; art. 60, §4º, III, CR).

A ADI 4.086 foi julgada em conjunto com a ADI 3.999, proposta pelo Partido Social Cristão – PSC, contendo basicamente os mesmos fundamentos. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, julgou por maioria improcedente a ação direta e declarou a constitucionalidade da Resolução<sup>16</sup>. O Relator, Min. Joaquim Barbosa, afirmou que a Resolução seria uma forma

---

<sup>15</sup>Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

<sup>16</sup>EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o

temporária de resolver a questão da falta de regulamentação da perda de mandato por violação ao princípio da Fidelidade Partidária, ressaltando o fato de que seria uma incongruência o Tribunal reconhecer um princípio e sua aplicação em nosso ordenamento (Fidelidade Partidária) sem indicar instrumentos para sua aplicação<sup>17</sup>.

Nota-se, ao analisar o inteiro teor do julgamento da ADI 4086 (em conjunto com a ADI 3999), o pragmatismo da decisão que reconheceu por maioria a constitucionalidade da Resolução TSE 22610/2007. A maioria dos Ministros entendeu que a regulamentação da questão pelo TSE, enquanto o legislativo não disciplina adequadamente o tema, é legal, constitucional, e necessária, inclusive para dar eficácia e efetividade às decisões proferidas pela Corte no julgamento dos MS 26602, 26603 e 26604. Apenas o Min. Cezar Peluso acrescenta um fundamento ao voto vencedor: A Resolução é constitucional, pois atende ao *“princípio do devido processo legal, de fonte constitucional, porque nasce exatamente da eficácia de coisa julgada que a Constituição lhe garante”*.

A Resolução TSE 22610/2007 foi, por muito tempo, a única “norma<sup>18</sup>” a tratar da possibilidade de perda de mandato por desfiliação sem justa causa – sob a justificativa de proteger o princípio da Fidelidade Partidária.

Em 2015, contudo, sobreveio a Minirreforma Eleitoral, por meio da Lei 13.165. A Lei 13.165/2015 foi promulgada num momento de furor político, aparecendo de certa forma como resposta às manifestações populares de junho de 2013 no Brasil. Essas manifestações tiveram

---

Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente. (ADI 3999, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2008, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-01 PP-00099 RTJ VOL-00208-03 PP-01024)

<sup>17</sup>A decisão do Supremo Tribunal Federal não foi unânime. O Min. Eros Grau votou pela procedência a ADI e inaugurou a divergência, afirmando ser a Resolução 22610/2007 “múltipla e francamente inconstitucional”: “Providências referidas no inciso XVIII e instruções mencionadas no inciso IX do art. 23 do Código Eleitoral respeitam à execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral. Vale dizer: as instruções e providências normativas de que se trata são análogas aos decretos e regulamentos baixados pelo Presidente da República para a fiel execução das leis, os chamados regulamentos de execução (art. 84, IV da Constituição). Tal como as instruções que podem baixar os Ministros de Estado para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 87, II da Constituição), não podem inovar o ordenamento jurídico. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E aqui - seja nos incisos XVII e IX do Código Eleitoral, seja no inciso IV do artigo 84 e no inciso II do artigo 87 da Constituição - não há autorização, ao TSE, ao Presidente da República e aos ministros de Estado, senão para disporem sobre a execução de leis, secundum legem. Jamais para disporem contra ou praeter legem. (Grifos no original) (...) O fato, de toda sorte, é que o TSE não foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre matéria eleitoral. E nem poderia essa faculdade a ele ter sido conferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao menos ao que me consta, ainda não distribui competências normativas, em lugar da Constituição... (...) Pode, é certo, o Tribunal Superior Eleitoral, exercer função normativa, mas exclusivamente tendo em vista, e nesses limites, a execução das leis.” O Min. Marco Aurélio acompanhou a divergência, compreendendo que o TSE legislou ao criar a Resolução nº. 22610/2007, não possuindo competência para tanto.

<sup>18</sup>Não se desconhece o fato de que Resolução não é Lei, e a função normativa da Justiça Eleitoral é limitada, ou seja, a rigor não pode inovar no ordenamento jurídico. Não é, no entanto, o caso que se apresenta.

como marco inicial a discussão sobre aumento de tarifas de transporte público em São Paulo, e com o passar dos dias, da repercussão e da repressão policial sofrida passou a representar diversas bandeiras em todo território brasileiro, tais como a Copa do Mundo de 2014 no Brasil e os gastos públicos realizados com essa finalidade, corrupção, entre outros, e marcaram um desprestígio da classe política com o seu eleitorado<sup>19</sup>.

O momento político foi oportuno para as modificações, mas o Projeto de Lei que culminou com a promulgação da Lei 13165/2015 foi apresentado em junho de 2013, pouco antes do ápice das manifestações populares. Desta forma, o PL 5735/2013 recebeu 135 emendas antes de a Lei 13165/2015 ser promulgada.

A minirreforma de 2015 envolveu temáticas das mais diversas, e sua aprovação foi realizada com relativa urgência, ante a finalidade de aprovar as modificações em tempo hábil para que pudessem ser aplicadas já nas eleições seguintes, de 2016, em atenção ao princípio da anualidade eleitoral, conforme disposto no art. 16 da Constituição da República<sup>20</sup>.

Um dos pontos tratado pela novel lei foi a fidelidade partidária. A Lei 13165/2015 alterou a Lei 9096/95, a Lei de Organização Político Partidária para incluir o art. 22-A, que dispõe expressamente sobre a possibilidade de perda de mandato em virtude de desfiliação partidária:

Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II - grave discriminação política pessoal; e

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

---

<sup>19</sup>A referência às manifestações populares de 2013 no Brasil é utilizada neste breve estudo apenas para fins de contextualização. Sobre o tema, sugere-se a leitura do texto “Brasil, Manifestações Populares e Grandes Eventos: Questões de (In)Segurança e Imagem Internacional”, de Bernardo Wahl G. de Araújo Jorge (JORGE, Bernardo Wahl G. de Araújo. “Brasil, Manifestações Populares e Grandes Eventos: Questões de (In)Segurança e Imagem Internacional. Revista Mundorama, 2013.).

<sup>20</sup>De acordo com o art. 16, CR, “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. A jurisprudência mais recente entende que o processo eleitoral tem início no prazo para a definição de domicílio eleitoral e filiação partidária. Apesar de a novel lei ter modificado esse prazo com relação à filiação partidária – seis meses antes da data do pleito – o prazo para a definição do domicílio eleitoral permanece inalterado – um ano antes da data do pleito.

Interessa destacar, portanto, que a Lei dos Partidos Políticos passa, após a minirreforma de 2015, a tratar sobre a possibilidade de perda de mandato por desfiliação sem justa causa, e apresenta as hipóteses que caracterizariam justa causa para essa desfiliação – trazendo hipóteses distintas da Resolução TSE 22610/2007, e excluindo algumas das que estavam previstas naquele texto. Além disso, não há nenhum dispositivo tratando sobre procedimento para a ação cabível, de modo que é possível concluir que será mantida a Resolução TSE 22610/2007 no que diz respeito aos aspectos processuais, enquanto o teor material da norma passa a ser regulamentado pela Lei 9096/95, após as alterações de 2015.

A Resolução TSE 22610/2007 considerava como justa causa para desfiliação a incorporação ou fusão do partido; a criação de novo partido; a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; a grave discriminação pessoal. A Lei 13165/2015 deixa de tratar como justa causa para desfiliação as duas primeiras hipóteses, relacionadas à incorporação, fusão e criação de partido novo<sup>21</sup>, e traz como nova hipótese, a “janela de desfiliação partidária”.

A “janela de desfiliação” trazida pela Minirreforma de 2015 prevê que o mandatário que deixar o partido pelo qual fora eleito nos 30 dias que antecedem ao prazo mínimo legal de filiação partidária<sup>22</sup> não perderá seu mandato. Não se trata, contudo, de qualquer mandatário. O art. 22-A, p.ú, III, LOPP trata especificamente do mandatário que ocupa um dos cargos que estará em disputa nas eleições subsequentes. É dizer, se serão realizadas eleições municipais, os cargos em disputa serão de Prefeito, Vice-Prefeito e vereadores. No caso de Prefeito e Vice-prefeito – eleitos conforme o sistema majoritário – não se aplica a regra da perda de mandato por desfiliação sem justa causa<sup>23</sup>, ou seja, segundo o STF é inaplicável a regra de

---

<sup>21</sup>Verificou-se que muitos mandatários deixavam os partidos pelos quais foram eleitos para filiarem-se a novas siglas partidárias, o que poderia tornar o controle da fidelidade partidária um pouco frágil. No entanto, as razões para as mudanças sobre as hipóteses de justa causa não serão objeto de análise do presente estudo, para não perder ao foco, que no caso, é a EC 91/2016.

<sup>22</sup>Após a minirreforma de 2015, promovida pela Lei 1315, o art. 9º da Lei das Eleições passou a prever o prazo mínimo de desfiliação partidária de seis meses, e não mais um ano.

<sup>23</sup>Em 2015 o STF firmou o entendimento nesse sentido, nos autos da ADI 5081. Importa destacar que o STF considerou o fato de que, nas eleições majoritárias, o “peso” ou o papel dos partidos políticos é diferente das eleições proporcionais. É o que se pode conferir da análise da emenda o referido julgado: Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO. 1. Cabimento da ação. Nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. 2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. 3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito

perda de mandato por infidelidade partidária ao sistema eleitoral majoritário. Já os vereadores, estes sim, eleitos conforme o sistema proporcional, podem perder seus mandatos se desfiliarem-se sem uma justa causa.

A nova lei então passa a dizer o que é uma causa justa, que permite a desfiliação sem o risco da perda de mandato. Assim, o vereador pode deixar a legenda pela qual se elegeu para se filiar a outro partido nos trinta dias que antecedem os seis meses antes da data do pleito. Se houver desfiliação, nesse período – para os titulares destes cargos eletivos – não há risco de perda do mandato<sup>24</sup>.

Ocorre que, no ano em que serão realizadas eleições municipais, os titulares de mandato eletivo cujos cargos não estejam em disputa – deputados federais, estaduais e distritais – não podem se valer dessa hipótese de justa causa. Podem, portanto, perder seus mandatos, caso desfiliem-se dos partidos que os elegeram.

Neste contexto, e não por acaso surge, a EC 91/2016, pois ela cria uma outra hipótese de “janela de desfiliação”, sem as limitações que foram impostas pela Lei 13165/2015. A EC 91/2016 faculta “*ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato*”.

Perceba que a Emenda não limita a possibilidade de desfiliação ao cargo eletivo ocupado por quem pretende se desfiliar. Unicamente estabelece uma possibilidade ampla de desfiliação partidária, afastando a possibilidade de perda de mandato.

Tem-se, portanto, a seguinte situação: sob o aspecto material, a emenda não altera a Constituição para inserir dispositivo algum sobre a fidelidade partidária. Importa destacar, que a Constituição permanece sem qualquer previsão sobre a possibilidade de perda de mandato em decorrência de violação ao princípio da fidelidade partidária. Como já dito no tópico anterior, a EC 91/2016 não altera dispositivo algum. Importa, de fato, para os fins a que se propõe, a data em que a Emenda é promulgada, pois é o marco temporal inicial para viabilizar a troca de partido político sem qualquer consequência a qualquer mandatário, independentemente do cargo eletivo que ocupe.

---

e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput). 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade. (ADI 5081, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 18-08-2015 PUBLIC 19-08-2015)

<sup>24</sup>Se as eleições fossem regionais, no entanto, poderiam se desfiliar dentro desse período (30 dias antes dos 6 meses da data da eleição) os deputados federais, estaduais e distritais – sem risco de perda de mandato.

Assim, tendo em vista que a EC 91/16 foi promulgada dia 18/02/16, os titulares de cargos eletivos do sistema proporcional (Deputados e Vereadores) tiveram até o dia 19/03/16 para se desfiliar do seu atual partido sem que perdessem o mandato.

Pode-se dizer, ainda, que essa Emenda, passados os 30 dias de sua promulgação, perde o sentido, eis que regulamenta uma situação transitória – e peculiar. Portanto, a Emenda nº 91, esvazia de sentido a interpretação realizada pelo STF em 2007, sobre o Princípio da Fidelidade Partidária, além de criar o precedente – perigoso – de uma emenda que não emenda em nada a Constituição.

#### **4. EMENDA CONSTITUCIONAL, MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E “MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL”**

Ora, se a “janela partidária” criada para que parlamentares possam trocar de partido, sem, contudo, perder o mandato, não significou uma efetiva alteração da Constituição, na medida em sequer temos um dispositivo constitucional que trate desse assunto, não concebemos, pois, a ideia de conferir à Emenda Constitucional nº 91/016, a natureza própria de Poder Constituinte Derivado Reformador via Emenda, eis que embora se intitule Emenda à Constituição, a nosso ver não poderia assim se caracterizar.

A uma porque não houve nenhuma alteração formal da Constituição (Emenda totalmente “avulsa” que não traz nenhum dispositivo ao corpo da Constituição ou ao ADCT). A duas porque, também sobre o aspecto material, não temos nenhuma norma formal e materialmente constitucional que trata das hipóteses de desfiliação partidária sem perda de mandato.

Estariamos então diante de uma mutação constitucional?

Pensamos que não. Afinal, a mutação constitucional representa uma alteração semântica do texto constitucional, o que definitivamente não ocorreu no caso em análise. Há um entrave minimamente óbvio que exige que para se alterar o sentido de uma norma, essa norma exista na Constituição. Todavia, como insistimos no presente texto, não há nenhum, repita-se, absolutamente nenhum, dispositivo constitucional que trate das hipóteses de perda de mandato decorrentes de desfiliação partidária.

O que temos, em termos constitucionais, é apenas a exigência de filiação partidária (art. 14, § 3º, V, CF) como um dos requisitos para concorrer a um cargo eletivo e a menção ao termo “fidelidade partidária” no art. 17, parágrafo único, *in fine*, da CF, o qual se restringe a

conferir autonomia aos partidos políticos para estabelecer em seus estatutos normas de disciplina e fidelidade partidária.

Por esta razão, exatamente por não haver norma expressa na lei ou na Constituição estabelecendo o que vem a ser a infidelidade partidária, que o TSE e o STF em 2007 firmaram o entendimento de que a saída do titular do mandato eletivo do partido no qual foi eleito, sem justa causa, configuraria infidelidade partidária a ensejar a perda do mandato.

Ato contínuo, como melhor detalhado no item 3, veio a Resolução nº 22610/2007 do TSE que passou a regulamentar as hipóteses e a forma de perda do mandato eletivo em caso de infidelidade partidária e, por fim, a edição da Lei 13.165/2015 que passou a tratar expressamente da temática “infidelidade partidária”.

Depois é promulgada a Emenda Constitucional nº 91/16 em sentido diverso da posição adotada até então por STF e TSE e cria uma nova hipótese de justa causa para desfiliação partidária, que nem mesmo é prevista no artigo 22-A, da Lei 13165/2015. Como isso é possível?

Sem sequer adentrarmos aqui na discussão se a “janela de desfiliação” criada pela emenda como justa causa, seria mesmo uma causa justa ou não, o que fica em evidência é que o legislador se acovardou no sentido de enfrentar e alterar a Constituição na questão afeta à fidelidade partidária (art. 17) e optou por criar uma brecha, via Emenda à Constituição, para atender interesses daqueles (deputados) que não seriam beneficiados nas eleições de 2016 pela “janela de desfiliação” criada pela Lei 13165/2015. Certamente, toda essa manobra, não pode ser uma mutação constitucional.

Diante de tudo isso, como definir a natureza jurídica dessa emenda? Entendemos tratar-se de uma nova hipótese de alteração da Constituição, que poderia ser chamada de “mutação jurisprudencial”, pois, a bem verdade, ao que se pode perceber a Emenda Constitucional nº 91 apenas serviu de instrumento para um desvirtuamento da interpretação sobre fidelidade partidária e perda de mandato, firmado pelo STF em 2007.

Não há dúvidas, de que seria muito mais coerente alterar o artigo 17 da Constituição e, caso assim entendesse o legislador, permitir de vez que a desfiliação partidária não importe em infidelidade partidária e, conseqüentemente, perda de mandato. Todavia, aparentemente o Congresso Nacional preferiu agir de forma discreta e tangencial de modo a evitar o impacto político que tal modificação direta ao poderia causar.

Veja que a EC 52/06, por exemplo, alterou o mesmo artigo 17 da Constituição da República e pôs fim à jurisprudência firmada pelo TSE no sentido de estabelecer a obrigação

de observar a verticalização das coligações partidárias. Nesse caso, o Congresso Nacional tomou uma decisão política e arcou com as suas consequências, definindo, expressamente, sua estratégia na alteração direta do texto constitucional. Não é o que se verifica na EC nº 91/2016.

Diante de tantas impropriedades questiona-se, ainda, se seria possível a EC nº 91/16 ser objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Sendo norma constitucional decorrente de emenda, nenhum óbice. No entanto, ainda que fosse objeto de uma ADI e declarada inconstitucional, considerando que sua aplicabilidade se expirou em 19/03/16, seria possível imaginar duas consequências. Aplicação da regra geral, segundo a qual deve-se reconhecer o efeito *ex tunc* da decisão em ADI com a consequente perda do mandato dos parlamentares que se desfiliam na hipótese criada pela emenda, ou poderíamos supor que a situação em tela ensejaria a modulação dos efeitos da decisão para preservar o mandato desses parlamentares.

Ainda assim, suposta ADI não teria eficácia, pois o prazo decadencial para propor a ação de perda do mandato é de 30 dias para o partido e a legitimidade sucessiva do Ministério Público ou interessado (suplente do partido), os próximos 30 dias, conforme Resolução 22610/2007 – ainda vigente para regulamentar os aspectos procedimentais –, prazo este que já estaria expirado.

Ou seja, a EC 91/16 cria uma cilada para o próprio STF que se vê impotente diante da mutação jurisprudencial que a emenda significou e do risco de vir a cada eleição uma nova emenda para salvar aqueles que não se beneficiam da janela de desfiliação da Lei 13165/15. Isso definitivamente não é uma reforma política, a qual se espera que seja realizada na Constituição e sim uma reforma eleitoral superficial e visivelmente criada para atender interesses particulares.

### **Considerações finais**

A Emenda Constitucional 91 de 2016 inaugura uma nova modalidade de emenda constitucional, que não se adéqua à teoria referente ao Poder Constituinte, conforme visto no tópico nº 2. Trata-se de emenda que não implica em alteração textual nem principiológica, dos dispositivos constitucionais – nem mesmo dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Vimos que a emenda promoveu uma mutação na forma com que os Tribunais vinham entendendo a questão afeta à fidelidade partidária desde 2007, eis que cria uma nova hipótese em que o mandatário pode desfiliar-se do partido pelo qual fora eleito sem perder o seu mandato. Trata-se, basicamente, de uma autorização para mudança de partido limitada temporalmente. É dizer, basta o mandatário se desfiliar dentro do período da chamada janela de desfiliação. A emenda 91 é basicamente um marco temporal autorizativo de desfiliação partidária, e regulamenta situações bastante específicas. Houve, portanto, com a EC 91/16, uma nova espécie de mutação, a mutação jurisprudencial.

Seria possível, de fato, o questionamento da constitucionalidade da emenda via controle concentrado (tópico nº 4). Todavia, não haveria utilidade com relação àqueles mandatários que já se valeram do prazo inaugurado com a promulgação da emenda para deixar seus partidos de origem. Nada obstante, o questionamento acerca da constitucionalidade do ato poderia afastar a criação de um precedente perigoso. Imagine-se que, se nada for feito com relação à EC 91/16, é possível – e mesmo provável, que as emendas passem a ser utilizadas com finalidades diversas da que lhe compete, que diz respeito ao Poder Constituinte Reformador. Especificamente com relação à questão da fidelidade partidária, seria possível esperar uma emenda semelhante a cada dois anos, em época de eleições.

É necessário que o STF tenha oportunidade de julgar a constitucionalidade da emenda para destacar a impossibilidade de desvirtuamento do instituto. Ainda que não possa ter efeitos com relação àqueles mandatários que se beneficiaram da mutação jurisprudencial promovida pela EC 91/16, terá efeitos no sentido de apontar para a impossibilidade – lógica – de utilização de emendas constitucionais para atender a interesses pessoais dos parlamentares.

### **Referências Bibliográficas**

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 56.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. Malheiros Editores, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e outras Proposições. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_emendas;jsessionid=0E17BF9F7B26C75690B768C58D337BED.proposicoesWeb2?idProposicao=580148&subst=0](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_emendas;jsessionid=0E17BF9F7B26C75690B768C58D337BED.proposicoesWeb2?idProposicao=580148&subst=0)>. Acesso em 10/01/2016.

BRASIL. Câmara dos deputados. Câmara, Notícias 2005. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/70183.html>>. Acesso em: 10/01/2016.

BRASIL. Código Eleitoral. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm)>. Acesso em: 12 set. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 08 jan. 2014.

BRASIL. Palácio do Planalto, Presidência da República. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-dapresidenta/pronunciamento-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-em-cadeia-nacional-de-radio-e-tv>. Acesso em: 10/01/2016.

BRASIL. Senado Federal. Agência Senado 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/12/21/senado-votou-propostas-para-dar-mais-transparencia-as-eleicoes-e-reduzir-custos/tablet>>. Acesso em: 11/01/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5420. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=9853482&tipo=TP&descricao=ADI%2F5420>>. Acesso em 11/01/2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Estatísticas Eleições 2012. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012>. Acesso em: 11/01/2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Série reforma eleitoral 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Outubro/serie-reforma-eleitoral-2015-conheca-os-principais-pontos-alterados-no-codigo-eleitoral>>. Acesso em: 11/01/2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Estatísticas Eleições 2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-resultado>>. Acesso em 11/01/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo nº. 20927, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/1989, DJ 15-04-1994 PP-08061 EMENT VOL-01740-01 PP-00130. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em 10 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo nº 26602, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-02 PP-00190 RTJ VOL-00208-01 PP-00072. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em 10 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo nº 26603, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em 10 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo nº 26604, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-02 PP-00135 RTJ VOL-00206-02 PP-00626. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em 10 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº 4086, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2008, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-01 PP-00099 RTJ VOL-

00208-03 PP-01024). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em 10 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo nº 29988 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 06-06-2011 PUBLIC 07-06-2011 RTJ VOL-00220- PP-00266. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em 10 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Processo nº 30260, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 29-08-2011 PUBLIC 30-08-2011 RTJ VOL-00220- PP-00278. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em 10 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta. Processo nº 1398, Resolução nº 22526 de 27/03/2007. Relator(a) Min. FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 08/05/2007, Página 143. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearchServers.do>. Acesso em 06 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta. Processo nº 1439, Resolução nº 22580 de 30/08/2007, Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 24/9/2007, Página 141. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearchServers.do>. Acesso em 06 jan. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constitui o. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CLÈVE, Clèmerson M. Fidelidade partidária. Curitiba: Juruá, 1998; CLÈVE, Clèmerson M, Novo regime constitucional dos partidos políticos. Fidelidade partidária. Cadernos de Direito constitucional e Ciência Política, v. 6, n. 24, p. 211-239, jul. /set. 1998.

DA SILVA VELLOSO, Carlos Mário; DE MOURA AGRA, Walber. Elementos de direito eleitoral. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A teoria geral do processo ea teoria da Constituição no Estado Democrático de Direito. Direito Izabela Hendrix, v. 1, n. 1, 2011

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. Del' Rey, 4.ed., Belo Horizonte, 2010.

GOIÁS. Tribunal Regional Eleitoral. Agravo regimental. Processo nº 134390, Acórdão nº 11695 de 15/12/2011, Relator(a) LEONARDO BUISSA FREITAS, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 230, Tomo 1, Data 19/12/2011, Página 07. Disponível em: <<http://www.tre-go.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em 20 out. 2013.

JARDIM, Torquato Lorena. Direito Eleitoral Positivo: conforme a nova lei eleitoral. Brasília Jurídica, 1998.

JELLINEK, George. Reforma y mutación de la constitución. Trad. Christian Förter. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Eleitoral. Petição. Processo nº 124934, Acórdão de 14/02/2012, Relator(a) LUCIANA DINIZ NEPOMUCENO, Publicação: DJEMG - Diário de

Justiça Eletrônico-TREMG, Data 15/03/2012. Disponível em: <<http://www.tremg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa>>. Acesso em 20 out. 2013.

MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional. Atlas, 2006

RIBEIRO, Fávila. Direito Eleitoral. 5. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Poder constituinte e patriotismo constitucional. In: GALLUPO, Marcelo Campos. O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006.

**ONDE PULULAM OS CORÍNTIOS**  
**Ou o Cristianismo Primitivo de Friedrich Engels**

*Ramon Mapa da Silva*

**RESUMO:** O presente trabalho pretende analisar os trabalhos históricos de Friedrich Engels sobre o cristianismo primitivo. Engels se interessava profundamente sobre o problema da religião e redigiu alguns trabalhos sobre o tema. Engels percebia muitas semelhanças entre as primeiras comunidades cristãs e as associações operárias de inspiração socialista de sua época.

**Palavras-Chave:** Engels, Cristianismo Primitivo, Socialismo

**ABSTRACT:** The following paper aims to analyze the historical works of Friedrich Engels about the primitive Christianity. Engels was deeply interested on the problem of the religion and wrote some papers about the subject. Engels perceived many points of touch between the first Christians communities and the workers associations from socialist inspiration in his time.

**Keywords:** Engels, Primitive Christianity, Socialism.

### **Introdução**

O presente trabalho tem como objetivo analisar os textos de Engels sobre a história do cristianismo primitivo. Tais textos, publicados entre 1883 e 1895 em alemão e inglês,<sup>1</sup> fazem parte da sistemática coleção de trabalhos de Engels sobre o tema da religião, que aborda desde as religiões primitivas até o puritanismo inglês e as heresias revolucionárias da modernidade.

---

<sup>1</sup> *Zur Geschichte des Urchristenthums* foi escrito no verão de 1894 e publicado na Revista *Neu Zeit* nos números 1 e 2 do primeiro volume em 1894-1895. *Bruno Bauer und das Urchristenthum* foi publicado na *Sozialdemokrat* de Zurique em 1882. *The Book of Revelation* foi publicado na *The Progress* de Londres em 1883. Para os fins do presente trabalho foi consultada a versão italiana desses textos reunidos em ENGELS, Friedrich. *Sulle origini del cristianesimo*. Editori Riuniti, Roma, 1986.

McLellan<sup>2</sup> e Löwy<sup>3</sup> atribuem à forte formação pietista de Engels o interesse pela religião que o acompanharia até o fim da vida. Contudo, é possível perceber que as motivações que conduzem Engels para o estudo da religião estão ligadas ao “projeto” de compreensão da totalidade do real que compartilhava com Marx.<sup>4</sup> Dividia com o amigo, também, a noção da religião como um fenômeno dual, ao mesmo tempo legitimador da ordem existente e um protesto contra ela.

Especialmente acerca do cristianismo, é do interesse de Engels compreender como a religião cristã foi afetada e modificada pela história. O problema de sua origem é, segundo o autor, uma questão que interessa também aos Socialistas<sup>5</sup>. Como muitos de seus contemporâneos, Engels enxerga algumas semelhanças entre as comunidades cristãs primitivas e o movimento operário de sua época. Estudar a origem do cristianismo se mostra, portanto, uma forma bastante eficaz para compreender a relação entre as classes sociais e as representações religiosas e esclarecer algumas polêmicas persistentes no movimento socialista. Ainda que explore os pontos de contato entre o cristianismo primitivo e o socialismo, fica patente nos textos engelsianos sobre o tema que o que possui mais importância reside nas diferenças entre os dois fenômenos sociais. É com ironia que Engels trata de Weittling e seus seguidores, que bradavam “Cristianismo é Comunismo”, por exemplo. O exame histórico do cristianismo primitivo é, nesse sentido, e para Engels, também uma investigação sobre a condição do socialismo em sua época.

### **O problema da origem**

Em seu texto em homenagem a Bruno Bauer, Engels adota as principais teses do teólogo e filósofo então recém-falecido sobre as origens do cristianismo, tentando explicar sua rápida difusão entre os oprimidos do mundo antigo. O cristianismo teria nascido de uma

---

<sup>2</sup> McLELLAN, David. *Marxism and Religion: a description and assessment of the Marxist critique of Christianity*, Macmillan Press, London, 1987.

<sup>3</sup> LÖWY, Michael. *Marxismo e Religião: Ópio do Povo? In A Teoria Marxista Hoje: problemas e perspectivas*. Org. BORON, Atílio A. et al. Editora Expressão Popular, São Paulo, 2007, p. 271-286.

<sup>4</sup> A primeira das influências intelectuais de Engels no assunto religião foi David Strauss, cuja obra *Vida de Jesus* especulava sobre as bases históricas dos evangelhos. Engels diz que foi através de Strauss que conheceu Hegel, o que seria decisivo para sua concepção de Deus e da religião. Seus primeiros trabalhos sobre o tema, que fogem ao proposto nesse artigo e, portanto, não serão abordados, ainda carregavam fortes traços straussianos, mas já buscavam na História e na ainda incipiente Antropologia suas fontes principais. Para mais detalhes ver. McLELLAN, David. *Marxism and Religion: a description and assessment of the Marxist critique of Christianity*, Macmillan Press, London, 1987.

<sup>5</sup> ENGELS, Friedrich. *Bruno Bauer e il cristianesimo primitivo in Sulle origini del cristianesimo*. Editori Riuniti, Roma, 1986, p. 51.

incorporação das ideias de Filon e Sêneca por uma massa de oprimidos incapaz de conseguir conforto no judaísmo tradicional: “As religiões são fundadas por pessoas que experimentam uma necessidade própria de religião e têm uma percepção das necessidades religiosas das massas e, via de regra, não é esse o caso dos filósofos clássicos”<sup>6</sup>. Essas ideias acabam atingindo seu sentido religioso mais profundo na versão apresentada pelos evangelhos e as epístolas paulinas que não seriam, portanto, os textos mais indicados para se estudar os primeiros anos do cristianismo, já que revelam uma forma mais acabada e refletida dessa religião. O texto bíblico mais próximo do cristianismo primitivo seria, segundo Engels, o Apocalipse de João:

Para se ter uma ideia das características do Cristianismo em sua forma inicial basta ler o chamado Livro do Apocalipse, de São João. Selvageria, um fanatismo intrincado e confuso, dogmas incipientes, a moral Cristã é apenas a mortificação da carne, mas há uma multidão de visões e profecias. O desenvolvimento dos dogmas e doutrinas morais pertence a um período posterior, no qual os Evangelhos e as chamadas Epístolas dos Apóstolos foram escritos. Nestas últimas — pelo menos como consideração moral — a filosofia dos estoicos, de Sêneca em particular, foi copiada sem qualquer cerimônia. Bauer provou que as Epístolas, frequentemente, copiam os antigos palavra por palavra; de fato, qualquer fiel nota isto, mas mesmo assim eles mantêm que Sêneca copiou o Novo Testamento, embora ele ainda não houvesse sido escrito naquele tempo. O dogma foi desenvolvido, por um lado com relação à lenda de Jesus que estava, então, se formando, e, por outro lado, na luta entre cristãos de origem judaica e de origem pagã.<sup>7</sup>

As conclusões de Bauer sobre o Novo Testamento e a origem estoica da doutrina cristã primitiva se baseavam em meros exercícios especulativos e já haviam sido confrontadas à época em que Engels escreve seu texto tributo.<sup>8</sup> Doze anos mais tarde, em *Sobre a História do Cristianismo Primitivo*, o próprio Engels usaria de maiores cuidados para com as concepções de Bauer. Opondo as ideias da Escola de Tubinge às de Bruno Bauer, como dois pontos extremos sobre o Novo Testamento, Engels conclui que “a verdade definitiva situa-se entre esses dois limites”.<sup>9</sup> Ainda assim, Engels insiste que é no Apocalipse de João que podemos ter uma visão mais nítida sobre os primeiros anos do cristianismo. Essa fixação no Apocalipse Engels carregara por mais de cinquenta anos, como mostra sua carta a Kautsky sobre a publicação de *Sobre a História do Cristianismo Primitivo*. Na carta Engels diz que desde uma

---

<sup>6</sup> ENGELS, Friedrich. Bruno Bauer e il cristianesimo primitivo in *Sulle origini del cristianesimo*. Editori Riuniti, Roma, 1986, p.54.

<sup>7</sup> ENGELS, Friedrich. Bruno Bauer e il cristianesimo primitivo in *Sulle origini del cristianesimo*. Editori Riuniti, Roma, 1986, p.55

<sup>8</sup> “Todo o trabalho de Bauer sobre o Cristianismo e Estoicismo (em contraste com seus escritos iniciais) é altamente especulativo e nada contribuiu para os estudos bíblicos.” McLELLAN, David. *Marxism and Religion: a description and assessment of the Marxist critique of Christianity*, Macmillan Press, London, 1987, p.42.

<sup>9</sup> ENGELS, Friedrich. *Sulle origini del cristianesimo*. Editori Riuniti, Roma, 1986, p. 27.

palestra de Ferdinand Benary sobre o Livro do Apocalipse em 1841 que ele não tinha dúvidas de que aquele era “o mais antigo e mais importante livro do Novo Testamento”<sup>10</sup>.

Para demonstrar que não errava em começar a história do cristianismo pelo Apocalipse, e não pelos óbvios Atos dos Apóstolos e a Primeira Epístola de Paulo aos Coríntios, Engels recorre às decifrações do número da Besta (666 ou 616), que, como revela a Gematria, era uma referência a Nero, o que, portanto, situaria o surgimento do livro entre o ano 68 e o ano 69 da era cristã. Como, segundo a leitura de Bauer, o restante do Novo Testamento é mais velho que isso, não restaria dúvida sobre a primazia do Apocalipse como fonte para se estudar o cristianismo primitivo.

A despeito dos problemas teológicos que essa afirmação suscita, Engels não dedica muito tempo a ela. Há uma pequena descrição do livro, destacando a forte presença de elementos judaicos em sua composição, o que provaria novamente a tese sobre ser este o primeiro documento da doutrina cristã, ainda tão nova que não conseguira se distanciar por completo de suas origens judaicas e uma pequena sugestão de como isso foi fundamental para reunir tantas seitas e povos diferentes sob o manto da mesma religião.

### **Cristãos e socialistas**

A parte mais interessante da análise de Engels sobre o cristianismo primitivo são os paralelos entre as primeiras comunidades cristãs e o movimento operário do século XIX. Nesse sentido, o primeiro parágrafo de *Sobre a História do Cristianismo Primitivo* é, sem dúvida, a parte mais importante do texto, já que, ainda que não inaugurasse ali uma problemática para o pensamento socialista (Engels não foi o primeiro a destacar as semelhanças entre cristãos primitivos e socialistas modernos), apontou para caminhos que seriam explorados por outros autores durante todo o século XX e que influenciaria certas correntes da Sociologia das Religiões:

A história do cristianismo primitivo oferece curiosos pontos de contato com o movimento operário moderno. Como este, o cristianismo era, na origem, o movimento dos oprimidos: apareceu primeiro como a religião dos escravos e dos libertos, dos pobres e dos homens privados de direitos, dos povos subjugados ou dispersos por Roma. Os dois, o cristianismo como o socialismo operário, pregam uma libertação próxima da servidão e da miséria; o cristianismo transpõe essa libertação para o Além, numa vida depois da morte, no céu; o socialismo coloca-a no mundo, numa transformação da sociedade. Ambos são perseguidos e encurralados, os seus aderentes são proscritos e submetidos a leis de exceção, uns

---

<sup>10</sup> ENGELS, Friedrich. Engels a Kautsky in *Sulle origini del cristianesimo*. Editori Riuniti, Roma, 1986, p. 73.

como inimigos do gênero humano, os outros como inimigos do governo, da religião, da família, da ordem social. E, apesar de todas as perseguições, e mesmo diretamente servidos por elas, um e outro abrem caminho vitoriosamente. Trezentos anos após seu surgimento, o cristianismo é a religião do Estado, reconhecida no mundial Império romano: em menos de sessenta anos, o socialismo conquistou uma posição tal que lhe assegura absolutamente a vitória<sup>11</sup>.

Em um único parágrafo Engels aponta a principal semelhança entre o cristianismo primitivo e o movimento operário: ambos são movimentos de oprimidos, dos excluídos sociais. O cristianismo se espalha entre os escravos, os perseguidos e as mulheres. O movimento operário entre aqueles subjugados pelas modernas condições de produção, privados de toda propriedade além da própria força de trabalho. Contudo, Engels também aponta a principal das diferenças entre um movimento e outro. Enquanto o cristianismo posterga a libertação para um além-vida, em um Reino dos Céus, o movimento operário busca a liberdade no mundo material, na vida real, no aqui e no agora.<sup>12</sup>

É essa a diferença que o faz discordar da afirmação da identidade que Weittling estabelece entre Cristianismo e Comunismo, ainda que cite, de forma não totalmente privada de ironia, a frase de Renan que liga as comunidades cristãs à Internacional: “Se quiserem fazer uma idéia das primeiras comunidades cristãs, observem uma seção local da Associação Internacional de Trabalhadores.<sup>13</sup>”

O cristianismo até poderia ser um socialismo, mas um socialismo para “o além, no céu, na vida eterna depois da morte, no eminente *reino milenar*.”<sup>14</sup> Limitados pelas condições históricas de sua época, os primeiros cristãos não podiam conceber a revolução e a liberdade para o tempo presente.

## Conclusões

Os textos de Engels sobre o cristianismo primitivo não levam às últimas consequências uma análise materialista das primeiras comunidades cristãs. Da mesma forma, não apresentam um aprofundamento nas questões teológicas que levantam. Contudo, cumprem um importante papel provocativo ao abordar os pontos de contato entre o

---

<sup>11</sup> ENGELS, Friedrich. *Sulle origini del cristianesimo*. Editori Riuniti, Roma, 1986, p.17.

<sup>12</sup> Em 1918 Gershom Scholem escreve um pequeno artigo sobre a Revolução Russa dizendo que o que os Revolucionários pretendiam era a instauração de um Reino de Deus sem Deus na Terra, e que essa é a grande justiça da Revolução.

<sup>13</sup> ENGELS, Friedrich. *Sulle origini del cristianesimo*. Editori Riuniti, Roma, 1986, p. 19.

<sup>14</sup> ENGELS, Friedrich. *Sulle origini del cristianesimo*. Editori Riuniti, Roma, 1986, p. 18.

cristianismo primitivo e o movimento operário. É possível divisar em algumas passagens da análise engelsiana do Apocalipse um projeto não realizado de estabelecer a partir do texto uma forma materialista de compreensão do primeiro cristianismo. Ainda que fosse a promessa de um Reino dos Céus o principal impulso para a religião cristã e seu conseqüente processo de universalização, tal promessa não era suficiente. Por isso o Apocalipse seria recheado de imagens mundanas e promessas de satisfação essencialmente terrenas, como a encontrada na vingança garantida aos mártires. Em *Sobre a História do Cristianismo Primitivo* Engels dá bastante destaque a esse ponto, mas ele se revela como central na bem-humorada conclusão de sua carta a Kautsky:

É fácil compreender porque o reino milenar foi descrito com *tintas terrenas*. Mesmo o *Apocalipse* não pode contentar-se com os prazeres celestiais que se experimenta ao se sentar com os fundilhos à mostra em uma nuvem úmida ou a tocar a harpa com a mão mais ou menos ensanguentada cantando hinos pela eternidade.<sup>15</sup>

Para a verdadeira liberdade, não basta o Reino dos Céus.

## Referências

ENGELS, Friedrich. *Sulle origini del cristianesimo*. Editori Riuniti, Roma, 1986

LÖWY, Michael. Marxismo e Religião: Ópio do Povo? *In A Teoria Marxista Hoje: problemas e perspectivas*. Org. BORON, Atílio A. et al. Editora Expressão Popular, São Paulo, 2007, p. 271-286.

McLELLAN, David. *Marxism and Religion: a description and assessment of the Marxist critique of Christianity*, Macmillan Press, London, 1987

---

<sup>15</sup> ENGELS, Friedrich. Engels a Kautsky *in Sulle origini del cristianesimo*. Editori Riuniti, Roma, 1986, p. 74.

# O ATIVISMO JUDICIAL E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Dimas de Abreu Melo<sup>1</sup>

Augusto Pinto de Moura Andrade<sup>2</sup>

## Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar o ativismo judicial no Brasil, bem como contextualizá-lo em contraste com a divisão constitucional dos três Poderes. Em especial é analisado o ativismo judicial na Justiça do Trabalho brasileira e seus efeitos no que tange a segurança jurídica. Aborda-se elementos históricos e caracterizadores da Justiça laboral, da divisão dos Poderes, da jurisdição e do próprio ativismo judicial, levando-se em conta doutrina e jurisprudência. A intenção é avaliar se o ativismo judicial na justiça trabalhista compromete a segurança jurídica nas relações de trabalho.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Segurança jurídica. Divisão dos Poderes. Jurisdição constitucional. Justiça do trabalho.

## Abstract

The following article intends to analyze the judicial activism in Brazil, as well as contextualize it contrasting the separation of powers. Special attention is given to the analysis of the judicial activism in the Brazilian labor court and its effects. This work covers historic elements and characteristics of the labor justice, separation of powers, jurisdiction as well as judicial activism itself, taking into account doctrines and jurisprudence. The goal is to assess whether judicial activism in labor courts compromises legal certainty in labor relations.

---

<sup>1</sup> Professor de Direito do Trabalho, Processual do Trabalho e Previdenciário da Unipac-Itabirito de Itabirito, MG; pós graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá, RJ; Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antonio Carlos, Juiz de Fora, MG; Advogado atuante na área de Direito do Trabalho Empresarial, em Ouro Preto, MG.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Unipac-Itabirito de Itabirito, MG

**Keywords:** Judicial activism. Legal safety. Division of the powers. Constitutional jurisdiction. Labor justice.

## **1 Introdução**

O ativismo judicial, ou a interferência do Poder Judiciário no campo de atuação do Legislativo, pode se caracterizar pela criação de direitos por parte do judiciário, interpretações diversas à explicitada na lei ou pelo preenchimento de lacunas legais deixadas, propositalmente ou não, pelo legislativo.

A cada dia os tribunais deliberam mais e mais sobre matérias de caráter ético-moral e político, e não apenas jurídicas, ocasionando decisões que contrariam, por vezes, interesses sócio-políticos de uma parcela significativa da população. Esta conjuntura força uma discussão sobre a legitimidade destes órgãos e até que ponto o ativismo judicial deve ser permitido, ou desejado, e é este o estudo apresentado neste trabalho.

Correntes distintas opinam, com grande veemência, sobre o tema e seus desdobramentos. Suas consequências abrangem diversas áreas e vem sendo crescentemente debatidas no meio acadêmico. O objetivo aqui, entretanto, é analisar o ativismo judicial especificamente no que diz respeito à justiça trabalhista e avaliar suas consequências nas relações de trabalho.

A justiça do trabalho, historicamente, é protecionista e paternalista, tendo inclusive como um de seus princípios mais marcantes a proteção da parte hipossuficiente, genericamente caracterizada pelo empregado. Esse elemento é de extrema importância para a análise das consequências do ativismo judicial na seara trabalhista, uma vez que o sistema trabalhista brasileiro, em si, já se apresenta como uma barreira na segurança das relações de trabalho e é apresentado como um entrave na geração de empregos em períodos de economia instável ou retraída.

Esse artigo questiona se o ativismo judicial em nossos tribunais do trabalho fere o equilíbrio dos três Poderes e, em consequência, compromete a segurança jurídica nas relações de trabalho, tendo como hipótese a ser avaliada o fato de que com o ativismo judicial, o Poder Judiciário invade um domínio reservado ao Poder Legislativo e, sob o pretexto de preencher lacunas ou controvérsias deixadas por este, extrapola suas prerrogativas e passa a legislar,

causando um desequilíbrio entre os três Poderes, o que pode fragilizar a democracia, bem como a segurança jurídica nas relações de trabalho.

## 2 O ativismo judicial

Entende-se por ativismo judicial, a atuação do Poder Judiciário de forma proativa e direcionada, com o intuito de legislar. Isso pode ocorrer de diversas formas, desde de uma interpretação alternativa de uma lei, à própria legislação através de decisões judiciais de temas ainda não alcançados pelo Poder Legislativo. Fica claro que, qualquer que seja o caso, com o ativismo judicial, o Poder Judiciário se lança em territórios reservados constitucionalmente ao Poder Legislativo, o que é a base de diversas críticas do ato.

Em 1800, nos Estados Unidos da América, ocorreu o primeiro registro de uma Suprema Corte exercendo seu Controle de Constitucionalidade, no caso *Marbury versus Madison*<sup>3</sup>, impedindo a aplicação de leis que entendia inconstitucionais, ainda que a própria constituição não previsse esse poder, seja à Suprema Corte ou a qualquer outro órgão.<sup>4</sup>

Já no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1891, sob influencia do direito Norte Americano, garantiu ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando fossem contra a Constituição Federal.<sup>5</sup>

Houve uma evolução das previsões constitucionais para o Controle Constitucional, de forma gradativa, em todas as suas edições até a de 1988, quando foi ampliada drasticamente a legitimidade para a proposição de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo sido incluído como possíveis requerentes o Presidente da República, as mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa, os Governadores dos estados ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, Partidos Políticos com representação no Congresso e as Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de âmbito nacional.

---

<sup>3</sup> Paulo Klautau Filho: A PRIMEIRA DECISÃO SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: *MARBURY vs. MADISON* (1803)

<<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50>>

<sup>4</sup> Barroso, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso - 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5

<sup>5</sup> Mendes, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. - 3ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2004, p. 190

Com essa expressiva modificação, a Constituição Federal de 1988, segundo Gilmar Mendes<sup>6</sup>, foi permitido que virtualmente todas as controvérsias constitucionais sejam submetidas ao STF.

Esse crescente apoio constitucional dado ao Supremo Tribunal Federal para que este exerça o Controle Constitucional, abriu as portas para que a corte adentrasse no campo do ativismo judicial de forma cada vez mais intensa, o que vem sendo replicado por outros tribunais, como o STJ, TST, entre outros.

Cabe ressaltar que, além do fortalecimento do Controle Constitucional citado acima, outro fator importante para o crescimento do ativismo judicial no Brasil é o próprio sistema jurídico do país. Ainda que o direito brasileiro seja considerado integrante da família do sistema Romano-Germânico, o *Civil Law*, ele é considerado por alguns como um híbrido entre este e o *Common Law*<sup>7</sup>, uma vez que são utilizadas as jurisprudências (*Case Law*), que é uma característica marcante do *Common Law*, em complemento às leis formais, que constituem as principais fontes do Direito, o que é a característica básica do Direito Romano-Germânico.

Com o novo Código de Processo Civil de 2015, a “força vinculante dos precedentes” fortaleceu ainda mais essa característica no ordenamento jurídico brasileiro, o que tem causado um extenso debate entre juristas.<sup>8</sup>

## 2.1 Visões sobre o ativismo judicial.

O ministro Luiz Roberto Barroso, ainda que um aberto defensor do ativismo judicial enquanto um legítimo mecanismo de defesa da Constituição e seus princípios, alerta para o fato de que este é um “antibiótico poderoso” e que seu uso deve ser “eventual e controlado”, e completa pontuando que a expansão do judiciário não deve ofuscar a real crise que o país vive, “a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”. Na opinião do

---

<sup>6</sup> Mendes, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha - 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 69

<sup>7</sup> Juvimário Andreino Moreira: Teoria do Hybrid Law: nasce(rá) um novo sistema jurídico brasileiro? <<https://jus.com.br/artigos/28315/teoria-do-hybrid-law-nasce-ra-um-novo-sistema-juridico-brasileiro>>  
Vinícius Stefaneli Ramos: Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. <<https://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>  
Daniele Mariel Heil: Controle misto e híbrido de constitucionalidade brasileiro e o sistema common law. <<http://emporiiodireito.com.br/controlado-misto-e-hibrido-de-constitucionalidade-brasileiro-e-o-sistema-common-law-por-danielle-mariel-heil/>>

<sup>8</sup> Igor Raatz: Precedentes à brasileira: uma autorização para "errar" por último? <<http://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errar-ultimo>>

ministro, “Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”.<sup>9</sup>

Porém, é ao defender o ativismo judicial que o ministro Barroso toca em um ponto extremamente debatido sobre o tema: “O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais”.<sup>10</sup>

Neste caso, o questionamento deve ser a validade e legitimidade democrática de tal intromissão do Judiciário em prerrogativas do Legislativo. Há quem defenda que ao ignorar a divisão dos Poderes desta forma, sob o pretexto de atender às demandas populares, a democracia é, imediatamente, atacada e posta em risco. Essa é uma análise de grande relevância, que será mais profundamente analisada no próximo capítulo.

Outro jurista substancialista, ou seja, defensor do ativismo judicial, o americano Ronald Dworkin, defende que os tribunais devem tomar as decisões de forma juridicamente fundamentada e não de forma política. Ele alega que “o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política”<sup>11</sup>

Ainda que existam diversas diferenças fundamentais entre o sistema jurídico norte americano e o brasileiro, esta visão de Ronald Dworkin, que restringe o alcance de posturas ativistas ao campo jurídico e nunca político, pode ser aplicada à realidade jurídica do Brasil, se a intenção for defender o ativismo judicial. Nesse caso, a intervenção jurisdicional é aceita apenas quando o legislativo ou o executivo não agirem alinhados com o que for previsto constitucionalmente.

Crítico do crescente ativismo judicial em nosso país, o jurista Lênio Luiz Streck, alerta para o risco que corremos, no Brasil:

...de arruinar o Estado do Direito pela institucionalização jurisprudencial de um realismo jurídico “à brasileira”, *dedicado a proclamar a verdade de proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido proferidas por órgãos do Poder Judiciário* (“O direito é aquilo que os Tribunais dizem que o direito é”), e não à luz

---

<sup>9</sup> Barroso, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática *Revista Atualidades Jurídicas*, n° 4, Jan.-Fev./2009, OAB, p. 19.

<sup>10</sup> Barroso, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática *Revista Atualidades Jurídicas*, n° 4, Jan.-Fev./2009, OAB, p. 9.

<sup>11</sup> Dworkin, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p 31.

de normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo.<sup>12</sup>

Ou seja, segundo Streck corre-se o risco, no Brasil, de vermo-nos forçados a seguir pressupostos criados nos tribunais, no lugar de normas jurídicas elaboradas pelo Poder Legislativo.

### **3 A separação dos poderes em um estado democrático**

A separação do estado em três poderes distintos e independentes, que tem por objetivo funcionarem de forma autônoma, bem como se autocontrolarem, é a principal característica do modelo Tripartite.

Ao dar independência aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cria-se uma proteção para a democracia e previne-se quanto a possibilidade de que, ao se concentrar o poder demasiadamente sob o controle de uma pessoa, ou um grupo de pessoas, hajam abusos autoritários.

O conceito da Separação dos Poderes, como uma ferramenta da democracia, teve sua origem filosófica na Grécia Antiga e foi idealizada primordialmente por Aristóteles<sup>13</sup>, já que, à época, o filósofo visualizou a divisão em três Poderes distintos, o Deliberativo, o Judiciário e o Executivo.

Entretanto, para muitos, foi Montesquieu<sup>14</sup> que desenhou os contornos do modelo Tripartite como conhecemos atualmente, separando os poderes e suas atribuições, e criando, assim, os alicerces sobre os quais grande parte das democracias da atualidade se baseiam constitucionalmente, inclusive o Brasil.

A separação dos Poderes prevê as atribuições e limites de cada um, sendo estes:

#### **3.1 Poder Executivo**

Ao Poder Executivo cabe governar e administrar o estado e, principalmente, os interesses do povo que o elegeu. O representante do Poder Executivo no Brasil é o Presidente da República,

---

<sup>12</sup> Lênio Luiz Streck: Crítica às teses que defendem o Sistema de Precedentes – Parte II.

< <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>

<sup>13</sup> ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

<sup>14</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000

assessorado pelos Ministros por ele nomeados, e a ele cabe representar o povo brasileiro perante Estados estrangeiros, bem como definir internamente políticas sociais e econômicas que julgue mais adequadas às necessidades do país.

Apesar de possuir autonomia para administrar o Estado de acordo com suas convicções, o Poder Executivo é obrigado a seguir regras definidas pelo Poder Legislativo, através das leis criadas por este. Com isso, o Poder Executivo está de certa forma, controlado preventivamente pelo Poder Legislativo e, para possuir legitimidade em suas ações, deve manter-se atento às leis e cumpri-las rigorosamente.

Entretanto, existe uma previsão constitucional que autoriza um avanço por parte do Poder Executivo em campos reservados ao Poder Legislativo. Em seu artigo 62, a Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de que o Presidente da República emita Medidas Provisórias.

A utilização de Medidas Provisórias, idealmente, deve ser utilizada de forma comedida e apenas quando estritamente necessária à administração do Estado, porém, por vezes, percebe-se que este instrumento é utilizado pelo o Poder Executivo de forma arbitrária.

Além das funções típicas do Poder Executivo, que são a administração do Estado, conforme descrito, existem também as funções atípicas, que são o direito de rejeitar ou sancionar matérias, bem como decretar intervenção federal nos estados, o estado de defesa e o estado de sítio.

### **3.2 Poder Legislativo**

O Poder Legislativo Federal é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal<sup>15</sup>, e “tem como principais responsabilidades elaborar as leis e proceder à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta”<sup>16</sup>.

A Constituição Federal prevê, em seu Art. 48, que é de atribuição do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre as matérias da União.

Note-se que, ainda que sujeitos à sanção do Presidente da República, cabe ao Congresso Nacional dispor sobre matérias importantes e que afetam diretamente a administração do

---

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição Federal, Art. 44

<sup>16</sup> Página oficial da Câmara dos Deputados: < <http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/o-papel-do-poder-legislativo>>, Acessado em 20 de Outubro de 2016.

Estado. Assim, as regras às quais o Poder Executivo está sujeito são elaboradas pelo Poder Legislativo, mas devem ser sancionadas pelo Presidente da República, ou seja, justamente quem estará mais diretamente submetido a elas.

Este controle circular cria barreiras intermediárias de fiscalização e aprovação entre quem cria e quem cumpre as leis, com isso minimiza-se eventuais abusos executivos ou absurdos legislativos.

Como o Poder legislativo é responsável por toda a legislação do país, e não só o que diz respeito ao controle das atribuições do Executivo, a sanção ou veto do Presidente da República serve também como uma forma deste controlar e apoiar, ou não, as leis criadas.

O artigo 49 da Constituição Federal elenca as atribuições exclusivas do Congresso Nacional, ou seja, aquelas que não carecem de sanção Presidencial. Os itens previstos nesse artigo cobrem desde atividades específicas do Poder Legislativo, como a escolha de dois terços do Tribunal de Contas da União<sup>17</sup> ou “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”<sup>18</sup>, até atividades de controle do Poder Executivo, como conceder autorização ao Presidente da República a declarar guerra ou paz<sup>19</sup> e julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República<sup>20</sup>.

Já no artigo 50, a Constituição Federal prevê a possibilidade de que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal convoquem Ministros de Estado, bem como titulares de órgãos diretamente ligados à Presidência da República, a prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente informado, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade em caso de ausência. Esse artigo, por si só, já demonstra a importância da função de fiscalização do Poder Legislativo, criando-se assim um mecanismo de controle do Poder Executivo.

O Congresso Nacional possui ainda a função de processar e julgar o Presidente da República<sup>21</sup>, bem como os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União<sup>22</sup> por crime de responsabilidade.

Em resumo, cabe ao Legislativo não apenas criar as leis do país, mas ainda controlar e fiscalizar os demais Poderes e/ou seus representantes, especialmente o Poder Executivo e o Presidente da República.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição Federal, Art. 49, XIII.

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição Federal. Art. 49, XI.

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição Federal, Art. 49, II.

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição Federal, Art. 49, IX.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição Federal, Art. 50, I e 51, I.

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição Federal, Art. 51, II.

### 3.3 Poder Judiciário

O Poder Judiciário é o responsável pela função jurisdicional, ou seja, a aplicação da lei em casos concretos. Ele tem uma estrutura hierárquica dos órgãos que o compõe, onde Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão máximo dessa hierarquia.

Essa estrutura hierárquica permite que determinados preceitos do ordenamento jurídico brasileiro sejam cumpridos, como o duplo grau de jurisdição e o foro privilegiado.

Além da primordial função de julgar e decidir sobre as demandas acerca de conflitos, sempre visando a aplicação da lei, a Constituição Federal prevê as funções atípicas dos órgãos do Judiciário em seu artigo 96.

Relativamente ao Supremo Tribunal Federal, algumas características os diferem dos demais órgãos do Judiciário. Primeiramente o tribunal é composto de onze Ministros, escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal<sup>23</sup>.

Além disso, o tribunal tem como principal função a guarda da Constituição, e para tal a mesma lhe atribui a prerrogativa de processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo, dentre diversas outras prerrogativas elencadas no art. 102 da Constituição Federal.<sup>24</sup>

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o órgão a se recorrer, caso haja necessidade de resolução, tanto relativo à interpretação divergente, quanto a um determinado dispositivo da lei.<sup>25</sup> No que tange a decisão quanto a um tema controverso, todos os Tribunais estaduais devem aplicar o entendimento do STJ, unificando assim a aplicação da Lei federal.

Abaixo do STF e do STJ, encontram-se os órgãos da Justiça Estadual onde, na primeira instância os juízes julgam as demandas apresentadas e em segunda instância (Tribunais de Justiça), os desembargadores analisam recursos contra a decisão proferida em primeira instância.

Existem ainda as justiças especializadas, como a própria Justiça do Trabalho, que possui no Tribunal Superior do Trabalho (TST) sua instância máxima. Este tribunal especializado é composto por 27 ministros, todos indicados pelo Presidente da República e posteriormente aprovados pelo Senado Federal.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição Federal, Art. 101.

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição Federal, Art. 102.

<sup>25</sup> Página Oficial do STJ: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Atribuições](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribuições)>, acessado em 20 de outubro de 2016.

### **3.4 Como o ativismo judicial pode comprometer a separação dos Poderes em uma democracia**

Como dito anteriormente, o ativismo judicial ocorre com a interferência por parte do Poder Judiciário em funções reservadas constitucionalmente a outros Poderes, em especial o Poder Legislativo. Por mais que em alguns momentos, sob um ponto de vista pragmático, tal invasão possa ser desejada por alguns, devido à morosidade do legislativo em atender aos anseios da população, ou mesmo em ajustar o ordenamento jurídico a uma mudança da realidade social, existem riscos à democracia toda vez que um Poder se vê exercendo funções reservadas constitucionalmente a outros.

Certamente não é possível que o Poder Legislativo anteveja toda e qualquer situação jurídica que careça de legislação. Com isso, é frequente o surgimento de situações em que o Judiciário deve interpretar as leis disponíveis no ordenamento, e alinhá-las ao caso específico em questão, valendo-se inclusive dos princípios constitucionais. Este cenário descrito é um exemplo de uma situação em que o Judiciário trilha de forma limítrofe um caminho entre uma postura permitida e esperada, e uma invasão criativa a prerrogativas do Legislativo.

Se de um lado existe a necessidade de se definir uma questão jurídica e de outro uma lacuna no ordenamento jurídico que não determina claramente a solução para o caso, é de se esperar que, valendo-se dos princípios e de analogias com outras leis, o juiz chegue a uma solução para o problema apresentado. Entretanto é nos excessos que encontramos os problemas, e é aí que a divisão dos Poderes é ameaçada.

A principal função dos membros do Poder Legislativo é elaborar leis que atendam às expectativas da população que os elegeu democraticamente como representantes, sempre preservando uma lógica jurídica e uma unidade ao ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, criar leis que não vão contra a Constituição e seus princípios. Quando o Poder Judiciário, através de seus magistrados, cria uma nova interpretação da lei, ou a aplica de forma divergente ou criativa, ele está desrespeitando não só o Poder Legislativo, mas a vontade do povo, que escolheu seus representantes legislativos democrática e diretamente.

Analisando de uma forma mais direta esse ataque à democracia promovido pelo ativismo judicial, temos um povo elegendo, através de voto democrático, seus representantes no Poder Legislativo, por exemplo, os representantes da bancada evangélica. Um tema de vital importância para a comunidade evangélica, bem como para toda a sociedade, diga-se de passagem, é a manutenção, ou não, da criminalização do aborto. Sem entrar nos méritos

apresentados pelos grupos pró e contra aborto, este debate é extremamente acalorado e baseia-se em crenças muito fortes. Logicamente, qualquer caminho que se tome deverá ser tomado pela sociedade, através de seus representantes no Legislativo.

Em novembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu, baseado no voto do Ministro Luiz Roberto Barroso, que o aborto no primeiro trimestre de gestação não é mais considerado crime, sob a argumentação de que a criminalização do mesmo, como foi redigido pelo Legislativo de forma clara, viola os direitos reprodutivos e sexuais da mulher, o direito à autonomia de fazer suas escolhas e o seu direito à integridade física e psíquica.<sup>26</sup>

Este é um exemplo evidente, de uma clara interferência do Poder Legislativo em um debate social profundo, que para ser decidido democraticamente deveria ser feito, obrigatoriamente, mediante amplo debate público dos representantes do povo no Poder Legislativo, insiste-se, eleitos democraticamente.

Quando um ponto de vista acerca de um tema importante para a população é vencido de forma democrática, onde a vontade da maioria, representada pelos parlamentares eleitos pelo povo, sobrepõe-se à vontade da minoria, não há do que reclamar, pelo menos no âmbito democrático. Mas no momento em que um Poder que não possui legitimidade para legislar e que não foi escolhido como representante do povo de forma direta, decide uma questão desta magnitude, pode-se dizer sim que o ativismo judicial é um risco para a democracia.

#### **4 A jurisdição**

Chama-se de Jurisdição o poder e a função que o Estado detém de impor o direito a um caso concreto, com o objetivo de solucionar a lide e, assim, impor a ordem jurídica, aplicando a vontade da lei. Nas palavras de Chiovenda, a definição de Jurisdição é:

a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Notícias STF: Edição de 29 de Novembro de 2016: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769&caixaBusca=N>

<sup>27</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66

De forma mais simples, Mirabete explica que “jurisdição é, pois, a faculdade que tem o Poder Judiciário de pronunciar concretamente a aplicação do direito objetivo”<sup>28</sup>

No Brasil, o Estado, através do Poder Judiciário, detém o monopólio do poder e da função citados acima, ou seja, de impor o direito e fazer aplicar a lei, garantindo a aplicação da dita jurisdição de forma justa e imparcial.

São sete os princípios da Jurisdição, sendo eles o Princípio da Investidura, da Inevitabilidade, da Indelegabilidade, da Aderência ao Território, da Inafastabilidade, da Inércia e do Juiz Natural.

Além dos princípios mencionados, a jurisdição possui algumas características básicas, dentre as quais se destacam seu Caráter Substitutivo, o Monopólio do Estado, a Presença da Lide e a Definitividade e a Imparcialidade.

#### **4.1 A jurisdição e o ativismo judicial**

Nos dias de hoje, a visão defendida por Hans Kelsen de que a jurisdição constitucional deve ser realizada por uma corte especializada, é pacificamente aceita e aplicada mundialmente. Esta tutela jurisdicional por parte do Poder Judiciário está alinhada, inclusive, à harmônica divisão dos Poderes, já analisada previamente.

Esta visão defende, inclusive, o controle de constitucionalidade por parte de uma corte especializada, baseando-se na premissa de que é necessário que os conflitos constitucionais sejam intermediados e solucionados de maneira imparcial e justa, independente de motivações políticas.

Segundo Robert Alexy, reconhecendo a legitimidade democrática da jurisdição constitucional:

Se a Constituição garante direitos dos indivíduos frente ao legislador e para a garantia destes direitos prevê um Tribunal Constitucional, a intervenção deste na legislação, para garantia dos direitos, não é assunção inconstitucional de competência legislativa.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 151.

<sup>29</sup> RECK, Melina Breckenfeld. Legitimidade democrática da jurisdição constitucional. – Acessado no Site da OAB-PR, Revista Eletrônica Jan/Jul. 2008: <http://admin.oabpr.org.br/revistaelectronica/artigos/7-32.pdf>

No Brasil, cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal o controle de constitucionalidade, bem como o poder de declarar a constitucionalidade das normas, agindo assim como uma espécie de validador das leis elaboradas pelo Poder Legislativo e sobre suas aplicações e interpretações. Este papel é necessário e desejável para a manutenção da democracia e baseia-se na divisão tripartite dos Poderes, como explanado anteriormente nesta monografia.

Ainda que não se defenda, nos dias de hoje, teses como a de Carl Schmitt, que defendia que o chefe do Poder Executivo detivesse a responsabilidade de ser o protetor da Constituição, cabe-se um debate não sobre quem deve deter a jurisdição constitucional, mas sobre os limites de atuação dos Tribunais Constitucionais ao exercer tal jurisdição.

O fato dos membros destes tribunais serem indicados pelo líder do Poder Executivo, e não eleitos pelo povo, exige uma atenção especial no que tange sua atuação, especialmente quando esta ocorre sobre uma linha tão tênue como a que divide as prerrogativas dos Poderes em uma democracia.

Situação ainda mais delicada ocorre no momento em que o Poder Judiciário exerce o dever de analisar e validar leis criadas pelo Poder Legislativo, através de seus representantes, eleitos democraticamente pelo povo, de forma direta, com o intuito de representa-lo nesta importante função.

Por outro lado, ainda que seja uma tarefa delicada, o controle constitucional por parte de uma corte especializada é de suprema importância para a manutenção de uma sociedade justa, democrática e civilizada. Este controle baseia-se em uma jurisdição constitucional, investida no Supremo Tribunal Federal pelos próprios legisladores, através da Constituição Federal.

Existem direitos fundamentais que devem ser resguardados e garantidos, independente de legislação contrária, deliberações políticas ou mesmo da vontade da maioria da população. Estes direitos são assegurados pela constituição e não podem ser ignorados ou opostos. A política e seus representantes não devem se contrapor à Constituição, mas alinharem-se a ela e garantir a aplicação de seus princípios, de caráter garantidor de direitos básicos e fundamentais, garantindo-os acima mesmo das liberdades coletivas e individuais.

A importância e a responsabilidade da corte constitucional, bem como do controle que exerce é claro e inegável, mas o poder que seus representantes, os Ministros do STF, possuem deve ser controlado. Primeiramente, esta é uma jurisdição específica da Suprema Corte, e não deve ser estendida, por analogia, a outros tribunais e em outras situações, que não o controle especificamente constitucional.

Em segundo lugar, há de ser questionado os limites do dito controle por parte do Supremo, não cabendo a alegação de que a aplicação da Constituição, muitas vezes de forma criativa, justifique a legislação por parte do Judiciário.

A linha divisória entre o cumprimento legítimo do controle constitucional e o ativismo judicial exagerado é tênue e nebulosa. A aceitação e, por vezes, o anseio de uma postura ativista do judiciário por parte da população, varia de acordo com sua confiança em seus representantes eleitos, o que pode criar um apoio popular a uma postura antidemocrática por parte do Judiciário.

Além disto, o próprio modelo de Estado Democrático Social brasileiro, apoiado em diversos direitos fundamentais, garantias individuais e sociais, elencados na Constituição de 1988, coloca o próprio Estado em uma posição ativa de garantidor destes preceitos constitucionais, assumindo uma postura mais intervencionista do que apenas de legitimador do poder.

Em suma, a jurisdição constitucional, ainda que importante e necessária, não pode ser utilizada de trampolim para excessos ativistas por parte do judiciário, estendendo sua atuação a situações que ultrapassem a necessidade de um efetivo controle constitucional, por mais que o ambiente político-social favoreça e incentive tais atitudes ativistas.

## **5 A justiça do trabalho brasileira**

### **5.1 As origens da justiça do trabalho**

A Justiça do Trabalho foi criada no Brasil em 1941, em plena Segunda Guerra Mundial, resultado de uma realidade extremamente conturbada e conflituosa em todo o mundo, onde a guerra de classes era uma realidade e conflitos de natureza social eclodiam a todo o tempo.

Com o crescimento das classes média e operária nos grandes centros urbanos do Brasil, Getúlio Vargas implementou uma série de medidas extremamente protecionistas, já reivindicadas por estas classes, mantendo a tônica populista característica de seu governo.

Ao ser enviado ao Congresso Nacional, o anteprojeto de lei que visava a criação e implementação da Justiça do Trabalho (Decreto n. 1237/1939) sofreu intensos debates entre seus críticos e apoiadores, tendo como principais personagens Oliveira Viana (sociólogo e jurista, consultor do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, um dos autores do anteprojeto) e o Prof. Waldemar Ferreira (relator na Comissão de Constituição e Justiça). O Prof. Ferreira, acompanhado por diversos intelectuais da década de 1930 no Brasil, era contrário à criação dessa justiça especializada, defendendo um “individualismo jurídico”

baseado na “ideia de contrato do Código Civil”. As críticas se baseavam na crença de que conflitos trabalhistas não necessitavam de novos órgãos, ritos, códigos ou jurisprudências, chegando a taxar o projeto de Oliveira Viana de Fascista.<sup>30</sup>

Por outro lado, os apoiadores da Justiça do Trabalho, baseavam-se na ideia de que os trabalhadores eram potenciais vítimas dos patrões e empresas que, em nome do lucro, estariam prontos a subjugar seus funcionários a condições exploratórias e degradantes. Por certo que, de forma geral, o conceito de justiça e proteção individual não era ainda desenvolvido àquela época, carecendo assim de mecanismos que preservassem a integridade moral, física e mental dos trabalhadores, bem como de todos os cidadãos, mas isto nunca foi suficiente para justificar a criação de uma justiça específica para solucionar os conflitos de natureza trabalhista.

Independente de seus motivadores políticos e argumentos a favor ou contra, a Justiça do Trabalho é uma realidade no Brasil, e temos, como cidadãos, estudiosos e operadores do direito, que lidar com esta realidade e suas consequências.

## **5.2 Princípios e características da justiça do trabalho no Brasil**

Em sua página oficial, o Tribunal Superior do Trabalho, o TST, descreve a justiça do trabalho da seguinte maneira:

A Justiça do Trabalho concilia e julga as ações judiciais entre trabalhadores e empregadores e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como as demandas que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive as coletivas.

Os órgãos da Justiça do Trabalho são o Tribunal Superior do Trabalho (TST), os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e os Juízes do Trabalho.

Os Juízes do Trabalho atuam nas Varas do Trabalho e formam a 1ª instância da Justiça do Trabalho.

Os vinte e quatro (24) Tribunais Regionais do Trabalho são compostos por Desembargadores e representam a 2ª Instância da Justiça do Trabalho.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> A Justiça do Trabalho entre Dois Extremos – SECOM, Página oficial do TST <http://www.tst.jus.br/historia-da-justica-do-trabalho>

O fato é que a Justiça do Trabalho tem características peculiares devido ao contexto de sua criação, já citado anteriormente, e à sua evolução no decorrer de seus quase 80 anos de idade. Dentre suas principais características, destacam-se um claro protecionismo ao trabalhador, uma crescente tendência ativista por parte dos juízes e a ausência de autonomia contratual entre as partes.

Além da Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT, esta justiça baseia-se em princípios específicos, todos com a característica de serem protetivos à parte hipossuficiente, como o Princípio do *In Dubio Pro Operario*, da Norma mais favorável, da Primazia da realidade sobre a forma, da Irrenunciabilidade das garantias legais do trabalhador e o Princípio da nulidade da alteração contratual prejudicial ao empregado.

Como pode ser mencionado, a tônica sempre é a de proteção dos empregados, a chamada parte hipossuficiente, caracterizados como vítimas incapazes de se defender ou mesmo de fazer suas escolhas, contra os abusos das empresas, apresentados como vilões gananciosos, sempre prontos a escravizar seus funcionários. Daí a argumentação de que a Justiça do Trabalho é injusta e populista, desbalanceando a relação de trabalho sob a argumentação de que o empregado é uma constante vítima de um algoz oportunista.

É claro que existem diversos exemplos de empresas que abusavam dos empregados de forma cruel, especialmente no passado recente, mas a manutenção desta cultura de polarização em que existem dois lados opostos e adversários prejudica imensamente a relação laboral.

Além disso, como exemplificado pontualmente em alguns dos princípios listados previamente, alguns fundamentos da Justiça do Trabalho são preconceituosos e autoritários. Não existe, nos dias de hoje, justificativa para que se impeça um empregado adulto, livre e possuidor de perfeitas faculdades intelectuais, de negociar seu contrato de trabalho como bem entender, de acordo com suas convicções e estratégias pessoais. Impor condições e limitações sobre a utilização de direitos que lhe são garantidos, desclassifica os ditos direitos e os degrada à condição de deveres, a serem cumpridos por ambas as partes, tanto o trabalhador quanto o empregador.

Adicionalmente, a argumentação de que o empregado é incapaz de fazer as melhores escolhas para si, caracteriza os indivíduos como ineptos que precisam ser incluídos em uma categoria com autonomia restrita com o intuito de os preservar de sua própria incapacidade. Este pensamento é autoritário, preconceituoso e ofensivo, e deveria ser amplamente combatido

---

<sup>31</sup> Página Oficial do TST: <http://www.tst.jus.br/web/aceso-a-informacao/justica-do-trabalho>

pela própria classe operária. Em uma análise mais prática e menos filosófica, esse excesso de proteções ao empregado é, na verdade, um grande entrave à manutenção e criação de empregos.

Independente do que seja dito, o objetivo de uma empresa é o lucro, e para conseguir lucrar, as empresas travam uma constante luta pelos melhores profissionais. Não existe melhor forma de se manter e atrair bons profissionais do que boas condições de trabalho e remuneração, porém a economia é dinâmica e existem momentos de altos e baixos. Se em momentos de crise as empresas não têm a segurança de poder unir forças aos empregados, implementar medidas de contenção de gastos e reverter a situação econômica desfavorável em que se encontram, a única solução é a demissão. Além disso, devido à certeza de que os momentos de altos e baixos mencionados são inevitáveis, as empresas evitam ao máximo investir em contratações, pois isso pode significar custos adicionais em momentos de crise.

Em resumo, o grande protecionismo da Justiça do Trabalho, além de injusto, do ponto de vista da neutralidade da justiça, e preconceituoso, ao taxar o empregado como incapaz de exercer seu livre arbítrio, é mais prejudicial aos empregados do que benéfica, na medida que sua existência, juntamente à CLT e a todos os princípios que a formam, inibem a criação e manutenção de postos de trabalho. Nas palavras do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra da Silva Martins Filho, “quanto mais rígido o sistema, menos protetivo ele é”, e o “período de crise econômica exige reforma da legislação trabalhista”.<sup>32</sup>

### **5.3 O ativismo judicial na justiça do trabalho**

Baseando-se em preceitos fundamentais da Justiça do Trabalho, como a proteção da parte hipossuficiente, e os excessos na interpretação de seus princípios, os magistrados trabalhistas frequentemente ultrapassam suas prerrogativas e passam a se portar como defensores do trabalhador, agindo como um Robin Hood de Toga, julgando muito mais baseado em suas convicções pessoais do que amparado em fatos concretos e na legislação.

Por vezes o magistrado se sente imbuído do poder-dever de decidir da forma que julgar mais conveniente ao trabalhador, sob a justificativa de o proteger, ignorando totalmente seu papel de juiz neutro e, por diversas ocasiões, a própria legislação.

Um exemplo claro foi a decisão do TRT da 11<sup>a</sup> Região (AM RR), no processo TST-RR-776-12.2011.5.04.0411, em que, em uma ação movida contra a AMBEV S/A, o tribunal deferiu

---

<sup>32</sup> Entrevista à ConJur em 15 de maio de 2016, por Marcos de Vasconcellos: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/entrevista-ives-gandra-silva-martins-filho-presidente-tst>

um pedido cumulativo do adicional de insalubridade em grau máximo, no índice de 40% sobre o salário-mínimo, com o adicional de periculosidade no índice de 30% sobre o salário-base:

*Por isto, defiro ao reclamante, cumulativamente, adicional de insalubridade em grau máximo (no percentual de 40% sobre o salário mínimo), durante todo o íterim contratual; e adicional de periculosidade (no percentual de 30% sobre o salário básico do reclamante), durante os 11 meses em que trabalhou na pasteurizadora; e, em face da natureza salarial dos adicionais (Súmulas 132 e 139 do TST), defiro também reflexos em horas extras, adicional noturno, férias com acréscimo de 1/3 (art. 146, parágrafo único, da CLT), gratificação natalina (art. 1o da Lei n. 4.090/62), aviso-prévio (art. 487, § 1o, da CLT) e FGTS com multa de 40% (Súmula 63 do TST).*

*Indefiro reflexos em 'etc', por inespecífico, estando em desconformidade com o comando insculpido no artigo 286, 'caput', primeira parte, do Código de Processo Civil; e, ainda, sob pena de violação ao direito constitucional à ampla defesa assegurado à reclamada. (fls. 796-v/798)<sup>33</sup>.*

Sob o argumento de que: “Não pode restar qualquer dúvida de que tal disposição conflita com a ‘escolha’ do trabalhador sobre qual condição negativa desprezará em prol dos cofres do empregador”<sup>34</sup>, o tribunal ignorou os artigos 192 e 193 da CLT, que dizem que: “O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”.

Quando a lei diz que se pode optar pelo adicional de insalubridade, a instrução é fazê-lo em caráter optativo e excludente em relação ao adicional de periculosidade, cabendo ao empregado fazer essa escolha. Assim, ao forçar uma escolha entre ambos os adicionais, o legislador torna-os mutuamente excludentes, e uma decisão como essa afronta diretamente o texto legal e ignora por completo a intenção do legislador ao elaborar a lei.

---

<sup>33</sup> TRT-RO, Recurso de Revista, PROCESSO No TST-RR-776-12.2011.5.04.0411, Acórdão da 7a Turma, fls. 7.

<sup>34</sup> TRT-RO, Recurso de Revista, PROCESSO No TST-RR-776-12.2011.5.04.0411, Acórdão da 7a Turma, fls. 6.

Um ativismo judicial como este, além de fragilizar a democracia, como analisado anteriormente neste trabalho, uma vez que o magistrado invade uma prerrogativa reservada ao legislativo e altera o texto da lei, impondo uma obrigação que claramente não existia, de acordo com a lei, cria uma insegurança jurídica que compromete as relações trabalhistas e, em consequência, a geração e manutenção de empregos. Isto, sem levar em conta a injustiça com a empresa que, ainda que estivesse dentro da lei, seria condenada a cumprir obrigações legalmente inexistentes, por decisão autoritária e ativista do magistrado.

Mais um exemplo do ativismo judicial ocorreu em uma ação movida por uma mulher que foi contratada em caráter temporário e ao descobrir a gravidez, ajuizou uma ação indenizatória pela rescisão do contrato antes do período de estabilidade legal para gestante.

A ação foi movida na 3ª Vara do Trabalho de Campo Grande (PROCESSO N. 0024484-91.2014.5.24.0003-RO), e o juízo reconheceu a estabilidade provisória decorrente da gravidez e converteu a sua reintegração em indenização substitutiva, condenando o empregador a pagar os salários do período compreendido entre a data da dispensa (6.1.2014) até o final do período da estabilidade (5.11.2014), inclusive férias, acrescidas do terço constitucional, 13º salário proporcional e FGTS do período de estabilidade.<sup>35</sup>

**GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. RECONHECIMENTO.** Considerando que o objetivo da garantia constitucional (art. 10, II, b do ADCT) é proteger a gestante contra a dispensa arbitrária e, principalmente, a tutela do nascituro, não há incompatibilidade entre os institutos da estabilidade provisória e do contrato a termo, pois independente da natureza do contrato não são permitidas restrições ao emprego da mulher em estado de gravidez. Recurso da primeira reclamada não provido.<sup>36</sup>

Segundo explica Sérgio Pinto Martins<sup>37</sup>, acerca da estabilidade da estabilidade de gestantes:

---

<sup>35</sup> Gestante Demitida tem Direito a indenização. – Página Jusbrasil. <http://trt-24.jusbrasil.com.br/noticias/302674512/gestante-demitida-tem-direito-a-indenizacao>

<sup>36</sup> Recurso, PROCESSO No 0024484-91.2014.5.24.0003-RO, Acórdão da 1ª Turma, pág. 1

<sup>37</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito processual do trabalho. São Paulo: Atlas, 2008, p. 469

O TST entende que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por prazo determinado. “

**Art. 10** - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art.

[...]

**II** - Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

[...] **b)** da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Como se pode constatar, não está expresso o direito à estabilidade da gestante, tratando-se de contrato de trabalho por prazo determinado, haja vista que não há dispensa, mas sim o cumprimento do prazo previamente pactuado entre as partes.

Ambos os exemplos apresentados demonstram situações em que o ativismo judicial cria uma insegurança jurídica nas relações de trabalho que, unidas às características da própria Justiça do Trabalho, de protecionismo exacerbado do empregado e de juízes-protetores do trabalhador, transformam o judiciário em um campo minado e desconhecido para o empregador, onde não se pode ter certeza de que o que está sendo feito é o que será considerado correto em uma eventual disputa judicial, mesmo que, em tese, todas as obrigações legais estejam sendo cumpridas.

Aparentemente isto é um mal pequeno por um bem maior, o da proteção dos trabalhadores indefesos, potenciais vítimas de empresas e patrões inescrupulosos, mas, na verdade, o efeito é muito mais sério, inclusive para o trabalhador. Com toda esta insegurança, o maior afetado é o trabalhador, que tem as ofertas de emprego limitadas, graças a um mercado desmotivado a contratar e receoso em investir em capital humano.

## **6 Considerações finais**

Em um ambiente político tão desacreditado como o que se encontra o Brasil atualmente, com os anseios populares ignorados pela classe política, escândalos de corrupção eclodindo diariamente e com uma população sedenta por justiça, o ativismo judicial tende a ganhar aceitação popular. O povo, erroneamente, espera que a solução para seus problemas parta de um Poder forte e determinado, e nesse cenário o Poder Judiciário ganha autonomia e alcance

antes limitados. Decisões com fundamentação ético-morais e políticas são proferidas e as leis são reescritas por aqueles que deveriam apenas aplica-las.

Após ser feita uma análise do sistema jurídico brasileiro, o *Civil Law*, ou Sistema Romano-Germânico, e sua evolução nos dias atuais, percebemos elementos que favorecem a existência e o aumento do ativismo judicial.

O mesmo pode ser percebido após o estudo da jurisdição, especialmente a jurisdição constitucional, ou seja, a obrigação do Supremo Tribunal Federal tutelar a constituição através do controle constitucional. Esta jurisdição, como visto, pode servir de plataforma de lançamento de uma campanha ativista por parte do judiciário que, se não for devidamente controlada pelos outros Poderes e pela própria população, tem o potencial de escalonar para uma situação extrema de uma eventual “ditadura do judiciário”.

Exemplos de excessos do Poder Judiciário, através de seus operadores foram apresentados neste trabalho para ilustrar a existência e os efeitos do ativismo judicial, como as decisões judiciais sobre demandas trabalhistas, onde a lei foi ignorada e as decisões judiciais criaram regras que, obviamente não haviam como ser seguidas pelas partes, uma vez que elas não existiam antes da decisão judicial que a criou.

Até esse ponto de análise, percebeu-se como tem sido grande a interferência do judiciário em questões que ultrapassam o simples julgamento do caso concreto e a aplicação da norma e dos princípios legais, em especial no caso Justiça do Trabalho. Além disso foram analisados os pontos de vista de doutrinadores e foram feitas ponderações sobre as interferências judiciais apresentadas.

Após todas essas ponderações e análises, pode-se concluir que existe uma invasão por parte do Poder Judiciário em domínios reservados ao Poder Legislativo, na medida que se avoluma o ativismo judicial no Brasil. Isso compromete claramente a divisão dos Três Poderes e, em consequência fragiliza a democracia no país. Com isso a hipótese apresentada para essa monografia foi comprovada.

No caso específico da Justiça do Trabalho pode-se notar um comprometimento crescente na segurança jurídica das relações trabalhistas, uma vez que decisões de magistrados baseadas em vontades pessoais, ou mesmo a criação de normas jurídicas de ofício, destroem completamente os fundamentos em que se poderia basear uma justiça isenta, imparcial e neutra.

## Referências

ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso - 3. ed. rev. - São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática Revista Atualidades Jurídicas, n° 4, Jan. - Fev. /2009, OAB.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Governo: Página oficial, “Portal Brasil”. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo>.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HEIL, Daniele Mariel: Controle misto e híbrido de constitucionalidade brasileiro e o sistema common law. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/controle-misto-e-hibrido-de-constitucionalidade-brasileiro-e-o-sistema-common-law-por-danielle-mariel-heil/>.

JUSBRASIL: Gestante Demitida tem Direito a indenização. – Disponível em: <http://trt-24.jusbrasil.com.br/noticias/302674512/gestante-demitida-tem-direito-a-indenizacao>

KLAUTAU FILHO, Paulo: A Primeira Decisão Sobre Controle de Constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50>

MARTINS, Sergio Pinto. Direito processual do trabalho. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. - 3ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha - 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Juvimário Andreino: Teoria do Hybrid Law: nasce(rá) um novo sistema jurídico brasileiro? Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28315/teoria-do-hybrid-law-nasce-ra-um-novo-sistema-juridico-brasileiro>.

RAATZ, Igor: Precedentes à brasileira: uma autorização para "errar" por último? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errar-ultimo>.

RAMOS, Vinícius Stefaneli: Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>

RECK, Melina Breckenfeld. Legitimidade democrática da jurisdição constitucional. OAB-PR, Revista Eletrônica Jan/Jul. 2008: Disponível em: <http://admin.oabpr.org.br/revistaeletronica/artigos/7-32.pdf>.

SENADO. Notas Taquigráficas do Senado Federal: 2ª Sessão Legislativa Ordinária da 55ª legislatura, em 25 de agosto de 2016 – 133ª Sessão (Sessão Deliberativa Ordinária). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/s/3885>.

STRECK, Lênio Luiz: Crítica às teses que defendem o Sistema de Precedentes – Parte II. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>.

STF, Notícias: Edição de 29 de Novembro de 2016: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769&caixaBusca=N>

STJ, Página Oficial: Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.

TST, Página Oficial: A Justiça do Trabalho entre Dois Extremos – SECOM. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/historia-da-justica-do-trabalho>

TRT-RO, 1ª Turma: PROCESSO No 0024484-91.2014.5.24.0003-RO, Acórdão.

VASCONCELOS, Marcos de: Entrevista à ConJur com Ives Gandra Silva Martins Filho, em 15 de maio de 2016, por Marcos de Vasconcellos: Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/entrevista-ives-gandra-silva-martins-filho-presidente-tst>.

# LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DE ORIGEM NEGOCIAL

Guilherme Henrique Lage Faria<sup>1</sup>

**Sumário:** 1.Introdução; 2. Negócios Processuais – Origem e Admissibilidade no Modelo Processual Brasileiro; 3. Negócios Atípicos – A Cláusula Geral de Negociação Processual; 4. Legitimação Extraordinária de Origem Negocial; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução.

Um dos grandes impactos da atividade processual, que eventualmente serve de desestímulo para o exercício do direito de ação, se revela nos custos do processo para o jurisdicionado.<sup>2</sup>

Vale frisar que o fator “*custo a serem enfrentados nas ações*”, enquanto dificultador do acesso à justiça, não é novidade no sistema processual, em especial no que concerne ao *Modelo Liberal de Processo*<sup>3</sup>, onde as despesas do processo acabavam por alijar as pessoas economicamente menos favorecidas da possibilidade de resolução adjudicada de seus conflitos.

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-graduação *strictu sensu* em Direito da PUC/Minas, Especialista em Direito Processual Civil pelo IEC - PUCMINAS. Professor Universitário. Advogado.

<sup>2</sup> Os dados do Projeto Florença (vide nota 4) revelam que a relação entre “*os custos a serem enfrentados nas ações cresce na medida em que se reduz o valor da causa*”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 7). De acordo com Flávio Pedron e Bernardo Gonçalves: “*Isso faz com que as causas relativamente “pequenas” sejam as mais afetadas pela barreira dos custos*”. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. O Poder Judiciário e(m) Crise. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008. p. 99)

<sup>3</sup> Dierle Nunes e Ludmila Teixeira analisando o acesso à justiça no modelo liberal de processo ressaltam que, em razão do caráter exclusivamente individualista e formal do mesmo, sendo considerado exclusivamente como o exercício do direito de propor ou contestar uma ação, “*a justiça, como outros bens no sistema do “laissez faire” só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com os seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram condenados por sua sorte ao acesso formal, mas não efetivo à justiça*”. (NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático. Brasília: Gazeta, 2013. p. 21)

Não sem motivo, as reformas processuais posteriores, as quais tinham como uma de suas finalidades ‘corrigir’ os entraves existentes para o acesso à justiça, trabalharam o fator ‘custo do processo’ com enorme consideração, consoante se infere nos estudos realizados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth no “*Projeto Florença de Acesso à Justiça*”<sup>4,5</sup>

Em que pese o contexto nitidamente de Estado Social, a preocupação dos autores também se revela de grande importância quando analisada sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, haja vista que o exercício do direito constitucional de ação não pode ser inviabilizado pelas despesas inerentes à manutenção do processo.

Dentre as referidas despesas devem ser computados os gastos com deslocamento e viagens, tanto das partes quanto dos procuradores, em especial quando se tratar de ações que tramitam em outros estados da federação.

Neste esboço, pessoas (físicas e/ou jurídicas) poderiam encontrar severas dificuldades financeiras para o exercício do direito de ação (no qual também se encontra inserido o direito de defesa) caso a competência determinada em lei para o ajuizamento da demanda seja em localidade distante de seu domicílio, haja vista que, em especial nas demandas de baixo valor (consoante acima verificado), as despesas a serem suportadas seriam absolutamente desproporcionais com relação ao objeto do litígio.

É indispensável ressaltar que, dado a desproporção entre os referidos gastos e o objeto do litígio, não raro se verificam situações nas quais as partes poderiam ser (e algumas vezes são) alijadas do exercício do direito constitucional de ação, tendo em vista que a defesa de seu direito juízo tornar-se-ia absolutamente onerosa (ou até mesmo inviável), caso comparada com o possível proveito econômico oriundo do processo.

Atento à referida situação, bem como à valorização do autorregramento da vontade constante no Novo CPC, o presente estudo visa analisar a possibilidade de se atribuir, por

---

<sup>4</sup> Dierle Nunes e Ludmila Teixeira salientam que “o “*Projeto Florença de Acesso à Justiça*” resultou de uma grande mobilização que reuniu pesquisadores de vários ramos das ciências sociais para realizar, de 1973 a 1978, uma ampla investigação dos sistemas judiciais em 23 países participantes do projeto. É a partir dessa pesquisa empírica coordenada por Mauro Cappelletti que o tema do acesso à justiça surge como objeto de investigação no campo jurídico” (NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático. p. 34-35).

<sup>5</sup> Cappelletti e Garth ressaltam que a premissa básica seguida pelos autores foi a de que a justiça social pressupõe o acesso efetivo à justiça. Assim, assumindo uma postura crítica frente aos problemas do modelo liberal de processo, defendiam uma reforma de amplo alcance, capaz de transformar quaisquer procedimentos e instituições que afastassem o cidadão comum da justiça e da efetivação de seus direitos. Neste esboço, os custos do processo, por serem um dos principais fatores que dificultam o acesso à justiça, deveriam passar por uma significativa mudança. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. p. 7)

negócio processual<sup>6</sup>, a legitimidade de atuação no processo para um terceiro, que não participou da relação de direito material, mas que praticaria todos os atos do processo no lugar parte, evitando que os referidos gastos com deslocamento e viagens ocorressem.

Assim sendo, buscar-se-á abordar uma “*antecipação contratual da litigância*”, colocando algumas alternativas processuais para as partes em um potencial litígio, “*a fim de adaptá-lo às suas necessidades*”.<sup>7</sup>

Para tanto, far-se-á uma análise da admissibilidade dos negócios processuais no modelo constitucional de processo, bem como de suas espécies.

Superada a referida análise, abordaremos a (im)possibilidade de se atribuir legitimidade extraordinária a um terceiro por meio de um negócio processual.

Com efeito, busca-se uma solução de viés processual-democrático para o enfrentamento do fator custo do processo, em especial nos casos de litigantes que atuam em diversos estados da federação, sem que a solução para o referido problema resulte em lesão ao direito fundamental do Acesso à Justiça, bem como da Ampla Defesa e do Contraditório.

## **2. Negócios Processuais – Origem e Admissibilidade no Modelo Processual Brasileiro.**

O conceito de acordo ou contrato processual foi tratado de maneira aprofundada pela primeira vez por Josef Köhler<sup>8</sup>, ainda no Séc. XIX, mais precisamente em 1887.

Köhler, em perspectiva privatista, sustentava que a vontade das partes poderia ser orientada negocialmente para produzir efeitos no processo, determinando a conformação de situações jurídicas processuais, sendo o “contrato” uma categoria da teoria do direito, e não somente do direito privado.<sup>9</sup> De acordo com Antônio Cabral:

---

<sup>6</sup> De acordo com Antônio do Passo Cabral: “*Outra vantagem do instituto das convenções processuais é a economia processual, que pode se desdobrar na celeridade de tramitação dos procedimentos e na redução dos custos. Tudo isso pode ser obtido pela flexibilização formal dos procedimentos de maneira convencional, porque os acordos processuais adaptam cada processo às necessidades e objetivos dos litigantes. (...) De maneira geral, a economia processual, tanto no viés da simplificação de atos quanto na redução de tempo e custos, pede soluções desburocratizadas. Tanto melhor será que estas soluções sejam amigáveis, negociais, convencionadas.*” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Livre-Docente. São Paulo: Faculdade de Direito do Largo São Francisco, 2015. p. 203-205.)

<sup>7</sup>CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo*. p. 200.

<sup>8</sup>KOHLER, Josef. *Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*. Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß. Berlin: Scientia Verlag Aalen, 1894, Reed. 1969.

<sup>9</sup>CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo*. p. 90.

*“Partia-se, então, de uma ampla convencionalidade processual: toda vez que o ordenamento ofertasse às partes uma opção de interferência no procedimento entre duas alternativas, elas poderiam fazê-lo por contrato, reduzindo as possibilidades a uma dessas alternativas.”*<sup>10</sup>

Desde então o tema passou a ser enfrentado pela doutrina Alemã.

Contudo, os contratos e convenções processuais não tiveram destaque na jurisprudência alemã do Séc. XIX, muito em razão do Movimento de Socialização Processual e da teoria de Oskar Bülow.<sup>11</sup>

O processo, antes de adquirir autonomia científica, era considerado um apêndice do direito privado. Foi com os estudos de Bülow sobre as exceções processuais e os pressupostos processuais que se fundou a escola publicista do processo, libertando o processo dos domínios do direito material.<sup>12</sup>

Bülow estruturou a autonomia do estudo do Direito Processual mediante o delineamento de uma relação jurídico-processual lastreada primordialmente na figura do juiz, uma vez que as partes apresentavam-se como meros colaboradores deste na formação dos provimentos decisórios, o qual era emanado de seu “senso inato de justiça”, em verdadeiro culto ao protagonismo judicial.<sup>13</sup>

Com fulcro neste pensamento, Bülow sustentou que os acordos processuais seriam inadmissíveis porque, ante a publicidade da relação jurídica processual, seria vedado às partes convencionar sobre poderes de outrem (Estado-juiz). Para ele, “*seria impossível imaginar que houvesse um ato de vontade de um sujeito privado que mudasse regras processuais ou suspendesse a eficácia de normas cogentes*”. Nestes termos, os acordos processuais, fora do que fosse expressamente definido em lei, representariam grave ofensa ao ordenamento jurídico.<sup>14</sup>

Com efeito, eram tidos por inválidos e ineficazes os negócios processuais eventualmente celebrados pelas partes.

A popularidade da tese de Bülow e a grande adesão que a concepção publicista do processo ganhou na Alemanha e na Europa, em especial em decorrência dos estudos de Anton

---

<sup>10</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo. p. 90.

<sup>11</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo. p. 90.

<sup>12</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo. p. 92.

<sup>13</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. p. 100.

<sup>14</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo. p. 92-93.

Menger e Franz Klein<sup>15</sup>, forjaram uma premissa de proibição do “processo convencional”. “Privilegiava-se o caráter público decorrente da presença da autoridade estatal, e dele se extraía a ausência de espaço para os acordos processuais”.<sup>16</sup>

Desse modo, sempre que os efeitos de atos jurídicos dependessem de uma atuação das partes no processo, esses efeitos seriam produzidos por força da lei e não da vontade privada.

Na Itália, alguns autores aderiram ao pensamento de Bülow. Chiovenda admitia os acordos, mas opunha diversas restrições, dentre as quais se encontra a necessidade de expressa previsão legal. Ou seja, só seriam cabíveis convenções processuais previstas na lei (típicas).<sup>17</sup>

Antônio Cabral ressalta que, dentre os italianos, Salvatore Satta foi quem mais ecoou as premissas do publicismo, tendo sido “*um dos maiores opositores dos contratos processuais*”, negando a convencionalidade como característica do processo. Afirmava o autor italiano, na mesma linha de Bülow, que “*a relação jurídica processual é pública, e esta qualidade impediria qualquer convenção porque no processo estariam em jogo interesses públicos, pertencentes a toda a sociedade*”.<sup>18</sup>

Satta negava veementemente a possibilidade de o contrato ser um instituto próprio do direito público<sup>19</sup>, fazendo com que a vontade das partes não pudesse determinar efeitos jurídicos no processo, criando ou modificando situações jurídicas processuais.

Neste espeque, Antônio Cabral ressalta que:

*“Segundo Satta, como a relação jurídica processual é pública, ainda que houvesse convenção ou contrato, os contratantes teriam sempre a possibilidade de não cumprir o acordo anterior quando esse fosse invocado em juízo, e o juiz também poderia ignorá-lo, com a consequência de o pacto tornar-se um mero motivo intrínseco ao processo e indiferente a ele.”*<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>16</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo. p. 94.

<sup>17</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução Paulo Capittanio. Campinas. Bookseller, 1998, v. 3, p. 25-26.

<sup>18</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo. p. 96.

<sup>19</sup> SATTA, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931. p. 44.

<sup>20</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo. p. 97.

Entretanto, é importante ressaltar que, em que pese ser um dos maiores críticos à convencionalidade do processo, com o passar do tempo, Satta adotou posição similar à de Chiovenda, admitindo que os negócios processuais poderiam ser celebrados nos casos previstos expressamente em lei.<sup>21</sup>

Enrico Tulio Liebman, um dos autores italianos de maior influência no Brasil, era manifestamente contrário aos negócios processuais, ainda que, em algumas passagens, tenha admitido a existência de acordos com eficácia no processo.<sup>22</sup>

Por conseguinte, forjou-se, assim, a tradição de que somos herdeiros e em cujas premissas fomos “ensinados”: “*processo é direito público, infenso aos espaços de liberdade autorizadores da disposição em razão da vontade privada*”.<sup>23</sup>

Como pode se observar, o tema dos negócios processuais coloca-se no centro do debate entre o publicismo e o privatismo, refletindo a tensão entre o processo e a vontade privada dos indivíduos envolvidos.<sup>24</sup>

Destarte, não nos parece exagerado afirmar que os debates sobre a divisão de trabalho<sup>25</sup> entre o juiz e as partes é um tema que reivindica a compreensão da mudança de concepção do direito processual<sup>26</sup>, haja vista que tal fato encontra-se umbilicalmente vinculado à concepção paradigmática do direito, alterando-se de maneira vertiginosa nos paradigmas liberal e social.

Aos poucos o publicismo foi se espalhando por todos os institutos processuais, dele sendo extraídas conclusões e consequências normativas que reforçavam as premissas em que baseado, dentre as quais o Antônio Cabral elenca:

---

<sup>21</sup> SATTÀ, Salvatore. *Accordo (diritto processuale civile)*. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, vol.I, 1958. p. 300-301.

<sup>22</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, I. Tradução e notas Candido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>23</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo*. p. 98. Daniel Mitidiero salienta que “*o processo civil nasce no final do século XIX, na Alemanha, profundamente influenciado pela pandectística. Isto irremediavelmente marca o direito processual civil com uma característica cientificista, que acaba por determinar sua neutralidade em relação à cultura. O programa alemão para ciência do processo é encampado pela doutrina italiana da primeira metade do século XX, daí aportando para o direito brasileiro.*” (MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, nº 183 São Paulo: RT, maio de 2010, p. 190).

<sup>24</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*. ano 33, nº 164, out., 2008. p. 31.

<sup>25</sup> BARBOSA MOREIRA. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, disponível em [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br), consultado em 17 de agosto de 2014.

*“(a) o Estado almejava implantar, pelo processo, escopos públicos, que se sobrepõem aos interesses privados das partes e que levariam à aplicação imperativa da regra legislada, considerada a lei a única fonte da norma processual;*

*(b) a concepção de que as normas processuais seriam todas de ordem pública, e portanto cogentes, estabelecidas no interesse público e inderrogáveis pela vontade das partes; a vontade dos litigantes não poderia interferir decisivamente no trâmite do procedimento de maneira diversa daquela prevista na norma legal.*

*(c) rejeição do processo como “coisa das partes” e a inflação dos poderes oficiosos do juiz, inclusive e sobretudo na condução do procedimento; o Estado-juiz passou a ser o personagem central da relação jurídica processual”<sup>27</sup>*

Assim, opondo-se ao processo como “coisa das partes”, que remetia ao privatismo romano, o Movimento da Socialização Processual ensejou um aumento dos poderes do juiz, tendo sido largamente difundida a ideia de que a direção formal do processo caberia exclusivamente ao magistrado, e nem mesmo parcialmente as partes poderiam tolher do julgador este poder.<sup>28</sup>

Neste espeque, Robson Godinho frisa que, se a publicização do processo ensejou conquistas, o rechaço à idéia de efetiva participação das partes e da formulação de negócios jurídicos processuais, como se integrassem uma espécie de trauma epistemológico, não encontra mais lugar nesta quadra histórica.<sup>29</sup>

Para o autor, *“trata-se, indubitavelmente, de uma discussão clássica que exige e suporta cores absolutamente novas, afastando-se definitivamente o receio de que a publicização do processo não possa conviver com a autonomia privada”<sup>30</sup>.*

Com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, sobretudo em razão do disposto nos artigos 1º, *caput*, 5º, incisos II, XXXV, LIII, LIV, LV e 93, inciso IX, fora adotado um novo paradigma no Brasil, o Estado Democrático de Direito, estabelecendo-se

---

<sup>27</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo*. p. 100.

<sup>28</sup> GUIMARÃES, Luiz Machado. *Processo autoritário e regime liberal*. In *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 128.

<sup>29</sup> GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão do trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013. p. 3-4.

<sup>30</sup> GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão do trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. p. 1.

bases estruturantes (direitos e garantias fundamentais) para uma constitucionalização do processo<sup>31</sup>.

A referida alteração paradigmática permitiu o aprofundamento de estudos em teoria do processo que buscam ofertar uma releitura constitucionalizada das matrizes teóricas que influenciaram (e ainda influenciam) a doutrina, a jurisprudência, bem como o próprio legislador.

A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente.

Para Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, a Constituição de 1988 resgataria o espírito das Constituições de 1891, de 34 e 46, no seu compromisso com a noção cara ao constitucionalismo de governo limitado, democraticamente eleito e comprometido com os direitos fundamentais.<sup>32</sup>

Por conseguinte, evidencia-se que o Estado Democrático de Direito se assenta em dois pilares: a *democracia* e os *direitos fundamentais*.<sup>33</sup> Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais, e não há direitos fundamentais sem democracia.

O Poder Democrático, nos termos da Constituição de 1988, é exercido por representantes do povo, o que, por óbvio, não implica sua exclusão, haja vista que, com a outorga do poder ao povo pela Carta Magna, tem-se por indispensável a participação deste nos atos decisórios. Nas palavras de Cattoni de Oliveira:

*“Há uma diferença técnico-conceitual entre representação e substituição que aqui é pertinente (...) Representar é agir em nome*

---

<sup>31</sup> André Del Negri esclarece que: “No Brasil, com a Constituição de outubro de 1988, um novo marco teórico foi instituído e a partir daí o denominado Estado de Direito Democrático (art. 1º, CB/88), apresentou um projeto de democracia estruturado por princípios de direitos fundamentais, com aplicação imediata (art. 5º, 1º, da CB/88), e uma operacionalidade posta à disposição do cidadão (eixo desse projeto), entendido como construtor e reconstrutor do seu próprio ordenamento jurídico, por intermédios de procedimentos de participação popular e ações processuais constitucionais”. (DEL NEGRI, André. Teoria da Constituição e do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2009, p.101). Como afirma Marcelo Campos Galuppo, baseando-se na obra de Lênio Streck: “A Constituição de 1988 é o marco mais importante em nossa história recente (STRECK, 2007, p. 310-311) de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação do texto da Constituição e que lhe dá sentido normativo, de um projeto que é muito anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo.” (GALUPPO, Marcelo Campos (Coord). Constituição e democracia: fundamentos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004., p.246).

<sup>32</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). Constituição e democracia: fundamentos. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p.242-243.

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 3ª. ed. São Paulo. RT. 2013. p. 123

*alheio na defesa de direitos ou interesses alheios; substituição é agir em nome próprio na defesa de direitos ou interesses alheios. A questão é que a representação não implica necessariamente, como no caso da substituição, exclusão do representado do processo. O problema, portanto, de se confundir representante e substituto é o de se entender erroneamente que a representação, ao contrário de mediar, viabilizar institucionalmente a participação do representado no processo deliberativo, exclui essa participação, com conseqüências obviamente desastrosas do ponto de vista democrático.”<sup>34</sup>*

Nesse contexto Godinho ressalta que “a participação das partes no processo vem sendo objeto de novas abordagens, sobretudo com publicações acerca da cooperação ou colaboração no processo e uma nova visão acerca do princípio do contraditório”. Como decorrência dessas discussões, tem-se a “necessidade de se estudar o âmbito normativo da autonomia privada no processo e, correlatamente, os limites e possibilidades da atuação do juiz”.<sup>35</sup>

Atento a tais premissas constitucionais, o Novo Código de Processo Civil, com fulcro no reforço da participação (democrática) do jurisdicionado no processo, abre-se à possibilidade da realização de adequações procedimentais pelas partes, ora sozinhas, ora em conjunto com o juiz, buscando a construção de procedimentos aptos a ensejar um processo constitucionalizado efetivo (e adequado) para a resolução do conflito. Do mesmo modo, no intento de oportunizar uma melhor adequação do procedimento ao caso concreto, o Novo CPC autoriza às partes disporem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Com efeito, o Novo CPC autoriza a celebração de negócios processuais *típicos* e *atípicos*, estes respaldados na clausula geral de negociação processual (art. 190 do CPC), conforme será abordado adiante.

É importante ressaltar que os negócios processuais, em especiais os negócios típicos (aqueles previstos na legislação) não são uma novidade implementada no sistema processual

---

<sup>34</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A súmula Vinculante n. 4 do STF e o “Desvio” Hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte. Del Rey, 2009, p. 49

<sup>35</sup> GODINHO, Robson Renault. Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão do trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. p. 2.

brasileiro pelo CPC/15, uma vez que já havia no Código de Processo Civil de 1973 vários negócios processuais típicos, dentre os quais Leonardo Carneiro da Cunha elenca os seguintes:

- a) modificação do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66);*
- b) Sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente cessionário da coisa litigiosa (art. 42, § 1º);*
- c) acordo de eleição de foro (art. 111);*
- d) prorrogação da competência territorial por inércia do réu (art. 114);*
- e) desistência do recurso (art. 158; art. 500, III);*
- f) convenção sobre prazos dilatatórios (art. 181);*
- g) convenção para suspensão do processo (art. 265, II e 792);*
- h) desistência da ação (art. 267, § 4º; art. 158, parágrafo único);*
- i) convenção de arbitragem (art. 267, VII; art. 301, IX);*
- j) revogação da convenção de arbitragem (art. 301, IX, e § 4º);*
- k) reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II);*
- l) transação judicial (arts. 269, III; 475-N, III e V, e 794, II);*
- m) renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, V);*
- n) convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único)*
- o) acordo para retirar dos autos documento cuja falsidade foi argüida (art. 392, parágrafo único);*
- p) conciliação em audiência (art. 447 e 449);*
- q) adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, I);*
- r) convenção sobre alegações finais orais de litisconsortes (art. 454, § 1º);*
- s) liquidação por arbitramento em razão de convenção das partes (art. 475-C, I);*
- t) escolha do juízo da execução (art. 475-P, parágrafo único);*
- u) renúncia ao direito de recorrer (art. 502);*
- v) requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único);*

- w) *desistência da execução ou de medidas executivas (art. 569);*
- x) *escolha do foro competente pela fazenda pública na execução fiscal (art. 578, parágrafo único);*
- y) *opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (art. 633);*
- z) *desistência da penhora pelo exequente (art. 667, III);*
- aa) *administração de estabelecimento penhorado (art. 677, § 2º);*
- bb) *dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (art. 684, I);*
- cc) *opção do exequente por substituir a arrematação pela alienação via internet (art. 689-A);*
- dd) *opção do executado pelo pagamento parcelado (art. 745-A);*
- ee) *acordo de pagamento amigável pelo insolvente (art. 783);*
- ff) *escolha de depositário de bens seqüestrados (art. 824, I);*
- gg) *acordo de partilha (art. 1.031).”<sup>36</sup>*

Assim, a grande “novidade” <sup>37</sup> a ser enfrentada no presente trabalho, para fins de compreender se há espaço normativo para a legitimação extraordinária de origem negocial, são os negócios processuais atípicos, implementados pela “cláusula geral” do art. 190 do CPC/15.

### **3 - Negócios Atípicos – A Cláusula Geral de Negociação Processual**

Segundo Barbosa Moreira, na Alemanha predomina o entendimento da admissibilidade das convenções atípicas, ou seja, aquelas não previstas na legislação, em que pese a doutrina não chegar a um consenso a respeito da fixação de critérios limitadores à autonomia das partes.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). Negócios processuais. Salvador: JusPodvm, 2015. p. 42-43.

<sup>37</sup> Ressalta-se que o presente estudo corrobora com a tese de que os negócios processuais atípicos não são uma novidade implementada pelo CPC/2015 no sistema processual pátrio, haja vista que os preceitos do art. 158 do CPC/73 (atual art. 200 do CPC/2015), já autorizavam a realização de atos processuais unilaterais e bilaterais pelas partes com eficácia no processo. Portanto, utiliza-se a expressão “novidade” com a devida cautela.

<sup>38</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 115-130. p. 122.

O processo, para ofertar a necessária efetividade da prestação jurisdicional, deve ser adequado às peculiaridades do caso concreto, valendo dizer que “*o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado*”<sup>39</sup>.

Por essa razão, por influência das *Tutelas Processuais Diferenciadas* de Proto Pisani<sup>40</sup>, existem vários procedimentos especiais “*estruturados em virtude das peculiaridades do direito material*”. Ou seja, a tutela do direito pleiteada pela parte através do exercício da função jurisdicional há de ser proferida “*em procedimento adequado à satisfação do interesse material ou do direito subjetivo que a parte visa proteger*”.<sup>41</sup>

Em suma, o procedimento sofre influências das peculiaridades do caso concreto, e, em especial, do direito material em debate.<sup>42</sup>

Cunha ressalta que além de o legislador promover a adequação procedimental, o juiz também poderá fazê-lo,<sup>43</sup> desde que, ressalte-se, o faça em conjunto com as partes.

Em alguns sistemas jurídicos adota-se um modelo de gestão processual por meio do qual ao juiz é dado interferir no desenrolar do procedimento a fim de adequá-lo às especificidades do caso concreto. Contudo, em que pese o caput do art. 190 do Novo CPC<sup>44</sup> permitir a adaptação procedimental, este não a estabelece “*como resultado de um ato unilateral do juiz e sim como fruto do consenso entre as partes e o julgador*”.<sup>45</sup>

Para Flávio Yarshell:

---

<sup>39</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*. p. 56.

<sup>40</sup> PROTO PISANI, Andrea. *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*. Studi di Diritto Processuale del Lavoro. Milano: Giuffrè, 1977. p. 65 et seq

<sup>41</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*. p. 56.

<sup>42</sup> De acordo com Bruno Redondo: “*O princípio da adequação que decorre das garantias constitucionais do devido processo de direito (art. 5º, LIV), do acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e da tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, CRFB) – impõe a exigência de que os procedimentos sejam os mais adequados possíveis (às peculiaridades da causa, às necessidades do direito material, às pessoas dos litigantes, etc.) para que, mediante uma prestação jurisdicional eficiente, a tutela jurisdicional possa ser realmente efetiva. Para que o procedimento possa ser efetivamente adequado, forçoso reconhecer que tanto o juiz, quanto as partes, são dotados de poderes para promover adaptações no procedimento.*” (REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodvm, 2015. p. 272)

<sup>43</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*. p. 57.

<sup>44</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

<sup>45</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodvm, 2015. p. 91

*“Os acordos de procedimento valorizam o diálogo entre o juiz e as partes, conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio sistema, a condição de adaptar o procedimento para adequá-lo às exigências específicas do litígio; trata-se de instrumento valioso para a construção de um processo civil democrático.”*<sup>46</sup>

Assim, a novidade trazida a cargo do art. 190 do Novo CPC é a possibilidade que se confere às partes de regular ou modificar o procedimento, adequando-o às minúcias do caso concreto. Com efeito, por meio de um negócio bilateral (ou plurilateral, em alguns casos), as partes poderão modificar o procedimento a que submeterão para acertamento do direito material. Trata-se de manifestação do que alguns denominam de *“flexibilização procedimental voluntária”*<sup>47</sup>.

Com efeito, o art. 190 do Novo CPC consagra uma verdadeira *Cláusula Geral* de atipicidade de negócios processuais, *“sendo ampla a liberdade das partes para celebração de convenções processuais”*. Afinal, de acordo com Bruno Redondo, *“inexiste prévia estipulação das adequações que podem ser efetuadas no procedimento, como também não há específica identificação do objeto das convenções das partes em matéria processual”*, do mesmo modo, também não se prevê o alcance e os limites desses negócios processuais.<sup>48</sup>

Percebe-se, desse modo, que o instituto se presta à construção (de forma cooperativa) de um procedimento próprio, adequado ao caso concreto, visando, antes de tudo, eliminar impasses processuais, mas, frisa-se, sem jamais limitar ou reduzir garantias constitucionalmente estabelecidas.<sup>49</sup>

É oportuno explicar que a flexibilização procedimental voluntária autorizada pelo art. 190 também possibilita às partes convencionarem sobre suas posições, faculdades, poderes e deveres no processo, independentemente da adaptação do procedimento ao caso concreto, tal como preconiza o Enunciado nº. 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: *“As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”*.

---

<sup>46</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? p. 91-92.

<sup>47</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 215.

<sup>48</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. p. 273

<sup>49</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). Negócios processuais. Salvador: JusPodvm, 2015.p. 238.

Com efeito, além de poderem ajustar o procedimento às peculiaridades da causa, “as partes podem negociar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”<sup>50</sup>.

O negócio processual atípico, desse modo, tem por objeto as situações jurídicas processuais – ônus, faculdades, deveres e poderes (poderes neste caso, de acordo com Didier, significa “qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos”<sup>51</sup>). O negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual, incorrendo na redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplo.<sup>52</sup>

Segundo Cunha, daí já se poderia construir o *Princípio da Atipicidade dos Negócios Processuais*, concluindo ser possível qualquer modalidade de negócio entre as partes ou entre elas e o juiz para modificação do procedimento.<sup>53</sup>

Do mesmo modo, reproduzindo o disposto no art. 158 do CPC de 1973, o art. 200 do Novo CPC assevera que “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. Em suma, as partes podem, a evidência dos preceitos dos arts. 190 e 200 do Novo CPC<sup>54</sup>, negociar regras processuais.

Vale ressaltar que alguns autores defendem a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos já sob a égide do CPC de 1973, com fulcro no teor do art. 158, não importando o conteúdo do art. 190 do Novo CPC em verdadeira inovação no sistema processual pátrio.<sup>55</sup>

Yarshell salienta que o juiz se vincula aos acordos sobre procedimento celebrados pelas partes, “devendo promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que foi avençado”. Não obstante, para o autor, não há necessidade de homologação judicial para que a convenção produza seus efeitos, já que, conforme art. 200 do Novo CPC acima

---

<sup>50</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro Da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. p. 57-58.

<sup>51</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 380

<sup>52</sup> Enunciado nº. 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “o art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças no procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. (Grupo: Negócios Processuais); Enunciado nº. 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As partes podem convençionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes à especificidade da causa”. (Grupo: Negócios Processuais)

<sup>53</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. p. 56.

<sup>54</sup> Frisa-se que, de acordo com o Enunciado nº. 261 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “o art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190”. (Grupo: Negócios Processuais)

<sup>55</sup> Neste sentido: CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. Negócios Processuais: Um velho conhecido? Disponível em: <http://portalprocessual.com/negocios-processuais-um-velho-conhecido/#more-990>. Acesso em 13/06/2015.

transcrito, “as declarações bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, dispensando-se qualquer ato homologatório do juiz para que sua eficácia seja produzida”.<sup>56</sup>

Frisa-se que não se trata de negócio sobre o direito litigioso – essa é a *autocomposição*. No caso, negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo. São negócios que “*derrogam normas processuais*”<sup>57</sup>.

Conforme salientou Pedro Nogueira,

*“se a solução do litígio é benéfica a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir aos litigantes, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, disciplinarem a forma do exercício das suas faculdades processuais, ou até mesmo delas dispor”*.<sup>58</sup>

Um campo bastante favorável à Negociação Processual é o do direito probatório. Várias maneiras de disposição de direitos relacionados à prova são lembradas pela doutrina, que avalia como ampla a autonomia privada nessa seara, visto considerar o direito à prova ausente das questões de ordem pública. A *redistribuição do ônus da prova*, a *previsão sobre a utilização de determinado meio atípico de prova*, a *vedação de produção de prova por iniciativa do juiz*, a *especificação de um só meio de prova possível para a demonstração da verdade de um fato (estabelecimento convencional da prova legal)*, a *permissão da livre valoração de todos os meios de prova quando a lei expressamente preveja um só modo de comprovação do fato (desconstrução de regra de prova legal inserida no ordenamento)*, a *criação em contrato de hierarquia entre os meios de prova*, a *modificação de regra de admissibilidade prevista em lei* e a *dispensa de prova pela fixação em contrato da versão de fato que deve ser observada em juízo*, são exemplos de convenções possíveis a serem realizadas, de acordo com Diogo Almeida.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? p. 90

<sup>57</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. p. 381

<sup>58</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral de acordo de procedimento no novo CPC (PL 8.046/2010). In: FREIRE, Alexandre, *et al.* (org.). Novas Tendências no Processo Civil – Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2014, p.17.

<sup>59</sup> ALMEIDA, Diogo Diogo Assunção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). Negócios processuais. Salvador: JusPodvm, 2015. p. 261-262.

Dado a amplitude de alcance dos negócios atípicos, a título exemplificativo, aponta-se alguns exemplos de convenções permitidas pelo Art. 190 do Novo CPC, elencados por Greco e Almeida:

*“(i) pacto de non petendo (ou perdão da dívida)<sup>60</sup>; (ii) a obrigação ou cláusula de paz; (iii) a eleição convencional do foro; (iv) a autorização de juízos de equidade; (v) a escolha da lei aplicável ao caso; (vi) a disposição a respeito da revelação de fato jurígeno; (vii) a redistribuição contratual do ônus da prova; (viii) a dispensa de assistente técnico pelas partes; (ix) a dispensa de prova de determinado fato; (x) a eleição de perito único pelas partes; (xi) a opção por memoriais escritos em vez das alegações finais orais, em audiência; (xii) a possibilidade de substituição do réu na nomeação à autoria; (xiii) a substituição do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário; (xiv) a suspensão do processo por convenção das partes; (xvi) o requerimento conjunto de preferência no julgamento perante tribunais; (xvii) as convenções sobre prazos; (xviii) as convenções sobre alegações finais orais de litisconsortes; (xix) a*

---

<sup>60</sup> Paula Costa e Silva salienta que o *pactum de non petendo* é “um acordo informal entre credor e devedor, nos termos do qual o primeiro ficava obrigado a não exigir o cumprimento da prestação, seja sob condição ou sob termo ou a tempo indeterminável.” Aqui, “o credor preserva a titularidade do seu direito, ficando apenas privado da faculdade de exigir judicialmente o respectivo cumprimento. A partir de uma perspectiva processual, uma acção de simples apreciação positiva da titularidade do direito será admissível, mas já não uma acção de condenação ao respectivo cumprimento”. Com efeito, a dívida não é exigível, embora continue a ser pagável. No que tange ao argumento da inadmissibilidade da exclusão da garantia de Acesso à Jurisdição, a autora ressalta que “uma ingerência privada no dever que impende sobre o Estado de garantir a vigência efectiva do Direito seria, em qualquer caso, considerada inválida, independentemente da circunstância de a mesma ser temporária ou sujeita a condição. Este argumento não pode deixar de merecer recusa. Com efeito, o *pactum de non petendo* não implica na subtração ao Estado do dever de garantir a aplicação do Direito, como decorrência do Estado de Direito. Aliás, essa ideia não poderia deixar de ter como pressuposto que o objecto de disposição do *pactum de non petendo* é o direito de acesso à jurisdição, ou o direito a uma tutela jurisdicional efectiva, o que, como já houve oportunidade para dizer, não é o caso”. Ademais, “o afastamento do direito de exigir o cumprimento do dever de prestar não implica logicamente a exclusão do direito a exigir o pagamento de uma indemnização, seja pela mora, seja pelo incumprimento definitivo. Da mesma forma, o não cumprimento da obrigação pelo devedor permitirá ao credor invocar a excepção de não cumprimento da prestação (art. 428 do Código Civil), pois, continuando o devedor adstrito ao cumprimento da sua obrigação, o respectivo não cumprimento não poderá deixar de ser considerado ilícito”. (SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo: Exclusão convencional do direito de acção e execução convencional da pretensão material*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodvm, 2015. p. 303 – 319). Por conseguinte, verifica-se que o pensamento da autora encontra-se respaldado no fato de que o reconhecimento da liberdade da parte em não deduzir pretensão em juízo implica no reconhecimento da admissibilidade de assunção negocial de não exercício do mesmo direito. Em determinadas situações, as partes poderiam constituir uma obrigação dotada de menor grau de coercibilidade como a contrapartida para a aquisição de outra vantagem negocial (como o aumento dos juros de mora, a elevação da multa, etc.).

*liquidação por arbitramento por convenção das partes; (xx) a escolha do juízo da execução; (xxi) o acordo sobre a forma de administração na penhora de estabelecimento; (xxii) a dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado; (xxiii) a nomeação do administrador no usufruto; (xxiv) a escolha do rito da execução de alimentos; (xxv) a escolha de depositário de bens seqüestrados; (xxvi) a alienação de bens em depósito judicial; (xxvii) a fixação do calendário para o procedimento; (xxviii) a previsão contratual da mediação incidental obrigatória; (xxix) a disposição sobre regras de sucumbência e de reembolso de despesas; (xxx) a convenção de reunião obrigatória de ações; (xxxi) a convenção de assistência obrigatória; (xxxii) a convenção que vede o chamamento ao processo; (xxxiii) a escolha de intérprete pelas partes; (xxxiv) a convenção de processamento que transcorra sob sigilo de justiça; (xxxv) a convenção sobre forma (ou local) para a comunicação processual; (xxxvi) a escolha do procedimento a ser seguido; (xxxvii) a convenção de eventual substituição das partes; (xxxviii) a convenção acerca de alterações da causa de pedir e do pedido posteriores à citação; (xxxix) o reconhecimento contratual da existência de determinado fato e conseqüente presunção de sua incontrovérsia; (xl) a permissão de oitiva de depoimento por vídeo conferência; (xli) o prazo para apresentação de rol de testemunhas e quesitos; (xlii) a obrigação de troca de documentos entre as partes prévia à juntada aos autos; (xliii) renúncia bilateral de recurso; (xliv) a renúncia a embargos e/ou impugnação; (xlv) a estipulação do valor, do teto e da periodicidade da multa, para o caso de descumprimento de obrigações de fazer e não fazer; (xlvi) a convenção sobre a ordem de bens sobre os quais deve recair a penhora; (xlvii) a escolha do avaliador do bem penhorado; (xlviii) a convenção de utilização da alienação por iniciativa particular; (xlix) a escolha do bem a ser penhorado; (l) a convenção de alienação antecipada do bem penhorado.”<sup>61</sup>*

---

<sup>61</sup>ALMEIDA, Diogo Diogo Assunção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. p. 262-263.

Com efeito, tem-se por inequívoca a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos, respaldados nos preceitos dos arts. 190 e 200 do Novo CPC, dentre os quais, para os fins do presente estudo, releva-se a legitimação extraordinária de origem negocial.

#### **4 - Legitimação Extraordinária de Origem Negocial**

As partes da relação de direito material discutida em juízo podem não coincidir com as partes do processo. Deste fato resultam os conceitos de legitimidade ordinária e extraordinária.

De acordo com Daniela Bomfim, a legitimidade *ad causam* é, em si, uma situação jurídica. Ela garante a todos o direito constitucional de provocar a jurisdição, mas não autoriza que o sujeito leve a juízo qualquer pretensão relacionada a qualquer objeto litigioso.<sup>62</sup> É preciso que haja “*um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que será discutida*”<sup>63</sup>.

A legitimidade *ad causam* “*é a situação jurídica que expressa o poder do sujeito figurar no polo processual, ativo ou passivo, para discutir determinada relação jurídica material*”. Destarte, a legitimidade é o conceito que relaciona ao elemento subjetivo da demanda; “*ela representa a relação de pertinência entre os sujeitos da demanda e o seu conteúdo*”.<sup>64</sup>

Em regra, são legitimados para atuar em juízo “*os titulares das situações jurídicas materiais (ativa e passiva) inseridas no processo como causa de pedir da demanda. Cuida-se da chamada legitimação ordinária*”. Neste caso, há correspondência entre os sujeitos da relação material com os sujeitos processuais. “*O legitimado ordinário defende, em nome próprio, interesse próprio*”.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). Negócios processuais. Salvador: JusPodvm, 2015. p. 345.

<sup>63</sup> DIDIER JR., Frédie. Curso de direito processual civil. Teoria do processo e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 185.

<sup>64</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 345.

<sup>65</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 345.

Por decorrência lógica, haverá legitimação extraordinária “quando não existe coincidência entre as partes da demanda e as partes da relação jurídica material”. O legitimado extraordinário “defende, em nome próprio, interesse alheio”.<sup>66</sup>

Para Cunha, o prestígio da vontade, no Novo CPC, confirma-se com a previsão contida em seu art. 18, segundo o qual “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. Vale ressaltar que o referido dispositivo equivale ao disposto no art. 6º do CPC de 1973, que dispunha que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Nota-se que o termo “lei” foi substituído por “ordenamento jurídico”. Tal alteração, aliada à valorização da autonomia privada no campo processual, permite concluir que “é possível haver legitimação extraordinária negociada, ou seja, por negócio jurídico, que constitui fonte integrante do ordenamento jurídico, é possível atribuir a alguém a legitimação para defender interesses de outrem em juízo”.<sup>67</sup>

Aqui, faz-se importante algumas ponderações acerca do fato de que a legitimação extraordinária “decorre de lei”. Primeiramente, a “lei”, de acordo com Daniela Bomfim, deve ser compreendida como “norma jurídica, ou seja, norma do sistema jurídico”. Segundo, “a previsão normativa não é característica própria da legitimação extraordinária”, haja vista que “também a legitimação ordinária está prevista em norma jurídica”. Terceiro, “a legitimidade extraordinária, assim como a ordinária, não tem na norma jurídica sua fonte imediata”. Com efeito, “toda consequência jurídica decorre de um fato jurídico”<sup>68</sup>, mais do que fato apenas, mais do que norma apenas”. A legitimação extraordinária, que é consequência jurídica, “deve estar prevista normativamente (e não há nada de novo nisso) e será irradiada no mundo jurídico quando configurado o seu fato jurídico correspondente”.<sup>69</sup>

A legitimação extraordinária deve, por conseguinte, “ser pensada e reconstruída a partir dos valores subjacentes ao CPC de 2015, e não como uma repetição de texto do CPC

---

<sup>66</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. 345.

<sup>67</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro Da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. p. 50.

<sup>68</sup> Pedro Nogueira e Fredie Didier ressaltam que a norma jurídica, enquanto proposição, prevê hipoteticamente fatos de possível ocorrência no mundo. A esses elementos da norma, isto é, o fato ou conjunto de fatos previstos em abstrato dá-se o nome de “suporte fático”. Quando o que se está previsto na norma acontece, no plano da experiência, dá-se a “incidência”, de modo que o fato passa a ser considerado “jurídico”. Composto o fato jurídico, surgem, no mundo jurídico, os efeitos previstos em abstrato na norma. (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2013, p. 29). De acordo com Pontes de Miranda, eis a síntese desse pensamento: “Os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte. Só de fatos jurídicos provêm eficácia jurídica”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, I. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954, prefácio, XVI. p. 4).

<sup>69</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 346.

*antigo*”. O art. 18 do Novo CPC deve ser interpretado no contexto de um código que “*consagra a atipicidade do negócio jurídico, por meio da Cláusula Geral*”.<sup>70</sup>

O Novo CPC deixou um espaço para o exercício do autorregramento na escolha de categorias eficaciais processuais e, se possível, na estruturação de seu conteúdo. O referido espaço se demonstra por meio da previsão de uma Cláusula Geral, texto normativo caracterizado por uma abertura semântica, “*quer quanto ao seu antecedente (a previsão fática abstrata), quer quanto ao consequente (a previsão abstrata da consequência jurídica)*”.<sup>71</sup>

Destarte, o permissivo geral e constitucional para o autorregramento da vontade no campo processual, o qual permite o autorregramento de forma atípica na escolha de categorias processuais eficaciais, também fundamenta a atribuição atípica de situações jurídicas processuais, tais como a legitimação extraordinária negocial.<sup>72</sup>

A Cláusula Geral do art. 190 do Novo CPC, em sua abertura semântica, apreende a legitimidade extraordinária negocial, que não é vedada por nenhuma norma no sistema jurídico.

Para Daniela Bomfim:

*“Se o art. 18 possibilita a irradiação da legitimidade extraordinária, desde que autorizada pelo sistema jurídico, se o art. 190 é justamente a autorização do sistema, o espaço deixado ao autorregramento, e se não há qualquer norma no sistema que proíba o exercício do autorregramento autorizado, a conclusão é lógica: o sistema jurídico autoriza o exercício do autorregramento para a escolha da categoria eficazial no que concerne à legitimidade ad causam.”*<sup>73</sup>

Ademais, a legitimidade *ad causam*, como situação jurídica, “*é consequência jurídica que decorre de incidência normativa*”. Frisa-se que tal situação não se altera com o fato de ela poder ser objeto de negócio processual. “*Negócio jurídico é fato jurídico, decorre da incidência normativa. A vontade atua, em maior ou menor medida, no exercício de escolha cujo espaço é atribuído ao sujeito*”.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 347.

<sup>71</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 347.

<sup>72</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 347.

<sup>73</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 348.

<sup>74</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 348.

Fredie Didier, ao interpretar o termo “*ordenamento jurídico*”, salienta que negócio jurídico é fonte de norma jurídica e, por isso, compõe o ordenamento jurídico. É com base neste fundamento que o autor conclui que é possível o negócio jurídico ser fonte normativa da legitimação extraordinária.<sup>75</sup>

Logo, a partir dos preceitos do art. 18, em consonância com o contexto do Novo Código, e com a finalidade e valores que lhe são subjacentes, percebe-se que o sistema jurídico processual deixou aos sujeitos o espaço para o autorregramento da vontade no que concerne à legitimidade *ad causam*. Nesta senda, é possível haver negócio processual que tenha por objeto a atribuição de legitimidade extraordinária a um determinado sujeito que, em princípio, não a teria.<sup>76</sup>

Em consonância com Fredie Didier, “*não há, assim, qualquer obstáculo, a priori, para a legitimação extraordinária de origem negocial. E, assim sendo, o direito processual brasileiro passará a permitir a legitimação extraordinária atípica de origem negocial*”<sup>77</sup>.

Julia Lipiani e Marília Santos ressaltam que a legitimação extraordinária negocial também permite que as partes convençam que um terceiro interponha recurso, em nome próprio, na defesa dos interesses de uma das partes.<sup>78</sup>

Uma vez ultrapassada a análise a respeito do cabimento da legitimação extraordinária negocial, faz-se importante perquirir sobre a necessidade de participação ou de consentimento do réu, que, em princípio, será o titular da situação passiva material em estado de afirmação, sendo indispensável que o negócio lhe seja eficaz.

Daniela Bomfim aduz que a legitimidade *ad causam* é bilateral: “*o autor é legitimado para propor uma ação em face de um determinado demandado; o réu é legitimado para figurar no polo passivo da demanda em face de um determinado autor*”. Ao demandado, por conseguinte, “*tem de ser oponível a transferência ou extensão da legitimidade ativa*”.<sup>79</sup>

Nesta hipótese mostra-se adequada a solução apontada por Frédie Didier, na qual o autor preconiza que “*pode-se aplicar, por analogia, a norma decorrente do art. 290 do Código Civil. O negócio por meio do qual se transfere ou se estende legitimidade ad causam*

---

<sup>75</sup> DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. Revista de Processo. Vol. 232; junho/2014. p. 71

<sup>76</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 349.

<sup>77</sup> DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. p. 72.

<sup>78</sup> LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). Negócios processuais. Salvador: JusPodvm, 2015. p. 462.

<sup>79</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 351.

*ativa é eficaz ao devedor (que será legitimado extraordinário passivo), desde que tenha sido cientificado”*.<sup>80</sup>

Em se tratando de legitimidade para defender direito tido como absoluto, “*como, em regra, sequer se conhece o futuro e eventual réu, já que todos são titulares do dever de abstenção, a medida de “notificar o devedor” revela-se inadequada*”<sup>81</sup>. Neste caso, de acordo com Daniela Bomfim, para que a transferência ou extensão da legitimidade tenha também oponibilidade a todos os possíveis violadores do direito, “*é indicado que seja dada eficácia real ao negócio, o que poderá ser feito por meio do registro do instrumento*”. A ausência do registro poderá ser desconsiderada no caso concreto, “*caso se demonstre que o demandado tinha ou deveria ter conhecimento sobre a existência do negócio processual*”.<sup>82</sup>

A legitimidade extraordinária passiva também pode ser objeto de negócio processual. Para que a legitimidade passiva seja transferida a outrem, e não apenas estendida, “*o autor – que, em princípio, será titular ativo da situação material – tem de ser parte no negócio processual*”. Nada impede que um sujeito acorde, por exemplo, que as demandas que busquem discutir situações jurídicas decorrentes de um contrato sejam ajuizadas não em face do devedor contratual, mas em face de um terceiro. Neste caso, também, obviamente, “*o terceiro deve participar do negócio processual; ele só é terceiro com relação à relação jurídica material. O que não se pode admitir é a transferência da legitimidade passiva sem a concordância do titular ativo*”.<sup>83</sup>

Por fim, em se tratando de negócio processual para estender (ampliar) a legitimação passiva, não seria necessária a participação do autor, nem o seu consentimento prévio, haja vista que não há, para ele, qualquer prejuízo. Com efeito, “*estar-se-á irradiando legitimação extraordinária passiva concorrente, e poderá o autor demandar em face de qualquer dos dois*”.<sup>84</sup>

Aqui, o autor teria a possibilidade de demandar em face de ambos os réus, ampliando sua possibilidade de êxito em uma pretensão indenizatória, por exemplo. Destarte, mostra-se latente a inexistência de prejuízo.

---

<sup>80</sup> DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. p. 73.

<sup>81</sup> DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. p. 73.

<sup>82</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 351.

<sup>83</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 351-352.

<sup>84</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 352.

Não obstante, urge indispensável salientar que, em ambas as hipóteses (transferência ou extensão da legitimidade passiva), “*o novo legitimado deve ser parte no negócio processual*”.<sup>85</sup>

### **Considerações finais**

Para a adequada implementação da técnica de negociação processual instituída pelo CPC/2015 é necessário partir-se de uma nova premissa.

As alterações legislativas (e sistêmicas) implementadas pelo Novo CPC, em especial a possibilidade de celebração de negócios processuais, já revela uma tendência de democratização do processo, adotando um direito mais eficiente e próximo da sociedade e da solução das demandas.

A evolução da sistemática processual civil no direito brasileiro direciona-se para a flexibilização do procedimento em prol da implementação de maior efetividade do processo, enquanto metodologia constitucional de concretização dos direitos. É evidente que o processo rígido e inflexível nem sempre oferta, com eficiência e celeridade, o que as partes desejariam para a solução de seu conflito. Neste sentido, é necessário superar a dicotomia entre o Modelo Liberal e Modelo Social de Processo, no intento de melhor explorar os dois paradigmas, na construção de um direito processual, pautado em um paradigma democrático, que resulte da tensão dos dois anteriores.

Tal visão atualizada do processo civil proporcionou sua reaproximação do direito material, bem como a reformulação do papel exercido pelos personagens processuais. Repele-se a estruturação do processo dissociada do direito material, devendo ser esse pensado como meio apto a conferir respostas constitucionalmente adequadas às peculiaridades das relações substanciais, favorecendo a necessidade de adaptação e flexibilização procedimental.

Os negócios processuais são, neste sentido, exemplos claros que o processo não é mais uma obra exclusiva do julgador, bem como que o contrato também não é obra exclusiva das partes. O procedimento jurisdicional pode sim empregar soluções negociais em prol de sua efetividade.

Com efeito, a legitimação extraordinária de origem negocial revela-se uma possibilidade processual de solução de parcela dos problemas relativos ao ‘custo do processo’, haja vista a clarividente autorização do sistema normativo para que terceiro (não participante

---

<sup>85</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. p. 352.

da relação de direito material) esteja no processo (em nome próprio), no lugar de uma das partes.

Assim sendo, apresenta-se ao leitor uma possível solução para o encurtamento das “distancias” entre os litigantes e o local de ajuizamento das demandas, visando, por conseguinte, garantir o exercício do direito de ação do jurisdicionado, em especial nas hipóteses em que os ‘custos’ do processo se revelam elevados.

### **Referências Bibliográficas**

ALMEIDA, Diogo Diogo Assunção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodvm, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In: Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA MOREIRA. **O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos**. Temas de Direito Processual (Quarta Série). São Paulo: Saraiva, 1989.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodvm, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Livre-Docente. São Paulo: Faculdade de Direito do Largo São Francisco, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodvm, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A súmula Vinculante n. 4 do STF e o “Desvio” Hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte. Del Rey, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. **Negócios Processuais: Um velho conhecido?** Disponível em: <http://portalprocessual.com/negocios-processuais-um-velho-conhecido/#more-990>. Acesso em 13/06/2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Paulo Capittanio. Campinas. Bookseller, 1998, v. 3.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Assistência no projeto de Novo Código de Processo Civil. AURELLI, Arlete et al (coords). **O direito de estar em juízo e coisa julgada: estudo em homenagem a Thereza Alvim**. São Paulo: RT, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodvm, 2015.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

DIDIER JR., Frédie. **Curso de direito processual civil. Teoria do processo e processo de conhecimento.** Salvador: Jus Podivm, 2014.

DIDIER JR., Frédie. **Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial.** Revista de Processo. Vol. 232; junho/2014.

DIDIER JR., Frédie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise.** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual de acordo com as recentes reformas do CPC.** São Paulo: Atlas, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos (Coord). **Constituição e democracia: fundamentos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GODINHO, Robson Renault. **Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão do trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro.** Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013.

GRECO, Leonardo. **Publicismo e privatismo no processo civil.** Revista de Processo. ano 33, nº 164, out., 2008.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **Processo autoritário e regime liberal.** In Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

KOHLER, Josef. **Ueber processrechtliche Verträge und Creationen**. Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß. Berlin: Scientia Verlag Aalen, 1894, Reed. 1969.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil, I**. Tradução e notas Candido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodvm, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid**. Revista de Processo, nº 183 São Paulo: RT, maio de 2010.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2013.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral de acordo de procedimento no novo CPC (PL 8.046/2010). In: FREIRE, Alexandre, *et al.* (org.). **Novas Tendências no Processo Civil – Estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. disponível em [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br), consultado em 17 de agosto de 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, I**. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, prefácio, XVI.

PROTO PISANI, Andrea. **Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro**. Studi di Diritto Processuale del Lavoro. Milano: Giuffrè, 1977.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodvm, 2015

SATTA, Salvatore. **Contributo alla dottrina dell'arbitrato**. Milano: Vita e Pensiero, 1931.

SATTA, Salvatore. **Accordo (diritto processuale civile)**. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, vol.I, 1958.

SILVA, Paula Costa e. Pactum de *non petendo*: Exclusão convencional do direito de acção e execução convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodvm, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª. ed. São Paulo. RT. 2013.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodvm, 2015.

## O ESTADO DE INOCÊNCIA E A QUESTÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO

Rodrigo Ferreira<sup>1</sup>

**Resumo:** O objetivo deste paper é fazer uma breve análise sobre o Princípio do Estado de Inocência em matéria processual penal, especificamente no aspecto relacionado com o encargo probatório. Para tanto, o estudo analisou o conteúdo jurídico do referido princípio, fazendo breve referência à sua origem histórica, bem como analisou os entendimentos correntes na doutrina pátria e a orientação das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao final, foram feitas breves reflexões sobre a viabilidade, ou não, de se exigir da defesa, em alguma medida, a comprovação de suas alegações, e, ainda, da possibilidade de o Estado-juiz sair de sua posição de expectador da produção probatória e assumir a postura de juiz investigador, determinando a produção de provas de ofício.

**Palavras-chave:** Princípio do Estado de Inocência. Encargo Probatório. Iniciativa Probatória do Juiz. Constituição Federal. Pacto de São José da Costa Rica.

**Abstract:** The purpose of this paper is to give a brief analysis of the Principle of the State of Innocence in criminal procedural matters, specifically in relation to the burden of proof. In order to do so, the study analyzed the legal content of this principle, briefly referring to its historical origin, as well as analyzed the current understandings in homeland doctrine and the guidance of the jurisprudence of the Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights. In the end, there were brief reflections on the feasibility or otherwise of requiring the defense, to some extent, to prove their allegations, and also the possibility of the State-judge to move out of his position as a spectator of evidence And assume the position of investigating judge, determining the production of exculpatory evidence.

---

<sup>1</sup>Graduado em direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, é especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho. Ocupa o cargo de Analista – Especialidade Direito – no Ministério Público de Minas Gerais e é professor de Direito Processual Penal na Unipac Itabirito.

**Key words:** Principle of the State of Innocence. Probationary charge. Trial Initiative of the Judge. Federal Constitution. Pact of San José of Costa Rica.

## **1. Colocação do Problema**

A Constituição Federal de 1988 positiva o estado de inocência ao dispor no artigo 5º, inciso LVII, onde estão elencados os direitos e garantias individuais, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A redação, embora se utilize da expressão “ninguém será considerado culpado”, não está em descompasso com o que dispõe a Convenção Americana. O Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, mais explícito, dispõe no seu artigo 8.2, onde cuida das garantias judiciais, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

É possível perceber aqui e alhures o estabelecimento de verdadeira presunção de que toda pessoa humana nasce inocente e assim deve ser tratada até o momento em que o Estado, respeitando o *due process of Law*, consiga eventualmente ultrapassar tal presunção. Para tanto, o Estado deverá demonstrar, de forma cabal, a culpabilidade do imputado e exarar provimento jurisdicional que tenha aptidão para adquirir a definitividade da coisa julgada.

Não obstante, a atual redação do artigo 156 do nosso Código de Processo Penal, inserido no capítulo da prova, parece dissociar-se desse viés, ao menos em certa medida. O referido dispositivo, alterado pela Lei 11.690, de 2008, repete em parte a redação anterior aduzindo que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” e ainda faculta ao juiz, de ofício, determinar a produção de provas em matéria criminal, circunstâncias que parecem conflitar com o estado de inocência.

Logo de início é possível confrontar a tratativa conferida ao tema pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais com o texto infraconstitucional do Digesto Processual Penal pátrio.

Conforme salientado, o CPP não parece em perfeito compasso com essa ideologia constitucional e convencional garantista na medida em que promove uma repartição do encargo probatório em matéria criminal. Ao mesmo tempo, também a indicar esse descompasso, continua a conferir ao Estado-juiz a prerrogativa de determinar a produção de provas, agindo de ofício e, portanto, saindo de sua inércia e substituindo-se às partes para suprir eventuais deficiências de sua atuação.

Todavia, sendo o ordenamento jurídico organizado de forma hierarquizada, é certo que se impõe a prevalência das disposições constitucionais e convencionais.

Neste contexto, sendo flagrante a incongruência entre os dispositivos da Constituição e da Convenção Americana com o disposto no Código de Processo Penal, fica a cargo da doutrina e dos sujeitos que atuam junto ao Poder Judiciário o enfrentamento da questão, conferindo ao dispositivo infraconstitucional o maior alcance possível dentro dos lindes estabelecidos pelos dispositivos legais de maior envergadura.

## **2. O encargo probatório na visão da doutrina brasileira**

Embora seja possível verificar uma divisão na doutrina nacional ao tratar do tema do encargo probatório, é notória a predileção da maioria por um posicionamento mais tradicional, defendendo a divisão deste encargo entre a acusação e a defesa. Para além, admite-se sem maiores pudores a possibilidade de o Juiz, de ofício, sair de sua posição de imparcialidade, como sujeito superior e equidistante das partes, para determinar a produção de provas, circunstância inequivocamente comprometedora do estado de inocência, pois, conforme adverte Nereu J. Giacomolli, *cabe à acusação o ônus de provar a culpa do imputado*.

Para uma primeira corrente, mais conservadora, embora num primeiro momento defenda-se que a presunção de inocência implica na transmissão de todo o ônus probatório para a acusação, que deverá demonstrar a materialidade e autoria do delito, logo adiante, invocando o vetusto Princípio da Verdade Real, admite-se a iniciativa probatória do juiz.

Fernando da Costa Tourinho Filho, por exemplo, revela esse tradicionalismo ao tratar do tema. O autor invoca a máxima latina *Actori incumbit probatio et reus in excipiendo fit actor*<sup>2</sup>, que indica uma divisão do encargo probatório entre acusação e defesa, estabelecendo que ao

---

<sup>2</sup> Ao autor cabe a prova, e o réu, alegando exceção, se torna autor.

autor incumbe o ônus da prova, mas que o réu, quando alega exceções, reveste-se de certa forma da qualidade de autor da exceção devendo, portanto, prová-la. Tourinho vai além e admite ainda, mesmo que salientando uma subsidiariedade, a iniciativa probatória do juiz. Ilustrativamente:

Arredada a hipótese de o Juiz assumir o papel de parte acusadora ou defendente, é claro que a regra constante do inc. II do art. 156 do CPP não é simplesmente decorativa. Em casos excepcionais, quando a dúvida assaltar o espírito do Julgador, poderá este procurar dirimi-la determinando a realização de diligências com tal objetivo. (TOURINHO FILHO, 2012, P. 267)

Estas circunstâncias, na prática, terminam por retirar dos ombros da acusação, em certa medida, o dever de produzir a prova do crime e de todas as suas circunstâncias.

Vejamos que este raciocínio é criticável na medida em que a dúvida, caso compareça no espírito do julgador, estará a demonstrar que o órgão da acusação não se desincumbiu de seu ônus. Com efeito, sendo deficiente a prova produzida pelo órgão de acusação esta circunstância deveria implicar na absolvição do réu, a quem sempre deverá socorrer a existência de dúvida razoável (Princípio *in dubio pro reo*). Não deveria ser aberto um flanco para que este Julgador, duvidoso frente à prova apresentada, pudesse assumir uma postura ativa, substituindo-se às partes na produção da prova.

Eugênio Pacelli, por outro lado, embora inicialmente deixe transparecer que possui uma visão mais crítica sobre o assunto, alinhada com a perspectiva constitucional e com as disposições dos Tratados e Convenções Internacionais, também acaba por revelar o seu tradicionalismo no transcorrer de sua obra.

O autor, ao analisar o princípio da inocência ou da não culpabilidade, defende que a nossa Constituição não criou tal presunção, mas lavrou dispositivo para afirmar um estado já existente como valor normativo a ser considerado pelo Estado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal.

Mais adiante, no capítulo das provas, demonstrando um ganho interpretativo em relação aos defendentes da corrente mais conservadora, faz severas críticas ao malfadado Princípio da

Verdade Real, já referido, notadamente pelo fato de que, na sua visão, tal princípio foi precursor de uma ideologia inquisitiva que impregnou todos os órgãos estatais incumbidos da persecução criminal.

Então, defende que na atual ordem constitucional não é mais possível admitir-se a iniciativa probatória do juiz, lembrando também que os fatos imputados ao acusado, ainda que não impugnados, ou ainda que confessados, não dispensarão a acusação do seu encargo probatório, devendo ser comprovados nos autos.

Dentro desta temática, assevera que

Afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria. (PACELLI, 2014, p. 335)

Não obstante, logo adiante, quando ingressa no enfrentamento da distribuição do ônus da prova entre acusação e defesa, Pacelli recua. Ele afirma, contradizendo, ao menos em parte, o trecho de sua obra acima transcrito, que o princípio da inocência não transfere todo o ônus probatório ao órgão da acusação, não se impondo a ela “o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade” (PACELLI, 2014, p. 336). Por isso, na sua visão, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

Desta forma, embora PACELLI seja adepto da ideia de que o encargo de comprovar a materialidade e a autoria do delito seja da acusação, não avança ao ponto de admitir que isso implica também o dever de o acusador provar a inoccorrência de causas excludentes da ilicitude ou culpabilidade.

Vicente Greco Filho, por outro lado, em seu Manual de Processo Penal, tenta avançar um passo em relação aos autores acima referidos, sustentando posição intermediária. Conforme o seu entendimento, há que se conferir validade ao artigo 156 do CPP no ponto em que distribui o ônus da prova entre acusação e defesa, determinando que a prova da alegação incumbe a quem a fizer.

Contudo, o autor assevera que esse encargo para a defesa é imperfeito ou diminuído em razão do princípio *in dubio pro reo*. Nesta linha, sustenta que o réu deve mesmo provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória, mas tempera tal afirmação aduzindo que o descumprimento deste ônus não implica necessariamente na procedência desta pretensão. Para ele, mesmo que o réu não consiga fazer a prova da excludente, a absolvição será medida que se impõe no caso de restar demonstrada a existência de dúvida razoável, haja vista que a dúvida sempre deve militar em favor do réu.

É possível perceber que o autor chega muito próximo de admitir a total transferência do encargo probatório para a acusação, mas ainda não o faz.

Em que pese esta resistência da doutrina pátria ao tratar do tema relacionado ao estado de inocência e ao encargo probatório, uma corrente ainda minoritária, mas muito bem alicerçada em seus argumentos, vem galgando importantes degraus. Esta corrente defende a transposição desse ranço inquisitivo que vem funcionando como verdadeira barreira invisível ao reconhecimento pleno de que em um Estado Democrático de Direito como o nosso não há mais espaço para essa divisão do ônus probatório entre acusação e defesa.

Como representante dessa ideologia mais moderna, citamos Aury Lopes Júnior, para quem, estando o réu amparado pela presunção de inocência, não lhe incumbe provar absolutamente nada. O autor aponta como erro crasso a tratativa conferida aos réus em alguns processos, lembrando que vários julgados condenatórios são fundamentados no fato de que a tese defensiva não restou provada, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente.

Traçada essa linha interpretativa, o autor passa a analisar a primeira parte do artigo 156 do CPP, que determina que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, atentando para o fato de que o dispositivo deve ser lido à luz do princípio em comento, reforçando a ideia de que o encargo probatório integral recai sobre a acusação.

Nesse diapasão, ao tratar da prova da existência, ou não, de excludentes alegadas pela defesa, assevera que

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito

até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação. (LOPES JR., 2014, p. 399)

A doutrina de Aury está alinhada com os ensinamentos de Nereu Giacomolli, o qual adverte que “partindo-se da inocência do acusado e não de sua culpabilidade, cabe à acusação a desconstituição do estado de inocência, ou seja, no processo penal é da acusação o encargo de provar” (GIACOMOLLI, 2015, P. 106).

Desenvolvendo tal raciocínio o autor prossegue sustentando que no Processo Penal não existe espaço para regra de distribuição de ônus da prova nos moldes do que acontece no processo civil, onde o art. 373 do Código dispõe que incumbe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu provar existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Por tudo, percebemos ainda uma forte resistência da doutrina brasileira ao tratar do tema do encargo probatório, entretanto, já é possível vislumbrar a existência de posicionamentos mais liberais e garantistas.

### **3. O estado de inocência na Corte Interamericana de Direitos Humanos**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos em que enfrentou a questão do encargo probatório em matéria criminal, foi firme ao pontuar que referido encargo incumbe à acusação, haja vista a presunção de inocência que escuda o acusado. Referida Corte em momento algum ventilou em seus julgados a hipótese de haver qualquer divisão deste encargo entre a acusação e a defesa.

A título de exemplo, colacionamos alguns trechos dos julgados referentes ao caso Ricardo Canese vs Paraguai, do ano de 2004, e ao caso López Mendoza vs Venezuela, do ano de 2011.

#### **Caso Ricardo Canese X Paraguai (2004)**

La Corte ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. En este sentido, la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.

La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.

### **Caso Lopez Mendoza X Venezuela (2011)**

En el ámbito penal esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado.

Logo adelante, a Corte asseverou que

Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado.

Com isso, fica fácil perceber que aquela Corte não coaduna com a possibilidade de qualquer divisão quanto ao encargo probatório em matéria criminal. Dos julgados acima colhe-se que aquele Tribunal rechaça firmemente a possibilidade de se exigir da defesa o ônus de provar no Processo Penal, visto que este recai exclusivamente sobre a acusação.

Noutro giro, daí também se infere que a Corte Interamericana é refratária da possibilidade de o juiz, de ofício, determinar a produção de provas no Processo Penal, sob pena de se ver violado o princípio da inocência e, por conseguinte, penso, também o dever de imparcialidade que pesa sobre os órgãos do Poder Judiciário.

#### **4. O estado de inocência na jurisprudência do STF**

O Supremo Tribunal Federal vem se posicionando de forma vacilante quando o assunto é a garantia do estado de inocência do imputado, no aspecto pertinente ao encargo probatório.

Analisando seus julgados, é possível vislumbrar decisões a indicar que tal encargo é exclusivo da acusação. Entrementes, em situações específicas, como no caso de a defesa alegar excludentes, de forma diametralmente oposta, a Corte não se intimida ao afirmar a vigência do art. 156 do CPP.

No julgamento do Habeas Corpus 80084/PE – Pernambuco, do ano de 2000, de relatoria do Min. Celso de Melo, a Segunda Turma do Pretório Excelso analisou suposta ilegalidade de denúncia genérica ofertada pelo Ministério Público, por inépcia. Na oportunidade, o relator asseverou que de fato a narrativa defeituosa dos fatos na exordial acusatória revela-se como circunstância ofensiva ao sistema processual acusatório e, por que não dizer, também ao direito de defesa, concedendo a ordem. Para tanto, o Tribunal ingressou no tema referente ao encargo probatório, asseverando que

Não custa enfatizar, por isso mesmo, na linha do magistério jurisprudencial consagrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que “Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a

sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5)” (RTJ 161/264-266, 265, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

No julgado acima, tudo está a indicar que para o STF o encargo probatório incumbiria exclusivamente à acusação. Contudo, conforme salientado anteriormente, adiante veremos que este posicionamento não prevalece em todas as situações.

A ilustrar essa inconstância do Tribunal ao tratar do tema, a primeira turma, por outro lado, nos autos do Habeas Corpus 93353/SP – São Paulo, do ano de 2008, que dizia respeito à incidência, ou não, da causa de aumento de pena em crime de roubo no qual a arma de fogo não fora apreendida e periciada, enfrentou também o tema relacionado com a distribuição do encargo probatório, contudo, firmou entendimento de que haveria uma divisão deste encargo entre acusação e defesa.

Em seu voto o Min. Relator Ricardo Lewandowski afirmou a validade do art. 156 do Código de Processo Penal, aduzindo, *ipsis literis*, o seguinte:

Se por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial ficar comprovado o emprego de arma de fogo, esta circunstância deverá ser levada em consideração pelo magistrado na fixação da pena. Caso o acusado alegue o contrário ou sustente a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal evidência, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

E arremata, ao final, invocando para o caso a tratativa conferida ao assunto pela lei processual civil:

Sim, porque incumbe à acusação demonstrar os fatos criminosos imputados ao acusado, cabendo a este, contudo, caso o alegue, provar eventual causa excludente de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade ou extintiva da punibilidade. Como se sabe, a lei processual civil e penal outorga à parte o direito e, ao mesmo tempo, a obrigação de demonstrar fato que alega em seu interesse.

De outro lado, no julgamento do Hábeas Corpus 97.701/MS – Mato Grosso do Sul, do ano de 2012, o Pretório Excelso enfrentou o tema relacionado a incidência ou não da causa de diminuição de pena constante do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, oportunidade em que o Tribunal firmou entendimento de que o ônus da prova da ausência de algum dos requisitos legais para incidência da minorante incumbe exclusivamente à acusação.

Neste julgado, o relator assevera que

12. Na busca de uma consistente resposta início por essa norma primaz da liberdade que é o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, in verbis : “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” 13. Como já afirmei em outras oportunidades, penso que esse dispositivo constitucional trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, enquanto não sobrevém o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o indivíduo permanece investido nesse direito material à presunção de não culpabilidade. (...) 14. Inserido nessa matriz constitucional dos direitos humanos, o processo penal é o espaço de atuação apropriado para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia e oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 15. Nesse contexto, é de se ler a lição de Aury Lopes Júnior sobre o ônus da prova no processo penal, verbis : “[...] a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*). Ferrajoli esclarece que a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não dever) de contradizer com

contra-hipóteses e contra-provas. O juiz, que deve ter como hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada. **É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias [...] o que sim podemos aceitar [...] é uma assunção de riscos.** A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance [...].” (...)

Por tudo, é possível perceber que o Pretório Excelso se revela ainda vacilante quando o assunto é a garantia do estado de inocência do acusado, notadamente no que diz respeito ao encargo probatório, ora garantindo que tal encargo é exclusivo da acusação, ora admitindo uma divisão deste encargo entre esta e a defesa, entendimento flagrantemente contrário ao entendimento da CIDH.

## **5. O Princípio do Estado de Inocência e o Sistema Processual Penal Constitucional**

Colocado o problema e demonstrado o posicionamento tradicionalista da doutrina, o juízo vacilante do Supremo Tribunal Federal, bem como a concepção garantista da Corte Interamericana de Direitos Humanos, calha realizar uma breve análise do Princípio do Estado de Inocência e do Sistema Processual Penal vigente no Brasil a fim de buscar uma solução que seja a mais adequada para a querela posta.

O sistema inquisitivo, que conforme ensina Guilherme Madeira Dezem “teve seu apogeu no processo canônico, embora não seja nele que se dá seu surgimento (seu surgimento é no direito penal romano)”<sup>3</sup>, coadunava com a ideia de que vigora uma presunção de culpabilidade em desfavor do acusado, não se partindo, portanto, da ideia de inocência, mas de sua culpa.

Neste sistema, presumida a culpa, o acusado somente seria inocentado quando lograsse demonstrar sua inocência, o que era uma tarefa quase impossível na medida em que bastava um simples indício para alicerçar a condenação.

---

<sup>3</sup> DEZEM, 2016, P. 85.

Por este motivo, ante as inúmeras injustiças cometidas, GIACOMOLLI ensina que “na transição dos modelos históricos de processo penal, do inquisitorial ao acusatório, o estado de inocência assumiu uma função relevante em sua modificação estrutural, principalmente no que diz respeito à liberdade e à prova”<sup>4</sup>.

O Princípio do Estado de inocência ganhou força e visibilidade desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tendo sido positivado também no art. 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em 1948, que dispõe que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” Em seguida, foi lembrado também em outros importantes documentos internacionais, é o caso da Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental, de 1950, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e também do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Entre nós, calha destacar que foi positivado também no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, nos seguintes termos:

8.2 Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

Daí se infere importante regra de tratamento. Partindo-se da inocência e não da culpabilidade, todo imputado deve ser tratado como inocente até que o Estado, por meio do devido processo legal, logre inverter este estado, demonstrando inequivocamente a culpa.

Por isso, considerando-se a inocência como verdadeiro estado da pessoa, logicamente que incumbe ao Estado, com exclusividade, o encargo de comprovar a autoria e materialidade do delito, sendo que a defesa tem apenas uma importante prerrogativa, qual seja o direito de influenciar a convicção do julgador. Vejamos não se tratar de um encargo da defesa, mas sim de um direito, visto que, conforme amplamente salientado, o nosso sistema processual, acusatório, implica na conclusão de que a dúvida milita sempre em favor do acusado.

---

<sup>4</sup> GIACOMOLLI, 2015, P 100.

Nesse toar, revela-se inaceitável que o julgador saia de sua posição de inércia em relação à produção da prova, sob pena de se comprometer a paridade de armas entre acusação e defesa. Lembremos que tal conclusão serve tanto para a iniciativa de provar a favor como contra a acusação. Isto, porque a atividade do juiz proativo, mesmo no sentido de produzir provas em favor da defesa é desnecessária. Basta o respeito ao princípio *in dubio pro reo* para que, comparecendo dúvida razoável, absolva o acusado.

De outro lado, relativamente ao encargo de a acusação comprovar de forma cabal a autoria e materialidade do delito decorre a conclusão de que também lhe incumbe o ônus de afastar a incidência de causas excludentes de ilicitude e/ou de culpabilidade, visto que somente poderá se falar em crime nos casos em que tais causas não estiverem presentes. Percebe-se que a demonstração da existência do crime implica também em demonstrar a não incidência de tais causas.

Portanto, nas palavras de GIACOMOLLI, “é inexigível, a partir do estado de inocência, qualquer atividade ativa do suspeito, indiciado ou acusado para demonstrar a sua inocência (desobrigação do imputado do encargo de provar a sua inocência)”<sup>5</sup>, pois não é o estado de inocência que necessita de prova no processo penal.

## **6. Conclusão**

Por tudo, nota-se que a Constituição Federal, no seu artigo 5º, que trata das garantias e direitos individuais, traz verbete garantindo expressamente ao cidadão o direito/garantia de ser considerado como inocente até que o Estado, respeitando o devido processo legal, consiga infirmar esta “presunção”, o que indubitavelmente implica em uma regra de tratamento. Regra esta que denota a exigência de que este mesmo Estado deva se desincumbir, sem exceções, do encargo de comprovar a materialidade do crime e a autoria, e, por conseguinte, que exige que o imputado seja tratado como inocente até que ocorra a ruptura desta condição.

Consoante demonstrado, este direito/garantia também encontra amparo no Pacto de São José da Costa Rica, motivo pelo qual vem sendo alvitado pela parte da Corte Interamericana, em seus julgados.

Não obstante, o estudo jurisprudencial levado a efeito denota que a jurisprudência dos nossos tribunais, notadamente do Supremo Tribunal Federal ainda vacila, ora afirmando de forma cabal que o encargo probatório incumbe exclusivamente à acusação, ora admitindo a

---

<sup>5</sup> GIACOMOLLI, 2015, p. 105.

existência de um ônus da defesa quanto à prova da existência de causas excludentes tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade ou extintiva da punibilidade.

Entretanto, nos limites de um sistema processual acusatório, alinhado com o princípio do estado de inocência, forçoso concluir que o encargo probatório é único e exclusivo da acusação, militando em favor do acusado a dúvida razoável que, se presente, deve implicar na sua absolvição, havendo em favor da defesa direito e não ônus de produzir provas e contraprovas, motivo pelo qual não se mostra adequado falar-se divisão de encargo probatório ou iniciativa probatória do juiz.

Tomando como fio condutor esta linha de raciocínio, mister reconhecer que o artigo 156 do CPP, na parte em que promove uma repartição do encargo probatório entre acusação e defesa e também naquela em que confere ao juiz poderes instrutórios está em descompasso com o conteúdo do Princípio do Estado de Inocência, princípio este amparado pela Constituição Federal e pelo Pacto de São José da Costa Rica, motivo pelo qual incumbe à doutrina e jurisprudência rechaçar tais possibilidades, firmando o entendimento de que o encargo probatório recai exclusivamente sobre a acusação, que deve comprovar a presença de todos os elementos do crime, inclusive a ausência de causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade, se for o caso.

## **REFERÊNCIAS**

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal. 2. ed. rev., atual. e ampliada. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. de Curso de processo penal I Eugênio Pacelli de Oliveira. - 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. - São Paulo: Atlas, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, volume 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011 — São Paulo : Saraiva, 2012.

## Para o sentido e para uma breve caracterização histórica da Hermenêutica

Paulo César Pinto de Oliveira \*

João Paulo Medeiros Araújo \*\*

### Resumo

O presente trabalho tem por objetivo apresentar, de forma breve e sintética, o sentido filosófico do termo *Hermenêutica*, assim como realizar uma curta exposição do itinerário histórico do desenvolvimento desta enquanto modalidade particular de interpretação até o seu despontar como disciplina universal e unificada. Para tanto, lançamos nossa atenção no aparecimento da Hermenêutica clássica, em sua vertente romântica, com Schleiermacher, e na vertente historicista, com Wilhelm Dilthey, em que se observa o aspecto metodológico da compreensão, que é superado com a fenomenologia em Husserl e em Heidegger, constituindo as bases para a preparação de de uma Hermenêutica Filosófica, em Hans-Georg Gadamer.

**Palavras-chave:** Hermenêutica; sentido do termo; desenvolvimento histórico.

### Abstract

The present work aims to present, in a brief and synthetic way, the philosophical meaning of the term Hermeneutics, as well as to make a brief exposition of the historical itinerary of its development as a particular modality of interpretation until its emergence as a universal and unified discipline. To this end, we have focused on the emergence of classical Hermeneutics, in its romantic aspect with Schleiermacher, and on the historicist side with Wilhelm Dilthey, in which we observe the methodological aspect of understanding, which is overcome with phenomenology in Husserl and Heidegger, Forming the basis for the preparation of a Philosophical Hermeneutics in Hans-Georg Gadamer.

**Key-words:** Hermeneutics; Sense of the term; Development.

---

\* Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. Professor Assistente Universidade Federal de Viçosa.

\*\* Mestre e doutorando em Direito pela UFMG. Tem pesquisa direcionada às áreas de Teoria do Direito, História do Direito, Antropologia Jurídica e Filosofia do Direito. Professor Assistente A da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), no campus avançado de Governador Valadares/MG.

## 1. Introdução: Sobre o sentido do termo *Hermenêutica*

O termo “Hermenêutica”, em sentido amplo, aponta para a ideia da *mediação* de sentido, em que algo se faz compreensível. Joseph BLEICHER nos ensina que o conteúdo da temática fez-se historicamente estruturar em três eixos de reflexão: o primeiro, focado na linguagem do texto, em seu vocabulário e gramática, albergando, inevitavelmente, considerações de natureza filosófica; o segundo, dedicado à exegese da literatura bíblica; e, por fim, o terceiro, destinado à Jurisdição<sup>3</sup>.

Desse modo, afetos à ideia da compreensão de textos e sentidos, desenvolvem-se três modalidades de interpretação: a *filológica-filosófica*; a *sacra* ou *religiosa* e a *jurídica*<sup>4</sup>. Somente com SCHLEIERMACHER se falará em uma disciplina geral e unificada, que se destina à compreensão em si mesma: antes, somente se vislumbram modalidades de interpretações *setoriais*, orientadas pelos seus respectivos objetos de estudo.

Teceremos, em linhas abaixo, algumas considerações sobre as interpretações filológica e sacra. À Hermenêutica Jurídica dedicaremos a nossa atenção em capítulos posteriores.

Ainda na esteira de BLEICHER, pode-se afirmar que a interpretação literária tem sua origem no sistema educacional grego, destinado ao estudo dos poetas, como HOMERO, mas experimenta, com o Renascimento e com o Humanismo, o seu impulso revigorante, presente no estímulo do retorno aos clássicos, que representam, aí, o projeto de humanidade a ser construído<sup>5</sup>.

O interesse literário, e a conseqüente busca da correta interpretação dos textos, transmite-se à exegese dos textos sagrados, objeto de estudos da interpretação sacra. A interpretação religiosa possui estreitas raízes na Antiguidade grega, mas é com a disputa entre as correntes da teologia cristã pela adequada interpretação das Sagradas Escrituras, do Antigo e do Novo Testamento, que ela ostenta o seu maior estágio de desenvolvimento<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> BLEICHER, Joseph. *Hermenêutica Contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002. p. 24.

<sup>4</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 11. ed. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes – São Francisco, 2011. p. 407 [313]. A citação das páginas desta edição será realizada juntamente com a indicação da paginação original da obra, que aqui será destacada entre colchetes ([...]), para que não haja dúvidas em relação às páginas, em se tratando de diferentes edições do texto em português.

<sup>5</sup> BLEICHER, *Hermenêutica Contemporânea*, *cit.*, p. 24.

<sup>6</sup> CORETH, Emerich. *Questões Fundamentais de Hermenêutica*. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Editora Pedagógica da Universidade de São Paulo, 1973. p. 05.

Nos primeiros séculos da era cristã já podem ser identificadas correntes de interpretação das Escrituras<sup>7</sup>: FÍLON DE ALEXANDRIA (13-54), v.g., conjuga a interpretação literal e a *alegórica* dos textos sagrados com base em um *espelhamento* entre *corpo* e *alma* – da mesma forma que a alma vivifica o corpo, a interpretação alegórica (destinada a esclarecer as passagens obscuras, em que a literalidade remete a algo que se intentou dizer, mas não se disse expressamente) alimenta a interpretação literal, focada apenas na letra. Entretanto, somente os iniciados na ritualística sacra teriam condições de conduzir a interpretação alegórica rumo à detecção do sentido sagrado oculto: a chave da compreensão das Escrituras só se descerra para o *círculo esotérico* daqueles que são dignos do *invisível*<sup>8</sup>. Já ORÍGENES propõe a interpretação *tipológica*, em que as passagens obscuras do texto bíblico, sobretudo as do Antigo Testamento, deveriam ser lidas à luz do evento “vinda do Cristo”, que forneceria as suas possibilidades de compreensão<sup>9</sup>. AGOSTINHO, por sua vez, conjuga *fé* ao *entendimento* para a correta exegese dos textos sagrados: *intellige ut credas, crede et intelligas*<sup>10</sup>.

O que caracteriza marcadamente a interpretação medieval das Escrituras é o monopólio interpretativo dos iniciados da fé cristã, conduzidos pela autoridade da Igreja Católica. Contudo, no século XVI, com a Reforma, a Hermenêutica começa a caminhar para a possibilidade da constituição de uma disciplina que unificasse as interpretações setorizadas.

Em oposição à interpretação da autoridade religiosa, LUTERO sustenta a ideia de que a bíblia é auto-interpretável a partir de sua letra (*sensus literalis*): o *sola scriptura*, que está à base do princípio do *sui ipsius interpres*, destina-se à tentativa de desestruturar a interpretação monopolizada da Igreja Católica<sup>11</sup>.

O sentido sacro só exsurge a partir da literalidade, porém, se a parte, cuja interpretação se quer fixar, é submetida à apreciação junto ao todo das Escrituras (*contextus*),

---

<sup>7</sup> “O paradigma da *vita contemplativa*, sobretudo entre os intelectuais, passa a governar o modelo de vida monástica. [...] A tradição formou-se em torno do neoplatonismo, do pensamento patrístico e dos ensinamentos paleocristãos, que delinearão a lógica medievalista. Neste sentido, a filosofia foi incorporada como recurso racional de auxílio ao pensamento teológico, que tinha como núcleo a interpretação do texto bíblico (sagradas Escrituras)”. BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias Sobre a Justiça*. Apontamentos para a História da Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 98-9.

<sup>8</sup> GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 62.

<sup>9</sup> GRONDIN, *Introdução à Hermenêutica Filosófica, cit.*, p. 64-70.

<sup>10</sup> SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 18.

<sup>11</sup> CORETH, *Questões Fundamentais de Hermenêutica, cit.*, p. 07.

permitindo que a finalidade (*scopus*) da mensagem divina apareça<sup>12</sup>. Para que o *scopus* da bíblia se sustente, a leitura conjunta de parte e todo deve ser conjugada à *fé*<sup>13</sup>, pois é através dela que a *iluminação* para o compreender se desenvolve.

GADAMER acredita que, a despeito de a interpretação religiosa da Reforma pautar-se na fé como via de acesso ao sentido, esse movimento contribuiu para o desenvolvimento da Hermenêutica unificada, uma vez que a orientação pelo *sensus literalis* permitiu a supressão da diferença entre textos *sagrados* e *profanos*<sup>14</sup>.

A análise da interpretação religiosa em conjunção com a literária, como se viu na Reforma, será a pauta das reflexões interpretativas dos séculos XVII e XVIII, com DANNHAUER e CHLADENIUS. O primeiro (século XVII) conjuga a interpretação bíblica à ampliação do valor da leitura em geral, gestado no interior do Renascimento, com o intuito de fomentar uma *hermeneutica generalis*, disciplina complementar à lógica de ARISTÓTELES, destinada a reestabelecer, em si, o sentido pensado pelo autor de um dado texto ou expressão, cabendo à lógica julgar sua veracidade ou falsidade<sup>15</sup>. Já CHLAUDENIUS, ou CHLAUDENS, segundo Manfred FRANK<sup>16</sup>, que se insere no contexto da Ilustração (século XVIII), rearticula a tarefa interpretativa à razão, submetendo-a, inclusive, a esta.

A fé, presente na interpretação da Reforma, e a racionalidade, vista na confluência das interpretações filológica e teológica dos séculos XVII e XVIII, são os extremos que necessitam ser superados pelo projeto de Friedrich SCHLEIERMACHER de uma Hermenêutica geral e unificada, articulada com a História e a linguagem<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> GADAMER, *Verdade e Método I...*, cit., p. 243 [179].

<sup>13</sup> GRONDIN, *Introdução à Hermenêutica Filosófica*, cit., p. 82.

<sup>14</sup> GADAMER, *Verdade e Método I...*, cit., p. 246 [181/2].

<sup>15</sup> GRONDIN, *Introdução à Hermenêutica Filosófica*, cit., p. 96-97.

<sup>16</sup> FRANK, Manfred. Introdução a SCHLEIERMACHER. In: *Hermenêutica e Crítica*. Trad. Aloísio Ruedell. v. 01. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2005, p. 21, onde se lê: “Isso equivale a dizer, para a elucidação do sentido do outro adjetivo (‘correto’): ‘compreender-se perfeitamente um discurso ou um texto quando com ele se recorda tudo aquilo que as palavras, segundo a razão e suas regras do espírito, podem suscitar em nós quanto a pensamentos’ (I.c.. § 155, p. 86). Pensamentos racionais, contudo, e constituídos segundo as regras do espírito, sempre designam as coisas como elas são em si, portanto, independente de interpretação individual. Por isso, considerando bem, sentenças baseadas em axiomas da razão eterna, e que como tais podem requerer diretamente e por si a verdade (isso quer dizer a necessidade do pensamento, a pertinência do assunto e o caráter universal), não necessitam da mediação de atos da compreensão: compreendem-se ‘por si mesmas’ em virtude de participação paritária na razão comum de quem compreende-se e do que é compreendido”. p. 21-2.

<sup>17</sup> FRANK, Introdução a Schleiermacher, cit., p. 25.

## 2. A Hermenêutica Clássica: Schleiermacher e Dilthey

SCHLEIERMACHER, expressão marcante do Romantismo alemão, tem como objetivo desenvolver a Hermenêutica enquanto disciplina autônoma e geral<sup>18</sup>, que se dedique à compreensão em si mesma considerada<sup>19</sup>. A Hermenêutica, assim, passa a ser concebida como a *arte* de compreender corretamente o discurso de um outro<sup>20</sup>.

A relação estreita entre a Hermenêutica e a linguagem permite que SCHLEIERMACHER eleve a disciplina ao plano da generalidade. Explique-se. Para o filósofo, o universal não se apresenta em si mesmo de forma absoluta: ao contrário, ele se apresenta em íntima conexão com o particular, da mesma forma que esse ultrapassa sua particularidade, apontando para o universal – a intuição e o sentimento são os modos de apreensão do Absoluto pela religião, aproximando a reflexão filosófica à teológica<sup>21</sup>.

O pensamento, que traz consigo o universal, somente se apresenta sob a forma de *linguagem*. Contudo, SCHLEIERMACHER desconsidera uma linguagem universal porque o entendimento da linguagem, como um todo, depende das línguas particulares<sup>22</sup>: a linguagem, por esse lado, está em íntima conexão com a História, pois o pensamento se traduz em palavra em um dado contexto temporal<sup>23</sup>.

A Hermenêutica, enquanto compreensão de um pensamento, necessita de uma disciplina a ela auxiliar, a *dialética*<sup>24</sup>, que tem o condão de expor o compreendido através da linguagem. Como se dedica à relação entre pensamento e linguagem, e não ao objeto de um determinado ramo específico do conhecimento, a Hermenêutica tem a condição de unificar as interpretações regionais ao se questionar a respeito de como um pensamento estruturado

---

<sup>18</sup> “[...] a hermenêutica é a arte de descobrir os pensamentos de um autor, de um ponto de vista necessário, a partir de sua exposição. Nesse caso, uma boa parte do que eu esperava poder alcançar apenas no outro guia [também neste] [e salvo e me é dado; a hermenêutica não se exerce apenas no domínio clássico e não é um mero, [nesse domínio restrito,] órganon filológico, mas ela pratica o seu trabalho em toda parte onde existirem escritores e, assim, os seus princípios devem satisfazer todo este domínio, e não remontar apenas à natureza das obras clássicas”. SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Discursos Acadêmicos [1829] – Sobre o conceito de hermenêutica, com referência às indicações de F. A. Wolf e ao Compêndio de Ast. In: *Hermenêutica. Arte e técnica da interpretação*. Trad. Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 30-1.

<sup>19</sup> Manfred FRANK aduz que, da mesma forma que KANT promoveu a reflexão transcendental na Filosofia e o Romantismo o fez com a poesia, SCHLEIERMACHER proporcionou o giro transcendental da compreensão dos significantes em geral. FRANK, Introdução a Schleiermacher, *cit.*, p. 14.

<sup>20</sup> SCHLEIERMACHER, *Hermenêutica e Crítica*, *cit.*, p. 91.

<sup>21</sup> BRAIDA, Celso Reni. Apresentação a SCHLEIERMACHER, *Hermenêutica...*, *cit.*, p. 13.

<sup>22</sup> FRANK, Introdução a Schleiermacher, *cit.*, p. 44.

<sup>23</sup> BRAIDA, Apresentação a SCHLEIERMACHER, *Hermenêutica...*, *cit.*, p. 11-2.

<sup>24</sup> Cf. FRANK, Introdução a Schleiermacher, *cit.*, p. 41 e segs.

linguisticamente pode ser compreendido. Seu objeto, assim, passa a ser o pensamento exposto em palavras ou o *discurso*:

Se se parte da constatação de que “cada discurso (repousa) sobre um pensamento anterior”, então não resta dúvida de que a função básica da compreensão desabrocha, ao reconduzir-se a expressão (ou elocução) à vontade de dizer que a alma: “É procurado em pensamentos o mesmo que o falante queria expressar”. O que se procura entender é o sentido de um discurso, isto é, a expressão de um outro, ou de algo pensado. Assim, a compreensão não tem outro objeto além da linguagem<sup>25</sup>.

Como SCHLEIERMACHER não concebe o universal desvencilhado do particular, e como a linguagem é a via em que o pensamento se estrutura, haverá a distância entre o autor de uma obra ou texto e o seu intérprete, uma vez que a linguagem se relaciona a um tempo histórico específico<sup>26</sup>. Essa distância, que se traduz na possibilidade do *mal-entendido*, deve ser tomada como ponto de partida da Hermenêutica, na forma de disciplina que se dedica a uma interpretação *austera*, em contraposição à chamada compreensão *laxa*, que somente se dedicava ao trabalho minucioso na interpretação quando se deparava com o *incompreendido* em um discurso<sup>27</sup>.

SCHLEIERMACHER concebe duas modalidades de interpretação, cujo objetivo é evitar o mal-entendido ou reduzir a distância – hiato - entre o autor do discurso e o seu intérprete: *gramatical* e *técnica-psicológica*. A gramatical visa à compreensão do discurso partindo da totalidade da língua, ao passo que a psicológica relaciona o discurso à produção contínua de ideias por parte de seu autor<sup>28</sup>.

De acordo com Schleiermacher, “tal como todo discurso tem uma relação dupla, quer com a totalidade da linguagem quer com o pensamento do autor, também em toda a compreensão de um discurso há dois momentos: a sua compreensão como algo extraído da linguagem e com um ‘fato’ no pensamento daquele que fala”. A interpretação “gramatical” pertence ao momento da linguagem e Schleiermacher encarava-a como um procedimento essencialmente negativo, geral e mesmo limitativo, no qual se

---

<sup>25</sup> GRONDIN, *Introdução à Hermenêutica Filosófica*, cit., p. 125.

<sup>26</sup> BRAIDA, Apresentação a SCHELEIERMACHER, *Hermenêutica...*, cit., p. 16.

<sup>27</sup> GRONDIN, *Introdução à Hermenêutica Filosófica*, cit., p. 126-7.

<sup>28</sup> SCHLEIERMACHER, *Hermenêutica...*, cit., p. 42.

coloca a estrutura em que opera o pensamento. Contudo, a interpretação psicológica procura a individualidade do autor, o seu génio particular. Para isso é necessária uma certa adequação com o autor; não se trata de uma operação que estabeleça fronteiras, mas antes do lado verdadeiramente positivo da interpretação<sup>29</sup>.

A interpretação gramatical, uma vez que se destina a relacionar o discurso à totalidade da língua, pensa a palavra no contexto da frase, esta no contexto do discurso, este no contexto do gênero<sup>30</sup>: ou seja, procede-se à inserção de uma parte ao contexto do todo mais abrangente, assim como esse todo só pode ser pensado à luz do sentido das partes – trata-se do método *comparativo* ou *círculo hermenêutico*, cuja influência sobre SCHLEIERMACHER provém de Friedrich AST e da retórica antiga<sup>31</sup>.

A interpretação gramatical, porém, não consegue fixar, por si só, o sentido de um discurso: é necessária a interpretação psicológica, que se destina à análise da relação *autor - contexto de produção da obra*. Para tanto, ela também se vale do método comparativo ao conceber a individualidade do autor e de sua obra à luz do contexto dos fatos mais marcantes da vida daquele, em conexão com o seu momento histórico<sup>32</sup>. Entretanto, para que a interpretação psicológica fixe o sentido almejado pelo autor, é preciso, juntamente com o método comparativo, utilizar o método *divinatório*, um *salto hermenêutico* que busca evitar a viciosidade do círculo hermenêutico ao focar-se na relação entre todo e parte, cuja intenção é captar ou intuir o *estilo* do autor<sup>33</sup>.

O autor de um discurso, falado ou escrito, utiliza subjetivamente a linguagem, ou seja, ele imprime ou *plasma* a linguagem de acordo com suas intenções e propósitos. Esse uso subjetivo da linguagem constitui o *estilo*, que é captado pela intuição ou *divinação*<sup>34</sup> do intérprete<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup> PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 95.

<sup>30</sup> COELHO, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos Filosóficos da Interpretação do Direito – o Romantismo*. Barbacena: Rideel/Unipac, 2012. p. 97.

<sup>31</sup> A respeito, cf. GRONDIN, *Introdução à Hermenêutica Filosófica*, cit., p. 117-123.

<sup>32</sup> PALMER, *Hermenêutica*, cit., p. 96.

<sup>33</sup> PALMER, *Hermenêutica*, cit., p. 96-7.

<sup>34</sup> “Divinação, portanto, no contexto da interpretação psicológica, designa aquela atitude de consciência do intérprete que corresponde à produtividade estilística do autor. Por ‘estilo’ entende Schleiermacher o ‘tratamento da linguagem’ sob o aspecto em que Schleiermacher traz para ‘a aplicação e, conseqüentemente, para o tratamento da linguagem sua maneira própria de conceber o objeto (...)’”. FRANK, *Introdução a Schleiermacher*, cit., p. 64.

<sup>35</sup> BRAIDA, Apresentação a SCHLEIERMACHER, *Hermenêutica...*, cit., p. 18.

Entretanto, tal captação do estilo torna-se difícil de ser realizada, uma vez que, como ele depende da linguagem (repise-se: o estilo é a linguagem atrelada à finalidade a ela concedida pelo autor), e esta está sempre imbricada no particular, a detecção do estilo depende de *caso a caso*<sup>36</sup>.

Essa dificuldade pretende SCHLEIERMACHER superá-la recorrendo à figura do *gênio*. O gênio é aquele que inova na língua, ou seja, emprega os termos e expressões em um sentido não-usual, o que gera a dificuldade de o intérprete compreendê-lo. A dificuldade da compreensão, que não se dissipa mediante o uso do método comparativo na interpretação psicológica, instaura-se devido à inovação genial do autor, que somente se superará, também, pela capacidade do intérprete de intuir o sentido novo e original empreendido pelo autor<sup>37</sup>.

Para dar conta de compreender a palavra em seu sentido novo e original, tal como proferida pelo gênio linguístico, o intérprete deve dar conta de acessá-lo imediatamente (isto é, sem a mediação das pré-compreensões de que disponha), pondo em funcionamento o método divinatório de interpretação. Essa adivinhação do sentido funciona como uma recriação do texto, requerendo do ouvinte a capacidade de intuir o sentido novo e original com que a palavra foi utilizada. Neste diapasão, requer-se também ao ouvinte a mesma genialidade presente no criador linguístico, já que, assim como este pôde inovar sobre a língua superando suas regras preestabelecidas, também o ouvinte deverá ser capaz de intuir este novo sentido para além destas mesmas regras. [...]. Trata-se de uma **congenialidade** estabelecida entre as partes envolvidas no diálogo, a qual é pressuposta como condição de possibilidade desse mesmo diálogo significativo. (*Grifos nossos*)<sup>38</sup>.

Um gênio só fala a outro gênio através de um movimento de *empatia* recíproca: é preciso um procedimento *assintótico*, de simpatia, de identificação empática com o autor<sup>39 40</sup>.

---

<sup>36</sup> BRAIDA, Apresentação a SCHLEIERMACHER, *Hermenêutica...*, cit., p. 18-9.

<sup>37</sup> COELHO, *Fundamentos Filosóficos da Interpretação do Direito...*, cit., p. 109.

<sup>38</sup> COELHO, *Fundamentos Filosóficos da Interpretação do Direito...*, cit., p. 109-10.

<sup>39</sup> BRAIDA, Apresentação a SCHLEIERMACHER, *Hermenêutica...*, cit., p. 20.

<sup>40</sup> “Naquilo que, ao contrário, depende da exata concepção do processo interior do autor, no momento do esboço e da composição, naquilo que é produto de sua originalidade pessoal na língua e do conjunto de suas relações, mesmo o intérprete mais hábil não terá sucesso perfeito senão para os autores que lhe são mais aparentados, apenas em seus autores favoritos com os quais ele está mais familiarizado, assim como na vida nós atingimos melhor este resultado com os amigos mais próximos, mas para os outros escritores ele se contentará nesse

GADAMER acredita que a *estética da congenialidade* tem a função de reduzir a distância temporal entre autor e intérprete porque este, com a intuição, reproduz o pensamento originário daquele, o que justifica a ideia de SCHLEIERMACHER de que se deve compreender o autor melhor que ele mesmo<sup>41</sup>. A busca do estilo supera a distância ou hiato compreensivo, permitindo a GADAMER considerar a *coetaneidade*, o reportar-se genialmente ao pensamento do autor, como o fundamento da Hermenêutica em SCHLEIERMACHER<sup>42</sup>.

Em síntese: com SCHLEIERMACHER, a Hermenêutica unificou as interpretações setorizadas e se desenvolveu como disciplina autônoma, cujo objeto é a compreensão, segundo o exposto em linhas acima. As reflexões de SCHLEIERMACHER permitem que a Hermenêutica e a compreensão, no século XIX, deixem de se preocupar apenas com textos e obras para se elevarem ao plano de *chave* metodológica de análise da História (História essa que, inclusive, ainda que não decididamente, já havia sido tematizada por SCHLEIERMACHER): os acontecimentos históricos são passíveis de ser vislumbrados mediante um esquema objetivo e metodológico<sup>43</sup>.

A Escola Histórica ou *Historicismo alemão* do século XIX representa o elemento medial entre a teoria hermenêutica e a Hermenêutica Filosófica justamente porque ela compreende que não só as fontes históricas nos chegam em textos, como também a própria *realidade histórica* é em si um “texto” que precisa ser compreendido: a Hermenêutica passa a estar a serviço de uma *historiografia*<sup>44</sup>. A Hermenêutica, agora como atitude historiográfica, dedica-se à *História universal*, pois o individual só determina o seu significado particular à luz do todo em que está inserido<sup>45</sup>.

---

domínio menos consigo mesmo, e não terá vergonha de pedir conselho a outras pessoas do ramo e que estão mais próximas desses escritores”. SCHLEIERMACHER, *Hermenêutica...*, *cit.*, p. 36.

<sup>41</sup> GADAMER, *Verdade e Método I...*, *cit.*, p. 263-4 [195/7].

<sup>42</sup> Para Manfred FRANK, a divinação é um procedimento analógico de percepção de um uso original de signos: “Na reelaboração da lição sobre a interpretação psicológica (do ano de 1832), publicada por Lücke, Schleiermacher explica que, no conjeturar divinatório, trata-se de um procedimento analógico [...]: ‘Toda comunicação, o reconhecer por parte do sentimento, ocorre aqui somente através de um proceder analógico’). Somente analogicamente, naturalmente com base na ‘auto-observação’, pode-se ‘atinar’ o sentido singular de um emprego estranho de signos. Por isso é preciso abandonar a pretensão de uma reconstrução autêntica do pensamento daquilo que deve ser interpretado. A utopia de uma compreensão perfeita do outro é precisamente abalada pelo aspecto puramente analógico da divinação”. FRANK, Introdução a SCHLEIERMACHER, *cit.*, p. 70.

<sup>43</sup> BLEICHER, *Hermenêutica Contemporânea*, *cit.*, p. 30.

<sup>44</sup> GADAMER, *Verdade e Método I...*, *cit.*, p. 271 [202].

<sup>45</sup> GADAMER, *Verdade e Método I...*, *cit.*, p. 273 [204].

A Escola Histórica não pensa, porém, a historiografia em termos de uma Filosofia da História especulativa, como se vê em HEGEL, em que a História é o desenvolvimento do Espírito rumo ao saber de si mesmo<sup>46</sup>: sua pretensão é a investigação histórica, que, com base em HERDER, apoia-se na ideia de que cada época tem direito à existência e à perfeição própria<sup>47</sup>.

Entretanto, essa posição da Escola Histórica não permite dizer que ela tenha a intenção de eliminar um sentido da História ou instaurar o reino da necessidade absoluta: a História tem um sentido, e esse sentido decorre do efêmero da vida humana – “é a plenitude e a diversidade do humano que, através da mudança interminável dos destinos humanos, encaminha a si mesma para uma realidade cada vez maior. Essa poderia ser uma maneira de formular a premissa básica da Escola Histórica”<sup>48</sup>.

A totalidade da História tem sua razão de ser no desenvolvimento da humanidade – o fundamento é, assim, humanista e não especulativo. As justificativas para essa unidade da História do ponto de vista universal, segundo GADAMER, alternam-se nos três grandes expoentes da Escola: RANKE, DROYSEN e DILTHEY<sup>49</sup>.

Em RANKE, há, entre a pluralidade infinita dos acontecimentos históricos, eventos que se destacam por concentrar as *decisões históricas* e que articulam o nexos histórico – “são os espíritos originais que intervêm autonomamente na luta das ideias e das potências do mundo e congregam as mais potentes dentre elas, aquelas sobre as quais repousa o futuro”<sup>50</sup>. Os fenômenos históricos particulares estão articulados e manifestam o todo da *vida*, de forma que participar desses é, também, participar da vida<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Sobre a experiência da consciência e o saber do Espírito de si mesmo, *vide infra*, no capítulo sobre a Hermenêutica Filosófica.

<sup>47</sup> GADAMER, *Verdade e Método I...*, cit., p. 273-4 [204]. Com GADAMER, ainda se lê: “A premissa fundamental comum a todos os representantes dessa concepção histórica do mundo, tanto em Ranke e Droysen quanto Dilthey, consiste em que a ideia, a essência, a liberdade não encontram uma expressão completa e adequada na realidade histórica. Mas isso não deve ser entendido no sentido de uma mera deficiência ou de um atraso. Ao contrário, esses autores descobrem o princípio constitutivo da própria história no fato de que, na história, a ideia possui apenas uma representação imperfeita. É só por isso que em vez de filosofia precisamos de uma investigação histórica que instrua o homem sobre si mesmo e sobre sua posição no mundo”. GADAMER, *Verdade e Método I...*, cit., p. 275 [205].

<sup>48</sup> GADAMER, *Verdade e Método I...*, cit., p. 276 [205/6].

<sup>49</sup> GADAMER, *Verdade e Método I...*, cit., p. 276 [206].

<sup>50</sup> GADAMER, *Verdade e Método I...*, cit., p. 278 [208].

<sup>51</sup> Compreender, em RANKE, é participar imediatamente da vida, sem a mediação intelectual do conceito, segundo GADAMER. “A expressão da compreensão adquire, a partir daqui, seu tom quase religioso. Compreender é participar imediatamente da vida, sem a mediação intelectual do conceito. O que interessa ao historiador não é referir a realidade a conceitos, mas em toda parte alcançar um nível onde ‘a vida pensa e o pensamento vive’. Os fenômenos da vida histórica são compreendidos na compreensão como manifestações do

Em Gustav DROYSEN os fenômenos históricos e seus sentidos são buscados a partir da distinção entre *natureza* e *mente*. Os fenômenos naturais não são expressões de *individualidades*, mas apenas pertencem às regras que norteiam a relação entre gênero e espécie. Já os fenômenos históricos são expressões de uma mente e a eles temos acesso privilegiado porque são “carne da nossa carne”<sup>52</sup>. Os processos internos são expressos exteriormente, e são passíveis de reconstrução porque se referem àquilo que nós, enquanto homens, somos. A realidade histórica tem um sentido, que precisa ser reconstruído, compreendido pela historiografia.

Peculiar em DROYSEN, em relação a esse sentido próprio da História, a ser reconstruído pela historiografia, é o senso metodológico, que traz em si o germe da chamada *consciência histórica*, que, segundo GADAMER, marca as investigações do Historicismo alemão. Para DROYSEN, o êxito das Ciências Naturais está na consciência e na identificação dos métodos que orientam suas pesquisas. Esses métodos, todavia, não podem ser simplesmente transferidos para a História, que deve desenvolver sua própria metodologia. Essa metodologia não pode nem se sustentar em métodos matemáticos, afetos às Ciências Naturais, nem conceber a História como uma simples narrativa sem compromisso científico. A tarefa da História consiste, assim, “em coordenar todos os métodos empregados no âmbito dos estudos históricos (...), em seu pensamento comum, desenvolver seu sistema, sua teoria, e assim estabelecer não as leis da História, porém as leis da pesquisa e do saber histórico”<sup>53</sup>. Assim, a consciência histórica pretende fundamentar as leis de investigação histórica, metodologicamente amparadas, respeitando a distância entre investigador e fato histórico, não se preocupando com a natureza típica da História, como faz GADAMER com sua *Hermenêutica Filosófica*.

---

todo da vida, da divindade”. GADAMER, *Verdade e Método I...*, cit., p. 287 [215]. GADAMER afirma que RANKE concebe o conhecimento histórico, a partir da vida, como um autoesquecimento estético e um autoapagamento à maneira da “grande poesia épica”. Cf. GADAMER, *Verdade e Método I...*, cit., p. 292 [219].

<sup>52</sup> BLEICHER, *Hermenêutica Contemporânea*, cit., p. 32. BLEICHER ainda visualiza em DROYSEN a comunhão entre experiência e reconstrução das percepções: “A teoria hermenêutica de Droysen contém dois aspectos fulcrais: a teoria da experiência e a da reconstrução. A primeira, reveladora de uma certa influência hegeliana, refere-se a uma necessidade humana de exprimir processos ‘internos’. Na percepção de tais expressões, são projectados na vida interior do preceptor, onde dão origem aos mesmos processos. A correspondência entre os processos repetidos e os originais é assegurada por uma ‘totalidade absoluta’, de que temos apenas uma vaga concepção, mas em que o originador e o preceptor participam, em virtude das características humanas que lhes são comuns. A forma como a percepção de uma expressão leva à reprodução interna é objecto de tratamento adequado na segunda teoria. Ao estudarmos a história, vemo-nos, inicialmente, confrontados com algo de desconhecido e que nos cabe assimilar, a fim de o podermos compreender bem e aplicar”. BLEICHER, *Hermenêutica Contemporânea*, cit., p. 32.

<sup>53</sup> GRONDIN, *Introdução à Hermenêutica Filosófica*, cit., p. 141.

As reflexões de DROYSEN são retomadas e aprofundadas em DILTHEY, que representa o ponto de chegada do Historicismo alemão, mas, ao mesmo tempo, a transição para a Fenomenologia.

A Escola Histórica, como se viu em RANKE, já havia posto em relevo a relação entre os fenômenos históricos e a vida como um todo. Há a conexão entre os fenômenos históricos e a totalidade vital estruturante em que eles se inserem. O modo de conexão entre um e outro é buscado, em RANKE, na *autoanulação* do homem, e, em DROYSEN, na reconstrução metodológica dos processos internos. Em DILTHEY, é no homem, como *ser vivencial*, que se encontra essa ligação e se insere o próprio papel da Hermenêutica e da compreensão. História e vida estão intimamente interconectadas.

DILTHEY estrutura suas reflexões em três eixos: a delimitação das Ciências do Espírito diante das Ciências da Natureza; a pesquisa sobre a História das Ciências do homem, da sociedade e do Estado; e a tentativa de conceber uma psicologia que explore o homem como um todo. O fio condutor de tais reflexões é a vida humana<sup>54</sup>.

DILTHEY parte da ideia de que, pelo simples fato de se viver em um dado momento histórico, entra-se, necessariamente, em contato com as objetivações ou *concreções* do espírito ou da vida: a vida projeta suas estruturas sobre os homens de forma completa – herdamos, assim, as determinações daquele tempo por se estar nele inserido.

O indivíduo, as comunidades e as obras, para o interior das quais a vida e o espírito se transpuseram, formam o reino exterior do espírito. Essas manifestações da vida, tal como se apresentam para a compreensão no mundo exterior, são, por assim dizer, acomodadas na conexão da natureza. Essa grande realidade exterior do espírito sempre nos envolve. Ela é a realização do espírito no mundo sensível, desde a expressão fugaz até o seu domínio ao longo de séculos em uma constituição ou código jurídico. Cada *manifestação particular da vida representa algo comum* no reino desse espírito objetivo. [...] Nós vivemos nessa atmosfera, ela nos envolve constantemente. Nós estamos mergulhados nela. Sentimo-nos por toda parte familiarizados com esse mundo histórico e compreendido (*sic*),

---

<sup>54</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Fausto Castilho. Petrópolis/Campinas: Vozes/Unicamp, 2012. §77, p. 1075 da edição portuguesa, que se refere à p. 398 do original em alemão - “exemplar da cabana”. HEIDEGGER chama a atenção, no §77, para a relação de DILTHEY com as reflexões do Conde YORCK, que possibilitou que o primeiro, através de uma ampla correspondência epistolar com o segundo, refinasse a tematização da vida como ponto importante de seu pensamento sobre a História e a compreensão.

compreendemos o seu sentido e significado de tudo aquilo, e nós mesmos somos entretecidos com esses pontos em comum<sup>55</sup>.

As vivências individuais estão em íntima conexão com a vida e com as concreções históricas de um tempo: “cada palavra, cada frase, cada gesto ou fórmula de etiqueta, cada obra de arte e cada feito histórico só são compreensíveis porque um elemento comum articula aquilo que se manifesta neles com aquele que compreende; o indivíduo vivencia, pensa e age constantemente em uma esfera própria ao que é comum e somente em tal esfera ele compreende”<sup>56</sup>.

Tal implicação entre a vida e as vivências individuais abarca, inclusive, as Ciências, que, desde o impulso a elas transferido por meio da Ilustração, correm o risco de se desconectarem dessa atmosfera que as abriga ao buscarem um conhecimento puro de um objeto, sem se atentarem para esse contexto que aponta para a própria viabilidade e possibilidade da pesquisa em si mesma: as Ciências, assim, correm o risco de abstração (no sentido que HEGEL cunhou ao termo, de unilateralidade) ao intentarem alcançar uma universalidade objetiva.

Em princípio, o cientista desenvolve uma pesquisa pontual, que não responde e nem deve responder aos interesses alheios ao seu âmbito de trabalho, sob pena da perda de sua isenção valorativa. A questão é que a própria possibilidade da pesquisa repousa em um contexto maior que tende apenas a ser obscurecido no interior da pragmática da pesquisa. Desde a materialidade efetiva em jogo nas sensações do cientista, nas propriedades materiais dos componentes manipulados e nas leis que regulam os fenômenos físicos e químicos, passando pelo grau de desenvolvimento dos processos técnicos e das doutrinas científicas, até chegar à finalidade dessas pesquisas, que suprem as necessidades do homem e lhes proporcionam algum bem-estar e uma relação particular com o mundo, forma-se uma conexão ampla que expressa em todos os seus elementos a concretização objetiva do espírito em um tempo<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: Unesp, 2006. p. 109-10.

<sup>56</sup> DILTHEY, *A construção... cit.*, p. 109-10.

<sup>57</sup> CASANOVA, Marco Antonio. Apresentação a DILTHEY, *A construção... cit.*, p. 10-11.

À metodologia das Ciências Naturais, abstrata, analítica, devem se contrapor as Ciências Humanas<sup>58</sup>, que estão atentas à indissociável conexão entre vida e vivências individuais. A tarefa das Ciências Humanas é recompor esses nexos ou fios que ligam as vivências à vida ou ao espírito objetivado<sup>59</sup> ao tempo em que elas se desenvolvem. As Humanidades, portanto, devem se dedicar ao fenômeno da *compreensão*, deixando em evidência a sua própria raiz latina: *cum +prehendere*, ou “apreender com”. A Hermenêutica é a compreensão, chave com a qual as Ciências Humanas têm a possibilidade de rearticular a vida com as vivências<sup>60</sup>.

Depois que a vida passou, nada fica para trás senão a lembrança da vida; e como essa lembrança também está ligada ao viver contínuo dos indivíduos e, com isso, é fugidia... A apreensão desses resíduos do passado é por toda parte a mesma: o compreender. Somente o modo de ser da compreensão é diverso. O que é comum a todos esses resíduos é o movimento contínuo, que sai da apreensão de partes indeterminadas-determinadas e prossegue em direção à tentativa de captar o sentido do todo, uma tentativa que se alterna com a tentativa de determinar as partes mais firmemente a partir desse sentido<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> “E consuma-se aqui, então, o *conceito* das *ciências humanas*. Sua abrangência é tão ampla quanto a da compreensão, e a compreensão tem, por isso, o seu objeto uno na objetivação da vida. Assim, segundo a abrangência dos fenômenos que lhe competem, o conceito das ciências humanas é definido pela objetivação da vida no mundo exterior. Somente aquilo que o espírito criou ele entende. A natureza, objeto da ciência natural, abarca a realidade produzida independentemente da atuação do espírito. Tudo aquilo em que o homem, por sua atuação, imprimiu a sua marca constitui o objeto das ciências humanas”. DILTHEY, *A construção...*, cit., p. 111-12.

<sup>59</sup> DILTHEY emprega a expressão *espírito objetivo* em sentido próximo ao empregado por HEGEL. Contudo, segundo DILTHEY, o espírito objetivo em sua Filosofia não pode ser concebido na modalidade de forma lógico-racional, como em HEGEL, mas sim em conexão com a realidade histórica e suas unidades vitais: “Nós precisamos partir hoje da realidade da vida; na vida age a totalidade do nexos psíquico. Hegel constrói metafisicamente; nós analisamos aquilo que é dado. E a análise atual da existência humana preenche-nos todos com o sentimento da fragilidade, do poder dos impulsos sombrios, do sofrimento com as obscuridades e com as ilusões, da finitude em tudo aquilo que a vida é, mesmo onde surgem a partir dela os mais elevados produtos da vida comunitária. Assim, não podemos compreender o espírito objetivo a partir da razão; mas precisamos retornar ao nexos estrutural das unidades vitais que continuam existindo nas comunidades. E não podemos alocar o espírito objetivo em uma construção ideal. Ao contrário, precisamos antes fundamentar a sua realidade na história. Nós procuramos compreender essa realidade e apresentá-la com conceitos adequados”. DILTHEY, *A construção...*, cit., p. 115.

<sup>60</sup> “Dilthey refere-se à Vida, aquela força produtiva partilhada por toda a humanidade, a fim de explicar a possibilidade de um intérprete ser capaz de reconstruir as suas objectivações. Refere que ‘a primeira condição para a possibilidade de uma ciência da história consiste no facto de eu próprio ser um ser histórico, de que aquele que investiga a história ser o mesmo que a faz’”. BLEICHER, *Hermenêutica Contemporânea*, cit., p. 39.

<sup>61</sup> DILTHEY, *A construção...*, cit., p. 216.

A vida se objetiva ou se expressa em concreções no interior de um dado tempo – obras de arte, leis, instituições, ciências, hábitos, costumes, etc., cuja conexão é reestabelecida pela compreensão: *vida, expressão e compreensão* caminham juntas em DILTHEY<sup>62</sup>.

O modo com DILTHEY tenta descrever a rearticulação entre vivências e vida pode se visualizado mediante a *psicologia compreensiva*<sup>63</sup>, em que se tenta compreender, puramente, ou seja, livre da causalidade empírica da *psicologia explicativa*, aplicável às Ciências Naturais, tal implicação entre todo e parte. Em DILTHEY, quanto mais se analisa a vida psíquica (vivências), mais se percebem as visões de mundo – a decomposição da vida psíquica aponta para a visão de mundo: a vida interior sempre remete ao exterior, sob o risco de este, até mesmo, sobrepor-se àquela. A psicologia compreensiva atua como elemento que permite interconectar vida e vivências ao buscar na interioridade um correlato da exterioridade.

Mesmo tendo tematizado a relação entre vida-vivências-compreensão de forma umbilicalmente articuladas, DILTHEY ainda se move (com base em uma psicologia própria às Ciências Humanas, diversa da aplicável às Ciências Naturais, diga-se) no espaço da metodologia científica, revigorando, de certa forma, a temática da consciência histórica. É com a Fenomenologia que a compreensão passa por uma modalidade de rearticulação com *a vida ela mesma*.

### 3. Fenomenologia e Hermenêutica Filosófica

O ponto de partida da Fenomenologia, enquanto movimento filosófico autônomo, encontra-se em Edmund HUSSERL, que tem a intenção de desenvolver a Filosofia nos

---

<sup>62</sup> “Em meio à concepção diltheyana das vivências descobrimos, portanto, um modo de superar a tendência de desconsideração do elemento singular presente em todo conhecimento. Esse ainda não é, porém, o ponto mais central. Importante é muito mais o que se alcança por meio dele: como a vivência se encontra fundamentalmente articulada em Dilthey com a compreensão enquanto uma instância de rearticulação do singular com as expressões do espírito em seu tempo, ela abre simultaneamente uma possibilidade de resolução da dicotomia clássica entre o universal e o particular. Para Dilthey, a vivência é sempre singular. No entanto, ela encerra originalmente em si uma ligação compreensiva com o universal, com o espírito do tempo ou, o que significa em última análise o mesmo, com a visão de mundo que é característica em uma época”. CASANOVA, Marco Antonio. *Compreender Heidegger*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 34.

<sup>63</sup> Cf. DILTHEY, Wilhelm. *Ideia sobre uma psicologia descritiva e analítica*. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Viaverita, 2011.

moldes de uma *Ciência rigorosa*<sup>64</sup>, cujo objetivo é voltar às *coisas elas mesmas*<sup>65</sup>. HUSSERL tenta construir um sistema de pensamento que pretende desvencilhar-se da constatação do Neokantismo marbuguiano<sup>66</sup> a respeito do *fato da Ciência*.

Com base na *intencionalidade da consciência*<sup>67</sup>, já trabalhada em Franz BRENTANO, HUSSERL rejeita a Ciência como fato dado porque a própria existência empírica do objeto não é uma evidência: o objeto sempre se mostra a partir do seu lado *frontal*, deixando em encoberto uma *zona de sombreamento*<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> “A própria questão diretriz de Husserl, uma questão na qual ele se aprofundou com uma conscienciosidade penetrante, era: como é que posso me tornar um filósofo sincero? Ele tinha em vista com isso: como é que posso conduzir cada passo de meu pensamento de tal modo que todo passo ulterior possa acontecer em um solo seguro? Como é que posso evitar toda e qualquer suposição prévia e injustificada e, com isso, também realizar finalmente o ideal da ciência rigorosa? O abalo provocado pela Primeira Guerra Mundial, na qual ele perdeu um de seus filhos, fez com Husserl retornasse sempre uma vez mais da execução progressiva de sua pesquisa fenomenológica para os fundamentos que ele sempre procurava colocar à prova e justificar com um escrúpulo novo”. GADAMER, Hans-Georg. O movimento fenomenológico (1963). In: HEGEL, HUSSERL, HEIDEGGER. Trad. Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 147.

<sup>65</sup> “Fenomenologia é a pesquisa descritiva pura das vivências e, enquanto tal, é uma psicologia descritiva. Uma pesquisa fenomenológica das formações lógicas significa sua explicitação por meio do recurso a vivências do pensamento, nas quais tais formações nos são dadas. Ora, que pode significar isso depois da distinção tão radical entre formações lógicas e vivências psicológicas? Nada mais do que a explicitação da *mediação consciencial* no processo do conhecimento. Embora as formações lógicas não sejam vivências psicológicas, tais formações nos são dadas nas vivências. Husserl explicita, assim, seu programa básico: não queremos contentar-nos simplesmente com puras palavras. Queremos voltar às *próprias coisas*. (Em intuições plenamente desenvolvidas, pretendemos à evidência, que o que nos é dado, em abstração, atualmente realizada, é verdadeiro, e realmente o que as significações das palavras exprimem em leis)”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 38-9.

<sup>66</sup> Acerca do Neokantismo de Marburgo e de Baden, cf. HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rodehn. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 331 e segs. Sobre a relação entre o neokantismo e o Direito, especificamente o marbuguiano, vide ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*. Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.45 e segs.

<sup>67</sup> Com a intencionalidade, quer HUSSERL afirmar que a consciência é sempre *consciência de alguma coisa* pelo fato de ela sempre já se encontrar junto ao seu campo correlacional ou de *mostração* dos “objetos”: “Sua intelecção fundamental era a de que a consciência não é de modo algum uma esfera fechada em si, na qual suas representações estariam cerradas como que em um mundo inferior próprio, mas de que ela já sempre se encontra ao contrário, segundo sua própria estrutura essencial, junto às coisas. Trata-se de um falso primado da autoconsciência o que acontece na teoria do conhecimento. Não há na consciência imagens representativas dos objetos, de modo que o problema propriamente dito do conhecimento seria garantir a adequação às coisas. A imagem que temos das coisas é muito mais normalmente a maneira como somos conscientes das coisas”. GADAMER, O movimento fenomenológico, *cit.*, p. 144-5.

<sup>68</sup> “Um dos temas clássicos de Husserl era a fenomenologia da coisa percebida. Aqui, ele desenvolveu de maneira exemplar com uma precisão no traço verdadeiramente própria a mestres antigos o fato de sempre vermos de uma coisa apenas o lado que está voltado para nós e de a mudança de perspectiva, que acontece no momento em que contornamos a coisa, não poder alterar nada nessa relação essencial, no fato de nunca vermos senão o lado frontal, jamais o de trás. Eram a esses pontos triviais que se mostravam muitas análises fenomenológicas”. GADAMER, O movimento fenomenológico, *cit.*, p. 146.

Ora, a unidade desses dois lados só se obtém se se reporta à própria consciência, para que, em sua análise, apareça a *coisa ela mesma*, ou melhor, a unidade entre consciência e coisa da consciência, pois, diante da intencionalidade, o *ver* da consciência é sempre orientado<sup>69</sup>. O método fenomenológico de HUSSERL<sup>70</sup> aponta para três momentos que permitirão o retorno à coisa ela mesma: o primeiro é o da *suspensão* ou *epoché*<sup>71</sup>, em que se abandona a análise empírica do objeto e se volta para os próprios atos intencionais da consciência; segundo é representado pela descrição fenomenológica e da *redução eidética*<sup>72</sup>, que leva à conclusão acerca da indissociabilidade entre *fato* e *essência*, apontando para o ato intencional e o correlato intencional deste mesmo ato; e o terceiro, o retorno à coisa mesma<sup>73</sup> ou à percepção pura – fluxos de vivência intencionais.

A ideia de percepção pura como *coisa ela mesma*, em HUSSERL, apresentada em conexão com o fluxo de vivências da consciência, aponta para a própria consciência como instância de fundamentação, ainda que, posteriormente, HUSSERL, com a noção de *mundo da vida* tente amenizar tal redução<sup>74</sup>.

Na esteira de HUSSERL, HEIDEGGER se vale do método fenomenológico, agora aplicado à grande tematização da *Ontologia*. Da mesma maneira que HUSSERL, ele parte de uma reflexão de BRENTANO, em que é questionada a unidade diante da pluralidade de

---

<sup>69</sup> “Há uma intuição ‘categorial’. Foi assim que Husserl o denominou: o visado vem ao encontro como preenchimento da intenção do visar. Esse é o sentido puro e simples, descritivo, da célebre ‘visão da essência, contra a qual se argumentou com muita perspicácia cega”. GADAMER, O movimento fenomenológico, *cit.*, p. 145.

<sup>70</sup> A respeito do assunto, cf. HUSSERL, Edmund. *Meditações Cartesianas*. Introdução à Fenomenologia. Trad. Maria Gorete Lopes e Sousa. Rés Editora: Porto, s.d., e MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Fenomenologia e Hermenêutica*. Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira, 2007.

<sup>71</sup> “‘O’ mundo não é em geral ele mesmo dado. Ele não é outra coisa senão o polo do objeto. Em um prosseguimento e em um descerramento cada vez mais amplos de uma experiência do mundo da vida, esse direcionamento polar permanece em função. A *epoché*, isto é, a tematização consciente desse direcionamento, descortina dessa maneira a correlação transcendental entre sujeito e objeto”. GADAMER, Hans-Georg. A ciência do mundo da vida. *HEGEL, HUSSERL, HEIDEGGER, cit.*, p. 209-10.

<sup>72</sup> “Sua meta [da redução fenomenológica] não é propriamente reconduzir à unidade de um princípio. Ao contrário, sua meta é descortinar sem qualquer parcialidade inicial toda a riqueza dos fenômenos que se dão por si mesmos”. GADAMER, O movimento fenomenológico, *cit.*, p. 161.

<sup>73</sup> “É aqui que reside propriamente o sentido básico do lema husserliano ‘rumo às coisas mesmas’. Esse lema não designa um esforço primário por apreender as coisas tal como elas se mostram imediatamente, sem qualquer inserção do sujeito cognoscente e da estrutura do conhecimento. Ao contrário, ele indica muito mais o resultado do empenho por abandonar o modo como inicialmente nos encontramos absorvidos no mundo e acolhemos os objetos que se nos apresentam, a fim de alcançar por meio desse abandono os campos intencionais nos quais as coisas se mostram para a consciência tal como elas são em si mesmas”. CASANOVA, *Compreender Heidegger, cit.*, p. 44.

<sup>74</sup> A respeito, ver HUSSERL, Edmund. *A Crise das Ciências Europeias e a Fenomenologia Transcendental*. Trad. Diogo Falcão Ferrer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, §28 e segs. (p. 83 e segs.).

sentidos do *ser* em ARISTÓTELES, transpondo tal indagação ao campo da Ontologia: as várias regiões ônticas, bem como a Ontologia clássica, partem da pressuposição da *presença do ente* como condição para a busca do fundamento filosófico, mas o *ser do ente* não é posto em questão: “o *ser do ente* não ‘é’ ele mesmo um *ente*”<sup>75</sup>.

O *ser do ente* (o “é” do juízo) não pode ser concebido através da soma da totalidade dos entes (ente supremo) e nem mesmo questionado no interior do campo das Ontologias regionais: deve a questão ser estruturada a partir desse ente que se indaga ou põe a si mesmo a pergunta acerca do *ser do ente* – esse ente com primazia ôntico-ontológica é o criador de ontologias: o *ser-aí* ou *Dasein*.<sup>76</sup>

O *ser-aí* tem, assim, precedência ontológica: a constituição do sentido das coisas particulares decorre de uma pergunta mais fundamental a ele correlata. Ora, a questão do sentido do *ser dos entes*, para ser compreendida, necessita da prévia compreensão do modo de *ser* desse ente privilegiado, o *ser-aí*<sup>77</sup>: HEIDEGGER, desse modo, pensa em termos de uma Ontologia fundamental<sup>78</sup>, que parte de uma *analítica existencial* que lhe forneça condições de encarar a questão do *ser*<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> HEIDEGGER, *Ser e tempo, cit.*, §2º, p. 43. HEIDEGGER continua: “O primeiro passo filosófico [...] consiste em não ‘contar uma história’, isto é, em não determinar o ente como ente por sua redução a um outro ente do qual proviria, como se o *ser* tivesse o caráter de um ente possível. Por isso, o *ser* como o perguntando exige uma maneira-de-se-mostrar que lhe seja própria e que difira essencialmente da descoberta do ente”. §2º, p. 43.

<sup>76</sup> “O *Dasein* não é um ente que só sobrevenha entre outros entes. Ao contrário, ele é onticamente assinalado, pois *para* esse ente está em jogo em seu *ser* ele mesmo. Mas é também inerente a essa constituição-de-*ser* do *Dasein* que, em seu *ser*, o *Dasein* tenha uma relação-de-*ser* com esse *ser*. É isso por sua vez significa: o *Dasein*, de algum modo e mais ou menos expressamente, entende-se em seu *ser*. É próprio desse ente, com seu *ser* e por seu *ser*, o estar aberto para ele mesmo. O *entendimento-do-ser* é ele mesmo uma *determinidade-do-ser* do *Dasein*. O ôntico *ser-assinalado* do *Dasein* reside em que ele é ontológico”. HEIDEGGER, *Ser e tempo, cit.*, §4º, p. 59.

<sup>77</sup> “Por um lado, *Da-sein* envolve uma dimensão de *ser* (*-sein*), e, por outro, uma dimensão locativa, um *aí* (*Da-*). Exatamente por isso, traduzimos o termo *Dasein* de maneira literal por *ser-aí*. O *ser* do *Dasein* é interpretado nesses dois âmbitos acima referidos como *presença fática*, enquanto o seu *aí* é tomado como a realidade pura e simples. De acordo com eles, *ser-aí* indica com isso estar efetivamente presente na realidade. Essa interpretação revela-se estabelecida sobre um preconceito estrutural no momento em que se questiona a própria constituição do espaço de manifestação dos entes no real. Na medida em que se leva a termo um tal questionamento, o ‘*ser-aí*’ dos entes em geral como *presença fática* dada na realidade passa a se mostrar a partir do *ser-aí* de um ente peculiar por sua relação com o *ser* a princípio não interpretado de uma forma determinada e por sua vinculação com o mundo como horizonte transcendental de aparição dos entes”. CASANOVA, Marco Antonio. *Nada a Caminho*. Impessoalidade, niilismo e técnica na obra de Martin Heidegger. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 12.

<sup>78</sup> A respeito, cf. MAC DOWELL, João A. *A Gênese da Ontologia Fundamental de Martin Heidegger*. São Paulo: Loyola, 1993.

<sup>79</sup> “Ser ontologicamente ainda não significa aqui desenvolver ontologia. Como se reserva em seguida o termo ontologia para designar a interrogação expressamente teórica pelo *ser do ente*, então o mencionado *ser-ontológico* do *Dasein* deve ser designado como *pré-ontológico*. Mas isso não significa algo assim como estar

O próprio termo ser-aí aponta para uma ordem ou lide prática que antecede qualquer aceno teórico: o ser-aí está em contato com os entes e com o mundo enquanto *totalidade significativa* ou *cadeia referencial* em que os entes aparecem como entes no cotidiano. Os entes intramundanos em relação no cotidiano existem em função do ser-aí, que põe os entes em relação. No §7º de *Ser e tempo*, HEIDEGGER utiliza o método fenomenológico com a intenção de trazer à tona o fato do mundo (*facticidade*) como inarredável mediador de sentido entre o ser-aí e os entes. O ser-aí não se relaciona com os entes de uma maneira pura: o mundo, não como soma ou totalidade de entes, mas como essa grande teia de sentidos, produzida pelo ser-aí histórico, orienta a relação ser-aí-entes, de forma que *algo sempre aparece como algo* – circularidade compreensiva ou pré-compreensão<sup>80</sup>.

Os entes intramundanos ostentam modos de ser típicos: *manualidade* ou *utensílio*, em que estão *para* o ser-aí; *subsistência* ou *presença à vista*, em que são estudados como entes dotados de propriedades – substância; e o modo da *relação*, que é o modo de ser da pergunta, que questiona o sentido do ser, marcando a primazia ôntico-ontológica do ser-aí<sup>81</sup>. O método fenomenológico tem a intenção de deixar em evidência tais modos de ser.

No §7º, o método fenomenológico realça ou faz ver *aquilo que se mostra a partir de si mesmo*<sup>82</sup>. Fenomenologia é composto por duas raízes: *fenômeno* e *logos*.

*Fenômeno* é o que se mostra em si mesmo a partir de si, diferenciando-se das chamadas *modificações restritivas* pelas quais o fenômeno passou ao longo da História: o que se apresenta em si pode fazê-lo de formas diversas que não a partir de si mesmo<sup>83 84</sup>. Contudo,

---

sendo pura e simplesmente ôntico, mas sendo no modo de um entendimento de ser”. HEIDEGGER, *Ser e tempo*, cit., §4º, p. 59.

<sup>80</sup> “Para Heidegger, nós nos movimentamos constantemente em meio a campos de problematização sedimentados, oriundos de possibilidades abertas pelo passado. Sem esses campos, não haveria nem mesmo a possibilidade de apreender uma questão enquanto questão, porque ela se colocaria fora da esfera de sentido daquilo que pode aparecer para alguém como efetivamente questionável. Tais campos sempre produzem, porém, uma espécie de soterramento de sua significação originária e de suas possibilidades futuras”. CASANOVA, *Compreender Heidegger*, cit., p. 82.

<sup>81</sup> Cf. CASANOVA, *Compreender Heidegger*, cit., p. 93 e segs.

<sup>82</sup> “Fenomenologia diz, então, [...] fazer ver a partir dele mesmo o que se mostra tal como ele por si mesmo se mostra”. HEIDEGGER, *Ser e tempo*, cit., §7º, p. 119.

<sup>83</sup> “Ora, o ente pode se mostrar, a partir de si mesmo, de diversos modos, cada vez que segundo o modo-de-acesso a ele. Há mesmo a possibilidade de que o ente se mostre como o que ele *não* é em si mesmo. Nesse mostrar-se, o ente aparenta, ele ‘é como se...’”. HEIDEGGER, *Ser e tempo*, cit., §7º, p. 103.

<sup>84</sup> São as modificações restritivas: a *aparência* (“o anunciar-se por algo que se mostra”, *Ser e tempo*, cit., §7º, p. 104); o *aparecimento* (o anunciar-se como não se mostrar – “mostrar indica algo que não se mostra”, §7º, p. 107); e o *mero-aparecimento* (o mostrar-se remete ao não-mostrado e por essência nunca pode se mostrar - §7º, p. 109).

o que se mostra só se mostra para aquele que pode ver: daí o sentido de *logos* próximo ao seu tratamento entre os gregos - é discurso que faz ver o que se mostra em si<sup>85</sup>.

A Fenomenologia, por permitir o ver dos entes tal como eles se mostram, é, também, *Ontologia*, e, de acordo com o projeto de HEIDEGGER, deve se desenvolver em termos de uma Ontologia fundamental<sup>86</sup>. A Hermenêutica e a interpretação aparecem relacionadas à Fenomenologia – em um primeiro momento, a interpretação fenomenológica deixa vir à presença o modo de ser dos entes em geral, porém, como o ser-aí tem precedência ontológica a todos os demais entes, a Hermenêutica mostra, também, o modo de ser do ser-aí<sup>87</sup>.

O modo de ser do ser-aí está relacionado ao tempo<sup>88</sup>. Do §44 de *Ser e tempo*, que se apresenta como espécie de uma síntese do projeto de HEIDEGGER, depreendem-se os três modos de ser do ser-aí: a) *projeto (Seinkönnen)* - o ser-aí é “o ser aberto para o seu poder-ser”<sup>89</sup> – é a existência enquanto possibilidade<sup>90</sup>; b) *Dejecção (Geworfenheit)*: aponta para o caráter

---

<sup>85</sup> O *logos* “faz ver algo [...], a saber, aquilo sobre o que se discorre e faz ver a quem discorre (*voz media*) e aos que discorrem uns com os outros”. HEIDEGGER, *Ser e tempo*, *cit.*, §7º, B, p. 113.

<sup>86</sup> “Tomada em seu conteúdo-de-coisa, a fenomenologia é a ciência do ser do ente – ontologia. Na elucidação das tarefas da ontologia surgiu a necessidade de uma ontologia fundamental, cujo tema é o ente ôntico-ontologicamente assinalado, o *Dasein*, e isso de tal maneira que ela se ponha ante o problema cardeal, a saber, ante a pergunta pelo sentido do ser em geral”. HEIDEGGER, *Ser e tempo*, *cit.*, §7º, p. 127.

<sup>87</sup> “A fenomenologia do *Dasein* é uma *hermenêutica* na significação originária da palavra, que designa a tarefa da interpretação. Agora, na medida em que pela descoberta do sentido-do-ser e das estruturas-fundamentais do *Dasein* em geral se põe à mostra o horizonte para toda outra pesquisa ontológica do ente não-conforme ao *Dasein*, essa hermenêutica se torna ao mesmo tempo ‘Hermenêutica’, no sentido da elaboração das condições da possibilidade de toda investigação ontológica. E, finalmente, na medida em que o *Dasein* tem precedência ontológica em relação a todo ente – como ente sendo na possibilidade da existência, a hermenêutica, como interpretação do ser do *Dasein*, recebe um terceiro sentido específico – o qual, filosoficamente entendido, é o sentido *primário* – o sentido de uma analítica da existencialidade da existência”. HEIDEGGER, *Ser e tempo*, *cit.*, §7º, p. 127.

<sup>88</sup> “De modo indicativo foi mostrado que pertence ao *Dasein*, como constituição ôntica, um ser pré-ontológico. Sendo, o *Dasein* entende algo assim como ser. Mantendo-se essa conexão, é preciso mostrar que aquilo a partir de que o *Dasein* em geral entende e interpreta de modo inexpresso algo assim como o ser é o *tempo*. Este deve ser posto em claro e deve ser genuinamente concebido como o horizonte de todo entendimento-do-ser e de toda interpretação-do-ser. Para entendê-lo faz-se necessária uma *explicação originária do tempo como horizonte do entendimento-do-ser, a partir da temporalidade como ser do Dasein que-entende-ser*”. HEIDEGGER, *Ser e tempo*, *cit.*, §5º, p. 75. CASANOVA explica a relação entre o ser-aí, como existência, e abertura como *descerramento* de mundo: “O ser-aí é essencialmente um existente. Enquanto um existente, ele se constitui originariamente a partir de um movimento *ek-stático*. Esse movimento *ek-stático* confunde-se com um comportamento que Heidegger denomina em *Ser e tempo* como *descerrador*. Na medida mesmo em que *ek-siste*, o ser-aí des-cerra (*er-schliesst*) o horizonte total, a partir do qual os entes se manifestam: na medida mesmo em que *ek-siste*, o ser-aí libera o mundo como campo de manifestação dos entes em geral, como espaço de abertura do ente na totalidade”. CASANOVA, *Compreender Heidegger*, *cit.*, p. 91.

<sup>89</sup> HEIDEGGER, *Ser e tempo*, *cit.*, §44, p. 613.

<sup>90</sup> “O ser-aí não é um ente que possua algum acesso cognitivo ao seu ser ou que tenha o seu ser desde o princípio como algo já constituído. O ser do ser-aí não é algo simplesmente subsistente de antemão, do qual ele se extravia por uma circunstância qualquer e ao qual ele precisa retomar por intermédio de um movimento reflexivo

de *jogado* no mundo: “Nesta se desvenda que o *Dasein* já cada vez como meu e como este, é em um mundo determinado e junto a um âmbito determinado de ente do interior-do-mundo”<sup>91</sup>; c) *Decair* (*Verfallen*): ressalta a dimensão de *projeto jogado*: o ser-aí é poder-ser que se realiza junto às possibilidades do mundo: “De pronto e no mais das vezes o *Dasein* está perdido em seu ‘mundo’. O entender, como projeto das possibilidades-de-ser, extraviou-se no mundo”<sup>92</sup>.

Dos três modos de ser do ser-aí se depreende a temporalidade: a *ekstase projeto* aponta para o futuro; a *dejecção*, para o passado; e o *decair* para o presente. HEIDEGGER tem a intenção, assim, de, com *Ser e tempo*, promover a rearticulação do ser-aí com a sua temporalidade constitutiva como meio de se escapar da sedimentação do horizonte hermenêutico.

O que se apresenta como relevante, para as pretensões desse delineamento histórico, é deixar em evidência o fato de a Hermenêutica aparecer, em HEIDEGGER, como fenomenologia do ser-aí, ou seja, é Ontologia, e não mais técnica ou instrumento. Tais características se transferem à Hermenêutica Filosófica de GADAMER, ainda que seu projeto não signifique a continuidade da filosofia heideggeriana, mas que só pode ser concebido mediante os desenvolvimentos da Fenomenologia.

#### 4. Conclusões

A Hermenêutica aparece como disciplina autônoma e universal, com objeto e objetivos destacados, somente com Schleiermacher, unificando, portanto, as modalidades de interpretação setorializadas que se verificam desde o mundo antigo. Contudo, a universalidade do fenômeno hermenêutico fica adstrita à correção metodológica, requisitando, para a

---

posterior. Ao contrário, o ser-aí é poder-ser e se mantém como poder-ser apesar de todas as configurações possíveis de si mesmo em que venha a efetivamente se apresentar. Na medida em que retém incessantemente o seu caráter de poder-ser, o ser-aí vem ao mesmo tempo à tona como um existente”. CASANOVA, *Nada a Caminho...*, cit., p. 14.

<sup>91</sup> HEIDEGGER, *Ser e tempo*, cit., §44, p. 613. “A compreensão projeta, em outras palavras, o campo de jogo existencial de cada ser-aí, mas toma como ponto de partida para essa projeção o mundo no qual cada ser-aí já sempre se encontra efetivamente jogado”. CASANOVA, *Nada a Caminho...*, cit., p. 20.

<sup>92</sup> HEIDEGGER, *Ser e tempo*, cit., §44, p. 613. “No que concerne a essa questão, o termo mundo possui um papel decisivo. Dito de maneira antecipativa, mundo designa aqui o próprio horizonte de abertura dos entes. Afirmar isso significa, ao mesmo tempo, tomar o mundo como horizonte a partir do qual o ser-aí pode assumir um comportamento em relação aos entes intramundanos em geral, aos outros seres-aí e a si mesmo. Com isso, a compreensão projeta o campo existencial do poder-ser que cada ser-aí é, mas sempre precisa levar a termo uma tal projeção em sintonia com o mundo fático como horizonte originário de constituição das possibilidades efetivas de ser”. CASANOVA, *Nada a Caminho...*, cit., p. 21.

liberação de tal caráter, a fenomenologia, em que a intencionalidade promove a união indissociável entre interpretação e interpretado, interpretação e mundo. Esse é o solo de onde desponta a Hermenêutica filosófica gadameriana.

## 5. Referências Bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito. Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias Sobre a Justiça*. Apontamentos para a História da Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

BLEICHER, Joseph. *Hermenêutica Contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2002.

BRAIDA, Celso. Apresentação a SCHLEIERMACHER. *Hermenêutica e Crítica*. Trad. Aloísio Ruedell. v. 01. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2005.

CASANOVA, Marco Antonio. *Compreender Heidegger*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

COELHO, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos Filosóficos da Interpretação do Direito – o Romantismo*. Barbacena: Rideel/Unipac, 2012.

CORETH, Emerich. *Questões Fundamentais de Hermenêutica*. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Editora Pedagógica da Universidade de São Paulo, 1973.

DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: Unesp, 2006.

\_\_\_\_\_. *Ideias sobre uma psicologia descritiva e analítica*. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Viaverita, 2011.

FRANK, Manfred. Introdução a SCHLEIERMACHER. *Hermenêutica e Crítica*. Trad. Aloísio Ruedell. v. 01. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. O movimento fenomenológico (1963). GADAMER, Hans-Georg. *HEGEL, HUSSERL, HEIDEGGER*. Trad. Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2012. \_\_\_\_\_ . *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 11. ed. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes – São Francisco, 2011.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Fausto Castilho. Petrópolis/Campinas: Vozes/Unicamp, 2012.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rodehn. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HUSSERL, Edmund. *A Crise das Ciências Europeias e a Fenomenologia Transcendental*. Trad. Diogo Falcão Ferrer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. \_\_\_\_\_ . *Meditações Cartesianas*. Introdução à Fenomenologia. Trad. Maria Gorete Lopes e Sousa. Rés Editora: Porto, s.d.

MAC DOWELL, João A. *A Gênese da Ontologia Fundamental de Martin Heidegger*. São Paulo: Loyola, 1993.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Fenomenologia e Hermenêutica*. Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira, 2007.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Discursos Acadêmicos [1829] – Sobre o conceito de hermenêutica, com referência às indicações de F. A. Wolf e ao Compêndio de Ast. *In: Hermenêutica. Arte e técnica da interpretação.* Trad. Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 1999.