

# REVISTA DE DIREITO

DA FACULDADE GUANAMBI

ANO 4 - VOLUME 5 - NÚMERO 1 - JAN-JUN 2018



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Revista de Direito da Faculdade Guanambi: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário FG / UniFG – v.5, n.1 (jan./jun. 2018) – Guanambi: UniFG, 2018 [online]

226p.

Publicação periódica Semestral.

ISSN 2447-6536 versão eletrônica.

1. Periódico científico – Centro Universitário FG – UniFG. 2. Programa de Pós-Graduação em Direito. 3. Direito Público. 4. Artigos Jurídicos. I. Centro Universitário FG - UniFG.

CDD: 340.05

# **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**

Programa de Pós-Graduação em Direito

## **EQUIPE EDITORIAL**

### **Editor-Chefe**

Prof. Dr. Flávio Quinaud Pedron, UniFG, BA, Brasil.

### **Editor Assistente**

Prof. Murillo Ricart Mendes Souza, UniFG, BA, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Hellen Pereira Cotrim Magalhães, UniFG, BA, Brasil.

### **Conselho Editorial**

Prof. Dr. Alberto Vespaziani, UNIMOL, Itália.

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, UFSC, SC, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ana Beatriz Pereira Rebello Presgrave, UFRN, RN, Brasil.

André de Abreu Costa, UFOP, MG, Brasil.

Prof. Dr. André Karam Trindade, UniFG, BA, Brasil.

Prof. Dr. Bernardo Schmidt Penna, UNIR, RO, Brasil.

Prof. Dr. Daniel Braga Lourenço, UniFG, BA, Brasil.

Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira, UniFG, BA, Brasil.

Prof. Dr. Fernando B. C. de Araújo, FDUL, Portugal.

Prof. Dr. Guilherme Scotti, UNB, DF, Brasil.

Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Morais, UIT, MG, Brasil.

Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, UNISINOS, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, UFMG, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto, UNB, DF, Brasil.

Prof. Dr. Miguel Angel P. Lineira, UNIOVI, Espanha.

Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto, UNESA, RJ, Brasil.

### **Quadro de Avaliadores**

Prof. Dr. Ademar Alves dos Santos, UNIFAP, AP, Brasil.

Prof. Dr. Alessandro Gonçalves Paixão, PUC/GO, GO, Brasil.

Prof. Dr. Alexandre Bahia, UFOP, MG, Brasil.

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura, FDV, ES, Brasil.

Prof. Dr. Alfredo Copetti Neto, UniFG, BA, Brasil.

Prof. Dr. Alisson José Maia Melo, UNI7, CE, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ana Beatriz Pereira Rebello Presgrave, UFRN, RN, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ana Paula Sampaio Caldeira, UNESA, RJ, Brasil.

Prof. Dr. André Karam Trindade, UniFG, BA, Brasil.

Prof. Dr. André Luiz Ortiz Minichiello, UNIMAR, SP, Brasil.

Prof. Dr. André Nicolitt, UniFG, BA, Brasil.

Prof. Dr. Andre Vasconcelos Roque, UFRJ, RJ, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Andreza Pantoja Smith, UFPA, PA, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Andréia Fernandes de Almeida, UFF, RJ, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Angela Araujo da Silveira Espindola, UniFG, BA, Brasil.

Prof. Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro, UFRJ, RJ, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Aparecida Luzia Alzira Zuin, UNIR, RO, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, UFF, RJ, Brasil.

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva, UFAL, AL, Brasil.

Prof. Dr. Bernardo Penna, UNIR, RO, Brasil.

Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes, UFOP, MG, Brasil.

Prof. Dr. Bruno Miola da Silva, UniFG, BA, Brasil.

Prof. Dr. Caíque Ribeiro Galícia, PUC/RS, RS, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Camila Barreto Pinto Silva, UNIMES, SP, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Candice Lisboa, UFU, MG, Brasil.

Prof. Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha, UFRJ, RJ, Brasil.

Prof. Dr. Carlos Henrique Ramos, IBMEC, RJ, Brasil.

Prof. Dr. Cildo Giolo Júnior, FDF, SP, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cipriana Nicolitt Cordeiro, PUC/RJ, RJ, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Clarissa Tassinari, UNISINOS, RS, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cristiane Silva Kaitel, PUC/MG, MG, Brasil.

Prof. Dr. Daniel Braga Lourenço, UniFG, BA, Brasil.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Daniela Gomes, IMED, RS, Brasil.

Prof. Dr. Décio Luiz Alonso Gomes, IBMEC, MG, Brasil.

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, UIT, MG, Brasil.

Prof. Dr. Diogo Mesti, UFSC, SC, Brasil.

Prof. Dr. Fábio Alves Gomes de Oliveira, UFF, RJ, Brasil.

Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira, UniFG, BA, Brasil.

Prof. Dr. Fábio Presoti Passos, PUC/MG, MG, Brasil.

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes, IMED, RS, Brasil.

Prof. Dr. Felipe Quintella, FDMC, MG, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Fernanda de Paula Ferreira Moi, UFGO, GO, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros, PUC/RS, RS, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Fernanda Paula Diniz, PUC/MG, MG, Brasil.

Prof. Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, UniFG, BA, Brasil.

Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, FMP, RS, Brasil.

Prof. Dr. Geilson Nunes, UNIMAR, SP, Brasil.

Prof. Dr. Georges Abboud, IDP, DF, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Gesiela Iensue, UFMS, MS, Brasil.

Prof. Dr. Giovani Clark, UFMG, MG, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Gisela Maria Bester, UFT, TO, Brasil.

Prof. Dr. Guilherme Scotti, UNB, DF, Brasil.

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira, PUC/MG, MG, Brasil.

Prof. Dr. Igor Raatz, UNISINOS, RS, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Ingrid Haas, IBMEC, MG, Brasil.

Prof. Dr. Ivan Simões Garcia, UERJ, RJ, Brasil.

Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira, FDUC, Portugal.

Prof. Dr. José Emilio Medauar Ommati, PUC/MG, MG, Brasil.

Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo, CESUPA, PA, Brasil.

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho, UNICHRISTUS, CE, Brasil.

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva, UNAERP, SP, Brasil.

Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira, FDSM, MG, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Leonora Roizen Albek Oliven, UVA, RJ, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Lilian Yamamoto, ICES, SP, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Loiane Prado Verbicaro, CESUPA, PA, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Luanna Tomaz de Souza, UFPA, PA, Brasil.

Prof. Dr. Lúcio Delfino, UNIUBE, MG, Brasil.

Prof. Dr. Luís Pedro Chaves Rodrigues da Cunha, FDUC, Portugal.

Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida, UFF, RJ, Brasil.

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen, IMED, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marco Casamassa, UFF, RJ, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Maria Marconiete Fernandes Pereira, UNIPE, PB, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Marina Grimaldi de Castro, IBMEC, MG, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Marina Rúbia Mendonça Lôbo, PUC/GO, GO, Brasil.

Prof. Dr. Mateus Costa Pereira, UNICAP, PE, Brasil.

Prof. Dr. Matheus Leite, PUC/MG, MG, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Miriam Coutinho de Faria Alves, UFS, SE, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Iotti, UNIP, SP, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuszka, UFPR, PR, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Rodrigues Fernandes Pereira, IBMEC, MG, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Neves Soto, FDV, ES, Brasil.

Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira, UNAERP, SP, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Renata Vilela Multedo, IBMEC, MG, Brasil.

Prof. Dr. Ricardo Reis Silveira, UNAERP, SP, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Roberta Magalhães Gubert, UNISINOS, RS, Brasil.

Prof. Dr. Rogério Borba, UNICARIOCA, RJ, Brasil.

Prof. Dr. Rogério Montai de Lima, UNIR, RO, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Rosângela Maria de Azevedo Gomes, UFRJ, RJ, Brasil.

Prof. Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho, UFG, GO, Brasil.

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira, UNAERP, SP, Brasil.

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino, IMED, RS, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Simone Letícia, UNIFENAS, MG, Brasil.

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Verônica Lagassi, UFRJ, RJ, Brasil.

Prof. Dr. Victor Gameiro Drummond, UniFG, BA, Brasil.

Prof. Dr. Vinícius Silva Bonfim, FAC, MG, Brasil.



# **PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Avenida Pedro Felipe Duarte, 4911  
Bairro São Sebastião, Guanambi - Bahia - Brasil  
CEP 46.430-000  
Telefone: (77) 3451-8400**



## SUMÁRIO

### **EDITORIAL**

Flávio Quinaud Pedron

Murillo Ricart Mendes Souza

Hellem Pereira Cotrim Magalhães. ....9

### **INDIGENOUS RIGHTS TO DEFEND LAND AND TRADITIONAL ACTIVITIES: A CASE STUDY OF THE SAMI IN NORTHERN SWEDEN**

Apostolos Tsiouvalas

Margherita Paola Poto. .... 13

### **O DOADOR DE MEMÓRIAS À LUZ DA CULTURA POSITIVISTA: POR UMA NOVA FORMA DE VER E APRENDER DIREITO**

Alexandre de Castro Coura

Bruno Taufner Zanotti. ....29

### **O PAPEL DE HEIDEGGER NA TRANSFORMAÇÃO DOS SENTIDOS DA HERMENÊUTICA ONTOLÓGICA DO SÉCULO XX**

Flávio Quinaud Pedron

João Paulo Soares e Silva. ....50

### **O MARCO JURÍDICO DO DIREITO DE AUTOR EM PORTUGAL: A DOCTRINA DA PROPRIEDADE LITERÁRIA SOB A ÓTICA DE ALMEIDA GARRETT E ALEXANDRE HERCULANO**

Victor Gameiro Drummond

Renato César de Almeida Loura. ....74

### **OS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Roberta Magalhães Gubert. ....94

### **A EVOLUÇÃO DO CONTRADITÓRIO NA JURISPRUDÊNCIA E NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**

Carlos Henrique Soares. ....115

### **A VINCULAÇÃO DE UM PRECEDENTE PELO PROCEDIMENTO: UMA ANÁLISE SOBRE LUHMANN E A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES**

Vinícius Lemos. .... 140

### **AS MEDIDAS CAUTELARES E A AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO (AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA) NO PROCESSO PENAL: ENFRENTAMENTOS A PARTIR DA TEORIA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL**

Igor Alves Noberto Soares. ....174

**CRISES DA MODERNIDADE E ORGANIZAÇÃO TÉCNICA DO TRABALHO, DO CONSUMO E DA CIDADE**

Fabício Carlos Zanin

Fábio César Costa Júnior

Matheus Ferreira Pacheco

Vico Barbosa Cosson. ....201

## EDITORIAL

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica novo número (v.5, n.1) da RDFG – Revista de Direito da Faculdade Guanambi.

Criada no final do ano de 2015, a RDFG materializa a produção acadêmica de pesquisadores voltados à temática “Fundamentos e Efetividade do Direito”, área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da UniFG, estruturado sob duas linhas de pesquisa: (i) Ética, autonomia e fundamentos do Direito e (ii) Democracia, Processo e efetividade do Direito.

A revista, classificada atualmente no estrato C, conforme sistema WebQualis da CAPES (2016), é publicada ininterruptamente desde 2015, com periodicidade semestral, na plataforma OJS.

Este novo número é composto por nove artigos científicos inéditos, sendo um de autores estrangeiros e oito de autores nacionais: “Indigenous rights to defend land and traditional activities: a case study of the Sami in northern Sweeden”, do Prof. Apostolos Tsiouvalas, e da Prof. Dra. Margherita Paola Poto; “O doador de memórias à luz da cultura positivista: por uma nova forma de ver a aprender direito”, do Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura, e do Prof. Dr. Bruno Taufner Zanotti; “O papel de Heidegger na transformação dos sentidos da hermenêutica ontológica do século XX”, do Prof. Flávio Quinaud Pedron, e do Prof. Msc. João Paulo Soares e Silva; “O marco jurídico do direito de autor em Portugal: a doutrina da propriedade literária sob a ótica de Almeida Garrett e Alexandre Herculano”, do Prof. Dr. Victor Gameiro Drummond, e do Prof. Renato Cezar de Almeida Loura; “Os desafios para a implementação de um tribunal constitucional brasileiro”, da Profa. Dra. Roberta Magalhães Gubert; “A evolução do contraditório na jurisprudência e no direito processual brasileiro”, do Prof. Dr. Carlos Henrique Soares; “A vinculação de um precedente pelo procedimento: uma análise sobre Luhmann e a formação de precedentes vinculantes”, do Prof. Dr. Vinícius Lemos; “As medidas cautelares e a

audiência de apresentação (audiência de custódia) no processo penal: enfrentamentos a partir da teoria do processo constitucional”, do Prof. Msc. Igor Alves Noberto Soares; “Crises da modernidade e organização técnica do trabalho, do consumo e da cidade”, do Prof. Msc. Fabrício Carlos Zanin, Fábio César Costa Júnior, Matheus Ferreira Pacheco e de Vico Barbosa Cosson.

Agradecemos aos nossos autores e aos pareceristas que, anonimamente, atuaram no processo de avaliação das submissões. Sem o empenho e a colaboração de vocês, esta revista não seria uma realidade.

Que os textos aqui publicados sirvam para abrir novos caminhos para a pesquisa jurídica, nos mais diversos níveis (graduação, mestrado e doutorado). Esses são nossos sinceros votos.

Boa leitura a todos!

Flávio Quinaud Pedron  
Murillo Ricart Mendes Souza  
Hellen Pereira Cotrim Magalhães  
Editores da Revista de Direito da Faculdade de Guanambi

**INDIGENOUS RIGHTS TO DEFEND LAND AND TRADITIONAL  
ACTIVITIES: A CASE STUDY OF THE SAMI IN NORTHERN  
SWEDEN****DIREITOS INDÍGENAS PARA DEFENDER A TERRA E ATIVIDADES TRADICIONAIS: UM  
ESTUDO DE CASO DO SÁMI NO NORTE DA SUÉCIA**Apostolos Tsiouvalas<sup>1</sup>

University of Akureyri (UNAK), Iceland.

apostolostsiouvalas@gmail.com

Margherita Paola Poto<sup>2</sup>

K.G. Jebsen Centre for the Law of the Sea (UIT), Tromsø, Norway.

margherita.p.poto@uit.no

**Abstract:** One of the largest remaining unexploited iron ore deposits in Europe is the Kallak Iron Deposit in the province of Norrbotten in northern Sweden, where a significant Sámi population is located. Since 2011, the UK-based company, Beowulf Mining, has begun a large campaign for extraction in northern and southern Kallak. However, the Sámi of the region, together with environmentalists and non-Sámi individuals have drastically expressed their opposition blocking with various ways the processes. The Sámi being aware of the environmental risk have concerns about their ability to drive reindeer across the land, and the impact Beowulf's operations are likely to have on the reindeer migratory patterns. Nowadays, seven years after the initial application for licensing, the approval of the application is still pending and Beowulf is pressing more and more the Swedish authorities for a final response in order to start extracting. Only the County Administrative Board of Norrbotten, despite its initial consent, still advocates for Sámi and their reindeer refusing to issue licensing for the British company. Accordingly, this article was designed as a descriptive study of the legal framework of the implementation of this endeavour addressing the legal arguments of both sides as they derive from a qualitative study of official documents, environmental reports, and relative articles of scholars. Concluding, the article illustrates the gaps of legal protection of indigenous land-rights in Sweden presenting their vulnerability to such kind of challenges.

**Keywords:** Sámi people. Kallak. Reindeer herding. Indigenous land-rights. Mining.

<sup>1</sup> LL.M Candidate of Polar Law in the University of Akureyri, Iceland (UNAK).

<sup>2</sup> Postdoctoral fellow at the K.G. Jebsen Centre for the law of the Sea (UIT), Tromsø, Norway.

**Resumo:** Um dos maiores depósitos de minério de ferro ainda não explorados na Europa é o Kallak Iron Deposit, na província de Norrbotten, no norte da Suécia, onde está localizada uma população significativa de Sámi. Desde 2011, a empresa britânica Beowulf Mining iniciou uma grande campanha de extração no norte e no sul de Kallak. No entanto, os Sámi da região, junto com ambientalistas e não-Sámi expressaram drasticamente seu bloqueio de oposição de várias maneiras pelos processos. Os Sámi que estão conscientes do risco ambiental têm preocupações sobre sua capacidade de conduzir renas pela terra e o impacto que as operações de Beowulf provavelmente terão nos padrões migratórios de renas. Hoje, sete anos após o pedido inicial de licenciamento, a aprovação do pedido ainda está pendente e a Beowulf está pressionando cada vez mais as autoridades suecas para uma resposta final a fim de iniciar a extração. Apenas o Conselho Administrativo do Condado de Norrbotten, apesar de seu consentimento inicial, ainda defende os Sámi e suas renas, recusando-se a emitir licenças para a empresa britânica. Nesse sentido, este artigo foi delineado como um estudo descritivo do arcabouço jurídico da implementação desse esforço, abordando os argumentos jurídicos de ambos os lados, uma vez que derivam de um estudo qualitativo de documentos oficiais, relatórios ambientais e artigos relativos de estudiosos. Concluindo, o artigo ilustra as lacunas da proteção legal dos direitos territoriais indígenas na Suécia, apresentando sua vulnerabilidade a esse tipo de desafio.

**Palavras-chave:** Povo Sámi. Kallak. Pastoreio de renas. Direitos indígenas à terra. Mineração.

## 1 INTRODUCTION

The present contribution will shed some light on the challenges that the indigenous peoples in Northern Sweden - known as Sámi people - have been facing in the Arctic and in particular in Kallak, in the Northern part of Sweden. The narration of the indigenous struggles to defend land and traditions will serve as a synecdoche of the challenges that Nordic indigenous peoples have been facing, and that are connected to stories of long lasting marginalization and discrimination, economic exploitation and environmental degradation.

In particular, three escalating and almost concomitant factors have caused a deep fracture between the peoples and the natural environment: the aftermath of assimilation policies; the effects of the globalized economy; the risks and damages to the environment caused by climate change. First, the side and prolonged effects marginalization and colonization process, undermined the Sámi language and culture with the idea to assimilate the Sámi people into the rest of the population. According to the scholars, the

effects of the disruptive assimilation policies are of such a magnitude, that requires at least one more century to be completely eradicated<sup>3</sup>.

Second, the effects of globalization and natural resources exploitation, that started in the early 1980s<sup>4</sup>, when the Scandinavian economy changed into an oil-based economy and have been escalating since then, to the detriment of self-sufficiency, owner farming and subsistence economy, at the base of the Sámi culture. As a side effect<sup>5</sup>, the economic changes turned into a tragic loss of identity as well<sup>6</sup>.

Third, the climate change effects, with the rising temperatures and exposure to polluted water<sup>7</sup>, to name but a few<sup>8</sup>.

As said, these three factors caused severe disruptions in the connection between the indigenous peoples and the environment<sup>9</sup>.

Yet, this trend can be reversed by returning power to the knowledgeable peoples that live in the threatened areas.

The involvement of the Sámi in the safeguard of the Arctic environment and in the protection of their traditions and cultures, is likely to have multiple positive effects: it can function as a moral and substantial restoration after the distortion of the assimilation and of the economic exploitation of their areas, and it is beneficial for the nature as well.

## 2 A FOCUS ON THE SÁMI IN NORTHERN SWEDEN

As mentioned in the previous section, the Sámi have historically suffered various types of discrimination and repression as regards to their ancestral land-rights and their traditional activities. Nowadays, these violations have been significantly diminished, but in the era of climate change, indigenous rights seem to be in many cases in collision with mining interests,

<sup>3</sup> H Minde (2005).

<sup>4</sup> D H Claes (2001).

<sup>5</sup> S U Søreng (2008).

<sup>6</sup> For a deeper understanding of the matter around fishing rights, please refer to S U Søreng (2007), cit. The author describes the struggles to regain fishing rights that took place in North Norway, involving a group of north Norwegian coastal fishers and the Sámi Parliament.

<sup>7</sup> H V Kuhnlein, B Erasmus, D Spigelski and B Burlingame (2013).

<sup>8</sup> See *Arctic environment: European perspectives Why should Europe care?*, *Environmental issue report*, cit., p. 7.

<sup>9</sup> A Giddens (1994).

especially in the Arctic where both land and ocean tend to become more and more accessible for exploration and extraction than ever before in the past. One of these cases illustrates the recent example of Kallak.

The Kallak Iron Deposit (originally Gállok in Swedish) is located between the villages of Björkholmen and Randijaur in the municipality of Jokkmokk in the province of Norrbotten in northern Sweden. The British company Beowulf Mining through its subsidiary, Jokkmokk Iron Mines AB, acquired the Kallak north licence in 2006 and the south in 2010<sup>10</sup> and since then has invested 77 million SEK in the region<sup>11</sup>. An exploratory drilling program conducted in 2010 has found at least 600 million tonnes of iron ore at an average grade of 30% in both sides of Kallak<sup>12</sup>. As expected, in May 2013, the company announced it would not renew its exploration permit for the site near Kvikkjokk in Jokkmokk municipality because of inadequate infrastructure, but would continue at another of its 18 exploratory sites, at Kallak in the same municipality recognising the upcoming environmental risks but making clear that is willing to follow all the demanded legal procedures with the outmost diligence<sup>13</sup>. Simultaneously, as it was obvious, the local community reacted drastically to this new decision and tried to prevent its implementation. In particular, the indigenous Sámi people of the region, members of the local municipality of Jokkmokk and many activists and environmentalists, despite the initial consent of the local county Norrbotten, resisted the mining policy and successfully blocked it<sup>14</sup>. In the summer of 2013 a large number of road blockades and demonstrations were conducted and the mining process was temporary paused<sup>15</sup>. Main arguments of the resistance were the danger of environmental degradation of the region, the ecological protection of flora and fauna in Lapland and the possible obstruction in the traditional Sámi activities mostly related to reindeer herding<sup>16</sup>.

Indeed, the land of Kallak where the minerals have been identified is considered to be a crucial part for the indigenous subsistence playing a significant role in the survival of the reindeer herding and being closely

<sup>10</sup>Beowulf Mining plc (2010).

<sup>11</sup> Beowulf Mining plc (2018).

<sup>12</sup> Beowulf Mining plc (2011).

<sup>13</sup> SVT Nyheter (2013).

<sup>14</sup>S Hughes (2014).

<sup>15</sup>J A Schertow (2013).

<sup>16</sup>D Bush (2013).



connected to their migration paths<sup>17</sup>. Finally, in 2014 the county of Norrbotten changed its previous policy about the case and asked Beowulf to cancel the mining process until the Swedish governmental geology decision-making body Bergsstaten gives its consent<sup>18</sup>. However, Bergsstaten's statement dissented from the county's refusal and it is now up to the government of Sweden to give a final answer to the question since the county of Norrbotten continues to ignore Beowulf's application<sup>19</sup>.

Up to the present, the Swedish government has not yet submitted a final decision to the company, and the case is still pending. Still, Beowulf has increased its pressure to the governmental authorities and nowadays the completion of the mining project looks more possible than ever before, posing a possible danger for the indigenous Sámi people of the region whose land rights look to be exposed to the upcoming challenges<sup>20</sup>.

Consequently, this study was designated as a descriptive study of the legal framework of the specific conflict addressing the potential environmental risk and highlighting the need for further protection of the indigenous and minority rights in Sweden in general.

### **3 A POTENTIAL ENVIRONMENTAL RISK**

Before analysing the framework under which Beowulf is planning to start exploitation soon, it would be beneficial to address firstly the importance of reindeer herding and husbandry for Sámi, the environmental risk of this project and the sensitivity of reindeer to changing environmental conditions. Below, are illustrated the grazing and migration patterns of reindeer and the possible dangers that the iron ore extraction in Kallak can pose.

Traditionally, Sámi people rely on subsistence reindeer herding<sup>21</sup>. Today, only a minor share of the Sámi people have reindeer herding and husbandry as their main occupation, although it remains an important part of the culture organized in family-based small businesses<sup>22</sup>. Reindeer herding has

---

<sup>17</sup>Ibid.

<sup>18</sup> P4 Norrbotten and Perdahl (2014).

<sup>19</sup> P4 Norrbotten (2015).

<sup>20</sup> *Supra note 12*.

<sup>21</sup> N Labba and L Jernsletten (2014).

<sup>22</sup> Swedish Institute (2017).

since time immemorial been the main employment of Sámi deriving from their ancestral land rights and their deep connection to the nature which compose their special 'sui generis' legal status as an indigenous people. Since 1971, the Swedish Reindeer Herding Act has been regulating all reindeer herding activity in Sweden securing reindeer herding as an exclusive right for the Sámi people of Sweden<sup>23</sup>. In addition, as of January 1, 2011, as a result of its latest amendment, the Constitution of Sweden explicitly recognizes the Sámi as a people, as distinguished from a minority group reassuring their right to practice reindeer husbandry<sup>24</sup>.

Reindeer herding actually involves eight seasons of migration to higher or lower pasture, depending on temperatures and vegetation available.<sup>25</sup> In particular, reindeer remain on hills and mountains during the summer season, but during the winter season the sensitive mammal has to go down to the forest and seek food and, therefore, it needs a big area to graze<sup>26</sup>. Consequently, reindeer in Fennoscandia migrate twice per year in order to access their pastures. The little peninsula that Kallak mine has been established is located one hour distance from the closest reindeer herds<sup>27</sup>. Sámi herders insist that the new infrastructure and mining activities would block two routes used by reindeer to migrate from summer pastures in the mountains north of Kallak to winter grazing land in the forested valley south of Jokkmokk<sup>28</sup>. This suggested infrastructure development includes the construction of a tailings facility, new roads and, potentially, a railroad spur connecting the site to an existing rail line that would carry the ore to ports on the Baltic Sea and Norwegian coast where it would be shipped to steel plants in northern Europe and used in the production of everything from cars and ships to electronics and paper clips<sup>29</sup>. Indeed, as the former county governor Sven-Erik Österberg stated, the haulage roads will affect the area much more than the mine itself<sup>30</sup>.

The disturbance of grazing patterns can bring dramatic consequences

<sup>23</sup>Näringsdepartementet RS L (1971, June 18). Rennäringslag (1971:437).

Rennäringslag (1971:437) t.o.m. SFS 2018:364.

<sup>24</sup> Riksdag (2009).

<sup>25</sup> M Agresta (2014).

<sup>26</sup> L Jernsletten and K Klokov (2002).

<sup>27</sup> *Supra note 17*.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> A Gerasimova (2014).

to the fore such as increased energy consumption from the reindeer and loss of grazing time<sup>31</sup>. Scientists predict that an increasing disturbance can gradually lead to a permanent loss of pastures<sup>32</sup>. In addition, obstruction in the access to pasture area can lead to a decrease of the average slaughtering weight for a reindeer giving a long-term negative impact on the husbandry in general<sup>33</sup>.

Furthermore, it should be taken into consideration that a hindrance to reindeer migration roots has been noticed in more cases in Sweden, a fact that justifies the general fear and tensions that have risen as response to the recent process in Kallak. Sámi reindeer herders and mining companies have coexisted uneasily in the forests of northern Sweden since 1890<sup>34</sup>. For example, since the previous century, locals from the region around Kiruna have already faced the prospect of new open-pit mines with low ore content and they feared a high risk of pollution and disturbance to the reindeer migration<sup>35</sup>. Encroachments into reindeer pastures grazing conditions are seen among both reindeer herders and researchers to be the largest threat to the future of Sámi reindeer husbandry and therefore, the establishment of a mine Kallak explicates the huge opposition of Sámi.

#### 4 REGULATORY COMPLIANCE AS THE KEY FOR EXTRACTION

Acknowledging the risks stated above Beowulf has come with a strong folder of arguments to appease the constant concerns against the extraction project, while seems to comply with almost all the demanded requirements to start an extraction process in Sweden<sup>36</sup>. The Swedish Minerals Act (No. 45 of 1991) is the principal law regulating the mining industry and it governs the procedure for acquiring exploration permits and exploitation commissions on land, irrespective of who owns the land to be explored or exploited.<sup>37</sup>In particular, the mining process in Sweden demands the following licences: an exploration license issued by the County Administrative Board which requires an Environmental Impact Assessment (EIA) including a formal stakeholder

---

<sup>31</sup> *Supra note 28.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Supra note 27.*

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Beowulf Mining plc (2011b).

<sup>37</sup> Sveriges Geologiska Undersökning (2007).

consultation process, a permit for test mining issued by the Swedish Mining Inspectorate (Bergsstaten), which requires a further EIA focusing on land use and finally an Exploitation Concession issued by the Land- and Environmental court requiring a final approved EIA.<sup>38</sup>

There is no doubt about the compliance of Beowulf with the legal procedure stated above,<sup>39</sup> but it is worth noting that the local county of Norrbotten, despite its initial consent has consistently failed to follow the prescribed process for assessing an Exploitation Concession application arguing that mining and reindeer herding cannot coexist. Therefore, the licensing process is still pending and now the government of Sweden has been called to give its acquiescence to Beowulf to start exploiting.<sup>40</sup> However, the issued EIAs and the suggested sustainability of the mining process based on studies conducted by the Economics Unit of Luleå University of Technology<sup>41</sup> together with the compensations that the company offers in cases of disturbance of reindeer grazing seem to be sufficient enough to urge the Swedish government to give an affirmative response.<sup>42</sup>

Furthermore, the UNESCO World Heritage Site Laponia, governed since 2010 by Laponi atjuottjudus, an association controlled in majority by Sámi, is 34 km at its closest point away from Kallak, and cannot be connected to a direct impact, as the Swedish National Heritage Board confirms.<sup>43</sup> Indeed, Kurt Budge, the chief executive of Beowulf Mining plc has claimed that existing mines operate in closer proximity and have not yet threatened Laponia's World Heritage Status.<sup>44</sup>

Moreover, what has to be examined as well is the European network Natura 2000 of nature protection. Designated respectively under the Habitats Directive and Birds Directive, Natura 2000 has established more than 4000 Special Areas of Conservation (SACs) and Special Protection Areas (SPAs) in Sweden, many of whom belong to the county of Norrbotten.<sup>45</sup> However, the region where Kallak Iron Ore mine has been established does not overlap any

---

<sup>38</sup>Ibid.

<sup>39</sup>*Supra* note 38.

<sup>40</sup>*Supra* note 12.

<sup>41</sup> Beowulf Mining plc (2017).

<sup>42</sup>*Supra* note 12.

<sup>43</sup> Riksantikvarieämbetet (2013).

<sup>44</sup>*Supra* note 12.

<sup>45</sup>Sveriges nationalparker (2018).

protected place by Natura 2000, while there is not clear evidence that the mining itself could in future pose a danger to the closest protected areas.<sup>46</sup> In response to the concerns of the County Administrative Board of Norrbotten about a specific transport corridor under consideration, Beowulf eliminated from its future planning the transport corridor that passes in a north/north-easterly direction through the Jelka-Rimakåbbå Natura 2000 area.<sup>47</sup>

Finally, worth mentioning is the procedure of an EIA that Beowulf has followed. Based on the section three of the 6th Chapter of the Swedish Environmental Code private entities that constitute an EIA shall also consult private individuals who are likely to be affected by their activities.<sup>48</sup> In the specific case Beowulf has several times cooperated with private individuals and has achieved the consent of a majority of the population of Jokkmokk, but there is no clear evidence whether in these procedures has participated the limited number of Sámi herders that reside in the nearby regions and constantly oppose this endeavour.

## 5 ‘TRICK OR TREATY’?

It is well known that during the 20th century, Sámi people faced various challenges and difficulties until they obtained their present status, experienced violations of their rights and discriminating State policies.<sup>49</sup> Despite their common culture, Sámi people received a different treatment around the Scandinavian North and there are many cases that states and private sectors conducted activities in violation of their fundamental rights. In Sweden, the situation began to ameliorate after 1977 when the Swedish government first recognized the Sámi as an indigenous minority within the State.<sup>50</sup>

The reindeer herders whose land-rights are violated by a mining process could first of all seek protection under the Swedish constitution. Particularly, Article 2 of the latest amended Swedish constitution provides that

<sup>46</sup>Ibid.

<sup>47</sup> Beowulf Mining plc (2016).

<sup>48</sup> Miljöbalk (1998:808) Svensk författningssamling 1998:1998:808 t.o.m. SFS 2018:1427).

<sup>49</sup>N H Sikku, M Teilus and K Kvarfordt (2005).

<sup>50</sup>Ibid.

the opportunities of the Sámi people and ethnic, linguistic and religious minorities should be preserved and the development of the cultural and social life of their own shall be promoted, while Article 17 protects the right of Sámi people to reindeer herding as a fundamental freedom.<sup>51</sup> For Sámi as an indigenous people reindeer herding is an indivisible part of their ancestral culture and should not be hindered by any private or public sector. However, it has to become clear that the Sámi do not own the land according to the law, but they have the right to use it in order to exercise their traditional activities. Therefore, the placement of a mine in Kallak practically bans their right to use this land. The responsible instrument for representing the Sámi interests against land rights violations is the Swedish Sámi Parliament.

The Sametingslag was established as the Swedish Sámi Parliament on the 1st of January 1993 succeeding a closer dialogue with the rest governmental bodies in order to build openness and agreement.<sup>52</sup> Since this time an order of acts and legal instruments has been followed and the situation has started to improve towards an optimistic future. However, is the Sámi parliament empowered by the present legal framework sufficient enough for the legal protection of the Sámi herders in Kallak against the almighty company which has already invested 77 million SEK in the region?<sup>53</sup>

The answer is rather controversial. The Swedish Sámi Parliament itself, despite the fact that has been granted a greater degree of autonomy and influence during the last years,<sup>54</sup> remains an entity charged with implementing government policy, a fact that can be already identified in the text of Sámi Parliament Act.<sup>55</sup> This means that opportunities for Sámi to decide for themselves through this forum as regards to decisions affecting them are still limited.<sup>56</sup>

A further framework in controversy is the 2007 adoption of the United Nations Declaration of Rights of Indigenous People. Indeed, the Declaration is the most comprehensive international instrument on the rights of indigenous peoples defining that indigenous people should be given a strong position

---

<sup>51</sup> Sveriges Riksdag (2009).

<sup>52</sup> *Supra* note 51.

<sup>53</sup> *Supra* note 12.

<sup>54</sup> The Government of Sweden (2005).

<sup>55</sup> Sveriges Riksdag (1992).

<sup>56</sup> Diskrimineringsombudsmannen (2010).

particularly in issues concerning land, since they reserve customary rights to these areas.<sup>57</sup> However, it should not be ignored that UNDRIP remains a declaration lacking per se legal enforceability and binding status, while does not either give right for taking action against violating parties.<sup>58</sup> So in practice, the Sámi cannot seek protection neither under this soft law document.

In response to this legal uncertainty regarding to the protection of indigenous land-rights in Scandinavia the United Nations Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples has several times interfered giving recommendations to the Swedish authorities. In 2005 the Sámi Parliament prepared an extended report for the United Nations Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, ms. Victoria Tauli-Corpuz, calling the Swedish Sámi policy in respect to the case as an illegal act and violation of Indigenous rights under international law.<sup>59</sup> During the last decade the government pressed by constant interventions of the United Nation Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples has adopted an order of measures such as the Act on National Minorities and Minority Languages (2009:724) reinforcing the position of Sámi. However it is still clear that the existed framework is not yet sufficient and the reality has shown that the more the Sámi seek for protection under these instruments, the more Beowulf fortifies its legal arguments providing finally even compensation for each individual case of disturbance of reindeer activities close to Kallak.<sup>60</sup>

Nevertheless, only a strong international law framework could reassure the Sámi the appropriate legal protection as regards to their rights as an indigenous people. Thus, Sweden in contrast to Norway has not yet ratified the ILO Convention 169 as regards to indigenous and tribal peoples, which is the most important international agreement with legal force specialized to indigenous people.<sup>61</sup> For example regarding to the uncertainty of Sámi participation in the procedure of Beowulf's EIA Article 7§3 of the 169 Convention defines:

<sup>57</sup> UN General Assembly, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* : resolution / adopted by the General Assembly, 2 October 2007, A/RES/61/295.

<sup>58</sup> M Barelli (2009).

<sup>59</sup> Sametinget (2015).

<sup>60</sup> *Supra note 12.*

<sup>61</sup> International Labour Organization (ILO), *Indigenous and Tribal Peoples Convention*, C169, 27 June 1989, C169.

Governments shall ensure that, whenever appropriate, studies are carried out, in co-operation with the peoples concerned, to assess the social, spiritual, cultural and environmental impact on them of planned development activities. The results of these studies shall be considered as fundamental criteria for the implementation of these activities.

If Sweden had ratified the ILO Convention C169 the above stated article would commit the government to carry out studies related to Kallak mine including participation of the affected Sámi herders as well, while their herding rights would be further secured.

## **6 CONCLUSIONS**

Concluding, what is the most likely, is that the Swedish government will give soon a final solution to the open case, the licensing application will be approved in the fullness of time and the company will start extracting the large iron ore deposit. Weighing the advantages and disadvantages of this endeavour it is apparent from an economic perspective that the completion of mining progress in Kallak would provide around many direct jobs and millions of SEK in additional tax revenues to the Municipality of Jokkmokk over 14 years, as the company guarantees, while on the other hand it will possibly disturb the herding activity of only a limited number of Sámi herders. However, the matter of this opposition is not monetary at all. Although the conflict concerns access to natural resources, it also illustrates the everyday struggle of the Sámi population claiming justice through their historical rights and culture. This struggle is about much more than Kallak. It's about what is generally happening all over the Nordic region and has been happening for decades in the entire Arctic. Modernization and commercialization of each last pristine place of the North driven by climate change and the trend of globalization have whether marginalized or affiliated indigenous peoples. Amongst them have always been Sámi. The resistance to a mine in Kallak will undoubtedly continue based on the belief that the right to decide about this land historically falls on the Sámi population. For indigenous peoples being entitled to make decisions that concern land-use is detrimental for the survival of their culture illustrating the historical context of Sámi struggles for recognition against the Swedish state. For them has always been a distinct



relationship with the land extending to environmental stewardship. Land is not merely a supplier for resources for the current generation, but an environment to be looked after for the next generations. Therefore, this specific case of Kallak is an example of a global matter which has to be drastically changed.

A change of course in Sweden's Sámi policy can only be achieved if it is based on international law concerning indigenous peoples. In this connection, Sweden must undoubtedly ratify ILO Convention 169. Measures need to be taken without delay to remedy the present unsatisfactory situation concerning Sámi rights, participation in governance and influence on decisions affecting them. The reinforcement of their legal remedies and framework will lead to joining Sámi in establishing long-term, sustainable structures for participation at local, regional and national level, where it is the Sámi and not the majority society that defines both the indigenous matters in hand and what measures are required to deal with them. Under these preconditions not only the reindeer herders in Kallak but each indigenous individual in Sweden will be honing in on a hospitable future.

## BIBLIOGRAPHY

Agresta M. (2014, June 19). *Pay Attention! We Live Here!* Michigan Technological University. Disponible in: <<http://www.mtu.edu/magazine/research/2014/stories/pay-attention/>>. Accessed in: 22 apr. 2018.

Arctic environment: European perspectives Why should Europe care?, *Environmental issue report*, n. 38, EEA p. 7. Disponible in: <[https://www.eea.europa.eu/publications/environmental\\_issue\\_report\\_2004\\_38](https://www.eea.europa.eu/publications/environmental_issue_report_2004_38)>. Accessed in: 22 apr. 2018.

Barelli M (2009, October 1). The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in International and Comparative Law. *Quarterly*, Vol. 58, pp. 957-983.

Beowulf Mining plc (2010, December 23.) *Update re Kallak Iron Ore Project*. Disponible in: <[https://beowulfmining.com/wp-content/uploads/2015/03/10-12-23\\_Kallak\\_Iron\\_Ore\\_Project\\_Update\\_Kallak\\_South.pdf](https://beowulfmining.com/wp-content/uploads/2015/03/10-12-23_Kallak_Iron_Ore_Project_Update_Kallak_South.pdf)>. Accessed in: 22 apr. 2018.

Beowulf Mining plc (2011, March 22). *Update re Kallak Iron Ore Project*.

- Disponibile in: <[https://beowulfmining.com/wp-content/uploads/2015/03/11-03-22\\_Kallak\\_Iron\\_Ore\\_Project\\_Update\\_March\\_2011.pdf](https://beowulfmining.com/wp-content/uploads/2015/03/11-03-22_Kallak_Iron_Ore_Project_Update_March_2011.pdf)>. Accessed in: 22 apr. 2018.
- Beowulf Mining plc (2011, September 21). *The licensing chain for mining in Sweden*. Disponible in: <[https://beowulfmining.com/wp-content/uploads/2015/03/11-09-21\\_Beowulf\\_environmental\\_review\\_9\\_September\\_2011.pdf](https://beowulfmining.com/wp-content/uploads/2015/03/11-09-21_Beowulf_environmental_review_9_September_2011.pdf)>. Accessed in: 22 apr. 2018.
- Beowulf Mining plc (2016, March 21). *Kallak North Exploitation Concession Update*. Disponible in: <<https://beowulfmining.com/news/kallak-north-exploitation-concession-update-4/>>. Accessed in: 22 apr. 2018.
- Beowulf Mining plc (2017, September 21). *Study of Kallak's Potential Economic Benefits*. Disponible in: <<https://beowulfmining.com/news/study-of-kallaks-potential-economic-benefits/>>. Accessed in: 22 apr. 2018.
- Beowulf Mining plc (2018, March 6). *Kallak North Exploitation Concession Update*. Disponible in: <<https://beowulfmining.com/news/kallak-north-exploitation-concession-update-28/>>. Accessed in: 22 apr. 2018.
- Bush D. (2013, September 30). Mine dispute intensifies in Arctic Sweden. *Barentsobserver*. Disponible in: <<http://barentsobserver.com/en/business/2013/09/mine-dispute-intensifies-arctic-sweden-30-09>>. Accessed in: 22 apr. 2018.
- Claes H (2001). The politics of oil-producer cooperation: The political economy of global interdependence. *Journal of Energy and Development*.
- Diskrimineringsombudsmannen (2010, February 24). *The Sámi indigenous people in Sweden and the Right to Participate in Decision-Making*. Disponible in: <<http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/ExpertMechanism/3rd/docs/contributions/SwedishEqualityOmbudsman.pdf>>. Accessed in: 22 apr. 2018.
- Gerasimova A. (2014, October 6). *Sami reindeer herders win mine reprieve*. Disponible in: <<http://reindeerherding.org/blog/sami-reindeer-herders-win-mine-reprieve/>>. Accessed in: 22 apr. 2018.
- Giddens A. (1994) *The consequences of Modernity*, Stanford: Polity Press.
- Government of Sweden (2005). *A National Action Plan for Human Rights 2006-2009*. Disponible in: <<http://www.government.se/49b72e/contentassets/0580a8d5127a40439edca003a7f19a0f/a-national-action-plan-for-human-rights-2006-2009>>. Accessed in: 22 apr. 2018.
- Hughes S. (2014, July 30). The reindeer herders battling an iron ore mine in Sweden. *BBC*. Disponible in: <<http://www.bbc.com/news/business-28547314>>. Accessed in: 22 apr. 2018.

International Labour Organization (ILO), *Indigenous and Tribal Peoples Convention*, C169, 27 June 1989, C169.

Jernsletten L. &Klokov K. (2002). Basic concepts in the reindeer industry. In Jernsletten L. &Klokov K. (Eds.), *Sustainable Reindeer Husbandry* (pp 17-22). Tromsø: Centre for Saami Studies, University of Tromsø

Kuhnlein H V, Erasmus B, Spigelski D and Burlingame B(2013). Indigenous Peoples' Food Systems (Commentary). *World Nutrition*, 4, 488–513.

Labba N. and Jernsletten L. (2004). Sweden. In B. Ulvevadet & K Klokov (Eds.), *Family-based Reindeer Herding and Hunting Economies, and the Status and Management of Wild Reindeer/Caribou Populations* (pp 131-142). Tromsø: Centre for Saami Studies, University of Tromsø.

Miljöbalk (1998:808) Svensk författningssamling 1998:1998:808 t.o.m.SFS 2018:1427.

Minde H (2005). Assimilation of the Sami-implementation and consequences, 2005. *Journal of Indigenous Peoples Rights*.

Näringsdepartementet RS L (1971, June 18). *Rennäringslag* (1971:437). Rennäringslag (1971:437) t.o.m. SFS 2018:364

P4 Norrbotten (2015, February 15). Bergsstaten gåremotlänsstyrelsen ombrytning i Kallak. *Sveriges Radio*. Disponible in: <<http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=98&artikel=6092964>>. Accessed in: 22 apr. 2018.

P4 Norrbotten and Perdahl E. (2014, October 2). Länsstyrelsens ägernejtill Kallak. *Sveriges Radio*, Disponible in: <<http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=98&artikel=5980980>>. Accessed in: 22 apr. 2018.

Riksantikvarieämbetet (2013, June 18). *Mining projects in the vicinity of the World Heritage property 'Laponian Area', Sweden*. Disponible in: <<http://naturvardsverket.se/upload/stod-i-miljoarbetet/rattsinformation/rattsfall/gruvor/gamla-filer/kallak/yttrande-kallak-unesco-130618.pdf>>. Accessed in: 22 apr. 2018.

Sametinget (2015). *Preparatory Report from the Sami Parliament in Sweden for the United Nations Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, Ms. Victoria Tauli-Corpuz, prior to her 2015 August visit to Sápmi and Sweden*. Disponible in: <<https://www.sametinget.se/92639>>. Accessed in: 22 apr. 2018.

Schertow J. A. (2013, August 5). Sweden: Ongoing Road Blockade Against Mining in Saami Territory. *Intercontinental Cry*, Disponible in: <<https://intercontinentalcry.org/sweden-ongoing-road-blockade-against-mining-in-saami-territory-19953>>. Accessed in: 22 apr. 2018.

Sikku, N.H., Teilus, M., &Kvarfordt, K. (2005). *The Saami – an Indigenous*

*People in Sweden*. Västerås: EditaVästraAros.

Søreng S U (2008). Fishing Rights discourses in Norway: Indigenous vs non-indigenous voices. *Maritime Studies*, 6 (2), 77-99.

Søreng S U(2007). Fishing Rights Struggles in Norway: Political or Legal Strategies? *Journal of Legal Pluralism*, 55, 187-210.

Sveriges Riksdag (2009). *Swe. Const. Amend. I*.

SverigesGeologiskaUndersökning (2007). *Minerals Act - Minerals Ordinance*. Västerås: EditaVästraAros AB, Disponible in: <[http://resource.sgu.se/dokument/mineralnaring/SGU-rapport\\_2007-26\\_minerals-act\\_ordinance.pdf](http://resource.sgu.se/dokument/mineralnaring/SGU-rapport_2007-26_minerals-act_ordinance.pdf)>. Accessed in: 22 apr. 2018.

Sverigesnationalparker (2018). *Protected nature in Sweden*. Disponible in: <<http://www.nationalparksofsweden.se/national-park-facts/protected-nature-in-sweden/>>. Accessed in: 22 apr. 2018.

SverigesRiksdag (1992). *Sametingslag (1992:1433)*.

SVT Nyheter (2013, May 17). *Gruvbolaglämnar Laponia*. Disponible in: <<https://archive.is/20130830224716/http://www.svt.se/nyheter/regionalt/nordnytt/gruvbolag-lamnar-laponia>>. Accessed in: 22 apr. 2018.

Swedish Institute (2017, August 17). *Sami in Sweden*. Disponible in: <<https://sweden.se/society/sami-in-sweden/>>. Accessed in: 22 apr. 2018.

UN General Assembly, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* : resolution / adopted by the General Assembly, 2 October 2007, A/RES/61/295.

Data de Submissão: 27/09/2018, Data de Aprovação: 16/10/2018

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO

TSIOUVALAS, Apostolos; POTO, Margherita Paola. Indigenous rights to defend land and traditional activities: a case study of the Sami in the northern Sweden. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 1, p. 13-28, jan./jun. 2018. ISSN 2447-6536.

Disponível em:

<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/211>. Acesso em: dia mês. Ano. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i1.211>.

**“O DOADOR DE MEMÓRIAS” À LUZ DA CULTURA POSITIVISTA:  
POR UMA NOVA FORMA DE VER E APRENDER DIREITO****"THE MEMORIAL DONOR" IN THE LIGHT OF POSITIVE CULTURE: FOR A NEW WAY TO  
SEE AND LEARN LAW**Alexandre de Castro Coura<sup>1</sup>Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, Brasil  
acaastrocoura@gmail.comBruno Taufner Zanotti<sup>2</sup>Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, Brasil  
brunotaufner@hotmail.com

**Resumo:** A literatura e o cinema, por meio da narrativa, ajudam a interpretar e a justificar a realidade. O direito também se vale dessa ferramenta para interpretar a sociedade e a si próprio. Nessa linha, o presente artigo busca relacionar cinema e Direito, propondo metodologia não tradicional de reflexão acerca da ciência jurídica. Assim, serão levantados os seguintes questionamentos: de que forma é possível relacionar Direito e cinema a partir do filme “O doador de memórias”? Como o positivismo jurídico pode ser identificado e moldado à luz do referido filme? A partir desse contexto, como o filme escolhido e o pós-positivismo superam a pretensão de neutralidade? Inicialmente, serão apresentadas as ideias centrais do filme “O Doador de Memórias”. Em seguida, será analisado o conceito de paradigma a partir do filme, sua relação com o Direito, em especial o conceito positivista kelseniano de direito, e, por fim, a superação dessa noção pelo pós-positivismo.

**Palavras-chave:** Cinema. Direito. Positivismo. Pós-positivismo. Direito e Moral.

**Abstract:** Literature and cinema, through narrative, help to interpret and justify reality. Law also uses this tool to interpret society and itself. In this line,

<sup>1</sup> Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do programa de pós-graduação em sentido estrito (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional”. Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo.

<sup>2</sup> Doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Público pela FDV. Professor de Direito Constitucional e Direito Penal. Professor da especialização da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Delegado da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo.

this article seeks to relate cinema and law, proposing a non - traditional methodology of reflection on legal science. Thus, the following questions will be raised: in what way is it possible to relate Law and cinema from the movie "The Memories Giver"? How can legal positivism be identified and shaped in the light of this film? From this context, how does the chosen film and post-positivism overcome the pretension of neutrality? Initially, the central ideas from the film "The Giver of Memories" will be presented. Then, the concept of paradigm will be analyzed from the film, its relation with the Law, especially the positivist concept of Kelsenian law, and, finally, the overcoming of this notion by post-positivism.

**Keywords:** Movie theater. Right. Positivism. Post-positivism. Right and Moral.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema do artigo se insere na proposta do grupo de pesquisa "Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional", vinculado ao programa de pós-graduação em sentido estrito (doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Durante alguns semestres, os integrantes do grupo desenvolveram pesquisas relacionadas a literatura, cinema e Direito, a fim de discutir, de forma não tradicional, questões relevantes à ciência jurídica. Afinal, a literatura e o cinema, por meio da narrativa, ajudam a interpretar e justificar a realidade. O direito, na mesma linha, também se vale dessa ferramenta.

Um dos filmes escolhidos, como mote de discussão, foi "O doador de memórias", que narra a história de uma pequena comunidade em um mundo ideal sem doenças, sem guerras, mas, também, sem sentimentos, emoções e moral. No presente trabalho, a busca dessa sociedade por uma pretensa neutralidade servirá para desenvolver um paralelo com o conceito de Direito que busca, no positivismo, uma forma similar de estruturação do pensamento jurídico.

Em síntese, o presente artigo objetiva responder aos seguintes questionamentos: De que forma é possível relacionar Direito e cinema a partir do filme "O doador de memórias"? Como o positivismo jurídico pode ser identificado e moldado no referido filme? A partir desse contexto, como a narrativa do filme e o pós-positivismo superam a pretensão de neutralidade?

Trata-se de respostas complexas. A relação entre conceitos jurídicos e o filme "O doador de memórias" é possível, na medida em que a obra

cinematográfica apresenta uma estrutura preestabelecida e vinculante para os que vivem na sociedade, ao passo que os casos sem uma resposta dessa estrutura são levados aos portadores de memórias com capacidade de dar uma resposta que a sociedade tomaria caso tivesse esses privilegiados conhecimentos.

Assim, inicialmente, serão apresentadas as ideias centrais do filme “O Doador de Memórias” e o modo pelo qual o desenvolvimento do jovem Jonas repercutiu numa mudança paradigmática de sua vida e da sociedade na qual estava incluído. Em seguida, será analisado o conceito de paradigma a partir do filme com a sua relação com o Direito, em especial o conceito positivista kelseniano de Direito até a sua superação pelo pós-positivismo. Ao final, será feita uma análise do filme “O Doador de Memórias” a partir de tudo o que foi exposto, em especial a relação entre a narrativa cinematográfica e o positivismo jurídico.

Com a finalidade de integrar as fontes de estudo e alcançar os objetivos propostos, verificou-se a necessidade de uma abordagem hermenêutica. Por meio da interpretação das diversas fontes, que envolvem tanto o filme quanto o Direito, será possível responder os questionamentos colocados, de modo a compreender a necessidade de se superar a suposta impossibilidade relacionamento entre o Direito com a Moral.

## **2 UMA BREVE APRESENTAÇÃO DA ESTRUTURA DA SOCIEDADE NO FILME “O DOADOR DE MEMÓRIAS”**

O filme “O Doador de Memórias” é inspirado no livro “O Doador”, de Lois Lowry, e conta uma estória, na qual foi criada uma sociedade fundamentada numa estrita igualdade. As pessoas não possuem memórias do passado, não possuem sobrenome, moram em casas idênticas e utilizam a mesma vestimenta. A finalidade da criação dessa estrutura decorreu da necessidade de superar as diferenças do passado, que justificaram as guerras e a maldade do ser humano.

A vida nessa sociedade deveria seguir cinco regras básicas, consideradas as condições de possibilidade da estrutura social, quais sejam: o uso de linguagem precisa, a utilização somente das roupas designadas, a ingestão do remédio matinal, a obediência ao toque de recolher e a

obrigatoriedade de nunca mentir. Trata-se de regras rígidas e de observância obrigatória, características essas também muito presentes no positivismo jurídico por formarem a moldura dentro da qual as pessoas deveriam viver.

O uso da linguagem precisa tinha por finalidade evitar o uso de termos que pudessem exprimir questões morais ou emocionais, como “amor” e “justiça”, de modo a utilizar uma linguagem básica e de acessibilidade e compreensão igual para todos. Essa regra básica estava intrinsecamente ligada à ingestão de uma substância química toda manhã, capaz de inibir as emoções das pessoas e garantir a manutenção da ordem social. Note que a necessidade do “uso da linguagem precisa”, por si só, já é uma regra fadada ao fracasso, na medida em que a linguagem é naturalmente ambígua, não possuindo uma significação definitiva, tanto que essa pretensa exatidão linguística tem por premissa a ideia de que a linguagem está à disposição do sujeito (numa relação sujeito-objeto). Em outras palavras, o mundo é constituído por uma linguagem que não se apresenta exata (GADAMER, 2005, 441-447).

As regras relativas à utilização somente das roupas designadas e da obediência ao toque de recolher demonstram uma imposição unilateral pelo governo de um padrão de conduta a ser obrigatoriamente seguido por todos. A concessão unilateral de direitos foi uma característica do Estado Social, do seu caráter clientelista, que trata o cidadão como se fosse um freguês, o qual vai ao Estado pedir algum direito. Em vez de chamar esse indivíduo para, dentro de uma perspectiva discursiva, criar a norma, o Estado estipulava, de forma unilateral, qual seria, em tese, a melhor forma de se exercer aquele direito. Durante esse período histórico, a igualdade tinha por finalidade a inclusão de grupos que foram historicamente deixados à margem da sociedade, cenário evidenciado pela necessidade de o Leviatã mostrar preocupação igual com os destinos de todos aqueles que governa (HABERMAS, 2007, 304; DWORKIN, 2012, p. 362-363).

A última regra estabelecia a obrigatoriedade de as pessoas nunca mentirem, situação que, aliada à ausência de questões morais e emocionais, garantia a manutenção da vida daquela comunidade dentro do contexto apresentado. “Não mentir” se apresenta como uma regra absoluta, sem exceções, cenário que se apresenta como violador de direitos, na medida em que pode gerar a exposição de intimidades pessoais de um cidadão ou mesmo ser capaz de justificar equivocadamente condenações quando existirem outros



direitos de maior envergadura<sup>3</sup> presentes no caso concreto (CARVALHO NETO, 2003, p. 103).

Apesar das críticas traçadas às regras base do filme, ainda assim elas eram as guias da sociedade, que era dividida em castas e composta pela seguinte estrutura hierarquizada: anciões, trabalhadores e menores de idade. A graduação consistia em um rito da adolescência para a fase adulta, durante a qual era designado um trabalho previamente escolhido pelos anciões com base na necessidade da sociedade e nas qualidades desenvolvidas pelo adolescente até aquele momento. Acima, existiam os anciões cuja sabedoria era baseada unicamente na superficial experiência de vida a partir do respeito às cinco regras de convívio. No topo da estrutura, encontrava-se a anciã-chefe, a líder da sociedade e a responsável por julgar eventual quebra das regras acima mencionadas, mas ela mesma estava sempre limitada a essas regras. Essa situação também encontra certa similitude com o positivismo jurídico exclusivista<sup>4</sup>, na medida em que os magistrados também estão limitados às regras existentes no sistema, não podendo decidir de acordo com princípios ou suas convicções pessoais.

Os casais, no filme, existem para cuidar das crianças criadas artificialmente em laboratório, uma vez que a estrutura desenvolvida não permitia o toque físico entre as pessoas. Desprovidos de emoções, as pessoas

---

<sup>3</sup> Cita-se o exemplo trabalhado por Carvalho Neto (2003, p. 103). Um professor, que morava em um país autoritário, foi interrompido durante uma aula por um aluno que entrou em sua, argumentando que estava sendo perseguido pelo tropa militar do regime desse país. Em seguida, o aluno solicitou que o professor lhe desse proteção, a fim de poupar sua vida ou sua integridade física. Com isso, o professor ofereceu a sua mesa, embaixo da qual ele poderia se esconder. Posteriormente, o professor foi mais uma vez interrompido pela tropa militar do regime que efetuou buscas no local em busca do fugitivo sem logra êxito. Os militares, antes de irem embora, perguntaram ao professor se sabia onde estava o cidadão que eles procuravam. Numa sociedade que tem como premissa absoluta “não mentir”, o professor deverá entregar o aluno, mesmo que isso represente sua morte ou a violação de seus direitos.

<sup>4</sup> Os positivistas são classificados em positivistas inclusivistas (que incluem os princípios em sua estrutura) e os exclusivistas (que não aceitam o fato de o Direito ter em sua estrutura princípios). “Essa divisão, de certo modo, agudizou a natureza metodológica do debate teórico-jurídico e veio a exigir uma parafernália filosófica ainda mais complexa, capaz de municiar de novos argumentos cada um dos polos do debate que dominou os anos 1980-2000. Por um lado, posicionaram-se os positivistas, divididos entre inclusivistas (ou *soft positivists*), como H. L. A. Hart, Jules Coleman, Will Waluchow e outros, e exclusivistas (ou *hard positivists*), como Joseph Raz, Andrei Marmor e outros” (MACEDO JUNIOR, 2014, p. 166-167).

vivem o dia a dia sem grandes ambições e objetivos além de trabalhar, cuidar dos menores e cumprir as cinco regras básicas.

Paralelamente à estrutura acima mencionada, existiam dois portadores de memórias – um receptor de memória e um doador de memória. Eram os únicos com conhecimento das memórias da história da humanidade e os únicos com “capacidade de ver além”. Esses dois não seguiam as regras acima mencionadas, sendo autorizados a mentir e não podiam passar para ninguém os conhecimentos obtidos.

Somente os portadores de memórias tinham acesso ao conhecimento por meio de livros e revistas. Conheciam, portanto, a “história secreta” do mundo. Contudo, a principal finalidade era fornecer conhecimento e sabedoria para quando aos anciões precisassem da ajuda além da experiência superficial que possuíam. Ao argumento de que “as memórias determinam o futuro”, eram os responsáveis por iluminar os anciões nas constantes trevas no qual essa sociedade estava mergulhada.

Diante desse cenário apresentado, o filme é gravado em preto e branco e assim permanece para as pessoas que vivem de acordo com as regras estabelecidas. Com o filme centrado no adolescente Jonas, o menor é escolhido na graduação como o novo receptor de memórias, passando a ter um papel único naquela sociedade em lições diretas com o doador de memórias acerca da importância da história, da moral, de justiça e das emoções. O contato com esse lado inexplorado do seu ser e o abandono das cinco regras de convivência faz o mundo ganhar cores, passando a filmagem a ser colorida pelos olhos desse adolescente.

A ação não é o ponto forte do filme e questões filosóficas são colocadas diante do adolescente Jonas. Questionamentos inerentes à estrutura de poder, relativos à ausência da emoção e da moral e ligados à obediência cega às regras são abordados com frequência nesse drama.

Na medida em que o filme consigna o papel do Estado na sociedade com a finalidade de garantir a proteção do indivíduo contra si mesmo, chegando ao ponto de rotular o adolescente Jonas como subversivo à ordem por não mais aceitar as rígidas regras, inicia-se, por parte do adolescente, uma sequência de atos capazes de desestruturar o que até então era tão certo e tão aceito pela sociedade, gerando um rompimento de paradigmas.

Jonas compreende que, sem memórias e sem moral, a liberdade é uma mera ilusão. Não existia justiça naquele mundo cinza e os questionamentos do adolescente acompanham o crescimento do seu conhecimento, de modo a verificar que nem todas as respostas estão previamente dadas, que não se limitam a certo ou errado e que todos os fatos podem ter mais de uma interpretação a depender do conhecimento da pessoa. A sua conclusão, em muito, caminha com as críticas que o pós-positivismo faz ao positivismo jurídico, em especial por causa da limitação que as regras impõem ao positivismo e por causa da inexistência da relação entre o Direito e a Moral.

### **3 A QUESTÃO DO PARADIGMA E O LIMITE DA LINGUAGEM OU DO CONHECIMENTO**

Jonas, o principal personagem do filme “O Doador de Memórias”, vai passando por uma lenta transformação na medida em que é escolhido como o receptor das memórias e deixa, por determinação do seu mentor – o doador de memórias –, de ingerir o remédio matinal capaz de inibir suas emoções e responsável por manter a ordem e a cega obediência às regras postas.

Esse é o contexto que envolve a quebra de paradigma, que se efetiva somente com o recebimento e compreensão das memórias dos antepassados. Jonas passa a conhecer uma quase infinita pluralidade de fauna e flora, tem contato com as guerras do passado e seus efeitos avassaladores, compreende o conceito de família a partir do amor e respeito ao próximo, entre muitas outras questões.

A ampliação do seu conhecimento, portanto, reflete na ampliação da sua linguagem, de modo que passa a refutar aquela estrutura estatal hierarquizada e subordinada rigidamente a regras previamente postas sem qualquer fundamento substantivo. Desse modo, o filme muda de perspectiva e delinea a vida do jovem Jonas a partir do conflito entre os dois mundos ou dois paradigmas de vida, quais sejam, o mundo limitado que até então vivia e o novo mundo aberto ao conhecimento, à moral e à emoção.

Nesse contexto, verifica-se a necessidade de entender o que consiste um paradigma e de que forma ele é preponderante para entender a evolução do personagem Jonas e a evolução do positivismo jurídico.

Um paradigma pode ser visualizado como conceitos prévios de um mundo, com capacidade para guiar a leitura que dele se faz e limitar a compreensão que dele se tem. Ressalta-se que um paradigma consiste na leitura precária do mundo por ser concebido dentro de um tempo e lugar, sendo cada resposta decorrente da inserção do ser nesse mundo, na medida em que

[...] nenhum de nós pode construir o mundo das significações e sentidos a partir do nada: cada um ingressa num mundo “pré-fabricado”, em que certas coisas são importantes e outras não o são; em que as conveniências estabelecidas trazem certas coisas para a luz e deixam outras na sombra. (BAUMAN, 1997, p. 17).

Contudo, um paradigma não é somente o que os membros de uma comunidade partilham (aspecto objetivo), mas, também, é um conjunto de pessoas que partilham esse mundo pré-fabricado (aspecto subjetivo). Isso é o que Kuhn (2001, p. 219) vai qualificar como caráter circular do paradigma.

Kuhn (2001, p. 220) enfatiza a existência de paradigmas em esferas restritas de compreensão das ciências ou mesmo em esferas sociais de menor abrangência. O autor trata do exemplo da linguagem utilizada por determinada especialidade científica, ao argumento de que certo ramo da ciência possui linguagem e ensinamentos próprios, tornando a comunicação difícil com pessoas que estejam fora desse círculo hermenêutico-paradigmático.

Isso ocorre porque, como mencionado acima, o paradigma possui um duplo aspecto ao limitar e nortear a leitura do mundo. No que diz respeito ao primeiro aspecto, Menelick de Carvalho Netto (1999, p. 476) afirma que o paradigma

[...] possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado nas gramáticas das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476).

Em outras palavras, o primeiro aspecto do paradigma torna possível o diálogo, o relacionamento e a convivência entre as pessoas que vivem em determinado paradigma. Tais esquemas gerais de visões-de-mundo possuem

um conteúdo que tenta eternizar o paradigma, em especial por vincular a ideia de que essa leitura se apresenta como a mais adequada àquele tempo e lugar.

No que diz respeito ao segundo aspecto, nas palavras de Menelick de Carvalho Netto (1999, p. 476), o paradigma

[...] padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados.

Esse aspecto do paradigma pode ser traduzido como uma ideia datada de um determinado contexto histórico-cultural-social. De fato, a história é muito mais rica do que a simplificação imposta pela idealidade utópica de um paradigma, mas essa limitação torna possível compreender o prólogo silencioso que age em determinado tempo e local, condicionando o agir e o pensar das pessoas.

Um exemplo de aplicação do paradigma e de sua natural limitação pode ser encontrado no filme. Em determinada cena, o pai da família, no qual Jonas estava inserido, entrega um bicho de pelúcia para um bebê e o chama de hipopótamo. Mais tarde no filme, após ter iniciado o procedimento relativo ao recebimento das memórias do passado, Jonas percebe o equívoco do pai por se tratar o bicho de pelúcia, na verdade, de um elefante. Esse contexto demonstra o perigo de se limitar o acesso à linguagem e ao conhecimento a um grupo bem restrito de pessoas, na medida em que acordos semânticos equivocados assim permanecem por não serem jamais colocados à refutação ou à reflexão.

Seja no filme “O Doador de Memórias”, seja no Direito, a presença de esferas de pré-compreensão paradigmáticas da interpretação é uma condição de possibilidade do diálogo e da vida em sociedade, mesmo que essas esferas, posteriormente, se mostrem equivocadas. Contudo, tais esferas devem ser constantemente colocadas à prova. Desafios não podem faltar para os paradigmas, que devem apresentar respostas condizentes e fundamentadas para que possam se manter. Quando essas respostas não são adequadas, ocorrerá a transição de um paradigma para o outro por meio da ruptura do paradigma pretérito.

Isso ocorre porque o paradigma anterior não mais consegue dar respostas satisfatórias aos novos problemas, criando verdadeiras anomalias no

sistema que vão gradualmente minando a sua possibilidade de ler o mundo. Kuhn (1998, p. 225) afirma que a transição de um paradigma para outro não ocorre necessariamente por crises traumáticas; na verdade, essa transição (ou essa crise) precisa “[...] apenas ser o prelúdio costumeiro, proporcionando um mecanismo de autocorreção, capaz de assegurar que a rigidez da ciência normal não permanecerá para sempre sem desafio [...]”. Com o crescimento dessas anomalias, tem início uma crise paradigmática que deve ser resolvida com a ascensão do novo modelo de paradigma, capaz de dar as respostas inviáveis no modelo anterior. Apesar de o mundo fático ser o mesmo, a lente pela qual ele é visualizado sofre sensível alteração e isso repercute no modo de pensar e agir das pessoas.

Como se verificou pelo filme “O Doador de Memórias”, nem todos são capazes de transpor essa hercúlea barreira paradigmática. A resistência à mudança é natural, todavia é, também, um desafio imposto a todos. Requer a aceitação de novo conhecimento e, principalmente, a necessidade de se abandonar o que até então era certo e natural, em especial por ser o paradigma constitutivo de próprio ser humano. Essa autorreflexão é o que torna cada pessoa possível viver um novo horizonte de possibilidades, ao mesmo tempo em que é, também, limitado pelas sombras do novo paradigma.

Acontece que tal questão não é exclusiva de um filme ou da vida em sociedade, mas também está claramente presente no Direito. Por isso, quando se trabalha com paradigmas hermenêuticos jurídicos, tal como o positivismo ou o pós-positivismo, não se busca exaurir suas características, mas, tão-somente, identificar prólogos silenciosos, que, ainda hoje, condicionam a interpretação do Direito no Brasil e direcionam a metodologia a ser utilizada no caso concreto.

#### **4 A IDEIA DE PARADIGMA APLICADA AO DIREITO**

A Revolução Industrial e a Primeira Guerra Mundial possibilitaram o crescimento do viés social dos Estados, período conhecido como Estado Social, e a interpretação judicial, que até então era atribuição do Poder Legislativo, foi incorporada como condição de possibilidade para o exercício da magistratura (CAPPELLETTI, 1999, p. 41-43). Nesse período, acentuou-se o rompimento do Direito com a Moral e com outras ciências não jurídicas em razão do

crescimento de diversos autores positivistas, como Hans Kelsen e Herbert Hart.

A obra *Teoria Pura do Direito*, escrita por Hans Kelsen, é bem designativa da ideia central divulgada nesse período. O título do livro evidencia preocupação do autor pela consolidação de uma ciência pura. Assim, Hans Kelsen solidifica a autonomia da ciência jurídica em relação a todas as demais ao partir do pressuposto de que esse conceito do Direito não busca estudar se determinada norma é certa ou errada, se é boa ou má; ao contrário, tem por finalidade estudar e identificar as normas válidas ou inválidas e o que é lícito ou ilícito. Essa ruptura do Direito constitui um dos pontos centrais sobre o qual Kelsen estabelece a sua teoria:

Quando a si própria se designa como “pura” Teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo que não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2003, p. 1)

A inexistência de tal vínculo, também visualizado no filme em comento, apresenta-se evidente, em especial porque o autor defende a validade de um direito independentemente de qualquer mandamento de justiça ou de moral. Em outras palavras, a validade do Direito e o poder coercitivo do Estado dispõem de conteúdo estritamente jurídico, de modo que a Moral, a Sociologia e outras ciências não possuem condição de se relacionarem com essa ciência pura:

Quanto a Teoria Pura pretende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, por que intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. (KELSEN, 2003, p. 2)

Assim, a *plenipotenciariade* da regra pode ser qualificada como fonte e pressuposto do sistema jurídico vigente, de modo a fechar o Direito para a amplitude normativa dos princípios e a sua relação com a moral e com os demais ramos científicos (STRECK, 2012, p. 59). A regra é fonte de legitimidade do Direito e imprescindível para a sua correta aplicação aos casos apresentados ao Poder Judiciário, situação também verificada no filme, na medida em que as cinco regras de convivência constituem a legitimidade das

condutas das pessoas e são condições de possibilidade para a existência da estrutura social.

Fortifica-se a ideia da plenipotenciariade da regra, por ser identificada como fonte do Direito e verdadeiro pressuposto para o funcionamento do ordenamento jurídico, sem possibilidade de abertura aos princípios e à Moral (STRECK, 2012, p. 59). Em outras palavras, a regra é qualificada como verdadeira condição para a legitimidade do Direito, situação também verificada no filme, na medida em que as cinco regras de convivência constituem a legitimidade das condutas das pessoas e são condições de possibilidade para a existência da estrutura social.

Dentro desse contexto se insere a concepção formal do Direito, de modo que a pureza de sua ciência sequer permitia um diálogo das normas com a realidade social ao qual ela seria dirigida:

O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontram por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa (BOBBIO, 2006, p. 221).

O positivismo kelseniano teve, em 1960, um dos seus capítulos mais importantes<sup>5</sup>. Nesse ano, foi publicada uma nova edição da Teoria Pura do Direito, com modificações em relação às edições anteriores. Dentre as inúmeras mudanças, ressalta-se uma relativa à hermenêutica jurídica e à interpretação autêntica:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva, da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 2003, p. 394).

Há quem ignore tal assertiva ao afirmar que essa frase não representaria a ideia do autor, sob o argumento de que seria só mais uma

<sup>5</sup> “O contato posterior, nos Estados Unidos, nas Universidades de Harvard (1941-1942) e da Califórnia (1945), com o Direito consuetudinário da *Common Law* trouxe-lhe nova perspectiva e visão, passando Kelsen a considerar o Direito de um modo mais plástico, fundado nos precedentes” (CRETTELLA JÚNIOR; CRETTELLA, 2006, p. 18).



dentro de um livro bem denso e vasto, de modo que não se deveria dar uma relevância desproporcional ao seu significado<sup>6</sup>. De fato, em nenhum outro momento Kelsen retoma a ideia colocada, mas isso não tira a sua relevância na nova edição da Teoria Pura do Direito. Nessa passagem, Kelsen enaltece a atividade interpretativa do juiz como legítima criadora do Direito para além da moldura. Mesmo que a norma esteja fora da moldura, ela pode ser extraída de uma fonte não jurídica (não positiva), que, então, transmutar-se-á em conteúdo jurídico pelas mãos do magistrado, o intérprete autêntico.

Essa verdadeira atividade legislativa-judicial não é vista por Kelsen (2003, p. 395) como um problema do seu sistema, mas decorre do fato de ele aceitar que certas decisões não possam ser anuladas quando transitadas em julgado, em especial pelos tribunais de última instância<sup>7</sup>. São decisões incompatíveis com uma ciência pura, mas, ainda assim, aceitas na Teoria Pura do Direito, por se tornarem estáveis dentro das regras processuais.

É possível afirmar que a quadro kelseniano não deixou de existir, mas, na verdade, que ele estará crescendo pelos atos de vontade do magistrado. Em outras palavras, cada nova interpretação feita fora da moldura significa a ampliação natural da moldura até então existente, por ser a decisão do intérprete autêntico um ato complexo, composto por um ato de conhecimento e um ato de vontade, criador do Direito (KELSEN, 2003, p. 394). De forma mais específica, o texto explicita a conclusão de que qualquer decisão tomada pelo magistrado, mesmo que originariamente fora da moldura até então estabelecida, seja juridicamente válida. O perigo é que mesmo as decisões flagrantemente contrárias ao sistema constitucional passam a ser admitidas

---

<sup>6</sup> “Essa passagem tem provocado muita controvérsia entre os leitores de Kelsen. Ela pode ser compreendida como uma radicalização de suas noções e de seu pensamento. Isso levaria até mesmo, no limite, a uma posição que acabaria por colocar em xeque a própria ideia de um Direito positivo. Por outro lado, pode-se também pensar que se trata apenas de uma frase em uma obra muito vasta. Isso implica dizer que não se poderia dar a essa frase um peso que parece desproporcional à sua extensão” (BENJAMIN, SOUZA, p. 147-148).

<sup>7</sup> “Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. E fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo — especialmente pelos tribunais de última instância” (KELSEN, 2003, p. 394-395).

pela Teoria Pura do Direito, desde que os instrumentos processuais não sejam utilizados para invalidar tais decisões:

No ano de 1960, em uma nova Teoria Pura do Direito, importantes modificações foram apresentadas por Kelsen no capítulo dedicado à interpretação jurídica. Tais inovações consubstanciaram um significativo giro na perspectiva kelseniana, na medida em que o autor reconheceu a impossibilidade de limitar o poder discricionário da autoridade competente para aplicar o Direito, o que acabou por colocar em risco os próprios objetivos da Teoria Pura, diluindo-a em puro decisionismo (COURA, 2013, p. 133).

Nesse contexto, é outorgado ao magistrado uma “carta branca” e as interpretações da moldura kelseniana passam a ser vistas como uma referência para o julgamento, que podem ser utilizadas (ou não) de acordo com o entendimento do magistrado. O intérprete torna-se difícil de ser previsto, de modo que a utilização de padrões extrajurídicos coloca em dúvida a própria existência de uma ciência pura, uma vez que a vontade do magistrado se apresenta para além do quadro imaginado, no que pode ser rotulado como um “giro decisionista”.

Essa situação expõe o reconhecimento pelo próprio positivismo do problema em tentar anteceder por meio de regras postas todos os fatos de uma sociedade complexa, de modo a gerar uma crise paradigmática. Crise essa que também pode ser verificada no filme, em especial quando o adolescente Jonas compreende que existem respostas possíveis além das regras previamente estabelecidas, bem como essas respostas não se limitam a certo ou errado e que todos os fatos podem ter uma interpretação mais adequada que dependerá do real acesso de cada um ao conhecimento e à linguagem.

## **5 O DIREITO IMITA A ARTE OU A ARTE IMITA O DIREITO?**

A partir de tudo o que foi exposto, nota-se um paralelo existente entre o paradigma inicial do filme “O doador de memórias” e o positivismo jurídico, do mesmo modo que existe também um segundo paralelo entre o paradigma iniciado pelo adolescente Jonas e o pós-positivismo jurídico.

Para entender o primeiro paralelo, faz-se necessário fazer uma breve síntese do contexto inicial do filme. A vida naquela sociedade deveria seguir cinco regras fundamentais, estáticas e inquestionáveis, cuja validade decorria da sua simples existência e aceitação por todos. A estrutura social tinha no

ápice a anciã-chefe, pessoa qualificada como líder da sociedade e a responsável por julgar eventual quebra das regras acima mencionadas, julgamento esse limitado a sua experiência das regras pré-existentes.

Ora, a situação exposta mostra uma sociedade positivista, que, não só aceitou esse conceito de Direito, mas o adotou como condição de possibilidade para a sua existência. O positivismo jurídico, como exposto acima, ao excluir os princípios, limita-se a interpretar regras pré-estabelecidas e de observância obrigatória para o magistrado, características muito presentes no filme pelo fato de as cinco regras de convivência formarem a moldura dentro da qual as pessoas viverão e as respostas serão possíveis.

Ademais, como os anciões, responsáveis por reger a sociedade, retiravam a sabedoria e o conhecimento da superficial experiência de vida a partir do respeito às cinco regras de convívio, isso impossibilitava entender o caráter plural das pessoas e a potencialidade que cada indivíduo poderia ter dentro da sociedade. No positivismo não é diferente, na medida em que a impossibilidade do diálogo do Direito com outros ramos, como a sociologia e a criminologia, impossibilitava a emancipação do Direito em seu caráter plural e democrático.

No filme, existia um cuidado para que as pessoas não fossem dominadas por suas emoções ou influenciadas por questões morais. Em determinada cena do filme, Jonas descobre que o bebê que a sua família cuida será morto por não estar dentro dos padrões exigidos pela sociedade. Por mais que Jonas tente explicar às pessoas o que está em jogo, a obediência cega às regras estabelecidas impede as pessoas de entenderem a relevância do fato. Tal preocupação também é inerente ao positivismo jurídico que prega uma ciência pura, que tem por objetivo excluir deste conhecimento tudo que não pertença ao seu objeto, ou seja, tudo o que não seja de fato “Direito”.

Da mesma forma que Kelsen, em determinado momento, reconheceu a limitação do positivismo jurídico e possibilitou ao magistrado decidir fora da moldura após o seu giro decisionista. Um problema similar pode ser encontrado no filme “O Doador de Memórias”, já que os portadores de memórias tinham acesso ao conhecimento por meio de livros e revistas e forneciam o conhecimento e a sabedoria sempre que aos anciões precisassem da ajuda além da experiência. Quando Kelsen criou um mecanismo que possibilitou ao juiz decidir fora da moldura, o autor possibilitou a

contaminação do Direito por questões extrajurídicas e estranhas à pureza então pretendida, do mesmo modo que os anciões consultavam os portadores de memórias, que tinha ampla liberdade de orientação, quando não possuíam a resposta para determinada situação.

Quando Jonas entende que sem memórias e sem moral, a liberdade é uma mera ilusão, o adolescente compreende que o seu objetivo é justamente mostrar à sociedade as trevas nas quais eles vivem. O fato de não existir justiça naquele mundo cinza, mas somente a análise das condutas à luz das cinco regras, e mesmo o fato de Jonas entender que existe mais de uma interpretação a depender do conhecimento da pessoa, trata-se de questões que aproximam o seu modo de ver o mundo do o pós-positivismo, no qual existe uma natural influência da moral e um caráter aberto das normas.

O pós-positivismo jurídico, a partir de Ronald Dworkin, traz novas cores para o Direito, que passa a não se limitar ao tudo ou nada (aspecto de validade) do positivismo, situação que é potencializada pela inserção dos princípios e pelo diálogo com outros ramos do Direito. Ganha corpo o movimento pós-positivista do Direito. É por isso que o positivismo entra em crise quando verifica a sua limitação e a sua incapacidade de regular todas as situações sociais postas, em especial na certeza de que a vida é mais rica do que a tentativa de limitar em algumas regras todas as questões previamente estabelecidas.

Ronald Dworkin dá um importante passo, além da pretensão de uma pureza metodológica tão idealizada por Hans Kelsen, ao buscar na Moral a legitimidade da decisão judicial. Com base nessa mudança paradigmática, Ronald Dworkin supera a pretensão de se separar o estudo do Direito das análises axiológicas de modo a construir a cientificidade de sua teoria em um fundamento valorativo. Para tanto, o autor (DWORKIN, 2012, p. 414) afirma que a relação entre o Direito e a Moral tem por base uma “estrutura em árvore”, na qual o Direito é um ramo da moral política e a moral política é um ramo de um tronco ainda maior, qual seja, a moral.

Com a finalidade de consolidar sua teoria no plano prático, Ronald Dworkin (2012, p. 415 e 416) refuta o positivismo jurídico, que fundamenta a legitimidade dos atos exclusivamente em comportamentos históricos, e constrói a sua teoria com base no interpretativismo. A teoria reconhece a importância dos comportamentos históricos, desde que dentro de um

constante diálogo com o papel a ser desempenhado pelos princípios de moral política.

Com a finalidade de superar as limitações metodológicas do positivismo jurídico, Ronald Dworkin (2012, p. 280) faz uso de uma moral Kantiana, de modo a consolidar uma íntima relação entre ética e moral, capaz de nortear, por um lado, a comunidade que pretendemos ter e, por outro lado, a aplicação do Direito:

Devemos mostrar respeito total pela igual importância objetiva da vida de todas as pessoas, mas também respeito total pela nossa própria responsabilidade de fazer algo de válido com as nossas vidas. Devemos interpretar a primeira exigência de maneira a deixar espaço para a segunda e vice-versa.

As duas exigências são expressão da Ética, responsável pelo “[...] estudo de como devemos viver bem”, e da Moral, responsável pelo “[...] estudo de como devemos tratar as outras pessoas” (DWORKIN, 2012, p. 25). Em outras palavras, ou seja, as pessoas possuem responsabilidade pessoal pela própria vida que não pode ser delegada ou ignorada, do mesmo modo que o “princípio de Kant” exige igual reconhecimento dessa responsabilidade na vida dos outros.

A Ética não se apresenta com um viés individualista, mas em uma dimensão concreta no âmbito do que é bom para “nós”<sup>8</sup>, pois “[...] devemos reconhecer, como fundamental entre nossos interesses privados, uma ambição para tornar as nossas vidas autênticas e válidas, em vez de más ou degradantes” (DWORKIN, 2012, p. 25). Não significa a possibilidade de fazer tudo o que uma pessoa de fato quer, mas é “[...] uma questão de nossos interesses vistos criticamente — os interesses que deveríamos ter” (DWORKIN, 2011, p. 611). A ideia de viver bem se apresenta como uma proposta, como um caminho a ser percorrido para criar uma vida boa, sujeita aos limites da dignidade da pessoa humana, que se apresenta como vetor central para identificar o significado de viver bem para além da vontade ou do interesse de um indivíduo (DWORKIN, 2011, p. 611-612).

A Moral possui uma pretensão de universalização, que foca na compreensão do que é igualmente bom para todos. Dworkin (2012, p. 26)

---

<sup>8</sup> Como coloca Dworkin (2011, p. 610), viver tendo como referência o interesse próprio não se apresenta como condição suficiente para viver bem.

baseia-se principalmente “[...] na tese de Immanuel Kant, segundo a qual só podemos respeitar adequadamente a nossa humanidade se respeitamos a humanidade dos outros”. Busca-se uma universalização da dignidade da pessoa humana, capaz de nortear o tratamento a ser dado às outras pessoas, em uma relação incindível da Ética. Assim compreendido, o desejo ético de viver uma vida boa provê uma razão moral justificável sobre o que devemos aos outros e sobre como devemos tratar os outros (DWORKIN, 2011, p. 607-608).

Essa relação entre a ética e a moral formará a base sobre a qual Dworkin trabalha o seu conceito de Direito e o paralelo com o estilo de gravação do filme mostra-se bem coerente com o avanço do positivismo para o pós-positivismo. Como colocado inicialmente, o filme é gravado em preto e branco e assim permanece para as pessoas que vivem de acordo com as regras estabelecidas. Contudo, com a emancipação do adolescente Jonas para a qualidade de portador de memórias, o contato com esse lado inexplorado do seu ser e o abandono das cinco regras de convivência, a filmagem mostra um novo mundo com cores, passando a gravação a ser colorida pelos olhos desse adolescente. O pós-positivismo, de igual modo, possui cores, uma liberdade inexistente no positivismo kelseniano que tornará, nas palavras de Dworkin (2007, p. 492), a sociedade mais construtiva, contestadora e fraterna.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A relação entre arte e Direito, entre o filme “O Doador de Memórias” e a ciência jurídica, foi abordada por iniciativa do grupo de pesquisa “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional”, vinculado ao programa de pós-graduação em sentido estrito (doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Longe de exaurir a temática sobre o tema, o presente artigo correlacionou dois conceitos de Direito – positivismo e pós-positivismo – com a estrutura social presente no filme.

A partir da compreensão do contexto estatal-estrutural apresentado no filme, verificou-se ser possível trabalhar um paralelo com o conceito de Direito que busca no positivismo uma forma de estruturação do pensamento jurídico. Desde a análise da ideia de paradigmas e o seu conseqüente rompimento, seja no filme, seja no Direito, passando por uma rápida análise do filme “O Doador

de Memórias”, do positivismo jurídico e do pós-positivismo jurídico, verificou-se uma relação direta entre os conceitos apresentados e uma nova forma de abordagem do Direito, em especial para alunos da graduação.

Assim, a relação entre o Direito e o filme “O doador de memórias” é possível, na medida em que o filme apresenta uma estrutura pré-estabelecida e vinculante para os que vivem na sociedade, ao passo que os casos sem uma resposta a priori são levados aos portadores de memórias com capacidade de dar uma solução para o problema que a sociedade tomaria caso tivesse esses privilegiados conhecimentos. O paralelo com o Direito surge nesse contexto, uma vez que a leitura feita de Kelsen, com o giro decisionista, possibilitou reconhecer a limitação do positivismo jurídico e tornou possível ao magistrado decidir fora da moldura.

Esse e muitos outros pontos de contato entre a arte e a ciência jurídica servem como exemplo de uma abordagem alternativa para a compreensão do Direito. Da mesma forma que o pós-positivismo jurídico trouxe um novo colorido para o Direito – cuja proposta a partir de Dworkin se insere em um projeto não só da ciência jurídica, mas de vida em comunidade –, a abordagem diferenciada da ciência jurídica feita no presente artigo serve para proporcionar uma análise além do preto e do branco inerentes ao positivismo jurídico.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. 272 p.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Ícone, 2006.

BENJAMIN, Cássio Corrêa; SOUZA, Eron Geraldo. O problema da interpretação em Kelsen. *Revista da Faculdade de Direito da UFG [online]*, v.34, n. 1, p. 132-148, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/9969/9524>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. 141 p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação

jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista brasileira de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 573-586, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 88, p. 81-108, dez. 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José; CRETELLA, Agnes. Vida e obra de Hans Kelsen. In: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: versão condensada pelo próprio autor. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 17-18.

COURA, Alexandre de Castro. Sobre discricionariedade e decisionismo na interpretação e aplicação das normas em Kelsen. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 131-139.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina: 2012. 515 p.

DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? Tradução de Emilio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Freire. *Revista direito GV*, v. 14, p. 607-616., jul./dez. 2011. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/edicao/revista-direito-gv-14>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de Teoria Política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



Data de Submissão: 15/08/2018, Data de Aprovação: 12/09/2018

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO

COURA, Alexandre de Castro; ZANOTTI, Bruno Taufner. O “Doador de Memórias” à luz da cultura positivista: por uma nova forma de ver e aprender direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 1, p. 29-49, jan./jun. 2018. ISSN 2447-6536.

Disponível em:

<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/197>. Acesso em: dia mês. Ano. doi:

<https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i1.197>.

## O PAPEL DE HEIDEGGER NA TRANSFORMAÇÃO DOS SENTIDOS DA HERMENÊUTICA ONTOLÓGICA DO SÉCULO XX

THE ROLE OF HEIDEGGER IN THE TRANSFORMATION OF THE SENSES OF  
HERMENEUTICS ONTOLÓGICA AT CENTURY XX

Flávio Quinaud Pedron<sup>1</sup>

Centro Universitário FG, Guanambi, BA, Brasil  
pedron@pedronadvogados.com.br

João Paulo Soares e Silva<sup>2</sup>

Centro Universitário FG, Guanambi, BA, Brasil  
jp\_soaresesilva@hotmail.com

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo tratar do papel transformador de Martin Heidegger nas significativas mudanças ocorridas no âmbito da Filosofia e da Hermenêutica no século XX. Essas transformações referem-se à superação do esquema sujeito-objeto através do giro linguístico, que estabelece um vínculo absoluto entre o pensamento e a linguagem, e à criação de uma ontologia fundamental, que passa pela revisão da forma de desenvolvimento da filosofia e opera uma *destruição* da tradição metafísica na busca de recolocar a questão do *ser* no centro das discussões filosóficas. A pesquisa se desenvolve por meio de investigação bibliográfica e objetiva abordar a nova visão estabelecida por Heidegger, que dá novo sentido ao método proposto por Schleiermacher e modifica o paradigma até então vigente, terminando por inserir a hermenêutica no plano da faticidade do *Dasein* (Ser-aí), isto é, na concretude da vida humana. Como ponto hipotético central, traz-se que essa inserção – que visa estabelecer uma maneira de se compreender o ser e comunicar o *Dasein* – altera sensivelmente os rumos da hermenêutica e da filosofia na medida em que retoma o ponto filosófico fundamental desde os escritos aristotélicos.

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito e da Graduação do Centro Universitário FG (UniFG). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Adjunto do IBMEC. Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogado.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário FG (UniFG). Especialista em Direito Público. Membro associado da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Membro do CAJU – Centro de Estudos sobre Acesso à Justiça. Professor do curso de Direito do Centro Universitário FG (UniFG).

**Palavras-chave:** Martin Heidegger; ontologia fundamental; analítica existencial; Dasein; giro ontológico.

**Abstract:** The purpose of this study is to deal with the Martin Heidegger's transforming role in the significant changes that took place in the field of Philosophy and Hermeneutics in the 20th century. These transformations refer to the overcoming of the subject-object scheme through the linguistic turn, which establishes an absolute link between the thought and the language, and the creation of a fundamental ontology, that goes through the revision of the way of development of the philosophy and operates a destruction of the metaphysical tradition in the search to put the question of being at the center of philosophical discussions. The research develops through bibliographical research and aims to approach the new vision established by Heidegger, which gives new meaning to the method proposed by Schleiermacher and modifies the paradigm until then, ending by inserting hermeneutics in the plane of the *Dasein*, that is, in the concreteness of human life. As a central hypothetical point, this insertion - which seeks to establish a way of understanding the being and communicating *Dasein* - is a sensible alteration of the course of hermeneutics and philosophy insofar as it retakes the fundamental philosophical point from the Aristotelian writings.

**Keywords:** Martin Heidegger; fundamental ontology; analytical existential; Dasein; ontological turn.

## 1 INTRODUÇÃO

Talvez o mais influente dos pensadores do século XX, Martin Heidegger, tem sua porta de entrada na filosofia a partir da leitura dos filósofos gregos e, de especial maneira, das reflexões acerca da dissertação de Franz Brentano, *Sobre a múltipla significação do ente segundo Aristóteles*<sup>3</sup>, obra de onde extrai o questionamento que se tornaria o alvo de suas mais profundas reflexões e impactaria profundamente toda e qualquer forma de compreensão filosófica contemporânea, alcançando o ponto mais fundamental que desde sempre acompanha a Filosofia: a questão do *ser*<sup>4</sup>.

Garantindo que, além de inovadora, a crítica *heideggeriana* é sistematicamente bem introduzida, desenvolvida e fundamentada, Ernildo Stein define, em *Seis estudos sobre "Ser e tempo"*, a marca do estilo do filósofo: "como ontólogo, Heidegger se levanta contra a ontologia, como

---

<sup>3</sup> BRENTANO, F. Aristote. *Les significations de l'être*. Trad. Pascal David. Paris: J. Vrin, 1992.

<sup>4</sup> HEIDEGGER, Martin. *O meu caminho na fenomenologia*. Trad. Ana Falcato. Covilhã: Lusofiapress, 2009, p. 3.

filósofo transcendental contra Kant e os neokantianos, como fenomenólogo contra a fenomenologia, e como ‘antropólogo’ contra a antropologia”<sup>5</sup>.

Em um encurtamento conceitual, pode-se dizer que a abordagem filosófica de Heidegger parte da indagação do porquê de as coisas serem, quando tudo poderia *não-ser*. Nesse sentido, este artigo abordará como o filósofo atribui nova leitura e forma de aplicação à ontologia e, a partir da fenomenologia de Husserl, insere um novo conceito – o de *Dasein*<sup>6</sup> – na problemática, operando uma revolução tão intensa que, ao buscar na hermenêutica uma maneira de comunicar o *Dasein* e desenvolver a sua analítica existencial, reformula a maneira de se pensar a linguagem e destrói o fundo metodológico que, até então, revestia o sentido de hermenêutica, repercutindo sobre todas as chamadas *Ciências do Espírito*.

Para tanto, Heidegger revisa a tradição metafísica desde Aristóteles e aponta os equívocos e mal-entendidos ocorridos no percurso da história que levam à confusão entre o *ser* e o *ente* e estabelece o que chama de *diferença ontológica* para recolocar a questão do *ser* no interior e no centro dos debates filosóficos.

## **2 O CONCEITO CLÁSSICO DE HERMENÊUTICA E A CONTRIBUIÇÃO HEIDEGGERIANA: A HERMENÊUTICA DA FATICIDADE.**

Da breve consulta ao *Dicionário de filosofia* e ao *Dicionário jurídico brasileiro*, extrai-se “qualquer técnica de interpretação”<sup>7</sup> e “arte de interpretar as leis e os livros sagrados antigos”<sup>8</sup> como conceitos dados ao vocábulo *hermenêutica*. Em que pese a demasiada simplificação desses conceitos, é possível extrair deles uma ideia mais ampla (mas ainda sumária) de que a hermenêutica trata da interpretação e da compreensão, buscando aferir o conteúdo de um contexto que se propõe a analisar.

<sup>5</sup> STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre "Ser e tempo"*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 12.

<sup>6</sup> A expressão encontra diferentes traduções para a língua portuguesa. Entretanto, por opção de estilo e como forma de preservar toda a carga semântica, opta-se por manter o termo original do idioma alemão.

<sup>7</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 497.

<sup>8</sup> SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 110.

Geralmente, os manuais que tentam definir ou trazer uma proposta de conceito para um termo no direito voltam-se para a origem etimológica das palavras, como se tal noção fosse capaz de fornecer um ponto de partida suficiente ou pelo menos um referencial para uma compreensão. Nesse caso, temos que a palavra “hermenêutica” tem sua origem, simultaneamente, no verbo grego *hermeneuein* e no substantivo grego *hermeneia*, que são traduzidos comumente como “interpretação”; ou seja, tornar algo compreensível ou conduzir algo à compreensão. Etimologicamente, também, a ciência hermenêutica remete à mitologia grega e deriva de *Hermes*<sup>9</sup>. De acordo com Brandão<sup>10</sup>, Hermes seria aquele incumbido de enviar as mensagens dos deuses aos humanos, de maneira que, inevitavelmente, necessitava compreender e interpretar as mensagens para repassá-las corretamente. Por sua vez, a palavra “interpretação” vai surgir como sua correspondente latina, vinda do substantivo *interpretes*, que designava a pessoa capaz de descobrir ou prever acontecimento futuro através de um exame das entranhas de sua vítima<sup>11</sup>.

Daí, portanto, a tendência quase natural de diversos manuais brasileiros reduzirem o significado de ambos os termos a sinônimos, ou seja, como uma busca pela compreensão ou pela explicação de algo que ficou obscuro no curso da leitura de um texto. No entanto, apesar de ter seu início como tal, o desenvolvimento da hermenêutica a eleva a uma nova perspectiva, muito mais ampla e complexa, qual seja a de uma ou um conjunto de teorias voltadas para a interpretação de algo, e não apenas de um texto escrito, mas de tudo que se possa atribuir sentido e significado: um filme, uma música, uma pintura, até mesmo uma conversa entre amigos.

Dessa forma, na leitura clássica, o ato de interpretação corresponderia ao desentranhamento de um significado ou sentido que estaria oculto no próprio texto. Daí o porquê da hermenêutica alcançar primeiramente o *status* de um instrumental teórico aplicado na forma de uma teoria da interpretação.

Em termos teóricos, a hermenêutica foi empregada, no contexto histórico do Renascimento e da Reforma Protestante, na elucidação da

<sup>9</sup> PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.

<sup>10</sup> BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 191.

<sup>11</sup> PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Op. cit.

interpretação de textos jurídicos e como técnica interpretativa de textos bíblicos e literários, de forma que, tradicionalmente, pode-se falar em hermenêutica jurídica, teológica e filológica.

Nessa perspectiva é difícil discordar da importância do movimento protestante no campo da Religião, como um dos mais importantes fatores para o desenvolvimento da Hermenêutica<sup>12</sup>. O problema central se encontrava na compreensão dos textos sagrados, notadamente as Escrituras Bíblicas. Lutero, então, torna-se reconhecido historicamente por abrir uma discussão fundamental dentro da Teologia: como ler a Bíblia e quem era autorizado a lê-la. É preciso lembrar que nesse período, as missas eram celebradas em latim, língua que era estranha a quase a totalidade da população, bem como era em latim que se encontravam quase todas as versões dos textos eclesiásticos, o que acabava por garantir ao Clero o monopólio da interpretação desses textos.

Para a tradição clássica do Catolicismo vinda desde Santo Agostinho, as obscuridades nos textos da Bíblia deveriam ser sanadas através da complementação com outras passagens paralelas das Escrituras<sup>13</sup>. Todavia, Lutero acreditava que o texto em si já encerrava todas as condições e possibilidades de entendimento, e a compreensão dos textos sagrados somente poderia se dar através de uma concretização no próprio leitor, ou seja, aquele que crê.

Para tanto, dever-se-ia partir da própria palavra – sem o uso da autoridade da interpretação dos Santos Padres – para atingir este objetivo<sup>14</sup>. Flacius, discípulo de Lutero, escreve, então, que toda chave para interpretação/compreensão da Bíblia residiria na superação das dificuldades linguístico-gramaticais do intérprete, sem seu domínio, toda tentativa de entendimento seria frustrada, e, para tanto, o domínio da língua que

---

<sup>12</sup>GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 81.

<sup>13</sup> Id. Ibid. p. 84.

<sup>14</sup> “A Reforma apregoa a existência de uma volta à pura palavra da Escritura. Conforme Lutero, a Bíblia não deve ser exposta segundo o ensino tradicional da Igreja, mas apenas compreendida por si mesma; ela é ‘*sui ipsius interpretres*’ [isto é, intérprete de si mesma]. O princípio da ‘*Scriptura sola*’ representa um novo princípio hermenêutico, contra o qual a Igreja católica declara expressamente no Concílio de Trento que cabe à Igreja [e a mais ninguém] a interpretação da Escritura” (CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU/Edusp, 1973, p. 7).

transmitia o texto era fundamental, logo, traduções para as línguas de origem dos fieis deveriam ser feitas<sup>15</sup>.

Com Meier, no curso do movimento do Iluminismo europeu, intensifica-se a ideia, já presente nos protestantes, de que compreender o texto é, antes de tudo, compreender os sinais linguísticos (palavras e expressões) utilizados no texto. Ou seja, toda a chave para uma compreensão residiria no domínio da análise da sintática e do significado dos termos utilizados no texto. Nessa perspectiva, a boa compreensão era apenas dependente de um bom dicionário e de uma boa gramática.

Não é por menos que, no seio desse movimento filosófico-científico do Iluminismo, aparecerá a Escola de Exegese na França, como uma Escola da interpretação jurídica. Aqui, a interpretação do Direito se restringia ao desenvolvimento de uma interpretação passiva e mecânica do Código Napoleônico, comentando artigo por artigo daquele, mas sempre preso a uma busca pela real intenção do Legislador – *voluntas legislatoris* –, como fundamento último da objetividade do direito<sup>16</sup>.

No início do século XIX, com o movimento romântico europeu, ganha espaço e importância os estudos de Schleiermacher. O objetivo era obter a correta compreensão e enfrentar possíveis mal-entendidos que pudessem conduzir a uma interpretação que se afastasse daquela pretendida pelo autor de um determinado texto. Sobre isso, Gadamer afirma que, em Schleiermacher, o processo de compreensão equivale à “repetição da produção originária de ideias, com base na congenialidade dos espíritos”<sup>17</sup>. Equivale a dizer que, para alcançar a perfeita compreensão, o interprete deveria despir-se de seus conceitos e buscar efetuar a análise igualando-se ao autor do texto.

Logo, sua proposta é criar condições para que a hermenêutica deixe de ser uma disciplina particular e se eleve, agora, como uma disciplina geral sobre as *condições de compreensão*; e para tanto, seria necessário o desenvolvimento de *métodos* que se seguidos, conduziram a uma *compreensão objetiva*, não só de textos religiosos, literários ou jurídicos, mas de qualquer pensamento que possa ser reduzido em palavras – por escrito.

<sup>15</sup>GRONDIN, Jean. Introdução à Hermenêutica Filosófica. Op. cit., p. 87.

<sup>16</sup>BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

<sup>17</sup>GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*: complementos e índice. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 115.

É por isso, que se chegou a lhe atribuir o título de pai da hermenêutica moderna.<sup>18</sup> Aqui, seu objetivo não é realizar apenas uma análise sintática (gramatical) das palavras utilizadas pelo autor da obra, mas de compreender o “espírito” do criador por detrás da criação.

Para tanto, apresenta uma divisão de métodos de trabalho. Fala, portanto, de um *método comparativo* – formado por uma interpretação gramatical e por uma interpretação psicológica, de um lado; e de um *método divinatório*, de outro<sup>19</sup>.

Essa primeira – interpretação gramatical – se apoia no conjunto sintático-semântico da linguagem utilizada pelo autor do texto. Dela se extrai regras: 1º) deve-se atentar para o domínio linguístico do autor e do seu público original, pois sendo a linguagem algo dinâmico, está sujeita a modificações, não estando nunca disponível, em sua totalidade, a um indivíduo<sup>20</sup>. Aqui, marca-se o distanciamento histórico-natural que se estabelece entre leitor e autor do texto; e 2º) deve-se perceber que o sentido de uma palavra em determinada passagem somente pode ser compreendido adequadamente se inserido em um contexto maior<sup>21</sup>. Dessa forma, não se pode tomar uma parte como sendo o todo; logo, o sentido do conjunto não é mera soma dos significados dos isolados – seja uma palavra, seja uma frase, seja um parágrafo, e assim por diante.

Já por meio da interpretação psicológica, tenta-se recuperar o momento subjetivo do criador do texto, iniciando uma busca a partir de sua linguagem ou de seu estilo particular. Por isso mesmo, aqui, não se trata da

---

<sup>18</sup> Richard Palmer explica que “o objetivo [de Schleiermacher] não é atribuir motivos ou causas aos sentimentos do autor (psicanálise), mas sim reconstruir o próprio pensamento de outra pessoa através da interpretação das suas expressões lingüísticas” (PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986, p.96). Reconstruindo esse pensamento, afirma Jean Grondin: “Para entender realmente um discurso, isto é, para banir o risco sempre ameaçador do equívoco, devo poder reconstruí-lo a partir da base e em todas as suas partes. Na compreensão não se trata do sentido que eu insiro no objeto, porém do sentido, a ser reconstruído, do modo como ele se mostra a partir do ponto de vista do autor” (<sup>18</sup>GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 128).

<sup>19</sup>SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. 6. ed. Trad. Celso Reni Braida. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 61; Id. *Hermenêutica e Crítica*. Trad. Aloísio Ruedell. Ijuí: UNIJUI, 2005, p. 123 e 129.

<sup>20</sup>DILTHEY, Wilhelm. *Hermeneutics and the Study of History*. Trad. Rudolf Makkreel e Frithjof Rodi. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 193-194.

<sup>21</sup>Id. Ibid. 199-200.



uma pesquisa extralinguística de seu pensamento. Aqui a circularidade também está presente: deve-se inserir e analisar a obra no momento de vida do autor e este momento com toda a vida do autor. É claro que não se tem aqui qualquer pretensão de exatidão, mas mera tentativa de aproximação<sup>22</sup>.

Por sua vez, a metodologia divinatória se destaca por tentar compreender *diretamente* o individual<sup>23</sup>. Todavia, esta adivinhação do que teria pensado o autor do texto a ser interpretado. Segundo Palmer, o método divinatório tem por dinâmica nos colocar no lugar do outro, captando diretamente a sua individualidade, abrindo assim um acesso mais pleno do que seja o significado do texto<sup>24</sup>.

É importante destacar que a construção teórica de Schleiermacher se apoia na ideia de que a compreensão de um determinado texto já sinaliza para uma *circularidade hermenêutica*<sup>25</sup>, pois a compreensão de algo se faz em uma dinâmica que já leve em conta o que já se conhece comparando tal saber a outros e organizando-os em círculos parciais.

Assim, a parte sempre se põe em relação ao todo e vice-versa. Schleiermacher desenvolve um método a partir do qual busca garantir uma espécie de universalidade hermenêutica: o *Círculo hermenêutico*. Nele, o sujeito empenhado na interpretação deveria considerar os fatores linguísticos projetados pelo texto e os fatores psicológicos derivados da intenção do autor. Neste sentido, a ideia do método é circular na medida em que o intérprete deveria mover-se constantemente do todo para a parte e da parte para o todo, uma vez que a compreensão da parte seria melhor quando projetada sobre um sentido adequado do todo, enquanto o todo seria mais bem compreendido quando bem compreendida a parte. Trata-se, pois, de uma teoria voltada ao problema do conhecimento, da compreensão.

Portanto, só no romantismo alemão, a partir dos estudos do teólogo Friedrich Schleiermacher, é que a hermenêutica passará a ser tratada filosoficamente.

Na sequência, vamos assistir em Dilthey um novo capítulo para a Hermenêutica. Assumindo muitas das teses de seu antecessor, Dilthey

---

<sup>22</sup>SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Op. cit. p. 221.

<sup>23</sup>Id. Ibid. p. 201.

<sup>24</sup>PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Op. cit., p. 96.

<sup>25</sup>Id. Ibid. p. 93.

pretende desenvolver uma teoria que possa ser objetivamente comprovável e, assim, reduzir o “complexo de inferioridade” que as Ciências do Espírito (hoje, Ciência Humanas e Ciências Sociais Aplicadas) pareciam padecer no curso da tradição do Positivismo Filosófico, em razão da supervalorização dos métodos científicos presentes e próprios das Ciências da Natureza, em especial, a Matemática e a Física, por sua demonstrabilidade – capacidade de repetição do experimento que dado ao caráter evidente, ou visível ou pelo menos perceptível aos sentidos dos acontecimentos “fala” por si mesmo – ou pela sua fundamentação lógico-descritiva,<sup>26</sup> ou seja, o pesquisador se limitaria a descrever, de maneira neutra e imparcial o objeto a ser estudado.

Sendo assim, enquanto as Ciências da Natureza teriam, para Dilthey, a função de *explicar as causas* de um fenômeno, as Ciências do Espírito visariam a *compreensão* do mundo e, para isso, a dimensão histórica da experiência se faz necessária. Mas, se os acontecimentos sociais, como a Revolução Francesa ou a queda de bombas nucleares no Japão, são únicos e singulares, como é possível a sua compreensão? Dilthey fala na *vivência*<sup>27</sup> dessa dimensão histórica através de um conjunto de regras técnicas que permitiriam ao pesquisador uma inserção na dimensão histórica do texto, obra ou evento a ser estudado.<sup>28</sup>

Ele fala, portanto, em uma “circularidade da compreensão”, isto é, no limite do conhecimento humano que apenas pode conhecer o que ele *já conhece*. Tentando dissolver este paradoxo, significa dizer que o conhecimento hermenêutico leva o homem a tomar consciência de que possui pré-conceitos (sem a carga pejorativa que se pode atribuir à palavra) que antecipam a

<sup>26</sup> D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais*, p. 404-405. A diferença primordial entre ciências da natureza e as ciências do espírito reside no fato de que, no primeiro caso, sujeito e objeto são entidades distintas e autônomas – por exemplo, sabemos que nenhum indivíduo tem condição de interferência direta nas órbitas dos planetas do Sistema Solar ou na reprodução dos moluscos – ao passo que, nas segundas, o ser que indaga é necessariamente integrante do objeto a ser analisado – desta forma, pertencemos à história ou à sociedade que nos propomos investigar – e, como consequência, não é possível uma mera descrição do fenômeno, mas apenas o delineamento de uma fina linha entre descrição e criação do objeto.

<sup>27</sup> REIS, José Carlos. *Wilhelm Dilthey e a autonomia das ciências histórico-sociais*. Londrina: Eduel, 2003, p. 218.

<sup>28</sup> Gadamer assim define o objetivo de Dilthey: “ele pretende descobrir, nos confins da experiência histórica e da herança idealista da escola histórica, um fundamento novo e epistemologicamente consistente; é isso que explica a sua idéia de completar a crítica da razão pura de Kant com uma ‘crítica da razão histórica’”. (GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre, (org.). *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 28).

experiência – o conceito –, de modo que em cada experiência, o intérprete se move de maneira circular (mas de maneira expansiva) entre pré-conceitos e conceitos, revendo-os mutuamente.<sup>29</sup>

Além disso, a compreensão, necessariamente, acontece dentro de uma dimensão histórica, o que exige do estudioso uma tomada de consciência de que em cada tempo, em cada momento histórico, as visões de mundo podem ser – para não dizer que necessariamente serão – distintas do momento presente, o que indubitavelmente, fecha as portas para qualquer ambição objetiva por parte da hermenêutica.

Heidegger encontrará, na hermenêutica de Dilthey, os elementos eficazes que faltavam à fenomenologia de Husserl<sup>30</sup> para desenvolver a sua teoria ontológica. Ao combinar a fenomenologia à hermenêutica, traz as evidências fenomenológicas indubitáveis que o afastam do relativismo, ao passo que libera a fenomenologia de sua tendência idealista. Essa operação, que reúne conceitos hermenêuticos e fenomenológicos, rompe com o fundo metodológico da hermenêutica tradicional e estabelece um novo sentido filosófico para a hermenêutica e para o *Círculo Hermenêutico* de Schleiermacher: a partir daqui, a hermenêutica deixa restringir o seu objeto à interpretação de textos e passa a se debruçar sobre a questão filosófica primeira: a compreensão do *ser*. Passa-se, pois, à compreensão de uma *hermenêutica da faticidade*. Neste ponto, nos socorremos na explicação de Tomaz de Oliveira:

Podemos dizer que isso representa aquilo que desde sempre nos atormenta e que está presente nas perguntas: de onde viemos? Para onde vamos? A primeira pergunta nos remete ao passado, a segunda, ao futuro. O passado é selo histórico imprimido em nosso ser: *Faticidade*; o futuro é o ter-que-ser que caracteriza o modo-de-ser do ente que somos (*Ser-aí*):

<sup>29</sup> “Daí o caráter circular de toda compreensão: ela sempre se realiza a partir de uma pré-compreensão, que é procedente de nosso próprio mundo de experiência e de compreensão, mas essa pré-compreensão pode enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos. Precisamente o enraizamento da compreensão no campo do objeto é a expressão desse círculo inevitável em que se dá qualquer compreensão. Por essa razão, a reflexão hermenêutica é essencialmente uma reflexão sobre a influência da história, ou seja, uma reflexão que tem como tarefa tematizar a realidade da ‘história agindo’ em qualquer compreensão. Numa palavra, a hermenêutica desvela a mediação histórica tanto do objeto da compreensão como da própria situacionalidade do que compreende” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 230).

<sup>30</sup>FRAGATA, J. A fenomenologia de Husserl como fundamento da filosofia. Braga: Livraria Cruz, 1959.

*Existência*. Portanto, a hermenêutica é utilizada para compreender o ser (*faticidade*) do *Ser-aí* e permitir a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha (*existência*). Aquilo que tinha um caráter ôntico, voltado para textos, assume uma dimensão ontológica visando a compreensão do ser do *Ser-aí*. Note-se: de um modo completamente inovador, Heidegger crava a reflexão filosófica na concretude, no plano prático e precário da existência humana. Por certo que essa reflexão reclama uma abstração muito forte que decorre do necessário distanciamento para perceber aquilo que de nós está mais próximo. Porém, a abstração parte de algo concreto, faticamente determinável, e procura compreender aquilo que nós mesmos já somos. Mas nós compreendemos o que nós mesmos já somos na medida em que compreendemos o sentido do ser<sup>31</sup>.

Importa ressaltar que essa transformação é inaugurada mesmo antes da publicação de *Ser e Tempo*<sup>32</sup>, obra máxima de Heidegger, em um pequeno livro intitulado *Hermenêutica da Faticidade*<sup>33</sup>. Pode-se dizer que as novidades cunhadas na utilização da hermenêutica a partir deste livro dá início a viradas importantíssimas no seio do pensamento filosófico, sobretudo no que tange à reinserção do homem no interior da problemática ontológica, sobre o qual nos debruçaremos especificamente mais à frente, e ao giro linguístico (*linguistic turn*), do qual nos ocuparemos a partir de agora.

### 3 LINGUISTIC TURN E A SUPERAÇÃO DO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO

O *linguistic turn*<sup>34</sup> ocorre a partir da concentração dos esforços reflexivos da filosofia contemporânea sobre a linguagem. Esse novo paradigma

<sup>31</sup>ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 439-440.

<sup>32</sup>HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

<sup>33</sup>HEIDEGGER, Martin. *Ontologia – Hermenêutica da Faticidade*. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

<sup>34</sup>Comenta Streck: “A reviravolta linguística vai se concretizar como uma nova concepção da constituição do sentido. Esse sentido não pode mais ser pensado como algo que uma consciência produz para si independentemente de um processo de comunicação, mas deve ser compreendido como algo que nós, enquanto participantes de uma práxis real e de comunidades linguísticas, sempre comunicamos reciprocamente, assinala D. Böhler, citado por Araújo, que acrescenta que essa virada rumo à explicitação de um caráter prático, intersubjetivo e histórico da linguagem humana tem forte sustentação em Wittgenstein, cuja posição é próxima da nova hermenêutica de matriz heideggeriana. Tanto em Wittgenstein como em Heidegger, a

supera o esquema sujeito-objeto presente no realismo filosófico e no idealismo moderno, na medida em que indica a existência de um vínculo insuperável entre o pensamento e a linguagem.

Na verdade, conforme ressalta Streck<sup>35</sup>, o idealismo moderno de Kant (idealismo transcendental) já representa, por si só, uma forma de superação do objetivismo inserto no realismo filosófico, onde o trabalho do pensamento se restringia tão-somente a apurar as essências de algo dado (o *mundo*). Kant inova ao problematizar – sob o prisma da subjetividade que se afirma a partir de Descartes – o papel do sujeito na atividade cognoscente. No entanto, aqui subsiste a distancia entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido, entre consciência e mundo.

A superação definitiva desse imbróglio dá-se, pois, pela constatação da existência de um vínculo indissolúvel entre o pensamento e a linguagem, uma vez que o acesso às coisas do mundo só é possível porque existem palavras para mencioná-las. Essa ruptura, que passa a ser denominada *giro linguístico*, abre um novo horizonte para a reflexão filosófica.

Nesse sentido, Streck registra que essa reviravolta não se resume à introdução da linguagem na filosofia, mas trata-se de algo muito mais significativo: o ingresso definitivo do mundo prático no âmbito da filosofia.

---

linguagem passa a ser entendida em primeiro lugar, como ação humana, ou seja, a linguagem é o dado ultimo enquanto é uma ação fática, prática. Precisamente enquanto práxis interativa, ela não pode ser explicada como produto de um sujeito solitário, como ação social, mediação necessária no processo intersubjetivo de compreensão. É justamente aí, diz Araújo, que ocorre a mudança de paradigma: ‘o horizonte a partir de onde se pode e deve pensar a linguagem não é o do sujeito isolado ou da consciência do indivíduo, que é o ponto de referência de toda a filosofia moderna da subjetividade, mas a comunidade de sujeitos em interação. A linguagem, enquanto práxis, é sempre uma práxis comum realizada de acordo com regras determinadas. Estas regras não são, contudo, convenções arbitrárias, mas são originadas historicamente a partir do uso das comunidades linguísticas; são, portanto, costumes que chegam a tornar-se fatos sociais reguladores, ou seja, instituições. Tantas são as formas de vida existentes, tantos são os contextos, praxeológicos, tantos são, por consequência, os modos de uso da linguagem, numa palavra, os jogos de linguagem. As palavras estão, pois, sempre inseridas numa situação global, que norma seu uso e é precisamente por esta razão que o problema semântico, o problema da significação das palavras, não se resolve sem a pragmática, ou seja, sem a consideração dos diversos contextos de uso. Poder falar significa ser capaz de inserir-se em um processo de interação social simbólica de acordo com os diferentes modos de sua realização’”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 47).

<sup>35</sup>STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Destarte, correndo sempre o risco de simplificar essa complexa questão, pode-se afirmar que, no *linguisticturn*, a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante). O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que *o que morre é a subjetividade “assujeitadora”, e não o sujeito da relação de objetos* (refira-se que, por vezes, há uma leitura equivocada do giro linguístico, quando se confunde a subjetividade com o sujeito ou, se assim se quiser, confunde-se o sujeito da filosofia da consciência [s-o] com o sujeito presente em todo ser humano e em qualquer relação de objetos).

Com o giro – que aqui denomino de ontológico-linguístico para diferenciá-lo das pretensões analíticas, principalmente do neopositivismo lógico –, o sujeito não é fundamento do conhecimento. Trata-se, na verdade – e busco socorro em Stein –, de uma compreensão de caráter ontológico, no sentido de que nós somos, enquanto seres humanos, antes que já sempre se compreendem a si mesmos e, assim, o compreender é um existencial da própria condição humana, portanto, faz também parte da dimensão ontológica: é a questão do círculo hermenêutico-ontológico<sup>36</sup>.

Cabe mencionar, nesse ponto, que a análise de Heidegger responderá ao problema não superado por Kant no sentido de que não há justificativa em se buscar por algo que supra uma suposta distância e forme uma ponte entre consciência e mundo. A partir da analítica existencial, Heidegger demonstrará que o *Dasein* já se relaciona com os objetos quando os compreende em seu ser.

A análise cunhada por Heidegger alia a investigação hermenêutica à fenomenologia e se movimenta no sentido de descrever o fenômeno da compreensão do *ser* e desenvolver uma estrutura prévia da compreensão, em que primeiro compreende-se para depois se interpretar. A explicitação dessa dimensão ontológico-linguística, segundo Streck, fará com que a linguagem transcenda a questão lógico-argumentativa e passe a ser tratada como um modo de explicitação pressuposta sempre que se lida com enunciados lógicos. Na sua análise, Streck vai além:

Numa palavra: a viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido. Trata-se da superação do elemento apofântico, com a introdução desse elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento. Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo

<sup>36</sup>Id. Ibid., p. 11-12.

que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão.

Nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento<sup>37</sup>.

Com efeito, deve restar claro que, a partir de então, a linguagem passa a ser tratada como algo que é anterior a qualquer questão filosófica sobre qualquer coisa no mundo, de forma não existe algo fora da linguagem, vez que mesmo as operações que estruturam o pensamento são oposições linguísticas.

#### **4 GIRO ONTOLÓGICO: A ONTOLOGIA FUNDAMENTAL E A RECOLOCAÇÃO DA QUESTÃO DO *SER***

Conforme mencionado anteriormente, a busca filosófica de Heidegger alia a fenomenologia à hermenêutica no intuito de criar uma ontologia fundamental que possa descrever o fenômeno da compreensão do *ser*.

Essa compreensão, no pensamento heideggeriano, é inerente à condição humana. Existiria um vínculo necessário entre homem e ser que ficou impensado por toda a tradição metafísica e que o filósofo introduz a partir da noção de *Dasein* que, em certa medida, corresponde ao ser humano e é quem diz o *ser* dos entes.

O giro ontológico se dá a partir dessa revolução: todo o pensamento filosófico anterior se movimentou no sentido de uma ontologia que se referia às coisas e não à compreensão do ser. Heidegger segue o pensamento de que essa compreensão do ser é inerente à condição humana ainda que dela não estejamos conscientes e de que há um vínculo necessário entre homem e ser, na medida em que para mencionar algo, é necessário dizer que esse algo é e quem diz o *é* do ser é esse ente que compreende o ser. Tomaz de Oliveira assevera:

Assim, surge o que o filósofo chama de ontologia fundamental. É ela fundamental porque ela possibilita todas as demais ontologias porque compreende as estruturas do

---

<sup>37</sup> Id. *Ibid.*, p. 13.

ente que, existindo, compreende o ser. O Dasein existe porque compreende o ser e, compreendendo o ser se compreende, lançando-se para adiante de si mesmo<sup>38</sup>.

A ontologia fundamental receberá a forma de uma *analítica existencial*, porque pretende compreender, fenomenologicamente, as estruturas deste ente que *existe*. Partindo do *Dasein* – o ente para o qual o ser se disponibiliza em seu sentido – e tendo como tarefa torná-lo acessível, Heidegger desenvolverá uma forma de fenomenologia capaz de interpretar faticamente o sentido do *ser*. É nesse contexto que, conforme tratado em tópico anterior, se dá a apropriação das conquistas havidas pela obra tardia de Dilthey e se concebe uma filosofia capaz de interpretar as bases da história (da filosofia) com o intuito de identificar os pressupostos metafísicos atuantes nas ideias filosóficas atuais. A partir daí, Heidegger opera a *destruição da metafísica* que concretiza o giro ontológico na medida em que centra o homem no interior da problemática ontológica, superando a *ontologia da coisa* pela *ontologia da compreensão*.

Nas bases estabelecidas para este trabalho, buscaremos nos ater a pontos centrais no desenvolvimento dessa revolução: o tratamento mais detalhado do(s) significado(s) do *Dasein* e a superação da metafísica por meio da *diferença ontológica*.

#### 4.1 Dasein

Em seu dicionário sobre o filósofo, Michael Inwood<sup>39</sup>salienta que, no século XVIII, *dasein* era usado como uma alternativa para *Existenz*, no sentido da existência de Deus. Nos filósofos da tradição metafísica (dentre os quais Immanuel Kant), o verbo *dasein* é empregado em sentido próximo: como “existir”, “estar aí” ou “estar aqui”.

Heidegger, entretanto, substantiva o verbo *dasein*, utilizando-o sempre com a inicial em letra maiúscula – *Dasein* – e oferece ao vocábulo um campo semântico diferenciado, muito mais amplo, que mantém o significado de existência, mas refere-se a um ente que diferencia-se de todos os outros entes

<sup>38</sup>ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. Op. cit. p. 143.

<sup>39</sup>INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução de Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 29.



na medida em que *existe* – e essa existência implica em planos, projetos, possibilidades – enquanto os demais entes simplesmente subsistem.

O ente que temos a tarefa de analisar somos nós mesmos. O ser deste ente é sempre e cada vez *meu*. Em seu ser isto, isto é, sendo, este ente se relaciona com o seu ser. Como um ente deste ser, o ser-aí se entrega à responsabilidade de assumir seu próprio ser. Ser é o que neste ente esta sempre em jogo<sup>40</sup>.

O *Dasein* é, portanto, um ente que possui como característica primária a possibilidade, a potência de ser. Em princípio, é um ente desprovido de quaisquer determinações prévias, até que se projete às situações fáticas de seu próprio mundo. Na medida que se expõe à faticidade, ou seja, ao existir, o *Dasein* deixa de ser indeterminado para tornar-se aquilo que é. Portanto, pode-se dizer que o *Dasein* se constitui existindo.

Da mesma forma que o ser-aí, enquanto é, constantemente já é o seu ainda-não, ele também já é sempre o seu fim. O findar implicado na morte não significa o ser e estar-no-fim do ser-aí, mas o seu ser-para-o-fim. A morte é um modo de ser que o ser-aí assume no momento em que é. “Para morrer basta estar vivo”<sup>41</sup>.

Em outra obra dedicada especificamente aos estudos sobre o filósofo, Michael Inwood afirma que “*Dasein* é o modo de Heidegger referir-se tanto ao ser humano quanto ao tipo de ser que os seres humanos têm”<sup>42</sup>. Isso implica que o ser dos seres humanos é tratado com distinção em relação ao ser de outras entidades do mundo, o que se justifica, pois o “*Dasein* é uma entidade para a qual, em seu Ser, esse Ser é uma questão”<sup>43</sup>.

Ao tratar do tema, Lenio Streck explicita que *Dasein* é o termo usado para se designar filosoficamente o ser humano e a partir do qual se analisa as estruturas fáticas da existência.

Na descrição realizada pelo filósofo, *Dasein* é um tipo de ente que, em seu modo de ser, possui como possibilidade a compreensão do seu ser e do ser dos demais intramundanos. O *Dasein* é, portanto, o ente que compreende o ser e nesta compreensão, tem implícita uma compreensão do seu próprio ser<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Op. cit., p. 85.

<sup>41</sup> Id. Ibid., p. 320.

<sup>42</sup> INWOOD, Michael. *Heidegger*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2004, p. 33.

<sup>43</sup> Id. Ibid. p. 34.

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 210.

Tomaz de Oliveira sublinha que Heidegger procura retirar do ente homem todo e qualquer tipo de conotação humanista, subjetivista e teológica que o reveste na tradição metafísica, assumindo uma terminologia específica, de maneira a se afastar da objetificação, entificação ou categorização do homem e analisar fenomenologicamente os existenciais que permitam compreender este ente homem em toda a sua historicidade. Dessa forma, afirma, “a analítica existencial pretende dar conta das estruturas existenciais que permitam compreender o ser do ente que existe: o *Dasein*”<sup>45</sup>.

Sendo o ente que é, ou seja, existindo, o *Dasein* passa por diferentes momentos em seu modo de ser. Esses momentos, que o filósofo chama de *existenciais*, determinam a situação do ser. São espécies de estruturas produzidas na dinâmica da *existência* que compõem a analítica existencial do *Dasein* de acordo com o momento vivido, podendo manifestar-se como ser-em, ser-com, ser-para-a-morte, ser-no-mundo, etc.

Em que pese a exploração ampla da analítica existencial não ser objeto do presente estudo, importa mencionar que o ser-no-mundo é o existencial que indica como o *Dasein* é no espaço constitutivo do *mundo*, aqui considerado como um espaço fenomenal aberto e não como um local físico onde o ser-no-mundo estaria alocado ou de alguma forma contido.

A menção ao *Dasein* como ser-no-mundo na teoria heideggeriana nos é fundamental porque rompe com o esquema sujeito-objeto predominante na tradição metafísica, na medida em que o ente passa a representar a possibilidade de enunciar o ser através do entendimento do próprio ser. A partir disso, conforme esclarece Stein, “aparece outro nível de problematização do ser. O ser não se dá isolado como objeto a ser conhecido; mas ele faz parte da condição essencial do ser humano. O *Dasein* compreende o ser e por isso tem acesso aos entes”<sup>46</sup>.

Nessa esteira, anota Tomaz de Oliveira<sup>47</sup> que, em *Ser e Tempo*, Heidegger responde a Kant, dizendo que o verdadeiro escândalo da filosofia é

---

<sup>45</sup> TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 155.

<sup>46</sup> STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica*. Ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 103.

<sup>47</sup> TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Op. cit., p. 156.

ainda existir a procura por uma suposta ponte existente entre consciência e mundo, ou seja, entre um sujeito que conhece e transita de objeto em objeto até conhecer uma totalidade de entes chamada mundo. Rompendo completamente com esta ideia, Heidegger mostra, a partir da estrutura de ser-no-mundo, que o *Dasein* já se relaciona com os outros entes enquanto os compreende em seu ser. Logo, o *mundo* não é um somatório dos entes ou objetos que compõem o conhecimento do *Dasein*, mas sim uma totalidade de sua faticidade que o marca historicamente.

Diante disso, fica claro como a procura por essa ponte kantiana entre consciência e mundo leva a filosofia ao equivoco do esquecimento do ser e da diferença ontológica, o que deve ser superado, na visão de Heidegger, pela destruição da metafísica.

#### **4.2 A confusão ou esquecimento do ser, a destruição da metafísica e a diferença ontológica.**

Desde os gregos, sempre existiu uma indecisão fundamental quanto ao objeto da filosofia. Quando do surgimento da academia com Platão e Aristóteles, havia uma sistematização operada em torno de três diferentes disciplinas do estudo acadêmico da filosofia: a lógica, relacionada à correta ordenação do pensamento; a física, relacionada aos estudos sobre o mundo físico a natureza; e a ética, ligada ao agir humano. Alheio a elas, existia também o que Aristóteles chamou de Filosofia Primeira: investigações e escritos que tinham como essência a pergunta do ente enquanto ente, além de colocar-se também a pergunta pelo ser, inaugurada pelo pré-socrático Parmênides.

Tais escritos ficaram perdidos nas esquinas da história até que, passado o período de declínio da filosofia grega, foram retomados os esforços para a compilação das investigações aristotélicas. Nessa oportunidade, os compiladores orientaram o seu trabalho de acordo com o norte que se apresentava, de modo que foram conduzidos a fazê-lo na perspectiva das três disciplinas acadêmicas: lógica, física e ética. Assim o que se referia à Filosofia Primeira foi compilado em um livro separado e denominado de *Tàmetatàphysiká*: o que está ao lado, o que vem depois da Física.

Nesta seara, o equívoco apontado Heidegger se inicia desde a definição filosófica do termo *metafísica*, isto é, desde o ponto em que aquilo que Aristóteles chamou de Filosofia Primeira – e que servia de fundamento para todas as demais disciplinas filosóficas – foi cunhado, por motivos técnicos, de *Tàmetàtaphysiká*, e, com o passar do tempo, numa série de sucessivos mal entendidos, a tradição passou a interpretar como aquilo “que se lança para além do ente”, ou seja, aquilo que trata do suprassensível, de uma espécie de mundo paralelo.

Diante disso e a partir dos procedimentos da fenomenologia hermenêutica, Heidegger identifica que a questão fundamental do ser passou a ser esquecida pela referência que se faz a um ente. Tomaz de Oliveira ressalta que a metafísica foge do enfrentamento de enigmas do ser atribuindo ao ente a missão ocupar essa lacuna. Assim a metafísica deixa de pensar o que é mais fundamental: o sentido do ser, pois o explica a partir de um ente, transformando o ser em um objeto.

Heidegger passará a identificar em toda tradição filosófica que ele chamará de metafísica, um destes entes que assume o lugar do ser na Filosofia enquanto metafísica. Assim, ele irá mostrar que em Platão a Ideia representa aquilo que pretende responder o enigma do ser; em Aristóteles a Substância; na Idade Média, Deus – o ente criador que nos dá sentido e nos cuida enquanto criaturas; em Descartes, o Cogito ergo sum; em Kant, o Eu Penso que coordena todos os nossos juízos; em Hegel o Absoluto; e em Nietzsche, a Vontade do Poder. Em todos estes casos há um ente que aparece como o “mais ente dos entes” que responde por aquilo que deveria ser pensado com ser. Este “ente dos entes” se apresenta como princípio fundante, como fundamento causal de todo conhecimento<sup>48</sup>.

Dessa forma se dá, na metafísica, aquilo que Heidegger chamará de *esquecimento do ser*, que implica no esquecimento da diferença que existe entre o ontológico e o ôntico, entre ser e ente e que só pode ser superado mediante a correta diferenciação ontológica. Superar a metafísica então, significa, para Heidegger, não entificar o ser.

É importante notar que a compreensão do *ser* só se dá mediante a pergunta pelo *ente*. Neste sentido, pode-se observar que a definição de um *ente* sempre se inicia por dizer que ele é. Logo, a compreensão do ser só é

---

<sup>48</sup> Id. Ibid., p. 141

possível quando o *Dasein* possui uma compreensão prévia de sua *faticidade* e pergunta pelo ente na perspectiva de compreender o seu *ser*.

É preciso notar que o homem só compreende o ser na medida em que pergunta pelo ente. Vejamos o nosso caso: colocamos em movimento uma reflexão sobre o processo na perspectiva de que, ao final, possamos dizer algo sobre o seu ser (uma definição sobre o processo começaria com: o processo é...). Mas ninguém negaria que o processo se trata de um ente. Um ente que é interrogado em seu ser, pois toda pergunta pelo processo depende disso: O que é processo? Como é o processo? Assim, embora o ser e o ente se dêem numa unidade que é a compreensão que o homem (Ser-aí) tem do ser, há entre eles uma diferença. Esta diferença Heidegger chama de diferença ontológica e se dá pelo fato de que todo ente só é no seu ser. Em outras palavras, a pergunta se dirige para o ente, na perspectiva de o compreendermos em seu ser<sup>49</sup>.

É, pois, com vistas à *diferença ontológica* que Heidegger operará essa destruição da metafísica, buscando revisar desde as bases da filosofia e identificar os equívocos cometidos no caminho que resultaram no esquecimento da questão do ser, quando, nas palavras de Stein: “o ser acontecia na metafísica como o impensado que ela, no entanto, encobria metafisicamente, nomeando por um ente”<sup>50</sup>.

Em *Ser e Tempo*, Heidegger esclarece:

A destruição também não tem o sentido negativo de arrasar a tradição ontológica. Ao contrário, ela deve definir e circunscrever a tradição em suas possibilidades positivas, e isso quer sempre dizer em seus limites, tais como de fato se dão na colocação do questionamento e da delimitação, assim pressignada, do campo de investigação possível. Negativamente, a destruição não se refere ao passado; a sua crítica volta-se para o “hoje” e para os modos vigentes de se tratar a história da ontologia, quer esses modos tenham sido impostos pela doxografia, quer pela história da cultura ou pela história dos problemas. Em todo o caso, a destruição não se propõe a sepultar o passado em um nada negativo, tendo uma intenção positiva. Sua função negativa é implícita e indireta<sup>51</sup>.

Essa destruição, portanto, não consiste em aniquilar a metafísica, mas sim em compreendê-la no âmbito da compreensão do ser e, assim, o filósofo

<sup>49</sup>ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. Op. cit. p. 441.

<sup>50</sup>STEIN, Ernildo. *Pensar é Pensar a Diferença*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 61.

<sup>51</sup>HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Op. cit., p. 61.

recoloca da questão do ser e constrói uma nova manifestação estrutural da ontologia que problematiza o ente que compreende o ser: o *Dasein*.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento científico *heideggeriano* se inicia em Franz Brentano e toma grande fôlego a partir do contato com a fenomenologia de Edmund Husserl, na obra *Investigações Lógicas*. Essa fenomenologia pode ser compreendida como o estudo dos fenômenos e de como eles se manifestam por entre o tempo e o espaço.

Heidegger adota o método fenomenológico de Husserl para tentar satisfazer a questão que lhe acompanhava desde a leitura da obra de Brentano sobre Aristóteles e destina-se ao estudo de como compreender o *ser*. É perceptível, desde aí, que o pensamento heideggeriano travaria uma busca pela formação de um tipo de análise filosófica original e inovadora, que culminaria, conforme exposto, numa brusca virada no modo de se compreender a Filosofia.

As análises heideggerianas são sempre precisas. A aplicação conjunta dos conceitos fenomenológicos e hermenêuticos possibilita ao filósofo corrigir uma pela outra, de modo que concebe uma teoria que, ao mesmo tempo, se afasta do relativismo da hermenêutica e do idealismo da fenomenologia, ao passo que produz um resultado extremamente relevante e até então impensado: o lançamento da hermenêutica na concretude, na faticidade do ser humano.

No mesmo sentido vai a sua ontologia fundamental, que supera o equivoco de referir-se aos entes e foca estritamente na compreensão do ser a partir daquele ente que é especial porque possui uma característica básica: compreende o *ser*.

Esse ente, que é o ser humano – e que o filósofo nomeia de *Dasein* em uma operação científica que o liberta dos pré-conceitos vigentes na tradição – compreende o *ser* porque se compreende e se compreende porque compreende o *ser*. A inserção do *Dasein* remodela a separação havida entre o sujeito e o objeto, uma vez que a partir daqui, a enunciação do *ser* se dá a partir de um ente, de maneira que é imperioso que se faça a correta diferenciação ontológica.

Portanto, tendo desempenhado função central na colocação do pensamento sob o fio condutor da intersubjetividade, da linguagem e da historicidade, não há como persistir nenhuma desconfiança acerca do papel central que Heidegger exerce na filosofia contemporânea – e consequentemente na forma de se pensar todas as ciências humanas.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- BRENTANO, F. Aristote. *Les significations de l'être*. Trad. Pascal David. Paris: J. Vrin, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU/Edusp, 1973.
- D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- DILTHEY, Wilhelm. *Introdução às Ciências Humanas*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- DILTHEY, Wilhelm. *Hermeneutics and the Study of History*. Trad. Rudolf Makkreel e Frithoj Rodi. v. 4. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- FRAGATA, J. *A fenomenologia de Husserl como fundamento da filosofia*. Braga: Livraria Cruz, 1959.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Tradução Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. FRUCHON, Pierre, (org.). *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: complementos e índice*. Trad.

Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *O meu caminho na fenomenologia*. Trad. Ana Falcato. Covilhã: Lusofia.press, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ontologia – Hermenêutica da Faticidade*. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Editorial Trotta. Tradução de Jorge Eduardo Rivera Cruchaga. Chile. 2003.

INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução de Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

INWOOD, Michael. *Heidegger*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2004.

KUSH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. 427p.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.

REIS, José Carlos. *Wilhelm Dilthey e a autonomia das ciências histórico-sociais*. Londrina: Eduel, 2003.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. 6. ed. Trad. Celso Reni Braidá. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica e Crítica*. Trad. Aloísio Ruedell. Ijuí: UNIJUI, 2005. v. 1.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.



STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STEIN, Ernildo. *Seminário sobre a verdade: lições preliminares sobre o artigo 44 de Seinund Zeit*. Petrópolis, RJ : Vozes, 1993.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. 4<sup>o</sup> ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica. Ensaio sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STEIN, Ernildo. *Pensar é Pensar a Diferença*. Ijuí: Unijuí, 2002.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre "Ser e tempo"*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

WERLE, Marco Aurélio. A angústia, o nada e a morte em Heidegger. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 26, n. 1, p. 97-113, 2003.

Data de Submissão: 17/10/2018, Data de Aprovação: 05/11/2018

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO

PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, João Paulo Soares e. O papel de Heidegger na transformação dos sentidos da hermenêutica ontológica do século XX. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 1, p. 50-73, jan./jung. 2018. ISSN 2447-6536. Disponível em:  
<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/214>. Acesso em: dia mês. Ano. doi:  
<https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i1.214>.

**O MARCO JURÍDICO DO DIREITO DE AUTOR EM PORTUGAL: A  
DOCTRINA DA PROPRIEDADE LITERÁRIA SOB A ÓTICA DE  
ALMEIDA GARRETT E ALEXANDRE HERCULANO**

**THE LEGAL FRAMEWORK OF COPYRIGHT IN PORTUGAL: THE DOCTRINE OF LITERARY  
PROPERTY UNDER THE OPTICS OF ALMEIDA GARRETT AND ALEXANDRE HERCULANO**

Victor Gameiro Drummond<sup>1</sup>

Centro Universitário FG (UniFG), Guanambi, BA, Brasil.  
victor@victordrummond.com

Renato Cezar de Almeida Loura<sup>2</sup>

Centro Universitário FG (UniFG), Guanambi, BA, Brasil.  
renatocezar@bol.com.br

**Resumo:** O presente trabalho realiza uma análise das posições teóricas adotadas por dois ícones do romantismo português, Almeida Garrett e Alexandre Herculano, acerca da doutrina da propriedade literária, representativa da possibilidade dos autores serem os detentores exclusivos do direito de publicarem ou autorizarem a reprodução de suas obras. A partir do Decreto de 8 de julho de 1851, proposto por Almeida Garrett e considerado o marco jurídico inicial do direito de autor em Portugal, ganhou notoriedade a contraposição de ideias entre Garrett, defensor da propriedade literária como o meio mais adequado para tutelar os interesses do autor e da sociedade, e Herculano, que concebia impossível obras literárias consubstanciarem-se em objeto de propriedade. Por fim, aborda como aspectos da contraposição teórica dos dois autores ainda hoje encontram eco nos debates acerca das normas reguladoras do direito de autor e dos direitos conexos frente à introdução de novas tecnologias de difusão e criação de conhecimento.

<sup>1</sup> Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Pesquisador visitante (*independent visiting researcher*) na Universidade de Londres (*Queen Mary*). Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor do PPGD da UniFG/BA. Professor Convidado da Universidade de Lisboa e da *Universidad Complutense de Madrid*. Presidente do Instituto Latino de Direito e Cultura (ILDC). Presidente do Comitê Jurídico e de Desenvolvimento da Federação de Entidades de Gestão Coletiva do Audiovisual *Latin Artis*. Advogado. Advogado de NMK Advogados.

<sup>2</sup> Mestrado em Direito, Fundamentos e Efetividade do Direito do PPGD da UniFG/BA. Especialista em Direito Tributário (UNAMA). Auditor Federal do Trabalho em Vitória da Conquista (BA).

**Palavras-chave:** Propriedade literária. Direito de autor. Almeida Garrett. Alexandre Herculano.

**Abstract:** The present work analyzes the theoretical positions adopted by two icons of the Portuguese Romanticism, Almeida Garrett and Alexandre Herculano, about the doctrine of literary property, representing the possibility of authors being the exclusive holders of the right to publish or authorize the reproduction of their works. From the Decree of July 8, 1851, proposed by Almeida Garrett and considered the initial legal framework of copyright in Portugal, the opposition of ideas between Garrett, a defender of literary property as the most appropriate means to protect the interests gained prominence of the author and of society, and Herculaneum, who conceived impossible literary works to constitute the object of property. Finally, it addresses how aspects of the theoretical counterpoint of the two authors still find an echo in the debates about the norms regulating copyright and related rights in the face of the introduction of new technologies of diffusion and creation of knowledge.

**Keywords:** Literary property. Copyright. Almeida Garrett. Alexandre Herculano.

## 1 INTRODUÇÃO

A temática do acesso ao trabalho intelectual produzido por terceiros tem gerado, ao longo da história, intensos debates em todo o globo, máxime a partir da invenção da imprensa por Gutemberg no século XV. Num cenário em que a internet é responsável, atualmente, por uma difusão massiva de conteúdo, existem os defensores de um acesso ampliado às criações intelectuais como forma de promover o progresso cultural e, noutra banda, há autores advogando o incremento da proteção destinada aos direitos autorais, em abono ao labor desenvolvido por aqueles que criam e à proteção a um modelo de negócios que movimenta altíssimas cifras todos os anos.

Em terras portuguesas, a intensificação dos debates em torno da questão autoral se deu na primeira metade do século XIX, deveras tardiamente em relação a outros países europeus, como Inglaterra e França, que já possuíam, à época, legislação sobre a matéria. Recém egresso de um sistema de privilégios<sup>3</sup>, Portugal somente conseguiu regulamentar o direito de

---

<sup>3</sup> O sistema de privilégios, anterior ao reconhecimento do direito de autor, consistia na concessão, pelo monarca, de autorizações específicas a sujeitos-criadores ou outros beneficiários (tipógrafos e impressores, à guisa de exemplificação) para a reprodução e exploração econômica de obras. Maiores aprofundamentos sobre o tema são

propriedade dos autores sobre suas obras no ano de 1851, quando fora entabulado um tratado internacional com a França e promulgado um decreto tratando da matéria, então chamada de propriedade literária.

A partir da inserção dos referidos instrumentos normativos no ordenamento jurídico português da época, entrou em cena um embate teórico entre dois dos mais famosos escritores do romantismo lusitano: Almeida Garrett, responsável pela propositura do projeto de decreto e articulação política do tratado com a França, e Alexandre Herculano, forte opositor da doutrina da propriedade literária. Guardados os devidos contextos históricos, a polêmica instaurada entre os dois, que mantinham, inclusive, uma relação de amizade até então, gravita em torno de argumentos cuja discussão acerca da aplicabilidade se estende até os dias atuais. No particular, é possível traçar um paralelo entre a época dos dois opositores, quando o avanço da produção de bens culturais criou um ambiente propício à aprovação de legislação sobre o tema do direito autoral, e a contemporaneidade, onde a inovação tecnológica também opera efeitos sobre a difusão de tais bens.

O escopo do presente trabalho é avaliar criticamente as construções teóricas de cada autor e ressaltar como os argumentos por eles utilizados há mais de 150 anos ainda hoje guardam relevância para o estudo da influência da evolução tecnológica no direito de autor.

## 2 GARRETT E A DEFESA DA PROPRIEDADE LITERÁRIA

Mais conhecido e estudado pelo denso trabalho literário<sup>4</sup> do que pela contribuição efetuada à seara jurídica, João Baptista da Silva Leitão de Almeida Garrett, o Visconde de Almeida Garrett (1799-1854), graduou-se em

---

apresentados em: DRUMMOND, Victor Gameiro. Baena e Dias: pioneiros dos privilégios atribuídos aos autores portugueses no século XVI e suas consequências nas novas tecnologias. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 420-436, Set./Dez., 2017.

<sup>4</sup> Almeida Garrett é apontado como o escritor que introduziu o romantismo na literatura portuguesa com a obra poética *Camões*, de 1825. Para além de uma proposta literária, o conjunto da obra romântica de Garrett também reflete o momento histórico vivido em Portugal, máxime a ascensão do liberalismo (vide PEDROSA, Ana Bárbara. Almeida Garrett e a proposta política do romantismo. *Diacrítica*, Braga, v. 29, n. 3, p. 50-65, 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So807-89672015000300006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So807-89672015000300006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 31 out. 2018.

).

Direito pela Universidade de Coimbra, foi escritor e dramaturgo, além de ter ocupado cargos públicos como deputado, ministro e secretário de estado honorário.

O conturbado cenário político atravessado por Portugal nas primeiras décadas do século XIX, impôs a Garrett idas e vindas ao território lusitano a partir de três exílios sofridos: aos 12 anos de idade para a Ilha Terceira (arquipélago dos Açores), em razão das invasões francesas, retornando em 1816; aos 24 para a Inglaterra e, logo após, para a França, dado o golpe de Estado de 1823 resultado da Revolução de Vilafrancada, regressando ao continente em 1826; e aos 29 novamente para a Inglaterra, França e, por fim, Ilha Terceira, onde passou a integrar o exército liberal que derrubou o regime absolutista de D. Miguel em 1832.

Os períodos nos quais esteve exilado, notadamente na Inglaterra e na França, proporcionaram ao autor lusitano o contato com as correntes literárias e legislativas desenvolvidas no âmbito daquelas nações, como observa Luiz Francisco Rebello:

As vicissitudes da emigração, que haviam permitido a Garrett familiarizar-se com as novas correntes estéticas, fizeram-no por igual tomar conhecimento do intenso movimento legislativo que, desde o século anterior, derrubara o velho sistema dos privilégios, substituindo-o pela integração no direito positivo daquele que viria a ser, mais tarde, reconhecido como um dos direitos do homem (e a Constituição da República Portuguesa de 1976 inscreve entre os direitos fundamentais dos cidadãos) o direito de autor.<sup>5</sup>

De volta às terras portuguesas, Almeida Garrett, então deputado, foi responsável pelo primeiro projeto de lei a tratar sobre propriedade literária e artística<sup>6</sup>, apresentado ao parlamento em maio de 1839.

O projeto de Garrett tinha por objetivo alinhar o Direito lusitano com as regras já vigentes em outras nações acerca da proteção à criação intelectual, razão pela qual o Visconde relatou<sup>7</sup> ter se dedicado por mais de dois anos ao

<sup>5</sup>REBELLO, Luiz Francisco. *Garrett, Herculano e a propriedade literária*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999, p. 17.

<sup>6</sup> O projeto tinha por objetivo regulamentar o artigo 23º, parágrafo 4º, da Constituição Portuguesa de 1838, resultado da Revolução de Setembro, que previa: “garante-se aos inventores a propriedade de suas descobertas, e aos escritores a de seus escritos, pelo tempo e na forma que a Lei determinar”.

<sup>7</sup> GARRETT, João Batista da Silva Leitão de Almeida. Relatório do projecto de lei apresentado por Garrett na Câmara dos Deputados em 18 de Maio de 1839. *In*:

estudo da disciplina conferida à propriedade literária em inúmeros países, tais como Inglaterra (Estatuto da Rainha Ana de 1710), Dinamarca (Lei de 7 de janeiro de 1741), França (Decreto da Convenção Nacional de 19 de julho de 1793), Holanda (Lei de 8 de dezembro de 1796), Bélgica (Resolução Real de 23 de setembro de 1814) e Alemanha (Ato de Viena de 8 de junho de 1815, Dieta de 2 de abril de 1835 e Lei de 9 de novembro de 1837). Ao final de profundos estudos, o texto submetido à Câmara dos Deputados em 18 de maio de 1839 acabou por guardar grande similitude com a legislação francesa (a última versão do modelo francês fora apresentada na Câmara dos Pares apenas quatro meses antes do projeto português).

Garrett era defensor da aplicação de um conceito de propriedade tido como avançado para a sociedade portuguesa da época, eis que, das características ínsitas ao instituto (inviolabilidade, transmissibilidade e perpetuidade), seria subtraído, em relação às obras literárias e artísticas, o seu caráter perpétuo. Desse modo, assegurando-se os direitos sobre as obras por um prazo determinado, restaria equacionada a tensão entre as prerrogativas dos criadores e o direito da sociedade em ter acesso às criações.

As críticas que seriam direcionadas, sob o ponto de vista técnico-jurídico, ao caráter temporal da propriedade literária já eram esperadas por Garrett, que cuidou de contemplar, no seu relatório do projeto de lei apresentado na Câmara dos Deputados, argumentos aptos a robustecer a temporalidade desse tipo específico de propriedade. A sociedade, defendia o Visconde, seria detentora do direito de acesso às obras em razão de sua atuação fundamental para o reconhecimento e notoriedade dos autores. Sem a participação “daqueles a quem se comunica”<sup>8</sup>, as obras literárias não seriam conhecidas nem tampouco a elas seria atribuído qualquer valor.

O argumento de Garrett, de modo peculiar, contrapunha-se àquele usualmente utilizado no sentido do meio social colaborar com o autor por meio do arcabouço cultural acumulado por gerações e determinante no processo de criação. O Visconde defendia que o papel da cultura social era posterior, e não prévio à criação autoral, e por isso a perpetuidade não se justificava. A melhor solução, dadas essas circunstâncias, era tutelar o direito

---

REBELLO, Luiz Francisco. *Garrett, Herculano e a propriedade literária*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999, p. 34.

<sup>8</sup> Ibidem, p.32.

dos autores durante a sua vida e por um determinado tempo após o seu falecimento. Esgotado o lapso temporal, exsurgiria, então, para a sociedade o direito de acesso às obras onde também contribuía para a confecção.

Ao tempo em que apontava o atraso experimentado por Portugal em matéria de proteção destinada aos criadores das obras, Garrett reafirmava a inadequação do sistema de privilégios em prol do reconhecimento de um direito do autor. Esse era o ponto alto do seu projeto, independentemente da pertinência do lastro teórico que utilizara, como pontuou Maria de Lourdes Lima dos Santos:

(...) a nova lei vinha emancipar o produtor cultural relativamente ao sistema de favor do antigo regime, na medida em que regulamentaria de forma objectiva as relações do novo sistema em que aquele passara a estar inserido. O mecenato extinguiu-se com os privilégios que a ele se ligavam: «Não temos Mecenas que dar ao génio», escrevia Garrett a certo passo do Preâmbulo, «temos leis que valem mais, que protegem melhor, que não deixam ao acerto do favor o cair a protecção num Horácio — ou num Mévio, segundo variar a aura e resolver a intriga dos palácios. O juízo público, a opinião não comprável, protegerá ao mérito válido e tímido, e despirá das penas de pavão a gralha soberba e confiada.» O produtor cultural deixava de estar dependente do mecenato para se submeter às condições do mercado, que tudo regularia pelo melhor(...)9

Muito embora já contasse com a aprovação pela Câmara dos Deputados desde 1841, a norma só viria a ser publicada em 18 de julho de 1851<sup>10</sup>, quando a conjuntura política estabelecida a partir da Regeneração permitiu e após pedido formal de Garrett à então rainha Maria II. Como havia recebido da própria rainha a incumbência de negociar com a França um tratado bilateral sobre a proteção à propriedade literária e artística, solicitou à monarca, em 29 de junho de 1851<sup>11</sup>, a publicação do texto já aprovado há mais de dez anos,

<sup>9</sup>SANTOS, Maria de Lourdes Lima dos. As penas de viver da pena: aspectos do mercado nacional do livro no século XIX. *Análise Social*, Lisboa, v. 21, n° 86, p. 187-227, 1985. Disponível em:

<<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223477558I9uAHOjy3Un61TI1.pdf>>.

Acesso em: 05 out. 2018.

<sup>10</sup>COLEÇÃO CADERNOS DE POLÍTICAS CULTURAIS. V. 1. DIREITO AUTORAL. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. Disponível em:

<[http://www.cultura.gov.br/documents/10883/38605/direitos-](http://www.cultura.gov.br/documents/10883/38605/direitos-autorais.pdf/ccd2824a-2acd-ab1-b659-4f2b58b287f)

[autorais.pdf/ccd2824a-2acd-ab1-b659-4f2b58b287f](http://www.cultura.gov.br/documents/10883/38605/direitos-autorais.pdf/ccd2824a-2acd-ab1-b659-4f2b58b287f)>. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 289.

<sup>11</sup>GARRETT, João Batista da Silva Leitão de Almeida. Carta ao mesmo e representação à Rainha. In: REBELLO, Luiz Francisco. *Garrett, Herculano e a propriedade literária*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999, p. 61-66.

tendo em vista a necessidade de existir legislação nacional acerca da matéria para que a convenção com os franceses fosse levada a cabo.

Previa a então novel lei portuguesa, logo em seus primeiros artigos, a proteção do autor, mas já deixava clara a temporalidade do aproveitamento a ser realizado pelos detentores do direito de exploração da criação:

Artigo 1º. O direito de publicar ou de authorisar a publicação ou reprodução de uma obra, em todo ou em parte, pela typographia, pela gravura, pela lithographia ou por qualquer outro meio, pertence exclusivamente ao author durante a sua vida.

(...)

Artigo 2º. Depois da morte do author, o referido direito é mantido por mais trinta annos a favor dos herdeiros, ou de quaesquer outros representantes do author, conforme as regras de direito.<sup>12</sup>

Além do direito dos autores de obras literárias, a norma de julho de 1851 tratou da proteção à criação nas obras dramáticas, nos produtos das artes do desenho e nas obras musicais, trazendo também um arcabouço administrativo acerca das formalidades relativas ao registro, as sanções penais aplicáveis nos casos de desobediência aos comandos insertos em seu texto e a tutela dos autores estrangeiros quando a violação aos seus direitos fosse levada a cabo em solo português. A lei permaneceu em vigor até 1867, quando a temática do direito de autor e dos direitos conexos foi incluída no Código Civil elaborado pelo Visconde de Seabra<sup>13</sup>.

A realidade de Portugal nas cinco primeiras décadas dos oitocentos era extremamente prejudicial aos autores nacionais, que viam suas obras reproduzidas de maneira indiscriminada por contrafactores (belgas e franceses,

<sup>12</sup> PORTUGAL. *Decreto de 08 de julho de 1851*. Portugal, 1851. Disponível em:

<[http://hemerotecadigital.cm-lisboa.pt/DireitodeAutor/1851/1851\\_item1/index.html](http://hemerotecadigital.cm-lisboa.pt/DireitodeAutor/1851/1851_item1/index.html)>. Acesso em: 05 out. 2018.

<sup>13</sup>PORTUGAL. *Código Civil Portuguez de 01 de julho de 1867*. Portugal, 1867.

Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2018. O Código Civil português de 1867, que ficou conhecido como o Código de Seabra, trouxe um capítulo dedicado ao trabalho artístico e literário. Nele, restou consignada a natureza especial da propriedade literária, fato suficiente a demonstrar que prevaleceu, na oportunidade, o entendimento de que a temporalidade (então aumentada para cinquenta anos) não retirava do instituto a sua natureza jurídica de efetiva propriedade. Nos exatos termos do artigo 390: “A propriedade literária é considerada, e regida, como qualquer outra propriedade móvel, com as modificações que, pela sua natureza especial, a lei expressamente lhe impõe.”



em sua maioria<sup>14</sup>). Contudo, é importante ressaltar o fato de não ter sido a proteção aos literatos a mola propulsora principal da eclosão de uma norma jurídica específica para tutelar a propriedade literária. Com a escalada da demanda por bens culturais, notadamente os livros, houve a formação de uma verdadeira “indústria literária”, responsável por movimentar uma grande quantidade de setores da economia e cuja viabilidade era ameaçada pela pirataria indiscriminada de obras. Nesse novo e pujante mercado não era o autor a peça de maior relevo, mas o editor, pois este controlava os meios de produção necessários à publicação das obras literárias.

Nessa quadra, os interesses comerciais despertados pelo mercado livreiro brasileiro foram de extrema relevância para a aprovação do projeto legislativo de Garrett e a implementação do acordo bilateral com a França. À época, no Brasil, era prática comum a publicação de obras, sobretudo portuguesas, sem a menção aos seus autores e, por via de consequência, sem o pagamento de quaisquer direitos, trazendo prejuízos também aos livreiros e editores<sup>15</sup>.

A proteção jurídica ao direito de autor e aos direitos conexos por meio da superação do antigo regime de privilégios possuía como pano de fundo muito mais uma concepção liberal de livre (e minimamente leal) concorrência entre os editores nesse crescente mercado do que, propriamente, a proteção aos criadores, que se aproximavam muito mais da figura dos empregados do que de profissionais dotados de autonomia.

O sistema de privilégios ligava-se ao absolutismo e, sendo ele superado, despontou o ambiente político, social e econômico propício a uma regra geral (direito positivo) em lugar de autorizações concedidas ao alvedrio dos monarcas. Garrett e seus seguidores, assim, encontraram a conjuntura ideal para a regulamentação da atuação de cada partícipe (autor, editor e livreiro) desse cenário, viabilizando a indústria literária e, em última análise, uma via

---

<sup>14</sup> Com o despertar cada vez mais acentuado no continente europeu da indústria de tipografia, que, por sua vez, era responsável por obras literárias mas também formulários, cartazes e todo tipo de papelaria que necessitasse de impressão, também as contrafações surgiam com profusão.

<sup>15</sup> FERREIRA, Tania Maria Bessone da Cruz. Definindo privilégios: a questão da propriedade literária nas relações entre Brasil e Portugal (1862 – 1889). In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 27, 2004, Porto Alegre. *Anais* [...]. Porto Alegre: PUCRS, 2004. Disponível em <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2004/resumos/R1385-1.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

para a sobrevivência dos homens das letras.

### **3 A AUTORIA COMO ATIVIDADE TRANSCENDENTAL E O PURISMO DO DIREITO DE PROPRIEDADE EM HERCULANO**

Alexandre Herculano de Carvalho e Araújo nasceu em 1810, numa família simples e sofreu grande influência das ideias de seu pai, relacionadas ao liberalismo<sup>16</sup>. Tal qual Almeida Garrett, cresceu numa época de grande agitação política em Portugal, eis que a primeira metade do século XIX testemunhou desde invasões francesas, fuga da família real para o Brasil, guerrilhas, revoluções, uma primeira Constituição (1822) e até uma monarquia absoluta.

Em 1832, após retornar de um exílio na Inglaterra, ocorrido em razão de sua oposição ao regime absolutista de D. Miguel e em defesa das reivindicações da causa liberal, passou a seguir carreira pública como bibliotecário. Ainda, foi jornalista, poeta e historiador, além de ter exercido um mandato de deputado, tendo sido um autor de renome no romantismo português com artigos e opúsculos de enorme influência. Terminou a sua vida numa fazenda em Vale de Lobos, onde residiu por dez anos e dedicou-se à sua paixão pela agricultura, vindo a falecer em 1877.

A vivência e a ideologia que sustentou foram marcadas pelo contexto revolucionário liberal em que cresceu<sup>17</sup>, destacando-se na sua biografia a defesa de uma posição moderada, intermediária entre ideias socialistas e acepções de um capitalismo livre, desprovido de controles estatais.

A convenção celebrada por Portugal com a França em 1851, que consagrou a doutrina da propriedade literária, consubstanciou-se no principal gatilho para Alexandre Herculano se manifestar por intermédio de seus escritos, máxime em razão de seu nome ter sido veiculado por Garrett como

---

<sup>16</sup>RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. *Alexandre Herculano (1810-1877)*: Espírito doutrinário e romantismo literário. Juiz de Fora: UFJF, 2007. Disponível em <<http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/HERCULANO.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 1-6.

<sup>17</sup>FERRÃO, Nuno Sotto Mayor. Alexandre Herculano (1810-2010) – Breves considerações histórico-culturais no ano do bicentenário do seu nascimento. *Crônicas do Professor Nuno Sotto Mayor Ferrão*. Lisboa, 31 mar. 2010. Disponível em: <<https://cronicasdoprofessorferrao.blogs.sapo.pt/8061.html>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

apoiador ao conteúdo do tratado. Em carta endereçada a Garrett<sup>18</sup>, Herculano deixou claro em suas considerações que ele e o Visconde, dois escritores ícones do romantismo português da primeira metade do século XIX, não compartilhavam da mesma opinião acerca da possibilidade de conceber obras artísticas e literárias como objeto de propriedade.

Na construção de sua argumentação de oposição a Almeida Garrett, Herculano assevera que o direito de propriedade relaciona-se, tão somente, às coisas materiais, tangíveis. O autor defendia um conceito puro de propriedade, dentro do qual não cabia incluir coisas não dotadas desses atributos de materialidade e tangibilidade. Assim, o instituto configuraria um direito relativo a um valor gerado a partir do trabalho:

O que é o direito propriedade? É o direito transmissível de possuir e transformar um valor creado pelo trabalho do que o possui, ou transforma. Esse direito complexo existe desde o momento em que o homem applicou o trabalho intelligente á materia, e creou assim um valor. As modificações, os limites que a sociedade lhe impõe vem da indole e das necessidades della; não são inherentes ao mesmo direito. A propriedade litteraria (abstrahindo das obras d'arte para simplificar a questão) não póde ser senão o direito sobre um valor creado pelo trabalho dos que o crearam; sobre a representação material da idéa; porque esse valor está ligado a um objecto que se chama o *livro*, na accepção vulgar e sensível desta palavra.<sup>19</sup>

Nas obras literárias o valor a que se referia Herculano se encontrava na materialização adquirida após o processo de impressão. Um livro, assim, seria o resultado dos “esforços combinados do escriptor, do capitalista que empregou o capital para a sua publicação, do fabricante de papel, do compositor, do impressor, etc”<sup>20</sup> e tais esforços, somados, fariam despontar o valor de troca do livro, a ser repartido por todos aqueles que laboraram para a sua gênese. *É importante ressaltar, contudo, que o autor lusitano não desprezava a existência do trabalho intelectual, apenas entendia ser tal labor incapaz de gerar direito à propriedade.* A justificativa para tanto reside na sua concepção acerca das diferenças entre trabalho material e imaterial, ambos presentes no processo de criação de um livro.

<sup>18</sup>HERCULANO, Alexandre. Da Propriedade Litteraria e da Recente Convenção com França ao Visconde D'Almeida Garrett. In: HERCULANO, Alexandre. *Opúsculos. Questões Públicas. Tomo II*. Lisboa: Viúva Bertrand, 1898, p. 54-112.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 62-63.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 63.

Na definição de trabalho material Herculano incluía uma enorme gama de atividades desenvolvidas pelo autor, como estudos, viagens, pesquisas, experimentos, horas de escrita, dentre outras, todas elas visíveis. Trata-se, assim, de um conceito bastante abrangente, de modo a alcançar todo o esforço concreto, tangível.

Por outro lado, os esforços imateriais transcenderiam as atividades físicas para abarcar a inspiração, algo anterior e sublime quando cotejado com o trabalho material. Nas palavras de Herculano compreendiam:

os da cogitação, da inspiração, do genio; são os que elevam o engenho acima do vulgo; são os que trazem á terra as centelhas da infinita sciencia, da immensa sabedoria de Deus; são os que attingem os mysterios, as harmonias do universo, que o escriptor vem revelar; são aquelles com que aspiramos estas perennes emanções do Verbo que se espargem sobre a humanidade, transfusas pela intelligencia, e que se chamam a civilisação; são os que dão ao homem de letras uma especie de sacerdocio, o sacerdocio da imprensa. Estes esforços immateriaes não se apreciam, não se medem, não se recompensam como a creação e o transporte ao mercado d'alguns saccos de trigo, ou como o covado de chita produzido pelo tear do operario fabril.<sup>21</sup>

Por serem inalcançáveis pelo instituto da propriedade, as criações do espírito humano, representadas por atos, técnicas, discursos ou mesmo ideias poderiam ser copiadas por outrem de maneira livre sem que tal proceder violasse os reais direitos de propriedade titularizados pelo seu autor.

É perceptível a influência do romantismo nas construções de Herculano na medida em que colocava o autor como alguém iluminado, capaz de, em momentos de inspiração, estabelecer uma ponte com o divino, o transcendental. Trata-se de uma idealização do processo de criação, concebido mais como um sacerdócio que, propriamente, como uma profissão, daí impensável uma remuneração desse especial labor pelo mercado.

A contrapartida a esse sacerdócio, impossível de ser mensurado economicamente, seria o reconhecimento da sociedade, a glória do autor. É sobretudo importante sublinhar que Herculano não ignorava o fato da pouca ou inexistente contraprestação financeira pelo trabalho de criação ser um óbice à dedicação do autor ao seu elevado mister, apenas refutava a doutrina da propriedade literária como solução para o problema:

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 72-73.

Se a mente o eleva acima do vulgo; se o illumina mais do que ao vulgo um raio da intelligencia divina, os seus pés rasgam-se tambem, como os delle, nos abrolhos da vida. A dor, as privações, todos os males humanos, todas as necessidades pesam do mesmo modo sobre o engenho. A virtude da abnegação, o animo para lutar com a miseria e ainda para viver na estreiteza não são mais communs no homem de letras do que nos outros homens. Limitados a uma retribuição de ordem moral pelo lavor litterario, e equiparados ao operario pelo trabalho material, muitos abandonariam o seu ingrato mister, com detrimento do progresso e civilização do paiz, e da propria sciencia. Torno a repetir que concordo plenamente nessa parte. O remedio, porém, para taes inconvenientes não está na lei de propriedade litteraria.<sup>22</sup>

Alexandre Herculano pensou num sistema de recompensas públicas legais (prêmios literários, pensões acadêmicas, cargos públicos a serem ocupados exclusivamente por homens de letras) em lugar da propriedade literária, se utilizando do exemplo do que ocorria na França. Tamanha era a importância dos autores para o progresso da civilização, que a sociedade reconheceria esse papel criando as condições adequadas para o sustento daqueles cuja produção era indispensável ao progresso cultural da coletividade, defendia o autor português.

Herculano, em suas críticas, também trouxe argumentos que invocavam o princípio da igualdade: os autores de obras literárias não seriam diferentes de outras pessoas, igualmente aptas a criar, a ponto de lhes ser concedido um direito especial de propriedade intrínseco à sua condição. No particular, o escritor acusava os defensores da propriedade literária (aí incluído Almeida Garrett) de corporativistas, eis que, ao forçar um entendimento jurídico desprovido de base teórica, o faziam exclusivamente em defesa de interesses próprios, o que se assemelhava, ao fim e ao cabo, ao antigo regime de privilégios estabelecidos para favorecer um grupo específico de indivíduos.

Nesse ponto em especial, a construção de Herculano revela uma contradição: ao mesmo tempo em que sustentava ser o autor alguém iluminado, cujo esforço imaterial o transportava a um patamar acima do profissional comum, defendia não ser ele merecedor de uma proteção normativa supostamente excepcional.

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 82.

Muito embora se opusesse à doutrinada propriedade literária, Alexandre Herculano não concebia como justa a livre reprodução de obras sem a menção aos seus autores. Em artigo publicado em *O Panorama* em 1843, portanto anos antes da polêmica com Almeida Garrett, deixou clara a sua posição acerca da contrafação que estava ocorrendo em terras brasileiras:

Algum ou alguns livreiros francezes estabelecidos no Brasil tomaram para honesto modo de vida roubar quanto a imprensa de Portugal produz. Seja bom ou seja mau, não há livro, folheto, artigo de jornal popular, que não seja reproduzido pela imprensa franceza da America.  
(...)

Tanto é esta opinião insolente e ingrata a que preside a tão baixo latrocínio, que nesses jornaes compostos unicamente de farrapos, mal cirzidos, dos jornaes populares portugueses, nunca se encontrará a indicação, nem o nome do pobre espoliado.<sup>23</sup>

Tal qual o conjunto da sua obra na literatura, que, por vezes, se ressentia “dos excessos de idealização romântica”<sup>24</sup>, as construções de Alexandre Herculano em relação à propriedade literária revelam um distanciamento da realidade objetiva, prática. Com efeito, o mercado literário da época, regido por princípios liberais (que o próprio Herculano defendia) compreendidos como necessários para o crescimento do comércio das obras, era incompatível com as ideias do autor português. De inviável implementação prática, como ele mesmo acabou reconhecendo em outro texto de sua autoria<sup>25</sup>, o estabelecimento de regras mínimas para disciplinar a contrapartida econômica sobre o labor dos atores envolvidos no processo de criação e difusão de livros dificilmente se encaixaria num sistema de recompensas públicas ou de remuneração tão somente pela venda do exemplar físico.

Além da diferenciação entre trabalho material e imaterial, Herculano contrapôs Garrett com outro argumento contrário à doutrina da propriedade literária, atacando o seu caráter temporário. É de relevo instar que Alexandre Herculano concebia como insustentável, sob o prisma jurídico, a relativização do direito de propriedade pelo afastamento de uma de suas principais

<sup>23</sup> HERCULANO, Alexandre. Propriedade literária. Aviso contra salteadores. *O Panorama*, Lisboa, nº 56, p. 18-19, 21 de janeiro de 1843.

<sup>24</sup> MASSAUD, Moisés. *A literatura portuguesa em perspectiva*. São Paulo: Editora Atlas, 1994, p. 52.

<sup>25</sup> HERCULANO, Alexandre. Appendice. In: HERCULANO, Alexandre. *Opúsculos. Questões Públicas. Tomo II*. Lisboa: Viúva Bertrand, 1898, p. 113-148.

características: a perpetuidade. Assim, se os autores realmente tivessem direito a suas obras, estes deveriam ser perpétuos. Caso não o fossem, então não se estaria diante de um verdadeiro direito de propriedade sob o ponto de vista lógico-jurídico<sup>26</sup>.

Fundamentalmente, as construções de Herculano denotavam se encontrar a propriedade literária equiparada à propriedade intelectual e esta se consubstanciaria num tipo de propriedade imperfeita, não passível, portanto, de defesa nos campos da lógica e do Direito. Se admissível, apenas o seria enquanto uma concessão pragmática ou de índole utilitarista, como legislação de exceção.

#### **4 O AUTOR PROFISSIONAL VERSUSA LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS**

Da contraposição argumentativa estabelecida entre Almeida Garrett e Alexandre Herculano em relação à doutrina da propriedade literária é possível extrair construções que até os dias atuais permeiam o debate, inclusive no Brasil, acerca do direito autoral.

De início, a defesa levada a cabo por Garrett em relação à necessidade de regulamentação sobre a reprodução e exploração de obras literárias guarda uma característica eminentemente objetiva: aqueles que se dedicam ao ofício de escritor são profissionais, ou seja, se dedicam e sobrevivem do exercício de tal atividade.

É certo que a sociedade enxerga um aspecto romântico no processo criativo, cultuando a ideia do gênio e da originalidade<sup>27</sup>, mas tão mais certo é que aquele que cria não deixa de ser humano, com necessidades reais e palpáveis como qualquer pessoa. Seu ofício diferenciado não o torna imune às quotidianas exigências da vida mundana, tais quais alimentar-se, vestir-se ou sustentar a família. Assim, a preocupação com a definição de regras legais acerca da contrapartida financeira ao trabalho criativo reflete um profissionalismo ínsito à atividade e assegura a permanência dos autores na

---

<sup>26</sup>Releva destacar que Alexandre Herculano não defendeu a perpetuidade da propriedade literária, mas tão somente se utilizou de um argumento para demonstrar a inviabilidade do instituto quando analisado sob o prisma técnico-jurídico.

<sup>27</sup>FOER, Franklin. *Mundo sem mente*. A ameaça existencial da alta tecnologia. Lisboa: Temas e debates, 2018, p. 177.

dedicação à inovação contínua. Sem uma perspectiva clara e objetiva de retorno econômico, certamente não seria possível impedir que os autores deixassem o seu mister e migrassem para o desempenho de outras funções de modo a garantir a sua subsistência.

Em abono a essa visão objetiva da realidade, o próprio Garrett admitiu, em sede de teoria jurídica, que o uso do termo propriedade literária não seria o mais correto, pois ela não detinha “todos os caracteres que, em estrito ápice de direito, deve ter a propriedade comum”<sup>28</sup>. Contudo, apelando à conjuntura posta, sustentou que a celeuma estabelecida não tinha o condão de alterar a situação vivenciada por aqueles que viviam da produção literária e que assistiam diuturnamente as suas obras serem largamente utilizadas sem qualquer autorização ou retribuição financeira.

Em oposição à intensificação da proteção ao autor, a ideia de livre difusão de conhecimento como combustível indispensável ao progresso da humanidade estava presente em Herculano, para quem a obra advinda do intelecto era um bem público, passível de ser livremente utilizado.

E essa lei protectora que se estenda a tudo quanto o espirito humano póde conceber: prohiba-se a luz que o trabalho da intelligencia derrama no meio da sociedade, e que se chama a civilização; annulle-se a obra de Deus que pôs no mundo os homens summos como apóstolos da sua sabedoria eterna, como instrumentos da sua providencia; neguem-se os destinos de perpetuo progresso, que são os do genero humano, e cujo mais poderoso mobil é a imitação, se essa luz, se essa civilização, se esse progresso não for comprado na praça publica; se não se respeitar o direito da propriedade litteraria, que não é, que não póde ser senão o direito de propriedade das idéas manifestadas, não importa com que formulas; materializadas, não importa por que meio, nos objectos sensiveis.<sup>29</sup>

A construção teórico-jurídica elaborada por Herculano contra a propriedade literária objetivava, ainda que de maneira indireta, garantir o progresso da civilização por intermédio da livre apropriação de ideias, de modo que não se engessasse a evolução cultural com uma legislação considerada de exceção.

<sup>28</sup> GARRETT, João Batista da Silva Leitão de Almeida. Carta de Garrett a Herculano. In: REBELLO, Luiz Francisco. *Garrett, Herculano e a propriedade literária*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999, p. 101 a 105.

<sup>29</sup> HERCULANO, Alexandre. Da Propriedade Litteraria e da Recente Convenção com França ao Visconde D'Almeida Garrett. In: HERCULANO, Alexandre. *Opúsculos. Questões Públicas. Tomo II*. Lisboa: Viúva Bertrand, 1898, p. 68-69.



Atualmente, com a massiva difusão de conhecimentos pela internet, pode ser identificado um movimento contrário ao incremento da proteção aos direitos autorais e que se justifica exatamente no necessário progresso cultural da humanidade, tal qual defendia Alexandre Herculano. Com uma nova roupagem, a argumentação agora se volta à universalização do conhecimento, tido como algo que fora concentrado entre os autores profissionais durante décadas. A internet pode, assim, alçar o povo, os cidadãos comuns, a um papel que ultrapasse o de mero consumidor de cultura, para tornar-se dela também produtor.

Franklin Foer, ao referir-se às gigantes do Vale do Silício (*Google, Facebook e Amazon*) e à sua influência na sociedade hodierna, observa que tais empresas têm minado o conceito de autoria profissional:

Silicon Valley tem uma opinião completamente diferente em relação à criatividade humana. Acredita nas virtudes da colaboração, que os grupos que trabalham em harmonia dão origem a melhores ideias do que o indivíduo isolado. Considera a originalidade um ideal exageradamente sobrestimado, até mesmo pernicioso.

(...)

Silicon Valley lançou uma guerra contra os autores profissionais, numa tentativa de enfraquecer as leis de direito de autor que permitem que os escritores ganhem a vida com a sua pena. Desenvolveu um plano de negócios que deflaciona o valor do conhecimento, transformando, assim, a escrita num bem barato e descartável.<sup>30</sup>

Contudo, percebe-se que a atuação das mencionadas empresas contra o direito de autor e direitos conexos visa a maximização de seus lucros, e não o progresso cultural da humanidade, de modo que a argumentação de Herculano é revisitada com finalidades bastante diversas e, sobretudo, eticamente questionáveis.

Também neste sentido se vem observando um entendimento – acentuadamente equivocado – de parte da sociedade contemporânea a atribuir um caráter negativo aos criadores potenciais titulares de direitos no sistema de direito de autor e direitos conexos. Esta atribuição de caráter negativo forma sucessivamente uma acentuada des-compreensão do próprio sentido da criação. Se hoje é possível falar-se em autoria colaborativa e os processos criativos que podem, efetivamente, se dar por meio de criações muito mais

<sup>30</sup> FOER, Franklin. *Mundo sem mente*. A ameaça existencial da alta tecnologia. Lisboa: Temas e debates, 2018, p. 178.

pluralizáveis, impessoalizáveis e realizadas à distância, não se deve deixar de compreender o sentido das criações do sujeito individual. Ainda que muitas questões possam ser reavaliadas sobre o sentido do gênio criativo, acentadamente presente na cultura literária a partir dos séculos XVIII e XIX, a criação de modo individual ainda irá existir e, mais do que somente existir, ainda se mantém (e possivelmente no futuro se manterá) como o paradigma criativo.

Nada disto impede as reflexões sobre as novas formas de criação e colaboração, mas, por ora, o paradigma da criação ainda se reveste dos elementos filosóficos e empíricos da criação individual ou, quando em coautoria ou com a participação de outros criadores, numa forma sucessiva ou concomitante de atuações compreendidas sob a forma de soma de individualidades.

## 5 CONCLUSÃO

A oposição de ideias estabelecida entre Almeida Garrett e Alexandre Herculano deixou evidente os pilares defendidos por cada um: enquanto Herculano voltou-se a aspectos eminentemente técnico-jurídicos<sup>31</sup>, Garrett centrou seus argumentos na realidade prática então enfrentada pelos envolvidos no processo criativo de obras literárias e artísticas, com nítida predominância do viés econômico sobre o jurídico. Contudo, ambos convergiram, cada um ao seu modo, quando encamparam a defesa do combate ao regime de privilégios anteriormente estabelecido, de modo a enaltecer uma postura calcada no liberalismo então prevalente em terras portuguesas.

Num panorama mais amplo, como conclusão, a relevante questão que se coloca é que as discussões sobre o conceito do direito de autor e dos direitos conexos se mantém na mesma generalidade de análise conceitual que,

---

<sup>31</sup> Curiosamente, apesar de suas reconhecidas contribuições na seara jurídica (por exemplo, os notórios estudos que desenvolveu acerca do casamento civil, chegando a participar dos trabalhos de redação do Código Civil Português de 1867 em relação à temática), Alexandre Herculano não era graduado em Direito, eis que possuidor de “uma formação auto-didática, mais forjada na dura exegese documental do que nos livros de filosofia da História” (CARVALHO, Paulo Archer de. Herculano: da história do poder ao poder da história. *Revista de história das ideias*, Coimbra, v. 14, p. 481-522, 1992. Disponível em: <[https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/42070/1/Herculano%2C\\_da\\_historia\\_do\\_poder.pdf](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/42070/1/Herculano%2C_da_historia_do_poder.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2018, p. 484).

basicamente, refere-se à percepção sobre o Direito desde o século XV, atravessando inclusive as discussões oitocentistas do século XIX entre os tão significativos autores portugueses e chegando até a contemporaneidade. O conflito entre direito de autor e tecnologia se mostra, mas talvez o que mais releve seja a percepção que a incompreensão histórica se dá desde o seu início e ainda hoje se mantém. Ou seja, em alguns termos de absoluta obviedade o direito de autor e os direitos conexos pouco evoluíram, mormente no que se refere à compreensão da sua função primígena como sistema e na sua natureza jurídica como vem sendo atribuída.

A discussão sobre o conceito de propriedade aplicável ou não às criações artísticas continua sendo criticada pela doutrina e a incompreensão das justificativas filosóficas também estão ainda vivas<sup>32</sup>, desde o importante debate protagonizado pelos dois intelectuais portugueses do século XIX até a contemporaneidade.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo Archer de. Herculano: da história do poder ao poder da história. *Revista de história das ideias*, Coimbra, v. 14, p. 481-522, 1992. Disponível em: <[https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/42070/1/Herculano%2C\\_da\\_historia\\_do\\_poder.pdf](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/42070/1/Herculano%2C_da_historia_do_poder.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2018.

COLEÇÃO CADERNOS DE POLÍTICAS CULTURAIS. V. 1. DIREITO AUTORAIS. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/documents/10883/38605/direitos-autorais.pdf/ccd2824a-2acd-ab1-b659-4f2b58b287f>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

DRUMMOND, Victor Gameiro. Baena e Dias: pioneiros dos privilégios atribuídos aos autores portugueses no século XVI e suas consequências nas novas tecnologias. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 420-436, Set./Dez., 2017.

DRUMMOND, Victor Gameiro. O déficit filosófico do direito de autor. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 4, n° 6, p. 2903-2933, 2018. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018\\_06\\_2903\\_2933.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2903_2933.pdf)>.

<sup>32</sup> DRUMMOND chama às incompletudes filosóficas do direito de autor por déficit filosófico do direito de autor. DRUMMOND, Victor Gameiro. O déficit filosófico do direito de autor. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 4, n° 6, p. 2903-2933, 2018. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018\\_06\\_2903\\_2933.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2903_2933.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2018.

Acesso em: 13 nov. 2018.

FERRÃO, Nuno Sotto Mayor. Alexandre Herculano (1810-2010) – Breves considerações histórico-culturais no ano do bicentenário do seu nascimento. *Crônicas do Professor Nuno Sotto Mayor Ferrão*. Lisboa, 31 mar. 2010. Disponível em: <<https://cronicasdoprofessorferrao.blogs.sapo.pt/8061.html>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

FERREIRA, Tania Maria Bessone da Cruz. Definindo privilégios: a questão da propriedade literária nas relações entre Brasil e Portugal (1862 – 1889). In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 27, 2004, Porto Alegre. *Anais [...]*. Porto Alegre: PUCRS, 2004. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2004/resumos/R1385-1.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

FOER, Franklin. *Mundo sem mente*. A ameaça existencial da alta tecnologia. Lisboa: Temas e debates, 2018.

GARRETT, João Batista da Silva Leitão de Almeida. Carta ao mesmo e representação à Rainha. In: REBELLO, Luiz Francisco. *Garrett, Herculano e a propriedade literária*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999, p. 61 a 66.

GARRETT, João Batista da Silva Leitão de Almeida. Carta de Garrett a Herculano. In: REBELLO, Luiz Francisco. *Garrett, Herculano e a propriedade literária*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999, p. 101 a 105.

GARRETT, João Batista da Silva Leitão de Almeida. Relatório do projecto de lei apresentado por Garrett na Câmara dos Deputados em 18 de Maio de 1839. In: REBELLO, Luiz Francisco. *Garrett, Herculano e a propriedade literária*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999, p. 29-41.

HERCULANO, Alexandre. Appendice. In: HERCULANO, Alexandre. *Opúsculos. Questões Públicas. Tomo II*. Lisboa: Viúva Bertrand, 1898, p. 113-148.

HERCULANO, Alexandre. Da Propriedade Litteraria e da Recente Convenção com França ao Visconde D'Almeida Garrett. In: HERCULANO, Alexandre. *Opúsculos. Questões Públicas. Tomo II*. Lisboa: Viúva Bertrand, 1898, p. 54-112.

HERCULANO, Alexandre. Propriedade literária. Aviso contra salteadores. *O Panorama*, Lisboa, nº 56, p. 18-19, 21 de janeiro de 1843.

MASSAUD, Moisés. *A literatura portuguesa em perspectiva*. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

PEDROSA, Ana Bárbara. Almeida Garrett e a proposta política do romantismo. *Diacrítica*, Braga, v. 29, n. 3, p. 50-65, 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=SO807-89672015000300006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO807-89672015000300006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 31 out. 2018.

PORTUGAL. *Código Civil Portuguez de 01 de julho de 1867*. Portugal, 1867.

Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2018.

PORTUGAL. *Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1838*. Portugal, 1838. Disponível em: <<https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1058.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

PORTUGAL. *Decreto de 08 de julho de 1851*. Portugal, 1851. Disponível em: <[http://hemerotecadigital.cm-lisboa.pt/DireitodeAutor/1851/1851\\_item1/index.html](http://hemerotecadigital.cm-lisboa.pt/DireitodeAutor/1851/1851_item1/index.html)>. Acesso em: 05 out. 2018.

REBELLO, Luiz Francisco. *Garrett, Herculano e a propriedade literária*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999.

RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. *Alexandre Herculano (1810-1877): Espírito doutrinário eromantismo literário*. Juiz de Fora: UFJF, 2007. Disponível em <<http://www.ecsbddefesa.com.br/fts/HERCULANO.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

SANTOS, Maria de Lourdes Lima dos. As penas de viver da pena: aspectos do mercado nacional do livro no século XIX. *Análise Social*, Lisboa, v. 21, nº 86, p. 187-227, 1985. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223477558IquAHoJy3Un61TI1.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2018.

Data de Submissão: 29/11/2018, Data de Aprovação: 08/12/2018

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO

DRUMMOND, Victor Gameiro; LOURA, Renato Cezar de Almeida. O marco jurídico do direito de autor em Portugal: a doutrina da propriedade literária sob a ótica de Almeida Garrett e Alexandre Herculano. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 1, p. 74-93, jan./jun. 2018. ISSN 2447-6536. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/223>. Acesso em: dia mês. Ano. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i1.223>.

**OS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE UM TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO****THE CHALLENGES FOR THE IMPLEMENTATION OF A BRAZILIAN CONSTITUTIONAL  
COURT**Roberta Magalhães Gubert<sup>1</sup>

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, Brasil.

robertamgubert@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo abordar a questão dos modelos de justiça constitucional e debater a (in)existência (e a necessidade de implantação) de um verdadeiro Tribunal constitucional em solo brasileiro. O trabalho está dividido em duas partes; na primeira apresenta os modelos de justiça constitucional – da Suprema Corte norte-americana e dos Tribunais Constitucionais europeus – e, na segunda, apresenta o modelo brasileiro. Por fim, conclui que a ausência de certos traços – como a separação orgânica e institucional do Tribunal Constitucional da estrutura do Poder Judiciário, a competência exclusiva e concentrada para o contencioso constitucional, bem como as diferenças quanto a forma de provimento dos cargos e a permanência na Corte por mandato com prazo determinado – comprovam o distanciamento que existe entre o Supremo Tribunal Federal e as Cortes Constitucionais européias.

**Palavras-chave:** Justiça Constitucional. Tribunal Constitucional. Supremo Tribunal Federal.

**Abstract:** This article aims to address the issue of constitutional justice models and discuss the (in) existence (and the need for implementation) of a real Constitutional Court on Brazilian soil. The work is divided into two parts; in the first one it presents the models of constitutional justice - the US Supreme Court and the European Constitutional Courts - and, in the second, it presents the Brazilian model. Finally, it concludes that the absence of certain features - such as the organic and institutional separation of the Constitutional Court from the structure of the Judiciary, exclusive and concentrated jurisdiction for constitutional litigation, as well as differences in the manner of filling positions and permanence in the Court by mandate with determined term - prove the distance that exists between the Federal Supreme Court and the European Constitutional Courts.

<sup>1</sup> Doutora em Direito Público (UNISINOS). Mestre em Direito Público (UNISINOS). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (PUC/RS). Professora (UNISINOS). Advogada (OAB/RS).

**Keywords:** Constitutional Justice. Constitutional Court. Federal Court of Justice.

## 1 INTRODUÇÃO

A temática da globalização dos problemas fundamentais dos estados contemporâneos no cenário do século XXI nos convida a uma reflexão sobre os desafios – apesar de todo avanço e expansão que marcaram o direito constitucional no último século – que ainda se apresentam ao constitucionalismo contemporâneo; o fenômeno da globalização expôs um aparente paradoxo a ser desvendado: de um lado, surge o questionamento acerca do futuro do estado (moderno) – estruturado tradicionalmente na base das ideias de povo, território e governo soberano – diante da formação de novas configurações de organização política e econômica, e de outro, apresentam-se os problemas e, principalmente, as demandas do estado nacional, tais como a busca pela maior efetividade de direitos sociais, debate ainda muito presente no debate interno dos contextos nacionais.

Sob a perspectiva do futuro do Estado, torna-se necessária a investigação acerca das transformações do Estado contemporâneo – impostas por novos desafios geopolíticos e econômicos, tais como a globalização e o chamado processo de “desconstitucionalização dos estados nacionais”, o desenvolvimento da ideia de constitucionalismo multinível, o capitalismo financeiro e ausência de fronteiras na atuação e na influência dos mercados, o terrorismo, a crise migratória do fluxo de populações vindas especialmente da África e da Ásia para o continente europeu, mas também para a América do Norte e do Sul, as crises ambientais, entre outros – e, especialmente, a abertura para se pensar novos modelos de governo não fundados, necessariamente, na concentração de poder na figura do Estado constitucional.

Muitos trabalhos acadêmicos vem apresentando grande esforço criativo nesta seara, na medida em que, além de analisar e contrapor a formação histórica do estado nacional e o atual cenário existente, são propositivos, e buscam vislumbrar novas instituições e formas de organização, capazes de atender mais adequadamente às exigências presentes e futuras.

Nesse sentido, destacam-se pensadores como David Held, especialmente na obra *Cosmopolitismo e Modelos de Democracia*, Jacques

Chevallier, com *O Estado Pós-Moderno*, Michael Hardt e Antonio Negri, pela trilogia *Império*, *Multidão* e *Comune*, Georg Sorensen, na obra *La transformación del Estado*, assim como Saskia Sassen em seu *Territory, Authority, Rights: from medieval to global assemblages*, e Pierre Rosanvallon no livro *La Legitimidad Democrática*, entre muitos outros, que refletem sobre temas centrais da filosofia política – tais como democracia, soberania, elementos do Estado moderno, constitucionalismo, Estado de bem-estar social – e apontam para a insubsistência do modelo atual, sem deixar de refletir sobre o paradoxal problema decorrente da necessidade de manutenção de algum vínculo entre as populações e a noção de constituição. No âmbito brasileiro, a obra *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*, de José Luís Bolzan de Moraes, é precursora na temática. O trabalho identifica as crises do estado contemporâneo no cenário da globalização – conceitual, estrutural, institucional/constitucional, funcional e política – e retoma o debate acerca do papel (ainda necessário) a ser desempenhado pelo constitucionalismo na proteção dos direitos humanos<sup>2</sup>.

Contudo, curiosamente ainda existe – e talvez de forma mais intensa nos últimos anos, em decorrência da crise econômica mundial que, especialmente após 2008, vem colocado em risco direitos sociais como previdência e auxílio-desemprego, tradicionalmente assegurados no contexto europeu e norte-americano –, uma forte demanda pela presença das instituições estatais na vida das populações nacionais e pela efetividade de direitos sociais que dependem quase exclusivamente das estruturas do Estado constitucional.

Por tudo isso, não podemos olvidar que o termo Estado, aplicado em seu sentido moderno, por si só já designa uma instituição histórica e geograficamente situada. Como explica J. J. Canotilho, o termo Estado, mesmo sem adjetivos, carrega consigo um sentido profundo de historicidade, indissociável do processo ocidental da modernidade.

Basta um breve relance de olhos pela vasta literatura jurídica, política e econômica relacionada com o Estado para verificarmos esta intriga: o Estado do não está só. Tem sempre o acompanhamento de adjetivos. À guisa de um curto inventário, apresentamos algumas adjetivações:

---

<sup>2</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.



“estado subsidiário”, “estado sobrecarregado”, “estado dispensador de serviços”, “estado activo”, “estado económico”, “estado-arena”, “estado desobediente”, “estado aberto”, “estado cooperativo”, “estado protector”, “estado garantidor”, “estado desfronteirizado”, “estado internacional”, “estado cosmopolítico”, “estado ponderador”, “estado cooperativo”, “estado ecológico”, “estado argumento”, etc. Pela lista assim esboçada, poderemos ver que nem sequer a sobrecarregámos com adjectivos tradicionais, como “estado de direito”, “estado democrático”, “estado autoritário”, “estado social”, “estado liberal”, “estado intervencionista”, “estado socialista”, “estado unitário”, “estado regional”, “estado federal”, “estado republicano”, “estado nação”. Quando vemos o Estado cercado de adjectivos, talvez se possa dizer o que Carl Schmitt afirmou acerca da Constituição. Mais ou menos isto: um Estado carecedor de adjectivos indicia um claro mal-estar do próprio Estado. Parece não ter substância. Apela a algumas qualidades. É tudo e nada<sup>3</sup>.

Por isso, a paradoxalidade do problema é tão instigante: a crise do estado contemporâneo é ao mesmo tempo a crise do modelo de estado social e a crise pela insuficiência do estado social. Daí a premência e a relevância em se discutir o compartilhamento global dos problemas fundamentais do estado constitucional.

Nesse contexto, a atuação da justiça constitucional e o esclarecimento do embate entre as noções de jurisdição constitucional, judicialização da política e ativismo judicial (ainda) são um grande desafio do constitucionalismo contemporâneo, razão pela qual o presente artigo pretende abordar a questão dos modelos de justiça constitucional e debater a (in)existência e a necessidade de implantação de um verdadeiro Tribunal constitucional em solo brasileiro.

## 2 OS MODELOS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A ideia de uma justiça constitucional está pautada principalmente nas noções de controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional. Embora a segunda, desenvolvida especialmente no constitucionalismo do segundo pós-guerra, seja mais recente que a primeira, foi somente com a afirmação daquela que os mecanismos de proteção da Constituição (controle) ganharam um novo

<sup>3</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a Teoria da Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, v. 25, n. 56, 2002, Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, p. 26-27.

patamar de importância e se expandiram em abrangência e complexidade, a partir da segunda metade do século XX.

O desenvolvimento da justiça constitucional é certamente o acontecimento mais marcante do Direito constitucional europeu da segunda metade do século XX. Atualmente não podemos mais conceber um sistema constitucional que não dê lugar a essa instituição e, na Europa, todas as novas Constituições prevêem a existência de uma Corte Constitucional.<sup>4</sup>

Desta forma, os modelos de controle da constitucionalidade não podem ser confundidos com os conceitos de jurisdição e justiça constitucional, haja vista que a função de controlar a constitucionalidade das leis é apenas uma das atribuições de uma justiça que exerce a jurisdição constitucional.

Dentre as diversas atribuições e competências da justiça constitucional, J. J. Gomes Canotilho<sup>5</sup> destaca que

são muito heterogêneas as *funções da justiça constitucional*. A pontualização dos momentos relevantes na gênese da justiça constitucional permite agora, em forma de síntese, individualizar os seus domínios típicos, ressaltando-se sempre, como é natural, as particularidades concretas de cada ordenamento jurídico-constitucional: (1) *litígios constitucional* (“*Verfassungstreitigkeiten*”), isto é, litígios entre órgão supremos do Estado (ou outros entes com direitos e deveres constitucionais); (2) *litígios emergentes da separação vertical (territorial) de órgãos constitucionais* (ex.: federação e estados federados, estados e regiões); (3) *controle da constitucionalidade das leis e, eventualmente, de outros actos normativos (Normenkontrolle)*; (4) *protecção autónoma de direitos fundamentais* (“*Verfassungsbeschwerde*”, “*recurso de amparo*”); (5) *controle da regularidade de formação dos órgãos constitucionais* (contencioso eleitoral) e de outras formas importante de expressão política (referendos, consultas populares, formação de partidos); (6) *intervenção nos processos de averiguação e apuramento da responsabilidade constitucional e, de um modo geral, a «defesa da constituição» contra crimes de responsabilidade (Verfassungsschutzverfahren)*.

Quanto ao desenvolvimento da noção de jurisdição constitucional, importante resgatar a obra *A Força Normativa da Constituição*, de Konrad Hesse – considerada por muitos, na seara do direito constitucional, a mais importante do século XX –, uma vez que representa um marco “divisor de águas” para as transformações do constitucionalismo contemporâneo.

<sup>4</sup> FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 15.

<sup>5</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 895.

Buscando romper com o conceito sociológico de Constituição defendido por Ferdinand Lassalle, no século XIX, para o qual a essência da Constituição residiria nos interesses políticos dos “fatores reais de poder”, enquanto a Constituição em seu sentido jurídico não passaria de uma mera *folha de papel*, Hesse introduz a ideia de que as normas constitucionais possuem, por si só, força jurídica para regular o Estado e a sociedade, ou seja, as normas da Constituição são normas jurídicas e, portanto, dotadas de imperatividade<sup>6</sup>. É com Hesse que passamos a afirmar: a Constituição obriga. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,

a Constituição, ainda segundo Hesse, é dotada de uma pretensão de eficácia, ou seja, de que a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade, pretensão de eficácia que, por sua vez, não pode estar dissociada das condições históricas de sua realização, contemplando aqui as contemplando aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, pois somente dessa forma a Constituição e sua pretensão de eficácia lograrão imprimir ordem à realidade política e social<sup>7</sup>.

A força normativa da Constituição, ou seja, sua pretensão (jurídica) de ser efetiva e eficaz irá depender, portanto, de mecanismos jurídicos capazes de transformar em realidade os conteúdos nela previstos. Com isso, Hesse defende a existência de uma “vontade de Constituição”<sup>8</sup>, compartilhada por todos aqueles que participam da vida constitucional. Para tanto, fatores externos e internos deverão contribuir para esse acontecer das normas constitucionais. Os fatores externos seriam aqueles relacionados aos atores e aos interesses da vida política, social, econômica e cultural do país, enquanto os internos seriam os mecanismos e instrumentos propriamente jurídicos, instituídos pela Constituição, para assegurar seu próprio cumprimento – tais como os mecanismos de controle de constitucionalidade e ações constitucionais<sup>9</sup>.

Esse processo de “ressignificação” das Constituições – que já existiam desde o século XVIII –, passa agora a assegurar não apenas uma garantia

<sup>6</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 15-19.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184-185.

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 19

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184-185.

formal de sua existência, mas sim uma aplicação substancial de seu conteúdo, criando um processo de “constitucionalização” ou “publicização” do Direito, ou seja, a Constituição torna-se o *referencial de validade* para todos os ramos do direito (civil, penal, trabalho, etc.). É na Constituição que reside o fundamento para todo o direito; e diante dessa nova relevância atribuída às normas constitucionais, sua efetividade – transformação em realidade concreta – também se torna o grande objetivo a ser perseguido e alcançado.

A jurisdição constitucional, portanto, vai se desenvolver no contexto do século XX, a partir da formação do próprio Estado Democrático de Direito, impulsionada pela ideia de força normativa da Constituição. A característica marcante da jurisdição constitucional é, por conseguinte, uma atuação e uma presença mais evidente do Judiciário nas questões econômicas, sociais e políticas do país, especialmente nas que envolvem a eficácia dos direitos fundamentais. Esse processo de expansão da jurisdição constitucional é autoevidente e pode ser explicado no sentido de que se todo fundamento de validade do direito reside na Constituição e esta é uma norma jurídica dotada de imperatividade, logo toda a jurisdição é uma jurisdição constitucional.

Nesse contexto, a importância da justiça constitucional se mostra clara e indiscutível, visto que a ela caberá o exercício deste papel de transformação social. Para Lênio Luiz Streck, a jurisdição constitucional é fundamento de validade do próprio Estado Democrático de Direito<sup>10</sup>; e, para Vital Moreira, “a existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje um requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos”<sup>11</sup>.

Contudo, apesar da clara distinção acima elencada, existe uma certa correlação entre essas noções, uma vez que os modelos de justiça constitucional se desenvolveram, em grande parte, em decorrência dos sistemas de controle jurisdicional da constitucionalidade adotados por cada ordenamento jurídico. Desta forma, assim como se fala em dois grandes modelos de justiça constitucional – da Suprema Corte norte-americana e dos Tribunais Constitucionais europeus –, pode-se identificar também duas

<sup>10</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 102.

<sup>11</sup>MOREIRA apud STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 103.

grandes vertentes dos sistemas de controle da constitucionalidade – o sistema de controle difuso e concreto, iniciado pela ideia de *judicial review*, e o sistema europeu continental, de controle concentrado e abstrato.

Não obstante, qualquer tentativa de vinculação obrigatória entre determinado modelo e sistema será precipitada, incorrendo em excessivo reducionismo, haja vista o crescimento exponencial da complexidade dos mecanismos de controle e técnicas de interpretação constitucional, que permitiram o entrecruzamento desses modelos e sistemas e o surgimento de figuras híbridas de controle da constitucionalidade – dos quais o Brasil talvez seja o exemplo mais fecundo.

O primeiro modelo de justiça constitucional a se desenvolver foi aquele decorrente da experiência histórica do constitucionalismo norte-americano, na qual não se empregou a ideia de uma jurisdição propriamente ou exclusivamente constitucional. J. J. Gomes Canotilho denomina este de *Modelo Unitário*, uma vez que a jurisdição constitucional não será exercida com autonomia institucional, ou seja, todos os juízes e tribunais terão competência (poder-dever), no âmbito da prestação jurisdicional comum das ações e recursos a eles submetidos, de decidir acerca da conformidade constitucional<sup>12</sup>. Por isso, a denominação *modelo unitário*, uma vez que todos os órgãos que compõem o Poder Judiciário exercerão função semelhante de guarda da Constituição, funcionando de forma una. Este é um modelo adotado por países como Estados Unidos, Canadá, Austrália, Índia e Brasil.

No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz.<sup>13</sup>

O desenvolvimento deste modelo se deu em grande parte pela construção jurisprudencial da noção de *judicial review*, denominado no Brasil de controle difuso. O marco histórico que inaugura esta ideia – e a própria

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 896.

<sup>13</sup> FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 17.

noção de um sistema de controle de constitucionalidade – é o caso *Marbury versus Madison*, julgado pela *Supreme Court* dos Estados Unidos em 1803. Os principais argumentos utilizados na fundamentação deste processo – *supremacia da constituição e judicial review* – não foram teses inéditas, fato que em nada reduz a importância do caso.

Antecedente histórico muito relevante para formação da ideia de um controle jurisdicional dos atos estatais reside na tradição inglesa dos séculos XVI e XVII, na qual Sir Edward Coke<sup>14</sup> já defendia a possibilidade de controle sobre os atos do Parlamento, no sentido de que estes não poderiam interferir na formação e aplicação da *common law*, sendo esta uma atividade exclusiva dos juízes. Nesse sentido, Lênio Streck<sup>15</sup> destaca a importância da adoção do *rule of Law* – Estado de Direito ou “governo da lei” – na criação do *judicial review*, isso porque

essa concepção de “governo da lei” foi importantíssima para a afirmação (e legitimidade) do *judicial review*. Na verdade, a intervenção das Cortes na revisão dos frutos do processo legislativo é resultado da compreensão da existência de um “governo das leis” (*rule of law*), à distinção de “governo dos homens”, como *império* da soberania popular (*rule of people*). Ou seja, não bastaria a legalidade para que se substituísse o “governo dos homens” pelas leis, mas seria necessária uma correspondência entre a legislação e a afirmação dos direitos civis e políticos. Com isso, houve uma “desvalorização da legislação parlamentar como fonte do direito”, fortalecendo o papel das Cortes de tal forma que a tradição norte-americana ficou *marcada* pelo “risco de uma passagem da supremacia da Constituição à supremacia das Cortes Constitucionais”, devido à existência de um controle da constitucionalidade fortalecido.

O paradigmático caso *Marbury v. Madison* teve início com o *writ of mandamus* interposto, em 1801, por *William Marbury* alegando que havia sido impedido de assumir a função pública de juiz de paz, por ato do então Secretário de Estado *James Madison*, durante o mandato do novo Presidente da República *Thomas Jefferson* (partido republicano), como represália ao fato de que o cargo havia sido designado por lei aprovada ainda no final da presidência de *John Adams*, membro do partido federalista e opositor político da atual administração. A decisão final do caso, que chega ao conhecimento da

<sup>14</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 362-365.

<sup>15</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 372-373.

Suprema Corte norte-americana pela via recursal, foi proferida pelo *Justice John Marshall*<sup>16</sup>.

O voto decisivo foi estruturado em duas partes. A primeira dedicada à demonstração do direito de Marbury e a segunda declarando que, reconhecido este direito, deveria haver, então, uma solução jurídica para assegurá-lo. A fundamentação construída por Marshall é no sentido de que inexistindo óbice legal ou vício no ato de nomeação de Marbury, o decreto de Madison careceria de legitimidade e amparo constitucional, razão pela qual deveria ser cassado. Ocorre que a Constituição dos Estados Unidos não conferia expressamente à Suprema Corte, ou a qualquer outro órgão jurisdicional, a competência para agir nesse sentido<sup>17</sup>. E esse é o ponto de maior inovação.

Marshall afirma que diante de um conflito de normas, cabe ao Judiciário, dentre os três poderes, a função de interpretar e aplicar as leis e, portanto, também excluí-las quando em contradição com a norma maior. Ou seja, mesmo não existindo previsão expressa do cabimento dessa função ao Judiciário ou a qualquer dos outros poderes, o controle de constitucionalidade das leis, por ele denominado de *judicial review*, seria uma *função implícita*, decorrente da função precípua do Poder Judiciário de interpretar e aplicar as leis. Nesse sentido, é pertinente a análise de Alexis de Tocqueville<sup>18</sup> acerca da “invenção” do estado norte-americano e a importância do caso concreto na atuação do Judiciário:

A segunda característica do poder judiciário é a de se pronunciar sobre casos particulares e não sobre princípios gerais. Se um juiz, deslindando uma questão particular, destrói um princípio geral, pela certeza que se tem de que, sendo cada uma das consequências desse mesmo princípio atingidas da mesma maneira, o princípio se torna estéril, ele permanece dentro do círculo natural de sua ação; mas quando o juiz ataca diretamente o princípio geral e o destrói sem ter em vista um caso particular, sai do círculo dentro do qual todos os povos concordaram em encerrá-lo, torna-se algo de mais importante, de mais útil talvez, que um magistrado, mas deixa de representar o poder judiciário [...] a causa acha-se exclusivamente no seguinte fato: os americanos reconheceram o direito de fundarem os juízes as duas decisões na Constituição, antes que nas leis.

<sup>16</sup>BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3-5.

<sup>17</sup>BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

<sup>18</sup>TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998, p. 82-83.

*Noutras palavras, permitiram-lhes jamais aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais.* (grifo nosso)

A fundamentação de Marshall foi inspirada, em grande parte, na obra “O Federalista”, de Alexander Hamilton, datada de 1787, na qual já se debatia o *judicial review* – ou seja, a possibilidade de anulação dos atos do Legislativo, pelo Judiciário, quando contrários à Constituição. Nas palavras do próprio Alexander Hamilton, seu texto de n. 78.

Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à Constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo [...] Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou a autoridade. Consequentemente, *não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição.* Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem [...] *É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes.* Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma *irreconciliável discrepância* entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.<sup>19</sup> (grifo nosso)

Com o reconhecimento do *judicial review*, dá-se início ao sistema americano de controle da constitucionalidade – que também pode ser denominado controle difuso, caracterizando-se como uma fiscalização em concreto da matéria, uma vez que a violação da Constituição é julgada como uma questão prejudicial à solução do mérito de um caso concreto. Apesar de sua raiz norte-americana, este sistema foi reproduzido por muitos países, inclusive o Brasil. A inserção deste modelo de justiça constitucional e de

<sup>19</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2009. p. 479-480.



sistema de controle no cenário jurídico brasileiro se deu nos mesmos moldes da experiência norte-americana, ou seja, a adoção dessa função por parte dos juízes não está expressamente autorizada pelo texto constitucional, mas decorre da importação, pela carta constitucional de 1891, do modelo de Estado norte-americano – com a adoção do republicanismo, do federalismo, do presidencialismo e de uma Suprema Corte, aqui denominada de Supremo Tribunal Federal.

A principal característica do modelo difuso é que o controle da constitucionalidade é competência comum de todos os órgãos do Poder Judiciário, ou seja, todos os juízes, na prestação de sua jurisdição, terão o poder/dever de afastar a aplicação das leis tidas por inconstitucionais diante do julgamento de um caso concreto. Desta forma, podemos concluir que o sistema de controle difuso é aquele no qual o julgador é chamado a decidir acerca da constitucionalidade das leis em sede de um processo singular (caso concreto), em razão do efeito da lei questionada sobre a decisão daquele caso – decidindo pela aplicação da lei ou seu afastamento, quando configurada a inconstitucionalidade –, também por isso, Gomes Canotilho denomina este de *modelo unitário*, haja vista que o acesso à Suprema Corte se dará pela via recursal, mantendo a unidade do Judiciário.

Já o denominado modelo europeu (continental) de justiça constitucional é atribuído, majoritariamente, à Hans Kelsen<sup>20</sup>. A proposta do jurista se deu por meio da criação da Corte Constitucional, promovida pela promulgação da Constituição da Áustria de 1º de outubro de 1920. A ideia de um Tribunal Constitucional, separado da estrutura do Poder Judiciário, formado por magistrados, professores de direito e advogados, com a atribuição exclusiva de julgar a compatibilidade das leis perante a Constituição, foi idealizada por Kelsen em um período no qual ainda persistia uma concepção

---

<sup>20</sup>Lênio Luiz Streck, citando Rui Medeiros, adverte que a ideia de um tribunal constitucional *ad hoc* não é inovação de Hans Kelsen; sendo este inspirado nos modelos pré-existentes da Checoslováquia e da própria experiência austríaca. Nesse sentido, transcreve “As ideias de Kelsen sobre a justiça constitucional, mais do que ponto de partida, indicam um ponto de chegada. Assim, mesmo omitindo o precedente introduzido poucos meses antes Checoslováquia ou os antecedentes austríacos do sistema desenhado pela Constituição de 1º de outubro de 1920, não se pode ignorar que o referido compromisso estava subjacente a alguns modelos filosóficos, projetos políticos, precedentes jurisprudenciais e doutrinas jurídicas que um pouco por toda a Europa prepararam o terreno da justiça constitucional no século XX”. MEDEIROS apud STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 413.

formalista de Constituição – apenas considerada como norma jurídica que ocupa o vértice de um ordenamento composto exclusivamente de normas jurídicas e organizado de forma hierárquica e escalonada. Desse órgão, criado com finalidade específica, origina-se o sistema concentrado de controle da constitucionalidade<sup>21</sup>.

Em sua autobiografia<sup>22</sup>, Kelsen rememora sobre o trabalho constituinte

Minha tendência própria era codificar de modo mais irrepreensível possível do ponto de vista da técnica jurídica os princípios políticos que me eram dados e construir, assim, garantias eficazes para a constitucionalidade da atividade estatal. Considerei como o núcleo jurídico da Constituição a seção sobre as garantias constitucionais e administrativas. Nesse sentido, pude referir-me a instituições da antiga monarquia: a Corte Imperial e o tribunal Administrativo. Este último pôde ser incorporado sem modificações substanciais. *A Corte Imperial foi transformada em uma verdadeira corte constitucional – a primeira desse tipo na história do direito constitucional. Até então, nenhuma corte havia recebido competência para revogar leis por motivo de inconstitucionalidade com efeito geral e não restrito ao caso particular [...]* A seção que me era mais cara e que eu considerava minha obra mais pessoal, a jurisdição constitucional, não sofreu alteração alguma nos debates parlamentares. (grifo nosso)

Dentre as principais características desse modelo de justiça constitucional, que guarda significativa originalidade em relação ao modelo norte-americano, destacam-se a forma de provimento dos magistrados, a concentração da competência para o julgamento da constitucionalidade das leis e os efeitos gerais e vinculantes das decisões proferidas, razão pela qual Gomes Canotilho denomina este de *Modelo da Separação*. Sob esta nova perspectiva organizativa, a justiça constitucional será confiada a um Tribunal institucionalmente separado do Poder Judiciário, com a competência específica de julgar as questões constitucionais, excluindo esta atribuição dos demais órgãos do Poder Judiciário<sup>23</sup>.

Na atualidade, a preferência europeia pelo modelo de justiça constitucional concentrada – com a exclusão do controle difuso – e pela implantação de Tribunais Constitucionais pode ser comprovada por todo o

<sup>21</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 733.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2012, p. 80-81.

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 896.

continente europeu. Nesse sentido, o breve inventário de Louis Favoreu<sup>24</sup> é bastante minucioso:

A história das Corte Constitucionais não é longa, pois realmente teve início em 1920, com a criação da Corte Constitucional da Tchecoslováquia (Constituição de 29 de fevereiro de 1920) e a da Alta Corte Constitucional da Áustria (Constituição de 1 de outubro de 1920). A Espanha republicana seguiu esse movimento, criando em sua Constituição de 1931 um Tribunal de Garantia Constitucionais que durou até a ascensão de Franco. A segunda onda situa-se após a Segunda Guerra Mundial, quando após o restabelecimento da Corte austríaca de 1945, forma instituídas a Corte Constitucional italiana, 1948, e o Tribunal Constitucional Federal alemão, 1949, aos quais podemos acrescentar a criação, alguns anos mais tarde, das Cortes Constitucionais da Turquia (1961) e Iugoslávia (1963). A criação do Conselho Constitucional de França, 1959, deve ser situada nesse movimento, mesmo que na origem não parecesse ter as mesmas finalidades. A terceira onda manifestou-se nos anos 1970, com a criação dos Tribunais Constitucionais de Portugal (Constituição de 1976, revista em 1982), Espanha (Constituição de 1978) e, também, em certa medida, a Corte Especial Superior da Grécia (1975); movimento que se propagou na Bélgica, com a Corte de Arbitragem (1983) que teve grande desenvolvimento na Europa do Leste: Polônia (1985), Hungria (1989), Romênia, Bulgária (1991), Albânia e República Tcheca (1992), Lituânia (1993), Eslovênia (1994), Rússia (1995) e Armênia (1996).

Louis Favoreu<sup>25</sup> afirma que a opção europeia significou a aceitação de um desafio até então temido pelos norte-americanos: o caráter político das decisões que anulam as leis por razão de inconstitucionalidade. Retomando a análise de Alexis de Tocqueville, transcreve:

Os estadunidenses... confirmam a seus tribunais um imenso poder político; mas, obrigando-os a não atacarem as leis senão por meios judiciais, diminuíram bastante os perigos desse poder [...] *Se o juiz pudesse atacar as leis de maneira teórica e geral, se pudesse tomar a iniciativa de censurar o legislador, entraria estrepitosamente na cena política; tornando-se campeão ou adversário de um partido, teria chamado todas as paixões que dividem o país a tomar parte da luta. Mas, quando o juiz ataca uma lei em um debate anônimo e em uma aplicação particular, esconde em parte a importância do ataque aos olhos do público. Sua sentença não tem outro objetivo senão o de proteger um interesse individual; a lei só é atacada por acaso. (grifo nosso)*

<sup>24</sup> FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 16.

<sup>25</sup> TOCQUEVILLE apud FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 18.

Nesse mesmo sentido é a crítica de Lênio Luiz Streck<sup>26</sup>, na medida em que “a instituição de um tribunal de controle de constitucionalidade fora da estrutura do Poder Judiciário tinha o nítido objetivo de proteção do legislador, influência da Revolução Francesa”, pois ao mesmo tempo em que se criam mecanismos capazes de assegurar a vontade geral da lei, também é possível a instituição de freios entre os Poderes.

Uma vez que, no sistema de controle concentrado, o conhecimento da matéria constitucional ficará a cargo exclusivamente do Tribunal Constitucional, disso decorrerão consequências ou atributos próprios dessa nova forma de controle, quais sejam: a propositura dessas ações se dará de forma direta, por meio da competência originária, para conhecer de ações que dependerão da provocação de legitimados específicos, produzindo uma fiscalização abstrata da matéria – que significa dizer que as leis e atos normativos serão analisadas sem qualquer vínculo com os casos concretos<sup>27</sup>. Como consequência, considerando que neste modelo concentrado, a discussão da matéria será em tese e que o processo não envolve partes diretamente interessadas em um litígio que disputa certo bem da vida, a eventual decisão pela inconstitucionalidade da lei terá, em regra geral eficácia geral, alcançando a todos os destinatários da lei e será de aplicação vinculante aos órgãos do Poder Judiciário. Por isso a Corte Constitucional pode ser comparada a um “legislador negativo”<sup>28</sup>.

No Brasil, o controle concentrado foi introduzido, às avessas, pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, durante a vigência do regime militar, possibilitando o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), sem que, entretanto, tenha sido criado institucionalmente um órgão com os tradicionais atributos de Tribunal Constitucional nos moldes acima comentados, ficando o julgamento da referida ação – como persiste até os dias de hoje – sob a competência originária Supremo Tribunal Federal (STF), criado, ressalte-se, em 1891, sob a influência do modelo norte-americano de

<sup>26</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 414.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 104.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 734.

Suprema Corte. Daí dizer-se que o Brasil possui um sistema misto de controle da constitucionalidade, congregando o difuso, desde 1891, e o concentrado, desde 1965.

### **3 A CRISE DO MODELO BRASILEIRO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E A RAZÃO PELA QUAL O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO É UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Voltando as atenções aos objetivos específicos do presente trabalho, que busca discutir a (in)existência e a necessidade da instituição de um verdadeiro Tribunal Constitucional no Brasil, cumpre pontuar com maior detalhamento os elementos institucionais e orgânicos que evidenciam a justiça constitucional e os Tribunais Constitucionais europeus. Assim, buscamos elencar as características comuns, que possam identificar o modelo, sem olvidar a existência de peculiaridades próprias de cada país.

A maioria dos Tribunais Constitucionais europeus estão situados em países que adotam o parlamentarismo como sistema de governo (Alemanha, Itália, Espanha, Bélgica, Portugal, entre outros); tal atributo se torna especialmente relevante diante da forma de provimento desses juízes, que em sua maioria não serão provenientes da magistratura de carreira – mas também selecionados entre advogados, membros do ministério público e, principalmente, professores universitários –, sendo escolhidos mediante indicação ou eleição de autoridades políticas. Apenas para citar alguns exemplos, na Alemanha oito membros são escolhidos pelo *Bundestag* (Parlamento) e oito membros são escolhidos pelo *Bundesrat* (Conselho Federal dos *Länder*); na Itália, cinco membros são indicados pelo Presidente da República, cinco membros pelo Parlamento e cinco pelas Magistraturas Supremas; e, por fim, na Espanha os membros são selecionados pelo Rei mediante proposição de quatro membros pelo Congresso, quatro membros pelo Senado, dois pelo governo e dois pelo Conselho Geral do Judiciário<sup>29</sup>. A título exemplificativo, os casos de composição heterogênea acima lançados evidenciam a marcante diferença em relação aos modelos norte-americano e brasileiro, no qual os membros da Suprema Corte são, em sua totalidade,

---

<sup>29</sup> FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 30.

indicados pelo Presidente da República e confirmados por posterior sabatina no Senado Federal<sup>30</sup>.

Também imperioso registrar que diferentemente dos países que adotam um modelo norte-americano de justiça constitucional, no qual os juízes da Suprema Corte exercem função vitalícia – ou no caso brasileiro até que completem a idade para aposentadoria compulsória, atualmente fixada em 75 anos<sup>31</sup> –, nos países europeus, o mandato se dá por prazo determinado e poucos admitem a possibilidade de recondução. Na Alemanha o mandato é de doze anos, inadmita a renovação; na Itália e na Espanha, o mandato é de nove anos, também inadmitida a renovação; e, em Portugal, o mandato é de seis anos, permitida sua renovação<sup>32</sup>.

Contudo, a questão mais significativa diz respeito a independência – organizacional, administrativa e financeira – do Tribunal em relação a qualquer outro órgão ou autoridade estatal, colocando-o “fora do alcance dos poderes públicos que a Corte está encarregada de controlar”<sup>33</sup>, bem como sua clara separação do Poder Judiciário. De acordo com Louis Favoreu esta “*é a diferença fundamental entre uma Corte Suprema e uma Corte Constitucional: enquanto a primeira está necessariamente – daí seu nome – colocada no cume de um edifício jurisdicional, a segunda está localizada fora de todo aparelho jurisdicional*”<sup>34</sup> (grifo nosso).

Esta separação estrutural do Judiciário gera consequências importantes, como a diminuição no volume de processos que chegam ao Tribunal e, especialmente, no número de ações julgadas a cada ano – apesar da crescente demanda pelo controle na aplicação das leis, ou seja, das ações que versam sobre os pedidos de cassação a decisões judiciais, por meio de

---

<sup>30</sup>Sabatina que no caso brasileiro, muitas vezes, tem finalidade meramente formal, considerando a força e o empenho do Executivo na formação e manutenção da base aliada junto ao Congresso Nacional.

<sup>31</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 88, de 08 de maio de 2015. Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2015/emendaconstitucional-88-7-maio-2015-780696-publicacaooriginal-146836-pl.html>>. Acesso em: 19 set. 2015.

<sup>32</sup> FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 30.

<sup>33</sup> FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 27.

<sup>34</sup> FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 33.

ações próprias, como o recurso constitucional alemão ou o recurso de amparo espanhol<sup>35</sup>.

Por todos esses atributos, evidenciam-se as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal - STF não pode ser identificado como um verdadeiro Tribunal Constitucional, haja vista sua criação aos moldes da Suprema Corte norte-americana, em 1891, e sua manutenção quase inalterada desde então. A inclusão das ações do controle concentrado na competência originária da Corte Suprema brasileira – a ADI desde 1965 e a complementação com a ADO e a ADPF em 1988 e, por fim, a ADC em 1993 – apenas agravou a crise paradigmática que vive a justiça constitucional pátria.

Nesse sentido, são alarmantes os números produzidos pelo STF a cada ano. Apenas em 2014, foram distribuídos ao Supremo Tribunal Federal 78.110 processos das mais variadas categorias, tendo sido julgados o estarrecedor total de 110.603 processos.<sup>36</sup> Entre as ações do controle concentrado foram julgadas 181 ações, o que por si só representou um aumento de 351% em relação às 51 ações julgadas em 2013. O plenário julgou 166 ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), 14 arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC).<sup>37</sup>

Isso significa dizer que o mesmo STF que julga o complexo conjunto das ações do controle concentrado, incluídas a elaboração das súmulas vinculantes, ainda é responsável pelas demais ações de competência originária e todo o universo recursal que lhe cabe – e cuja exigência de reconhecimento de repercussão geral não tem sido suficiente para filtrar as demandas que acessam a Suprema Corte. Uma consequência negativa desse excessivo volume de demandas a espera de julgamento é o uso indiscriminado das decisões monocráticas<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 38-39.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ano trouxe mudanças e amadurecimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Conjur*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal> >. Acesso em: 19 set. 2015.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283422> >. Acesso em: 19 set. 2015.

<sup>38</sup> Em entrevista recente, Ingo Wolfgang Sarlet refere a necessidade de desenvolvimento de melhores filtros para a realização do controle abstrato e critica o excesso de decisões monocráticas. SARLET, Ingo Wolfgang. Estamos criando uma inversão de argumentos para levar HCs ao Supremo. *Revista Conjur*. Disponível em: <

Algumas medidas vêm sendo tomadas, no sentido de racionalizar e otimizar a jurisdição prestada pelo STF. Contudo, na medida em que estas reformas vêm sendo realizadas por um impulso interno dos membros da própria corte – por meio de alterações em seu Regimento interno –, estas serão sempre parciais e de eficácia limitada, haja vista que uma reforma estrutural-institucional dependeria de proposta de emenda à Constituição. Dentre as inovações alcançadas em 2014, destacam-se a transferência de competências de uma série de matérias do Plenário para as turmas, dentre elas, (a) recebimento de denúncia ou queixa; (b) ações penais contra deputados e senadores (exceto dos presidentes da Câmara e do Senado) e ministros de Estado, entre outros; (c) ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público; (d) reclamações; (e) todos os mandados de segurança, mandados de injunção e *habeas data*; (f) ações envolvendo litígios entre Estados estrangeiros e a União e os conflitos federativos.<sup>39</sup> Todas essas modificações evidenciam a consciência e o interesse do Plenário em restringir sua atuação aos casos típicos de controle concentrado – ações diretas e repercussão geral.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade do presente texto – diante do convite para debater a globalização dos problemas fundamentais dos estados contemporâneos – era problematizar, cotejando os atributos dos modelos de justiça constitucional norte-americano e europeu, a (in)existência de um verdadeiro Tribunal Constitucional no Brasil. A ausência de certos traços – como a separação orgânica e institucional do Tribunal Constitucional da estrutura do Poder Judiciário, a competência exclusiva e concentrada para o contencioso constitucional, bem como as diferenças quanto a forma de provimento dos cargos e a permanência na Corte por mandato com prazo determinado – comprovam com clareza o distanciamento que existe entre o Supremo

---

<https://www.conjur.com.br/2015-set-06/entrevista-ingo-sarlet-juiz-professor-direito-constitucional> >. Acesso em: 19 set. 2015.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ano trouxe mudanças e amadurecimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Conjur*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal> >. Acesso em: 19 set. 2015.



Tribunal Federal e as Cortes Constitucionais europeias. Não obstante esse claro cenário, é notável a dramaticidade do problema diante da ausência de um amplo debate público – pelo menos entre a comunidade jurídica – que decorra de uma reflexão paradigmática acerca da justiça constitucional exercida no Brasil.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Ano trouxe mudanças e amadurecimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 19 set. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a Teoria da Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, v. 25, n. 56, 2002, Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, p. 25-40.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2009.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003a. v. 1.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003b.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. 2.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Estamos criando uma inversão de argumentos para levar HCs ao Supremo. *Revista Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-06/entrevista-ingo-sarlet-juiz-professor-direito-constitucional>>. Acesso em: 19 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998.

Data de Submissão: 27/09/2018, Data de Aprovação: 06/12/2018

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO

GUBERT, Roberta Magalhães. Os desafios para a implementação de um tribunal constitucional brasileiro. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 1, p. 94-114, jan./jun. 2018. ISSN 2447-6536. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/210>. Acesso em: dia mês. Ano. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i1.210>.

**A EVOLUÇÃO DO CONTRADITÓRIO NA JURISPRUDÊNCIA E NO  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO****THE EVOLUTION OF CONTRADICTORY IN CASE LAW AND IN BRAZILIAN CIVIL  
PROCEDURAL LAW**

Carlos Henrique Ramos<sup>1</sup>

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), Belo Horizonte, MG, Brasil.

carlos@pdsc.com.br

**Resumo:** O presente texto/artigo busca analisar a evolução conceitual do contraditório junto aos tribunais brasileiros e ao longo dos 30 anos de vigência da Constituição da República do Brasil. O problema que se pretende discutir no texto é justamente o atraso teórico desenvolvido pelo judiciário brasileiro ao longo de 30 anos. Buscando decisões paradigmáticas pretendemos demonstrar que o judiciário não vem garantindo o contraditório de forma efetiva. Para chegar na resposta utilizamos a metodologia de revisão bibliográfica e da jurisprudência.

**Palavras-chave:** Processo. Contraditório. Constituição da República do Brasil.

**Abstract:** The present text / article tries to analyze the conceptual evolution of the contradictory before the Brazilian courts and throughout the 30 years of validity of the Constitution of the Republic of Brazil. The problem that we intend to discuss in the text is precisely the theoretical delay developed by the Brazilian judiciary over the course of 30. In order to find paradigmatic decisions, we intend to demonstrate that the judiciary does not guarantee the contradiction in an effective way. In order to arrive at the answer we use the methodology of bibliographical revision and jurisprudence.

**Keywords:** Procedure. Contradictory. Constitution of the Republic of Brazil.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Processual (PUC/MG), Professor de graduação em Direito Processual Civil (PUC/MG), Professor de Pós-Graduação. Professor Colaborador do Mestrado em Direito Processual (PUC/MG), Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (IEC-Barreiro), Professor de Graduação da Escola Superior Dom Helder Câmara, Professor de Pós-graduação e graduação da Unifenas, Professor visitante do Mestrado e Doutorado da Universidade de Medelin, Palestrante. Escritor de livros e Artigos. Advogado Militante. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Panamericano de Direito Processual. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

## 1 PROCESSO JURISDICIONAL BRASILEIRO

O objetivo do presente artigo é analisar a evolução conceitual do contraditório junto aos tribunais brasileiros e ao longo dos 30 anos de vigência da Constituição da República do Brasil.

O problema que se pretende discutir no texto é justamente o atraso teórico desenvolvido pelo judiciário brasileiro ao longo de 30 anos.

Utilizando a metodologia de buscar decisões paradigmáticas pretende-se demonstrar que o judiciário não vem garantindo o contraditório de forma efetiva. Para chegar na resposta apresentada na conclusão utilizamos a metodologia de revisão bibliográfica e jurisprudencial.

Assim, antes de adentrar na questão sobre o contraditório no processo jurisdicional brasileiro e como norma fundamental do cidadão e do processo precisamos indicar a evolução do conceito de processo e que tem lastro direto com a evolução do conceito de contraditório.

Chiovenda pensando o processo como relação jurídica, buscam conceituá-los com a indicação de que “processo o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantindo por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”<sup>2</sup>. Do mesmo modo, Carnelutti afirma que “o processo corresponde a um método para a formulação ou para aplicação do direito que tende a garantir a excelência do resultado, vale dizer, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa”<sup>3</sup>. Goldschmidt afirmou que “o processo é o método que seguem os tribunais para definir a existência do direito da pessoa que demanda perante o Estado, a tutela jurídica, e para outorga-lhe esta tutela, caso tal direito realmente exista”<sup>4</sup>. Conclui o jurista, que: “o objeto do Processo Civil é o exame do direito (pretensão) do autor contra o Estado a obter a tutela jurídica, mediante sentença favorável e consequente execução da norma (ação penal) se for suscetível de tanto”.

Todos os conceitos acima indicados possuem um traço comum, qual

<sup>2</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Trad. Paolo Capitanio, 1998, p. 56.

<sup>3</sup> CANELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Livre, 1973, col. I, n. 1, p. 22.

<sup>4</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito e Processo*. vol. 5. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 17-18.

seja, possuem uma visão do processo teleológica, ou seja, o processo é ser um instrumento de realização da jurisdição. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior o objetivo do processo é promover “a atuação do direito objetivo nos casos em que este não seja voluntariamente observado”. Realizando, dessa maneira, a “tutela jurisdicional dos direitos”, que se dá por meio da intervenção do juiz”<sup>5</sup>.

O direito processual civil brasileiro sempre gostou da ideia de que o processo disciplina da jurisdição e que compreende uma atividade estatal com o objetivo de garantir a “eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico”, por meio tanto da cognição como da execução<sup>6</sup>. Ao processo é atribuída natureza teleológica, “nele se caracteriza sua finalidade de exercício do poder”, como “(instrumento através do qual a jurisdição opera) (instrumento para a positivação do poder)”<sup>7</sup>. Reafirmando o caráter instrumental da norma processual e do direito processual estão os eminentes autores paulistas Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que tentam demonstrar que o “direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função puramente jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material”<sup>8</sup>. Para Dinamarco “o importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados. (...) Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor de justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado

<sup>5</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito e Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, v. 5. p. 19-20.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

<sup>8</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 40-41.

escopo das atividades jurídicas do Estado”. Revela a “escola paulista de processo” uma tendência ao abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas, além da destinação liberal da jurisdição, como meio de tutela do indivíduo em face de possíveis abusos ou desvios de poder pelos agentes públicos, ou seja, como elemento de equilíbrio entre os valores poder e liberdade, bem como o reconhecimento do dever do Estado tem e mediante o processo exerce, de interferir na vida da própria sociedade e nas relações entre seus membros, em nome da paz social<sup>10</sup>.

Em posição contrária ao ensinamento dos juristas supracitados está o Professor Frederico Marques que afirma: “o direito processual, ao reverso do que geralmente se sustenta, não tem caráter instrumental, nem serve apenas para restabelecer, fora do processo, a observância do direito objetivo material. A finalidade nas normas processuais é regular composição do litígio, a fim de ser dado a cada um o que é seu. E se é certo que esse objetivo acaba atingido mediante aplicação in concreto do direito material, a conclusão a tirar-se é a de que este constitui instrumento do órgão jurisdicional, meio e modo que é para solucionar-se a lide *secundumius*”<sup>11</sup>. Para Frederico Marques, a instrumentalidade do processo não é devido a sua função de fazer realizar o direito material e, sim, em se constituir no instrumento por meio do qual a jurisdição se faz presente, para se chegar na pacificação dos conflitos. Aroldo Plínio Gonçalves, desenvolvendo a teoria de Elio Fazzalari, demonstra que para desenvolver as características do procedimento e do processo, elas não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado, é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que a específica: o contraditório. O

<sup>9</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 161.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 157-158.

<sup>11</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 40-41.

processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos<sup>12</sup>.

Segundo Fazzalari, o que caracterizará o processo é o fato dele se constituir por uma pluralidade de sujeitos que possuem uma característica própria, qual seja, um modo especial de participação nos atos que conduzirão ao provimento<sup>13</sup>. Aroldo Plínio Gonçalves, com base em Fazzalari, desmistifica o conceito de processo, afirmando que o “processo é espécie e que o procedimento é o gênero, sendo que o processo é o procedimento que se realiza em contraditório”, no qual as partes possuem iguais oportunidades de se manifestarem, dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Na palavras de Fazzalari, o processo é um procedimento com a garantia de participação das partes para a obtenção do ato final, em contraditório, devendo os participantes do processo se entenderem como autores da decisão judicial (provimento)<sup>14</sup>.

Fazzalari caracteriza a estrutura do contraditório com os seguintes elementos: a) participação dos destinatários do ato final na fase preparatória do processo; b) simétrica paridade destes interessados; c) mútua implicação de seus atos; relevância de tais atos para o ato final<sup>15</sup>. Nesse sentido o contraditório surge para o processo como um elemento fundamental de garantia da participação das partes e teve seu status elevado a direito-garantia constitucional com a promulgação da Constituição da República de 1988 (art. 5º, inc. LV da CR/88).

A CR/88, em seu art. 5º, inc. LV, inaugura, do ponto de vista normativo constitucional, no Brasil, a necessidade de entender o processo como direito-garantia fundamental do cidadão e que para a definição do conceito de processo seria necessário a observância tanto do contraditório quando da ampla defesa. Assim, ficou inaugurado o fenômeno de constitucionalização do

<sup>12</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68.

<sup>13</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed., Padova: CEDAM, 1992, p. 81.

<sup>14</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed., Padova: CEDAM, 1992, p. 82-83.

<sup>15</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed., Padova: CEDAM, 1992, p. 82.

processo que nada mais é do que pensar todo o processo como um conjunto de normas fundamentais para garantir o contraditório e ampla defesa. Deixou-se, a partir da CR/88 a ideia de que o processo serve para a jurisdição e passou-se a entender que o processo é instrumento de garantia do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do devido processo legal (art. 5º, LIV da CR/88).

Mesmo verificando que a CR/88 inaugurou, do ponto de vista normativo, o processo constitucional brasileiro infelizmente no plano de aplicação das leis processuais o que verificamos é que os tribunais ainda adotavam a concepção velha e antiquada de contraditório. Admitia-se que o contraditório era somente necessário para que as partes fossem ouvidas no processo, mas não se exigia que o julgador levasse em consideração os argumentos e provas para fundamentar suas decisões. No CPC-1973 verifica-se que o contraditório era meramente instrumental com vista a garantia da dialeticidade (art. 125, I do CPC-1973) das partes, mas sem poder de influência pois havia a compreensão de que o julgador possuía o seu livre convencimento sobre as questões de direito e de fato. Ao julgador era permitido apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, *ainda que não alegados pelas partes*; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (art. 131 do CPC-1973).

Havia um conflito entre a CR/88, no art. 5º, inc. LV, e o CPC, entre os arts. 125, I e 131 do CPC-1973. Enquanto parecia indicar a CR/88 que a garantia do contraditório seria a forma de garantir a democracia no processo jurisdicional brasileiro para o CPC-1973 o contraditório era apenas uma atividade burocrata e que se revelava em uma oportunidade das partes de apresentar argumentos que em nada poderiam afetar o livre convencimento jurisdicional, já que o juiz deveria apenas dizer qual seria seu entendimento e apresentar suas razões para tanto.

Entre os anos de 1988 a 2015, mesmo com parte dos juristas e processualistas brasileiros indicando a necessidade de ruptura com o velho conceito de contraditório como apenas direito de ser ouvido pelos juízes, e com a necessidade de constitucionalização do processo, os tribunais brasileiros se posicionavam de forma conservadora e acanhada. Quase sempre, decisões eram mantidas pelos tribunais sob o argumento de que se as partes foram devidamente ouvidas não haveria a ocorrência de cerceamento do contraditório.



Assim, tivemos que aguardar o CPC-2015 para que o contraditório pudesse ser explicado de forma normativa, sinalizando para os tribunais brasileiros que já não era mais possível que uma decisão fosse tomada com base no livre convencimento (art. 131 do CPC-1973) e com base em argumentos pelos quais as partes não tiveram a oportunidade de se pronunciar de forma satisfatória e anterior à decisão.

## **2 CONTRADITÓRIO, COOPERAÇÃO E PROCESSO CONSTITUCIONAL**

O contraditório, como está indicado no artigo 5º, inciso LV da Constituição da República estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Perceba que o art. 5º, inc. LV da CR/88 é uma norma fundamental de processo que precisava ser explicada e que não havia, até 2015, nenhum fundamento normativo que pudesse indicar e nortear o entendimento sobre a garantia ou não do contraditório e da ampla defesa. Havia apenas a preocupação pelos tribunais de se cumprir as normas processuais previstas pelo CPC-1973 e assim estariam automaticamente cumprindo o contraditório e a ampla defesa. A ideia que reinava para a garantia do contraditório no processo jurisdicional brasileiro pode ser bem-posta nas palavras de Liebman, segundo o qual, “o princípio do contraditório é a garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo. Segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões, antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias. Qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e, por isto, inválida”<sup>16</sup>.

No entanto, pelos ensinamentos de Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves, mesmo antes do CPC-2015, a ideia de que o contraditório, era no sentido de evolução. Carecíamos apenas de normas jurídicas sobre o ponto. Sustenta Aroldo Plínio Gonçalves que “o contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos do processo. O contraditório é a garantia de participação, em simétrica

<sup>16</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Apud* MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: Limitação ao Contraditório? *Revista de Processo*, São Paulo, ano 5, n. 17, 1980, p. 111.

paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que o Estado vier a impor<sup>17</sup>. Explicando melhor, reforça o autor que: “o contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Constitui-se, necessariamente, da igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo<sup>18</sup>”.

Lebre de Freitas, tecendo considerações sobre o contraditório no direito processual português, afirmou que o mesmo seria uma garantia à “proibição da chamada decisão-surpresa<sup>19</sup>”. Isso significava que o tribunal estava proibido de decidir sobre questão de direito material ou processual sem que as partes tivessem a oportunidade de manifestação.

Verificamos que o código de processo civil francês já possuía a preocupação em explicar o sentido do contraditório. Há no CPC francês um capítulo intitulado “*La contradiction*” em que o legislador francês, no ano de 1980, busca dar sentido ao contraditório e o comportamento dos sujeitos processuais para seu efetivo cumprimento. Segundo o art. 16 do CPC francês: “o juiz deve, em todas as circunstâncias, observar e observar o princípio da contradição. Não pode reter, em sua decisão, os meios, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes que se pudessem debatê-los contraditoriamente. Não pode basear a sua decisão nos fundamentos jurídicos que levantou de ofício sem antes ter convidado as partes a apresentar as suas observações.<sup>20</sup>”

<sup>17</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 120-124.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 127.

<sup>19</sup> LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 103.

<sup>20</sup> Art. 16 do CPC francês: *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa*

Durante os anos de 1988 até 2015 o Brasil buscava fontes estrangeiras de direito processual para dar sentido a norma processual prevista no art. 5º, inc. LV da CR/88, em especial, o contraditório. A partir de 2015, com a promulgação de um novo CPC brasileiro, houve a preocupação do legislador brasileiro em seguir a tendência mundial de indicar e explicar o sentido do contraditório para que pudesse evitar decisões arbitrárias no judiciário. Assim, pelo CPC-2015, verificamos a existência de três artigos importantes para conceituar o contraditório, são eles os artigos 7º, 9º e 10º do CPC.

No art. 7º do CPC-2015 pode-se perceber que o legislador indica qual o conceito de contraditório que deve o julgador aplicar dando sentido a norma prevista no art. 5º, inc. LV da CR/88, qual seja, “como paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. Completando o artigo 7º do CPC-2015 temos o artigo 9º e 10º do CPC-2015 que indicam a proibição de existir decisão sem contraditório. Assim, estabelecem os referidos artigos que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Referendou-se, com os artigos supracitados, o entendimento de que o processo jurisdicional brasileiro deve garantir o contraditório e o mesmo é entendido como o “exercício de direitos, faculdades, deveres e ônus em simétrica paridade pelas partes”, mas também, como o direito de “proibição de decisão surpresa” e a necessidade de “influenciar a decisão” com o julgador indicando “motivos” de sua decisão e levando em consideração a argumentação desenvolvida pelas partes.

É oportuno lembrar as lições do Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, que bem explica o conceito de contraditório como elemento vinculativo para a fundamentação das decisões jurisdicionais. Segundo o autor, o contraditório é qualificado pelo quadrinômio estrutural” qual seja, informação-reação-diálogo-influência. Sustenta o autor que o contraditório, norma fundamental

---

*décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.*

do processo (art. 7º do CPC) garante regular informação as partes de quaisquer atos processuais e a oportunidade a cada uma delas de reação aos atos processuais da parte adversa. Para que tal objetivo seja atingido, é necessário permanente diálogo do juízo com as partes, a fim de lhes permitir a oportunidade de ampla manifestação sobre o desenvolvimento do processo e assim exercerem influência no seu desenvolvimento e resultado decisório<sup>21</sup>.

Sobre o assunto, também assevera Didier: “não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão<sup>22</sup>”.

Paralelo a qualificação do contraditório como informação-reação-diálogo-influência apresentado pelo autor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, temos que necessariamente que fazer uma conexão com outro elemento que compõe o contraditório, modernamente, qual seja, a necessidade de cooperação ou participação. O art. 6º do CPC, que também se encontra dentro do capítulo sobre as “normas fundamentais de processo”, indica e completa no entendimento sobre o exercício do contraditório e da garantia do art. 5º, inc. LV da CR/88. Indica o art. 6º que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Fredie Didier Júnior sustenta que “cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do “estado de coisas” (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover. Essa eficácia

<sup>21</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 137.

<sup>22</sup> DIDIER, Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 45.

normativa independe da existência de regras jurídicas expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva (dever) ao magistrado. Repita-se: o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo.<sup>23</sup> Alexandre Freitas Câmara aduz que “o princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão “co-operar”, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo<sup>24</sup>”.

Importa salientar que a cooperação não seria um princípio, mas um dever. O art. 6º do CPC não possui densidade normativa suficiente para justificar a existência de um princípio e a não cooperação dos sujeitos não teria força para levar a anulação do processo o que demonstraria a inexistência de autonomia ao princípio da cooperação<sup>25</sup>. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, aduz que o texto da norma contido no Código de Processo Civil não se descuroou em tratar com clareza sobre a cooperação processual, na medida em que faltou-se “melhor clareza e precisão, em linguagem que possibilitasse exata compreensão de seu objetivo, ao se referir à cooperação processual, preferindo o emprego de nomenclatura jurídica adequada”<sup>26</sup>. Sob tal perspectiva argumentativa, Brêtas explica que o emprego dos termos cooperar (artigo 6º) e cooperação (357§3º) no CPC/2015 não foi uma boa opção do legislador, na medida em que seria mais técnico a utilização das expressões “comparticipar e participação”, tendo em vista que se referem à “garantia fundamental do contraditório e adequadas à natureza dialética do processo, que é procedimento em contraditório”. Em contraponto, para tal autor o termo foi empregado “diferente e acertadamente” nos artigos 26 e 27 do CPC/2015,

<sup>23</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 127.

<sup>24</sup> CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.9.

<sup>25</sup> ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017, p.68.

<sup>26</sup> CHAVES, Luis Cláudio da Silva. FERRAZ, Egmar Sousa. *Processo civil moderno: em homenagem ao professor Raimundo Cândido*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017, p. 364.

na medida em que se direcionou ao sentido comum ou ordinário de “colaboração, auxílio ou ajuda”<sup>27</sup>.

Corroborando as ideias apresentadas, sustenta Humberto Theodoro Júnior que há uma estreita e íntima relação entre a cooperação e o contraditório. Em suas palavras “novo CPC brasileiro esposa ostensivamente o modelo cooperativo, no qual a lógica dedutiva de resolução de conflitos é substituída pela lógica argumentativa, fazendo que o contraditório, como direito de informação/reação, ceda espaço a um direito de influência. Nele, a ideia de democracia representativa é complementada pela de democracia deliberativa no campo do processo (...)”<sup>28</sup>.

Verificamos, portanto, que com a entrada em vigência do CPC-2015 o conceito indeterminado de contraditório apresentado pela Constituição da República do Brasil passa a ficar específico e claro para todos os sujeitos processuais (juiz-partes-terceiros-advogados-ministério público). O contraditório não é garantia de diálogo entre as partes. O contraditório é uma garantia de efetiva participação e cooperação das partes (argumentos jurídicos e argumentos fáticos-probatórios), com necessária influência na decisão jurisdicional.

Após 27 anos de dúvidas no direito processual brasileiro sobre a interpretação e de aplicação do contraditório, o CPC-2015 disciplinou a questão e passou a exigir que todos sejam aplicadores do contraditório e fiscalizadores dele, sob pena da decisão ser anulada por cerceamento (art. 9º e 10º do CPC-2015). A decisão será legitimada pelo processo e pela observância do contraditório. Leonardo Carneiro da Cunha informa que “a decisão judicial não deve ser fruto de um trabalho exclusivo do juiz, mas resultado de uma atividade conjunta, em que há interações constantes entre diversos sujeitos que atuam no processo. (...) A sentença e, de resto, as decisões judiciais passam a ser fruto de uma atividade conjunta”<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> CHAVES, Luis Cláudio da Silva. FERRAZ, Egmar Sousa. *Processo civil moderno: em homenagem ao professor Raimundo Cândido*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017, p. 364.

<sup>28</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 131.

<sup>29</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 6º do CPC. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.42-43.

### **3 CONTRADITÓRIO E SUA APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NA VIGÊNCIA DA CR/88 E DO CPC-1973**

Apesar da Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inc. LV, inaugurar, normativamente, o processo constitucional brasileiro, como dito, somente em 2015, com o CPC, é que o contraditório teve seu conteúdo explicitado e passou a exigir a sua respeitabilidade junto aos tribunais, como necessária condição de validade para a decisão jurisdicional (art. 7º, 9º e 10º do CPC), sob pena de nulidade da decisão (art. 11 do CPC-2015 e art. 93, inc. IX da CR/88).

Não basta simular a garantia do contraditório para que se tenha o direito garantido. Não pode o julgador abrir a oportunidade de diálogo com as partes apenas para garantir o respeito a norma prevista no art. 9º e 10º do CPC e depois decidir com base em entendimentos isolados e desconsiderando os fundamentos apresentados pelas partes. É preciso que o julgador motive sua decisão refutando os argumentos e provas apresentadas pelas partes e atendendo o disposto no art. 489, §1º do CPC. Há uma relação direta entre o contraditório e a fundamentação das decisões.

Abaixo, apresentaremos algumas decisões paradigmáticas do Superior Tribunal de Justiça sobre a sua visão do contraditório em casos concretos, e como o mesmo vem sendo implementado e discutido pela Corte. Iremos trazer acórdãos que se coadunam com a constituição e com a efetiva garantia de participação das partes, mas também, traremos acórdãos e decisões, inclusive já pacificadas, que infelizmente não traduzem a efetiva garantia do contraditório no processo.

Como afirmado, o contraditório durante os 30 anos de constituição não vem sendo devidamente aplicado pelos tribunais. Havia, até 2015, uma ausência de legislação infraconstitucional sobre o entendimento a respeito do contraditório e sua correta interpretação e agora há um despreparo institucional e jurisdicional no objetivo de dar cumprimento ao que está previsto junto ao CPC (art. 7º, 9º e 10º do CPC).

Como já informado, no CPC-1973 decisões que decidiam sobre questões que levavam ao não julgamento do mérito poderiam ser dadas de ofício pelo julgador e sem que houvesse a participação e o diálogo com as partes. Trata-se de um fato notório e que demonstrava que a visão do

judiciário e dos juízes quanto a aplicação do contraditório se resumia apenas ao dizer e contradizer nos autos.

Outro fato notório e que ocorre no judiciário com muita frequência é justamente as decisões padronizadas. Decisões que se prestam a servir para qualquer pretensão e para deferir ou indeferir requerimento elaborados pelas partes. Muitas vezes nos deparamos com pedidos de tutela de urgência em que a resposta do judiciário é no sentido de apenas dizer: “indefiro por não vislumbrar nos autos os elementos e requisitos necessários para o deferimento da medida requerida”. Não se presta o julgador a indicar nos autos os argumentos trazidos pelas partes e nem as provas que motivaram sua decisão. Trata-se de uma decisão obscura e hermética que impossibilita as partes entenderem os motivos do indeferimento e até mesmo impede que possam ser combatidos em eventuais recursos.

Outro exemplo de decisão com notória violação do contraditório e da fundamentação da decisão é a conhecidíssima decisão que rejeita ou nega provimento aos embargos de declaração com a seguinte afirmação “não vislumbro nos autos elementos que possam servir para corrigir omissão, contradição ou obscuridade”. Tal decisão não apresenta argumentos e impede a participação e fiscalização da decisão pela parte pois não é possível entender quais os motivos pelos quais os embargos de declaração foram rejeitados.

Outros exemplos mais esdrúxulos podem ser citados demonstrando que ao longo de 27 anos de Constituição da República e de constitucionalização do processo, bem como, de colocação do contraditório como direito-garantia fundamental, o mesmo vem sendo vilipendiado pelos tribunais brasileiros ou sendo mal interpretados para atender a critérios de celeridade sem qualquer qualidade na decisão.

Uma decisão interessante para demonstrar o que estamos falando foi o Habeas Corpus n. 137.549/RJ, no qual a Relatora foi a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Nesta decisão, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que o princípio do contraditório deveria ser limitado em nome da aplicação da lealdade processual e da boa-fé. Isso significou dizer que não poderia uma pessoa se aproveitar da alegação de cerceamento do contraditório, se foi a mesma que deixou de cumprir o dever de informar o endereço correto para que as intimações fossem feitas de forma regular. Verificando os fundamentos



colacionados na decisão, buscando a confrontação do princípio do contraditório com o princípio da boa-fé e lealdade processual, verificamos que a Ministra Relatora, no presente caso, andou bem no que tange a não reconhecer a nulidade do processo por ausência de contraditório. Isso porque, nenhum princípio tem aplicação de forma absoluta e sempre deve ser interpretado mediante a verificação de outras questões que envolvem os fatos. No presente caso, o que se verifica é que a Ministra Relatora entendeu que a culpa pela ausência de intimação se deu exclusivamente pelo fato de que o paciente não informou o seu local de encontro/endereço, e, portanto, não poderia agora se aproveitar de sua própria torpeza. No entanto, a decisão que julgou o comentado HC deixou de considerar que o contraditório se revela na verificação de participação do interessado no processo e se houve a influência da decisão no resultado da decisão jurisdicional. O contraditório, como ressaltado em tópico anterior, não é apenas um direito de ser ouvido, mas sobretudo, um direito de participar, influenciar o resultado da decisão com fatos e fundamentos jurídicos relevantes<sup>30</sup>.

Outro caso interessante, no que tange a proteção do princípio do contraditório pelo Superior Tribunal de Justiça, foi justamente no Mandado de Segurança n.19.179/DF, cujo o Relator foi o Ministro Mauro Campbell Marques, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Neste Acórdão, em Mandado de Segurança, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que apesar do Brasil já se encontra a mais de 20 anos com uma Constituição Federal que dispõe no seu art. 5º., inc. LV, com a garantia do contraditório inclusive nos processos administrativos, ainda verificamos que muitos órgãos da Administração Pública não garante o referido princípio do contraditório aos seus servidores<sup>31</sup>. No presente caso julgado pelo STJ, a discussão estava em torno sobre um servidor que foi exonerado sem nenhum processo administrativo, sem a observância do efetivo contraditório e ampla defesa.

<sup>30</sup>HC 137.549/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma do STJ, julgado em 07/02/2013, DJe 20/02/2013.

<sup>31</sup>Cf. entendimento do STF: Processo. Ato administrativo. Declaração de insubsistência. Audição da parte interessada. Inobservância. Uma vez constituída situação jurídica a integrar o patrimônio do administrado ou do servidor, o desfazimento pressupõe o contraditório. Precedente: RE 158.543-9/RS, por mim relatado perante a Segunda Turma, com acórdão publicado no *DJ* de 6-10-1995." (AI 587.487-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 31-5-2007, Primeira Turma, *DJE* de 29-6-2007.) No mesmo sentido: RE 466.521-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 7-8-2012, Primeira Turma, *DJE* de 22-8-2012.

Assim, andou bem a decisão do STJ, permitindo a anulação do ato demissional que não observou o devido procedimento legal de dispensa<sup>32</sup>. No entanto, a consideração que tecemos sobre o referido caso é que o Ministro Relator deixou claro que para a garantir o contraditório no processo administrativo e judicial, basta verificar a oitiva do servidor, o que em nosso entendimento, não deveria ser o bastante. Ouvir o servidor em audiência de justificação é necessário, mas a decisão de exoneração deve permitir que o servidor exerça o contraditório de forma efetiva, através da influência da decisão por meio da argumentação e de provas produzidas pelo mesmo.

Outro ponto acórdão interessante a respeito do contraditório ocorreu no julgamento do recurso de EDcl no AREsp 76.987/RJ, cujo o Relator foi o Ministro Arnaldo Esteves Lima<sup>33</sup>. Neste caso, estava-se discutindo o valor da prova emprestada nos autos e sua força probante. Neste caso paradigmático, o que se verifica na decisão, é que o Ministro Relator apontou pela validade da prova emprestada e sua força probante, *desde que submetida ao crivo do contraditório*. Assim, pelo entendimento do Relator, se houve a oportunidade de debater, argumentar e realizar a contraprova nos autos, qualquer prova emprestada tem a mesma força probante das provas originariamente produzidas nos autos. Essa decisão importante demonstra que havia já de algum tempo a indicação de que o contraditório deveria ser mais do que apenas a dialética entre as partes.

No entanto, pelo que verificamos, havia no Superior Tribunal de Justiça a coesa ideia de que o contraditório deveria ser apenas um direito de dizer e contradizer e nada mais. Poucos eram os Ministros que julgavam de forma a indicar a necessidade de influência e de vedação da decisão surpresa

---

<sup>32</sup> Cf. A jurisprudência, também do Supremo Tribunal Federal também está coadunado com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no caso acima citado. Assim o STF entende que a ausência de processo administrativo ou a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa tornam nulo o ato de demissão de servidor público, seja ele civil ou militar, estável ou não.” (RE 513.585-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 17-6-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-8-2008.) No mesmo sentido: RE 594.040-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-4-2010, Primeira Turma, DJE de 23-4-2010; RE 562.602-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-11-2009, Segunda Turma, DJE de 18-12-2009. Vide: AI 634.719-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 7-2-2012, Primeira Turma, DJE de 9-3-2012; RE 289.321, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 2-6-2011; RE 217.579-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 16-12-2004, Primeira Turma, DJ de 4-3-2005.

<sup>33</sup> EDcl no AREsp 76.987/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma do STJ, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012.

para a garantia do contraditório. No acórdão julgado em Agravo Regimental n. 1413561/RS, no qual o Relator foi o Ministro Campos Marques, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça verificamos que o Ministro Relator entendeu que o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal não impõe a obrigatoriedade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento da referida infração de um detento infrator, mas somente exige a realização de audiência de justificação que possibilite a oitiva prévia do sentenciado, garantindo-se, desse modo, o exercício do contraditório e da ampla defesa. Nesta decisão, o Superior Tribunal de Justiça, admitiu a aplicação de punição e, portanto, a redução de direitos do detento, aplicando a legalidade da Lei de Execução Penal, sem observar que a Constituição. Afastou-se a aplicação da Constituição e deu-se vigência ao art. 118 da Lei de Execução Penal<sup>34</sup>.

É importante indicar que todos os julgamentos apresentados acima são do ano de 2013 e portando sem ainda a entrada em vigor no CPC-2015. No entanto, tal dado é importante para demonstrar que mesmo com a constitucionalização do contraditório (art. 5º, inc. LV da CR/88) ainda não foi possível que os tribunais tivessem um salto de qualidade das decisões jurisdicionais. Em várias decisões pesquisadas no próprio sítio do Superior Tribunal de Justiça verificamos que a ementa estabelece que não houve a violação do contraditório e ampla defesa mas não informa, em seu voto, o que o mesmo entende sobre tais princípios<sup>35</sup>. É necessário, que a decisão, ao se referir sobre a garantia do contraditório, possibilite ao menos saber se o que o julgador entende por contraditório. Dizer apenas que foi garantido o contraditório sem, contudo, informar para os leitores da decisão onde o mesmo se implementou, é o mesmo que não fundamentar a decisão.

Por fim, citamos o julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial n. 982.984/DF, no qual o Relator foi o Ministro Marco Aurélio Belize,

---

<sup>34</sup>AgRg no Ag 1413561/RS, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Quinta Turma do STJ, julgado em 19/02/2013, DJe 22/02/2013.

<sup>35</sup>*Não há como se sustentar a ilegalidade do ato que aplicou a sanção ao recorrente, tendo em vista que as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e legalidade foram devidamente atendidas no processo administrativo disciplinar.*3. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 34.290/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma do STJ, julgado em 05/02/2013, DJe 08/02/2013).

da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça debatendo sobre a nulidade de processo administrativo disciplinar sem a devida participação do advogado entendeu por aplicar a Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal e decidir pela legalidade da demissão de servidor que não teve advogado constituído<sup>36</sup>. A referida decisão, do ponto de vista técnico não há nenhuma crítica. Isso significa que o Superior Tribunal de Justiça e a Turma acertaram no Julgamento e na fundamentação, demonstrando obediência necessária e obrigatória à Sumula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal. Mas esse entendimento demonstra muito bem que ainda estávamos carentes de normas jurídicas e processuais sobre o contraditório pois, como dito, não basta para o contraditório apenas a dialética das partes nos autos. A defesa técnica é elemento fundamental para a garantia do contraditório, tanto no processo judicial quanto no processo administrativo. Não é possível que alguém faça sua própria defesa e isso seja entendido como exercício efetivo do contraditório. Sem domínio das regras processuais, dos elementos de provas e da linguagem correta, a defesa está prejudicada e o contraditório também. O contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo<sup>37</sup>. Infelizmente, sem a participação do advogado, será muito difícil ao servidor acusado de infração administrativa se defender e exercer o contraditório em sua moderna concepção de informação-reação-diálogo-influência. A complexidade de implicações técnicas e argumentativas necessárias para o contraditório e para a ampla defesa não podem ser exercidas exclusivamente pela parte e sem a participação do advogado.

#### **4 CONTRADITÓRIO E SUA APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NA VIGÊNCIA DA CR/88 E DO CPC-2015**

Em 2015, com a promulgação do novo CPC brasileiro, o legislador, como já ressaltado buscou indicar para os tribunais que o conceito de contraditório não seria mais admitido como mera dialética entre as partes.

<sup>36</sup> AgRg no REsp 982.984/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma do STJ, julgado em 18/09/2012, DJe 21/09/2012.

<sup>37</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Processo Constitucional como Instrumento da Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.3, n. 5, p. 164-165, jan./jun. 2000.

Necessariamente seria obrigado que os tribunais garantissem quatro elementos que norteiam o exercício do contraditório, quais sejam, a informação-reação-diálogo-influência.

A esperança do novo CPC brasileiro de 2015 era os julgadores tivessem nova postura, evitando decisões surpresas, cujo o fundamento não tivesse sido oportunizado para as partes argumentarem e que fossem devidamente fundamentadas com a necessária obrigação de que todos os argumentos das partes fossem devidamente enfrentados (art. 489, §1º do CPC-2015).

Infelizmente, pelo que temos visto, o CPC-2015 vem sofrendo, no que tange a garantia do contraditório e da violação da decisão surpresa uma resistência bastante grande dos tribunais. Sustentam que é impossível e inviável atender os arts. 7º, 9º e 10º do CPC sem que isso atrapalhe a celeridade processual e a duração razoável do processo. Sustentam, ainda, que a exigência feita pelo CPC-2015 para que a decisão seja fundamentada e que todos os fundamentos jurídicos sejam enfrentados é descabida e desnecessária, fazendo com que as decisões demorem mais do que já demoram normalmente (art. 489, §1º, inc. IV do CPC-15).

O Superior Tribunal de Justiça, enfrentando o tema sobre a necessidade de fundamentação das decisões e sobre a obrigatoriedade de não proferir decisões surpresas para as partes respeitando o art. 9º, 10º, e 489, §1º, IV todos do CPC tentou fazer uma diferenciação entre fundamento jurídico e fundamento legal. Para a 4ª. Turma do STJ que enfrentou o tema, somente deveria o juiz enfrentar os fundamentos jurídicos e não os fundamentos legais para atender a obrigatoriedade de fundamentar e enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes. Sustentou o STJ neste julgamento que não haveria necessidade de enfrentar os fundamentos legais pois o “conhecimento geral da lei é presunção *jure et de jure*”. Com esse entendimento, o STJ buscou dar novo entendimento e interpretação ao contraditório para indicar somente a necessidade de garantir a prévia manifestação das partes sobre os fundamentos jurídicos.

Para Ronaldo Brêtas de C. Dias *et al* a interpretação correta sobre o art. 489, §1º, IV do CPC sobre a obrigatoriedade do juiz ter que enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes deve ser entendido como a necessidade e obrigatoriedade de enfrentar questões. As decisões devem ser dadas no objetivo de resolver questão (ponto controvertido). O juiz não julga

os argumentos e sim questões. Sustenta Ronaldo Brêtas de C. Dias et al que “juiz não julga argumentos, juiz julga questões. Assim, pode acontecer que a decisão, no desate das questões, acolha os argumentos de umas das partes, o que, em princípio, estará afastando os argumentos da parte contrária<sup>38</sup>.”

Assim, para a garantia do contraditório, no CPC-2015, é importante que o juiz enfrente todas as questões controvertidas colocadas pelas partes. Obviamente, quando o julgador enfrenta a questão se posicionando de forma direta e contrária ao entendimento e aos fundamentos legais apresentados pelas partes ainda assim ele estaria garantido a fundamentação das decisões (art. 11 do CPC e art. 93, IX da CR/88) e a necessidade de enfrentar todas as questões controvertidas postas pelas partes (art. 489, §1º, IV do CPC).

O objetivo do art. 10º do CPC e do inc. IV, do §1º do art. 489 do CPC é garantir o contraditório prévio das partes e possibilitar que os julgamentos possam combater todas as teses jurídicas apresentadas pelas partes na clara intenção de demonstrar que a decisão/sentença levou em consideração os fundamentos que motivaram a propositura da ação ou da defesa. No entanto, é fácil perceber que um argumento apresentado pela sentença pode combater mais de uma tese jurídica apresentada pelas partes e nesse caso não se deve obrigar que a sentença repita fundamentos jurídicos para justificar o afastamento das teses que por óbvio já foram rejeitadas com os mesmos fundamentos. Um estudo rápido sobre a obrigatoriedade de garantir o contraditório e a fundamentação nas decisões demonstra que ainda os tribunais brasileiros estão com dificuldade de garantir integralmente os 4 elementos estruturantes, quais sejam: informação-reação-diálogo-influência.

Há inúmeros recursos de apelação e recurso especial junto aos tribunais buscando anular decisão surpresa, decisão sem fundamentação e que no fundo acabou por violar o contraditório para as partes. Assim, reiteradas vezes os tribunais enfrentam o tema de forma a reformar decisões de primeiro grau que insistem em não respeitar o devido contraditório e fundamentação das decisões.

Exemplificando o que estamos dizendo, no julgamento do Recurso Especial n. 1641446/PI, de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva,

<sup>38</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, Yvonne Mól. *Estudos sistemáticos do CPC (com alterações pela lei n. 13.256, de 4/2/2016)*. 2. ed. Belo Horizonte : D'Plácido, 2016, p. 184.

da Terceira Turma, decidiu que houve violação do contraditório em razão da existência de uma decisão surpresa. Segundo sustentou o Relator: “(...) a Corte local, ao inovar no julgamento da apelação, trazendo a afirmação de que o contrato ajustado entre as partes era de agência, cerceou o direito de defesa do réu, impondo-lhe as consequências previstas pela Lei nº 4.886/1965 para a rescisão imotivada do contrato de representação comercial sem que houvesse requerimento da autora e sem possibilidade de apresentar argumentos ou produzir provas em sentido contrário”.

Após o CPC-2015, podemos encontrar inúmeras decisões pelos tribunais do Brasil indicando que há a necessidade de respeitar o contraditório e a fundamentação das decisões, sob pena de nulidade da decisão (art. 10 do CPC e art. 489, §1º do CPC). Portanto, não se admite mais o indeferimento de petição inicial (sentença sem o julgamento do mérito) sem que antes seja oportunizado ao autor o direito de emenda e de manifestação sobre a ausência de interesse ou legitimidade. Também não se admite mais a declaração de prescrição e decadência, no curso do processo, sem que as partes possam ser previamente ouvidas e nem decisão de ofício sem que haja prévia manifestação da parte. Inaugurou-se, como o CPC-2015 uma nova realidade processual e uma nova de postura pelos tribunais e seus julgadores. Há a indicação expressa e direta de que o contraditório deve ser respeitado e que a motivação da decisão serve diretamente para fiscalizar se ele está sendo observado.

Em uma rápida pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no mês de agosto de 2018, foram encontrados através da pesquisa e da utilização verbete decisão-surpresa, 84 ocorrências de Acórdãos que decidiam sobre o tema da violação do contraditório em razão da ocorrência de uma decisão surpresa pelos juízos de primeiro grau. Pelo que percebemos, todos foram no sentido de sustentar a nulidade de decisão que não respeitou o art. 10 e 489, §1º, IV do CPC. No entanto, ainda parece que na maioria dos casos, o entendimento feito pelo TJMG é no sentido de que devem os julgadores enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes de fato e de direito e não apenas enfrentar as questões ou os fundamentos jurídicos não sendo obrigatório dizer e rebater os argumentos legais trazidos pelas partes.

Regra do art. 10 e art. 489, §1º, IV do CPC impõe o contraditório

pleno e determina a impossibilidade de qualquer julgamento com base em questão não debatida pelas partes. Havendo necessidade de discutir uma questão para a decisão, deve o julgador abrir prazo para manifestação das partes sob pena de incorrer em nulidade da decisão.

Com tais considerações, verificamos que os tribunais brasileiros vêm buscando e impondo aos seus julgadores uma maior responsabilidade jurisdicional no objetivo de garantir o efeito contraditório. Por todo o país, há inúmeras decisões que buscam explicar o contraditório como elemento e garantia fundamental do processo e da necessidade de participação das partes. As palavras de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias podem sintetizar a esperança de um processo constitucional e da garantia do contraditório efetivo, são elas: “o contraditório, princípio componente do devido processo legal, na atualidade, não mais pode ser entendido na concepção restritiva de ciência bilateral e contrariedade aos atos e termos do processo. Seu alcance técnico-científico é bem maior, devendo-se compreendê-lo como garantia fundamental das partes de participação e manifestação efetivas em todos os atos e fases do procedimento, sem exceções de quaisquer espécies, possibilitando-lhes influírem na geração de um pronunciamento decisório favorável aos seus interesses. Somente assim, ter-se-á decisão gerada democraticamente pela participação dos sujeitos do processo (partes contraditórias e juiz), com a implementação técnica dos direitos e garantias constitucionais ostentados pelas partes<sup>39</sup>.”

Felizmente, apesar de uma demora acima do razoável, a passos lentos, o judiciário brasileiro vem modificando sua estrutura e forma de trabalho para dar cumprimento ao contraditório e a fundamentação das decisões conforme previsto no art. 7, 9, 10 e 489, §1º do CPC. Isso levará o Brasil ao um ganho de legitimidade e de qualidade das decisões que nunca foi experimentado na prática judiciária brasileira. Na democracia a fiscalização deve ser incessante e todos os sujeitos devem fazer cumprir e fiscalizar para evitar que o contraditório seja descumprido ou deixado como letra morta no CPC-2015.

---

<sup>39</sup>BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 175.



## 5 CONCLUSÃO

Assim, pretendemos explicar que o art. 5º, LV da CR/88 inaugurou, normativamente, o processo constitucional brasileiro, elevando o contraditório a condição de garantia fundamentação do cidadão, da democracia e permitindo que no processo as partes pudessem efetivamente participar.

O art. 5º, inc. LV da CR foi um resultado brasileiro de uma tendência mundial de garantir democracia endoprocessual e permitir que houvesse uma responsabilidade de todos os sujeitos processuais no processo de tomada de decisão e nas resoluções das questões que estavam sendo colocadas para discussão no judiciário brasileiro.

No entanto, mesmo com a Constituição da República de 1988 indicando a necessidade de observar o contraditório, a prática processual brasileira, respaldada pelo CPC de 1973 entendia que o contraditório era apenas o direito de dizer e contradizer nos autos, uma mera dialética processual não vinculando a decisão e nem o juiz.

Felizmente, ainda que com mais de 27 anos de atraso, com a inauguração do CPC-2015, o déficit normativo processual brasileiro foi resolvido e finalmente o contraditório foi explicado como um direito que precisa ser observado com a efetivação participação das partes, com a cooperação dos sujeitos processuais, com a necessária publicidade e com a fundamentação das decisões que evitam as decisões inconstitucionais e surpresas. Devemos sempre ficar vigilantes e fiscalizar todos os processos no objetivo de evitar que a conquista histórica do contraditório se perca em uma pratica forense que apenas vise a quantidade de decisões e não a qualidade.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: D' Plácido, Belo Horizonte, 2017.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 175.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS,

Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, Yvonne Mól. *Estudos sistemáticos do CPC (com alterações pela lei n. 13.256, de 4/2/2016)*. 2. ed. Belo Horizonte : D´Plácido, 2016.

CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. col. I, n. 1. 1973,

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Processo Constitucional como Instrumento da Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.3, n. 5, p. 164-165, jan./jun. 2000.

CHAVES, Luis Cláudio da Silva; FERRAZ, Egmar Sousa. *Processo civil moderno: em homenagem ao professor Raimundo Cândido*. Brasília: OAB, Conselho Federal 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 6º do CPC. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER, Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed., Padova: CEDAM, 1992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Apud* MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: Limitação ao Contraditório?. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 5, n. 17, 1980.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito e Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

Data de Submissão: 30/08/2018, Data de Aprovação: 01/10/2018

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO

SOARES, Carlos Henrique. A evolução do contraditório na jurisprudência e no direito processual civil brasileiro. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 1, p. 115-139, jan./jun. 2018. ISSN 2447-6536. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/200>. Acesso em: dia mês. Ano. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i1.200>.

**A VINCULAÇÃO DE UM PRECEDENTE PELO PROCEDIMENTO:  
UMA ANÁLISE SOBRE LUHMANN E A FORMAÇÃO DE  
PRECEDENTES VINCULANTES**

**THE BINDING OF A PRECEDENT BY PROCEDURE: AN ANALYSIS OF LUHMANN AND THE  
FORMATION OF BINDING PRECEDENTS**

Vinícius Lemos<sup>1</sup>

Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Recife, PE, Brasil.

viniciuslemos@lemosadvocacia.adv.br

**Resumo:** O presente trabalho tem o escopo de analisar sucintamente a existência de um microsistema de formação de precedentes inserto no CPC/2015 e a sua vinculação, com um aprofundamento sobre a legitimidade da decisão resultante de cada instituto mediante correlação procedimental apresentada por Luhmann como meio autêntico para legitimação da própria decisão.

**Palavras-chave:** Precedentes. Vinculação. Legitimidade. Luhmann.

**Abstract:** The present study has the scope to examine briefly the existence of a microsystem of precedents in CPC/2015 and its binding, with a deepening of the legitimacy of the decision resulting from each institute through procedural correlation presented by Luhmann as authentic means to legitimize the decision itself.

**Keywords:** Precedents. Binding. Legitimacy. Luhmann.

## 1 INTRODUÇÃO

O CPC/2015 deu ênfase aos precedentes judiciais, com a positivação de um dever de uniformização, com a manutenção da estabilidade, a prática da

---

<sup>1</sup> Doutorando em Processo Civil pela UNICAP/PE. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF/RJ. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Rondônia – FARO. Professor de Processo Civil da FARO e na UNIRON. Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil da Uninter/FAP. Vice-Presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia – IDPR. Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo – ANNPEP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo – CEAPRO. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO.

coerência e integridade dos julgamentos pelos Tribunais, principalmente aos Superiores, mas com igual incumbência aos demais graus de jurisdição.

A disposição expressa do art. 926 no CPC/2015 representa toda essa nova diretriz e o início de um sistema de precedentes judiciais, contudo em outros momentos, a legislação primou por positivar, remodelando ou criando, institutos atinentes a formação de precedentes vinculantes.

Diante disso, a vinculação é analisada diante do prisma legal, da inserção que o próprio ordenamento concede e a busca de como lidar com essa determinação formal, com as espécies de vinculação e o modo de aplicação e interpretação do próprio precedente judicial. Uma vez que a decisão paradigmática vincula a coletividade, todos os indivíduos – de ambos os lados – que tiverem conflitos de interesse idênticos àqueles que propiciaram o julgamento formador do precedente, o impacto na sociedade é imenso, culminando na necessidade de enfrentamento da questão anteriormente colocada: a legitimidade da decisão meramente por ser resultado de um procedimento pré-determinado.

Nesse prisma, este estudo analisa essa questão da vinculação à luz da visão que Niklas Luhmann apresentou em sua teoria acerca da *legitimidade pelo procedimento*, mediante o livro de mesmo nome<sup>2</sup>, com a devida comparação de seus aspectos de participação efetiva e de mudança de expectativa desses participantes, sobre os quais, sinteticamente explicando, devem entender e aceitar que a decisão proveniente do cumprimento do procedimento será legítima e representante da verdade dos fatos, pura e simplesmente, por ser oriunda do próprio rito procedimental.

A saída complexa, apesar de tanto quanto utópica, passa pela busca do meio termo: uma legitimidade conjunta pelo procedimento e substância. Ou seja, os caminhos processuais devem primar pela busca de um alto grau de discussão jurídica, de exaurimento factual, para culminar na melhor decisão possível, com a análise de todos os fatores e visões, para que a substância do que se decidiu seja o principal fator de legitimidade e o procedimento seja

---

2 Destaca-se que a posição assumida pelo autor em sua obra não representa sua posição final acerca do direito ou do processo, a partir da construção da proposta teórica de uma teoria da sociedade a partir da identificação da existência de (sub)sistemas sociais.

somente o meio pelo qual se adquire ou se almeje garantir que essa substância seja alcançável.

## 2 A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO CPC/2015

Por toda a conjuntura jurídica e organizacional inerente à atuação do Judiciário brasileiro, uma série de medidas legislativas para proporcionar uma melhoria na prestação jurisdicional e aplacar tanto a litigiosidade quanto a falta de previsibilidade é salutar.

Por obviedade que o direito não há de nascer para mudar totalmente a cultura de uma sociedade, o que seria leviano pensar que mudanças legislativas possuem tal condão, contudo, ao proporcionar uma série de medidas para solucionar a crise numérica e a jurisprudência lotérica dos Tribunais é, no mínimo, salutar e esperançosa.

Com isso, mesmo antes da sanção do CPC/2015, a norma processual foi modificada paulatinamente<sup>3</sup> em busca de soluções para as crises Judiciárias, tanto para o excesso de demandas, principalmente em direitos individuais homogêneos, quanto para a instabilidade jurídica e a jurisprudência lotérica.

Nisso, as iniciativas legislativas primaram pela criação de procedimentos decisórios de formação de precedentes judiciais, com o intuito de analisar menos casos e demandas, com uma ênfase e impacto nos demais, seja para julgar em massa, seja para definir uma questão de direito com possibilidade de controvérsia.

A ideia é utilizar como base o brocardo “*treat like cases alike*”, de Cross e Harris para designar que a resolução dos conflitos deve ser igual para casos isonômicos. O intuito a longo prazo será proporcionar aos Tribunais,

---

3 “Essa fase da reforma constitui uma tentativa de solucionar os problemas gerados pela “abertura das portas do Judiciário”, que ocasionou um considerável aumento do número de demandas, possuindo, desta forma, o objeto primordial de diminuir o número destes processos em trâmite nos Tribunais brasileiros, efetivando o princípio da celeridade de forma racional e, consequentemente, reduzir substancialmente com a famigerada morosidade da Justiça Brasileira em concretizar uma resposta final aos anseios dos litigantes processuais” RIBEIRO, Cristiana Hamdar. A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, RJ, v.5, n. 5. 2010. p. 622. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23105>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

4 Livre tradução de: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 3.

principalmente os superiores, a julgar menos processos, com a utilização destes como base para as outras demandas idênticas.

No CPC/2015, foram concedidas a algumas espécies de decisões, um caráter vinculante, geralmente após passar por um procedimento diversificado dos demais.

Nesse ínterim, houve a restauração e oxigenação de institutos como a repercussão geral, o rito repetitivo e a arguição de inconstitucionalidade, somados com a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência, os quais juntos formam um microssistema de formação de precedentes vinculantes, com a preocupação de pensar uma lógica vinculante para os julgamentos dos Tribunais.

## **2.1 A existência de um microssistema de formação de precedentes vinculantes**

Essas espécies de decisões oriundas de institutos insertos no art. 927 formam, portanto, precedentes vinculantes, cada qual a seu modo peculiar, passam por técnicas para que se julgue uma só demanda, com o intuito de que o resultado analítico desta possibilite aos demais processos que tenham identidade fática material com aquele outrora julgado.

Com a existência de um abarrotamento de demandas no judiciário, não há mais como visualizar-se o judiciário como responsável pelos litígios individuais no *modus operandi* natural do processo civil brasileiro, com a necessidade de uma mudança na forma de enquadramento processual à realidade dos Tribunais, uma adaptação sistêmica<sup>5</sup>, como dispõe Ataíde Jr.

Um excesso de litigiosidade, o que já era antevisto por Cappelletti e Garth<sup>6</sup>, é uma consequência mundial, necessitando de novas técnicas de enfrentamento jurisdicional sistêmico, com o intuito de possibilitar o acesso à

---

5 “Não há dúvidas de que as demandas de massa tem características próprias, que as diferem das demandas individuais e coletivas, exigindo dos diversos países a adaptação de seus sistemas jurídicos, a fim de tratá-las mais adequadamente, tendo em vista a insuficiência do regime processual das demandas individuais e coletivas para com as mesmas.” ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. As demandas de massa e o projeto de novo código de processo civil. In FREIRE, Alexandre at. *Novas tendências do processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 48.

6 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1991. p. 20.

justiça do indivíduo em sociedade, contudo garantir, de igual maneira, a efetividade do direito material ali posto ao Estado enquanto judiciário, recaindo também na efetividade processual, como argumentam Marinoni e Mitidiero, “um dos valores centrais do novo direito processual civil brasileiro”<sup>7</sup>.

O pensamento em julgar-se uma demanda para a definição de uma tese jurídica para aplicação posterior é uma solução para o que Beneti<sup>8</sup> e Bondioli<sup>9</sup> classificam como *macrolides*, aquelas que têm similitude fática e material, com uma proliferação de demandas ou matérias idênticas. Essa concepção pode ser tanto no sentido de uma quantidade imensa de processos ou uma matéria com alto impacto social, o que, de igual maneira, a técnica ampla formação de precedente vinculante já resolve a matéria, com a fixação da tese jurídica.

Diante de tal necessidade de formação de precedentes, justamente para atender o “*treat like cases alike*”, os institutos processuais brasileiros optaram pelo julgamento por amostragem, justamente por ter um caso base e ter ascendência de seu resultado aos demais.

Para a existência de um julgamento por amostragem, em qualquer de suas espécies, ainda que com características diversas e autônomas, há de se entender, no entendimento de Cabral, como uma conjunção de “uma ou algumas causas que, pela similitude na sua tipicidade, são escolhidas para

---

7 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT. 2008. p. 93.

8 BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. *Revista de Processo*. v. 171, ano 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2009. p. 10.

9 “As macrolides se apresentam como um grande desafio para a ciência do processo. É que se espera de todo e qualquer processo que ele não consuma mais tempo, energia e dinheiro do que o estritamente necessário para a sua solução, seja efetivo e traga segurança e orientação para as relações econômicas e sociais. E a multiplicação de litígios judiciais, ainda que idênticos, aumenta o volume de serviço do Poder Judiciário sem que haja incremento na sua capacidade de absorção de trabalho. Ademais, a proliferação de processos similares, até por uma questão estatística, incrementa as chances de soluções diferentes para uma mesma situação da vida. Nessas condições, convive-se com uma série de fatores negativos para a otimização, efetividade e previsibilidade do processo e é preciso neutralizá-los.” BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos*. Disponível em: <<http://www.dinamarco.com.br/wp-content/uploads/NovaTecnica.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2017.



serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais<sup>10</sup>.

As decisões oriundas dos institutos delineados no art. 927 tem uma vinculação normativa, dada a alteração procedimental realizada para a formação desses precedentes. Todos esses meios de formação de precedentes buscam sistematizar e aplacar a jurisprudência lotérica e a insegurança jurídica, contudo cada instituto tem uma real intenção de solução dentro desse sistema, o que podemos separar como: *a formação de precedente para gestão de estoque; a formação de precedente para questão jurídica não repetitiva; e a formação de precedente fora de qualquer incidente, dada a sua argumentação jurídica.*

Esses institutos formadores de precedentes vinculantes, cada qual a seu modo peculiar, são técnicas para que se julgue uma só demanda – ou algumas, com o intuito de que o resultado analítico desta seja utilizada nos demais processos<sup>11</sup> que tenham identidade fática material com aquele outrora julgado.

### **2.1.1 A formação de precedente para gestão de estoque**

Se um dos problemas dos Tribunais é o excesso de demandas e, ainda, há a identificação de que muitas delas têm pontos em comum, diante de uma litigiosidade que se repete, seja em questões de fundo, aquelas com em lesões a direitos individuais homogêneos, seja somente com questões incidentais, o que leva a imaginar-se que a solução está em julgar por amostragem, com a visão de que a pacificação de um entendimento é o início da pacificação de uma questão repetitiva, como uma solução diante de um problema já existente.

Diante de uma multiplicidade já existente, com milhares ou milhões de processos, existem dois institutos no CPC/2015 que visam a criação de um precedente, mediante um julgamento por amostragem, para a gestão de

---

10 CABRAL, Antonio do Passo. O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodvm, 2008. p. 146.

11 “Não há dúvidas de que as demandas de massa tem características próprias, que as diferem das demandas individuais e coletivas, exigindo dos diversos países a adaptação de seus sistemas jurídicos, a fim de tratá-las mais adequadamente, tendo em vista a insuficiência do regime processual das demandas individuais e coletivas para com as mesmas.” ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. As demandas de massa e o projeto de novo código de processo civil. In FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 48.

estoque, para que essa multiplicidade, atual e futura, ao menos sobre determinada questão, seja resolvida. Os institutos próprios de gestão de estoque são: recursos excepcionais repetitivos; e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Para a existência de um julgamento por amostragem para gestão de estoque, em qualquer de suas espécies, ainda que com características diversas e autônomas, há de se entender, no entendimento de Cabral, como uma conjunção de “uma ou algumas causas que, pela similitude na sua tipicidade, são escolhidas para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais<sup>12</sup>”.

### **2.1.2 A formação de precedente para questão jurídica não repetitiva**

Diante da sistemática escolhida para formar precedentes, além daqueles imaginados para aplacar uma multiplicidade já existente, existem também outros institutos que visam definir grandes questões de direito, sem ater-se a existência da multiplicidade como requisito para a sua instauração. Dentre esses institutos estão: *a repercussão geral em recurso extraordinário; e o incidente de assunção de competência, em qualquer Tribunal.*

O intuito é aplacar, mediante esses institutos, a própria instabilidade jurídica e a jurisprudência lotérica, imbuindo-se de colocar em prática o disposto no art. 926, almejando a uniformização da jurisprudência dentro de um Tribunal, para mantê-la estável, íntegra e coerente.

Não há nesses institutos relação com a quantidade, ao menos momentânea, de demandas daquela mesma espécie ou identidade fático-jurídica, somente na visão de resolver uma grande questão de direito, primeiro para resolver a demanda e depois formar o precedente resolutivo daquela questão jurídica.

### **2.2 A existência de um procedimento de formação de precedentes vinculantes: um microssistema a ser seguido**

---

12 CABRAL, Antonio do Passo. O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodvm, 2008. p. 146.

Diante dessa concepção e realidade de um ordenamento processual que prima pela formação de um precedente vinculante, os institutos nele insertos primam pela existência de um procedimento adequado e diferenciado daquele em que a demanda ou o recurso normalmente seria julgado. Ataíde Jr. ao defender que os sistemas jurídicos devem se adequar à nova realidade de julgamento dessas demandas não aplacáveis ao julgamento meramente individual, devem guardar a relação de um rito próprio e diverso, com as seguintes características:

(i) a rápida fixação da tese jurídica, a reger o julgamento de todas as causas semelhantes (ii) maior previsibilidade na aplicação do direito; (iii) um julgamento isonômico – para que casos análogos sejam solucionados da mesma maneira (*treat like case alike*); (iv) criação de filtros processuais, que possibilitem a diminuição do número de recursos nos tribunais superiores e, com isso, a eliminação da divergência jurisprudencial interna, bem como possibilitem a reprodução de maior qualidade e, sobretudo, (v) uma cultura de respeito aos precedentes<sup>13</sup>.

Desse modo, os institutos desse microsistema de formação de precedente judicial vinculante diferenciam-se do procedimento normal, adotando um caminho procedimental diverso, com características específicas para o julgamento formador de um precedente.

Há, portanto, uma procedimentalidade diversa, com alterações processuais para possibilitar uma melhor amplitude cognitiva ao julgamento único, aquele com o intuito de julgar o caso em concreto e fixar a tese jurídica para a aplicabilidade posterior – seja em processos existentes ou futuros. Alguns exemplos de alteração procedimental para a formação de precedente seria o deslocamento de competência para um colegiado maior, suspensão dos processos de identidade material, ampliação do contraditório para a manifestação da sociedade via *amicus curiae* e audiência pública, definição da questão de direito do precedente, fundamentação adequada aos argumentos de todos os atores e publicidade endo e extraprocessual.

Mediante essa alteração procedimental, há a esperança de uma maior carga cognitiva no julgamento, cobrindo-lhe de uma legitimidade maior do

13 ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. As demandas de massa e o projeto de novo código de processo civil. In FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 48.

que um julgamento em um caso em concreto pelo rito normal daquela demanda ou recurso. O intuito é garantir maior previsibilidade jurídica a sociedade, com um julgamento diante de uma isonomia na resposta estatal judicial, bem como prestar a melhor jurisdição, num tempo razoável, respeitando os precedentes outrora criados.

Evidente que, pela peculiaridade de cada instituto, existem diferenças pontuais entre os institutos, o que não impossibilita que sejam configurados diante de uma mesma contextualização, justamente pelas suas convergências, seja por todos aplicarem, quando suscitados, um rito diverso daquele normal para a resolução do conflito, atuando com uma transcendência, ora qualitativa, ora quantitativa, no intuito de resolver aquela demanda, porém com aplicabilidade para os demais processos idênticos.

Há, portanto, uma rede de julgamentos por amostragem, um verdadeiro microssistema<sup>14</sup> de formação de precedentes vinculantes<sup>15</sup>.

---

14 Cunha e Didier Jr. adotam a distinção entre os microssistemas, como existente um sobre precedentes vinculantes repetitivos e um maior sobre precedentes obrigatórios, sobre os quais permeiam uma conjunção do que defendemos neste estudo, com convergência no macro, mas divergência pelo fato de que incluímos a repercussão geral e eles a criação das súmulas vinculantes, as quais não entendo como precedente, apesar de vinculante: 'Há uma unidade e coerência sistêmicas entre o incidente de assunção de competência e o julgamento de casos repetitivos, cumprindo lembrar que o termo "julgamento de casos repetitivos" abrange a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos repetitivos (CPC, art. 928). Em outras palavras, existe um microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, formado pelo incidente de assunção de competência e pelo julgamento de casos repetitivos." CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 658.

15 O FPPC entendeu que existe um microssistema de solução de casos repetitivos, contudo, visualizo que o microssistema deve ser ampliado e visualizado como de criação de precedentes por amostragem, não desmerecendo a qualidade do enunciado, somente adequando-o para uma utilização mais adequada:

Enunciado n.º 345 do FPPC: O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.

Enunciado n.º 460. (arts. 927, §1º, 138) O microssistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*.

Enunciado n.º 472. (art. 985, I) Aplica-se o inciso I do art. 985 ao julgamento de recursos repetitivos e ao incidente de assunção de competência.

Enunciado n.º 591. (arts. 927, §5º; 950, §3º; 979) O tribunal dará ampla publicidade ao acórdão que decidiu pela instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade, incidente de assunção de competência ou incidente de resolução de demandas repetitivas, cabendo, entre outras medidas, sua publicação em

### 3 A LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO: HÁ COMO APLICAR A VISÃO DE LUHMANN?

Todas as decisões realizadas por esses procedimentos (repercussão geral, repetitivos, IRDR e IAC, por exemplo) formam precedentes vinculantes, dada a previsão legal, conferindo uma utilização e argumentação normativa de que todo processo futuro de identidade fático-jurídica deve basear-se nessa decisão.

No entanto, uma questão salta aos olhos e torna-se pertinente: o mero fato de seguir-se um procedimento especial e diversificado, mais aberto, garante uma melhor argumentação e legitimidade social para que aquela decisão seja vista como vinculante? Esse é o ponto crucial para entendermos o novo sistema processual legal, dada a opção por uma teoria dos precedentes.

Um precedente judicial tem a sua força argumentativa pela sua própria fundamentação, dada a concretude que representa ou pelo simples fato por ter seguido um procedimento específico e legalmente delineado? Nesse ponto, entendemos pertinente a utilização comparativa da legitimidade pelo procedimento de Luhmann.

#### 3.1 A vinculação, a legitimidade e o procedimento: a visão de Luhmann

Na visão que trouxemos sobre os precedentes vinculantes no CPC/2015, as decisões são oriundas de institutos em que o procedimento é alterado para garantir uma discussão maior sobre a matéria e, conseqüentemente, almejar um exaurimento, seja de contraditório ou de argumentações, para chegar na melhor decisão jurídica. Luhmann em sua obra *Legitimidade pelo Procedimento*<sup>16</sup>, explicita que há uma institucionalização do procedimento como maneira de conjugar os sistemas sociais e,

---

seção específica no órgão oficial e indicação clara na página do tribunal na rede mundial de computadores.

16 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980.

consequentemente, legitimar o processo decisório, independentemente de seu resultado.

A visão dada por Luhmann, nessa mencionada obra, está no viés de que um procedimento legitima a tomada de decisão, seja ela qualquer espécie de decisão, incluindo, de certa maneira, a decisão judicial. O procedimento estaria inserto no sistema deliberativo, como cerne da questão, mais importante do que o próprio conteúdo da decisão, como meio dos destinatários futuros desta decisão, seja qual for – política, legislativa ou judicial, aceitar essa legitimidade social e jurídica, justamente pela existência de um sistema procedimental.

Com isso, o Judiciário, mediante um processo judicial, está em proceder-se um andamento pelo ideal procedimento, com o intuito de conseguir, ao final, a melhor decisão e, posteriormente, aplicar uma igualdade de decisão. Muito mais do que a análise dos fundamentos decisórios – morais, ideológicos, éticos, a observância dos critérios colocados diante do caminho construtivo da decisão é suficiente para a legitimação qualitativa da mesma. A mera perspectiva de participação e a delimitação de um sistema procedimental já garantiriam a própria legitimidade da decisão.

Luhmann entende como sistema<sup>17</sup>, de modo em geral, uma complexidade de elementos que devem ser conjuntamente entendidos como um contraponto ao ambiente. Sistema seria aquilo que não está interligado ao ambiente. De um lado há o sistema, de outro o ambiente. Sempre há, dentro desse ponto de vista, como separar o sistema de um ambiente, mesmo que este ambiente fosse um sistema maior. Numa exemplificação, a sociedade perfaz um sistema social que se contrapõe ao ambiente, que pode ser considerado a tudo que está envolta da sociedade, mesmo que, numa medida macro, o ambiente seria parte de um planeta, que seria um sistema maior. O que não

---

17 A visão de sociedade pelo autor: “A sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais os outros sistemas sociais podem referir-se. Ela transforma o indeterminado em determinado, ou pelo menos em uma complexidade determinável para outros sistemas. A sociedade garante aos outros sistemas um ambiente por assim dizer domesticado, de menor complexidade, um ambiente no qual já está excluída a aleatoriedade das possibilidades, fazendo assim com que ele apresente menos exigências à estrutura do sistema. Nesse sentido a estrutura da sociedade possui uma função de desafogo para os sistemas parciais formados na sociedade.” LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 168.

influencia o sistema, não sendo inserto de suas complexidades e autorreprodução é meramente ambiente.

Desse modo, tudo que existe será visto como sistema ou como ambiente, diante de várias possibilidades de pontos de intersecção, dependendo da visibilidade cognitiva. O sistema se relaciona imbricadamente com o ambiente, sem uma independência entre eles. Esse sistema é autopoietico, ou seja, ele mesmo se reproduz, com uma autoconstituição e reconstituição, o que seria que a comunicação interna do sistema mantém a operacionalidade e reavivamento do próprio sistema.

Lembremos que Luhmann entende a sociedade como um sistema estruturado em si mesmo<sup>18</sup>, que não tem uma relação primordial com o mundo e a ação humana, significando que detém a característica da autopoiese, expressão da biologia, que significa a possibilidade de autoproduzir-se, independentemente de outros fatores.

Desse modo, a atividade humana seria concebida como uma inteiração com um sistema social preconcebido e não imbuído da atividade humana como contingente<sup>19</sup>. Existiria, portanto, um sistema social e um sistema humano, que podem de todo modo coexistir<sup>20</sup>, reagindo entre si, mas não dependendo dessa inteiração, uma vez que podem ser autopoieticos.

Diante dessa ótica, o direito seria um limitador entre as integrações da sociedade e a atividade humana, com a funcionalidade de buscar equalizar as expectativas das ações individuais. Se a sociedade e a atividade humana são

---

18 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 168

19 Ao falar de Luhmann, Cerqueira analisa o modo de visão de sistema e contingência: “O sistema é sempre contingente, eis que as possibilidades por ele selecionadas podem ou não ocorrer, sendo que o que garante o sistema contra a contingência das possibilidades escolhidas é a sua estrutura. O direito, nesta perspectiva, figura enquanto estrutura indispensável, definidora dos limites e interações da sociedade e possibilitadora de estabilização de expectativas nas interações. A problemática reside, precisamente, em saber em que sentido se pode chamar a estrutura do direito de legítima.” CERQUEIRA, Katia Leão. A legitimação pelo procedimento e a obsolência da concepção clássica e seus critérios regulativos da verdade e da Justiça. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8646&revista\\_caderno=23](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8646&revista_caderno=23)>. Acesso em: 02 jan. 2017.

20 No sentido da diferença entre sistemas e a sua possibilidade de coexistência, Luhmann discorre: “Cada um é para o outro demasiadamente complexo e contingente. E ambos estão estruturados de tal forma que apesar disso possam sobreviver. A estrutura e os limites da sociedade reduzem a complexidade e absorvem a contingência das possibilidades orgânicas e psíquicas.” LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.p. 169.

sistemas próprios que coexistem, o direito serve como linha pacificadora entre ambos, com a função de neutralizar as disparidades e potencialidades das convergências. A verdade existente no direito deve servir para a expectativa diante de um neutralizar as distensões existentes entre a sociedade e a atividade humana e, esta deve ser alcançada mediante um devido procedimento, que esvaído de qualquer preconceito inaugural, legitimará a própria decisão, seja qual for o seu conteúdo.

Na definição de Luhmann, a legitimidade traduz-se em uma “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância<sup>21</sup>”. De certo modo, ao priorizar o procedimento, há uma tergiversação sobre o conteúdo alcançado.

Em sua visão, as partes de uma demanda – ou de qualquer processo decisório – devem entender a decisão como o resultado de um caminho percorrido, diferenciando, para fins de legitimidade, a aceitação que terá sobre as premissas que permeiam a decisão e a própria aceitação da decisão e seu conteúdo.

As premissas nascem pela consequência da legitimação necessária da decisão que rege pelo cumprimento de um procedimento. As partes de uma demanda devem conter a sua expectativa, diante dessa visão, pela efetividade do procedimento e aceitar o resultado oriundo deste, uma vez que as premissas foram respeitadas. A legitimidade da decisão não deve nascer do sentimento pessoal de cada indivíduo, mas da institucionalização de seguir-se o procedimento, com a certeza e a convicção de que o conteúdo que surgirá dali é capaz de pacificar o conflito, ainda que não tenha, a seu sentir de uma ou ambas as partes, o convencimento pessoal sobre o que se decidiu.

Evidentemente que Luhmann entende procedimento por uma dialética influenciante, mas incerta em seu resultado. Cada participante do procedimento tem a sua função no ritual ali proposto, com o conhecimento desta e uma organização diante do que se almeja alcançar como verdade e, dessa maneira, ao cumprimento do próprio procedimento como um caminho para alcançar a legitimidade da própria decisão. O procedimento existe pela incerteza de seu resultado, pela busca por traçar um caminho em busca da verdade e da melhor solução, sem o controle do conteúdo do que se alcançará

---

21 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980. p. 30



como certo, mas que a legitimidade está no seguimento de todos os atos daqueles procedimentos autônomos, para conjuntamente, cada qual realizando a sua função, chegar na decisão legítima, ainda que as convicções pessoais não reconheçam desse modo.

Numa tentativa de sistematizar o procedimento ideal, Luhmann classifica um ponto primordial pela separação das funções e papéis, com cada participante tendo a ciência de sua limitação diante do procedimento, realizando cada qual seu mister individual. Somente com a repartição de funções que se pode alcançar a verdade, com o êxito na representação de cada ente participante em representação à própria sociedade. Após realizada a separação das funções, o procedimento deve permitir a ampla comunicação, num total viés dialético, permitindo, ainda a contradição diante dessa comunicação dos diferentes<sup>22</sup> entes ali presentes e representados. Todas essas fases do procedimento são garantias do próprio procedimento, mas não do alcance da verdade. E, por verdade, entendemos a melhor interpretação dos fatos e do alcance jurídico disposto à análise. Mas, ao término do cumprimento fiel ao procedimento haverá uma decisão, ainda que não seja a decisão correta, pelo simples fato de ter seguido os passos pautados no procedimento, que deve, por si só, legitimar a decisão, independentemente de seu conteúdo, posto que incerto em sua essência de imprevisibilidade do resultado futuro dele mesmo.

E a indagação realizada por Luhmann é interessante para entender o quanto o procedimento se suplanta, em sua visão ao conteúdo da decisão: “perguntar de forma mais radical se atingir a verdade constitui, geralmente, a função principal do procedimento juridicamente organizado<sup>23</sup>”. Desse modo, com a verdade sendo um tanto utópica, apesar de plausível, não é a única função do procedimento decisório organizado, ainda que seja possível que se

---

22 A concepção de Luhmann de ter um procedimento, com a devida em sua própria tramitação passa pela representação das partes, mediante as devidas intervenções: “as comunicações dos participantes têm realmente de apresentar uma realização de seleção, têm mais ou menos de participar que aconteceu isto (e não aquilo), ou que deveria acontecer, mas continuam a ser, na sua seletividade (e não apenas com o sentido que escolheram) assunto de comunicações posteriores.” LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980. p. 44

23 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980. p. 26.

alcance também a verdade, mas ao proceder-se pelo procedimento, alcança-se a decisão legítima, por si só, numa autopoiese<sup>24</sup>.

Não há, por Luhmann, na legitimação por via procedimental, uma negação à verdade ou ao conteúdo, somente não se pode conceber que este exista somente para o alcance desta<sup>25</sup>.

O procedimento, então, deve ir além da própria função de alcance da verdade, com a necessidade de realizar-se, durante o procedimento, observações e alcançar-se conclusões, as quais têm o condão de obrigatoriedade, ainda que não representem a verdade, desde que tenha cumprido o próprio procedimento em seu andamento e fases.

Luhmann não despreza o conteúdo na sua concepção de legitimidade pelo procedimento, uma vez que a verdade é um ponto considerado, o que se almeja alcançar da reconstrução do que se discute, sendo o cerne da busca inicial do processo analisado, no entanto, não se deve colocar como frustrante se esta não vier a tona, justamente por ser necessário o julgamento e seguir-se o procedimento, ainda que não represente o que se pretendia em relação à verdade<sup>26</sup>.

Não há uma negação à verdade, mas uma não limitação a esta, uma vez que o procedimento se legitima por si só, autoproduzindo uma cadeia viciosa.

Se o procedimento, na visão de Luhmann, contiver todos os meios pelos quais se legitima, com as fases bem realizadas, os atores bem delineados

---

24 Uma definição por Neves sobre autopoiese: “A autopoiese significa que um sistema complexo reproduz os seus elementos e suas estruturas dentro de um processo operacionalmente com ajuda de seus próprios elementos.” NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 12, 1995. p. 279.

25 Luhmann compreende que, dentro do procedimento, as análises devem ser abertas, sem preconceitos anteriores, num sistema aberto de refutações e possibilidades: “Cada procedimento tem de principiar sob a condição prévia de que qualquer coisa pode, dentro do vasto quadro de fatos gerais e conhecidos, ser outra coisa (por fatos gerais e conhecidos entende-se conhecidos do juiz através de sua própria atividade oficial). A sentença não pode ser tão facilmente obtida a partir de preconceitos. No lugar de preconceitos têm que já estabelecerem o caso isolado e deixam em suspenso, sobretudo, a questão da verdade da afirmação dos fatos.” LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980. p. 58.

26 O sentido que Luhmann compreende como verdade não seria suficiente para a resolução das decisões com proveniência e correspondência com a certeza: “verdades com este sentido específico não são suficientes para resolver todos os problemas com uma absoluta certeza intersubjetiva” LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980. p. 26.

e representados diante daquele rito anteriormente disposto, com a realização dos diálogos sem todos os pontos, o resultado será legítimo, ainda que não se consiga a melhor solução ou, a verdade do que se almejava. A legitimidade deve entender-se com um certo grau de racionalidade, com a verificação de que se optou pelo cumprimento da legalidade do procedimento e, se está presente, o resultado decisório, com o devido cumprindo das normas descritas como legitimadoras, será, de igual maneira, legitimado.

Ainda, acerca do conceito de legitimidade, Luhmann diferencia a aceitação de premissas de decisão e a aceitação da própria decisão, referindo que se pode:

optar por afirmar os princípios e as normas dos quais uma decisão tem de 'derivar' e negar contudo a própria decisão, por ter logicamente resultado errada ou com base em interpretações falsas ou aceitação de fatos errados. E, ao invés, podem aceitar-se decisões, sem preocupações quanto aos méritos a que se reportam, numa atitude de total indiferença, talvez até numa recusa das suas razões como regras gerais de decisão<sup>27</sup>.

Quando há uma busca de legitimação pelo procedimento, necessariamente, deve, as partes dentro de um contexto, pressupor que a expectativa deve ser alterada, mediante as regras pré-definidas. A expectativa, nessa visão<sup>28</sup>, deve ser pelo cumprimento do rito procedimental, com a busca da realização efetiva de um processo de comunicação, este decorrente da conformidade com os regulamentos jurídicos.

O sistema, para funcionar em si mesmo, mediante a autopoiese, necessita de uma estruturação e, com isso, proceder por uma padronização das expectativas ali criadas. Estas devem limitar-se a participar do procedimento e, com o resultado proveniente do caminho decisório, deve proceder por esperar uma decisão que corresponda aos anseios do que se pode influir e participar, não de imaginar um resultado distante, utópico e preconcebido.

---

27 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980. p. 32

28 A visão crucial da legitimação é a mudança de expectativas: "A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico, trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos, trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa." LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980. p. 35

A estruturação pressupõe atores delineados, com papéis a serem realizados<sup>29</sup> e, conseqüentemente, as expectativas oriundas desse pensamento devem corresponder as limitações que o próprio procedimento cria. O resultado deve ser a aspiração de um procedimento bem conduzido, com as partes bem representadas, com as fases respeitadas, com a dialética proporcionada mediante um contraditório amplo e uma decisão que levem em consideração todo o procedimento ali disposto, tornando-a legítima pelo cumprimento do rito.

Se cada ator processual, diante de sua função delineada, cumprir corretamente a sua função, mediante as responsabilidades oriundas da separação e divisão dos papéis<sup>30</sup>, cada qual se responsabilizará pelo que fez e, ensinará como expectativa a correspondência de que todos assim o façam, com a condução correta do procedimento. Com isso, há uma evidente simplificação da legitimidade pelo procedimento, pelo cumprimento dos ritos e do que se pressupôs anteriormente com plausível para tanto, mediante uma análise, não do conteúdo do que se conseguiu como decisão, mas do devido cumprimento procedimental.

Um procedimento cumprido em todos os seus pontos, regras e garantias, trará uma decisão justa para os participantes e, posteriormente, para os que serão impactados, simplesmente pelo fato de que houve o cumprimento do rito ideal para tanto.

Entretanto, o procedimento deve guardar uma ideia de ampla discussão para chegar-se à decisão judicial, ainda que não seja aquela anteriormente imaginada, até pelo fato de que Luhmann defende que, diante

---

29 As partes devem ser proativas e participativas durante o procedimento, incumbindo a estes a sua própria qualidade influenciante, como uma carga e preocupação meramente destes, na visão de Luhmann: “à medida que o processo se desenrola, reduzem-se as possibilidades de atuação dos participantes. Cada um tem de tomar em consideração aquilo que já disse, ou se absteve de dizer. As declarações comprometem. As oportunidades desperdiçadas não voltam mais. Os protestos atrasados não são dignos de crédito (...) Os participantes cooperam na determinação da história do processo jurídico. Daí terem de se pôr de acordo quanto a um rito comum. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980. p. 35

30 Numa tradução livre, a comunicação entre as partes e seus papéis organiza-se automaticamente, como a própria conexão procedimental: “na medida em que a comunicação organiza sua capacidade de conexão, na medida em que exercita sua autopoiesis, o que se conecta não pode conectar-se senão ao já dito” LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana/Anthropos. 1996. p. 25/26

do procedimento, deve-se despir-se de qualquer preconceito sobre o qual conteúdo deva culminar a decisão. O procedimento, por esse viés, deve legitimar, seja for a decisão, porém deve agir de maneira refutativa, com a análise de pontos em contrários, de tese e antíteses.

Desse modo, utilizando da teoria da legitimação pelo procedimento de Luhmann, numa relação com um microsistema de formação de precedentes vinculantes, chega-se a uma pergunta: o precedente formado está legitimado somente pelo cumprimento do procedimento explicado neste capítulo? Esse é um dos pontos importantes a serem considerados diante da propositura legal de um microsistema de formação de precedentes vinculantes.

Diante da alta litigiosidade, da existência de uma gama de direitos individuais homogêneos e de direitos isomórficos que se repetem, uma atitude para aplacar e solucionar a multiplicidade de demandas passa pela objetivação do processo civil, com uma ampla possibilidade de criação de precedentes, seja para decidir processos em cascata, em efeito repetitivo, seja para criar precedentes para pautar futuros casos sobre determinado assunto. Não há como encontrar outra saída, sem pensar na objetivação.

Com isso, o procedimento diferenciado diante de um microsistema de precedentes vinculantes é necessário para o exaurimento material, para a representação correta e devida dos interessados no presente e no futuro, para chegar-se numa melhor decisão. Luhmann entende que o procedimento, se seguido corretamente, tem autonomia como um sistema em si mesmo para legitimar a decisão que dali sobrevirá, o que importa em uma decisão legítima para pautar o que se propôs diante daquele procedimento e, conseqüentemente, para todo o impacto social que dali também carregará.

Desse modo, seguindo esse viés, a decisão por si só seria justa e aceitável socialmente, com todos os impactos possíveis sociais e sociológicos, simplesmente por ter submetido-se ao procedimento previamente determinando, aceitando que este rumo proporciona a justiça diante da legitimidade de se ter valido de um determinado conjunto de regras ordenado culminando numa decisão justa.

A justiça enquanto visão de resultado de uma decisão judicial viria somente do cumprimento de uma série de normas previamente estabelecidas, resultando numa verdade sobre o qual as expectativas devem ser supridas. E, essas expectativas devem limitar-se somente a esperar o resultado obtido pelo

procedimento, com o entendimento de que a decisão é apropriada e justa, mediante a liberdade inserta ao próprio rito procedimental.

### **3.2 A complicação da visão de Luhmann nos precedentes vinculantes no CPC/2015: os problemas de legitimidade social**

No tocante a relação da obra de Luhmann com os precedentes vinculantes insertos ao ordenamento processual brasileiro, há facilmente uma legitimidade pela simples existência de um procedimento adequado e apropriado? Esse é o cerne da correlação entre Luhmann e esses precedentes.

O procedimento é necessário, justamente para diferenciar o caminho decisório dos precedentes, contudo este não pode legitimar-se em si só, da maneira proposta no ordenamento. O conteúdo, de certo modo, importa.

O primeiro problema passa pela liberdade da decisão. Evidente que não há como prever a decisão que será formada ao final do procedimento, o que passamos, num momento inicial do procedimento, o que pareceria uma aproximação com o que Luhmann propõe diante dessa problemática. Os debates pertinentes às fases do procedimento devem conduzir o próprio para culminar na melhor decisão, com a abertura para o diálogo e dialética, com o enfrentamento de todas as possibilidades jurídicas, como vimos na parte da fundamentação de uma decisão e a construção de uma só decisão entre o colegiado que chegue numa decisão que ponderou entre todas as teses levantadas<sup>31</sup>, considerando-as, seja para acatá-las ou refutá-las, mas como uma noção de um grau de importância em discorrer sobre todos os pontos.

---

31 Port, ao analisar comparativamente a visão procedimental de Luhmann e as demandas repetitivas, entende que não há tal legitimidade se o tribunal somente utilizar o rito para convalidar os que já pensa em sua jurisprudência, o que concordamos. No entanto, tudo depende do método, a maneira procedimental e a substância envolvida, podendo, de igual modo, mesmo em sentido diverso da jurisprudência, não ter legitimidade também: “Assim, pode-se vislumbrar, num primeiro momento, que a decisão judicial, proferida em demanda repetitiva, que se limita a meramente reproduzir o entendimento jurisprudencial consolidado, sem uma análise, ainda que superficial, das razões trazidas ao conhecimento do julgador pelas partes, carece de legitimidade. Nesse sentido, não reduz as expectativas, não minora as complexidades, por não ter cumprido o “iter” procedimental necessário e indispensável à satisfação do escopo principal do processo judicial: a pacificação social.” PORT, *Otávio Henrique Martins*. A decisão judicial nas demandas repetitivas e a legitimação pelo procedimento segundo Niklas Luhmann. *Revista Pensamento Jurídico*. v. 7, n. 1, 2015. p. 171.

O procedimento é um dos pontos que sustentam a legitimidade da própria decisão proveniente desse processo e que, num microsistema de formação de precedentes vinculantes, impactará a sociedade como um todo, mas não pode ser somente o único viés legitimador. A decisão não será justa, adequada e cabível àquela situação pelo mero cumprimento do rito previsto. Todos os pontos devem ser considerados, como em toda decisão judicial, mas sobretudo por entender-se que esta decisão, realizada diante de um sistema diferente, com impacto maior do que interpartes, deve guardar um cuidado analítico maior.

Uma decisão que não guarde coerência com a realidade, sem a devida integridade com o mundo do direito, ou seja, diante dos ditames constitucionais e dos direitos fundamentais, não alcançará a legitimação adequada, mesmo diante do cumprimento de todo o procedimento.

Esse ponto leva a entendermos que somente o procedimento não é a base para a legitimação da decisão.

No segundo problema, assiste razão inicial à Luhmann ao partir da premissa de que para que o procedimento seja válido, este deve conter as suas fases, com as devidas repartições de funções e responsabilidades, com as manifestações e preclusões. Contudo, há uma problemática na realidade do microsistema – ou nos institutos anteriormente utilizados no ordenamento – sobre o próprio procedimento, com o cumprimento deficitário do próprio rito, com a falta de substância fática no rito.

Fazzalari entende de modo igualmente procedimentalista em relação à legitimidade, contudo, com maior ênfase do que Luhmann sobre a legitimação pela participação<sup>32</sup> no procedimento, o que tem certa intersecção com este

---

<sup>32</sup> A visão de Fazzalari, também procedimentalista, passa pela participação, pelo contraditório como legitimador, numa concepção um pouco diversa de Luhmann, numa tradução livre: “Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do provimento final à fase preparatória da mesma; na paridade simétrica de suas posições; na implicação mútua de suas atividades (tempo, respectivo, para promover e impedir a emanção do provimento); na importância das mesmas para o autor da provisão: de modo que cada o contraditório possa exercer em sua totalidade - conspícuo ou modesto não importa - as escolhas, reações, controles, e deve resistir aos controles e as reações das outras, aos quais esse autor do provimento deve ater-se.” FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. VII Edizione. Padova: CEDAM, 1994. p. 82.

pensamento. Com a repartição de envolvimento de todos os atores no procedimento, o resultado decisório deste seria legítimo<sup>33</sup>.

Nessa visão, o contraditório é o legitimador do procedimento em si, compartilhando essa base focal com Luhmann, porém, seria somente uma intersecção, uma vez que o procedimento como um todo é a base da visão deste<sup>34</sup>.

As fases processuais do microsistema, desde o pedido de instauração, nos institutos possíveis, passando pela decisão de admissibilidade e de afetação, com a ampliação do contraditório até culminar na decisão prolatada com a formação de um precedente, tem razão em sua própria existência e inserção diante de um organograma jurídico sistêmico. Não há de se pensar que somente o simples cumprimento inefetivo de uma fase legitimará a decisão. Uma audiência pública que não influencia, um *amicus curiae* que não é considerado na decisão, uma fundamentação que não pormenoriza e enfrenta todos os pontos, não perfazem o cumprimento que Luhmann defende. Ou seja, o procedimento deve ser substancial, dialético, existente e efetivo em sua realidade para a própria formação do precedente.

Se entendermos que o procedimento é um caminho necessário, mas que não realiza por si só a legitimação, com a necessidade de consonância

---

33 Marinoni acaba por refutar ambas as visões, colocando como limitadas por não se analisar o resultado em termos de conteúdo: “Assevera, ainda, Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 25) que a observância do procedimento como critério para legitimidade da decisão, não pode ser vista restritivamente, como o fez Elio Fazzalari, como a participação no procedimento. De igual modo, as teorias procedimentalistas são insuficientes para legitimar a jurisdição, haja vista não analisarem os conteúdos substanciais da decisão.” GOMES, Matheus Barreto. *Precedentes judiciais - legitimação pelo procedimento*. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2009. p. 159.

34 Não há como entender que a mera participação, como contraditório, é suficiente para a legitimidade da decisão, independentemente de seu conteúdo e poder de influência. Não se deve entender a participação como mero legitimador, sem atinar-se sobre como se procedeu essa participação. Por isso, Marinoni refuta a visão de Fazzalari: “Quando Elio Fazzalari afirma o seu conceito de legitimidade pelo procedimento, o seu interesse deita-se sobre o contraditório, ou melhor, sobre a efetividade da participação em contraditório na formação da decisão judicial. Como o poder é exercido através do procedimento, a participação efetiva e igual das partes no procedimento judicial seria suficiente para legitimar ou democratizar o exercício da jurisdição. Isto revela uma ideia de processo com conotação política, pois voltada a assegurar a participação igualitária das partes - deixando ao longe a concepção de relação jurídica processual, mas sem qualquer preocupação em sustentar a legitimidade da afirmação dos direitos fundamentais sobre a lei.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo102.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2017.



substancial do que se decidiu com a realidade, um procedimento que nem guarda a efetividade em si mesmo, com um déficit em sua própria realização, com atos meramente formais em busca de legitimação, sem a devida consideração e ponderação, não há como pensar em legitimidade pelo procedimento.

Desse modo, qualquer procedimento deve ser cumprido em suas diretrizes, com todo o ônus processual existente, seja pelas partes e terceiros que possam se manifestar e que terão que fazê-lo mediante as regras preestabelecidas, bem como pelo colegiado julgador, com toda a preocupação judicante em tal desiderato.

A carga de condução procedimental é imensa, com a necessidade não somente de possibilitar a oitiva de todos que têm direito à manifestação, mas que todos estes tenham o contraditório como um direito de influência<sup>35</sup>, para não ser o procedimento pelo próprio cumprimento do procedimento.

Se temos ressalvas quanto à visão de Luhmann na visão geral da legitimação pelo procedimento, imaginemos uma hipótese em que o procedimento for utilizado como mero legitimador, com o cumprimento fictício de suas fases para culminar na decisão, sem grandes discussões, sem ônus argumentativo de todos os lados e, principalmente, dos julgadores, numa displicência judicante, nunca nem poderíamos refutar o autor, simplesmente pelo procedimento nem ter colocado-se à prova, pela própria ineficiência de quem o conduz.

Desse modo, há de se entender que mesmo que tenhamos posicionamento crítico quanto à Luhmann e sua fidelidade ao procedimento como a verdade decisória, se um procedimento nem seguido for substancialmente, não há nem como pensarmos em legitimidade, mas não por discordância ao autor, mas por pura precariedade do próprio funcionamento do Judiciário nessa condução.

Ultrapassados os problemas insertos da teoria da legitimação pelo procedimento de Luhmann, a pergunta se coloca da seguinte maneira: a

---

35 “relevante contributo para o labor jurisdicional. Sem embargo, a participação não só tem o escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também tem a finalidade de colaboração para o exercício da jurisdição.” CABRAL, Antonio do Passo. *Contraditório como influência*. Dicionário de Princípios Jurídicos - Flávio Galdino; Sílvia Faber Torres; Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka. Editora: ELSEVIER – CAMPUS. 2011. p. 201.

sociedade considerará a decisão como justa<sup>36</sup> independentemente de seu conteúdo somente pelo procedimento ser seguido? Essa visão é complexa de entender-se como válida, uma vez que a sociedade como um todo não participou da formação do precedente, tampouco se limita a sua expectativa somente pelo cumprimento devido do procedimento. O conteúdo da decisão judicial é importante para a própria concepção legitimadora.

Evidente que trazer a comparação da teoria da legitimação pelo procedimento de Luhmann com o microssistema de formação de precedentes vinculantes reforça uma visão de que toda a explicação aqui pormenorizada do procedimento pelo qual cada instituto deve passar é importante, mas não, ao mesmo tempo, deve cuidar-se para que não haja um cumprimento procedimental simplesmente por acreditar numa legitimação consequencial básica, sem analisar-se o conteúdo que ali foi prolatado.

O viés conclusivo dessa comparação do microssistema com a teoria da legitimação pelo procedimento<sup>37</sup> de Luhmann passa pela necessária relação da decisão judicial oriunda dos institutos ali dispostos com o seu próprio conteúdo como um dos agentes legitimadores, não ficando afetos somente ao procedimento<sup>38</sup>, mas com a substância do que se decidiu. Evidente que para

---

36 Os mecanismos procedimentos que garantiriam a legitimidade, não a satisfação dos participantes com o resultado que se alcançou, o qual deve culminar uma decisão independente e, teoricamente, legítima por submeter-se ao procedimento: “A preocupação de Luhmann é a de esclarecer os mecanismos que dotam uma decisão de força vinculativa, possibilitando sua assimilação e aceitação por todos os atingidos, estejam eles satisfeitos ou não. Para a legitimação pelo procedimento, pouco importa se a decisão é justa, exata ou congruente, pois, nas sociedades complexas, a natureza da decisão cede lugar aos procedimentos que generalizam o reconhecimento das decisões.” BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. n. 61. 2004. p. 15.

37 “A legitimidade da decisão, para alguns, como os seguidores da teoria de Luhmann, não se apresenta como uma questão autônoma. Para esses é viável apenas discutir o problema da legitimação da jurisdição, já que não há objetividade possível em questões normativas. Nesse contexto, o problema da legitimidade da decisão é consumido pelo da legitimação através do procedimento. Porém, não há como negar que uma das questões mais importantes para a teoria do direito contemporânea é a da legitimidade da decisão jurisdicional, especialmente quando o juiz confronta a lei infraconstitucional diante dos direitos fundamentais, tarefa que lhe é imprescindível no Estado constitucional.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo102.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

38 Ferraz Jr. critica a conclusão de Luhmann por entender que não seria possível considerar que a legitimidade seria proveniente somente dos aspectos procedimentais: “Luhmann reduz a legitimidade a procedimentos decisórios, pois, para este autor, bastam as regras de procedimento legal como premissas legitimadoras; sendo a função da decisão absorver insegurança, para fundar uma decisão, basta que se contorne a

que o próprio microsistema de formação de precedentes seja possível em sua concepção realista, o procedimento não pode ser meramente figurativo, devendo ser efetivo e real, sem a possibilidade visível aventada por Luhmann<sup>39</sup>.

#### **4 A SAÍDA PELO MEIO TERMO: É POSSÍVEL UMA LEGITIMIDADE CONJUNTA PELO PROCEDIMENTO E SUBSTÂNCIA DECISÓRIA?**

Diante do prisma da existência de um microsistema de formação de precedentes vinculantes, com a demonstração e explicação de que há a necessidade, para a melhor criação de uma decisão que tornará um precedente, que um procedimento próprio e ampliado seja criado, com um cuidado maior para com a matéria em juízo, pelas partes, pelos terceiros e pelo órgão julgador.

No entanto, acreditar no procedimento como o único ou principal viés legitimador é um tanto simplório. A decisão oriunda do precedente deve ter consonância com o que se entende como justo, importando com o seu conteúdo para uma futura aplicabilidade. Apesar do CPC/2015 optar por um conjunto de institutos que tem uma vinculatividade formal e, por isso, também por um procedimento amplificado e especial, contudo, não podemos entender que simplesmente o cumprimento deste implicará em um precedente que terá

---

incerteza de qual decisão (materialmente falando) ocorrerá pela certeza de que uma decisão. (formalmente falando) ocorrerá; legitimidade estaria, assim, para este autor, baseada numa certa crença na legalidade, mas propor fundamentos para esta crença não teria, então, funcionalmente, nenhum sentido, pois um dos constituintes da legitimidade estaria justamente na ficção que esta possibilidade exista, mas não seja realizada.” FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 173/174.

39 Agra aponta os equívocos que entende pela própria teoria de Luhmann no que a falta de canais eficientes de realidade social. Ou seja, o procedimento não pode pautar a interpretação judicial, sem ser interligado e resultante com a substância: “A teoria formulada por Luhmann apresenta algumas deficiências que impedem sua aplicação em uma sociedade considerada pós-moderna. Orientar as decisões inerentes à jurisdição constitucional apenas por procedimentos judiciais, sem forte inter-relação entre a normatividade e a facticidade, significa aumentar o *gap* jurídico e contribuir para o decréscimo da força normativa da Constituição. Outrossim, pela falta de canais eficientes com a realidade social, tende o ordenamento jurídico a se tornar auto-referencial, cerceando as tentativas de construção de uma sólida teoria de legitimidade de atuação extensiva da jurisdição constitucional” AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 231.

um conteúdo válido e condizente de uma aplicabilidade a ser replicada, nos processos que outrora estejam suspensos ou as futuras demandas que guardem identidade fático-jurídica com a decisão paradigmática. Seria, de certo modo, entender que a legitimidade estaria puramente no procedimento.

O contraditório é importante para esse ponto<sup>40</sup>, seja pela sua necessária influência no debate ou pela sua abertura cognitiva diante de uma ampliação da argumentação. Com um debate maior, em busca de levantamento das mais diversas teses e visões sobre o tema a ser discutido, a análise judicante, em teoria, deve ser a mais exauriente possível, com a pormenorização de todos os argumentos, refutação e acatamento de pontos materiais para se culminar nas melhores teses sobre a matéria a ser decidida.

O rito procedimental existente no microssistema não pode ser um mero legitimador de um viés jurisprudencial anterior<sup>41</sup>, ou seja, a admissibilidade de qualquer dos institutos insertos no microssistema não serve simplesmente para se conseguir a convalidação de um posicionamento daquele tribunal, concedendo-lhe um viés vinculativo que outrora não detinha. Ao admitir-se qualquer dos institutos, desde a afetação até a decisão final deste, o colegiado julgador deve reabrir o campo das discussões cognitivas e exaustivas, justamente para dar azo a todas as manifestações, com a possibilidade de que todas estas sejam consideradas, discutidas e influenciadas para o procedimento e a ulterior decisão judicial dali proveniente.

Uma vez admitido qualquer dos institutos, evidentemente, que a jurisprudência existente deve ser considerada, mediante a sua formação paulatina durante o tempo, mas não deve ser o fio condutor judicante para tal

---

40 E, neste ponto, todos os autores citados concordam, seja Fazzalari pelo contraditório como legitimador, Habermas pela comunicatividade, Haberle pela ampliação dos pré-interpretés, Popper pela refutação e Luhmann pela participação com a noção de remodelação de expectativas.

41 Outro problema do procedimentalismo de Luhmann, mencionado por Port, está na utilização deste para revestimento de entendimentos que, anteriormente, eram somente persuasivos, como mera procedimentalidade para transformá-los, diante do microssistema, em repetitivos ou precedentes vinculantes: “As decisões judiciais que se limitam a reproduzir a jurisprudência consolidada, sem a devida atenção ao conflito instaurado no processo e à participação dialética das partes, consubstanciada nas razões por ela invocadas no curso da demanda, não contribuem, conforme já dissemos, para a redução das expectativas das partes envolvidas, dando azo à sua deslegitimação como procedimento, segundo o conceito de Niklas Luhmann.” PORT, *Otávio Henrique Martins*. A decisão judicial nas demandas repetitivas e a legitimação pelo procedimento segundo Niklas Luhmann. *Revista Pensamento Jurídico*. v. 7, n. 1, 2015. p. 178

desiderato, deve ater-se a ser somente mais um argumento persuasivo para os debates abertos pela própria instauração daquele contraditório ampliado. Se ao invés disso, qualquer dos incidentes optar por uma rapidez e ausência de grande contraditório<sup>42</sup>, somente na busca da convalidação vinculativa de um posicionamento anterior, não há, evidentemente, uma legitimidade no precedente, ainda que seguindo o procedimento, tornando a decisão desconexa com a realidade e um equívoco a ser corrigido posteriormente, causando mais males do que benefícios.

É importante que a abertura cognitiva seja real, no intuito de considerar os argumentos de todos os comunicadores ali presentes, com a efetiva participação de todos os atores processuais, com a consideração de todos os pontos materiais elencados e culminar na decisão mais justa, diante do prisma de direitos normativos existentes e coadunando com os preceitos fundamentais. Ou seja, por mais que o procedimento seja essencial para a construção de um precedente vinculante, nos moldes que a novel legislação processual imaginou um microssistema, a substância material oriunda dali é tão importante quanto o rito procedimental sugerido legalmente e que deve ser seguido pelo órgão judicante competente.

Desse modo, a decisão judicial deve fundamentar-se em preceitos fundamentais, em seguir os ditames constitucionais e seus princípios, bem como estar alicerçada em diversos pontos materiais normativos em que possa ser aceita como justa pela sociedade. E, ainda, como já vimos, com uma fundamentação analítica e adequada para que cumpra sua função extraprocessual de maneira minimalista.

---

42 Refutando, de certo modo, a teoria de Fazzalari, apesar de considerar que denota aspectos importantes, Marinoni versa sobre a insuficiência desta para a legitimidade da decisão: “Contudo, a participação das partes no procedimento, embora importante, é insuficiente para garantir a legitimidade da jurisdição. A parte, além de ter o direito de participar do processo, possui o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material. Esse direito incide sobre o legislador, obrigando-o a instituir procedimentos idôneos, assim como sobre o juiz, especialmente em razão das normas processuais abertas, que dão à parte o poder de estruturar o procedimento segundo as necessidades do direito material e do caso concreto. Ou seja, a legitimidade da jurisdição, inclusive para que lhe seja possível tutelar os direitos, exige a compreensão de que o processo deve se mostrar apto à tutela do direito material. O processo, nessa perspectiva, exige mais um *plus* em relação à fria e neutra concepção de relação jurídica processual.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo102.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

O procedimento não pode ser o legitimador único, como Luhmann dispõe<sup>43</sup>, como um meio de mudar as expectativas das decisões judiciais pelas mesmas em relação ao cumprimento do procedimento e, conseqüentemente, ater-se a aceitar<sup>44</sup> a decisão oriunda daquele instituto, se cumprido todo o rito<sup>45</sup>.

Toda decisão, em qualquer dos institutos do microsistema, deve tem uma substância material digna e coadunando com a legalidade e, sempre que possível, com os anseios sociais. É importante essa visão da decisão que forma o precedente, justamente para entender-se que a vinculatividade formal,

---

43 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980. p. 26.

44 Luhmann ressalta que legitimidade, em sua visão, deve ser compreendida como aceitação da validade da decisão. Este ponto é complexo, socialmente e sociologicamente, pelo fato de que a decisão judicial não deve ter somente aceitação, mas, sobretudo, legitimidade: “Em primeiro lugar tem de se distinguir claramente no conceito de legitimidade, entre a aceitação de premissas de decisão e aceitação da própria decisão. Esta distinção é particularmente importante, pois o processo legitimador de decisão opera sob uma condição do tipo sim/não. Existe uma grande diferença quando esta condição é aplicada só às premissas de decisão ou também às próprias decisões. Pode-se optar por afirmar os princípios e as normas dos quais uma decisão tem de ‘derivar’ e negar contudo a própria decisão, por ter logicamente resultado errada ou com base em interpretações falsas ou aceitação de fatos errados. E, ao invés, podem aceitar-se decisões, sem preocupações quantos aos méritos a que se reportam, numa atitude de total indiferença, talvez até numa recusa de suas razões como regras gerais de decisão. A positivação do direito, isto é, à tese de que todo o direito é posto por decisão, corresponde estabelecer o conceito de legitimidade sobre o reconhecimento das decisões como obrigatórias. Este é o conceito mais amplo. Compreende, também, o reconhecimento das premissas de decisão, contanto que se decida sobre elas (noutro tempo e através doutras passagens). Igualmente, leis, atos administrativos, sentenças etc. são, pois, legítimos como decisões, quando e enquanto se reconhecer que são obrigatoriamente válidos e devem fundamentar o próprio comportamento. Com esta definição as dificuldades deslocam-se para o conceito da aprovação ou aceitação (...) O conceito de aceitação tem de ser correspondentemente formalizado. O que quer dizer é que os indivíduos, por quaisquer motivos, assumam sempre as decisões como premissas do seu próprio comportamento e estruturam as suas expectativas de acordo com isso” LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980. p. 26.

45 Marinoni reúne Fazzalari e Luhmann como procedimentalistas, apesar de com vertentes diferentes, para refutar que o procedimento consegue, meramente, chegar numa legitimidade decisória: “Contudo, as teorias de Fazzalari e de Luhmann se situam em planos completamente diversos. Embora a legitimação pelo procedimento, na teoria de Luhmann, também invoque uma legitimação através da participação, há uma grande distinção entre os significados de participação em Luhmann e Fazzalari. Luhmann, ao tratar da participação, está preocupado com a aceitação das decisões e em “tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas”, e não apenas com a efetividade do direito da parte participar do processo, influenciando sobre o convencimento judicial, o que, segundo Fazzalari, legitimaria o exercício da jurisdição.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em:

<<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo102.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

contida em diversos artigos do CPC/2015 e, sobretudo, no art. 927, não resolverão, de plano, o problema da dispersão de entendimentos se o único ponto legitimador for o devido cumprimento do procedimento. Não há liberdade decisória total por causa da existência de procedimento pré-definido, tampouco, há legitimidade ampla somente pela participação da sociedade, através dos terceiros, principalmente *amicus curiae*, como se estes autorizassem qualquer que fosse o resultado da decisão judicial.

E, para entendermos os precedentes já existentes no Brasil, uma vez que muitos dos institutos insertos do microsistema não são novidades e foram, no máximo, remodelados, muitas decisões sem um cunho vinculante formal e legal, têm total aceitação pela sociedade e pelos juízos de tribunais e graus inferiores pela sua própria substância, sem a necessidade de uma norma que obrigue os demais órgãos a seguir. Evidentemente que um microsistema de formação de precedentes vinculantes pressupõe a ciência pelo órgão julgador que há um paradigma a ser construído no exercício específico daquela judicância, naquele momento, o que importa em atrelar-se, ainda mais, os precedentes fundamentais, os argumentos das partes e, principalmente, a pacificação social<sup>46</sup>, orientada pelos ditames constitucionais e, como o próprio

---

46 Nesse ponto, há de se imaginar que o simples procedimento a ser seguido, sem um viés participativo e em conjunção à sociedade não detém o grau de vinculatividade que a própria norma preconiza. O caso apresentado aqui refere-se ao Repetitivo sobre "Necessidade de, na busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, ser paga a integralidade do débito para caracterizar-se a purgação da mora pelo pagamento, não sendo suficiente o pagamento, tão somente, das parcelas vencidas", tendo o REsp 1.418.593 como representativo da controvérsia, deliberou-se sobre a necessidade de pagar a integralidade da dívida se houver uma ação de busca e apreensão ou somente o que perfaz valores em atraso que geraram a possibilidade da demanda. A interpretação em Repetitivo em Recurso Especial foi a seguinte pela 2ª. Seção do STJ: "Nos contratos firmados na vigência da lei 10.931/04, compete ao devedor, no prazo de cinco dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial –, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária." Ou seja, decidiu em sede de formação de um precedente vinculante (apesar de não se utilizar este termo no CPC/73) que se há um processo de busca e apreensão de um veículo, purgar-se-á a mora de todo o contrato e, ao devedor, que não conseguiu pagar aquela parcela ou parcelas, somente será possível a devolução do veículo com a visão de que o devedor deve quitar toda a dívida. É uma visão deturpada da norma, bem como desarrazoada da realidade e da finalidade de um repetitivo. Primeiro sobre o prisma do aspecto temporal, o repetitivo foi aceito, pelo Ministro Salomão, em 03/02/2014, e julgada a tese em 14/05/2014, com julgamento dos embargos de declaração em 18/06/2014, e trânsito em julgado em 22/08/2014. Não houve nem o procedimento em sua análise de maturação do que se decidir, somente uma consideração em um julgamento com uma vinculatividade maior, como uma legitimidade para um entendimento sem seguir

CPC/2015 preconiza em seu art. 8º, para culminar numa decisão que detenha uma legitimidade pelo cumprimento das regras procedimentais e pela sua própria materialidade, conseguindo uma decisão social e juridicamente justa.

Um ponto importante para toda a legitimidade está na ampla publicidade de todo o conteúdo do procedimento, de todas as deliberações, desde a decisão de afetação, quanto aos debates e, principalmente, sobre o enfrentamento de todas as questões, com as devidas refutações que são peculiares da argumentação jurídica.

As deliberações de cada um dos atores processuais, das partes aos *amicus curiae*, passando pela audiência pública, informações dos tribunais e parecer do Ministério Público revelam as escolhas de posições jurídicas e políticas por estes grupos, ainda conforme seus sentimentos e anseios, o que não pode ser omitido e, tampouco, desconsiderado. Conhecer e tornar pública as razões da deliberação são fundamentais para o exercício e vinculatividade da decisão, até pelo fato de somente entender-se-á toda essa vinculação, se entendermos o que está em jogo, quais são todos os interesses sobre os quais qualquer dos institutos almeja.

Evidentemente, o procedimento por si só não legitima qualquer decisão<sup>47</sup>.

Não há de se pensar em transcendência da decisão formada neste microssistema vergastado neste estudo, se as suas decisões forem desconectadas com a realidade jurídica e sua aplicabilidade no cotidiano. Do mesmo modo, a substância material do que se decide, do que se delibera é fundamental para que saiba se o procedimento cumpriu a sua função, não como um legitimador em si mesmo da decisão, mas, sobretudo, como a busca de uma decisão resultante da melhor interpretação do direito material. Essa

---

pormenorizadamente o que o rito preconiza. Desse modo, não há uma respeitabilidade pelo repetitivo pelo Brasil afora, levando a ser um repetitivo com alto índice de descumprimento pelos tribunais e juízes de primeiro grau, fora a noção de que o devedor não terá condições de adimplir todo o contrato. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI218053,11049-STJ+reforma+decisao+que+admitiu+purgacao+da+mora+em+leasing+de+veiculo>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

47 “Dessa forma, a legitimação não deve ser apreendida apenas em seu sentido formal, deve ela advir de uma confluência com os influxos da realidade que fornece qualidade e conteúdo à decisão.” MARTIN, Andréia Garcia. A legitimação das decisões judiciais pelo procedimento adequado: a superação da teoria de Luhmann. Anais. Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto. 24 a 27 de Novembro de 2009. p. 107.



dicotomia procedimento/substância<sup>48</sup> material deve permear o órgão julgador em uma preocupação incessante na coexistência de ambos. O procedimento deve ser meio, a substância deve ser a finalidade.

O conteúdo tem alto grau de importância, tanto que existem diversas decisões/precedentes que, apesar de não serem vinculantes formalmente, detêm alto grau de respeitabilidade<sup>49</sup> e vinculação pela sua própria contundência em sua formação<sup>50</sup>, ainda que fora de um rito procedimental

48 Sobre o ordenamento revogado, Raatz demonstrava uma crítica justamente à ênfase ao proceduralismo, com o intuito de mencionar que o precedente deve conter substância de tal desiderato. Os precedentes, nos moldes brasileiros, nascem para assim o serem e devem ter o cuidado com o conteúdo e não somente uma legitimidade pelo procedimento: “Por um lado, o sistema de precedentes obrigatórios não leva em conta os fundamentos da decisão como qualificadores do seu grau de vinculação para as decisões futuras: basta que a decisão tenha sido tomada pelo Superior Tribunal de Justiça em respeito a algum procedimento capaz de conferir-lhe tal força, como, por exemplo, aquele previsto no artigo 543-C, do CPC<sup>27</sup>. Vale dizer, o valor do precedente independe do seu conteúdo<sup>28</sup>. O aspecto subjetivista impera nesse primeiro momento, pois não importa como se decidiu, mas, sim, que determinada matéria foi decidida. Com isso, o precedente ganha, automaticamente, força vinculante relativamente aos casos futuros.” RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira? *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. XI. N. 11. 2013. p. 224.

49 Apesar de ser uma súmula, contudo, citamos a súmula 385, como um precedente não vinculante em termos formal, porém, com alta vinculatividade substancial, com aplicabilidade unânime nos tribunais e juízes de primeiro grau. SÚMULA N. 385 – Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento. Referências: CDC, art. 43, § 2º. CPC, art. 543-C. Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Precedentes: AgRg no REsp 1.046.881-RS (4ª T, 09.12.2008 – DJe 18.12.2008) AgRg no REsp 1.057.337-RS (3ª T, 04.09.2008 – DJe 23.09.2008) AgRg no REsp 1.081.404-RS (4ª T, 04.12.2008 – DJe 18.12.2008) AgRg no REsp 1.081.845-RS (3ª T, 04.12.2008 – DJe 17.12.2008) REsp 992.168-RS (4ª T, 11.12.2007 – DJ 25.02.2008) REsp 1.002.985-RS (2ª S, 14.05.2008 – DJe 27.08.2008) REsp 1.008.446-RS (4ª T, 08.04.2008 – DJe 12.05.2008) REsp 1.062.336-RS (2ª S, 10.12.2008 – DJe 12.05.2009) Segunda Seção, em 27.5.2009 DJe 8.6.2009, ed. 379.

50 O cerne do nosso estudo é o procedimento oriundo do microsistema, contudo, há de se perceber que existem precedentes com alto grau de vinculatividade mesmo fora das decisões resultantes destes institutos, justamente pela qualidade de seu conteúdo. Magalhães e Silva analisam essa substancialidade: “Os direitos fundamentais desempenham papel determinante no grau de vinculação de um precedente. Dessa forma, os precedentes, independentemente de exercerem ou não vinculação formal, que reconheceram (ADI 939/DF), estenderam (RE 179.500/RS) ou criaram (HC 68.742/DF) direitos fundamentais possuem uma força vinculante muito maior do que aqueles que limitaram ou reduziram o campo de aplicação de direitos fundamentais (ADI 1.232/DF e ADC 4/DF). Portanto, as experiências recalcitrantes, quando surgem, não são desconsideradas pelo STF e as justificativas para a adoção do precedente são sempre utilizadas, para que a decisão seja considerada a mais correta, do ponto de vista da interpretação da Constituição e da proteção dos direitos fundamentais (ADI 1.232/DF).” MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF. *Revista Jurídica do Senado Federal*. Brasília a. 49 n. 195 jul./set. 2012. p. 94.

instituído para tanto. No entanto, a possibilidade de uma decisão construída fora do procedimento do microsistema ter este alto grau de vinculatividade pelo seu conteúdo, não há como imaginar que o rito previsto nestes institutos é desnecessário, o intuito é totalmente diverso, passa por entender que mediante esta alteração procedimental, com ampliação do contraditório e da pormenorização judicante, há maiores possibilidades de acertos na formação do conteúdo do que se decidiu e, com isso, um grau maior de legitimidade deixando a dicotomia para entender-se como uma complementariedade entre procedimento e substância<sup>51</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

Diante de toda essa análise sobre os precedentes judiciais e a sua vinculação normativa existente no CPC/2015, a primeira conclusão é a impossibilidade da utilização do procedimento como único legitimador da decisão e a necessidade de convergência entre substancialidade e procedimento.

O procedimento por si só não pode ser o único mecanismo de legitimação da decisão formada em qualquer destes institutos. A substância oriunda da decisão, após os debates e a participação cooperativa de todos os terceiros e legitimados, é fundamental para que saiba se o procedimento cumpriu a sua função, não como um legitimador em si da decisão, mas, sobretudo, como trâmite para a busca de uma decisão resultante da melhor interpretação do direito material.

Desse modo, após a devida análise, refutamos a teoria de Luhmann, na visão que a escolha de um microsistema procedimental não pode funcionar,

---

<sup>51</sup> A substância é condição da própria decisão. Não existe procedimento por si só, mas somente como um meio para uma decisão que contenham valores condizentes com a realidade e não com o mero procedimento. Marinoni conclui desse modo, ao refutar a visão dos procedimentalistas, principalmente de Luhmann: É evidente que o procedimento, quando compreendido nessa dimensão, é atrelado a valores que lhe dão conteúdo, permitindo a identificação das suas finalidades. Isso pela razão óbvia de que o procedimento, à luz da teoria processual que aqui interessa, não pode ser compreendido de forma neutra e indiferente aos direitos fundamentais e aos valores do Estado constitucional. Nesse momento não há razão para tentar penetrar na essência de outro processo que não aquele que importa à jurisdição do Estado contemporâneo.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo102.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

pragmaticamente, como mero agente legitimador das decisões provenientes de certos procedimentos. O resultado do estudo é o inverso, o procedimento é caminho para um conteúdo que tenha, por si só, materialmente, a legitimidade.

Essa dicotomia procedimento/substância material deve permear o órgão julgador em uma preocupação incessante na coexistência de ambos. O procedimento deve ser meio, a substância deve ser a finalidade.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. As demandas de massa e o projeto de novo código de processo civil. In FREIRE, Alexandre at. *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. n. 61. 2004.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos*. Disponível em: <<http://www.dinamarco.com.br/wp-content/uploads/NovaTecnica.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR, Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodvm, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório como influência. In: TORRES, Ricardo; GALDINO, Flavio; KATAOKA, Eduardo. *Dicionário de princípios jurídicos*. Elsevier Brasil, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1991.

CERQUEIRA, Katia Leão. A legitimação pelo procedimento e a obsolência da concepção clássica e seus critérios regulativos da verdade e da Justiça. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8646&revista\\_caderno=23](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8646&revista_caderno=23)>. Acesso em: 02 jan. 2017.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4.ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

- CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. Vol. VII. Padova: CEDAM, 1994.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GOMES, Matheus Barreto. *Precedentes judiciais: legitimação pelo procedimento*. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana/Anthropos. 1996.
- MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF. *Revista Jurídica do Senado Federal*. Brasília, DF, v. 49, n. 195, jul./set. 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT. 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo102.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2017.
- MARTIN, Andréia Garcia. A legitimação das decisões judiciais pelo procedimento adequado: a superação da teoria de Luhmann. *Anais. Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto*. 24 a 27 de Novembro de 2009.
- NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 12, 1995.
- PORT, Otávio Henrique Martins. A decisão judicial nas demandas repetitivas e a legitimação pelo procedimento segundo Niklas Luhmann. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 7, n. 1, 2015.
- RIBEIRO, Cristiana Hamdar. A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, RJ, v.5, n. 5. 2010. p. 622. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23105>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

Data de Submissão: 29/09/2018, Data de Aprovação: 05/12/2018

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO

LEMOS, Vinícius. A vinculação de um precedente pelo procedimento: uma análise sobre Luhmann e a formação de precedentes vinculantes. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 1, p. 140-173, jan./jun. 2018. ISSN 2447-6536. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/213>. Acesso em: dia mês. Ano. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i1.213>.

**AS MEDIDAS CAUTELARES E A AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO  
(AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA) NO PROCESSO PENAL:  
ENFRENTAMENTOS A PARTIR DA TEORIA DO PROCESSO  
CONSTITUCIONAL**

**THE PRECAUTIONARY MEASURES AND THE PRESENTATION HEARING (CUSTODY  
HEARING) IN THE CRIMINAL PROCESS: CONFRONTATIONS BASED IN THE  
CONSTITUTIONAL PROCESS**

Igor Alves Noberto Soares<sup>1</sup>

Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni (FUTO), Universidade Federal dos Vales do  
Jequitinhonha e Mucuri (UFVJM), Teófilo Otoni, MG, Brasil.

igor.ansoares@yahoo.com

**Resumo:** Este artigo discorrerá sobre as medidas cautelares no Processo Penal, a partir de sua compreensão alocada no bojo da Teoria do Processo Constitucional, da qual se pressupõe um estudo sistemático sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Nesse sentido, com fundamento nas garantias constitucionais notabilizadas pela presunção de inocência e, ainda, na perquirição da real necessidade da decisão cautelar pela realização da audiência de apresentação do autuado, é esperado real esforço para reduzir a política do cárcere introduzida no Brasil, a partir de um movimento internacional.

**Palavras-Chave:** Processo Penal. Processo Constitucional. Medidas Cautelares. Audiência de Custódia. Prisão Preventiva.

**Abstract:** This article aims to report the Precautionary Measures in Criminal Procedure, from its understanding allocated in the Constitutional Process, which presupposes a systematic study on the conversion of the flagrant prison in preventive detention. In this sense, based on the constitutional guarantees, renowned by presumption of innocence, and in the searches of the real need of precaution decision for conduction the presentation audience of the accused, is expected real effort to reduce the prison policy introduced in Brazil, from international movement.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni – Rede de Ensino Doctum. Membro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais, do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). Professor Universitário, escritor e advogado militante.

**Keywords:** Criminal Procedure. Constitutional Process. Precautionary Measures. Custody Hearing. Preventive Detention.

## 1 INTRODUÇÃO

A persecução penal carece de evidente problematização quando da noção de cautelaridade compreendida nas decisões proferidas pelo Estado-Judiciário. A cultura do cárcere, intimamente presente na atividade jurisdicional brasileira, é evidenciada pelo crescente número de prisões preventivas decretadas em desfavor dos acusados da prática delituosa, um dos fatores para o afastamento das garantias constitucionais do sujeito e, por conseguinte, da superlotação das unidades prisionais.

Considerando, ainda, as inovações pretendidas pela Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, que projetou nova sistematização para a decretação de medidas cautelares, o número de prisões preventivas no Brasil persiste em vertiginoso crescimento, pois, na falta de uma análise pormenorizada da real adequação e necessidade das medidas cautelares, o encarceramento provisório persiste como válvula de escape ao problema político da criminalidade.

Essa ideia resta totalmente desvinculada do processo penal erigido em base democrática, porquanto promulgada a Constituição da República de 1988, cuja sistemática principiológica efetiva o processo como garantia de direitos fundamentais. Aliás, a concepção de Estado Democrático de Direito atualizada pela recente Teoria do Estado e da Ciência Política traz a identificação do marco de sua construção a partir de um processo que se desvincule do autoritarismo e identifique a pessoa humana como sujeito de direitos e titular do poder, exercido por meio das funções estatais e seus respectivos órgãos.

Nesse sentido, a audiência de apresentação – ou de custódia, como amplamente conhecida, debatida e efetivamente implementada pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, em fevereiro de 2015, tem o fito de justificar a conversão da prisão em flagrante de delito em prisão preventiva somente após o devido debate acerca de sua necessidade, segundo entendimento de que a pessoa autuada tem o direito de ser apresentada diante de um juízo competente, em prazo razoável, para assim deliberar sobre a decretação de sua prisão.

Não custa salientar, ainda nessas linhas introdutórias, que tal movimento em decidir pela necessidade e adequação da prisão preventiva jamais será entendido como exercício burocrático da jurisdição estatal, ou seja, exercido exclusivamente pelo juízo competente materializado na figura do julgador, mas bosquejado com base na intensa participação do acusado, dos demais interessados e constituidores dos órgãos de acusação e de defesa técnica.

No presente trabalho, será adotado o termo *audiência de apresentação*, e não *audiência de custódia*, por firmar-se como a expressão mais técnica e constitucionalmente adequada aos objetivos do instituto a ser estudado.

Por fim, esse artigo encontra-se organizado em três capítulos, dos quais há de se destacar, respectivamente: a noção de tutela provisória mais próxima e aplicável ao Direito Processual Penal e seus institutos, considerando a garantia constitucional da presunção de inocência; o estudo sobre a prisão preventiva no Brasil, a partir de substrato jurídico que represente a atual aplicação do instituto; e, por fim, o aperfeiçoamento do sistema processual a partir da audiência de apresentação.

## **2 A TUTELA CAUTELAR NO DIREITO PROCESSUAL: CONSIDERAÇÕES ELEMENTARES**

Em sua Teoria Geral do Processo, Rosemiro Pereira Leal (2014, p. 169) expressa algumas diferenciações entre o Processo de Conhecimento, o Processo de Execução e o Processo Cautelar. Para o referido autor, o Processo Cautelar constitui-se procedimento auxiliar, “de modo preventivo, preparatório ou incidental”, que geralmente é instaurado para “assegurar os efeitos de uma futura sentença ou de sentença já expendida o a efetividade de procedimento em tramitação ou a ser instaurado”.

É importante notar, quaisquer sejam as suas manifestações, que o Processo Cautelar envolve-se diretamente com o poder geral de cautela do juízo ou mesmo um dever legal para a aplicação dos institutos do procedimento cautelar, no tocante ao momento em que se manifestam. Ao passo que as medidas cautelares são incidentais, ou seja, observadas no decorrer da tramitação de um processo de conhecimento, em sua fase ou de



execução, o processo cautelar é autônomo, com caráter igualmente provisório, dotado de alguma satisfatividade (BARROS; MACHADO, 2011, p. 13).

O então Processo Cautelar, hoje reorganizado nas disposições da Tutela Provisória, tem por fundamento, em sua teoria antes da vigência do Novo Código de Processo Civil, uma decisão baseada na sumariedade da cognição, “conferida à base de juízos de verossimilhança” (ZAVASCKI, 1997, p. 30) pelo dado de sua urgência, mas que também supõe os seguintes pressupostos, segundo Ovídio Baptista da Silva (2001, p. 76, 80, 81, 86, 92 e 93): iminência de dano irreparável, demarcado por aquilo que a doutrina identifica por *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, ou seja, o perigo da demora em se atingir determinada tutela jurisdicional e a existência de um direito provável; a temporariedade da decisão cautelar, pois persiste enquanto perdurar a situação de perigo, o que torna possível a revisitação da decisão provisória; a situação cautelanda, “objetivamente identificável com um direito subjetivo, uma pretensão, ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que postula”, de modo a vislumbrar o manejo cautelar; e, por fim, uma sentença mandamental capaz de originar um pronunciamento estatal que, ao mesmo tempo, seja jurisdicional e sem força de decisão definitiva (não-satisfativa).

Não por menos, o Novo Código de Processo Civil desenhou contextualizada sistemática aos institutos próprios da cautelaridade, designando por *Tutela Provisória* (e não *Processo Cautelar*) os criados dispositivos sobre a Tutela de Urgência e da Tutela de Evidência. Em análise técnica, o Processo Cautelar não fora extirpado do Novo Código de Processo Civil, ainda que inexistente um livro específico para o exercício das cautelares nominadas, mas os institutos próprios da cautelaridade foram mantidos, com a unificação de alguns pressupostos, criação de outros ainda mais específicos e nova dimensão no momento de sua aplicação.<sup>2</sup>

Contudo, manteve-se a ideia de provisoriedade, relacionada justamente

---

2 Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Para melhor e completo entendimento do assunto, que certamente perpassa o objeto de estudo do presente trabalho, ler: DIDER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. Vol. II. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017; ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. *Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

com a natureza da jurisdição cautelar, como bem salienta Ovídio Baptista da Silva (2001, p. 37), pela inexistência de uma decisão definitiva no momento de sua incidência, capaz de resolver a lide com julgamento de mérito por inexistir produção de coisa julgada material – sua natureza é provisória, sem resolução das questões deduzidas em pretensão pelo autor e resistidas pelo réu (lide).

Sobre esse conflito de interesses, há muito tempo a noção de lide é debatida em sua aplicação no Direito Processual Penal, pois o conteúdo aplicável ao Direito Processual Civil, após evidente construção da lide como *conflito de interesses*, não encontraria total correspondência na persecução penal.

Por isso, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1998, p. 136-139) trata a inexistência de um conflito de interesses nos atos procedimentais (processuais) durante a persecução penal, discutida e relacionada tão somente ao *jus puniendi* do Estado e, assim, entende por *caso penal* a expressão ideal para substituir a palavra lide na seara criminal. Isso porque não há pretensão tecnicamente exposta por um titular do direito objeto do conflito, ainda que estivéssemos diante da ação penal privada, pois o que se vislumbra na Ação Penal é percepção da responsabilidade jurídico-penal do acusado e a consequente aplicação da sanção penal, caso sobressaia sentença penal condenatório.

Por outro lado, Aury Lopes Júnior (2014, p. 807) adverte a inexistência de um Processo Cautelar na persecução penal, bem como de uma ação cautelar propriamente dita, mas sim uma sistemática criada a partir de medidas cautelares penais, “a serem tomadas no curso da investigação preliminar, do processo de conhecimento e até mesmo no processo de execução”.

No tocante à provisoriedade, em vista de sua possível aproximação do Processo Civil, tem-se sua diferença com as tutelas de urgência, em que a satisfatividade é definida com o seu dado basilar. Por isso, a diferença entre a tutela provisória e a cautelaridade aplicável à persecução penal, da qual se presume a existência das medidas cautelares penais, é a não-satisfatividade, em nenhuma das suas hipóteses, bem como a impossibilidade de uma execução provisória da decisão cautelar, o que importaria na prisão do acusado (BARROS; MACHADO, 2011, p. 14).

Isso porque, em divergência ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede do julgamento, por exemplo, do *Habeas Corpus* n.º 152.752,

em 5 de abril de 2018, em desastroso precedente, não é possível manejar a execução provisória da decisão condenatória antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sob pena de ameaça ao devido processo e ao estado de inocência da pessoa acusada, mesmo que decidida em segunda instância e pendente de reexame pelos tribunais superiores, por evidente agressão às garantias constitucionais.

### 2.1 **A imprecisão da tutela provisória aplicada ao processo penal: uma leitura a partir do processo constitucional**

Como afirmado anteriormente, a provisoriedade no Processo Penal é constituída somente por medidas cautelares, daí porque o termo *tutela cautelar* é mais técnico ao impreciso conceito da *tutela provisória*, que em nada se aproxima da natureza do processo penal. Isso porque, com o advento da Lei n.º 12.403, de 2011, o legislador pretérito procurou adequar a sistemática processual penal à realidade brasileira e à necessidade de se perceber a constitucionalização da persecução penal sem adiantar o mérito da decisão judicial.

Essa preocupação se confunde com o entendimento de que a tutela cautelar, no Processo Penal, está limitada basilarmente pela presunção de inocência, a partir da leitura constitucional (Constituição da República de 1988, art. 5º, inciso LVII) de que a verificação da culpa só se confirma com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Antes de outras considerações, é importante notar o esforço científico em adotar aportes teóricos que relacionam os procedimentos judiciais em consideração aos direitos fundamentais dos sujeitos processuais, assim definidos [os direitos fundamentais] como aqueles direitos essenciais à pessoa humana, assumidos nos disposições constitucionais das democracias modernas, sejam eles os direitos de defesa ou os direitos prestacionais (SARLET, 1998), de modo a limitar o exercício das funções estatais.

Assim, considerando o caráter fundamental que lhe é atribuído, a própria Constituição da República de 1988 resguarda a existência do processo enquanto instituição democrática, como bem define José Alfredo de Oliveira Baracho (1999, p. 89), razão pela qual sua identificação somente se legitima como garantia dos direitos fundamentais.

Por isso, Fernando Tavares, Bruno de Mattos, Érico Casagrande e Zamira de Assis (2008, p. 145) encontram “no modelo processual instituído em bases principiológico-constitucionais (...)” determinada relação com a “implementação de direitos fundamentais, o que se dá por meio de um processo que possibilite a ampla argumentação em um espaço e tempo adequados” em distanciamento à concepção majoritária de que o processo é simplesmente um instrumento da jurisdição, sem lhe trazer a nota que lhe é devida.

Pelo contrário: a jurisdição estatal, enquanto materialização da função precípua do Estado-Judiciário, somente se valida por um processo anterior, enquanto instituição de matriz democrática, que lhe confere institutos próprios da procedimentalização das demandas levadas à sua apreciação. A jurisdição, portanto, é instrumento do processo.

As garantias processuais constituem a real efetivação dos direitos fundamentais por meio do processo, contemporaneamente definidas por uma base de princípios (espécie da norma jurídica) extraídos da Constituição da República de 1988, que, consolidada por seu traço sustentador do processo, o *devido processo constitucionalmente democrático*: direito de amplo acesso à jurisdição, com a provocação do Estado-Judiciário diante da visão do processo como metodologia de defesa dos direitos fundamentais; garantia do juízo natural; garantia do contraditório, notada pela influência e não surpresa na produção do pronunciamento decisório;<sup>3</sup> garantia da ampla defesa, com a intervenção da defesa técnica; garantia da fundamentação das decisões judiciais, com base na produção probatória; garantia da razoável duração do processo (BRÊTAS, 2015, p. 165 e 166).

Para além desses princípios processuais, não seria possível prescrever a tutela cautelar no Processo Penal da mesma forma com que se procede na análise dos institutos cíveis, o exige uma leitura que condicione a existência de seus institutos somente diante da proteção dos direitos e liberdades individuais do sujeito enquanto detentor de direitos.

Não é possível, na concepção democrática de Estado, permitir práticas distantes das garantias emanadas da Constituição da República de 1988,

---

<sup>3</sup> Para estudo mais aprofundado do contraditório extraído da comparticipação, com suas garantias de influência e não surpresa, ver THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. 3. ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2016.

notadas aquelas descritas anteriormente, para que o processo se firme como garantia de efetivação dos direitos fundamentais do acusado e dos demais sujeitos processuais.

Tal leitura afasta, por exemplo, a ideia inicialmente adotada de que há um poder geral de cautela na tramitação da persecução penal, pois ao magistrado não é conferida a possibilidade de inventar qualquer medida cautelar estranha àquelas descritas na norma processual penal, já que estará vinculado aos limites que a lei lhe confere (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 808).

Possível noção de cautelaridade, no Processo Penal é constituída por medidas cautelares, definidas como “(i) probatórias, quando objetivam preservar os elementos de provas necessários para a imputação; (ii) patrimoniais, quando visam impedir a dilapidação do patrimônio do acusado (...); e, por fim, (iii) as medidas cautelares pessoais” (BARROS; MACHADO, 2011, p. 34).

As medidas cautelares pessoais no Processo Penal foram substancialmente modificadas pelo advento da Lei n.º 12.403, de 2011, legislação que acabou por inovar uma “teoria geral de cautela penal” ao estabelecer alguns requisitos e fundamentos objetivos, com o fito de limitar discricionariedade do agente julgador em sua devida aplicação (CHOUKR, 2011, p. 36).

Dessa interpretação, as medidas cautelares pessoais recebem características próprias, segundo sua natureza, e por isso constituem-se como: excepcionais, pois fundadas somente em imediato estado de flagrância ou justificada com o início da ação penal; exigidas demonstração da real necessidade na aplicação da medida; ausência de um caráter satisfativo, como dito anteriormente, por lhe faltar a possibilidade de execução provisória da pena de prisão ou da absolvição do acusado; e, por fim, a exigência de prévia e limitada previsão legal, já que o juízo terá ausente um poder geral de cautela que permita a aplicação de medidas cautelares fora daquelas previstas em lei (BARROS; MACHADO, 2011, p. 34).

Esse contexto surge como máxima efetivação das diretrizes constitucionais que, de modo abrangente, exigem motivação do agir decisório capaz de limitar a liberdade do indivíduo. Por isso, as medidas cautelares serão decretadas por meio da garantia do *devido processo constitucionalmente democrático*, do qual se presume a ampla argumentação quanto aos limites de

sua incidência, com a participação de todos os envolvidos no pronunciamento estatal (garantia do contraditório e da ampla defesa).

Então, consoante o art. 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal, as medidas cautelares pessoais serão decretadas observando impreterivelmente dois requisitos, quais sejam, a adequação e a necessidade.<sup>4</sup> A adequação tem como fundamento a motivação da medida cautelar quanto aos fins pretendidos em sua decretação, considerando fato penal concreto, ao passo que a necessidade confronta-se com a extensão de imprescindibilidade de sua real aplicação, perquirindo qual a medida condigna ao caso analisado (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 808).

Para Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado (2011, p. 50) a adequação pode ser vislumbrada como um requisito subsidiário ao requisito da necessidade, “pois só se analisará a adequação de uma medida cautelar pessoal, caso ela se revele imprescindível, ou seja, necessária”, argumento considerável e de suma importância diante da coexistência de outras medidas cautelares pessoais diversas da prisão, presentes no art. 319, do Código de Processo Penal.<sup>5</sup>

A existência de medidas cautelares diversas da prisão e os novos requisitos autorizadores dessa imposição desautorizam o agente julgador a agir de supetão, como se fosse dispensável o intenso debate acerca da decisão que imporá no tolhimento da liberdade individual antes do trânsito em julgado

---

4 Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

5 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

da sentença penal condenatória.

Essa reflexão é importante para desvincular a repetida cultura do cárcere da prática jurisdicional no Brasil, sob o argumento de que a decretação da prisão preventiva é a única solução para efetivar a persecução penal.

### **3 A PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA A PARTIR DA PRISÃO EM FLAGRANTE DE DELITO: A SISTEMÁTICA ADOTADA PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Antes do aprofundamento sobre a prisão preventiva, torna-se necessário entender o instituto da prisão em flagrante para, por conseguinte, perquirir a sistemática de aplicação das medidas cautelares pessoais no Processo Penal.

Tecnicamente, a *prisão* pode ser entendida como qualquer ato que restrinja o exercício da liberdade individual, a partir de uma limitação física em qualquer espaço, ao passo que, na classificação eskorreita, *custódia* constitui-se como o ato de manter um suspeito ou acusado na prisão, a partir do ato antecedente de detê-lo denominado *captura* (CASTELO BRANCO, 2001 p. 4).

A prisão em flagrante, então, deriva da ocorrência da atividade delituosa, pois o cometimento da infração é latente e sensorialmente perceptível, em sua ardência momentânea, e até mesmo presumida em sua ocorrência, a partir de fatores concretos que assim encaminhem.

Essa percepção visual ou até mesmo a presunção diante da prática do delito, portanto, “impõe ao Estado e faculta ao particular o dever de impedir a consumação do crime ou a fuga de seu autor, podendo, para tanto, detê-lo” (BARROS; MACHADO, 2011, p. 51), constituindo-se o que a doutrina designa também por *fumus comissi delicti*, ou seja, a percepção sensorial da existência do delito por sua inequívoca visibilidade, o que acarreta indícios (e não robustez probatória) suficientes de autoria e prova da materialidade.

Para Maria Ignez Lanzellotti Baldez Kato (2005, p. 132), a prisão em flagrante pode ser justificada como um instrumento estatal utilizado para trazer meramente a “*resposta social ao sujeito que se encontra em estado flagrancial na prática de algum ilícito*”, de modo a retirar de sua instituição o caráter cautelar. De fato, a prisão em flagrante não se caracteriza como prisão

provisória propriamente dita, pois necessita de demarcação fática e jurídica para que dela decorra outra decisão verdadeiramente cautelar, fundamentada e motivada com base em argumentos sólidos para manter o indivíduo custodiado pela via da *prisão preventiva*.

### 3.1 A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva

Como anteriormente informado, a Lei n.º 12.403, de 2011, trouxe inovações quanto à sistemática de aplicação das medidas cautelares, sobretudo em relação ao esforço para vislumbrar: a *necessidade* para a aplicação da lei, auxiliar na investigação ou instrução criminal, ainda para coibir a prática de novas infrações penais; e a *adequação* da medida cautelar, segundo a gravidade do delito, as circunstâncias do fato e as condições daquele contra qual a medida recairá.

Ainda no art. 282 do Código de Processo Penal e respectivos parágrafos, as medidas cautelares sempre serão decretadas cumulativa ou isoladamente, de ofício pelo Estado-Juiz ou a requerimento das partes e, no curso da investigação criminal, somente por requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial (vedação de decretação, de ofício, durante o curso do inquérito policial). É importante ressaltar que, consoante art. 282, §3º, com exceção dos casos de urgência ou quando se vislumbra a ineficácia da medida, o juiz determinará a intimação da parte contrária para que, comparecendo em juízo, crie-se um espaço dialético capaz de influenciar o pronunciamento estatal acerca da decretação da medida (crivo do contraditório prévio).<sup>6</sup>

Em dinâmica muito apropriada com a garantia constitucional da presunção de inocência, a qual balizará o *devido processo* e a imposição de medidas cautelares no Processo Penal, a prisão somente será decretada se, ao analisar o caso concreto, não for cabível a decretação de medida cautelar

---

6 Art. 282 (...): § 10 As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. § 20 As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. § 30 Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo (...).



diversa da prisão, sob o argumento de que, como *ultima ratio*, somente se legitima se ausentes outras medidas menos gravosas, conforme apresentado no art. 282, §6º, do Código de Processo Penal.

A esse argumento, soma-se a irrestrita visualização do princípio da proporcionalidade, exigindo do agente julgador a argumentação “entre a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti*” e o chamado *periculum libertatis* (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 819). Esse mandamento conduz a sopesar qual o perigo real e concreto da decisão pela liberdade do autuado ou mesmo do réu no curso da persecução penal, sob risco de fuga ou frustração da instrução criminal.

Após a prisão em flagrante, o agente deve ser encaminhado imediatamente perante a autoridade policial competente (Delegado de Polícia), que lavrará o respectivo Auto de Prisão em Flagrante de Delito (APFD), ouvirá o condutor do flagrante, as possíveis testemunhas e, por fim, interrogará o agente conduzido em flagrante, respeitado o seu direito constitucional ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII da Constituição da República de 1988).

Caso não seja possível fixar fiança, o Delegado de Polícia ratificará o flagrante, indicará o recolhimento em unidade prisional e, em 24h, remeterá o APFD para o juízo competente, com cópia integral para a Defensoria Pública, caso o acusado não indique advogado de sua confiança; a família do preso também será cientificada da sua prisão, bem como o Ministério Público.

Com esse recebimento, pelo juízo competente, poderá tomar três decisões, conforme o art. 310 do Código de Processo Penal: relaxar o flagrante, se manifestadamente ilegal a prisão em flagrante; converter o flagrante em preventiva (ou decretar alguma medida cautelar pessoal, segundo a *necessidade, adequação e proporcionalidade*); e, por fim, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, segundo estabelecido em lei.

No ordenamento jurídico brasileiro, a fiança pode ser entendida como “uma contracautela, uma garantia patrimonial, caução real, prestada pelo imputado (...)” e um “elemento inibidor, desestimulante, da fuga do imputado, garantindo, assim, a eficácia da aplicação da lei penal em caso de condenação” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 918).

É importante ressaltar a existência dos crimes inafiançáveis, quais

sejam, o racismo, a prática de tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, os crimes hediondos, o terrorismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, consoante disposição constitucional demarcada. Contudo, a existência da vedação constitucional diz respeito à aplicação da fiança e não restringe a possibilidade de concessão da liberdade provisória sem fiança, pois, caso ausente o *periculum libertatis*, o magistrado poderá manter o *estado de liberdade* anterior à prisão, ao perceber dialeticamente a inadequação da prisão e, por conseguinte, a aplicação de outra medida cautelar ao caso concreto.

O magistrado, por outro lado, ao perceber a existência de causa excludente da ilicitude (estado de necessidade, exercício regular do direito, legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal), poderá conceder liberdade provisória ao acusado, que se comprometerá a comparecer a todos os atos processuais. Nessa compreensão, a expressão *poderá* deveria ser substituída por *deverá*, pois, se o agente cometera o delito amparado por causa de exclusão do crime, não há de se falar em necessidade de uma prisão preventiva por ausência de alguns elementos volitivos sobre a responsabilização jurídico-penal.

Caso opte pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, o juiz deverá analisar, em ordem: a existência de prova da materialidade e indícios de autoria de um crime doloso, o que constitui o *fumus comissi delicti*, cuja pena máxima seja maior que quatro anos; b) a necessidade da prisão, em sede do *periculum libertatis* do agente; c) a presença dos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal; d) o descabimento das demais medidas cautelares descritas no art. 319 do Código de Processo Penal; e) e, por fim, a adequação da prisão ao caso concreto (BARROS; MACHADO, 2011, p. 88).

Em uma sistemática processual que busca limitar, a partir da Constituição da República de 1988, as práticas oficiosas e automáticas de decretação da custódia do preso em flagrante, os fundamentos da prisão preventiva descritos no art. 312 do Código de Processo Penal, auxiliados pelos requisitos constantes no mesmo artigo, funcionam como instrumento de controle judicial e obsta possível arbítrio decorrente desse movimento cautelar.

Os requisitos constantes na segunda parte do art. 312, como já observado anteriormente, formam o chamado *fumus comissi delicti*, reunidos

por prova da materialidade e indícios de autoria. Por outro lado, os fundamentos para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva são quatro: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal.

O legislador de 2011 errou ao prescrever alguns conceitos abertos, deixando ao agente julgador a resolução daquilo que sentirá ao analisar o caso concreto. Tal escolha, ao que nos parece, trouxe insegurança jurídica quanto à extensão desses mesmos conceitos aplicáveis ao caso em análise, o que deve ser efetivamente combatido pela técnica jurídica frente ao subjetivismo próprio de um sistema marcado pela força da autoridade.

O primeiro e o segundo fundamentos, *garantia da ordem pública* e *ordem econômica*, receberam inúmeras críticas, dos mais variados autores, diante da imprecisão terminológica que lhe são inerentes. Para Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 63), faltou ousadia ao legislador quando da definição dessas noções, o que caminhou a prática para “continuar tolerando seja o juiz o protagonista da conceituação, conforme o caso concreto”, pois alguma “interferência, nesse setor, poderia dar margem ao cerceamento no uso da prisão cautelar”.

Esse argumento deve ser lido com o devido cuidado, pois a liberdade conferida ao magistrado deve encontrar respaldo na lei democrática e nos argumentos apresentados pelos demais sujeitos processuais, não unicamente em seu subjetivismo, sob pena de se perpetuar um sistema inseguro e paradoxal.

Por isso, Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado (2011, p. 91 e 92) advertem que o conceito de *garantia da ordem pública* jamais pode se vincular ao ideário de clamor social (opinião pública acerca da extensão do delito, pois a certeza da decisão cautelar se fundamenta em argumentos e dados jurídicos extraídos do APFD ou mesmo do processo, quando decretada em tal fase), credibilidade da justiça (já que a segurança pública não é dever do Estado-Judiciário), e, ainda, na sensação de gravidade do delito ou para resguardar a integridade física do acusado (como se a prisão estivesse adequada ao fim).

O conceito de *garantia da ordem econômica* tem por substrato a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1993, recentemente modificada pela Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, como instrumento de tutela de

determinadas condutas que “afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras enormes, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento financeiro” de seu mercado financeiro (LOPES JÚNIOR, p. 855).

Contudo, danos econômicos não seriam restituídos pela simples decretação da prisão preventiva enquanto medida cautelar pessoa, o que, para Eugênio Pacelli de Oliveira (217, p. 264), o mais adequado seria aplicar medida cautelar patrimonial de sequestro dos bens do acusado ou indiciado, de modo a satisfazer as peculiaridades dos desvios econômicos sentidos.

A hipótese de *conveniência da instrução criminal* é fundamento cautelar por excelência, pois se relaciona com o prejuízo concreto que a liberdade do acusado pode trazer para a devida persecução penal. Esse fundamento pode ser percebido, por exemplo, quando há real ameaça às testemunhas ou à vítima antes de uma audiência previamente designada pelo juízo, bem como quando o acusado age para destruir provas hábeis à sua responsabilização jurídico-penal.

O mesmo se aplica ao fundamento de *assegurar a aplicação da lei penal*, idealizada pela prova inequívoca de fuga do acusado. Assim, em caso de possível sentença condenatória, é assegurada a aplicação da abstrata lei penal ao caso concreto, após o devido processo e a estrutura dialética do processo e, para tanto, o acusado ou indiciado poderá se fazer presente a todos os atos processuais, a fim de resguardar a validade do processo.

Vale ressaltar, nesse sentido, que a decisão pela prisão fundamentada na aplicação da lei penal somente se legitima se a possibilidade fuga for concreta, por exemplo, se o acusado possuir moradia em outro país e adquirir passagem para tal destino, sem requerimento prévio ao juízo, de modo a afastar a possibilidade de decretação de sua prisão pela simples presunção da fuga (BARROS; MACHADO, 2011, p. 93).

Perpassada tal análise, é importante notar que a decretação da prisão preventiva, independentemente da fase em que se manifesta, deverá observar irrestritamente o art. 312 do Código de Processo Penal e, ainda, tem nota de revisibilidade, pois toda prisão injustificada torna-se ilegal. Isso significa dizer que a decisão proferida pelo juízo competente pode ser revisitada no decorrer de sua decretação, por meio de provocação da parte ou mesmo de ofício, numa

espécie de reexame obrigatório, a fim de perquirir se os motivos ensejadores da decretação da prisão preventiva ainda persistem.

Nessa senda, o *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas – Introdução e recomendações*, elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e editado em 2001, descreve várias preocupações afirmadas deste então naquilo que concerne à arbitrariedade e ilegalidade da prisão preventiva em vários países. Tal relatório reservou como fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva o risco de fuga do acusado e a obstrução do processo, quando a sua liberdade colocar em risco a devida persecução penal.<sup>7</sup>

Contudo, a sistemática para a decretação da prisão preventiva é sorrateiramente desconsiderada pela grande maioria magistrados dos magistrados brasileiros. Entre os anos de 2013 e 2015, o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PPGD/PUC Minas) organizou projeto de pesquisa intitulado “A reforma e o monitoramento das alterações no Código de Processo Penal sobre as prisões e medidas cautelares – Lei 12.403/2011”, coordenado pelos Professores Doutores Flaviane de Magalhães Barros e Leonardo Marinho Augusto Marques (2014).

A pesquisa, metodologicamente dividida em quatro subgrupos, procurou analisar as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a fim de perceber se os pronunciamentos decisórios observavam as inovações trazidas pela Lei n.º 12.403, de 2011.

Dentre os vários resultados, destaca-se o trabalho realizado pelo subgrupo intitulado *Prisões Preventiva de Ofício*, que analisou decisões em sede de *habeas corpus* entre o segundo semestre de 2011 e durante todo o ano

---

<sup>7</sup>No Item 21 do referido relatório, lê-se: “Neste aspecto, há mais de duas décadas os órgãos do Sistema Interamericano interpretam e aplicam estas normas, estabelecendo que das mesmas se obtêm, em síntese, os seguintes parâmetros: (i) A detenção preventiva deve ser a exceção e não a regra; (ii) os objetivos legítimos e permissíveis da detenção preventiva devem ter caráter processual, tal como evitar o perigo de fuga ou obstáculos do processo; (iii) consequentemente, a existência de indícios de responsabilidade não constitui razão suficiente para decretar a detenção preventiva de uma pessoa; (iv) mesmo existindo fins processuais, requer-se que a detenção provisória seja absolutamente necessária e proporcional, no sentido de que não existam outros meios menos excessivos para alcançar o fim processual que se persegue e que não se afete desproporcionalmente a liberdade pessoal.

de 2012 e 2013, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Dos cento e vinte e quatro acórdãos analisados, utilizando aquele título como chave de busca, em nenhum dos pronunciamentos houve a participação prévia da defesa, efetivação da garantia do contraditório, na decretação da prisão preventiva (MARQUES, 2014).

Esse dado, para ser exato, aliado aos números mais atualizados sobre o sistema prisional brasileiro, divulgados pelo Ministério da Justiça em dezembro de 2017, com levantamentos flutuantes de junho de 2016, indica população carcerária de 726.712 mil pessoas encarceradas, da qual tem-se maioria jovem (55% são jovens com até 29 anos de idade), composta por farta parcela de negros e pardos (64% do número geral de pessoas presas), dentre 75% estão entre analfabetos e concluintes do Ensino Fundamental: ou seja, 75% de pessoas que sequer acessaram o Ensino Médio. Do número total, 41% ainda são presos provisórios, sem julgamento.

#### **4 A AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO COMO INSTITUTO DE EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Por força de um movimento macroestrutural, a proteção da pessoa enquanto sujeito de direitos, encontra correspondência em diversos documentos e tratados internacionais. A Convenção Americana de Direitos Humanos, nesse sentido, é importante documento para o estudo da Ciência Processual e coaduna com a prática jurídica internacional de ajuste das realidades humanas em detrimento do poder estatal despótico, sentimento típico do período pós-Guerras, a fim de elevar a pessoa humana à condição de sujeito titular de direitos demarcados e praticados na esfera política das liberdades.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também por *Pacto de San José da Costa Rica*, fora devidamente ratificada pelo Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992, da qual se lê, em seu art. 7º, item 5, que qualquer pessoa detida ou retida deve (obrigatoriamente, não há outra opção interpretativa), sem demora (prazo razoável), ser conduzida à presença de um juiz ou outra autoridade competente para exercer as funções judicantes. O referido ponto ainda afirma que o acusado deve ser julgado dentro de um prazo razoável, pois caso contrário deverá ser colocado em liberdade, sem

qualquer prejuízo ao processo, não obstante a decretação de medidas que assegurem o seu comparecimento em juízo (medidas cautelares pessoais).<sup>8</sup>

Essa garantia fora reproduzida no *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*, introduzido no Brasil por meio do Decreto nº. 592, de 6 de julho de 1992, em seu art. 9º, item 3, da qual se percebe a necessidade de apresentação do preso, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade legalmente definida para exercer a atividade judicial; há de se destacar a repreensão em tratar a prisão provisória como regra geral, de modo a justificar a custódia primária do indivíduo, condicionando a soltura do agente à aplicação de medidas cautelares pessoais hábeis a garantir o seu comparecimento aos atos processuais.<sup>9</sup>

Essa síntese é amplamente reiterada nas decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos e, assim, a tardia implementação desse acompanhamento, no Brasil, só pode ter ensejo na existência de uma estrutura político-criminal de desprezo ao esforço internacional de ajuste das medidas cautelares às liberdades individuais da pessoa.

Nesse contexto, muito se discute acerca da audiência de apresentação, de modo a permitir o contato pessoal e real da pessoa presa com a autoridade judiciária competente, após a sua prisão, a fim de perquirir a adequação e necessidade de imposição das medidas cautelares pessoais ao flagranteado.

Por meio de estudo técnico de Direito Comparado realizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a fim de subsidiar cientificamente o Projeto de Lei nº. 544, de 2011, foram divulgados os seguintes dados acerca da audiência de apresentação em alguns países do mundo: no Reino Unido, o prazo é de 24h, prorrogáveis uma ou duas vezes por 36h; na França, o prazo é de 24h, prorrogáveis por mais 48h a pedido da acusação, podendo alcançar

---

8 Art. 7º. Direito à liberdade pessoal (...). Item 5: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

9 Art. 9º (...). Item 3: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

72h em casos específicos e até 120h em suspeita de casos de terrorismo; na Espanha, o prazo para tal audiência é de 48h, prazo idêntico na Suécia e em Portugal, ao passo de que, na Alemanha, é de 47h e 59min; na Argentina, tal prazo é de apenas 6h e, na África do Sul, de 48h, salvo se o último dia do término não houver expediente forense, quando será aplicada a regra processual de postergação do prazo para o primeiro dia útil.<sup>10</sup>

Após a provocação dos juristas e de várias instituições democráticas, o Ministério da Justiça do Brasil, o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo firmaram acordo, em 15 de fevereiro de 2015, para o desenvolvimento de um projeto hábil à efetiva implementação da audiência de apresentação no Brasil.

Essa tentativa pragmática, a nosso ver, demonstrou-se tardia e descompassada com os demais países do mundo que assumiram posturas democráticas em suas políticas público-criminais, o que, no Brasil, fora opção legislativa desde a promulgação da Constituição da República de 1988 e da ratificação do *Pacto de San Jose da Costa Rica* e do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*, ambos em 1992.

Em fluxograma disponibilizado no Portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é possível entender a dinâmica adotada pelos Tribunais que aderiram ao projeto de implementação da audiência de apresentação no Brasil, em ordem: a) o agente é preso e apresentado à Autoridade Policial (Delegado de Polícia); b) ato contínuo, o Auto de Prisão em Flagrante de Delito (APFD) é formalizado e será agendada data para a apresentação da pessoa presa diante do magistrado, em data disponibilizada na pauta, pelo juízo, dando ciência ao advogado do acusado, se devidamente constituído; c) antes da apresentação, o agente realizará Exame de Corpo de Delito e será enviado para um Centro de Detenção Provisória, a fim de aguardar a respectiva apresentação; d) o APFD é protocolizado e apresentado diante do preso em juízo, o qual será digitalizado, incorporado pela Certidão de Antecedentes Criminais, e dado vista às partes em audiência. Nessa assentada, é garantida a entrevista do acusado com o seu

---

10 Estudo técnico realizado em 2012, pelo Defensor Público Calor Weis, Coordenador do Núcleo Especializado de Cidadania e de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, passível de óbvia alteração pragmático-legislativa, considerando o atual ano de 2017. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/31/documentos/direito%20comparado%20%20prazo%20para%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20do%20preso%20em%20ju%C3%ADzo.pdf>>. Acesso em abril de 2017.



advogado ou com o defensor público indicado para o ato; e) com o início da audiência de apresentação, é dada a palavra ao Ministério Público, para que se pronuncie, ouvido o autuado e, por fim, consideradas as manifestações da defesa técnica; f) o último ato, então, é a decisão do magistrado, que poderá tomar duas precípuas medidas: as judiciais, consubstanciadas no relaxamento da prisão em flagrante (com a expedição do respectivo alvará de soltura e distribuição do APFD), concessão da liberdade provisória com ou sem fiança (com a expedição do respectivo alvará de soltura e distribuição do APFD), aplicação das medidas cautelares diversas da prisão (com a expedição do respectivo alvará de soltura e distribuição do APFD) e, por fim, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (com a expedição do respectivo mandado de prisão e distribuição do APFD). As outras medidas são as não-judiciais, consubstanciadas na aplicação de medidas assistenciais ou sociais e, ainda, na mediação penal, com a definição do procedimento e expedição do respectivo alvará de soltura.<sup>11</sup>Do projeto realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), inicialmente com o Tribunal de Justiça de São Paulo, sobrevieram Termos de Adesão com todos os Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros, com o intuito de implementar nas jurisdições estaduais a dinâmica da audiência de apresentação e alterar a cultura desastrosa do cárcere mensurada no descompromisso em analisar a real adequação e necessidade da prisão.<sup>12</sup>

É importante ressaltar que a audiência de apresentação não se relaciona com uma audiência de instrução e julgamento, pois sua procedibilidade não se vincula à produção das provas para a prolação da decisão de mérito, mas sim em aferir qual o mais adequado pronunciamento cautelar no âmbito do caso concreto analisado (PRUDENTE, 2015, p. 13).

Esse argumento pode parecer óbvio em sua integralidade, mas em julho de 2016, na Comarca de Xapuri (Acre), um magistrado proferira sentença condenatória no mesmo dia da audiência de apresentação, após denúncia do Ministério Público e instrução probatória. Usando de celeridade

11Fluxograma descrito graficamente no Portal do Conselho Nacional de Justiça.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/imagem/2015/05/4cf9f3999735af48598d7cecde739fde.jpg>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

12 Informações descritas no sítio do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

absurda, aparentemente coadunada pela defesa, que abrija mão da apresentação da resposta à acusação no prazo legal descrito no art. 396 do Código de Processo Penal, a decisão proferida não encontra correspondência, no Estado Democrático de Direito, com a noção do processo em sua concepção de defesa dos direitos fundamentais.<sup>13</sup>

Isso porque, da leitura do ordenamento jurídico democraticamente erigido com base na Constituição da República de 1988, a duração razoável do processo jamais pode desrespeitar direitos e garantias fundamentais, de modo a retardar no tempo ou prolongar-se por demais, desconsiderando o tempo devido para a manifestação das partes e apresentação das questões levadas à apreciação do Estado-Judiciário.

Em que pese o eficiente trabalho realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Projeto de Lei do Senado nº. 554, de 2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, recebido na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº. 6620, de 2016, carece de urgente aprovação para que, de forma clara e objetiva, o Brasil faça a escolha definitiva pela sistemática adotada na audiência de apresentação.

Isso porque a prisão cautelar sempre deverá esmerar-se na justificação de sua decretação, com base na lei e na estrutura do devido processo já que a prisão, mais a demais, salta aos olhos da população desavisada como estrutura funcionalista dentro da estrutura social para encerrar o problema da criminalidade, com possível justificação na visão ideológica de que o encarceramento é sanção por excelência (KATO, 2005, p. 3).

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5240, ajuizada pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil, perante o Supremo Tribunal Federal, fora questionada a legalidade das audiências de apresentação, sob o argumento de que tal instituto seria uma inovação no ordenamento jurídico do Estado de São Paulo, e, em razão da imprevisão na lei federal, o tratado firmado entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Tribunal da Justiça de São Paulo seria inadequado para legislar sobre a matéria (competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual).

---

13 Para informações detalhadas do caso. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-29/tres-dias-homem-presos-ouvidos-audiencia-condenado-ac>>. Acesso em: 01 jan. 2017.

Em acórdão publicado no dia 1º de fevereiro de 2016, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade dos presentes, pela improcedência do pedido manejado na respectiva Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5240, sob o argumento de que as normas de direito internacional ratificadas pelo Brasil resguardavam a legalidade de tal instituto. Por fim, tal decisão indicou o nome *audiência de apresentação* para evidenciar o ato de apresentação do autuado ao juízo competente, e não *audiência de custódia*, bem como prescreveu a adoção da sistemática em todos os tribunais brasileiros.<sup>14</sup>

Nesse aspecto, a audiência de apresentação firma-se como garantia constitucionalizada de defesa dos direitos fundamentais e liberdades individuais do flagranteado, na certeza de que a persecução penal jamais poderá ofendê-los. O paradigma eminentemente democrático extraído do bojo constitucional exige o arranjo devido no exercício das funções estatais e, nos pronunciamentos do Estado-Judiciário, a melhor interpretação sempre se conduzirá ao acesso do sujeito ao processo entendido como garantia de direitos fundamentais.

Dada a ardente importância do instituto, torna-se indispensável representá-lo do ponto de vista pragmático, com formação constante junto aos órgãos estatais, já que muitos dos jurisdicionados ainda não entendem a importância real de debate sobre a decisão cautelar que determinará a prisão do flagranteado.

Não é incomum ouvir a alegoria de que a audiência de apresentação somente tem por fundamento a denúncia de maus-tratos cometidos contra os flagranteados, muitas vezes realizadas por policiais militares, usando, os mais desavisados, da expressão "audiência do X9" ou "audiência do cagoete". Isso não é verdade, muito menos coaduna com os fins precípuos do instituto da audiência de apresentação, já que a prática de qualquer ilícito na condução da prisão em flagrante, como a tortura e os maus tratos desferidos injustamente aos conduzidos, pode ser alegada a qualquer momento.

O que se almeja, nessa dinâmica, é a apresentação do autuado perante a autoridade judiciária para a formulação de um pronunciamento jurisdicional

---

14 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5240, sob Relatoria do Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20 de agosto de 2015. Divulgado em 29 de janeiro de 2016 e publicado em 01 de fevereiro de 2016.

produzido entre as partes, sob o crivo do *devido processo constitucionalmente democrático*, pressuposto da ampla defesa, do contraditório e de uma decisão legalmente fundamentada e motivada, a fim de determinar a aplicação de uma medida cautelar pessoal ideal ao caso examinado, a partir de dados concretos e amplamente debatidos na estrutura dialética do processo.

## 5 CONCLUSÃO

Apresentam-se como conclusões preliminares, pois passíveis de refutação crítica, os seguintes pontos:

O Direito Processual Penal deve ser interpretado a partir da Teoria do Processo Constitucional, para o qual o processo é constituído como garantia de direitos fundamentais, formado pelo *devido processo constitucionalmente democrático* na efetiva aplicação as garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório, isonomia, fundamentação legal e motivação das decisões judiciais e, por fim, pela defesa de um procedimento sem dilações indevidas.

A nota mais destacada na estrutura principiológica processual penal, por força constitucional democrática, é a garantia da presunção de inocência, da qual se extrai a indispensabilidade do devido processo para aferir a responsabilidade jurídico-penal do agente acusado. Assim, a pessoa será considerada culpada somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, perpassado o seu direito de defesa.

O *devido processo* e a presunção de inocência balizarão a tutela cautelar no Processo Penal, que, por tais garantias constitucionais, jamais será entendida como antecipação dos efeitos da sentença criminal, com possível antecipação da pena. Assim, não há um Processo Cautelar da mesma forma como se vislumbra no Processo Civil, o que dá, ao Processo Penal, diversa noção de cautelaridade.

Nesse sentido, a cautelaridade no Processo Penal se dá pela aplicação das chamadas medidas cautelares pessoais, patrimoniais e/ou probatórias, aproximadas com o procedimento cautelar. O estudo apresentado versou sobre as medidas cautelares pessoais, decretadas sempre a partir da leitura da necessidade real de sua imposição e na adequação da medida ao caso concreto, considerando aquelas descritas no ordenamento jurídico, notabilizadas pela proporcionalidade da medida e o fato concreto.

Além das notas de *adequação e necessidade*, as medidas cautelares são decretadas a partir de dois requisitos: *fumus comissi delicti*, para perceber prova da materialidade e indícios de autoria, e *periculum libertatis*, de modo a perquirir qual o reflexo da liberdade do acusado em relação à investigação e ao *iter* processual.

A prisão, assim, constituiu-se como *ultima ratio*, ou seja, somente decretada quando as demais medidas não forem suficientes para resguardar a devida composição processual, já que a liberdade é direito fundamental e sua mitigação deve ser justificada. Para a decretação da prisão preventiva, somados aos itens acima delineados, é necessária a vislumbração de quatro fundamentos, com suas devidas considerações críticas, quais sejam: *garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal*.

A prisão preventiva somente pode ser decretada se legalmente fundamentada e motivada, de modo a perceber a aplicação de todas as garantias processuais. Por isso, decisões que desconsiderem o contraditório e a necessidade real de perquirir a extensão do decreto cautelar estão em descompasso com a matriz democrática extraída do bojo constitucional, do qual a pessoa tem o direito de erigir a decisão que lhe afetará.

Contra a cultura do cárcere, que entende a prisão cautelar como expiação dos males sociais, os tratados internacionais de direitos humanos firmaram a realização da chamada audiência de apresentação (ou audiência de custódia, comumente assim nominada), a fim de possibilitar que, em prazo justo (em até 24h), o autuado em flagrante de delito seja apresentado diante de magistrado para decidir sobre as medidas cautelares aplicáveis ao caso. Tal audiência não tem por objetivo a instrução probatória no limbo preparatório para os atos da persecução penal, mas, diante dos sujeitos processuais, perquirir a real necessidade e adequação de qualquer medida cautelar pessoal aplicada ao caso, como a prisão preventiva.

Em que pese determinada ausência de legislação específica sobre o assunto, por meio de lei federal, considerando a competência da União para legislar sobre direito processual, a audiência de apresentação fora amplamente recepcionada pelo Brasil, ao tornar-se signatário do *Pacto de San José da Costa Rica* e do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, o que exige, por força dos institutos citados e de sua força constitucionalizada, a ocorrência

das audiências de apresentação em todo o território nacional.

A audiência de apresentação contribuirá para reduzir as descomedidas decretações das prisões preventivas, sem a efetiva discussão de sua necessidade e adequação, bem como a possibilidade de sua substituição por outras medidas cautelares, se encarada a partir do debate entre os sujeitos processuais, com deferência à ampla argumentação e construção ideal da decisão por todos os envolvidos, com precípua fim de efetivar os direitos fundamentais tão caros à pessoa humana.

### REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 2, ns. 3 e 4, p.89-154. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 1999.

BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do Processo Penal - Lei n. 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRASIL. Decreto Lei n. 3.869, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 04 de outubro de 1941.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Ministério da Justiça. *Levantamento Anual de Informações Penitenciárias – junho de 2016*. Disponível em: <[http://justica.gov.br/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://justica.gov.br/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf)>. Acesso em: 8 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5240, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, sobre a legalidade da audiência de custódia*. Relatoria do Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20 de agosto de 2015. Divulgado em 29 de janeiro de 2016 e publicado em 01 de fevereiro de 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CASTELO BRANCO, Tales. *Da prisão em flagrante*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre o*

*uso da prisão preventiva nas Américas: Introdução e recomendações.* Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados sobre a Audiência de apresentação e sua implementação no Brasil.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do Processo Penal.* Curitiba: Juruá, 1998.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez, *A (Des)Razão da Prisão Provisória.* Rio de Janeiro: Lumen júris: 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos.* 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *A reforma e o monitoramento das alterações no Código de Processo Penal sobre prisões e medidas cautelares – Lei n. 12.403/2011.* 2014. 39p. Projeto de Pesquisa – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal.* 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Lições preliminares acerca da audiência de apresentação no Brasil. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.* São Paulo, v. 16, n.º. 93, p. 9-31, agosto de 2015.

SÃO PAULO. Defensoria Pública. *Estudo de Direito Comparado para subsidiar o PLS n.º. 554/2011.* Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/31/documentos/direito%20comparado%20%20prazo%20para%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20do%20preso%20em%20ju%C3%ADzo.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do Processo Cautelar.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TAVARES, Fernando Horta; MATTOS, Bruno Ferreira Bini de; CASAGRANDE, Érico Vinícius Prado; ASSIS, Zamira de. Urgência de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado de Direito

Democrático. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 11, nº. 21, p. 145-162, jan. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. 3. edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

Data de Submissão: 17/09/2018, Data de Aprovação: 02/12/2018

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO

SOARES, Igor Alves Noberto. As medidas cautelares e a audiência de apresentação (audiência de custódia) no processo penal: enfrentamentos a partir da teoria do processo constitucional. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 1, p. 174-200, jan./jun. 2018. ISSN 2447-6536. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/207>. Acesso em: dia mês. Ano. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i1.207>.



**CRISES DA MODERNIDADE E ORGANIZAÇÃO TÉCNICA DO  
TRABALHO, DO CONSUMO E DA CIDADE****MODERNITY CRISIS AND TECHNICAL ORGANIZATION OF WORK, CONSUMPTION AND  
CITY****Fabício Carlos Zanin<sup>1</sup>**Universidade Federal do Tocantins (UFT), Tocantinópolis, TO, Brasil.  
fabriciozanin@gmail.com**Fábio César Costa Júnior<sup>2</sup>**Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), TO, Brasil.  
fabio2cj@gmail.com**Matheus Ferreira Pacheco<sup>3</sup>**Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), TO, Brasil.  
matheuspacheco@gmail.com**Vico Barbosa Cosson<sup>4</sup>**Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), TO, Brasil.  
vicosson@gmail.com

**Resumo:** O tema do artigo é o fundamento da modernidade e seu projeto civilizatório expandido ao mundo pela colonização e pela globalização. O objetivo central é analisar como o fundamento moderno fundou um modelo de civilização por meio de revoluções e como entrou em crise. Por que as crises do fundamento moderno e de seu projeto civilizatório estão sendo interpretadas apenas no sentido neoliberal reformista? Não há outros caminhos? O desafio de nossa época é interpretar a crise do fundamento moderno denunciando sua lógica unitária, universal e normativa e propor alternativas inclusivas. O referencial teórico é a hermenêutica filosófica e a metodologia é a fenomenologia hermenêutica. A principal conclusão é a de que o projeto moderno desembocou numa civilização técnica, na qual organiza tecnicamente (toyotismo) o trabalho, o consumo e a cidade, esquecendo de suas outras promessas de liberdade e de felicidade. Todas as reformas neoliberais

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor da Universidade Federal do Tocantins (UFT).

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

<sup>3</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

<sup>4</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

trabalhistas, previdenciárias, da saúde, consumeristas e urbanas indicam o predomínio da civilização técnica.

**Palavras-chave:** Modernidade. Pós-modernidade. Trabalho. Cidade. Técnica.

**Abstract:** The theme of the article is the foundation of modernity and its civilization project expanded to the world by colonization and globalization. The central goal is to analyze how the modern foundation founded a model of civilization through revolutions and how it came into crisis. Why are the crises of the modern foundation and of its civilizing project being interpreted only in the neoliberal reformist sense? Are there no other ways? The challenge of our time is to interpret the crisis of the modern foundation denouncing its unitary, universal and normative logic and proposing inclusive alternatives. The theoretical reference is the philosophical hermeneutics and the methodology is the hermeneutic phenomenology. The main conclusion is that the modern project has led to a technical civilization, in which technically (toyotism) organizes work, consumption and the city, forgetting its other promises of freedom and happiness. All neoliberal labor, social security, health, consumer and urban reforms indicate the predominance of technical civilization.

**Keywords:** Modernity. Postmodernity. Work. City. Technique.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema do artigo é o fundamento humanista, racionalista e científico da modernidade, entendida como um projeto civilizatório que, a partir da colonização e da globalização, tornou-se planetário, impondo a tudo uma lógica mercantil, econômica e de consumo e a todos uma modernização da economia, da política, do direito, da ética, da religião, da cultura, da educação, do trabalho, do consumo e das cidades, mediante reformas estruturais neoliberais.

O objetivo central é analisar, num primeiro momento, como o fundamento moderno humanista, racionalista e científico manifestou-se nas mais variadas partes do projeto civilizatório e, posteriormente, num segundo momento, ver como a crise do próprio fundamento moderno também se manifestou nas crises das suas respectivas partes (economia, política, direito, ética, religião, cultura, educação, trabalho, consumo e cidades).

Justifica-se tal análise porque o projeto civilizatório da modernidade, sobretudo nas suas partes estatal (estado de bem-estar social), jurídica (direitos humanos-fundamentais), urbana (direito urbanístico), trabalhista (direito do trabalho) e consumerista (direito do consumidor), está em crise e

sob ameaça constante da lógica do pensamento único neoliberal, a qual está invadindo absolutamente todas as esferas de nossa vida.

Nosso problema pode ser formulado do seguinte modo: como e por que a crise do fundamento da modernidade e todas as suas crises derivadas (economia, política, direito, ética, religião, cultura, educação, trabalho, consumo e cidades) estão sendo interpretadas apenas no sentido neoliberal e não em um sentido de reconhecimento e inclusão das minorias, da diversidade e das identidades culturais historicamente excluídas, massacradas, violentadas?

Nossa principal hipótese é a de que o desafio de nossa época pós-moderna enquanto crise da modernidade é o de que se, por um lado, nunca se ouviu falar tanto em minorias, em diversidades, em identidades culturais e em tudo o que o fundamento uno, universal e normativo da modernidade escondia pela violência excludente da invisibilidade e da não tematização, então, por outro lado, as lutas devem ser no sentido de dar voz política a esses grupos e ampliar sua inclusão e sua participação cidadão e democrática.

Nosso referencial “teórico” é o da hermenêutica filosófica e a fenomenologia hermenêutica enquanto “método” de trabalho, pois tentamos desocultar e desvelar o fundamento moderno, suas características e sua lógica de funcionamento nos atos de fundação revolucionários que o manifestam nas partes do projeto civilizatório (economia, política, direito, ética, religião, cultura, educação, trabalho, consumo e cidades).

As palavras “teórico” e “método” estão entre aspas porque a hermenêutica e a fenomenologia fazem uma releitura da relação entre a filosofia e as ciências justamente pela discussão de seus próprios limites, tanto da filosofia (crise do fundamento) quanto das ciências (crise das ciências).

O artigo divide-se em quatro partes: a primeira, trata do fundamento do projeto civilizatório da modernidade, de suas manifestações ou partes e de sua expansão colonialista e globalizante; a segunda, trata, além das suas características, da sua dimensão metafísica e de sua lógica de funcionamento, da crise do fundamento e de suas manifestações ou partes, abordando também as três posições do debate sobre a pós-modernidade; a terceira, trata das crises do estado como exemplo paradigmático de manifestação do fundamento moderno, mas mostra os obstáculos da resposta neoliberal à denúncia da lógica dualista, excludente e violenta do fundamento moderno; por último, na

quarta, vemos as conexões que o projeto da modernidade, transformado a partir das lutas do estado de bem-estar social, criou entre capitalismo, trabalho, consumo e cidade, mas que, em virtude das transformações da globalização, estão ameaçadas, mais uma vez, pela lógica neoliberal.

## **2 FUNDAMENTO DO PROJETO CIVILIZATÓRIO DA MODERNIDADE**

A modernidade é, além de uma época histórica, um paradigma civilizatório. Como época histórica, considera-se, por um lado, o apogeu das épocas anteriores da antiguidade e da idade média e, por outro, chega-nos até hoje com uma polêmica em torno de seu próprio nome, contemporaneidade ou pós-modernidade.

No entanto, a polêmica em torno de como devemos chamar nossa época atual reflete as transformações profundas da modernidade, que vão fundo, chegando no momento de fundação da modernidade, no qual houve a definição do seu fundamento (HEIDEGGER, 2003; GADAMER, 1997). É este fundamento que moldou todo o paradigma civilizatório moderno. Portanto, a polêmica de nomenclatura da contemporaneidade ou pós-modernidade é secundária porque reflete uma discussão a respeito do fundamento da modernidade e sua crise.

O fundamento que moldou todo o desenvolvimento do paradigma civilizatório da modernidade é o humanismo racionalista científico, que também pode ser chamado de outros nomes, tais como “metafísica da subjetividade” (ZARKA, 1987) ou “filosofia da consciência” (HABERMAS, 2002), dentre outros. Pode-se definir o fundamento, não apenas o da modernidade, como aquilo a partir do qual todas as coisas nascem, aquilo que sustenta todas as coisas na sua existência e aquilo para o qual todas as coisas retornam quando se deterioram (REALE; ANTISERI, 1995).

Assim, a partir da definição do fundamento, tudo passa a ser fundado e fundamentado a partir dele. Nesse momento, aparece a construção das partes que compõem o projeto civilizatório moderno: economia, política, direito, ética, religião, cultura, educação, trabalho, consumo e cidades. Todas elas fundadas e fundamentadas pelo fundamento humanista, racionalista e científico da modernidade.

A modernidade é uma época histórica revolucionária porque, depois de definido o novo fundamento humanista, racionalista e científico, todas aquelas partes passaram por revoluções importantíssimas. As revoluções devem ser vistas como atos de fundação desde um novo fundamento. Quanto à economia, temos a revolução do nascimento da burguesia enquanto classe econômica e da própria economia enquanto ciência autônoma livre das amarras clássicas e medievais. Assim, a ideologia liberal transforma a economia feudal em capitalista, o que provocou toda uma nova organização da produção, do trabalho e das demandas de consumo (MARX, 2014). Locke (2005), Smith (1988) e a revolução industrial foram importantes nessa revolução liberal econômica.

Quanto à política, Maquiavel destaca-se por ter liberado a ciência política de suas limitações filosóficas clássicas e teológicas. A partir dele, tudo passa a ser analisado a partir da lógica de conquista, manutenção, exercício e expansão do poder (2015). Além disso, o contratualismo (AGAMBEN, 2004a) enquanto novo modo de fundamentação do poder político reflete a revolução reconstrutiva da política civil e estatal desde o novo fundamento humanista racional e científico. As revoluções políticas burguesas inglesa, norte-americana e francesa (NEGRI, 2002) são exemplos das profundas transformações políticas da época moderna, consolidando o liberalismo agora também no campo político.

O jusnaturalismo humanista e racionalista não revolucionou apenas o Estado Moderno política e economicamente, mas também o Direito e os direitos foram transformados de modo fundamental. O direito passou a ser visto como uma ciência dogmática e sistemática (FERRAZ JÚNIOR, 2015). A noção de sistema (LOSANO, 2011) será importante aqui, mas também em outras ciências. Já os direitos passam a ser humanos, isto é, direitos humanos das declarações de direitos e fundamentais das constituições. Portanto, não apenas o direito, mas também os direitos passam ser vistos desde a nova ótica humanista e racionalista (BOBBIO, 2004). Não mais a natureza cosmológica antiga ou a natureza divina medieval como fundamentos, mas sim a natureza humana racional, expandindo a ideologia liberal agora para a ciência jurídica e os direitos humanos-fundamentais (WOLKMER, 2006).

Quanto à ética, ela vai transformar-se profundamente a partir da lógica liberal e burguesa capitalista, pois passará a ser vista desde uma ótica

individual de liberdade e individualismo (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 2012). O que na antiguidade era visto necessariamente em conexão, ou seja, a ética, a política e o direito, a partir do novo fundamento moderno, passa a ser, como vimos, separado em campos autônomos e independentes, porém unificados pelo fundamento humanista racionalista (HASSEMER; KAUFMANN, 2002). Todo um conjunto de valores liberais revolucionários passa a orientar as ações individuais e, além disso, irradiar seu poder para os campos econômico, político e jurídico.

Na religião, a revolução luterana (REALE; ANTISERI, 1995) transforma radicalmente o apogeu medieval da igreja católica e do cristianismo. O individualismo das dimensões ética, econômica, política e jurídica alcança, partir de agora, também a esfera religiosa. A transformação foi tanta, que ocorre literalmente uma “privatização” da religião, conectando-a com a esfera econômica da produção, do consumo e do trabalho (WEBER, 1974).

A respeito da cultura, a modernidade passou a valorizar como padrão e modelo a alta cultura ou cultura culta. Essa ideal cultura nada mais fez do que refletir todas as transformações liberais anteriores, ou seja, uma cultura baseada na autonomia das ciências e na autonomia dos indivíduos (LIPOVETSKY, 2011).

Em busca do ideal cultural culto, os indivíduos livres, iguais e autônomos tinham que ser formados, instruídos e educados. A educação desempenha, portanto, para o liberalismo, um papel fundamental na formação do indivíduo, do cidadão e do trabalhador (ARANHA, 2006a; 2006b). Mas, se existe uma cultura alta, há também a cultura baixa. O mesmo acontece com a educação: uma educação para o trabalho e outra para a cidadania. O dualismo cultural manifesta-se no dualismo educacional.

Aliás, o dualismo manifesta-se em cada uma das partes do projeto civilizatório da modernidade, marcando-os com sua lógica de funcionamento excludente, único, normativo e violento (VATTIMO, 1996). O fundamento humanista, racionalista e científico da modernidade apresenta, portanto, uma lógica de funcionamento (ZANIN, 2014).

O mesmo vai acontecer com o trabalho e o consumo. A divisão dualista entre trabalhadores executores e trabalhadores gestores e diretores irá se manifestar no consumo de uma cultura baixa por aqueles e de uma cultura alta

por estes (LIPOVETSKY, 2011). As revoluções industriais não transformaram apenas a produção em capitalista, mas também o trabalho e o consumo foram afetados. A racionalização moderna vai afetar também os modos de organização do trabalho e do consumo.

A respeito das cidades, a revolução industrial só pode ser inteiramente compreendida quando em conexão com o processo de urbanização. Assim, as cidades passam a se organizar dentro da mesma lógica liberal capitalista de organização da produção, do trabalho e do consumo. Portanto, toda a vida coletiva na cidade, inclusive o tempo “livre”, é organizada com base numa lógica mercantil de trabalho, produção e consumo (MORAIS, 1988).

Por último, toda a construção civilizatória moderna baseada no fundamento humanista, racionalista e científico, de cunho liberal, ocidental e europeu, será exportada à ferro e fogo, a todos os cantos “selvagens” do mundo, tais como os americanos, asiáticos e africanos (LAPLANTINE, 2003). O nome dessa exportação é colonialismo (DUSSEL, 1993). Sua lógica de funcionamento foi a imposição única, universal e normativa a todas as partes do mundo das partes do projeto civilizatório moderno. E nada mais coerente com a modernidade, do que justificar a colonização a partir das ciências e dos níveis de “evolução, progresso, desenvolvimento ou modernização” científica dos povos e das nações – os selvagens de ontem são os subdesenvolvidos ou em desenvolvimento de hoje (ZANIN, 2013).

Portanto, a modernidade nada mais é do que um projeto civilizatório que foi, por um lado, construído mediante revoluções justificadas pelo ideal de um novo fundamento humano, racional e científico e que, posteriormente, por outro lado, foi exportado e imposto aos outros países a partir da colonização, também justificada pelo ideal do novo fundamento humano, racional e científico. Com as revoluções modernas fundamentais, a cultura liberal-burguesa-individualista não conseguiu apenas negar o passado com as revoluções, mas conseguiu também prevalecer no presente e impor-se universalmente ao futuro com as colonizações e, atualmente, com as globalizações (econômica, política, cultural, social, etc.) (ANDERSON, 1996).

Entretanto, depois de sua consolidação mundial, o paradigma civilizatório da modernidade está em crise, no qual não apenas seu fundamento é questionado, mas também todas as suas partes e seu modo de construção excludente e consolidação expansiva, impositiva e violenta. É na

crise do fundamento do projeto civilizatório moderno que deve ser entendida não apenas a polêmica em torno da nomenclatura de nossa época, contemporaneidade ou pós-modernidade, mas também a diversidade de posicionamentos dentro da própria pós-modernidade.

### **3 CRISE DO FUNDAMENTO DO PROJETO CIVILIZATÓRIO DA MODERNIDADE**

As crises da modernidade têm a ver com as características do fundamento e com o lugar onde ele habita. O fundamento habita a dimensão metafísica, ou seja, ele tem um caráter filosófico (HEIDEGGER, 1991). Já as características do fundamento são as seguintes: invisível, existência, presença, não tematizado e sustentação. Por tudo isso que o fundamento é fundamental, pois está no fundo e funda, mas, por ser invisível, deve ser mostrado, visível e tematizado no ato de fundamentar.

O fato do fundamento ser invisível, não significa que ele não exista ou não esteja presente nas coisas que funda e que sustenta. Eis aí a razão de falarmos constantemente das partes da modernidade e suas crises (economia, política, direito, ética, religião, cultura, educação, trabalho, consumo e cidades), mas nunca, ou quase nunca, tematizar, desvelar ou desocultar seu fundamento e sua crise. Além disso, por habitar a dimensão metafísica, o fundamento moderno é uno, universal e normativo e funciona por meio de uma lógica dualista e excludente (ZANIN, 2015).

A dimensão metafísica do fundamento e suas características são importantes porque as crises das partes da modernidade começam justamente pela crise do fundamento metafísico da modernidade. Toda a construção do paradigma civilizatório da modernidade foi feita com base na expansão una, universal e normativa de seu fundamento. Mas as crises começaram com as guerras mundiais, com o fim da guerra fria, com a globalização e com o apogeu da tecnologia na era da técnica (HEIDEGGER, 1991).

A partir de então, a operação do fundamento foi denunciada e escancarada. Tal operação consiste numa lógica dualista, excludente e violenta: o fundamento é uno porque nega, exclui e violenta a multiplicidade; universal porque nega, exclui e violenta as particularidades e normativo porque imposto de forma excludente e violenta (MACCUMBER, 1999). As



barbáries do século XX provaram essa lógica dualista, expansiva, dominadora e violenta do fundamento moderno. Exemplos dessa denúncia do fundamento moderno podem ser Nietzsche com a frase “Deus morreu” – onde Deus deve ser interpretado como fundamento – e Lyotard com o seu “fim das grandes narrativas da humanidade” – como as ideologias liberal e social e também o cristianismo. Também Heidegger com seu pensamento sobre a “essência da técnica” e Agamben sobre seu pensamento sobre o “estado de exceção” exemplificam os desafios do pensamento a respeito do fundamento moderno e sua lógica de funcionamento em suas várias esferas (econômica, política, jurídica, ética, etc.).

Como não poderia deixar de ser, se o fundamento de todo o projeto civilizatório da modernidade está em crise, obviamente todas as partes do projeto serão contaminados pela mesma crise fundamental. Sendo assim, a lógica de funcionamento dualista, violenta e excludente do fundamento será denunciada em cada uma das partes do projeto civilizatório. A começar pela economia, que tem como fundamento o dualismo moderno entre público e privado, estatal e social, governamental e mercantil. Toda a polêmica interventiva estatal no liberalismo clássico, social e novo (neoliberalismo) tem como origem tal dualismo fundamental (MERQUIOR, 1991).

No âmbito estatal, a teoria contratualista é exemplar no funcionamento dualista fundamental, pois se ampara na argumentação da passagem do indivíduo do estado de natureza animalesco e selvagem para o estado civilizado e estatal político, mediante contrato entre indivíduos racionais, autônomos, iguais e livres. Tal dualismo entre natureza e cultura (AGAMBEN, 2004a) ou animalidade e humanidade (DERRIDA, 2002) será até hoje fonte de muita discussão, basta exemplificar com a teoria da evolução, a discussão em torno das ciências naturais e culturais e suas metodologias ou as biociências e as biotecnologias, que confundem a divisão clássica moderna (SIMONDON, 2001).

Quanto ao direito, a polêmica sobre a abordagem que deve ter a ciência jurídica dogmática e sua visão sistemática é exemplar. A polêmica consiste na visão do sistema enquanto modelo mecânico artificial ou enquanto modelo biológico funcional – modelos que, em si mesmos, já denunciam, de novo, o dualismo moderno entre seres humanos e animais (FERRAZ JÚNIOR, 2015). Os direitos humanos e fundamentais, por sua vez, apresentam a polêmica em

torno de seus fundamentos universais, cuja lógica ocidental, europeia, burguesa, capitalista e liberal foi denunciada como eurocêntrica, etnocêntrica e negadora – exterminadora! – de outras minorias e identidades culturais (DOUZINAS, 2009; HUNT, 2009).

Se o fundamento morreu e todas as narrativas ordenadoras morreram, então as decisões éticas do indivíduo ficam sem um padrão, um modelo, uma direção única, universal e normativa. Assim, a ética deixa de fornecer as fundamentações necessárias para a emissão ou validação de quaisquer juízos éticos. Talvez por isso nunca se viu tão forte a proliferação de códigos de conduta profissional e empresarial (NALLINI, 2015), na tentativa de criar alguma orientação, do mesmo modo que, por outro lado, o “jeitinho” nunca encontrou o território tão fértil para sua expansão (ALMEIDA, 2012).

Depois de Lutero, parece que as religiões aprofundaram suas divisões e crises. Hoje, as religiões se tornaram grandes espetáculos de entretenimento, invadidos pela lógica do estrelato e do capitalismo, do lucro e do consumo. Sem falar na fé, que se transformou numa mistura de crenças tranquilizadora e não praticante, voltada unicamente para o deleite e bem-estar pessoal (LIPOVETSKY, 2011).

No âmbito da cultura, a lógica de funcionamento dualista do fundamento moderno, que separou alta cultural da baixa cultura, foi denunciada e, atualmente, já não há mais um critério que defina as fronteiras entre as culturas popular e a erudita ou comercial e alta. O que vemos na cultura atual é o predomínio de um individualismo consumista, cujo novo “deus” é o dinheiro e seus “anjos” do divertimento e do prazer (LIPOVETSKY, 2011).

A globalização neoliberal pode ser, por um lado, a responsável por algumas crises da modernidade, tais como a do Estado, por exemplo, mas, por outro lado, acabou por radicalizar o processo de expansão planetário da lógica mercantil moderna, que invadiu e colonizou absolutamente todas as esferas da vida humana, por meio de desregulamentações, desinstitucionalizações e desorganizações, até mesmo ou sobretudo a cultura (JUVIN; LIPOVETSKY, 2012).

Na educação, o fundamento moderno também entrou em crise porque a lógica dualista, violenta e excludente entre modelos de educação para o trabalho e para a cidadania foi denunciada como reprodutora de desigualdades

sociais e mantenedora de privilégios na sociedade. Basta ver os índices de evasão escolar e os de ingresso na educação superior, por exemplo. O sistema educacional reproduz na sociedade, portanto, a lógica dualista metafísica do fundamento da modernidade (DEMO, 2008).

Quanto ao trabalho, a globalização e a tecnologia transformaram o mundo do trabalho e de sua regulação através do Estado Social de Direito. O mesmo processo que vimos de desregulação, desorganização e desinstitucionalização da cultura, também está presente aqui, ao mesmo tempo em que a organização “flexível” do trabalho por meio do Toyotismo triunfou (PINTO, 2013).

Os mesmos dualismos fruto do fundamento moderno metafísico manifestam-se no consumo e nas cidades. O dualismo separa dois tipos de consumidores em dois tipos de cidades muito bem definidos. No entanto, com a denúncia do fundamento, as distinções ficaram nebulosas. Atualmente, o que se nota é que todas pessoas e toda a cidade são organizadas com base nas marcas, no mercado e na publicidade, numa lógica onde todos são igualados pelo estímulo constante do novo, de valorização do presente (curto prazo) e do consumo (LIPOVETSKY, 2011).

Outro importante resultado da denúncia da lógica dualista, violenta e excludente do fundamento do projeto civilizatório da modernidade é o de que nunca se ouviu tanto falar em minorias, em diversidades, em identidades culturais, enfim, tudo o que o fundamento uno, universal e normativo da modernidade escondia pela violência excludente da invisibilidade e não tematização (VIVEIROS DE CASTRO, 2015).

As crises das partes do projeto civilizatório da modernidade e a crise de seu fundamento originaram todo o debate sobre a pós-modernidade ou a contemporaneidade. O debate é muito polêmico. No interior da própria modernidade, há três posições (ROUANET; BASSI; SILVA NETO, 2016).

A primeira, diz que a modernidade, em função de suas crises e transformações do século XX, chegou à exaustão, ao seu fim (VATTIMO, 1996). A segunda, ainda acredita nos sonhos inacabados da modernidade e em seu projeto, que ainda resta construir, só que, agora, sob novos fundamentos (HABERMAS, 2002). A terceira, nega que a modernidade acabou e também que ela não acabou, mas, pelo contrário, afirma que seu projeto civilizatório foi radicalizado, a tal ponto de se ter transformado numa hiper-modernidade, na

qual a lógica mercantil invadiu tudo (LIPOVETSKY, 2011). Os que preferem usar a nomenclatura contemporaneidade assumem as transformações, mas sem entrar – ou apenas entrando indiretamente – no debate pós-moderno.

#### **4 CRISES DO ESTADO**

O Estado Moderno é, por excelência e como parte da modernidade, o exemplo paradigmático do fundamento de projeto civilizatório, de sua dimensão metafísico-filosófica, de suas características e de sua crise. Além disso, se o direito se manifesta na modernidade enquanto saber dogmático e sistemático, tais elementos do direito irão transferir-se ao estado na formação do conceito de Estado de Direito Moderno (STRECK; MORAIS, 2014).

Não por acaso, há uma semelhança muito forte entre o império romano antigo, a igreja cristã medieval e o estado moderno absolutista, pois todos eles se caracterizam pela forte unidade soberana, pelo desejo de universalidade expansiva e pelo caráter dogmático normativo (WOLKMER, 2006). As características de unidade, universalidade e normatividade expansiva violenta do fundamento moderno ficam muito mais nítidos na sua materialização do Estado Moderno soberano e seus antecedentes medievais e clássicos.

Se o fundamento do projeto civilizatório da modernidade é o humanismo racionalista científico, a expressão emblemática dele é o Estado Moderno. As revoluções políticas burguesas, o nascimento da ciência política e a explicação da racionalização do poder político tendo como base a teoria do contratualismo explicitam tal fundamento humanista, racional e científico.

O fundamento moderno é o início, o fim e o meio de tudo, pois dele tudo nasce, tudo é sustentado por ele e para ele tudo retorna quando acaba. Mais uma vez, o Estado expressa muito bem tal fundamento porque representa o nascimento do novo homem, agora cidadão – com uma identidade nacional –, o qual será sustentado e assegurado em sua existência pelo Estado/no Estado e quando morrer, terá sua morte reconhecida pelo Estado.

A mesma visão do direito enquanto ciência dogmática e sistemática pode ser aplicada ao Estado Moderno. Então, o direito como ciência dogmática é um sistema composto de elementos internos, que se relacionam entre si de forma hierárquica e que ganham unidade mediante um fundamento. Os

elementos internos do sistema jurídico são as normas jurídicas válidas, que se relacionam entre si a partir de regras estruturais de adaptação e dinâmica. O fundamento que dá unidade, coerência, completude e perfeição a tudo isso é, por exemplo, para a teoria positivista normativista, a norma fundamental (STRECK, 2004).

É interessante observar que as mesmas as mesmas características do fundamento humanista, racionalista e científico do projeto civilizatório da modernidade estão presentes também na norma fundamental kelseniana.

Desse modo, o Estado também pode ser visto como um sistema, com elementos internos, com regras estruturais de adaptação e dinâmica e um fundamento. O sistema estatal começa com a definição do espaço territorial e seu elemento interno povo. O governo põe ordem no elemento interno povo, mediante elaboração de atos normativos, sendo o principal a Constituição, os quais se relacionam a partir de regras estruturais de adaptação e dinâmica. Tudo isso unificado e cuja existência depende do fundamento humanista, racional e científico da teoria contratualista que explica a origem humana do poder político soberano estatal.

Mais uma vez vale ressaltar as semelhanças entre o fundamento moderno civilizatório, o fundamento normativo do sistema jurídico e o fundamento soberano do poder político estatal. Além disso, a visão do Estado Moderno de Direito como um sistema também facilita a compreensão da organização do território com as formas de Estado (federal ou unitário) e da forma (república ou monarquia) e dos sistemas (parlamentar ou presidencialista) de governo (STRECK; MORAIS, 2014).

Vimos que a crise do fundamento do projeto civilizatório moderno denunciou a lógica dualista, excludente, dominadora e violenta de seu fundamento metafísico. O mesmo aconteceu com o fundamento do sistema jurídico e com o fundamento do sistema estatal. As transformações do Estado de Direito Moderno, que começou absolutista e depois passou a liberal, democrático, ambiental e pós-moderno, exemplificam a crise de seu fundamento soberano. Também o sistema jurídico não passa ileso dessas transformações, basta ver a discussão em torno do pós-positivismo e do neo-constitucionalismo.

Os direitos humanos e fundamentais também sofrem as mesmas transformações do estado e do direito, basta ver o debate sobre sua

fundamentação – que deve ser inserido no contexto do fundamento humanista, racionalista, científico, liberal, capitalista e burguês da modernidade – e sobre suas gerações ou dimensões – liberal, social, democrática, trans-individual, da personalidade, dignidade humana, etc. (SARLET, 2011; SIDEKUN, 2011).

Vimos que o fundamento moderno é uno, universal e normativo e que o estado moderno tem semelhanças nesse ponto com o império romano e com a igreja católica. Assim, o extremo de dualismo, exclusão e violência do fundamento é representado pelo estado absolutista. Em seguida, as lutas vão denunciando e abrindo o fundamento cada vez mais. Assim, os burgueses transformam o estado absolutista em liberal. Os trabalhadores transformam o estado liberal em social. A utopia transformadora da democracia transforma o estado social em democrático (STRECK; MORAIS, 2014). Os desafios globais, dentre eles o meio ambiente, transforma o estado democrático em estado cooperativo (HABERLE, 2007) e estado ambiental.

Por último, o fundamento uno, universal e normativo da soberania é enfraquecido ao máximo com a globalização e a tecnologia no chamado estado pós-moderno (CHEVALLIER, 2009). Assim, se nunca se ouviu falar tanto em minorias, em diversidades, em identidades culturais e em tudo o que o fundamento uno, universal e normativo da modernidade escondia pela violência excludente da invisibilidade e da não tematização, então, no âmbito do Estado Moderno de Direito, o desafio passa em dar voz política a esses grupos e ampliar a participação cidadão e democrática.

Da mesma forma o sistema jurídico, cujo extremo de dualismo, exclusão e violência do fundamento é representado pelo positivismo normativista e sua visão da ciência jurídica pura. Em seguida, as transformações da ciência jurídica e da filosofia do direito vão denunciando e abrindo o fundamento cada vez mais. Os vários tipos de positivismo, dentre eles o sociológico, o lógico e o pós-positivismo, e o neo-constitucionalismo, dentre eles o constitucionalismo latino-americano, vão denunciando o fundamento uno, universal e normativo na sua lógica dualista, excludente e violenta, abrindo aos poucos a ciência jurídico e a constituição para outros tipos de questões até então esquecidos (princípios, justiça, legitimidade, etc.) e novos desafios (hermenêuticas jurídica, hermenêutica constitucional, judicialização e ativismo, etc.) (STRECK, 2011).

Mas os obstáculos são imensos à denúncia do fundamento uno, universal e normativo da modernidade na sua lógica dualista, excludente e violenta. Tais obstáculos impõem a lógica mercantil para todas as dimensões de nossa vida, inclusive a dimensão estatal e jurídica, transformando o direito em mera tecnologia de decibilidade; o sistema jurídico, em mero mecanismo de engenharia e controle social; e os direitos humanos em justificativas retóricas para eleições e guerras (BARRETTO, 2010), o que aprofunda o funcionamento dualista, excludente e violento do fundamento da modernidade em todas as suas partes.

Os obstáculos podem ser exemplificados por três situações. A primeira situação é constituída pelos processos de desregulamentação, desorganização e desinstitucionalização da globalização neoliberal (MONTAÑO, 2007). As privatizações e as reformas do estado entram como materialização desses processos. As reformas do direito do trabalho e da previdência social do governo de Michel Temer, no contexto político de Operação Lava-Jato e pós-impedimento da ex-presidente Dilma, devem ser consideradas como resultantes dos obstáculos à luta de enfraquecimento do fundamento moderno uno, universal e normativo, que deveria reconhecer as minorias e dar voz democratizante e cidadã a elas. Com certeza, enfraquecer direitos sociais não parece ser uma boa estratégia para tal finalidade no Brasil. O mais interessante é que a justificativa para tais reformas é a lógica mercantil, capitalista e financeira que invadiu tudo, até mesmo os direitos sociais.

Não só o direito do trabalho e da previdência são alvos da globalização neoliberal. Todo o tratamento estatal da “questão social” nas relações de produção é desafiado exatamente pelo seu oposto, sua invasão pela lógica da produção (PASTORINI, 2010). Toda e qualquer tentativa de humanizar ou contestar a lógica de produção global neoliberal é de tal forma cooptada pela mesma lógica contestada que se transforma em parte produtiva. Basta ver, por exemplo, a precarização da seguridade social e de seu tripé público de saúde, previdência e assistência através do chamado terceiro setor. O público foi privatizado: saúde privada, previdência privada e assistência privada altruísta na forma de voluntariado e ONGs, OSs, OSCIPs, etc.

A segunda situação exemplificadora dos obstáculos ao enfraquecimento do fundamento uno, universal e normativo da modernidade e sua lógica dualista, excludente, violenta e dominadora é o triunfo do capitalismo e a

invasão da lógica econômica em todos os mais variados âmbitos de nossa existência (PINTO, 2013). Tal lógica da produção está se fortalecendo tanto, que até mesmo nossas vidas, corpos e mentes são tidos como produtos produzidos e mercadorias cujo valor se restringe às trocas no livre mercado (AGAMBEN, 2004b).

A terceira situação é a de que as crises do estado (conceitual, institucional, funcional e política) (STRECK; MORAIS, 2014) também exemplificam os obstáculos ao enfraquecimento do fundamento uno, universal e normativo da modernidade e sua lógica dualista, excludente, violenta e dominadora, pois significam o triunfo neoliberal em escala planetária.

No entanto, o que tudo isso comprova é que, atualmente, as disputas em torno das partes do projeto civilizatório da modernidade e suas reformas refletem, no fundo e de modo profundo, a disputa pelo fundamento: fortalecer e manter as características do fundamento moderno ou, por outro lado, enfraquecer o fundamento moderno e usar as crises da modernidade como oportunidades para a construção de novos projetos onde as lógicas da unidade, da universalidade e da exclusão violenta não estejam presentes, dando voz e expressão às minorias para a democracia do futuro.

## **5 CRISES DO CAPITALISMO: TRABALHO, CONSUMO E CIDADE**

Existe uma conexão muito forte entre o fundamento do projeto civilizatório da modernidade – humanista, racionalista e científico – e os sistemas de organização do trabalho e das cidades (FERRARI, 2012). Em outras palavras, as revoluções industriais, urbanísticas e científicas trabalhistas se complementam. Da mesma forma que as crises do capitalismo refletem em crises do trabalho, das cidades e do consumo.

O início do capitalismo se dá grudado com o estado absolutista e o mercantilismo. As revoluções burguesas política, econômica e industrial fizeram com que o capitalismo se tornasse industrial. Nascia o estado de direito liberal. Depois das lutas dos trabalhadores, da primeira guerra mundial e da Grande Depressão, o capitalismo entrou em crise, cedendo espaço à questão social e originando o estado de bem-estar social desenvolvimentista (PINTO, 2013).



As crises do petróleo e do dólar na década de 70 foi o estopim para um conjunto de medidas reformistas no estado de bem-estar social impulsionadas pela globalização e pelas instituições financeiras internacionais, dando início ao neocapitalismo ou neoliberalismo\_(STRECK; MORAIS, 2014; FERRARI, 2012). Portanto, as crises do capitalismo podem ser resumidas em suas transformações mercantilista, industrial e neoliberal e que acompanham as crises do estado moderno.

O neoliberalismo pode ser resumido num pacote completo de reformas des-regulamentadoras, desorganizadoras e desinstitucionalizadoras. Não somente as privatizações, mas reestruturação produtiva e do trabalho, diversificação do proletariado, escassez de empregos industriais, aumento de empregos em serviços, voluntariado, cooperativismo, empreendedorismo, terceirizações e precarizações, etc. (MONTAÑO, 2007).

A nova ciência econômica de Smith, Malthus e Ricardo e a nova ciência política de Maquiavel não poderiam estar completas em seus ideais humanistas, racionalistas e tecnológicos se não fossem completadas pela nova ciência da administração de Taylor. Começava então, os sistemas de organização do trabalho: taylorismo, fordismo e toyotismo (PINTO, 2013). A força da nova ciência foi tão grande, que não se restringiu à esfera privada, alcançando também o estado e sua administração pública.

Se o capitalismo é um modo de produção, então deveria organizar a produção de acordo com o novo fundamento da modernidade, ou seja, de forma racional, científica, técnica e tecnológica. A racionalidade vem da divisão entre funções (gerência administradora e trabalhadores executores). A ciência vem da fundação da nova ciência da administração enquanto ciência autônoma, independente e com objeto e método próprios diferenciadores das demais ciências (especialização científica). As técnicas são resumidas na mecanização e as tecnologias são as novas máquinas. O resultado de tudo isso? A fábrica!

Desse modo, a organização científica do taylorismo pode ser resumida em três características: primeiro, divisão entre operários e gerentes; segundo, operários ocupavam o espaço do chão da fábrica, enquanto os gerentes ocupavam o espaço dos escritórios; e terceiro, os estudos sobre o tempo de produção desde uma metodologia científica. Todas essas características

fizeram do taylorismo uma teoria de base conceitual simples e de aplicabilidade universal, o que realmente aconteceu no século XX.

Como um complemento do taylorismo, o fordismo é caracterizado pela linha reta de produção, uma esteira rolante, na qual os trabalhadores, imóveis, desempenham a mesma tarefa simples de forma repetitiva, sem necessidade de qualificação e informação sobre a totalidade dos processos. Seu resultado foi o aumento da produtividade e dos lucros, bem como a diminuição dos custos. Ford abriu a Ford Motor Company, na qual testou sua nova linha de montagem e incentivou o consumo de massa de produtos padronizados (DOMINGUES, 2016).

As crises do estado, as crises macroeconômicas das décadas de 70 e as crises do sistema taylorista/fordista fazem com que apareça, no Japão do pós-guerra e na empresa Toyota, o sistema do toyotismo, composto dos seguintes elementos: “autonomiação”, multifuncionalidade polivalente, celularização, kanban, *just-in-time*, kaysen, qualidade total, etc. (PINTO, 2013). Sua palavra chave, não por acaso, é flexibilidade. Sua expansão mundial é, por um lado, útil ao neoliberalismo e, por outro, estimulada por ações estatais reformistas.

As transformações capitalistas neoliberais e as transformações da organização do trabalho toyotistas não poderiam deixar de ocasionar transformações também nas cidades, flexibilizando o dualismo entre rural e urbano ou entre indústria e serviços. Aparece nesse contexto a “cidade *just-in-time*” (FERRARI, 2012), na qual as técnicas de urbanização são planejadas com base na lógica de produção, circulação e consumo do “homem certo, no lugar certo e no tempo certo”.

As cidades acompanham as transformações do capitalismo e do estado, pois as cidades podem ser divididas em primitivas, econômicas e cidades *just-in-time* ou não-lugares (AUGÉ, 1994), pois se tornaram tão iguais pela lógica produtiva urbana que não permitem mais a expressão das minorias, da diversidade e das identidades culturais enquanto expressões criativas (LAPLANTINE, 2003).

As modificações do consumo começam com o seu deslocamento da indústria para o setor de serviços, o que implica uma modificação da lógica em série e massificante para a agregação de valor, qualidade e personalização, atendida por um sistema produtivo enxuto e transnacionalizado, globalizado. O que pode ser exemplificado, até os anos 70, pelo consumo de bens familiares

e, posteriormente, por bens individualizados e personalizados (LIPOVETSKY, 2011). Assim, o toyotismo – que reflete uma modificação do capitalismo – acaba por expandir sua lógica de flexibilidade não apenas ao trabalho, mas também às cidades e ao consumo nas cidades.

Outras transformações no consumo aparecem como complemento de seu deslocamento para o setor de serviços especializados, ou seja, nas hipóteses de subconsumo – apenas de sobrevivência – e de consumo consciente ou responsável, nos quais os ideais ambientais e ecológicos se misturam, criando uma espécie de consumo engajado.

O problema das conexões entre neoliberalismo, trabalho, cidades e consumo é que toda a legislação protetiva criada com o direito do trabalho, com o direito do consumidor e com o direito urbanístico aparece, agora, ameaçada pelas reformas desregulamentadoras, a qual pretende substituí-la pela prevalência universal, global e planetária da lógica mercantil, econômica e financeira capitalista.

Mais ou menos o que aconteceu com a saúde, com a previdência, com a assistência e com a educação, está acontecendo também com o trabalho, o consumo e as cidades. Da lógica pública, universal e protetiva do estado de bem-estar social, passamos para uma lógica neoliberal e toyotista de privatização, particularização e flexibilização. Assim, “homem certo, no lugar certo e no tempo certo” nada mais quer significar do que o homem liberal, na cidade liberal e no tempo eterno do consumo!

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O fundamento humano, racionalista e científico da modernidade criou uma civilização que tinha promessas e sonhos para a humanidade, a começar pelo controle da natureza para promover a sobrevivência e a felicidade humanas.

Uma parte da promessa foi cumprida e até expandida: não conquistamos apenas a natureza com as ciências, as técnicas e as tecnologias, mas conquistamos também o controle e o domínio da sociedade e se nós mesmos – nossas vidas, desejos, mentes, pensamentos –, basta ver os desafios da inteligência artificial e das biotecnologias. Nem mesmo as ficções políticas modernas e as ficções científicas poderiam imaginar tal progresso.

Mas, se perguntarmos se cumprimos a outra promessa de sobrevivência e de felicidade, ficaremos perplexos com os resultados. A civilização da máquina, da técnica, do controle e da qualidade totais não cumpriu, nesse sentido, suas promessas, pois não somente a sobrevivência humana corre perigo diante da técnica, mas também o planeta.

A conclusão que todo o desenvolvimento do artigo quer mostrar é que o fundamento moderno e toda a sua construção revolucionária de um projeto de civilização desembocou numa civilização técnica, na qual várias tecnologias estão em ação.

(...) tecnologias de processos (gestão e organização), tecnologias de materiais (aplicadas a matérias, energias, forças naturais), tecnologias de sistemas (informação e comunicação) e tecnologias de organismos vivos (biotecnologias). Porém, todas elas têm o mesmo propósito: instalar o controle técnico e cumprir a mesma agenda de conquista ao longo da História, quer dizer, conquista da Natureza (tecnologias materiais de base física ou química), conquista do ser humano (tecnologias biomédicas tradicionais e biotecnologias, além dos fármacos), tecnologias sociais (gestão e controle de processos). As tecnologias sociais incluem-se entre as mais antigas formas de tecnologia, como viu Max Weber ao tratar da burocracia. No mundo contemporâneo [pós-moderno! – complemento nosso], porém, elas ganharam uma extensão e um poder enormes, moldadas com os apertes do Direito (procedimentos e regras das burocracias). Da Matemática (finanças, impostos), da Sociologia, da Administração e, na atualidade, da Informática. (DOMINGUES, 2016, p.49)

Além disso, o debate da contemporaneidade e da pós-modernidade – e de suas posições – ganha uma compreensão maior e mais adequada se compreendido enquanto crise do fundamento do projeto civilizatório da modernidade.

Mas vimos também que o fundamento está em crise, da mesma forma que as partes do projeto estão em crise. A crise do fundamento é a oportunidade de luta entre dois caminhos possíveis.

O fundamento do projeto civilizatório da modernidade habita a dimensão metafísica una, universal e normativa, cujo funcionamento expansivo tem uma lógica dualista, excludente e violenta. Tanto a dimensão do fundamento da modernidade quanto seu funcionamento foram denunciados por filósofos e cientistas críticos da modernidade, ocasião em que nunca se ouviu tanto falar em minorias, em diversidades, em identidades culturais, enfim, tudo o que o fundamento uno, universal e normativo da modernidade

escondia pela violência excludente da invisibilidade e não tematização. Assim, o primeiro caminho é continuar criticando o fundamento metafísico moderno e seu funcionamento, mas o desafio maior é dar voz política a esses grupos e ampliar sua inclusão e participação cidadão e democrática.

O segundo caminho é responder às mesmas crises (do fundamento da modernidade e todo seu projeto civilizatório) com a agenda da globalização econômica e financeira e pelo neoliberalismo, cujo resultado são as reformas estruturais e a implantação da lógica única mercantil, econômica e financeira em todas as dimensões da vida.

Desafortunadamente, parece que o Brasil está no segundo caminho, pois realizou e está realizando reformas nos âmbitos estatal, trabalhista, previdenciário, saúde, educação, trabalho, consumo, urbano etc. que significam a vitória neoliberal e – como não poderia deixar de ser – justificadas com o discurso da recuperação do crescimento econômico, com o aumento dos empregos e com a reinserção do Brasil no caminho da “modernização, do progresso, da evolução e do desenvolvimento”.

Portanto, as disputas em torno do futuro do Brasil – sobretudo diante de nosso passado colonial e de atraso em termos de “modernidades” e “modernizações” – refletem, no fundo e de modo profundo, a disputa pelo fundamento moderno que funda todo um projeto civilizatório: fortalecer e manter as características do fundamento moderno (segundo caminho neoliberal) ou, por outro lado, enfraquecer o fundamento moderno e usar as crises da modernidade como oportunidades para a construção de novos projetos de igualdade, inclusão, justiça, cidadania e democracia (primeiro caminho crítico).

Se pretendemos viver bem, uma vida boa, feliz e digna, devemos continuar falando sobre o fundamento moderno e técnico atual de nossa vida enquanto trabalhadores, consumidores, estudantes, moradores da cidade, cidadãos, jovens, idosos, crianças, adolescentes, mulheres, deficientes, etc., pois, se não o fizermos, a lógica técnica e econômica irá invadir de tal modo nossa vida – retirando todas as proteções existentes, especialmente as jurídicas – que já não poderemos mais chamá-la, verdadeiramente, de vida, mas sim de uma “vida” vazia (porque produzida pela lógica da produção capitalista) e nua (porque desprotegida e tornada descartável, substituível e matável).

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2004a.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004b.
- ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.
- ANDERSON, Perry. *O fim da história: de Hegel a Fukuyama*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *História da educação e da pedagogia: geral e Brasil*. 3.ed. São Paulo: Moderna, 2006a.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Filosofia da educação*. 3.ed. São Paulo: Moderna, 2006b.
- AUGE, Marc. *Não-lugares: introdução a uma antropologia da supermodernidade*. São Paulo: Papirus, 1994.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DEMO, Pedro. *Fundamento sem fundo: ensaio sociológico/metodológico sobre a relatividade das coisas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008.
- DERRIDA, Jacques. *O animal que logo sou (a seguir)*. São Paulo: UNESP, 2002.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.
- DUSSEL, Enrique. *1942, o encontrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- FERRARI, Terezinha. *Fabrilização da cidade e ideologia da circulação*. 2.ed. São Paulo: Outras Expressões, 2012.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma*

hermenêutica filosófica. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. 4.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção Os Pensadores).

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JUVIN, Hervé; LIPOVETSKY, Gilles. *A globalização ocidental: controvérsia sobre a cultura planetária*. São Paulo: Manole, 2012.

LAPLANTINE, François. *Aprender antropologia*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

MACCUMBER, John. *Metaphysics and oppression: Heidegger's challenge to western philosophy*. Blomington: Indiana Press University, 1999.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 4.ed. São Paulo: Edipro, 2015.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. 27.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

- NALLINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- PASTORINI, Alejandra. *A categoria questão social em debate*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- PINTO, Geraldo Augusto. *Organização do trabalho no século XX: taylorismo, fordismo e toyotismo*. 3.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Historia del pensamiento filosófico y científico*. 2.ed. Barcelona: Herder, 1995.
- ROUANET, Luiz Paulo; BASSI, Adriana Rouanet; SILVA NETO, Wilson Levy Braga da. *Rouanet 80 anos: democracia, modernidade, psicanálise e literatura*. São Paulo: É Realizações, 2016
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. 33.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9.ed. Poto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SIDEKUN, Antonio. *Direitos Fundamentais e a dignidade humana*. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2011.
- SIMONDON, Gilbert. *Du mode d'existence des objets techniques*. Paris: Aubier, 2001.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. 3.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Metafísicas Canibais: elementos para uma antropologia pós-estrutural*. São Paulo: Cosac & Naify, 2015.
- WEBER, Max. *Ensaio de sociologia e outros escritos*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.



WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antigüidade à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

ZANIN, Fabrício Carlos; POLICARPO, Douglas. Direitos humanos como fundamento de uma cultura de paz, cidadania e justiça: desafios brasileiros entre modernidade e pós-modernidade. In: SALATINI, Rafael; PAZÓ, Cristina Grobério; POLICARPO, Douglas (Orgs.). *Justiça e cidadania: reflexões sobre o campo normativo moderno*. Dourados: UFGD, 2014, p.79-114.

ZANIN, Fabrício Carlos. As teorias do desenvolvimento, o modelo de desenvolvimento de Rondônia e a mudança da matriz curricular do curso de direito do CEULJI/ULBRA: análise interdisciplinar. In: MARISCO, Francelle Moreira; LIMA, Teófilo Lourenço (Orgs.). *Direitos fundamentais em Rondônia*. Canoas: Ulbra, 2013, p.33-59.

ZANIN, Fabrício Carlos. *Crise da razão moderna: linguagem em Heidegger, Hobbes e Agamben*. Saarbruken: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

ZARKA, Yves Charles. *La decision métaphysique de Hobbes: conditions de la politique*. Paris: J. Vrin, 1987.

Data de Submissão: 01/12/2018, Data de Aprovação: 12/12/2018

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO

ZANIN, Fabrício Carlos. *et al.* Crises da modernidade e organização técnica do trabalho, do consumo e da cidade. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 1, p. 201-225, jan./jun. 2018. ISSN 2447-6536. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/224>. Acesso em: dia mês. Ano. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i1.224>.



# **PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Avenida Pedro Felipe Duarte, 4911  
Bairro São Sebastião, Guanambi - Bahia - Brasil  
CEP 46.430-000  
Telefone: (77) 3451-8400**