HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL









ORGS.

Aline Regina das Neves Flávia Elaine Soares ferreira Lombardi Marcelo Paiva

©2017 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Aline Regina das Neves, Flávia Elaine Soares Ferreira Lombardi & Marcelo Paiva (Orgs.)

Fernando de Brito Alves (Editor)

Vladimir Brega Filho Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do VII SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Flavio Luiz de Oliveira (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia - Espanha)
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Toledo Prudente Centro Universitário e ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Hermenêutica Constitucional / Aline Regina das Neves, Flávia Elaine Soares Ferreira Lombardi & Marcelo Paiva, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2017. (Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-57-9

1. Hermenêutica Constitucional / Aline Regina das Neves, Flávia Elaine Soares Ferreira Lombardi & Marcelo Paiva. CDU-340.12

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Hermenêutica Constitucional.

340.12

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.



SUMÁRIO

APONTAMENTOS E REFLEXÕES SOBRE O PENSAMENTO DE CARL SCHMITT NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL José Mauro GARBOZA JÚNIOR Maurício de AQUINO	4
AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL Carla Roberta Ferreira DESTRO	21
CYBERSQUATTING: A TUTELA CONSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO DAS MARCAS E O CONFLITO COM O REGISTRO DOS NOMES DE DOMÍNIO Adriano de Oliveira MARTINS Gustavo Pirenetti dos SANTOS	12
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DA FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO Mércia Miranda Vasconcellos CUNHA	8
HOLDING FAMILIAR: GOVERNANÇA CORPORATIVA E MOTIVOS PARA SUA CONSTITUIÇÃO Kleber Luciano ANCIOTO Guilherme Prado Bohac DE HARO	'5
O IPI NA REVENDA DE PRODUTOS IMPORTADOS: QUESTÃO DE (IN)COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA João Otávio Bacchi GUTINIEKI 9)4
UM CONVITE DOS "PELADEIROS VARZEANOS" A UM DOS CRAQUES DA PRIMEIRA DIVISÃO A UM "BATE-BOLA": UMA APRECIAÇÃO CRÍTICA À "TEORIA DA DECISÃO" DE LENIO LUIZ STRECK Marcelo Paiva dos SANTOS Rubens Hess Marins de SOUZA Miguel Régio de ALMEIDA	9

APONTAMENTOS E REFLEXÕES SOBRE O PENSAMENTO DE CARL SCHMITT NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

José Mauro GARBOZA JÚNIOR¹ Maurício de AQUINO²

RESUMO

Dividido em quatro partes, o trabalho pretende tratar, primeiramente, de fazer uma descrição e sondagem do corpo teórico conceitual que é a Hermenêutica, suas categorizações, seus desafios e seus objetivos específicos (1); em seguida, estabelecer, a partir da Hermenêutica, uma hermenêutica jurídica diferenciando-a em *hermenêutica jurídica em sentido estrito* e *hermenêutica jurídica constitucional* (2); em um terceiro momento, buscará dividir certas regiões teóricas – como a Arte como uma condição da Filosofia Genérica, a Estética como um dos ramos da Filosofia, a Inestética como campo autônomo da Filosofia e a Hermenêutica Jurídica como condição do conceito de Direito – em regimes próprios de acordo com sua coesão e interesse internos (3) a partir das contribuições oferecidas pelo pensamento teórico de Carl Schmitt como personagem filosófico conceitual; Ao final, serão tecidas breves considerações finais (4) sobre a temática marcando o compromisso de retomá-la em trabalhos posteriores, sem a pretensão de esgotamento.

PALAVRAS-CHAVE: Carl Schmitt, Arte, Hermenêutica, Filosofia do Direito.

ABSTRACT

Divided into four parts, the work is intended, firstly, to make a description and survey of the conceptual theoretical body that is Hermeneutics, its categorizations, its challenges and its specific objectives (1); Then to establish, from Hermeneutics, a juridical hermeneutic differentiating it in legal hermeneutics in the strict sense and constitutional juridical hermeneutics (2); In a third moment, will seek to divide certain theoretical regions - such as Art as a condition of Generic Philosophy, Aesthetics as one of the branches of Philosophy, Inesthetics as an autonomous field of Philosophy and Legal Hermeneutics as a condition of the concept of Law - in regimes Own according to their internal cohesion and interest (3) from the contributions offered by the theoretical thought of Carl Schmitt as conceptual philosophical character; At the end, brief final considerations (4) will be made on the subject, marking the commitment to resume it in later works, without the pretension of exhaustion.

KEY-WORDS: Carl Schmitt. Art. Hermeneutics. Philosophyof Law.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Postulando que as formas de normatividade conquistaram um relativo estatuto de

Graduado em Ciências Sociais e História pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES, Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Coordenador do Círculo de Estudos da Ideia e da Ideologia – CEII (http://ideiaeideologia.com/). Contato eletrônico: garbozajm@gmail.com.

Professor Adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP – Campus Jacarezinho) atuando nos cursos de licenciatura em História e de mestrado em Ciência Jurídica. Doutor em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP – Campus Assis). E-mail: mauriaquino12@uenp.edu.br

independência sobre aqueles que as criaram, o problema da *exceção* dessas mesmas formas surgiu como a mais fundamental de todas as questões. Os modos de resolução, de legitimação e de conclusão lógica dos sistemas de normatividade não conseguiram, até o presente momento, alçar grandes vôos fora da circunscrição da exceção. O presente texto tem por objetivo apenas tecer algumas considerações em torno desse mesmo tema a partir da apresentação do pensamento do jurista alemão Carl Schmitt (1888-1985) em defesa de um possível campo da *hermenêutica constitucional* derivado de seu arranjo teórico.

Dividido em quatro partes, o trabalho pretende-se tratar de, primeiramente, de fazer uma descrição e sondagem do corpo teórico conceitual que é a Hermenêutica, suas categorizações, seus desafios e seus objetivos específicos (1); em seguida, estabelecer, a partir da Hermenêutica, de uma hermenêutica jurídica diferenciando-a em *hermenêutica jurídica em sentido estrito* e *hermenêutica jurídica constitucional* (2); em um terceiro momento, buscará dividir certas regiões teóricas — como a Arte como uma condição da Filosofia Genérica, a Estética como um dos ramos da Filosofia, a Inestética como campo autônomo da Filosofia e a Hermenêutica Jurídica como condição do conceito de Direito — em regimes próprios de acordo com sua coesão e interesse internos (3) a partir das contribuições oferecidas pelo pensamento teórico de Carl Schmitt como personagem filosófico conceitual; Ao final, serão tecidas breves considerações finais (4) sobre a temática marcando o compromisso de retomála em trabalhos posteriores, sem a pretensão de esgotamento.

2. O QUE É A HERMENÊUTICA, AFINAL?

Alguns dizem que os males do mundo são conseqüências imediatas da polissemia das palavras, como se a cada entidade uma palavra apenas fosse usada como referência. O mundo seria bem mais fácil. Os sentidos atormentam a compreensão e a comunicação intersubjetivas há muito tempo; vale dizer, como relato mítico da construção da identidade ocidental moderna, as passagens bíblicas sobre o episódio da "Torre de Babel" (Gênesis 11, 1-9)³.

Sendo assim, como entender o(s) sentido(s) do vocábulo *hermenêutica*? Assim como as variações lingüísticas dialógicas e diatópicas influenciam consideravelmente aquilo que é recebido como informação de um emissor para um receptor, para o entendimento necessário

É muito curioso como este tema foi apresentado nas sagradas escrituras cristãs, em seu primeiro livro — Gênesis. O primeiro e o último versículos fecham aquilo que, em Hermenêutica, poderia ser apresentado com a categoria de *círculo hermenêutico*: "1. No mundo todo havia apenas uma língua, um só modo de falar."; "9. Por isso foi chamada Babel, porque ali o Senhor confundiu a língua de todo o mundo. Dali o Senhor os espalhou por toda a terra."

do que poderá vir a ser o sentido da hermenêutica, é crucial estabelecer alguns parâmetros simplórios para sua correta recepção nos debates. Em resumo, *o contexto precede os sentidos e significações*.

A já clássica obra de Richard E. Palmer de 1969, *Hermenêutica* (publicada originalmente como *Heremeneutics – Interpretation: Theory in Schleiermacher*, *Dilthey, Heidegger andGadamer*), oferece-nos duas teses pelas quais será importante relevar nesta seção: a) a possibilidade de entender as raízes do vocábulo e b) os tempos pelos quais o campo da Hermenêutica sofreu significativas transformações.

"As raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por 'interpretar', e no substantivo *hermeneia*, 'interpretação'." Isto quer dizer que só uma "exploração da origem destas duas palavras e das três orientações significativas básicas que elas veiculam no seu antigo uso esclarece consideravelmente a natureza da interpretação em teologia e em literatura e servirá no actual contexto de introdução válida para a compreensão da hermenêutica moderno"⁴. Palmer tenta fazer duas considerações relevantes para a construção de um campo filosófico novo próprio, são duas cisões principais: a primeira é a cisão da própria raiz da palavra (entre *hermeneuein* e *hermeneia*), e a outra é a cisão de significado.

Há certo consenso entre os hermeneutas pós-palmerianos de que o campo do saber hermenêutico se guia por três formas, três ações que se relacionariam entre si infinitamente: o dizer, o explicar e o traduzir:

Este processo de "tornar compreensível", associado a Hermes enquanto ele é mediador e portador de uma mensagem, está implícito nas três vertentes básicas patentes no significado de *hermeneueine hermenei*, no seu antigo uso. As três orientações, usando a forma verbal (*hermeneuein*) para fins exemplificativos, significam: 1) exprimir em voz alta, ou seja, "dizer"; 2) explicar, como quando se explica uma situação, e 3) traduzi, como na tradução de uma língua estrangeira.⁵

Hermenêutica como campo de saber que diz, que explica e que traduz, esses são seus desafios e preocupações⁶.

⁴ PALMER, R. E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, p. 23. Ainda, R. E. Palmer adiciona mais algumas informações históricas sobre a remota utilização da hermenêutica: "*Hermeneueine hermeneia*, nas suas várias formas, aparecem inúmeras vezes em muitos dos textos que nos vieram da Antiguidade. Aristóteles no *Organon*considerou que o tema merecia um tratado importante, o famoso *Peri hermeneias*, "Da interpretação". A palavra aparece na sua forma substantiva em "Édipo em Colono", e muitas vezes em Platão. Encontram-se inúmeras formas do termo na maior parte dos escritores antigos mais conhecidos, como Xenofonte, Plutarco, Eurípedes, Epicuro, Lucrécio e Longino. Poder-se-ia consagrar um estudo frutífero ao contexto de cada ocorrência, para determinar em cada caso os matizes de significado;neste capítulo, apenas notaremos a associação das palavras com o deus Hermes, apontaremos três vertentes essenciais do seu significado e sugeriremos algo sobre o seu actual sentido, especialmente no que respeita à intereptação literária e bíblica." PALMER, R. E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, p. 23.

⁵ PALMER, R. E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, p. 24.

Gostaríamos de deixar registradas nas notas de rodapés, três longas citações que R. E. Palmer resume muito bem a situação disso que estamos chamando de segunda cisão da hermenêutica, que dizem respeito,

A segunda tese importante das derivações da obra de Palmer pode ser chamada de *apresentação temporal da hermenêutica de acordo com os autores-referência de suas mudanças*. De acordo com o autor, houve seis tentativas de conceitualização do campo hermenêutico, e, em cada uma delas, um pensador foi responsável por defender sua posição. Palmer expõe nos seguintes termos:

Porque evoluiu nos tempos modernos, o campo da hermenêutica tem sido definido pelo menos de seis maneiras diferentes. Desde o começo que a palavra significou ciência da interpretação, referindo-se especialmente aos princípios de uma exegese de texto adequada. Mas o campo da hermenêutica tem sido interpretado (numa ordem cronológica pouco rigorosa) como: 1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão lingüística; 4) uma base metodologia dos *Geisteswissenschaften*; 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, simultaneamente recolectivos e iconoclásticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos.⁷ (destaque nosso)

Considerando esse panorama proposto por Palmer, a hermenêutica surgiu como metodologia da exegese bíblica. Sua origem remeteria, então, ao trabalho realizado pela erudição rabínica no exercício de interpretação das Escrituras judaicas, a *TaNaKh* (acrônimo hebraico para o conjunto dos textos considerados sagrados na tradição judaica: *Torah*, *Neviim*, *Kethuvim*), denominado *Midrash* (que em hebraico significa interpretação resultante de

respectivamente, às ações do dizer, do explicar e do traduzir. Destaco: "Aqui está novamente a vertente oposta da dialética: o leitor fornece a "expressão" de acordo com a sua compreensão do texto. A tarefa da interpretação oral não é de modo algum uma mera técnica que exprima um sentido totalmente copiado; é uma tarefa filosófica e analítica e nunca pode divorciar-se do problema da própria compreensão. Mais especificamente, "o problema da compreensão", especialmente o da compreensão da linguagem, é intrínseco a toda a 'interpretação literária'. É este problema que constitui o tema da hermenêutica." PALMER, R. E. Hermenêutica. Lisboa: Edições 70, p. 28.; "Todavia, a 'compreensão' que serve de base à interpretação já molda e condiciona a interpretação – é uma interpretação preliminar, mas uma interpretação que provocará toda a diferença (mudança) porque coloca o palco para uma interpretação subsequente. Mesmo quando um intérprete literário se volta para um poema e diz: 'Isto é um poema, vou compreendê-lo fazendo isto ou aquilo', ele já interpretou a sua tarefa e consequentemente já moldou a sua visão do poema. E com o seu método, já moldou o significado do objecto. Na verdade, método e objecto não podem separar-se: o método já delimitou o que veremos. Já nos disso o que o objecto é enquanto objecto. Por este facto, todo o método é já interpretação; é, no entanto, apenas uma interpretação e o objecto, visto com um método diferente, será um objectodiferente." PALMER, R. E. Hermenêutica. Lisboa: Edições 70, p. 33.; "As implicações da terceira orientação do significado de hermeneueinsão quase tão sugestivas para a hermenêutica e para a teoria da interpretação literária como as outras duas. Nesta orientação, 'interpretar' sigifica 'traduzir'. Quando um texto é na própria língua de um autor, o choque entre o mundo do texto e o do seu autor pode passar despercebido. Quando o texto é numa língua estrangeira, o contraste de perspectivas e horizontes não pode ser ignorado. No entanto, como veremos, os problemas daquele que interpreta línguas não são estruturalmente diferentes dos do crítico literário que trabalha com a sua própria língua. Permitem-nos ver mais claramente a situação presente em qualquer interpretação de texto. (...) Esta discussão sobre a origem de hermeneueine hermeneiae as três orientações significativas do seu antigo uso ocorreu no contexto do problema hermenêutico em geral. Assim serve de introdução a alguns dos problemas essenciais e alguns dos conceitos de hermenêutica que aparecerão nos capítulos seguintes. As definições modernas de hermenêutica darão ênfase quer a uma quer a outra orientação do rico manancial de significado existente nas raízes gregas das quais derivou o termo 'hermenêutica'. É bom que o campo da hermenêutica volta constantemente ao significado das três orientações significativas da interpretação como dizer, como explicar e como traduzir." PALMER, R. E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, p. 36-41.

⁷ PALMER, R. E. Hermenêutica. Lisboa: Edições 70, p. 43

investigação).⁸ Para Karen Armstrong, especialista em literatura religiosa, os rabinos consideravam que o "significado de um texto não era evidente em si mesmo. O exegeta tinha de ir a sua procura, porque cada vez que um judeu se confrontava com a Palavra de Deus na Escritura, ela significava algo diferente". Urge ressaltar que a *Midrash* não consistia somente em um trabalho técnico, mas também em um trabalho religioso, com a intenção de atualizar o sentido do texto na prática da comunidade de fé.

Tendo surgido no interior do judaísmo, o cristianismo desenvolveu a sua hermenêutica a partir da *Midrash* rabínica. Para os cristãos, Jesus inaugurou um novo tempo na história da relação entre Deus e a Humanidade. Nele Deus se "Revelou" por completo. A partir dessa concepção cristã se alterava radicalmente a exegese das Escrituras judaicas a partir de então denominadas pelos cristãos como Antigo Testamento (ou Antiga Aliança), sendo os escritos sobre a mensagem de Jesus Cristo (Evangelhos) e sobre as experiências das primeiras comunidades cristãs (epístolas e registros em geral) designados como Novo Testamento (ou Nova Aliança). As cartas de Paulo apresentam as linhas de força e os princípios basilares dessa nova *Midrash* dos textos bíblicos que se consolidará como exegese cristã. Com Paulo inicia-se o complexo trabalho interpretativo bíblico-cristão, desde então objeto da chamada hermenêutica bíblica, de apreender como totalidade, como completude, a variedade histórico-literária do Antigo e do Novo Testamentos com a finalidade teóricoprática de atualização da mensagem religiosa. *In nuce*, segundo a exegeta Maria de Lourdes Corrêa Lima, a hermenêutica bíblica tem se desenvolvido em torno do objeto nuclear da investigação metodológica para compreensão de totalidade das Escrituras do Antigo e do Novo Testamentos em vista da atualização da mensagem cristã a partir de sucessivas aproximações com as situações contemporâneas¹⁰.

A reta interpretação das Escrituras (ortodoxia) passou a referenciar a ação e o controle das autoridades eclesiásticas cristãs. Com isso, as interpretações heterodoxas eram consideradas heresias. No século XVI, as interpretações dissidentes da ortodoxia cristã romana encaminhadas por Lutero e Calvino serão bem-sucedidas e levarão ao chamado cisma do Ocidente: o fim da unidade cristã na Europa continental e insular. O fim da unidade hermenêutica que gera o tempo dos conflitos entre as interpretações católicas e protestantes das Escrituras, tempo de consolidação do método histórico-crítico, cultivado no interior da filologia e ampla e progressivamente adotado e aprimorado pela teologia e filosofia modernas e contemporâneas.

⁸ ARMSTRONG, Karen. *A Bíblia*: uma biografia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p. 81s.

⁹ Ibidem, p. 82.

¹⁰ LIMA, Maria de Lourdes Corrêa. *Exegese Bíblica*: teoria e prática. São Paulo: Paulinas, 2014, p. 15s.

Foi também nesse sentido que o teólogo e filósofo alemão Friedrich Schleiermacher (1768-1834) preocupou-se em sistematizar a sua hermenêutica universal que reuniria as hermenêuticas bíblica, filosófica e jurídica. Postulando que a hermenêutica pretende compreender o que é expresso na linguagem oral e escrita, Schleiermacher elabora um método com duas partes interligadas, a gramatical e a psicológica. O objetivo é a reconstrução do processo criativo do autor, e mesmo de uma compreensão mais aprofundada do processo criativo do que a do próprio autor. A interpretação gramatical aborda a estrutura linguística do texto. A interpretação psicológica visa compreender o pensamento do autor e como ele se manifesta no texto.

Para Schleiermacher, a articulação entre a interpretação gramatical e a interpretação psicológica permitiria romper o impasse do círculo hermenêutico, isto é, da afirmação de que não podemos compreender o todo antes que tenhamos compreendido as partes, mas que não podemos compreender as partes até que tenhamos compreendido o todo. Segundo Schleiermacher o impasse se desfaz porque com conhecimento suficiente da linguagem podemos realizar uma leitura superficial para obter um panorama do texto e, depois, seguir com aprofundamentos¹¹.

Em Wilhem Dilthey (1833-1911) a hermenêutica poderia servir de modelo para a compreensão das ciências humanas. Para ele, urgia descobrir um modelo de conhecimento específico para as ciências humanas, portanto, distinto do modelo das ciências naturais porque as tentativas de Auguste Comte e John Stuart Mill no sentido de aplicar o modelo das ciências naturais às ciências humanas foram desastrosas, evidenciando a especificidade das ciências humanas. Para Dilthey, as ciências naturais "explicam" um fenômeno por meio de sua subordinação a leis causais gerais, sendo que as ciências humanas se preocupam com a "compreensão" dos significados mentais ou espirituais manifestados em sinais externos e empíricos. Considerando que a vida ganha significado na experiência vivida, Dilthey postula a existência de conexões entre as pessoas (por exemplo, o autor e o analista de um texto) por meio das experiências vividas similares. A compreensão hermenêutica implicaria no processo de "transposição" e "reexperiência" dessas experiências vividas pelo hermeneuta em relação ao autor do texto analisado, fazendo uso de mediações do meio e da imaginação.

Com Martin Heidegger (1889-1976) a hermenêutica tem na fenomenologia, entendida como a descrição cuidadosa e sem pressuposições da experiência, o seu ponto de partida. Por meio da fenomenologia seria possível descrever o *Dasein* (termo alemão que em filosofia indicaria a condição do 'ser-aí', do 'ser-no-mundo', da vida fática). Para o filósofo

¹¹ SCHMIDT, Lawrence K. Hermenêutica. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 32.

Lawrence K. Schmidt, em Heidegger a "investigação fenomenológica do ser do *Dasein* é a hermenêutica, uma compreensão interpretativa da existencialidade da existência" A partir dos anos 1950, e até a sua morte em 1976, Heidegger reavaliou seu pensamento sobre o Dasein, atribuindo à linguagem um caráter central na interpretação, entendendo a linguagem como 'casa do Ser', passando a substituir a palavra hermenêutica pelo termo *Ereignis*: "um termo técnico que nomeia sua nova posição original onde os seres vêm a ser através de seus próprios modos e têm seu próprio mundo dependendo da interação entre o Ser e os seres humanos" ¹³.

Hans-Georg Gadamer (1900-2002) desenvolveu a sua teoria da interpretação partindo da descrição ontológica de Martin Heidegger, seu orientador de tese no ano de 1928. Gadamer designa as estruturas prévias da compreensão de Heidegger como preconceitos, alguns legítimos, outros ilegítimos. Os primeiros levariam à compreensão, os últimos não. A compreensão ocorre no interior do círculo hermenêutico, com os preconceitos legítimos de que o texto é coerente e verdadeiro, a concepção prévia da completude que permite reconhecer preconceitos em conflito e assim questionar seus próprios preconceitos. Há uma dialética entre pergunta e resposta, texto e intérprete, linguagem e tempo¹⁴. Por meio desse processo a "compreensão é a fusão de horizontes onde o horizonte do intérprete é expandido para incluir o horizonte projetado do passado"¹⁵.

A hermenêutica proposta por Paul Ricoeur (1913-2005) procura integrar compreensão e explicação, superando o que para Ricouer seria uma falsa dicotomia enfatizada por Dilthey, quer dizer, que a explicação seria algo das ciências naturais enquanto a compreensão seria própria das ciências humanas. Segundo Paul Ricoeur:

A dicotomia entre compreensão e explicação na hermenêutica romântica é simultaneamente epistemológica e ontológica. Opõe duas metodologias e duas esferas de realidade: a natureza e o espírito. [...] Compreender o sentido do locutor e compreender o sentido da enunciação constituem um processo circular. O desenvolvimento da explicação enquanto processo autónomo parte da exteriorização do evento no sentido, que é completado pela escrita e pelos códigos generativos da literatura. Por conseguinte, a compreensão, que se dirige mais para a unidade intencional do discurso, e a explicação, que visa mais a estrutura analítica do texto, tendem a tornar-se os pólos distintos de uma dicotomia desenvolvida. Mas esta dicotomia não vai ao ponto de destruir a dialéctica inicial do significado do locutor e da enunciação¹⁶.

Paul Ricoeur defendeu a dialética entre explicação e compreensão desencadeada por

¹² Ibidem, p. 96.

¹³ Ibidem, p. 124.

¹⁴ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*: v.3: do romantismo até nossos dias. 8.ed. São Paulo: Paulus, 2007, p. 631.

¹⁵ SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 155.

¹⁶ RICOUER, Paul. *Teoria da Interpretação*: o discurso e o excesso de significação. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2009, p. 104-105.

uma hermenêutica da desconfiança, de uma hermenêutica crítica, distanciada, capaz de validar as explicações e suscitar conjecturas considerando o ato de falar como a comunicação de um significado próprio distante das intenções do autor e do público da mensagem. A hermenêutica teria então o objetivo de explicar o significado mais específico e próprio de uma obra ao aplicar o mundo proposto pela obra para a situação real do leitor, que ao se distanciar permite o exercício da crítica, do questionamento.

Panorâmica e retrospectivamente, essas teorias hermenêuticas explicitam a complexidade e diversidade das posições ideológicas, epistemológicas e ontológicas do ato de interpretar. Assim, aliás, é pouco provável a ocorrência de concordâncias gerais sobre uma teoria hermenêutica específica. Indicam, enfim, que a hermenêutica está ligada ao problema humano de compreensão de si e do mundo, em bases histórico-filosóficas, garantindo que as discussões sobre a sua natureza, finalidade e exequibilidade continuem a acompanhar a humanidade ao longo de sua existência.

3. ELEMENTOS DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL: DECISÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

Como parece claro, a Hermenêutica enquanto domínio teórico filosófico não se confunde, de maneira alguma, com o que os juristas comumente chamam de hermenêutica (ou a hermenêutica jurídica). Se fosse possível enquadrar a autêntica hermenêutica jurídica dentro da linha temporal apresentada como a segunda tese de R. E. Palmer, o trabalho hermenêutico jurídico estaria mais próximo das formas e métodos de interpretação bíblicos, seus cânones e a própria noção de que o que "está escrito" (assim como nas sagradas escrituras) tem uma *força vinculante impositiva* e uma *orientação textual* secreta. Ambas as características concentram-se no "fundamento místico da autoridade"¹⁷ tanto do direito quanto dos textos religiosos.

Os elementos da hermenêutica jurídica se articulam em um pleno diálogo entre as

DERRIDA, J. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 21-22. De outro modo também se apresenta nessa chave de leitura a contribuição de Konrad Hesse ao que o movimento constitucionalista e a teoria do direito contemporâneos vem a chamar de *forma normativa da constituição*. Destaco: "se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. [...] Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas." HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

dimensões da Decisão, da Interpretação e da Aplicação do direito (sem contudo se vincular necessariamente com as indicações apresentadas na seção anterior). Decidir implica reconhecer certos dispositivos e alinhá-los de forma coerente com parâmetros ou balizas préestabelecidas, é um exercício de re-posição, de constante re-posição. Interpretar implica analisar e produzir sentidos segundo certas peças estabelecidas de acordo com instâncias e instituições bem determinadas, é um trabalho de ex-posição. Aplicar é imprimir no seio estatal recomendações e ordens para que tanto todo o aparelho as execute quanto as interprete, é uma forma de de-posição.

O tripé jurídico da hermenêutica jurídica não deve ser confundido com as proposições teórico-metodológicas do grande Campo da Hermenêutica em nenhuma de seus seis exemplos¹⁸.

Essas duas zonas de autonomia (a autonomia perante cada dimensão do agir e a autonomia perante a Hermenêutica) necessitam se fortalecer para que haja uma garantia de não perturbação de um campo ao outro. Enquanto o campo do aplicar ficar restrito às atividades do interpretar ou do decidir, o desvio de sua função provoca o vazio de sua existência, resultado na imposição (muitas vezes não democraticamente válida) de certas operações excepcionais. O mesmo acontece para os outros campos. O cuidado com a fineza de cada instrumento, o seu porquê de existir juntamente com a observância democrática já seria o melhor dos programas jurídicas para todo ordenamento que se pretenda legítimo e democraticamente operacional. Mas infelizmente não é dessa maneira que as cartas estão dadas.

Há tempos a matriz teórica mundial passou por mudanças estruturais que alteraram sua configuração consideravelmente¹⁹. Temas nunca antes abordados aparecem agora com uma força e um vigor incomparáveis, motivações de toda natureza consolidam decisões de todas as espécies, e a identidade das escolas tradicionais do direito global pouco a pouco

¹⁸ Apesar de não se confundir com nenhum dos seus seis exemplos, poderíamos destacar certa proximidade forçada entre a hermenêutica jurídica e os dois primeiros casos elencados por Palmer, quais sejam, os da "teoria da exegese bíblica" e da "metodologia filológica geral". Vale destacar também que, no caso brasileiro, há uma tentativa de incluir nos debates contemporâneos as outras acepções da Hermenêutica em uma tentativa ousada de revolucionar os estudos hermenêuticos jurídicos de uma vez por todas. Não é preciso dizer que ainda muitas barreiras são encontradas na implementação desse programa.

¹⁹ Destaco: "Nos últimos quarenta anos assistimos a uma dissolução progressiva das escolas e correntes consolidadas, e em decorrência disso já não é muito útil, por exemplo, a distinção clássica entre jusnaturalismo, juspositivismo e realismo jurídico, que por muito tempo permitiu que nos orientássemos entre as posições dos diversos autores, mesmo que de maneira às vezes um pouco esquemática e forçada. (...) Outra característica do debate filosófico-jurídico contemporâneo é a notável ampliação do âmbito temático: ao lado das problemáticas tradicionais — que vão da teoria da justiça à ciência jurídica, da teoria da norma à teoria do ordenamento — o filósofo do direito está hoje cada vez mais empenhado em tratar de questões específicas, que o aproximam do filósofo moral, do filósofo político, do profissional de informática, do médico, do sociólogo." FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2006, p. 1-2.

começam a minguar. Tudo virou estrangeirismos, não há produções locais para problemas diretamente locais, e nesse embalo a hermenêutica jurídica acaba confundindo suas coordenadas como os outros domínios que envolvem o jurídico. É o momento da vulgarização do direito, uma verdadeira emergência do *argumentative turn* no sentido mais comum do termo (a argumentação aqui suplantou todas as três ações pelas quais a hermenêutica jurídica se nortearia).

Se o Direito acompanha as mudanças da sociedade, essa constatação não poderia ser outra senão a de que a mudança estrutural no modo das relações sociais em suas infinitas variáveis (aproximadamente durante as décadas de 60 e 70 tanto na Europa ocidental e Estados Unidos quanto nos países periféricos e emergentes como é o caso do Brasil) abalou o modo de execução do próprio direito. A produtividade em larga escala, a velocidade em que as informações são transmitidas, a relativa ascensão social desembocaram no direito na judicialização excessiva em todos os temas, transformou a velocidade do Judiciário com o "plano de metas", além da atenção aos novos sujeitos de direito, de relações jurídicas e de ações judiciais propriamente.

Nesse movimento, justifica-se retomar criticamente os usos e os significados atribuídos ao pensamento de Carl Schmitt. É o que se abordará adiante partindo da categoria analítica de "personagem filosófica" aplicada aos estudos de teoria do direito e de filosofia do direito visando lançar luzes sobre alguns aspectos conceituais dos trabalhos de Schmitt no horizonte do pensamento hermenêutico constitucional.

4. CARL SCHMITT, PERSONAGEM FILOSÓFICA E HERMENEUTA CONSTITUCIONAL

Ao longo da história do pensamento jurídico, são tantas as classificações quantos aos atores que as classifica, *a compulsão a classificação* parece fazer parte geneticamente da vida do Direito. Idealistas e realistas, materialistas e imaterialistas, "socialistas" e naturalistas, voluntaristas e deterministas, todos caminham de par em par para a Arca do Direito. Além das delimitações usuais do recorte histórico marxista vulgar da história dos modos de produção (Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna, Idade Contemporânea) o recorte espiritual entre ocidental e oriental, o recorte regional europeu entre filosofia alemã, filosofia inglesa e filosofia francesa –, entre tantas outras. Há de se defender que no campo jurídico, os embates a respeito das escolas e das tradições funcionam com um regime um tanto semelhante.

Se o jurídico é um ramo da filosofia, o acessório segue o principal. Se se afirmar o jurídico como um campo de experiências não subordinados a qualquer outra forma de registro

teórico (caso defendido por nós), pode-se ver singelas semelhanças. Na esteira das classificações, Alysson Mascaro didaticamente apresenta o que ele chama de *os três horizontes da filosofia do direito* nos seguintes termos:

Proponho uma classificação da filosofia do direito contemporânea em três grandes vertentes, de tal modo que os principais eixos e horizontes da reflexão jusfilosófica estejam plenamente contemplados. É certo que cada filósofo é uma filosofia, e estuda-los em conjunto, com alguma organicidade e sistematicidade, é abdicar da posição única e soberana de cada qual. Mas, a benefício da compreensão didática, as posições filosóficas conseguem ser dimensionadas a partir de alguns referenciais teóricos.²⁰

Essas três grandes vertentes moldam toda e qualquer formulação sobre a natureza da normatividade *jurídica*, essas três possibilidades balizam as opções e convencionalidades da escolha do jurista sem as quais não há ao menos um indício do que poderia ser esta normatividade. Esmiucando os horizontes, Mascaro continua ilustrando-os:

Por sua vez, se tomarmos pela originalidade de seus teóricos *juristas*, a filosofia e a teoria geral do direito têm os seus momentos mais paradigmáticos e simbólicos em *Hans Kelsen*, pela via juspositivista, em *Carl Schmitt*, pela via não juspositivistadecisionista, e em *EvgeniPachukanis*, pela perspectiva crítica marxista. E, de fato, Kelsen, Schmitt e Pachukanis são os três mais originais pensadores dos três grandes caminhos filosóficos do direito do século XX. Não não sincréticos nem apoiados em posições mistas. São o extrato mais puro das três visões mais distintas possíveis do direito.²¹

Como todo sistema filosófico, os personagens encenam seus papéis para dizer aquilo que o autor sempre quis ter dito, eles falam por ele, ou seja, eles se emprestam para o filósofo momentaneamente para exemplificar, na prática, aquilo pelo qual certa filosofia está se debruçando. Esse plano de preocupações ligadas diretamente à vida material concreta é chamado por Deleuze de *plano de imanência*. Cada nome está localizado em um plano de imanência de um "dono", de um filósofo que o usou para tirar dali alguma lição e poder criar novos conceitos. Nas palavras de Deleuze:

Os personagens conceituais têm este papel, manifestar os territórios, desterritorializações absolutas do pensamento. Os personagens conceituais são pensadores, unicamente pensadores, e seus traços personalísticos se juntam estreitamente aos traços diagramáticos do pensamento e aos traços intensivos dos conceitos. Tal ou tal personagem conceitual pensa em nós, e talvez não nos preexistia.²²

²⁰ MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2014, p. 310.

²¹ MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2014, p. 313.

²² DELEUZE, Gilles. *O que é a filosofia?*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 84. Destaco ainda o longo trecho apresentado por Gilles Deleuze: "Pode acontecer que o personagem conceitual apareça por si mesmo muito raramente, ou por ilusão. Todavia, ele está lá; e, mesmo não nomeado, subterrâneo, deve sempre ser reconstituído pelo leitor. Por vezes, quando aparece, tem um nome próprio: Sócrates é o principal personagem conceitual do platonismo. Muitos filósofos escreveram diálogos, mas há perigo de confundir os personagens de diálogo e os personagens conceituais: eles só coincidem nominalmente e não têm o mesmo papel. O personagem de diálogo expõe conceitos: no caso mais simples, um entre eles, simpático, é o representante do autor, enquanto que os outros, mais ou menos antipáticos, remetem a outras filosofias, das quais expõem os conceitos, de maneira a prepará-los para as críticas ou as modificações que o autor lhes vai impor."DELEUZE, Gilles. *O que é a filosofia?*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 78.

Fazer o uso dos personagens conceituais (ou personagens filosóficos) é um ato pouco usual para a teoria jurídica, tanto porque sua capacidade pragmática é extremamente mais importante (quando o assunto são os resultados), tanto porque as letras jurídicas se mostram com certo ar de sacralidade que dificilmente podem ser rompidos com a ficção literária ou exercícios filosóficos abstratamente elaborados.

Como uma condição tanto do direito quanto da filosofia, a Arte (com letra maiúscula), nada mais é que *a experiência das singularidades que busca galgar espaços universais*. Essa pretensão de universalização pode ser elevada à condição de comum através da hermenêutica. No caso de um possível horizonte jurídico, a noção de elementos universalizáveis (previsão de condutas, ações, instauração de instituições e compartilhamento de regras sociais semelhantes e válidas aceitas por todos) a partir de experiências singulares (a produção de normas, a ação política, a resistência civil, etc.); aproximadamente, corresponde ao segundo horizonte proposto por Alysson Mascaro sob *a representação do jurista alemão Carl Schmitt como o personagem filosófico oficial da hermenêutica constitucional*.²³

A pessoa concreta que viveu quase cem anos em uma Alemanha que não parou de se transformar não pode ser confundida com as mais variadas formas pelas quais sua representação como personagem apareceu nas propostas oferecidas pelos filósofos. É possível dizer que os clássicos, os grandes pensadores, sempre, de alguma forma, foram objeto de interpretações que fizeram dele um personagem como tantos outros. No caso de Schmitt, não é diferente.

O projeto de restaurar os compromissos firmados da Modernidade de Jürgen

²³ Envolve o direito com a política nos moldes tratados da filosofia política. Apesar de termos defendido o fim e a neutralização da filosofia política, vale a pena dizer que este é ineficaz quando vista do ponto de vista da Filosofia. Quando se trata de embate política das micropolíticas e da governança, é quando a política trata da política é que entre este tipo de regime filosófico. A contribuição do decisionismo de Carl Schmitt é esta: mostrar o realismo da política jurídica como campo independente nos quais as relações de poder estão abertas e em disputa. O realismo do segundo horizonte da filosofia do direito nos ajuda a compreender a micropolítica inserida na vida cotidiana jurídica, é um direito misto com política (com ciência ou filosofia política) que envolve os atores e as circunstâncias numa espécie de jogos de decisões. Esse horizonte nos oferece a possibilidade da investigação sobre as ações práticas que envolve certas instituições tendo como fundamento a *ordem* regulativa das relações socialmente existentes. Para tanto, é preciso alegar que: a) Carl Schmitt é o autor de suma importância para o debate mencionado acima; e b) adentramos aqui no que havíamos dito no primeiro capítulo sobre o momento em que a própria condição da filosofia se torna uma maneira de fazer filosofia, chegando a conclusão de que o realismo jurídico é o conjunto de operações quando o jurídico finalmente encontra a si mesmo – evidente que essa não é a nossa posição mas esse caso merece destaque dadas as circunstâncias e os limites desses arranjos investigatórios. Pode-se falar em uma política jurídica. Destaco o trecho a respeito de Schmitt e o Estado: "O Estado paira sobre o direito, e lhe é superior. O poder está acima da norma jurídica. O Estado é maior que as normas jurídicas. A exceção é o elo entre o poder soberano e o direito. o direito não se revela numa unidade, como um dado monístico, puramente normativo. Ao contrário da pureza proposta por Kelsen, Carl Schmitt 'existencializa' o direito, exprimindo-o num todo situacional." MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2014, p. 417.

Habermas, em vários momentos de sua obra, encontra-se com a incisiva sentença schmittiana de que não há humanismo suficientemente forte no mundo que consiga reabilitá-los, a menos que seja por uma imposição soberana, uma decisão a partir da exceção. Por essas e outras questões, Habermas tece fortíssimas críticas ao pensamento de Carl Schmitt, fazendo que o personagem conceitual torne-se vil e repressivo²⁴.

Quando a questão é o "paradoxo da soberania", Giorgio Agamben evoca o pensamento schmittiano para construir seu paradigma teórico de *poder soberano*. Ao assumir para si as teses do autor alemão, Agamben escancara os limites quase infindáveis da força/imposição daquele que pode decidir sem subordinar-se. Sua relação com Carl Schmitt é relativamente ambígua – ora está do seu lado para fortalecer suas bases teóricas, ora o atinge com suas próprias considerações apresentando seu lado traumático²⁵.

Outro personagem apresentado faz parte da recepção do pensamento de Schmitt pela esquerda pertencente à democracia radical que tem seu início em 1985 com a obra *Hegemonia e estratégia socialista* de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe, passando por *O regresso do político* (1993) e *Sobre o político* (2005). O que estava em jogo naquele momento era a construção de novas possibilidades institucionais de salvamento do espectro esquerdista no contexto institucionalizado, uma vez que a possibilidade radical de uma revolução estava longe de acontecer no momento mesmo que a *práxis* conservadora e liberada ganhava, de

^{24 &}quot;Desde que as teses de Carl Schmitt passaram a ser reconhecidas, essa figura de pensamento, que é antihumanista, influenciou a mentalidade de intelectuais alemães, tanto de direita como, infelizmente, de esquerda. Esses intelectuais gostariam de banir completamente da política argumentos morais e do direito das nações, porque não conseguem descobrir neles mais do que um mascaramento racionalista da pura e simples auto-afirmação, que no fundo é existencialista. Após a Guerra do Golfo revive entre nós esse falso concretismo da comemoração jovem conservadora de uma força esteticizada, de uma grandeza auratizada, de um carisma político." HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 32. Jean-François Kérvegan expõe muito bem o contexto do enfrentamento Habermas-Schmitt: "(...) a formulação mais exata e mais elaborada da ética liberal da discussão pode ser encontrada num pensador que, se leu atentamente Carl Schmitt, apresenta-se como o adversário mais resoluto de toda forma de decisionismo: Jürgen Habermas. Sem dúvida, não é exagerado reconhecer na sua ética comunicacional o desenvolvimento sistemático daquilo que Schmitt apresenta como o próprio coração do liberalismo." KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt. O político entre a especulação e a positividade*. 2006, p. 133.

²⁵ Quando, em março de 1933, coincidindo com as celebrações pela eleição de Hitler como chanceler do Reich, Himmler decidiu criar em Dachau um "campo de concentração para prisioneiros políticos", este foi imediatamente confiado às SS e, através da *Schutzhaft*, posto fora das regras do direito penal e do direito carcerário, com os quais, nem então e nem em seguida, jamais teve algo a ver. Malgrado o mutiplicar-se de circulares, instruções e telegramas frequentemente contraditórios, com os quais, após o decreto de 28 de fevereiro, tanto as autoridades centrais do Reich como aqueles de cada *Länder* procuraram manter a atuação da *Schitzhaft* na mais completa indeterminação possível, a sua absoluta independência de todo controle judiciário e de toda referência ao ordenamento jurídico normal foi constantemente confirmada. Segundo as novas concepções dos juristas nacional-socialistas (na primeira linha entre eles, Carl Schmitt), que indicavam como fonte primária e imediata do direito o comendo do *Führer*, a *Schutzafht* não tinha, de resto, nenhuma necessidade de um fundamento jurídico nas instituições e nas leis vigentes, mas era "um efeito imediato da revolução nacional-socialista" AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, 176.

pouco em pouco, mais cadeiras nos mais variados setores da administração pública. A estratégia, então, seria forçar uma leitura de Schmitt como fundador da pequena política cotidiana, um intérprete que conseguisse identificar seus adversários em um projeto no qual as instituições democráticas com a participação popular funcionassem realmente²⁶.

Mas, afinal, por que Carl Schmitt é tão debatido e controverso?

Se a construção do personagem Carl Schmitt poderia contribuir para que a hermenêutica jurídica consiga alinhar novamente seus corpos teóricos (re-posição, ex-posição e de-posição), a sua figura também seria emblemática para que outras questões (a questão política primordialmente) pudessem ao menos entender em que espectro teórico se está falando. Muitos de suas célebres sentenças aparecem sem, no entanto, que a sua *força normativa de contextualização* seja efetivada.

Cinco sentenças polêmicas deveriam ser apresentadas como projetos para que a hermenêutica jurídica constitucional pudesse resolvê-las na medida exata de suas competências, produto do esforço em trabalhar com o autor Carl Schmitt como um personagem filosófico. Vejamo-las cronologicamente:

a) A primeira frase da obra *Teologia política* (1922) pode abrir um horizonte para os fundamentos *soberanos* dos campos da hermenêutica jurídica: "Soberano é quem decide sobre o estado de exceção. Somente esta definição pode ser justa para o conceito de soberania como conceito limite. Pois conceito limite não significa conceito confuso, como na impura terminologia da literatura popular, mas sim conceito da esfera mais extrema."²⁷;

b) A segunda, retirada de *O conceito do político* (1927-1932) enfatiza a importância da aplicação e interpretação através dos mecanismos burocrático-estatais: "O conceito de Estado pressupõe o conceito do Político. Segundo o uso corrente da linguagem, Estado é o status político de um povo organizado dentro de uma unidade territorial. (...) Todas as características de tal representação – *status* e povo – adquirem seu sentido através da característica adicional do político e tornam-se incompreensíveis quando se compreende mal a essência do político."²⁸;

[&]quot;Considero a recusa de muitos teóricos democratas em se envolver com o pensamento de Schmitt por razões de ordem moral como típica da tendência moralista que é caracterizada do *Zeitgeist*pós-político. Na verdade, a crítica dessa tendência está na essência de minha reflexão. Uma das teses centrais deste livro é que, contrariamente àquilo que os teóricos pós-políticos querem que acreditemos, o que testemunhamos atualmente não é o desaparecimento da dimensão antagônica do político, mas algo diferente. O que acontece é que hoje em dia o político é joga para a *esfera moral*. Em outras palavras, ele ainda consiste numa dicotomia nós/eles, porém, em vez de ser definido por meio de categorias políticas, o nós/eles agora é estabelecido em termos morais. No lugar do conflito entre "direito e esquerda", vemo-nos diante do conflito entre "certo e errado". MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p, 4-5.

²⁷ SCHMITT, C. *Teologia política*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006, p. 7.

²⁸ SCHMITT, C. *O conceito do político*; *Teoria do* Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 19. Destaco ainda sua breve resposta ao conceito de político: "A publicação sobre o Conceito do Político é uma tentativa de satisfazer às novas questões e não subestimar nem o desafio (*challenge*) nem a provocação. Enquanto a exposição sobre Hugo Preuss (1930) e os tratados *O Guardião da Constituição* (1931) e *Legalität und Legitimität* (Legalidade e Legitimidade) (1932) examinam a nova problemática intra-estatal e de Direito constitucional, encontram-se, agora, temas relacionados à teoria do Estado com temas de Direito internacional interestatal; não se trata apenas da teoria pluralista do Estado – ainda totalmente desconhecida na Alemanha daquele tempo –, mas também da Liga das Nações de Genebra. A publicação é uma resposta ao desafio de uma situação intermediária. O desafio que dela mesma parte, é direcionado, em primeiro lugar,

- c) Em *Teoria da constituição* (1928), as concepções absoluta, relativa, positiva, ideal da Constituição: "A palavra 'constituição' reconhece uma diversidade de sentidos. Em uma acepção geral da palavra, todo, qualquer homem e qualquer objeto, qualquer estabelecimento e qualquer Associação, encontra-se de alguma maneira em uma 'constituição', e todo o imaginável pode ter uma 'constituição'. (...) se se quer chegar a uma inteligência, é preciso limitar a palavra 'constituição' à Constituição do Estado, isto é, da unidade política de um povo. Nesta 'delimitação' pode se designar ao Estado mesmo, ao Estado particular e concreto como unidade política, ou bem, considerado como uma forma especial e concreta da existência estatal; então significa a situação atual da unidade e ordenação políticas. Mas 'Constituição' pode significar também um sistema fechado de normas, e então designa uma unidade, sim, mas não uma unidade existindo em concreto, mas sim pensada, ideal. Em ambos os casos o conceito de Constituição é absoluto, porque oferece um todo (verdadeiro ou pensado)."²⁹;
- d) A respeito do Guardião das Promessas constitucionais, em *O guardião da constituição* (1931) está presente a tese da defesa dos mandamentos constitucionais por uma instância permanentemente revisora que, em última instância, colocasse em prática harmoniosamente os campos da hermenêutica jurídica: "Os tribunais com jurisdição civil, penal ou administrativa não são, em um sentido preciso, guardiões da Constituição."³⁰;
- e) Por fim, a apresentação do "fundamento primeiro" do poder jurídica no plano internacional em *O nomos da Terra* (1950): "A *terra* é denominada, na linguagem mítica, a mão do direito. Isso aponta para uma tripla raiz do direito e da justiça."³¹

Esses cinco apontamentos polêmicos da vasta obra de Carl Schmitt apresentam as coordenadas iniciais para o projeto de reestruturação da hermenêutica jurídica (especialmente quanto às adaptações para o caso brasileiro), seja por meio do simples diálogos de suas teses, seja por meio do exame dos três campos estabelecidos.

O recurso filosófico utilizado para transformar Carl Schmitt em um personagem filosófico ou conceitual pode trazer novas configurações metodológicas para o uso teórico do

aos especialistas em Direito constitucional e aos juristas de Direito internacional." SCHMITT, C. *O conceito do político*; *Teoria do* Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 11.

²⁹ SCHMITT, C. Teoría de La Constitución. Alianza Universidad Textos. Madrid. España. 2003, p. 29.

³⁰ SCHMITT, C. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 19. Destaco ainda duas passagens nas quais Schmitt tenta argumentar a favor de seus interesses: "O clamor por um guardião e defensor da Constituição é, na maioria das vezes, um sinal de delicadas condições constitucionais. (...) Se nas constituições alemãs do século XIX está previsto um tribunal especial do Estado para a 'proteção judicial da Constituição' ao lado de outras garantias, manifesta-se nelas a simples verdade de que a proteção judicial da Constituição só constitui uma parte das instituições para a proteção e garantia da Constituição e que seria uma superficialidade sumária esquecer, por causa dessa proteção judicial, os limites muito estreitos de toda judicância e os muitos outros tipos e métodos de uma garantia constitucional." SCHMITT, C. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1-15.

³¹ Sobre a tripla raiz do direito e da justiça, o autor continua: "Em primeiro lugar, a terra fecunda abriga em si, no seio de sua fecundidade, uma medida interna, pois a fadiga e o trabalho, as sementes e o cultivo que o homem dedica à terra fecunda são retribuídos de forma justa por meio do florescimento e da colheita. Todo camponês conhece a medida interna dessa justiça. Em segundo lugar, o solo, lavrado e trabalhado pelo homem, exibe linhas fixas, nas quais determinadas partições se tornam manifestas. Elas são sulcadas e inscritas por meio de demarcações nos campos, prados e bosques. Na diversidade das campinas e planícies, dos afolhamentos e pousios, são implantadas e inseminadas. Nessas linhas, tornam-se reconhecíveis as medidas e as regras do cultivo por meio das quais se realiza o trabalho do homem sobre a terra. Finalmente, em terceiro lugar, a terra porta, em seu chão firme, sebes e cercados [Einhegungen], marcos, muros, casas e outras construções que tornam evidentes as ordenações e localizações da convivência humana. Família, clã, tribo e estamento, tipos de propriedade e de vizinhança, bem como formas de poder e de dominação tornam-se publicamente visíveis." SCHMITT, C. O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014, p. 37-38.

direito. Além de se aproximar cada vez mais da filosofia, essa forma de procedimento alinhase também com a questão estética de encontrar mais sentidos onde não se podia perceber. Longe de ter a pretensão de resolver os problemas, esta estratégia foi utilizada apenas como uma defesa, defesa de um pensamento livre que não tem receio de agir e muito menos de encarar as responsabilidades dessa construção.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se encerrar este texto ressaltando-se alguns problemas ou desafios principais do problema colocado na forma geral de apontamentos e reflexões, por tratar-se, como anunciado, de um estudo incipiente cujas questões centrais pretende-se desenvolver e explorar em trabalhos posteriores.

O primeiro deles talvez seja a necessária ruptura imaginária entre o grande campo da Hermenêutica enquanto forma filosófica do pensamento (apresentada neste trabalho a partir de seis exemplos em uma leitura proposta por E. Palmer) e a hermenêutica jurídica em seu sentido mais comum.

O segundo deles é a necessária divisão na própria hermenêutica jurídica em três campos de ação relativamente autônomos – a decisão, a interpretação e a aplicação.

Por fim, como terceiro desafio, a apresentação metodológica do "personagem filosófico" e a defesa do enquadramento do jurista Carl Schmitt nesses termos, além de sua enorme contribuição para os campos da hermenêutica jurídica, em especial ao campo constitucional.

6. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. (Humanitas)

ALMEIDA FILHO, A. *10 lições sobre Carl Schmitt*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. (Coleção 10 lições)

ARMSTRONG, K. *A Bíblia: uma biografia*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

DELEUZE, G. *O que é a filosofia?*.tradução de Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010, (Coleção TRANS).

DERRIDA, J. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARALLI, C. A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios. Tradução de Candice

Premaor Gullo; revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2006.

HABERMAS, J. *Passado como futuro*. [tradutor, Flávio BenoSiebeneichler; entrevistador, MichealHaller]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. (Coleção Biblioteca Tempo Universitário; nº 94; Série Estudos Alemães)

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KERVÉGAN, J.-F. Hegel, Carl Schmitt. O político entre a especulação e a positividade. 2006.

LIMA, M. de L. C. *Exegese Bíblica: teoria e prática*. São Paulo: Paulinas, 2014.

MASCARO, A. L. *Filosofia do direito*. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOUFFE, C. *Sobre o político*. [tradução Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

PALMER, R. E. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70. (O saber da filosofia; 15)

REALE, G.; ANTISERI, D. *História da Filosofia: v.3: do romantismo até nossos dias.* 8.ed. São Paulo: Paulus, 2007.

RICOUER, P. *Teoria da Interpretação: o discurso e o excesso de significação*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2009.

SCHMIDT, L. K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

SCHMITT, C. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, (Coleção Del Rey Internacional, v. 2), 2006.

SCHMITT, C. *Teoría de La Constitución*. Presentación de Francisco Ayala. Primera edición em "Alianza Universidad Textos" 1982. Cuarta reimpresión em "Alianza Universidad Textos". Madrid. España. 2003.

SCHMITT, C. *O conceito do político*; *Teoria do* Partisan. Coordenação e supervisão Luiz Moreira; tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHMITT, C. *O guardião da Constituição*. tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Coleção Del Rey Internacional)

SCHMITT, C. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*. tradução Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de Sá ... [et al.]. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014.

AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Carla Roberta Ferreira DESTRO¹

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a possibilidade de se realizar o controle interno de convencionalidade, pela via difusa e concentrada, no Brasil. O controle internacional já ocorre no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, motivo pelo qual dedica-se à análise prévia do seu funcionamento. A discussão passa necessariamente pela questão sobre o status das convenções internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração o artigo 5°, § 3°, da Constituição Federal e o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal. O objetivo da pesquisa será demonstrar que o controle de convencionalidade realizado internamente pode funcionar como ferramenta eficaz na efetivação dos direitos humanos. A pesquisa baseia-se no método dedutivo, utilizando-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial interna e internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Convencionalidade. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Direitos Humanos. Tratados Internacionais. Convenções Internacionais. Emenda à Constituição.

ABSTRACT

The present article intends to analyze, in Brazil, the possibility of accomplishing the internal control of conventionality made through diffused and concentrated way of reviewing judicial decisions. International form of judicial review already occurs in the Inter-American System of Human Rights, dedicated to the prior analysis of its functioning. The discussion necessarily involves the question about the status of international human rights conventions in the Brazilian legal system, taking into account article 5, paragraph 3, of the Federal Constitution and the current position of the Federal Supreme Court. The objective of the research will be to demonstrate that internalized control of conventionality can act as an effective tool in the effectiveness of human rights. The research is based on the systemic method, using doctrines and case law (jurisprudence) both in Brazilian legal system and internationally.

KEY-WORDS: Control of Conventionality. Inter-American System of Human Rights. Human Rights. International Treaties. International Conventions. Amendment to the Constitution.

1 INTRODUÇÃO

A luta por direitos acompanhou a evolução da humanidade (COMPARATO, 2008). Documentos internacionais importantes contribuíram para a consolidação dos direitos humanos, como a Magna Carta (Inglaterra, 1215), o Bill of Rights (Inglaterra, 1689), a

Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Supervisora de Monografias/TC e Coordenadora dos Núcleos de Direitos Humanos e de Acessibilidade e Acolhimento do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Professora Assistente na Pós-Graduação do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: destropp@uol.com.br.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (Revolução Francesa, 1789), a Constituição Mexicana (1917), e a Constituição de Weimar (1919). Porém, todos os direitos que vinham se consolidando foram esquecidos durante as duas grandes guerras mundiais, principalmente durante a Segunda Guerra Mundial. O extermínio de milhões de seres humanos serviu para demonstrar a importância não só do reconhecimento de direitos, mas da sua garantia e efetivação.

Em resposta aos massacres ocorridos, o principal objetivo pós-guerra foi a criação de normas e mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos. Desse modo, surge a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945. O primeiro documento internacional elaborado e publicado pela ONU foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. A Declaração, com base na dignidade da pessoa humana, elevou o ser humano a sujeito de direitos, devendo ser tutelado por todos, independentemente do país onde ele esteja.

O documento internacional influenciou a elaboração de inúmeras outras legislações internacionais, dentre elas a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assinada em 1969, servindo de referencial inclusive aos países não signatários, haja vista que a Declaração é considerada norma internacional consuetudinária e *erga omnes*.

Os avanços na declaração dos direitos humanos mostram-se evidente, porém, o problema que se apresenta atualmente está nas formas de efetivação dos direitos assegurados nos documentos internacionais. Além dos países que se recusam a ratificar as convenções internacionais, muitos países signatários simplesmente ignoram e descumprem o conteúdo dos documentos.

Para tanto, a preocupação da doutrina e da jurisprudência moderna interna e internacional está em desenvolver mecanismos eficientes para obrigar os Estados ao respeito e implementação dos direitos humanos. Aqui surge o controle de convencionalidade, que pode ser realizado pelos órgãos internacionais (como ocorre no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, através da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos), bem como pelos juízes e tribunais internos (doutrina recente no Brasil).

O controle de convencionalidade funciona como aparato jurídico para efetivação dos direitos humanos, pois permite a análise de compatibilidade entre a lei interna e a convenção internacional de direitos humanos. Havendo incompatibilidade, a lei interna não poderá permanecer eficaz e válida. Portanto, o principal objetivo do controle é fazer prevalecer a norma com maior conteúdo protetivo de direitos humanos.

Não há como tratar de convencionalidade no Brasil sem avaliar previamente a

posição que ocupam os tratados internacionais de direitos humanos na hierarquia de normas brasileiras. A doutrina brasileira se divide nesse sentido, prevalecendo o entendimento de que os documentos internacionais de direitos humanos podem ter dois status. Os ratificados com observância do procedimento previsto no art. 5°, § 3°, da Constituição Federal de 1988 (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004) são equiparados à emenda constitucional, pois são formal e materialmente constitucionais. Os ratificados sem o procedimento especial, são considerados supralegais (estão acima das leis ordinárias, mas abaixo das normas constitucionais), por força do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, ocorrido em 2008 (analisou a prisão civil do depositário infiel).

A doutrina moderna brasileira, liderada por Valério de Oliveira Mazzuoli, entende que todos os documentos internacionais sobre direitos humanos são constitucionais, ainda que não respeitado o procedimento previsto no art. 5°, § 3°, da Constituição, podendo fundamentar o controle de convencionalidade difuso (realizado por juízes e tribunais no caso concreto, em caráter preliminar). O controle de convencionalidade concentrado, realizado no Supremo Tribunal Federal, porém, só poderá acontecer se observado o art. 5°, § 3°, da Constituição Federal (equiparados à emenda constitucional).

Toda problemática apresentada fundamentou o desenvolvimento do presenta trabalho, que se preocupou em analisar aspectos relevantes sobre a convencionalidade, destacando-se o controle realizado internamente.

O trabalho dividiu-se em três pontos principais. O primeiro analisou o status dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, apresentando a evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial, até o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como os reflexos decorrentes. O segundo momento avaliou os aspectos gerais sobre o controle de convencionalidade, abarcando aspectos sobre seu surgimento, consolidação e importância para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Por fim, tratou-se do controle de convencionalidade interno, destacando-se a via difusa e a via concentrada.

O principal objetivo do controle de convencionalidade, conforme já destacado, é a consolidação e a efetivação dos direitos humanos. Diante da constante escusa dos países signatários em cumprir os acordos internacionais, medidas de controle/coerção são necessárias. Buscou-se demonstrar com o breve trabalho a importância da convencionalidade na proteção dos direitos humanos, bem como a viabilidade de sua utilização internamente.

O trabalho desenvolveu-se com o método dedutivo, utilizando-se de pesquisa

2 POSIÇÃO DOS TRATATOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Por muito tempo prevaleceu no Brasil a ideia, apoiada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que a norma internacional, ainda que de direitos humanos, tinha eficácia, após sua aprovação pelo Congresso Nacional, de lei ordinária². Era, portanto, inferior aos dispositivos constitucionais, sendo impossível modificá-los, ainda que as disposições fossem mais benéficas aos seres humanos. Além disso, por estarem no mesmo patamar das leis ordinárias, as disposições internacionais poderiam ser revogadas a qualquer tempo por outra lei ordinária superveniente.

A realidade acima demonstrada passou a ser duramente questionada pela doutrina, que defendia o status constitucional das convenções internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil. A teoria baseia-se no disposto no art. 5°, § 2°, da Constituição Federal: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" ³. Esse é o entendimento de Flávia Piovesan (2012, p. 108):

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

A autora complementa o ensinamento citando o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2012, p. 121):

[...] Como esclarece a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva n. 2, de setembro de 1982: "Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição". O caráter especial vem a justificar o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

Esse é também o entendimento de Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 30-31):

² RE n° 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977.

Fabrício Bittencourt da Cruz (2016, p. 49) esclarece: "A doutrina criticava a tese da hierarquia ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos. Fazia-o com fundamento nas regras do artigo 5°, §§ 1° e 2°, também da CF, segundo os quais "as normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata" e "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Os §§ 1° e 2° do artigo 5° da CF eram, até o advento da EC 45, os fundamentos constitucionais à tese do "Bloco de Constitucionalidade" (PIOVESAN, 2002) e, consequentemente, à mencionada crítica".

Segundo nosso entendimento, a cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no *mesmo grau* hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional.

Além do entendimento defendido por Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli, outros dois posicionamentos são defendidos pela doutrina: a posição supraconstitucional⁴ dos tratados internacionais de direitos humanos (estão acima da Constituição Federal) e a posição supralegal⁵ (estão acima da lei ordinária, mas abaixo da norma constitucional). Apesar de todos os entendimentos relatados, permanecia predominando a tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja a natureza de lei ordinária.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que alterou o art. 5º, para acrescentar o § 3º, com o seguinte texto: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", muitos doutrinadores esperavam que o problema sobre o status dos tratados internacionais de direito humanos fosse solucionado, mas não aconteceu.

Após a EC 45/2004, a doutrina, ao interpretar a inovação constitucional, passou a entender que os tratados internacionais de direitos humanos poderiam ser de duas espécies: lei ordinária, quando não respeitado o novo procedimento do § 3º, do art. 5º, ou, de emenda constitucional, quando respeitado tal procedimento.

Para os doutrinadores que defendiam a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, mesmo antes da EC 45/2004 (por força do § 2º, do art. 5º), o § 3º, do art. 5º não andou bem, pois acabou criando uma hierarquia entre os tratados internacionais de direitos humanos (respeito (ou não) ao procedimento especial previsto na norma), ao invés de conferir-lhes efetividade (afirmando a natureza constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos).

A redação do dispositivo induz à conclusão de que apenas as convenções aprovadas pela maioria qualificada que estabelece teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que traz a possibilidade de alguns tratados, relativamente a essa matéria, serem aprovados sem esse *quórum*, passando a ser (aparentemente) valor de

⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. 0 §2° do art. 50 da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

Tese apresentada pelo Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC n° 79.785-RJ (DJ 22/11/2002): "[...] Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5°, § 2°, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos'.

Para Valério de Oliveira Mazzuoli (2001, p. 40): "essa 'desigualação de iguais' que permite o § 3º ao estabelecer ditas 'categorias de tratados', é totalmente injurídica por violar o princípio (também constitucional) da *isonomia*".

Diante da nova problemática, a doutrina, pensando em evitar um retrocesso na doutrina dos tratados internacionais de direitos humanos, passou a reforçar a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos (materialmente constitucionais), por força do art. 5°, §2°, da Constituição. O art. 5°, §3°, da Constituição traria à norma de direitos humanos apenas o aspecto formal⁶. Nas considerações de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2013, p.174):

[...] quer nos parecer, em análise sistemática do texto constitucional, que atualmente existe uma cláusula de abertura material, a contida no § 2º, apontando que os direitos humanos reconhecidos por tratados internacionais, aprovados sem o quórum especial do § 3º, devem desfrutar do status de norma constitucional, desde que tenham, efetivamente, "substância de direitos humanos", vale dizer, prestem-se à proteção da dignidade humana. Paralelamente, existe uma cláusula de abertura formal, a adotada pelo § 3º, que preconiza a possibilidade do Congresso Nacional atribuir ao Decreto-Legislativo de incorporação de um tratado de direitos humanos um processo legislativo praticamente igual ao Emenda Constitucional, caso em que passaria a deste *status* desfrutar.

A discussão sobre o status dos tratados internacionais de direitos humanos permaneceu até manifestação do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, em 2008. O referido recurso analisou a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, levando-se em consideração o disposto no art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, com a seguinte ementa:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5°, inc. LXVII e §§ 1°, 2° e 3°, da CF, à luz do art. 7°, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal não ser admissível a prisão civil do depositário infiel (salvo na hipótese de dívida alimentar), por força do disposto na Convenção

Este é também o entendimento de Lenio Luiz Streck (2013, p. 824-825): "[...] Com efeito, é explícita a Constituição Federal – em sua redação originária – ao estabelecer, no art. 5°, §2°, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". De pronto, com Piovesan, é necessário dizer que "não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão", que não foi alterada pela EC 45/2004. Do texto constitucional exsurge, assim, a previsão de que as disposições acerca dos direitos humanos fundamentais não podem se esgotar na dicção da própria Constitucional. Os avanços estabelecidos em tratados devem ser incorporados à materialidade constitucional. Mais do que isso, a Constituição recepciona os tratados internacionais, desde que eles não representem retrocesso social".

Americana de Direitos Humanos. Apesar da divergência⁷⁸, prevaleceu a tese de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, quando não submetidos ao procedimento previsto no § 3°, do art. 5°. Segundo voto do Min. Gilmar Mendes:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a **característica de supralegalidade** aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, <u>diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de <u>supralegalidade</u>. (destaque nosso).</u>

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

[...]

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade, "a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central".

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nas palavras de Fabrício Bittencourt da Cruz (2016, p. 50):

Após a decisão do STF no Recurso Extraordinário 466.343, o *gênero* tratado internacional divide-se em *três espécies*: tratados internacionais comuns, tratados internacionais de direitos humanos que não seguiram o rito do artigo 5°, § 3°, da CF, e tratados internacionais de direitos humanos que foram aprovados no molde estipulado por esse dispositivo.

Os tratados internacionais comuns têm nível de lei ordinária; aqueles que, apesar da veiculação de questões afetas aos direitos humanos, não seguirem o rito de emenda à

Importante destacar a posição divergência do pelo Min. Celso de Mello: "Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o "iter" procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição, consoante prescreve o § 3º do art. 5º da Constituição, embora pessoalmente entenda superior a fórmula consagrada pelo Art. 75, n. 22, da Constituição argentina de 1853, na redação que lhe deu a Reforma de 1994. É preciso ressalvar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade". (destaque nosso)

⁸ Carlos Geraldo Teixeira (2010, p. 29) analisa o posicionamento vencido do Min. Celso de Mello: "Em que pese o entendimento do Ministro Celso não ter sido, por ora, o majoritário [...] lança luzes para futuros avanços no entendimento da Corte sobre a efetivação dos direitos humanos reconhecidos pelo Brasil em tratados internacionais, em consonância com os valores axiológicos constitucionais que informam a avançada Carta de 1988 – sobretudo o da dignidade humana, e ajustando-se às concepções que prevalecem atualmente no cenário internacional

Constituição em solo congressual, atingem nível supralegal; os que, tratando de direitos humanos, forem aprovados segundo o rito artigo 5°, § 3°, da CF, têm nível de emenda à Constituição.

Concluindo, prevalece hoje o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, os tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao procedimento previsto no § 3°, do art. 5° terão natureza supralegal (é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos). Nada impede, destaque-se, que sejam submetidos ao procedimento do §3°, do art. 5° e adquiram o status constitucional. Cabe aqui a ressalva de que há forte entendimento divergente defendendo a natureza constitucional desses tratados (seriam materialmente constitucionais), ainda que anteriores à EC 45/2004, com base no § 2°, do art. 5°910. Para essa corrente que defende a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, ainda que anteriores à EC 45/2004, os tratados comuns (outra natureza) estariam no status de supralegalidade.

A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos fundamenta a teoria do controle de convencionalidade, conforme veremos a seguir.

3 ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade ganhou importância com as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diversos foram os casos em que a Corte realizou a análise de compatibilidade das normas de direito interno dos Estados-parte, tendo como paradigma a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, antes de iniciar os estudos sobre a convencionalidade, necessário apresentar algumas considerações sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

3.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Seguindo a onda internacional de proteção dos direitos humanos, os países da

^{9 &}quot;Parece não haver dúvida acerca da natureza constitucional que assumem os tratados internacionais que tratam de direitos humanos fundamentais, isso mesmo em relação aos anteriores à EC 45/2004 (que introduziu o § 3º ao art. 5º), até porque o novo parágrafo padeceria de inconstitucionalidade se excluísse da categoria de direitos fundamentais aqueles decorrentes de tratados anteriores a sua vigência" (STRECK, 2013, p. 824).

¹⁰ Em resumo: *materialmente constitucionais* os tratados de direitos humanos (sejam eles anteriores ou posteriores à Emenda 45) já são, independentemente de qualquer aprovação qualificada; *formalmente constitucionais* somente serão se aprovados pela maioria de votos estabelecida pelo art. 5°, § 3°, da Constituição Federal de 1988 (caso em que serão material e formalmente constitucionais), quando então tornar-se-ão, de *facto* e *de jure*, insuscetíveis de denúncia pelo Presidente da República. No primeiro caso (tratados apenas *materialmente* constitucionais), serão eles paradigma do controle *difuso* de convencionalidade, ao passo que no segundo caso (tratados material e *formalmente* constitucionais), serão ainda paradigma do controle *concentrado* (ou da fiscalização *abstrata*) de convencionalidade [...]. (MAZZUOLI, 2011, p. 68-69).

América, diante de suas particularidades, reuniram-se e assinaram a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1948. Referido documento foi antecedente histórico da Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, que foi assinada em 22 de novembro de 1969. A previsão dos direitos sociais, econômicos e culturais foram introduzidos em 1988, com o Protocolo Adicional de San Salvador.

A Convenção foi subscrita pelo Brasil em 26 de maio de 1992, através do Decreto Legislativo nº 27. A Carta de Adesão junto à OEA foi depositada no dia 25 de setembro de 1992. A Convenção passou a vigorar no Brasil com o Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui dois órgãos principais: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (criada em 1959, portanto, antecedeu a Convenção IDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (criada com a Convenção em 1969).

Será competência da Comissão (art. 41 e seguintes da Convenção), dentre outras, fiscalizar o cumprimento dos dispositivos da Convenção (e também dos demais documentos internacionais de direitos humanos¹¹¹²) e realizar recomendações, após a elaboração de estudos e relatórios, aos Estados-parte, viabilizando a observância dos direitos humanos. Caberá também à Comissão, a apresentação de relatórios anuais à Assembleia Geral da OEA (sobre a situação dos direitos humanos nos Estados-parte).

Sidney Guerra (2011, p. 184-185), ao analisar os ensinamento de Hector Fix-Zamudio, destaca outras funções da Comissão:

- a) conciliadora, entre um governo e grupos sociais que vejam violados os direitos dos seus membros;
- b) assessora, aconselhando os governos a adotar medidas adequadas para promover os direitos humanos;
- c) crítica, ao informar sobre a situação dos direitos humanos em um Estadomembro da OEA, depois de ter ciência dos argumentos e das observações do governo interessado, quando persistirem essas violações;
- d) legitimadora, quando um suposto governo, em decorrência do resultado do informe da Comissão acerca da visita ou de um exame, decide reparar as falhas de seus processos internos e sanar as violações;
- e) promotora, ao efetuar estudos sobre temas de direitos humanos, a fim de promover seu respeito;
- f) protetora, quando, além das atividades anteriores, interferem em caos urgentes para solicitar ao governo contra o qual se tenha apresentado uma queixa que

^{11 [...]} Nesse particular, os Estados que não tenham ratificado a Convenção Americana poderão ser supervisionados e responsabilizados internacionalmente pela Comissão por violação aos direitos humanos previstos na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem". (GALLI e DULITZKY, 2000, p. 62)

^{12 [...]} Atualmente a Comissão pode fiscalizar a situação de países como os Estados Unidos e Canadá com base na Declaração Americana, uma vez que nenhum dos dois países ratificou a Convenção, em contraste com todos os países da América Latina que o fizeram. (GALLI e DULITZKY, 2000, p. 62)

suspenda sua ação e informe sobre os atos praticados.

Destaca-se o disposto no art. 44, da Convenção, pois uma das funções mais importantes da Comissão é a possibilidade de analisar casos de violação de direitos humanos ocorridos nos Estados-parte:

Artigo 44. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

O procedimento para o peticionamento perante a Comissão está previsto nos artigos 46 e seguintes da Convenção. É importante destacar que o caso, em regra¹³, só pode ser apresentado à Comissão após o esgotamento dos recursos previstos na legislação interna (caráter subsidiário do Direito Internacional). Nas palavras de Marcelo Figueiredo (2016, p. 90):

[...] é o Estado o principal defensor dos direitos humanos. Compete a ele proteger as pessoas de tal maneira que, se houver a violação de tais direitos, é o Estado quem deve resolver o assunto no âmbito doméstico antes de responder nas esferas internacionais.

[...]

Desse modo, e em geral, os sistemas de proteção de direitos (humanos) nasceram como um tipo de instância *especial* mediante a qual as pretensões de proteção dos direitos, uma vez esgotados os caminhos legais internos, podem ser suscitadas em face da Comissão Interamericana e, depois, perante o Tribunal, para a solução do problema apresentado.

Os casos poderão ser decididos pela Comissão ou encaminhados para julgamento pela Corte Interamericana (o envio só poderá ocorrer se o Estado-parte aceitou a jurisdição da Corte, conforme art. 62 da Convenção). Os casos só poderão ser direcionados à Corte pela Comissão ou pelo Estado-parte. Não há a possibilidade de peticionamento individual diretamente à Corte.

O Brasil reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Decreto nº 4.463, de 11 de novembro de 2002, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Corte possui função consultiva (emissão de opiniões, visando o fortalecimento dos direitos humanos nos países signatários, art. 64 da Convenção) e contenciosa (funcionando como verdadeiro órgão jurisdicional).

Quanto à sua competência em razão da matéria, a Corte poderá examinar qualquer caso que verse sobre a interpretação ou aplicação das disposições da Convenção Americana. Em outras palavras, a Corte é competente para decidir se houve violação

¹³ Exceção está no próprio art. 46 da Convenção: "2. As disposições das alíneas <u>a</u> e <u>b</u> do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotálos; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos".

a algum dos direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção e para adotar as disposições que julgar apropriadas.

Além disso, a Corte tem competência para determinar a responsabilidade do Estado em relação à violação a outros tratados que tratem de matéria específica [...]. (GALLI, KRSTICEVIC e DULITZKY, 2000, p. 89).

Para Sidney Guerra (2012, p. 347):

[...] o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (e também da Comissão) é bastante relevante no contexto regional principalmente se levarmos em consideração as barbaridades que foram praticadas no continente, especialmente no período recente de golpes militares que corresponderam verdadeiros abusos e denegação de direitos. Antes da implantação desse Sistema de Proteção Regional dos Direitos Humanos, esgotavam-se as possibilidades de se obter reparação de danos por violação aos direitos humanos ao se chegar às Cortes Constitucionais dos respectivos Estados.

Diante do explicitado, é possível notar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é competente para julgar casos de violação de direitos humanos, analisando as legislações internas dos países signatários, levando-se em comparação as disposições internacionais de direitos humanos. Nesta circunstância é que se insere o controle de convencionalidade internacional.

3.2 Conceito e Origem do Controle de Convencionalidade

O controle de convencionalidade, conforme ensinamento de Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 81), tem origem francesa, iniciando-se com decisão do Conselho Constitucional Francês (Decisão nº 74-54 DC), de janeiro de 1975. Em tal decisão, o Conselho entendeu não ser competente para análise de convencionalidade preventiva (o caso pretendia analisar a compatibilidade das leis francesas com a Convenção Europeia de Direitos Humanos), pois não se tratava de controle de constitucionalidade.

Apesar de recentemente inserida nas discussões internas, a convencionalidade não é novidade no direito internacional, pois já utilizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, efetivamente, desde 2003. Nas palavras de Victor Bázan (2011, p. 222):

Tudo indica que foi o hoje ex-Presidente da Corte IDH Sergio García Ramírez, em seu voto concorrente emitido no "Caso Myrna Mack vs. Guatemala", quem, no início desse Tribunal supraestatal, utilizou, pela primeira vez, a expressão "controle de convencionalidade", que traz consigo a jurisdição da Corte (§ 27).

Sidney Guerra (2012, p. 361-362) apresenta a seguinte explanação:

[...] o controle de convencionalidade permite que a Corte Interamericana interprete e aplique a Convenção por meio de um exame de confrontação com o direito interno, podendo este ser uma lei, um ato administrativo, jurisprudência, práticas administrativas e judiciais, e até mesmo a Constituição. É possível, portanto, que um Estado-parte seja condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a revogar leis incompatíveis com a Convenção ou adaptar suas legislações através de reformas constitucionais para que se garanta a tutela de direitos humanos no âmbito do direito interno.

O controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (internacional) não é, portanto, novidade. Trata-se de procedimento que permite a harmonização do direito interno com o direito internacional, buscando-se a efetivação e a tutela dos direitos humanos. Caberá aos países signatários da Convenção e submetidos à jurisdição da Corte (caso do Brasil) respeitar e cumprir decisões proferidas em âmbito internacional.

Iris Saraiva Russowsky (2012, p. 65), ao analisar os ensinamentos de Nestor Pedro Sagués, aponta três fundamentos principais para o controle de convencionalidade: o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais pactuadas (*pacta sunt servanda*), o princípio do efeito útil dos tratados, por meio do qual o efeito das normas internacionais não podem ser afastadas pelo Estado, e, o princípio internacionalista, que impede que o direito interno sirva de alegação para descumprimento do pacto internacional.

Em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos inovou, passando a exigir dos países signatários da Convenção, a realização do controle de convencionalidade interno, através da atuação de juízes e tribunais locais, tudo em nome da efetivação dos direitos humanos. Esta orientação pode ser destacada no julgamento do Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, ocorrido em 26 de setembro de 2006:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹⁴. (destaque nosso)

É relevante destacar que o controle de convencionalidade deverá ser realizado internamente pelos juízes e tribunais tendo como parâmetro não apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também todas as outras normas internacionais de direitos humanos, formando o chamado *bloco de convencionalidade*. As disposições previstas na Convenção Americana não descartam o rol de direitos humanos já consolidados em outras convenções internacionais. De acordo com os ensinamentos de Marcelo Figueiredo (2016, p.

¹⁴ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N. 154. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

84-85):

O objetivo principal da convencionalidade é atribuir aos juízes nacionais a missão de deixar de aplicar regras do direito interno opostas ao Pacto de São José da Costa Rica.

[...]

Além disso, o controle de convencionalidade não se limita a assegurar a primazia apenas do Pacto de São José da Costa Rica, mas também de todos os tratados de direitos humanos ratificados por um Estado. A isso denomina a doutrina de *bloco de convencionalidade*.

O *bloco de convencionalidade* foi expressamente reconhecido em decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*¹⁵, de 24 de novembro de 2006:

2. En la especie, al referirse a un "control de convencionalidad" la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos. (destaque nosso)

Destarte, complementa Sidney Guerra (2012, p. 363):

Como visto, o controle de convencionalidade poderá ser efetuado tanto na esfera internacional quanto no âmbito nacional. Na esfera internacional, *in casu*, o órgão que terá competência jurisdicional para realiza-lo será a Corte Interamericana de Direitos Humanos e se apresenta como uma espécie de "controle concentrado de convencionalidade" pois através de uma sentença judicial proveniente de um caso concreto, seus efeitos geram modificação, revogação ou reforma das normas ou práticas internas em benefício dos direitos da pessoa humana. Na esfera nacional, este controle se dará por intermédio da atuação dos tribunais e juízes internos que terão a competência de aplicar a Convenção em detrimento da legislação interna, em um caso concreto, a fim de proteger direitos mais benéficos à pessoa humana.

Com a exigência apresentada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos de realização do controle de convencionalidade interno, a doutrina brasileira passou a dedicar-se mais atentamente ao estudo do instituto, influenciando os primeiros julgamentos baseados na convencionalidade realizados por juízes e tribunais brasileiros.

¹⁵ Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N. 158. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

¹⁶ Marcelo Figueiredo (2016, p. 89) apresenta a seguinte classificação: "O controle de convencionalidade primário é aquele que é levado a cabo, em primeiro lugar, no campo doméstico dos países. [...] Trata-se aí de um controle difuso feito internamente em cada um dos países integrantes do sistema regional de direitos humanos. Ao seu lado, fala-se em um controle de convencionalidade secundário (concentrado) que é exercido pelo Tribunal regional competente, no nosso caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁷ Cabe destacar, como se verá adiante, que Valério de Oliveira Mazzuoli utiliza tal nomenclatura ao tratar do controle de convencionalidade interno, nos casos em que defende a análise pelo Supremo Tribunal Federal.

4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

De acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 23), considerado o pioneiro no estudo do controle de convencionalidade de Brasil:

Falar em *controle de convencionalidade* significa falar em compatibilidade vertical das normas de direito interno com as convenções internacionais de *direitos humanos* em vigor no país. Significa, também, falar em técnica *judicial* de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos.

O controle de convencionalidade interno se baseia no que a doutrina denomina de *dupla compatibilidade vertical*, ou seja, as normas internas deverão respeitar o disposto na Constituição Federal (sob pena de inconstitucionalidade) e o disposto nas convenções internacionais de direitos humanos assinadas e vigorando no país (sob pena de inconvencionalidade). Essa análise de convencionalidade, como já destacado anteriormente, poderá ser realizada internacionalmente, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou internamente, por juízes e tribunais locais. De acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 117-118):

Para que exista a *vigência* e a concomitante *validade* das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja, a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Portanto, a inexistência da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em controle tanto concentrado quanto difuso de constitucionalidade (nesse último caso, com a possibilidade de comunicação ao Senado Federal para que este – nos termos do art. 52, X, da Constituição – suspenda, no todo ou em parte, os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF), mantém a *vigência* das leis no País, as quais, contudo, não permanecerão *válidas* se incompatíveis com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) de que o Brasil é parte.

Veja-se na explanação acima, que o autor coloca os tratados internacionais de direitos humanos no mesmo nível da Constituição Federal. Segundo esse entendimento, conforme já explicitado, os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, mesmo que anteriores à EC 45/2004. Os tratados internacionais comuns estariam no status de supralegalidade¹⁸.

Entretanto, prevalece o entendimento do Supremo Tribunal Federal que divide os tratados internacionais de direitos humanos em constitucionais (respeito ao § 3º, do art. 5º da Constituição) e supralegais (não passaram pelo procedimento do § 3º). Os tratados comuns permaneceram com status de lei ordinária.

Para Valério de Oliveira Mazzuoli, apenas os tratados com status constitucional

¹⁸ Nestes casos o autor Valério de Oliveira Mazzuoli defende o controle de supralegalidade, ou seja, a análise pelos juízes e tribunais da compatibilidade das leis internas levando-se em consideração os tratados internacionais comuns (sem natureza de direitos humanos).

poderão fundamentar o controle de convencionalidade, lembrando que de acordo com seu entendimento, todos os tratados internacionais de direitos humanos têm natureza constitucional, ainda que não respeitado o procedimento trazido pela EC 45/2004. A diferença estará no tipo de controle de convencionalidade possível, ou seja, os tratados submetidos ao § 3º (material e formalmente constitucionais) poderão fundamentar o controle de convencionalidade concentrado, realizado pelo STF. Os demais, materialmente constitucionais, poderão fundamentar apenas o controle de convencionalidade difuso, realizado por juízes e tribunais.

Cabe aqui um esclarecimento. Numa primeira análise, seria possível concluir tratarse de controle de constitucionalidade, diante do status de emenda à constituição concedida às convenções internacionais de direitos humanos submetidas ao procedimento trazido pelo art. 5°, § 3°, da Constituição Federal. Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 73-74) não entende desse modo e esclarece:

Poderia se objetar trata-se de controle *de constitucionalidade* aquele exercido em razão dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados pela sistemática do art; 5°, § 3°, por ostentarem *equivalência* de emenda constitucional. Para nós, apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle *de constitucionalidade* propriamente dito. Ainda que os tratados de direitos humanos (material e *formalmente* constitucionais) sejam *equivalentes* às emendas constitucionais, tal não autoriza a chamar de controle "de constitucionalidade" o exercício de compatibilidade vertical que se exerce em razão deles, notadamente no caso de o texto constitucional permanecer incólume de qualquer violação legislativa (ou seja, no caso de a lei *não violar* a Constituição propriamente, mas apenas *o tratado* de direitos humanos).

É interessante ressaltar, que há entendimento divergente na doutrina, como Nelson Nery Jr e Georges Abboud (2017, p. 717):

[...] se atendido o § 3º do art. 5º da CF e o tratado passar a valer como texto constitucional, logo, ele se torna parâmetro para o controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado. Em contrapartida, se o tratado sobre direitos humanos for recepcionado, mas não se submeter ao § 3º do art. 5º da CF, ele, em conformidade com a jurisprudência do STF, integrará o nosso ordenamento com caráter supralegal, ou seja, acima da legislação ordinária. Desse modo, admite-se o controle de convencionalidade tendo como parametricidade o tratado inclusive em razão do critério de hierarquia normativa.

Trataremos neste trabalho do entendimento defendido por Valério de Oliveira Mazzuoli, diante da sua inovação. De acordo com seu posicionamento, seria possível duas formas de controle de convencionalidade: o controle difuso e o controle concentrado, ambos admitidos apenas para convenções internacionais de direitos humanos, com natureza constitucional.

O controle difuso de convencionalidade poderá ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. A análise ocorrerá no caso concreto, pela via principal ou pela via de exceção,

produzindo efeitos apenas entre as partes.

Assim o juiz ou o tribunal deve declarar a invalidade, com efeitos inter partes de lei ou ato quando for verificado a sua inconveniência em relação aos Tratados Internacionais, não existindo a figura da "cláusula de reserva de plenário", previsto para o controle de constitucionalidade segundo o artigo 97 da CF. Essa inconveniência deve ser alegado como questão preliminar. (ALVES e OLIVEIRA, 2012, p. 69)

Complementa Iris Saraiva Russowsky (2012, p. 89):

Todos os tribunais devem realizar o controle, sem qualquer autorização internacional, pela via incidental, passando a ter os tratados internacionais (de direitos humanos e gerais), eficácia paralisante, cabendo ao juiz coordenar as fontes internacionais e internas, caracterizando o controle difuso de convencionalidade, que existe no direito brasileiro desde 1988, com a promulgação da Constituição, que em seu art. 105, inciso III, alínea a traz a possibilidade do STJ, julgar em recurso especial, as causas que contrariarem tratados ou leis federais.

Além deste controle realizado pelo Poder Judiciário, deverá ocorrer também o controle por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, que deverão respeitar as normas internacionais de direitos humanos no momento da elaboração de atos e leis¹⁹. Veja-se o exposto por Marcos Souza Alves e Ilzver de Matos Oliveira (2012, p. 69):

[...] os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos que forem ratificados pelo Estado brasileiro, passa a ser de observância obrigatória para o poder legislativo, executivo e judiciário, como, também, as instituições nacionais, não podendo agir contrário ao Tratado Internacional sobre Direitos Humanos, caso contrário poderia ser punido sob pena de responsabilidade.

O controle de convencionalidade concentrado deverá seguir o mesmo procedimento do controle de constitucionalidade concentrado. A análise será realizada pelo Supremo Tribunal Federal, que agora será responsável pela defesa da Constituição Federal (controle de constitucionalidade) e das convenções internacionais de direitos humanos equiparados à emenda constitucional (controle de convencionalidade) ²⁰. Relevante destacar que as ações constitucionais só poderão ser manejadas pelos legitimados constitucionais, elencados no art. 103, da Constituição Federal.

[...] A partir da Emenda 45/2004, é necessário entender que a expressão "guarda da Constituição", utilizada pelo art. 102, I *a*, alberga, além do texto da constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação, como é o caso dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando esse mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos *constitucionalizado* pelo rito do art. 5°, § 3°, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de constitucionalidade/convencionalidade (v.g., uma ADIn) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado. Aparece, aqui, a possibilidade de invalidação *erga omnes* das leis domésticas incompatíveis com as normas dos tratados de direitos humanos. (MAZZUOLI, 2011, p. 147)

¹⁹ Este é também o entendimento de Marcelo Figueiredo (2016, p. 91).

²⁰ Lembrando que este é o entendimento de Valério de Oliveira Mazzuoli. Para parte da doutrina o controle dos tratados internacionais de direitos humanos com status de emenda constitucional seria de constitucionalidade.

Destarte, de acordo com o entendimento acima aventado, a violação de direitos humanos previstos nos tratados internacionais pode ensejar a propositura das ações constitucionais: a ADIn (neste caso Ação Direta de Inconvencionalidade), para invalidar norma infraconstitucional, com efeito *erga omnes*; a ADIn por Omissão (neste caso Ação Direta de Inconvencionalidade por Omissão), para suprir a ausência de lei que viabilize disposição do tratado de direitos humanos; a ADECON (neste caso Ação Declaratória de Convencionalidade), para realizar a compatibilização da norma infraconstitucional com o disposto no tratado de direitos humanos equiparado a emenda; e, a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), para tutela do disposto no tratado internacional de direitos humanos. (MAZZUOLI, 2011, p. 148-149)

O controle de convencionalidade pode acontecer, ainda, em caso de violação dos tratados de direitos humanos equiparados a emenda pela própria Constituição Federal. O entendimento é o mesmo aplicado aos casos em que normas constitucionais violam as cláusulas pétreas da Constituição Federal. Isso porque os direitos humanos ingressariam no núcleo intangível da Constituição. Se tais normas podem ser declaradas inconstitucionais, também poderão ser declaradas inconvencionais.

Assim, todos os mecanismos previstos no ordenamento jurídico brasileiro para tutela dos direitos constitucionais também deverão ser utilizados para tutela dos tratados de direitos humanos. O objetivo maior do controle de convencionalidade interno, pela via difusa ou concentrada, é contribuir para a efetivação dos direitos humanos.

A tese de convencionalidade concentrada, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, é recente e ainda encontra posicionamentos divergentes, não havendo nenhum caso julgamento pelo Tribunal. A convencionalidade difusa já começa a acontecer no Brasil, demonstrando o compromisso do Poder Judiciário em cumprir as exigências da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5 CONCLUSÃO

É evidente a contribuição das duas grandes guerras, principalmente a Segunda Guerra Mundial, para a evolução e consolidação dos direitos humanos. Os abusos e excessos praticados sinalizaram para a necessidade de tutela desses direitos internacionalmente, refletindo na elaboração de documentos importantes, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Também é claro que, após todo o período de evolução da tutela do ser humano, o problema passou a ser o desrespeito e a ausência de efetivação dos direitos.

Neste diapasão, a preocupação dos organismos internacionais, dos sistemas

protetivos regionais e dos estudiosos dos direitos humanos passou a ser os mecanismos para efetivação dos direitos humanos, dentre eles, o controle de convencionalidade, que passou a ser utilizado, inicialmente, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para análise de compatibilidade das leis locais frente à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Não há dúvida de que análise de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contribuiu muito para o fortalecimento da defesa dos direitos humanos na América. Sua atuação, por muito anos inexpressiva, transformou-se em via suplementar recursal, representando uma nova oportunidade aos indivíduos dos Estados-parte de lutar por seus direitos.

Em resposta à nova demanda, exigiu a Corte Interamericana que os Estados-parte também realizassem o controle de convencionalidade interno, por seus juízes e tribunais, funcionando como verdadeiros guardiões dos direitos humanos. Somente em casos excepcionais deverá atuar a Corte Interamericana, de sorte que só analisará determinado caso se o Estado-parte por algum motivo se omitiu.

Destarte, o controle interno de convencionalidade, com a finalidade de realizar a análise de compatibilidade entre a lei interna e as convenções de direitos humanos, começa a tomar corpo na doutrina e no Poder Judiciário brasileiro, sempre com o objetivo de garantir que se prevaleça o norma mais protetiva ao ser humano.

Apesar de toda a discussão, demonstrada no presente trabalho, sobre o status dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, alimentada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, pode-se afirmar que os dois posicionamentos em destaque no Brasil na atualidade confirmam o controle interno de convencionalidade, destacando-se algumas diferenças.

Cumpre relembrar que prevalece na doutrina o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pelo qual os tratados de direitos humanos não submetidos ao procedimento do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, terão natureza supralegal. Os demais, submetidos ao procedimento, serão constitucionais (serão equiparados à emenda constitucional). Assim, os supralegais servirão de parâmetro para o controle de convencionalidade difuso, e os demais, ao controle de constitucionalidade difuso ou concentrado. Os tratados comuns continuam com status de lei ordinária.

A doutrina divergente, comandada por Valério de Oliveira Mazzuoli, pensa diferente. Para estes doutrinadores, todos os tratados de direitos humanos têm natureza constitucional, ainda que anteriores à Emenda 45/2004, com fundamento no § 2°, do art. 5°, da Constituição. A convencionalidade interna seria admitida em todos os casos, com a seguinte particularidade:

os tratados que não observaram o procedimento do § 3º serão apenas materialmente constitucionais, admitindo o controle de convencionalidade difuso, realizado por juízes e tribunais locais; já os tratados com status de emenda à constituição, poderão fundamentar o controle de convencionalidade difuso e o concentrado (realizado pelo Supremo Tribunal Federal), inclusive com o manejo de todas as ações constitucionais (ADIn, ADIn por Omissão, ADECON e ADPF). Os tratados comuns teriam o status de supralegalidade.

A tese de convencionalidade concentrada, apresentada por Valério de Oliveira Mazzuoli é recente e encontra resistência na doutrina, principalmente por conflitar com o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal. Ressalvada toda a resistência, a tese se mostra interessante, pois permite o afastamento de normas violadoras de direitos humanos, com efeito *erga omnes*. Tal resultado não é possível na análise difusa, que atinge apenas o caso concreto, permanecendo a norma violadora produzindo efeitos no país.

De toda sorte, importante destacar a preocupação brasileira com a matéria, reforçando o objetivo maior de toda a discussão que é a busca de mecanismos para validar e implementar a doutrina dos direitos humanos no Brasil e, por via reflexa, no mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; OLIVEIRA, João Victor Mendes de. Defesa dos Direitos Humanos, o Sistema Interamericano e o Controle de Convencionalidade no Brasil. In CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (Director Científico). **Derecho Procesal Constitucional.** Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 17. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BAZÁN, Victor. **O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial.** DPU nº 41, Seção Especial — Doutrina Estrangeira, Set-Out/2011. p. 218-235. Tradução de Paulo Paiva. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1953/1061. Acesso em: 20 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de

septiembre de 2006. Serie C N. 154. Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 21 jun. 2017.

______. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N. 158. Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 21 jun.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. **Cosmopolitismo e Controle de Convencionalidade.** In CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Controle de Convencionalidade. Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabrício Bittencourt da Cruz, Tarcísio Dal Maso Jardim. Brasília: CNJ, 2016.

2017.

DESTRO, Carla Roberta Ferreira Destro. **As limitações das normas internacionais de direitos humanos frente ao direito interno e a comunidade internacional.** 2003. 83 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2003. Disponível em: http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/149/150. Acesso em: 18 jun. 2017.

GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GALLI, Maria Beatriz; KRSTICEVIC, Viviana; DULITZKY, Ariel E. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: Aspectos Procedimentais e Estruturais de seu Funcionamento. In GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

_____. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 32.2, jul/dez. 2012. p. 341-366.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord). **El control difuso de convencionalidad.** Santiago de Querétaro: FUNDAP, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Direito e Ciências Afins. v. 4.

_____. **Curso de Direito Internacional Público.** 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2° do art. 5° da Constituição Federal. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

NERY JR, Nelson; ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. **O Controle de Convencionalidade das Leis: uma análise na esfera internacional e interna.** Revista do CAAP, nº 02, v. XVIII. Belo Horizonte, 2012. p. 61-96. Disponível em:

https://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/viewFile/305/294. Acesso em: 20 jun. 2017.

SCHMIDT, Albano Francisco; LAPA, Fernanda Brandão. **O Controle de Convencionalidade no Brasil: Da Convenção de Viena ao Bloco de Constitucionalidade.** Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, vol. 22, julio-diciembre, 2011. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31407.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. **O Controle de Convencionalidade das Leis pelo Poder Judiciário.** Tratados Internacionais para Proteção de Direitos Humanos Fundamentais e Entidades Responsáveis por Sua Efetivação. DPU nº 33, Assunto Especial – Doutrina, Mai-Jun/2010. p. 7-36. Disponível em: <

https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1745/984>. Acesso em: 20 jun. 2017.

TEIXEIRA, Jônatas Eduardo B.M.; AMARAL, Sergio Tibiriçá. A Corte Interamericana e as Repercussões para o Brasil. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sergio Tibiriçá (Org.). **Sistema Constitucional de Garantias e seus Mecanismos de Proteção.** 1. ed. Birigui: Editora Boreal, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

CYBERSQUATTING: A TUTELA CONSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO DAS MARCAS E O CONFLITO COM O REGISTRO DOS NOMES DE DOMÍNIO

Adriano de Oliveira MARTINS¹ Gustavo Pirenetti dos SANTOS²

RESUMO

Diante da necessidade de promover a cada dia mais a prestação do serviço jurisdicional, em respeito aos princípios constitucionais e a dignidade dos jurisdicionados, o presente estudo tem como objetivo abordar o conflito existente entre o direito sobre a propriedade das marcas e o registro dos nomes de domínio. Em um primeiro momento examina-se o direito das marcas e seus desdobramentos empresariais, bem como os mecanismos para seu registro e proteção constitucional. Em um segundo momento, objetiva-se analisar o surgimento dos nomes de domínio em meio a evolução da Internet no campo comercial/empresarial, de modo que, este novo signo distintivo permitiu um maior alcance de marketing e divulgação das empresas. Para enfim, analisar os conflitos propriamente ditos decorrentes das relações comerciais envolvendo as marcas e os nomes de domínio, sendo o Cybersquatting, uma das formas mais comuns e recentes de concorrência desleal ou parasitária no mundo empresarial. Para tanto, a metodologia escolhida foi de caráter hipotético-dedutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica além de analise jurisprudencial das principais decisões. Assim, é esperado chamar a atenção dos operadores do direito e das empresas para que, de forma mais concreta e efetiva, possam utilizar dos meios disponíveis, tanto judicial como extrajudicial, para protegerem a Propriedade Industrial e solucionarem os conflitos decorrentes dessa relação.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Industrial; Marcas; Nome de Domínio; Patentes; Cybersquatting;

ABSTRACT

In view of the need to promote, on a daily basis, the provision of the judicial service, in compliance with the constitutional principles and the dignity of the courts, the purpose of this study is to address the conflict between the right to ownership of trademarks and the registration of names of domain. Firstly, it examines trademark law and its corporate

Advogado, Administrador Judicial e sócio fundador da AOM Assessoria e Consultoria Empresarial, possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2001), Pós-graduação - Especialização em Direito Empresarial pela Instituição Toledo de Ensino-ITE (2003) e Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2013). É professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM - Graduação em Direito; Professor da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Graduação em Direito; Professor do Curso de Pós-Graduação do Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO; Professor do Curso de MBA em Controladoria e Finanças da Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Tem experiência na área de Direito Empresarial - Reestruturação Societária e Recuperação de Empresa em Crise.

Acadêmico em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEMA e estagiário na AOM Assessoria e Consultoria Jurídica. Atua com ênfase em Direito Empresarial/Comercial, Processo Empresarial e no Direito Econômico. Desenvolveu pesquisa de iniciação científica sobre Economia Política, intitulada, "O Brasil dos Contrastes Econômicos e os Objetivos Fundamentais da República sob a Ótica da Constituição de 1988", orientado pela Professora Mestre Daniela Ramos Marinho, no ano de 2014-2015 e atualmente desenvolve projeto de pesquisa de iniciação científica na área de Direito Empresarial, intitulado "A Função Social da Empresa como Fundamento da Recuperação Empresarial e da Dignidade da Pessoa Humana". orientado pelo Professor Mestre Adriano de Oliveira Martins. Contato:gustavo pirenetti santos@hotmail.com

developments, as well as the mechanisms for its registration and constitutional protection. Secondly, it aims to analyze the emergence of domain names in the midst of the evolution of the Internet in the commercial / business field, so that this new distinctive sign allowed a greater reach of marketing and corporate disclosure. Finally, to analyze the actual conflicts arising from commercial relations involving trademarks and domain names, Cybersquatting being one of the most common and recent forms of unfair or parasitic competition in the business world. For this, the methodology chosen was hypothetical-deductive, using bibliographical research as a source of theoretical observation and jurisprudential analysis of the main decisions. Therefore, it is expected to draw the attention of law and business operators so that, in a more concrete and effective way, they can use the available legal and extrajudicial means to protect Industrial Property and resolve the conflicts arising from this relationship.

KEY-WORDS: Industrial property; Trademarks; Domain Names.; Patents; Cybersquattin;

INTRODUÇÃO

A Evolução da Internet no século XXI trouxe inúmeros benefícios à sociedade e, concomitantemente, aos consumidores e empresários que, viram nas novas tecnologias da informação e comunicação, formas inovadoras de divulgação de seus produtos. Por meio do comercio eletrônico e dos sites de internet, as empresas desenvolveram inúmeros mecanismos de estratégia de marketing e sistemas para alavancarem as vendas, bem como o desenvolvimento da atividade empresarial.

Desta forma, o comércio eletrônico permitiu aos consumidores acesso vinte e quatro horas por dia à loja virtual ao longo da semana, possibilitando maiores descontos nos produtos disponíveis em razão da diminuição dos custos decorrentes da manutenção de uma loja física e de vendedores locais.

Assim, para que a atividade empresarial seja desenvolvida adequadamente, os empresários dispõem de inúmeros instrumentos indispensáveis para sua atividade, isto é, o nome empresarial, que é utilizado para diferenciar os empresários; as marcas, que são utilizadas para distinguirem uma categoria de serviços e produtos ofertados; o estabelecimento comercial, que identifica o ponto onde a empresa se encontra; e, por fim, o nome de domínio, que integra a identificação da página do empresário na rede mundial de computadores.

Neste diapasão, o reconhecimento do produto e do fornecedor por meio da marca e do nome de domínio é fundamental para o desenvolvimento da atividade econômica, a fim de distingui-los dos demais no mercado de consumo.

Ocorre que, diferentemente das marcas, que possuem regulamento próprio; o nome de domínio, embora existam projetos neste sentido, ainda não é disciplinado em lei, o que

enseja discussão entre doutrina e jurisprudência acerca do conflito entre registros de propriedade industrial.

Por esta perspectiva, a evolução da internet no tocante a comercialização de produtos multiplicou os litígios entre registro de marca e registro de nome de domínio, uma vez que se processam em institutos diferentes, e culmina em gerar posições jurisprudenciais contrastantes, razão pela qual se faz relevante o presente estudo.

Para tanto, em um primeiro momento, será analisado o direito sobre a marca e seus aspectos em seara constitucional e infraconstitucional, perpassando pelos períodos históricos e sua evolução neste diapasão, até o reconhecimento da Carta Magna em 1988 e pela Lei nº 9.279/96, que disciplina sobre a propriedade industrial.

Posteriormente, partindo da evolução do comércio eletrônico, buscar-se-á o entendimento do nome de domínio e os procedimentos de registro, bem como o princípio do "First Come, First Served" e suas implicações quanto ao reconhecimento jurídico da propriedade industrial.

Ao final, após análise de conflitos entre registro de marca e nome de domínio, será possível ter uma análise crítica e científica sobre o direito de propriedade industrial, bem como da incidência do princípio do "first come, first served" como sustentação de decisões jurisprudenciais como método de analogia, em razão de inexistência de legislação que pressupõe tais litígios.

O presente estudo utiliza-se do método discursivo hipotético-dedutivo para atribuir, a partir de análise bibliográfica e jurisprudencial, ao direito de propriedade industrial supostamente violado como motivo de discórdia, a relevância jurídica em meio ao contexto comercial eletrônico atual e os processos cada vez mais recorrentes sobre o tema, à luz de princípios, garantias constitucionais, leis infraconstitucionais, doutrina e jurisprudência.

No mais, esta analise teórica e jurisprudencial não tem a pretensão de esgotar o tema em si mesma, pretende-se, pelo contrário, contribuir para as reflexões de modo a obter uma compreensão geral do direito de propriedade industrial, inserindo-a em um contexto atual de recorrentes litígios, cujas soluções ainda são singulares, objetivando a importância do assunto sob a ótica das garantias constitucionais de propriedade e a necessidade de discussão do conteúdo em razão da inexistência de legislação que arranje-o juridicamente.

1. O DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO REGISTRO DA MARCA

Embora exista divergência por parte de alguns doutrinadores sobre a origem do direito industrial, é consenso que o seu marco-início mais importante se deu na Inglaterra em

1623, anos antes, pois, da Revolução Industrial; com a edição do Statute of Monopolies, garantindo ao inventor proteção em certas modalidades de monopólio e impulsionando-o para novas pesquisas e descobertas (COELHO, 2011, p. 150).

No Brasil, a proteção ao inventor é datada do período colonial em 1809, momento em que a Corte portuguesa fugia do exército napoleônico. O alvará baixado pelo Príncipe Regente reconheceu o privilégio da exclusividade ao inventor pelo período de 14 anos para invenções levadas a registro na Real Junta de Comércio (COELHO, 2011, p. 151-152).

Neste sentido, o direito às patentes prevaleceu no Brasil Império, consoante a Constituição do Império, e se estendeu, mais tarde, à proteção da marca com o surgimento da primeira lei brasileira disciplinando o referido conteúdo em 1875 (COELHO, 2011, p. 152).

O avanço do direito industrial no mundo teve participação brasileira, sendo o país um dos pioneiros a adotar legislação específica e signatário desde o princípio da União de Paris em 1883, da qual esculpiu-se princípios da disciplina de propriedade industrial. (COELHO, 2011, p. 150)

Permaneceram-se em institutos separados as invenções e as marcas, com eventuais novas edições, até 1923 com a criação da Diretoria Geral da Propriedade Industrial, órgão responsável a administrar ambas questões de maneira unificada (COELHO, 2011, p. 152).

Neste interim, sobreveio a Carta Magna de 1988, integrando no corpo do artigo 5°, inciso XXIX, a proteção à propriedade industrial, garantindo o privilégio temporário à quem pertença e objetivando o interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico do país. No entanto, a previsão constitucional é sujeita a regulamentação em conteúdo de lei ulterior, que foi promulgada em 1996, sob nº 9.279 (DA SILVA, 2005, p. 277-278).

O Código de Propriedade Industrial de 1996, classificou a marca em três espécies, sendo: de produtos ou serviços, cuja finalidade é distinguir produtos ou serviços idênticos, semelhante ou afins de origem diversa; de certificação, que atestam a conformidade de produto ou serviço perante normas ou especificações técnicas; e coletivas, que buscam identificar produtos e serviços provenientes de membros de determinada entidade (JÚNIOR, 2004, p. 131).

Como bem industrial, em outros termos, ressalta-se que a marca tem função distintiva tanto entre produtos, quanto entre serviços de mesma natureza, a fim de identificar ao consumidor a precedência de eventual objeto de contrato, isto é, pressupõe a sua qualidade; e, ainda, a função publicitária, esta complementar ao aspecto diferenciador. Em razão de sua essência de propriedade, pode ser transmitida a terceiros mediante licenciamento (NEGRÃO, 2011, p. 168-169).

Ademais, enuncia a Lei nº 9.279/96 em seu art. 124, incisos I a XXXIII, um extenso rol de vedações a marcas não registráveis, prevalecendo, pois, o princípio da legalidade, uma vez que será permitido tudo o que não prevê a lei. Neste diapasão, portanto, verificam-se três critérios combinados que possibilitam o registro: a licitude, a novidade e a originalidade (NEGRÃO, 2011, p. 186).

No tocante a novidade relativa da marca, requisito necessário para o registro, a proteção se dá somente ao segmento de produtos e serviços pertinentes ao objeto marcado, com o propósito de evitar a confusão no mercado de consumo, restando a regra conhecida na doutrina como princípio da especificidade (COELHO, 2011, p. 175).

Entretanto, há exceção ao princípio da especificidade, posto que o titular da marca, quando em defesa, requer a atribuição à marca da qualidade de alto renome, que uma vez reconhecida, estende a proteção a todos os ramos da atividade, não ficando restrita a apenas um ou alguns segmentos de produtos ou serviços (COELHO, 2011, p. 176).

Ainda, como já exposto, a marca deve ser original, afastando a possibilidade de registro de marcas já existentes e relativamente conhecidas no exterior, que não tenham sido registradas no Brasil. Esse critério, pois, busca evitar a contrafação de marcas (COELHO, 2011, p. 178).

Superados tais pontos, o procedimento de concessão de registro junto ao INPI consiste, primeiramente, no pedido, podendo ser feito tanto por pessoa natural, quanto jurídica (NEGRÃO, 2011, p. 188).

Posteriormente, o INPI, preliminarmente, analisa a juntada de documentos, que após aprovada, é formalmente protocolado - ato aqui conhecido como depósito -, promulgando-se a publicação em Revista da Propriedade Industrial. A partir de então, inicia-se o prazo de sessenta dias para que oposições legitimadas sejam capazes de impugnar (NEGRÃO, 2011, p. 189).

Findada tal fase, far-se-á o exame das condições de novidade, originalidade e licitude, podendo impor exigência ao requerente e, concluída a análise, decidirá o pedido admitindo ou não o registro da marca (COELHO, 2011 p. 185).

A proteção à marca perdura pelo período de dez anos, contados da concessão de registro, prazo este que pode ser prorrogado por períodos iguais e sucessivos, se requerida a renovação no curso do último ano de vigência, ou dentro dos seis meses posteriores ao termo final de vigência, mediante pagamento de retribuição adicional (JÚNIOR, 2004, p. 135).

A propriedade industrial protegida pelo registro, pois, atende ao disposto no art. 1º, inciso IV da Constituição Federal, que como fundamento do Estado Democrático de Direito

enuncia a livre iniciativa; integrando-a, neste sentido, o art. 170 da mesma Carta Magna, e esculpindo o princípio da livre concorrência em seu inciso IV. Assim, a proteção da marca é prática consoante não apenas ao artigo 5°, inciso XXIX, que disciplina os direitos e garantias fundamentais; como também aos fundamentos da república e aos princípios de ordem econômica; uma vez que é interesse da coletividade e do segmento empresarial afastar qualquer exercício de concorrência desleal, inclusive a eivada de fraude no uso da marca (JÚNIOR, 2004, p. 136-137).

Nesta perspectiva, exercer a livre iniciativa, assente ao sistema constitucional, é ao mesmo passo protegê-la junto aos interesses privados e coletivos, devendo todo empresário abster-se de práticas que a afrontem, sob risco de agressão à própria ordem econômica nacional (JÚNIOR, 2004, p. 137).

No tocante a marca, adquire-se sua propriedade e seus efeitos, logo, mediante o registro obtido no INPI. Entretanto, há ressalva do art. 129, §1º da Lei nº 9279/96:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

§ 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

Por esta perspectiva, buscou o legislador garantir somente àquele investido de boa-fé, requerer o direito de precedência, se usava há pelo menos seis meses, marca semelhante ou afim para produto ou serviço também semelhante ao registrado (BARBOSA, 2005).

Assim, foi adotado pelo Código da Propriedade Industrial o sistema atributivo misto, preservando tanto o direito adquirido pelo registro, como também combinando à pessoa de boa-fé ao direito de precedência de propriedade da marca, observado §1º do art. 129 da Lei 9279/96 (BARBOSA, 2005).

Ocorre, no entanto, com os avanços tecnológicos e a evolução da Internet, um novo elemento imaterial para captação de clientes surgiu e tem adquirido espaço em meio as empresas, é o chamado nome de domínio – popularmente conhecido como endereçamento de sites da internet – e não possui até então uma legislação própria que a regule, o que tem ocasionado conflitos com os outros elementos imateriais do direito de propriedade industrial, isto é, o nome empresarial, o título do estabelecimento e as marcas.

2. O NOME DE DOMÍNIO E O PRINCÍPIO DO 'FIRST COME, FIRST SERVED':

Com o passar dos anos, o desenvolvimento tecnológico tem atingido níveis cada vez

mais elevados. Assim, o período de tempo entre as inovações tecnológicas tem decaído, e cada vez mais, a sociedade e, concomitantemente o Direito, necessitam de regramentos que regulem quaisquer conflitos que possam existir entre antigos direitos e os novos.

Todavia, o avanço legislativo no que diz respeito ao mundo virtual no Brasil ainda é relativamente pequeno, o que impõe ao Poder Judiciário, por meio de decisões e entendimentos jurisprudenciais regular os direitos decorrentes da Rede Mundial de Computadores, isto é, a Internet. (KAMINSKI, 2013, p. 253).

Assim, a Internet tornou-se um dos principais meios de globalização do mundo e, segundo principal definição aceita, entende-se como uma rede mundial e universal que interliga milhões de computadores ao mesmo tempo.

Por meio do endereço "www", os computadores puderam transmitir imagens, vídeos, sons, além de textos que eram integrados a rede. Concomitantemente, houve o surgimento das empresas que proviam o acesso à Internet e permitiam aos usuários interagir, publicar e disponibilizar sites aos outros internautas (PAESANI, 2003, p.05).

Para facilitar o acesso à Internet, os gestores internacionais criaram um endereço alfanumérico que corresponderia a uma série numérica, tornando-se um mecanismo mnemônico, a fim de relacionar os endereços dos websites com a memória dos usuários, de modo que estes se lembrem mais facilmente. (KAMINSKI, 2003, p.245).

Desta forma, surgiu a denominação "nome de domínio" para se referir aos endereços de websites presentes no mundo virtual da Internet, servindo para guiar o usuário a seu destino.

O nome de domínio no Brasil é formado pelos elementos: a world wide web ("www" rede mundial de computadores, naturalmente utilizado), o oab (identifica a pessoa, restritos as instituições ou profissionais liberais) o com ou org ou .gov (que identificam a destinação da unidade), e por último o .br (que identifica o país). (URBANO; LEITE; DE SOUZA, 2015, p.4)

Portanto, o nome de domínio é considerado como um comando-instrução determinado ao computador para que se direcione na rede de Internet. O nome de domínio se consubstancia num endereço que conduz os usuários uns aos outros, permitindo que seja realizado transferências de dados, bem como a sua identificação. É uma numeração única, que permite o acesso apenas aquela localidade virtual. (LABRUINE, 2000, p. 241).

www é um conjunto de padrões e tecnologias que possibilitam a utilização da lntemet por meio dos programas navegadores, que por sua vez tiram todas as vantagens desse conjunto de padrões e tecnologias pela utilização do hipertexto e suas relações com a multimídia, como som e imagem, proporcionando ao usuário maior faculdade na sua utilização, e também de melhores resultados. (CORRÊA, 2000, p. 9.)

Para Fabio Ulhoa Coelho, o nome de domínio adquiriu duas funções ao ser integrado ao regime brasileiro: a) caráter de endereçamento eletrônico, possibilitando a conexão por meio da internet e o acesso aos usuários-consumidores; e, b) caráter de título de estabelecimento, pois o nome de domínio é o que identifica o site/endereço desejado pelo usuário. Razão pela qual, endente Coelho que o núcleo formado pela expressão protegida como marca, não poderia ser registrada como nome de domínio. (COELHO, 2002).

No que tange a natureza jurídica dos nomes de domínio, há profunda divergência doutrinaria que ainda não chegou a um consenso, em razão da não existência de legislação especifica para regulamentação deste direito. O principal direcionamento doutrinário tem se baseado na técnica da analogia, comparando os nomes de domínio com a legislação de proteção marcaria. (KAMINSKI, 2003, p. 245).

Cada país possui seu domínio, e o Brasil é responsável pelo código ".br", sendo este domínio administrado pelo Comite Gestor da Internet (CGI.br), órgão criado em 31 de maio de 1995 pela portaria interministerial nº 147 elaborada pelos ministérios das Comunicações e da Ciência e Tecnologia. Os procedimentos para registro dos domínios estão presentes na Resolução da CGI.br nº 008/2008.³

Atualmente existem dois projetos de lei no Congresso Nacional, ambos com o intuito de regular o registro dos nomes de domínio no Brasil. O primeiro, PL 256 de 2003, visa instituir o devido procedimento para registro dos nomes de domínio e o segundo projeto de lei de 2011 tem o condão solucionar os conflitos empresariais decorrentes de nomes de domínio e marcas, evitando eventuais abusos do princípio do first come-first served que rege o sistema de domínio dos norte-americanos (FGV, 2011, p.119).

O que se observa então, é um ponto em comum entre os órgãos de registro é que todos, em diferentes graus, adotam o princípio first come, first served bases, entendendo-se como "é servido aquele que primeiro solicita", em suma significa dizer que terá prioridade sobre o direito do nome de domínio aquele que primeiro obter o registro, respeitando-se a ordem de chegada e os requisitos estabelecidos pelo órgão competente do Comitê Gestor da Internet, isto é, o Registro.br. (FONTES, 2006, p. 92).

Em razão da não existência de legislação especifica para a temática, fica sob responsabilidade do Poder Judiciário dirimir os conflitos que possam decorrer das relações empresariais envolvendo os signos distintivos. Segue a recente posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que aplica o princípio do "First Come, First Served":

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO. NOME

³ Disponível em: http://www.cgi.br/sobre-cg/definicao.htm Acesso em: 07 de março de 2017.

EMPRESARIAL, MARCA, NOME DE DOMÍNIO NA INTERNET, REGISTRO. LEGITIMIDADE. CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1. A anterioridade do registro no nome empresarial ou da marca nos órgãos competentes não assegura, por si só, ao seu titular o direito de exigir a abstenção de uso do nome de domínio na rede mundial de computadores (internet) registrado por estabelecimento empresarial que também ostenta direitos acerca do mesmo signo distintivo. 2. No Brasil, o registro de nomes de domínio é regido pelo princípio "First Come, First Served ", segundo o qual é concedido o domínio ao primeiro requerente que satisfizer as exigências para o registro. 3. A legitimidade do registro do nome do domínio obtido pelo primeiro requerente pode ser contestada pelo titular de signo distintivo similar ou idêntico anteriormente registrado - seja nome empresarial, seja marca. 4. Tal pleito, contudo, não pode prescindir da demonstração de má-fé, a ser aferida caso a caso, podendo, se configurada, ensejar inclusive o cancelamento ou a transferência do nome de domínio e a responsabilidade por eventuais prejuízos. 5. No caso dos autos, não é possível identificar nenhuma circunstância que constitua sequer indício de má-fé na utilização do nome pelo primeiro requerente do domínio. 6. A demonstração do dissídio jurisprudencial pressupõe a ocorrência de similitude fática entre o acórdão atacado e os paradigmas. 7. Recurso especial principal não provido e recurso especial adesivo prejudicado. (REsp 658.789/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/9/2013)4

Todavia, embora reconhecido o princípio do "first come, first served" em decisões do STJ, este não pode ser utilizado para violação de direitos alheios. Para tanto, o Registro.br – responsável pela administração dos nomes de domínio no Brasil e subordinado ao Comitê Gestor da Internet – criou um sistema para resolução de conflitos envolvendo colidência de nomes de domínio idênticos ou semelhantes denominado Saci-Adm – Sistema Administrativo de Conflitos de Internet (BESER; MENDONÇA, 2010, p. 28).

Assim, com o Saci-Adm, quaisquer controvérsias decorrentes de conflitos entre nomes de domínio sob o regime brasileiro ".br", poderão ser suscitados no órgão competente de seu registro, o Registro.br, e por meio da Saci-Adm serão encaminhados para solução ao sistema administrativo com especialistas próprios em nomes de domínio, conforme regulamento próprio aprovado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, o CGI.br, proporcionando maior celeridade aos conflitos, semelhantemente como ocorre no INPI (BESER; MENDONÇA, 2010, p. 36).

No entanto, por se tratar de um órgão administrativo, este não é competente para processar conflitos envolvendo outros elementos imateriais da propriedade industrial, de modo que, nos casos de conflitos entre os signos distintivos, as empresas e indivíduos tem submetido o conflito à tutela do Poder Judiciário.

Vale ressaltar que, por um breve momento, discutiu-se integrar os nomes de domínio no sistema de proteção das marcas, podendo ser registrado no INPI (MARTINS, 2009, p.68),

⁴ Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/? src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200301688578 Acesso em: 18 de abril de 2017

no entanto, a Jurisprudência tem estabelecido claramente a distinção entre o nome de domínio e a marca, identificando-os como institutos jurídicos diferentes, possuindo natureza jurídica igualmente distinta, razão pela qual, o registro do nome de domínio no INPI é incompatível com sua competência⁵.

Portanto, é atual o entendimento de que o nome de domínio se inclui ao acervo patrimonial dos indivíduos, pois são um bem imaterial de valor econômico, vendidos em conjunto com o estabelecimento das empresas e industrias (ALBRECHT, 2000, p.37), por tais razoes, o titular do nome de domínio, adquire através do seu registro o direito de explorar o bem imaterial, podendo usá-lo como bem entender e até mesmo dispor, reunindo características únicas e inerentes a um direito real. (DANTAS, 2009, 34).

Estamos diante de um direito de propriedade que não possui regulamento próprio e que, pela natureza do campo do direito em que atua, pode conflitar com outros direitos de propriedade, isto é, o mais evidente, o direito sobre a marca. O conflito ocorre quando se registra um nome de domínio cujo núcleo já esteja devidamente tutelado por registro no INPI, e vice-versa, quando o registro de uma marca colide com um nome de domínio já registrado no Registro.br, é o presente estudo para evidenciar os desdobramentos deste conflito existente entre o direito Macário e os nomes de domínio que vem aumentado nos últimos anos.

3. CYBERSQUATTING: O CONFLITO ENTRE A MARCA E O NOME DE DOMÍNIO

Superado a analise isolada dos institutos da Marca e do Nome de Domínio, objetivase a estudar o conflito propriamente dito entre ambos na esfera jurídica. Assim, a lei 9.279/1996, que disciplina as regras que permeiam as propriedades industriais, dispõe em seu art. 129 que:

A propriedade de marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta lei sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Portanto, entende-se que, a propriedade sobre o direito de marca adquire-se pelo registro válido em seu órgão competente, isto é, o INPI, surgindo para o titular do registro o direito de exclusividade sobre o uso, hábil para ser oposto erga omnes.

A marca é regida pelo princípio da especificidade, ou seja, seu uso é limitado aos produtos e serviços sobre os quais foi registrada. Assim, sua aplicação autoriza que exista outras marcas idênticas ou semelhantes desde que sejam produtos e serviços de classes

Acórdão Nº 1436272. 4ª Câmara de Direito Privado. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. Decisão em 07 de janeiro de 2017. p.5

diferentes (OLIVEIRA NETO, 2007, p. 147).

Por outro lado, o nome de domínio é um signo utilizado pelos empresários para identificar um site e divulgação das atividades empresariais, sendo utilizado pelas empresas como um cartão de visita ou exposição de catálogo de produtos online, seu registro é realizado pelo órgão denominado Regristro.br, subordinado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil.

Os primeiros conflitos relacionados a nomes de domínio e marcas são aqueles chamados cybersquatting, o qual consiste no registro especulativo de um nome de domínio correspondente a uma marca para, posteriormente, revendê-lo ao seu titular com lucro (BARBOSA, 2015 p. 173)

É exatamente na classe dos nomes de domínio que se encontra o Cybersquatting, nova pratica que tem gerado inúmeras implicações no mundo jurídico das empresas. O Cybersquatting é uma expressão derivada do inglês comumente utilizada para se referir aqueles que registram ou adquirem um nome de domínio idêntico ou similar a uma marca já existente, sendo esta, notoriamente reconhecida ou de alto renome nacional, para que posteriormente seja realizada sua venda (DANTAS, 2009, p. 39-40).

Embora relativamente novo no Brasil, o Cybersquatting não é um fenômeno novo da Internet, e um dos primeiros casos ocorreu nos Estados Unidos envolvendo a empresa McDonald's em meados de 1993, quando a multinacional resolveu entrar no mundo virtual utilizando um nome de domínio idêntico a sua marca (McDonald's) e se deparou que o nome de domínio pleiteado já encontrava-se registrado por um professor de Boston (DANTAS, 2009, p. 40).

A solução do conflito resumiu-se a um acordo entre as partes onde, a Multinacional de Alimentos pagou ao titular do nome de domínio a quantia de um milhão de dólares, para que fosse realizada a transferência do nome de domínio à empresa McDonald's.

No Brasil, os indivíduos ou empresas que realizam tais práticas ficaram conhecidos como cyberusurpadores, piratas de nomes de domino ou posseiros virtuais. A pratica resumese em adquirir o registro de um nome de domínio igual ou semelhante a uma marca Notória ou de Alto Renome, que em razão de um princípio do "*First come*, *first served basis*", concede ao primeiro que registrar o domínio, o direito de explorá-lo, ainda que semelhante ou idêntico a uma marca pré-existente, por se tratarem de institutos jurídicos distintos com seus próprios órgãos de registro (BARBOSA, 2015 p. 173).

O objetivo dos posseiros virtuais ou cyberusurpadores é utilizar-se do direito de propriedade adquirido pelo primeiro registro do nome de domínio para obrigarem empresas que possuam uma marca ou nome empresarial idênticos e já registrados, a pagarem pela cessão ou transferência da titularidade do domínio, para que, enfim, possam utilizar livremente o endereçamento do site que tanto desejam, "quando os donos das marcas começaram a perceber o poder comercial e o valor de incorporar suas marcas ao nome de domínio, muitas vezes era tarde demais." (EFRONI, 2003, p. 344).

Outro caso semelhante ocorreu no Brasil em meados dos anos 2000, entre a TV GLOBO LTDA e a Rádio Moreira. O conflito ocorreu junto a OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual), onde a TV Globo alegava ter o direito sobre as marcas "Jornal Nacional" e "Globo Esporte", e a Rádio Moreira alegava ter o registro dos nomes de domínio "jornalnacional.com" e "globoesporte.com" (BARBOSA, 2015, p. 175).

A TV Globo comprovou ter o direito sobre as marcas conflitantes e que os nomes de domínio não tinham relação alguma com os serviços fornecidos pela Rádio Moreira, de forma que, o OMPI classificou o registro dos nomes de domínio da Radio Moreira como a pratica de Cybersquatting e concorrência parasitária. (BARBOSA, 2015, p. 175).

Vale ressaltar que, os Nomes de Domínio não possuem uma legislação especifica que os regulem no Brasil, como ocorre com os outros signos distintivos das atividades empresariais e de propriedade industrial, e por tais razoes, os conflitos entre os institutos se intensificam e se agravam. Existem projetos de lei no Congresso Nacional, com o intuito de regular o registro do instituto nome de dominio. O Projeto de Lei 256 de 2003, visa instituir o devido procedimento para registro dos nomes de domínio e um segundo projeto tem o intuito de evidenciar e solucionar os conflitos empresariais decorrentes de nomes de domínio e marcas, evitando eventuais abusos do princípio do "First come, first served basis" que rege o sistema de domínio dos norte-americanos.

Nestes projetos, mais especificamente em seu artigo 7º, consiste algumas restrições ao registro dos nomes de domínio que conflitem com a denominação de pessoas jurídicas e de marcas já registradas nos órgãos competentes, sejam as Juntas Comerciais dos Estados, ou mesmo o INPI.

Até que o referido projeto de lei seja aprovado, cabe a jurisprudência dos tribunais de justiça resolver os conflitos oriundos dos nomes de domínio e as patrícias de cybersquatting ou cyberusurpação, como decidiu o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ricardo Villas Bôas Cueva, no REsp nº 658.789: "A legitimidade do registro do nome do domínio obtido pelo primeiro requerente pode ser contestada pelo titular de signo distintivo similar ou idêntico anteriormente registrado - seja nome empresarial, seja marca". Portanto, ainda que reconhecido o registro do nome de domínio, este pode ser contestado judicialmente por titular de um outro direito.

Seguindo este entendimento, consta relevantíssima decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, num conflito entre marca e nome de domínio, prevaleceu o direito daquele que melhor possuía justo título, conforme trecho do voto do relator:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do sul. Apelação Cível nº 70006173421/2003. Relator Roberto Gesta Leal. [...] Tenho que não assiste razão à apelante. Comprovado está que as duas empresas atuam no mesmo ramo de atividade comercial, qual seja, o comércio de produtos impressos. [...] A apelante consegue demonstrar nos autos que utiliza a marca em seus impressos há bastante tempo, possivelmente há mais tempo que a apelada (fl. 63/65). No entanto, nesse período, nunca diligenciou para regularizar esta utilização, procurando a Junta Comercial, onde está cadastrada com o nome comercial DPP COMÉRCIO DE PAPÉIS, IMPRESSOS E DESIGN GRÁFICO, ou ingressando com pedido de registro da marca no INPI, o fazendo apenas em 24.01.02. Não se pode desprestigiar a diligência da apelada, que primeiro procurou legalizar o uso da expressão "IN PRESS", ao arquivar na Junta Comercial, em outubro de 2001, a alteração contratual do nome comercial, passando a se chamar IN PRESS GRÁFICA DIGITAL LTDA. Além disso, foi a apelada quem primeiro ingressou com pedido de registro da marca junto ao INPI, em 14.02.2001, quase um ano antes do pedido da apelante. [...] Como nenhuma das duas empresas possui a marca registrada junto ao INPI, deve prevalecer o direito daquela que apresenta melhor título, ou seja, impõe-se reconhecer que a apelada apresenta seu nome comercial "IN PRESS" registrado na Junta Comercial desde outubro de 2001. Tal registro possui eficácia pública capaz de determinar o melhor direito da apelada em detrimento da apelante. Não bastasse isso, também foi aquela que primeiro protocolou o pedido de registro junto ao INPI. [...] . Isso porque este é o prazo para o oferecimento de oposições. Se não tomar a providência de se opor ou, melhor ainda, ingressar com seu próprio pedido, no prazo de 60 dias, o registro deve ser outorgado àquele que primeiro o solicitar. Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao apelo para manter a decisão de primeiro grau, bem como negar provimento ao agravo retido.

Observa-se no referido caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que, deve prevalecer o direito daquele que melhor possuir título registrado, razão pela qual, o direito sobre a marca no caso não foi mitigado em razão do registro do nome de domino. Entendeu a autoridade que, merecia maior reconhecimento o direito da empresa que tomou as devidas diligencias para garantir o registro e o direito de uso, não se podendo desprestigiar as diligencias requeridas.

No mesmo entendimento, segue o próximo julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo na resolução do conflito existente entre nome de domínio de internet e marca devidamente registrada no INPI:

Apelação. Direito Empresarial. Domínio na internet. Cancelamento e abstenção de uso. Nome de domínio que coincide com a marca objeto do depósito, pela autora, de pedido de registro no INPI. Acesso ao sítio que automaticamente direciona o internauta à página destinada aos produtos da corré, similares àquele oferecido pela autora e destinados ao mesmo público-alvo. Concorrência desleal caracterizada. Necessidade de cancelamento do registro. Dano moral à pessoa jurídica, embora possível, não caracterizado no caso concreto. Apelo a que se dá parcial provimento. (TJ-SP - APL: 95283920098260068 SP 0009528-39.2009.8.26.0068, Relator: Pereira Calças, Data de Julgamento: 08/11/2011, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 09/11/2011)

A decisão do Tribunal de São Paulo consistiu em considerar prevalente o direito

sobre o registro da marca em detrimento de anterior registro de nome de domínio em razão da ausência de regras avançadas no que se refere às condições para cessão de nomes de domínio. Assim, registrada uma marca, não pode outra empresa industrial, comercial ou de serviços utilizá-la na composição de seu nome comercial, em havendo similitude de atividades (REsp 210.076/RJ).

O que se observa, portanto, é que o Poder Judiciário tem sido o grande centro de resolução de conflitos decorrentes da propriedade industrial, o que tem levado o cancelamento de muitos registros, sejam eles decorrentes de marcas ou nomes de domínio, formalizando o inicio de uma jurisprudência brasileira quanto ao *cybersquatting* (BARBOSA, 2015, P. 115).

Contudo, o presente estudo não pretende apresentar uma solução definitiva para a questão dos conflitos entre marcas e nomes de domínio, posto que nem mesmo os Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores aderiram a uma postura majoritária de entendimento jurisprudencial. O que se pretende é, elucidar os recentes acontecimentos decorrentes dos temas e, concomitantemente, apresentar os conflitos e como o Poder Judiciário tem assumido o protagonismo diante da ausência de regulamentação especifica.

CONCLUSÃO

A criação da Internet e sua evolução ao longo dos últimos anos trouxe inúmeros avanços a sociedade, e muitos se aproveitaram das oportunidades que o mundo virtual proporcionava para ampliar o campo de atuação de suas atividades, sejam elas pessoais, comerciais ou até mesmo industriais.

No contexto empresarial, este novo espaço virtual trouxe inimagináveis oportunidades de acesso e distribuição de informação no comercio virtual, e os nomes de domínio, comumente denominados endereçamentos de sites tornaram-se uma ferramenta poderosa nas mãos dos empresários e comerciantes.

De início, este novo instituto jurídico proporcionou diversas dúvidas quanto a natureza e ao regime jurídico a ser aplicado em si, confundindo-se num primeiro momento com a natureza jurídica das marcas e dos nomes empresarias. No entanto, atualmente, os nomes de domínio garantiram um status de sinal distintivo do comercio, igualando sua natureza ao mesmo patamar que as marcas, nomes empresarias e titulo dos estabelecimentos.

Todavia, a falta de regulamentação própria para os nomes de domínio permitiu que, por interpretação analógica, fosse aplicado os mesmos direitos pertencentes às Propriedades Intelectuais, provendo também a origem de novos conflitos entre os tais direitos já mencionados, isto é, o conflito entre a propriedade de uma marca colidente com a propriedade

de um nome de domínio.

A principal pratica oportunamente extraída deste conflito é o Cybersquatting, sendo uma forma clara de concorrência desleal, consubstanciada em um registro fraudulento de um nome de domínio com o intuito de obter lucros com o prestigio de uma marca alheia renomada. Reconhecendo-se que a simples reprodução não autorizada já enseja prejuízos e danos a imagem das empresas.

Vale ressaltar que, ainda que sem legislação própria para os nomes de domínio, o Órgão Gestor da Internet no Brasil tem criado mecanismos de prevenção destes conflitos que, por meio de uma esfera administrativa, semelhante a arbitragem, tem auxiliado o Poder Judiciário nas questões conflituosas de marca e nome de domínio.

Portanto, é na esfera jurídica do Poder Judiciário que reside os principais conflitos brasileiros envolvendo a questão correlata, e assim, cabe ao poder Judiciário dar uma resposta satisfativa que possa solucionar os conflitos e, concomitantemente, formalizar e consolidar uma jurisprudência pátria que sirva de base regulamentaria enquanto os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional não sejam aprovados.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Sofia Mentz. **A inconstitucionalidade da Regulamentação sobre Nomes de Domínio na Internet**. Revista da ABPI nº 44, jan./fev 2000.

BARBOSA, Dênis Borges. **Precedência. Direito de Precedência ao Registro de Marcas**, 2005. Disponível em: http://denisbarbosa.addr.com/precedencia.pdf>. Acesso em: 31 abril. 2017

BARBOSA, Patricia Loureiro Abreu Alves. **Nome de domínio como sinal distintivo empresarial**: análise das decisões dos Centros de Solução de Controvérsias credenciados pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil - Florianópolis, SC, 2015.

BESER, Fernanda Varella. MENDONÇA, Marianna Furtado de. **O novo procedimento administrativo para solução de conflitos envolvendo nomes de domínio ".br"**. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Industrial –ABPI. São Paulo, nº109, p. 27-38, nov/dez., 2010. Pág. 28.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2002
_______, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.41 DANTAS, Paulo Sérgio Pires. **Conflitos sobre marcas e nomes de domínio na internet**. 2009. 66f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília,

2009.

EFRONI, Zohar. **The Anticybersquatting Consumer Protection Act and the Uniform Dispute Resolution Policy**: new opportunities for international forum shopping? In: Columbia Journal of Law & the Arts. v. 26. New York: Columbia, 2003. p. 335 - 368.

FONTES, Marcos Rolim Fernandes. **Nomes de Domínio no Brasil**: Natureza, Regime Jurídico e Soluções de Conflitos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Fundação Getúlio Vargas. **Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro Relatório de políticas de Internet**: Brasil 2011. -- São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012

KAMINSKI, Omar. **Conflitos sobre nomes de domínio**: a experiência com o judiciário brasileiro. In LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (org.). Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 242-271.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

LABRUNIE, Jacques. **Conflitos entre nomes de domínio e outros sinais distintivos**. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. Direito e internet - aspectos jurídicos relevantes, São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 239-256.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa** 1. 8. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**. liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25.

URBANO, Bruna Caroline; LEITE, Divina Cristina Lining; DE SOUZA, Michael Dionisio. **A função do domínio da internet no direito empresarial**. JICEX, v. 3, n. 3, 2015.

World Intellectual Property Organization. **Administrative Panel Decision Case n° D 2000-0245**. Complainant: TV Globo Ltda. Respondant: Radio Morena. Presiding Panelist: Antonio Millé. Jun. 16, 2000.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DA FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO

Mércia Miranda Vasconcellos CUNHA¹

RESUMO

O presente trabalho propõe uma reflexão sobre a Hermenêutica jurídica constitucional e a Filosofia da Libertação como forma de efetivação e compromisso com a realização efetiva da vida humana digna em comunidade, permitindo ao Direito cumprir o seu papel transformador da sociedade. A Hermenêutica Constitucional é essencialmente transformadora e possui firme compromisso com a efetividade da Constituição. Relativamente à Filosofia da Libertação, a hermenêutica realizadora pauta-se nos valores e princípios constitucionais, baseando-se na vida humana como fonte que ordena a obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade. Nesse sentido, o presente estudo propõe a hermenêutica constitucional fundamentada em uma racionalidade jurídica libertária que busca sempre a realização da vida concreta em comunidade.

PALAVRAS-CHAVE: hermenêutica, realização, efetividade da Constituição, vida humana.

ABSTRACT

This paper intends a reflection about constitutional juridical hermeneutics. The constitutional hermeneutics has a firm commitment to the effectiveness of the Constitution, allowing the Law to fulfill its transforming role in society. It is essentially transformative, having a strong commitment to the effectiveness of the Constitution. Based on the Philosophy of Liberation, the accomplished hermeneutics bases on the values and constitutional principles, caring on human life as source that orders the obligation to produce, reproduce and develop practical life of every individual in the community. Accordingly, this study proposes a hermeneutical reflection on ethical grounds, a libertarian legal rationality that always look for accomplishment of human life in community.

KEY-WORDS: hermeneutics, accomplishment, Constitution, human life.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No início do século XX a sociedade vivenciou a revolução filosófica conhecida como giro linguístico que mudou radicalmente a forma de todo o pensar filosófico. Passou-se a entender que a linguagem constitui o mundo e, portanto, o conhecimento não é dado, mas construído intersubjetivamente. A preocupação filosófica que se encontrava na consciência, desde Descartes, passa para a linguagem e suas específicas funções. Em vez de existir porque pensa, o homem existe porque fala, pois pensamento é linguagem, intersubjetiva. O homem que pensa foi substituído pelo homem que interage socialmente. A linguagem norteia a relação do sujeito.

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais na UFPR, Procuradora do Estado do Paraná, coordenadora e professora da faculdade de Direito da Faculdade do Norte do Paraná – FANORPI/UNIESP. merciamva@yahoo.com.br

O novo Estado, com novas bases filosóficas e normativas, trouxe inúmeras possibilidades de interpretação e de aplicação do Direito, provocando uma transformação no campo hermenêutico, pelo fato de que a hermenêutica tradicional já não supria as necessidades da nova realidade social e jurídica. Uma nova matriz teórica, iniciada com o giro linguístico- filosófico, denunciou o equívoco da compreensão positivista dominante, pautada na separação entre intérprete, sujeito da interpretação, e objeto da interpretação, texto da norma.

No que diz respeito ao Direito, este vem sofrendo profundas mudanças após o advento da Segunda Guerra Mundial, relacionadas à emergência de um novo modelo jurídico e social. A cultura jurídica legicêntrica tratava a lei editada pelo parlamento como fonte principal do Direito e não atribuía força normativa às Constituições, que eram vistas como programas políticos para os legisladores e não podiam ser invocados perante o Judiciário para a proteção de direitos, vem sendo, aos poucos substituída por uma cultura principiológica e constitucional cuja essência é a realização da dignidade humana. O Direito passou a ser entendido sob o viés do paradigma hermenêutico-linguístico, situado no universo de sentidos plurais — uma vez que as palavras são plurissêmicas - e, por conta disso, respeita os pressupostos linguísticos, que sustentam a produção de sentido e dialoga na sua aplicação contínua e dinâmica.

Nesse sentido, o processo interpretativo não mais decorre do processo de busca e descoberta do sentido único ou correto, mas sim, do sentido para o caso. De acordo com o novo paradigma, a significação, a essência, do texto dá-se com a ação do intérprete, observando-se todos os elementos decorrentes da historicidade e facticidade. A hermenêutica, pois, deve ser vista como totalidade inserta em um contexto social, histórico, político e econômico. Sob esse viés, o desafio da nova ordem e da nova interpretação e aplicação do Direito implicam rompimento com a visão dogmática e instauração de um novo horizonte constitucional, que se enxerga e se conquista paulatinamente, tendo em vista as forças contrárias, de natureza ideológica no sentido de manutenção do *status quo*.

No Brasil, a Constituição de 1988 inaugurou uma nova ordem, trouxe visão inovadora, valores humanos e sociais como fundamentos do Estado e da ordem jurídica. Esse novo olhar provocou uma renovação na ordem jurídica nacional, ensejando, via de consequência, nova hermenêutica, compromissada com a efetividade da Constituição, com a garantia da efetividade dos direitos fundamentais. Diante desse quadro, o presente estudo busca, a partir do referencial teórico libertário, mediante pesquisa bibliográfica, apresentar reflexão sobre a hermenêutica constitucional, sob o olhar crítico libertário. Sob o olhar da

Filosofia da Libertação, baseando-se no critério-fonte "vida", a hermenêutica, mais do que realizar direitos fundamentais, deve comprometer-se com a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana digna, em comunidade.

Diante da complexidade da realidade contemporânea e da necessidade de novas reflexões para se chegar a novos caminhos, a intenção do presente trabalho é a de problematizar sobre a hermenêutica, a partir de uma nova ordem de valores éticos para fundamentar a interpretação constitucional no sentido de realizar a vida humana. Assim, pensar-se-á a interpretação da Constituição Federal na busca da transformação jurídica, sob a ótica da Filosofia da Libertação com o consequente respeito ao princípio crítico da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade.

1. TRANSFORMAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: MARCO HISTÓRICO E FILOSÓFICO

Até meados do século XX, prevalecia uma cultura jurídica essencialmente fundada na lei. As Constituições eram vistas como programas políticos, sem força normativa, que deveriam inspirar o legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário. Os efeitos nefastos da Segunda Guerra Mundial propiciaram a exteriorização de anseios reprimidos, a descoberta de anseios até então desconhecidos, o que permitiu o início de uma nova cultura jurídica em oposição à cultura legicêntrica, predominante até aquele momento (SARMENTO, 2010, p. 237). O temor de que maiorias políticas possam perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, mudou o olhar da sociedade a partir da metade do século XX e levou novas Constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. As Constituições deixaram de ser cartas procedimentais, passando a conter normas impregnadas de elevado teor axiológico com importantes conteúdos materiais sobre variados temas que não costumavam ser tratados pelas Constituições, como economia, família, dentre outros. Além dos direitos individuais e políticos, houve a inclusão dos direitos sociais de natureza prestacional.

Nascia um novo Direito Constitucional no continente europeu. O medo da barbárie ou de compactuar com atos bárbaros propiciou o fortalecimento da jurisdição constitucional, com instituição de mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador. Esses ventos de mudança sopraram em vários países dos diversos continentes, ensejando um novo processo de democratização e respeito aos direitos humanos. A instituição de um novo modelo de Estado ensejou, via de consequência, um novo modelo de

Direito e de sociedade, o que, inexoravelmente, requer olhares renovados para apreender a novidade apresentada.

No plano teórico, segundo Luis Roberto Barroso (2007, p. 05) houve três grandes transformações: 1. O reconhecimento da força normativa da Constituição; 2. A expansão da jurisdição constitucional; 3. O desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Daniel Sarmento (2010) entende que as transformações podem ser sintetizadas da seguinte forma: 1. Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância na aplicação do Direito; 2. Rejeição ao formalismo e uso, mais frequente, dos métodos mais abertos do raciocínio jurídico, tais como ponderação e teorias da argumentação; 3. Constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento jurídico; 4. Reaproximação entre o Direito e Moral, com a penetração, cada vez maior, da Filosofia nos debates jurídicos; 5. Judicialização da política e das relações sociais, com significativo deslocamento para o Poder Judiciário de poderes antes afetos tão somente ao Executivo e Legislativo.

O Brasil acompanhou a renovação e, aos poucos, vivenciou um processo de democratização que protagonizou mudanças fundamentais para o Estado e sociedade as quais culminaram na promulgação da Constituição Federal de 1988, que se traduz na materialização de um novo pacto social entre Estado e sociedade realizado com a observância dos anseios desta última, deixando de lado a representatividade dos ditames do liberalismo. Daniel Sarmento (2010, p. 38) aponta mudanças profundas no Direito brasileiro, sob a égide da Constituição de 1988, com a emergência de um novo paradigma, tanto na teoria jurídica, quanto na prática dos tribunais, envolvendo diversos fenômenos, dentre eles: o reconhecimento da força normativa e valorização dos princípios jurídicos; rejeição ao formalismo e raciocínio jurídico mais aberto, com a utilização da ponderação, teorias da argumentação, dentre outros métodos; irradiação das normas constitucionais para todos os demais ramos do Direito, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais; reaproximação entre Direito e Moral.

O texto constitucional utiliza-se de uma linguagem porosa, indefinida e possui textura aberta, em virtude dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados que compõem a maioria das normas constitucionais. Dentre os propósitos da Constituição da República estão a autolimitação do poder e a institucionalização de um governo democrático. Segundo Daniel Sarmento (2010, p. 238):

Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se

pela abertura e indeterminação semânticas — são, em grande parte, princípios e não regras — a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção.

Nessa linha de raciocínio, se um novo modelo de Direito foi inaugurado, mais dinâmico, mais comprometido com a transformação social, a atuação do Direito não pode continuar aprisionada, engessada por moldes antigos de interpretação que somente ensejarão a recusa da história e da realidade social. "Como se pode olhar o novo, se o novo não pode ser concebido como novo?" (STRECK, 2005, p. 316)

A Hermenêutica clássica, pautada no pensamento liberal-individual, muitas vezes, alheia à historicidade e facticidade em que se encontram o texto e o intérprete, não pode mais ser utilizada, *de per si*, para a efetivação desse novo modelo de Direito. É necessário ao hermeneuta adotar novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado do método da subsunção, tradicionalmente utilizado.² A riqueza nascida da complexidade e pluralismo de valores e ideais ensejou o emprego da técnica da ponderação, tornando frequente a utilização do princípio da proporcionalidade, na esfera judicial, para resolver os conflitos e tensões entre os princípios constitucionais e, segundo Daniel Sarmento (2010, p. 238):

A busca de legitimidade para estas decisões, no marco das sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas.

Nesse contexto, o problema enfrentado pelos juristas, intérpretes, enfim atuantes do Direito é a busca racional da "melhor resposta" aos casos difíceis do Direito (SARMENTO, 2010, p. 240), sendo que a melhor resposta pode ser entendida como a melhor fundamentação para a escolha feita nos casos considerados difíceis.

2. EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO COMPROMISSO DA NOVA HERMENÊUTICA

A nova visão surgida a partir da revolução filosófica conhecida como giro linguístico que mudou radicalmente a forma de todo o pensar filosófico mudou completamente a forma de pensar o mundo. Passou-se a entender que a linguagem constitui o mundo e, portanto, o conhecimento não é dado, mas construído intersubjetivamente. A preocupação filosófica que se encontrava na consciência, desde Descartes, passa para a linguagem e suas específicas funções. Em vez de existir porque pensa, o homem existe porque fala, pois pensamento é

Eventual reprodução da hermenêutica tradicional consistirá hermenêutica de bloqueio, pautada na dogmática jurídica, responsável por uma "baixa compreensão" da Constituição e impede, via de consequência, a efetiva interpretação e a realização dos objetivos fundamentais e da ideologia constitucional.

linguagem, intersubjetiva. Essa nova visão, aliada a um processo de transformação mundial, após a Segunda Guerra Mundial, com a pressão global pelo respeito e efetivação dos direitos humanos, propiciou profundas mudanças no âmbito do Direito que, utilizando-se de uma linguagem porosa, aberta, polissêmica, incorporou valores como fundamentos do sistema, normatizando-os no texto constitucional.

A nova hermenêutica apresenta-se como uma atividade interpretativa que tem um firme compromisso com a efetividade da Constituição, traduzindo-se em um paradigma apto a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, permitindo ao Direito cumprir seu papel social. O poder Judiciário deve assumir o papel de um intérprete que evidencia a vontade geral implícita e explícita no direito positivo, especialmente em textos constitucionais e nos princípios selecionados de valor permanente em sua cultura de origem.

Nesse sentido, podemos dizer que a hermenêutica jurídica, como arte da interpretação jurídica, é um processo de construção e *reconstrução*. A relação sujeito-objeto na interpretação jurídica, portanto, não é uma relação meramente contemplativa, onde a dogmática jurídica se apresenta como verdade absoluta, quase como *verdade revelada*, mas uma atividade subjetiva, onde o sujeito tem papel ativo, mesmo se considerando que grande parte da interpretação só pode ser realizada a partir de conceitos previamente estabelecidos pela tradição na qual o sujeito está inserido. Interpretar não é tirar a essência das coisas, compreendê-las, pois o sentido não está nas coisas, mas é construído pelo intérprete. Não há que se falar, no entanto, em liberdade interpretativa, uma vez que *os sentidos não pertencem ao intérprete*, mas fazem parte de uma estrutura pré-construída e estabelecida no sistema linguístico, com limites sintáticos, semânticos, pragmáticos, dentre outros. Assim, não há espaço livre de atribuição de sentidos. Não se pode "inventar" o direito. ³

O sistema jurídico existe para promover e proteger os bens humanos, sua existência é atrelada fundamentalmente à realização das exigências de realização e desenvolvimento da vida humana, em comunidade, nas várias dimensões. Deve ser construído sob o respeito aos princípios políticos normativos de libertação, tendo como fundamento e norte, a vida humana em comunidade. A política orienta o direito na realização da justiça política, obtida mediante o respeito e o cumprimento dos princípios políticos material, formal e factível. O direito deve ser orientado para a afirmação do outro, para a realização e desenvolvimento da vida em

O intérprete, nesse contexto, constrói o sentido do texto jurídico, transformando-o em norma jurídica, sendo que essa construção não é livre, mas deve respeitar os princípios jurídicos e linguísticos a que estão subordinados. De acordo com o novo paradigma, a significação, a essência, do texto dá-se com a ação do intérprete, observando-se todos os elementos nele contidos, tais como, gramatical, teleológico, histórico, pelo simples fato de que tanto o texto, quanto o intérprete encontram-se envoltos por uma determinada historicidade e facticidade. A hermenêutica, pois, deve ser vista como totalidade inserta em um contexto social, histórico, político e econômico.

comunidade, sob o viés de complementaridade — o direito com o outro — e não de separatividade. A humanidade do ser humano deve ser resgatada e a vida, em todas as dimensões, realizada.

Nessa nova fase vivenciada pela sociedade e pelo Direito, a discussão deixa de ter como foco a análise dos enunciados normativos para centrar-se na compreensão e efetivação dos valores constitucionais. Tal contexto permite afirmar que começa a firmar-se o novo paradigma pautado na valorização dos princípios que, por sua vez, requer métodos e estilos mais flexíveis de hermenêutica, destacando-se, segundo Daniel Sarmento (2010, p. 252), a ponderação e a abertura da argumentação jurídica à Moral, sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo⁴. Figueroa (2009) aduz a transposição da teoria do sistema jurídico para a teoria da argumentação, uma vez que o foco da atenção foi deslocado para a aplicação do Direito e sua fundamentação.

Seguindo esse raciocínio, o compromisso com a efetividade da Constituição – que se compromete com a realização dos direito fundamentais - exige uma nova postura interpretativa, com novos métodos hermenêuticos, que harmonizem bens jurídicos tutelados, normas contrapostas, buscando a preservação do máximo de cada um deles. Entretanto, esse processo não é discricionário, o intérprete não tem liberdade ilimitada ante a abertura e complexidade das normas constitucionais, é necessária uma argumentação racional e discursiva de justificação e de demonstração de justiça e correção da norma aplicada. Em outras palavras, o intérprete deve assegurar a legitimidade e racionalidade do processo interpretativo. Ainda nesse raciocínio, não basta o convencimento interno, o sentimento pessoal de justiça, é necessário existir no ordenamento jurídico elementos que embasem a decisão que se pretende sustentar e que estes elementos estejam em consonância com o ideário constitucional.

Seguindo o raciocínio até aqui delineado, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 deve ser considerada pelo intérprete como uma totalidade, cuja unicidade deve ser verificada no momento da interpretação. Além disso, pode-se afirmar que os mandamentos constitucionais são normativos e, portanto, dirigentes e vinculantes. Nessa seara, se a Constituição é totalidade normativa, mister extrair-se a maior efetividade possível de seus comandos. Ainda, o intérprete deve fundamentar a sua interpretação, mediante argumentação que demonstre a existência, no ordenamento jurídico, de elementos capazes de embasar sua interpretação, além de demonstrar que esses elementos estão em conformidade com os

O Supremo Tribunal Federal vem invocando princípios abertos em seus julgamentos, tais como o da proporcionalidade e razoabilidade, isonomia, dentre outros, buscando a harmonização entre regras e princípios, bem como entre princípios colidentes, de forma a preservar o máximo possível de cada um.

objetivos e princípios fundamentais que traduzem a ideologia constitucional. No entanto, não há liberdade ilimitada ao intérprete em decorrência da abertura e complexidade das normas constitucionais, sendo necessária interpretação de acordo com os nortes já delineados pela Constituição, além de argumentação racional e discursiva de justificação e de demonstração de justiça e correção da norma aplicada.

A própria Constituição explicita os seus ideais e aponta o norte interpretativo. Nessa linha de raciocínio, pode-se inferir que os artigos 1.º ao 4.º da Constituição da República Federativa do Brasil contêm os valores fundamentais e conferem unidade contextual a todo o ordenamento jurídico constitucional, havendo de ser interpretada a partir dos valores explícitos ou implícitos dos artigos acima referidos. É certo que tal norte, fundado em valores e ideais, apresentado pelo documento constitucional não será apreendido pela sociedade e pelos atuantes do Direito de forma linear, sendo necessárias várias experiências e vivências, a fim de que se descubram os caminhos apontados pelo documento magno e se procedam à concretização jurídica necessária à transformação social.

3. HERMENÊUTICA SEGUNDO OS CRITÉRIOS DA ÉTICA DA LIBERTAÇÃO

A realidade contemporânea, complexa, plural, excludente produz negações das várias dimensões da vida humana e, diante dessas negatividades que degradam o viver e a própria humanidade, são necessárias novas reflexões para se chegar a novos caminhos, que levem a sociedade a produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana em comunidade. Nesse sentido, o presente trabalho propõe mais uma reflexão, porém sob nova ordem de valores éticos que fundamentem a interpretação constitucional no sentido de realizar a vida humana. Assim, pensar-se-á a interpretação da Constituição Federal na busca da transformação jurídica, sob a ótica da Filosofia da Libertação com o consequente respeito ao princípio crítico da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade.

No âmbito do Direito, a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade deve ser tomada como conteúdo, havendo o sistema de produzir, reproduzir e desenvolver aquela e qualquer ação, sistema ou instituição que, impeça a produção, reprodução ou desenvolvimento da vida deve ser transformado. Nesse viés, a interpretação e aplicação do Direito devem observar os três momentos e, segundo Celso Ludwig (2006, p. 11) a exclusão e negações diversas do desenvolvimento da vida importam carências de vida em alguma ou algumas dimensões da existência, o que gera um *direito subjetivo legítimo*, com exigência de efetividade a ser tutelado pelo ordenamento jurídico que se pretende transformador.

O pensamento acima referido é possível, a partir de premissas teóricas transmodernas

propostas pela Filosofia da Libertação de Enrique Dussel que parte da exterioridade⁵ negada e tem a razão de ser na crença do comprometimento com a vida humana como modo de realidade, como condição epistemológica determinante para a busca de uma nova realidade. Sob essa fundamentação, a opção hermenêutica será sempre no sentido de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta do sujeito em comunidade, havendo a argumentação de seguir o mesmo norte. A vida humana como critério-fonte não é tomada no aspecto abstrato como uma ideia ou conceito, como um direito, mas como fonte de todos os direitos (2006, p. 07). Em assim sendo, a vida humana, real e concreta, passa a ser a condição de possibilidade de todos os direitos, atos, normas, sistemas, instituições e processos hermenêuticos. A vida concreta do ser humano é expressada, em sua realidade, desde a realidade corpórea, cerebral, até as funções superiores da mente, subjetividade consciente, autoconsciente, inconsciente.

Segundo Celso Ludwig (2004, p. 11), a Filosofia da Libertação ocupa-se com as condições universais da constituição do ato, da norma, da micro e macro estrutura social, instituição, ou seja, da constituição de toda ação concreta e contingente, considerada na perspectiva da pretensão de bondade que, por conseguinte é verificada se cumpridos três princípios: momento material ou da verdade prática, momento formal da validade consensual e momento factível da razão instrumental, na condição de mediações necessárias para a efetivação do ato que busca a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana, salientando que os efeitos negativos, ainda que não intencionais, da prática do ato também devem ser levados em conta, tendo em vista a falibilidade humana.

Segundo Mércia Miranda Vasconcellos (2010, p. 135), o momento material diz respeito à verdade e tem como meta a afirmação da vida:

Nada há de mais digno do que a vida humana. Entendida como realidade e não como um conceito abstrato, a vida humana é constituída por inúmeros aspectos materiais como a felicidade, as virtudes, os valores, elementos que devem coexistir e não esgotam o âmbito de sua essência ou de seu conteúdo complexo. Para a Ética da Libertação, a materialidade da vida é seu conteúdo. A vida humana impõe limites materiais e normativos, possui exigências próprias e fixa também conteúdos, tendo em vista a necessidade de alimentos, casa, segurança, liberdade, valores, identidade cultural, plenitude espiritual, dentre outros.

A realização do momento material é a realização do conteúdo da vida humana em

Dussel entende a Exterioridade como a categoria mais importante da Filosofia da Libertação, porque compreende um novo discurso, autêntico, consoante a realidade fática. A categoria Exterioridade trata do outro além do sistema, além da Ontologia. Afirma o filósofo que o "não-ser é". A razão ontológica não pode compreender a Exterioridade, porque esta se encontra além do ser, porque o "não-ser" é uma negatividade ontológica, portanto, não passível de compreensão. O que se encontra "mais além" dos limites da Totalidade torna-se, portanto, irracional. Para o filósofo, exterioridade e transcendentalidade interior possuem o mesmo sentido. Sobre esse assunto verificar DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação na América Latina*. São Paulo: Edições Loyola e Piracicaba: Unimep, s.d.

todas as suas dimensões, o que impõe um dever ético de viver, não se entendendo vida como mera sobrevivência, mas vida em sua materialidade e essência. Assim, todo ato ético deve buscar a realização do conteúdo material da vida, real, corpórea, carnal, constituída aspectos materiais, biológicos, psíquicos, espirituais, emocionais, dentre outros, tais como a felicidade, as virtudes, os valores, elementos que devem coexistir e não esgotam o âmbito de sua essência ou de seu conteúdo complexo.

A vida humana é natural e cultural, empírica, não é racional ou abstrata, possui exigências próprias, além de fixar conteúdos, tendo em vista a necessidade de alimentos, casa, segurança, liberdade, valores, identidade cultural, plenitude espiritual, dentre outros. Suas necessidades impõem limites materiais e normativos. O conteúdo de vida é variado, podendo ir de necessidade de alimentação a valores, cultura. A vida não é mera condição de possibilidade de argumentação, de discursividade, de moral, a vida humana concreta é "modo de realidade", realidade natural, mediada discursivamente. É referência e conteúdo da consciência, do mundo, da linguagem, da discursividade. Celso Ludwig (2004, p. 289) entende que a vida impõe limites e fundamenta normativamente uma ordem. Salienta Dussel (2001, p. 118):

A "vida humana não tem como referência a abstração universal, um conceito ou definição de vida. É a "vida humana" concreta, empírica, de cada ser humano. É a vida que para se viver, precisa-se comer, beber, vestir, ler, pintar, criar música, dançar, cumprir ritos e extasiar-se nas experiências estéticas e místicas. Vida humana plena, biológica, corporal, gozosa, cultural que se cumpre nos valores supremos das culturas, mas como já falamos, não se identifica com os valores, mas os origina, os ordena em hierarquias, de distintas maneiras e em cada cultura particular.

Segundo o autor acima, a vida está sempre "a priori", é sempre pressuposta, não só como condição, mas como "modo de realidade", desenvolve-se concretamente em cada cultura, sendo a fonte última, inclusive dos valores, das virtudes e assim por diante. O ato praticado pelo homem para reproduzir a sua vida, com todas as suas necessidades, é um ato cultural. "Nossos antepassados não morreram, vivem ainda entre nós". (DUSSEL, 1997, p. 182). Nesse sentido, a cultura é uma das dimensões da nossa existência intersubjetiva e histórica, um complexo de elementos que constituem radicalmente nosso mundo, nosso sistema concreto de significação que não se transmite, assimila-se. (DUSSEL, 1997, p. 38-40)

A cultura é a identidade de um povo e ainda que esse povo não tenha consciência, há um estilo de vida próprio, necessário à reprodução da vida. E, partindo do pressuposto que as significações são relacionais, as exigências de reprodução de vida é diferenciada em cada contexto cultural comunitário. Não há verdade única, mas múltiplas verdades, em diferentes domínios distintos, todos legítimos na sua origem, ainda que não sejam iguais em seu conteúdo. Não há realidade privilegiada, pois não se pode ter acesso a uma realidade

transcendental independentemente do observador, assim, a observação do outro é tão legítima quanto a minha, ainda que não me agrade e pareça ameaçadora a minha existência ou minhas convicções. Se não concordo com a realidade divergente da minha, devo fazê-lo com responsabilidade e não porque ele está equivocado. (MATURANA, 2009, p. 48, 50)

Humberto Maturana (2009, p. 14) afirma que "nada serve em si mesmo", sendo todos os conceitos relacionais. Em resposta ao questionamento "o que é um ser humano?" afirma que frequentemente se pensa na vida humana, no ser humano como ser racional e reputamos a esta característica como a que nos difere de outros seres. Entende o autor que reputar a razão como caracterizadora do ser humano é como colocar "antolhos como os que os cavalos usam para não se assustarem com o trânsito de veículos que os ultrapassam numa velocidade maior que a sua", constituindo uma negação racional à complexidade da vida humana. Ao nos declararmos seres racionais, reproduzimos, solidificamos uma cultura que desvaloriza as emoções e não vê o entrelaçamento cotidiano entre razão e emoção, constitutivo do viver humano. Colocamos o racional como se tivesse um fundamento transcendental que lhe dá validade universal, independentemente do que fazemos como seres vivos. Segundo o autor citado, não é assim, todo sistema racional é baseado em premissas fundamentais aceitas "a priori", sendo que, eventuais discordâncias, somente podem ocorrer no plano lógico e não no plano fundamental, já que são aceitas aprioristicamente. Não se consideram, pois, os desacordos ideológicos, pois trazem consigo "ameaças existenciais", no sentido de ameaçar a coerência racional da existência das próprias premissas fundamentais.

O autor acima (2009, p. 15, 51) destaca, ainda, que a aceitação das premissas fundamentais dá-se a partir das emoções⁶, não tendo fundamento racional. A partir da construção de premissas cuja aceitação não é racional, mas sim emocional, constroem-se argumentos racionais convincentes para defendê-las e justificá-las. O fundamento emocional do racional, pois, é condição de possibilidade deste último. Nesse sentido, o ser humano é um entrelaçamento entre razão e emoção. As coerências operacionais dos sistemas argumentativos que construímos na linguagem para defender ou justificar ações têm

As emoções são, biologicamente, disposições corporais humanas que definem os diferentes domínios da ação em que o ser humano se move. O autor afirma que a emoção maior que constitui o operar em aceitação mútua e funda o social como sistema de convivência é o amor. Biologicamente, o amor é fundamental na história da hominização. É a emoção que constitui o domínio das condutas em que se dá a aceitação do outro como legítimo outro, constituindo, assim, uma conduta de respeito. É o amor que respalda a aceitação do outro — da legitimidade do mundo do outro — e é a aceitação mútua que constroi um modo de viver que permita o desenvolvimento físico, comportamental, psíquico, social e espiritual do ser humano. O filósofo afirma que amar é uma característica biológica do ser humano. É, portanto, um fenômeno biológico que possibilita a abertura de espaço para interações recorrentes com o outro, no qual sua presença é legítima, sem exigências. Na espontaneidade de nossa biologia estamos abertos à aceitação do outro como legítimo na convivência, sendo tal disposição biológica básica, igualmente fundamental na nossa história hominídea (MATURANA, 2009, p. 15, 25, 67, 68)

fundamento emocional.

"A filosofia da libertação submete-se ao humano". O fazer filosófico não pode se perder da proximidade com o mundo concreto. (PANSARELLI, 2013, p. 64). A vida é material, concreta, corporal, antes de ser discursiva ou metafísica. Da vida concreta, da corporalidade carnal surge a consciência de sua humanidade, o discurso que, no plano dialógico buscará apresentar os fundamentos racionais para as realidades distintas de vida.

A vida é multidimensional e nesta multidimensionalidade é pressuposto material da Filosofia da Libertação. A vida de cada ser humano é preciosa, constitui-se de todas as possibilidades do viver e de permanecer vivo, em comunidade – comum unidade. A vida humana, em seu viés racional, como comunidade de seres vivos, é assegurada com o concurso de todos. A comunidade linguística é uma dimensão essencial da vida humana, e a argumentação racional uma necessidade de vida. A função ética da norma básica da moral formal é fundamentar e aplicar concretamente as normas, juízos éticos, decisões, enunciados normativos ou diversos momentos da ética material. Sem o cumprimento da norma básica da moral formal, as decisões éticas não são válidas na comunidade e, por isso, não são universais. (DUSSEL, 2002, p. 203) Nesse sentido, o aspecto material universal de verdade prática busca afirmar a realidade material da vida humana em sua multidimensionalidade, recuperar o sentido humano perdido pelo dualismo. Aquele que atua humanamente, necessariamente possui como essência de seu ato alguma mediação para a produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito humano em comunidade.

O critério material, por si só, é insuficiente para a realização do ato ético, uma vez que um conteúdo precisa ser realizado e essa realização efetivada mediante algum procedimento ou forma para dar validade à essência do ato. Assim, as decisões de conteúdo – verdadeiras – necessitam de uma forma que as valide intersubjetiva e democraticamente. A aplicação do princípio material, do conteúdo de verdade que não pode ser realizado de forma individual, autoritária, deverá de ser aplicado mediante um procedimento ético que tenha validade comunitária. A norma básica da moral formal deve fundamentar e aplicar concretamente as normas, juízos éticos, decisões, enunciados normativos com conteúdo de verdade. Para a Ética da Libertação, não há validade sem pretensão de verdade, por determinação material ou de conteúdo. Da mesma forma, não haverá verdade em sentido pleno, sem pretensão de validade intersubjetiva acerca dos enunciados verdadeiros, fundamentados na vida, condição absoluta e conteúdo constituinte da realidade humana. Isso implica na necessidade de coexistência e inter-relação dos dois momentos, conforme nos ensina Celso Ludwig (2004, p. 12):

Nessa condição, articulação dialética entre os dois momentos mostra que a pretensão de verdade é já sempre intersubjetiva, e toda pretensão de validade intersubjetiva tem como referência um conteúdo. A dialeticidade intensa, entre os dois momentos, indica que não há validade séria sem pretensão de verdade (material) e não á verdade sem pretensão de validade (formal intersubjetiva).

Assume-se, no momento formal, o princípio formal da consensualidade, adotando-o, no entanto, como procedimento moral para aplicar os conteúdos do momento material. Assim, o critério de validade deverá ser vinculado ao de verdade, ou seja, o cumprimento das exigências materiais deve ser acompanhado pelo cumprimento das regras do consenso intersubjetivo. No mesmo sentido, Mércia Miranda Vasconcellos afirma (2010, p.137):

Há, portanto, a necessidade de uma norma básica da moral formal a ser cumprida para que as decisões éticas ganhem validade universal. O critério formal de validade intersubjetiva busca articular a verdade prática do conteúdo — momento material — com a validade intersubjetiva, moral formal e procedimentos. O objetivo da moral formal é garantir a validade intersubjetiva pelo acordo de todos os participantes sobre o que se deve fazer, obtendo, dessarte, validade com pretensão de universalidade. O critério de validade é a intersubjetividade simétrica. Tal critério é exercido pela razão comunicativa — princípio da racionalidade discursiva prático — intersubjetiva — antecedida pelo momento material.

O fato de um consenso ser racional não implica, necessariamente, verdade desse consenso, uma vez que a verdade não decorre do consenso. Diante disso, faz-se imperiosa a articulação da teoria da verdade à da validade. O consenso deve, pois, ser válido, mas com conteúdo de verdade. A pretensão de verdade e validade são, pois, interdependentes. A primeira deve ser intersubjetiva e a segunda, conter como pressuposto argumentos verdadeiros.

A realização da vida da comunidade requer uma forma válida de estabelecimento de união de vontades, mediante um procedimento intersubjetivo discursivo democrático. Nessa ordem de ideias, a ação que pretenda produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana em sociedade deve ser decidida com mediação formal do princípio democrático intersubjetivo discursivo, porém, o consenso, obtido argumentativamente, tem a obrigação de estar orientado pela pretensão de vida concreta da humanidade. Enrique Dussel (2002, p. 215-216) entende que se argumentamos inteligivelmente, como membros de uma comunidade de comunicação, devemos ser responsáveis por nossa argumentação como mediação de verdade material para produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana em comunidade, respeitando os outros membros como iguais. Entretanto, se somos afetados pelo que se argumenta, temos obrigação de lutar pelo reconhecimento, buscando alcançar a validade formal, a fim de defender a vida e a dignidade. Argumentar transforma-se em obrigação moral.

Quem argumenta com pretensão de validade prática, a partir do re-conhecimento recíproco como iguais de todos os participantes que por isso mantêm simetria na comunidade de comunicação, aceita as exigências morais procedimentais pelas quais

todos os afetados (afetados em suas necessidades, em suas consequências ou pelas questões eticamente relevantes que se abordam) devem participar facticamente na discussão argumentativa, dispostos a chegar a acordos sem outra coação a não ser a do argumento melhor [...].

O conteúdo de vida sobre o qual se fez um acordo validado formalmente deve produzir efeitos, deve ser factível. Dessa forma, além do aspecto material e formal, é necessária a realização do aspecto factível para a completude do ato ético, já que um ato verdadeiro e válido pode ser inviável ou impossível, logicamente ou tecnicamente, ou, ainda, economicamente. Assim, o critério da factibilidade exige que sejam levadas em conta as condições de possibilidade materiais, formais, empíricas, técnicas, dentre outras, para a efetivação do ato. Nesse sentido, o verdadeiro e válido deve ser também factível.

A factibilidade perfaz-se pela escolha de mediações adequadas e eficazes para determinados fins, a fim de possibilitar a realização do ato com pretensão de bondade. O princípio da factibilidade ética determina o âmbito do poder-fazer, tomando-se por base as exigências da vida e da validade intersubjetiva da moral. Seguindo esse raciocínio, a pretensão de bondade do ato exige que o ato ético seja verdadeiro, válido e possível. O conteúdo de vida sobre o qual se fez um acordo validado formalmente deve ser realizado, a partir de exigências éticas. Então, bom será o ato que realiza tanto o componente material da verdade prática, reproduzindo e desenvolvendo a vida humana da pessoa em comunidade, com pretensão de retidão, quanto o componente formal da validade intersubjetiva, cumprindo o argumentativamente acordado em simetria comunitária com pretensão de validade e o componente da factibilidade, considerando as condições empírica, tecnológica, econômica, dentre outras, *a priori* demarcadas dentro das exigências éticas com convicção e pretensão de sinceridade e de retidão, simultaneamente analisando as consequências *a posteriori* com pretensão de responsabilidade. (VASCONCELLOS, 2010, p. 140)

Na ordem das ideias até aqui apresentadas, tem-se que o processo de interpretação e aplicação do Direito deve respeitar os três momentos éticos, a fim de possibilitar a produção, reprodução e desenvolvimento digno da vida humana em comunidade. Diante disso, a ponderação de princípios constitucionais, a compreensão das normas com alto grau de abstração, enfim, o atuar do intérprete deve levar em conta a materialidade, o conteúdo de verdade do bem da vida pretendido. Da mesma forma, buscar uma validação intersubjetiva, obtida mediante um processo argumentativo, levando em conta as condições empíricas, tecnológicas, econômicas, sociais, dentre outras.

Diante da imperfeição humana e da incomensurabilidade da realidade, que não se resume ao existente, ainda que o ato tenha pretensão de bondade, o ato produz efeitos

negativos, ainda que de forma não intencional, e vítimas surgem. Tal fato requer a constante crítica ética ao ato produzido, ao sistema construído, desde as vítimas produzidas, mesmo sem intenção. Por melhor que seja o sistema, haverá a produção de vítimas, pois estas são inevitáveis, uma vez que não existe sistema empiricamente perfeito. Por isso, a crítica é necessária, a fim de se buscar transformações necessárias para a realização da vida em suas inúmeras dimensões. A crítica é, assim, um dos momentos de luta pela vida, obrigação imposta pelo reconhecimento da vítima e pela aceitação da responsabilidade para com a negação da vida causada por um sistema do qual todos somos partes funcionais. A crítica funciona como uma negativa ética de uma negação empírica e se constitui no primeiro passo da transformação-libertação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve por objeto a análise da hermenêutica constitucional sob o viés da Filosofia da Libertação, sob nova ordem de valores éticos para fundamentar a interpretação constitucional, cujos fundamentos sustentam a realização e desenvolvimento digno da vida humana em comunidade. Nesse sentido, a interpretação da Constituição da República deve pautar-se no princípio crítico de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade. É sob essa vertente que o presente estudo intencionou a apresentação de um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica.

Não restam dúvidas de que o mundo jurídico encontra-se em transformação e novos rumos apresentam-se à sociedade. Os conteúdos materiais de vida existentes na Constituição da República não podem ser compreendidos e aplicados segundo padrões duais, sectários, que não mais respondem às exigências da realidade social. É preciso encontrar alternativas positivas. Sob esse prisma, a hermenêutica deve, pautando-se nos princípios constitucionais, observar o critério material de vida, a validade intersubjetiva da forma e a sua possibilidade e efeitos no mundo, a fim de, de fato, efetivar o Estado Democrático de Direito e realizar a vida humana em comunidade. Não se trata somente de utilizar-se de métodos hermenêuticos para a compreensão e aplicação do Direito. Trata-se de, mediante a hermenêutica constitucional, maximizar a produção, a realização e o desenvolvimento da vida humana em sociedade.

A hermenêutica constitucional não pode ser analisada e vivenciada empiricamente pautando-se somente no viés argumentativo, conforme defendido por parte da doutrina. É certo que a argumentação é fundamental na construção do sentido da norma, mas a interpretação não se restringe ao patamar da argumentação. Não se o olhar sobre a realidade se realizar através de novas lentes paradigmáticas. A universalização não deverá ser testada

somente no campo da validade do ato, ou na razão comunicativa, mas deverá obedecer aos pressupostos éticos apresentados e, ainda, renovar-se criticamente, pois, certamente, haverá a produção de vítimas, ainda que não intencionalmente.

A interpretação deve ter pressuposto ético, ou seja, deve ser fundamentada por uma ética de vida, e vida em comunidade, proposta pela Filosofia da Libertação. A atuação hermenêutica deve fundar-se, pois, nos critérios éticos da verdade, validade e possibilidade, para que possa, efetivamente, realizar a vida humana em toda a sua complexidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARTHES, Roland. Aula. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos editora, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria geral da constituição*. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996.

DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação: na idade da globalização e exclusão. 2. ed.
Petrópolis: Vozes, 2002.
_____. Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2005.
____. Filosofia da libertação na América Latina. São Paulo: Edições Loyola e Piracicaba: Editora Unimep, s.d.
____. Para uma ética da libertação latino-americana IV: política. São Paulo: Loyola e Piracicaba: Unimep, s.d.
____. 1492 O encobrimento do outro: a origem do "mito da Modernidade". Petrópolis: Vozes, 1993.
____. Filosofia de la liberación. 4. ed. Bogotá: Nueva América, 1996.
___. Oito ensaios sobre a cultura latino-americana e libertação. São Paulo: Paulinas, 1997.
FIGUEROA, Alfonso Garcia. Criaturas de la moralidad: uma aproximación

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS editora, 2006.

neoconstitucional al derecho através de los derechos. Madrid: Trotta, 2009.

LUDWIG, Celso. A transformação jurídica na ótica da Filosofia da Libertação: a legitimidade dos novos direitos. In: Revista de Filosofia. Volume 05. Curitiba: Gráfica popular, 2006. Da Ética à Filosofia Política crítica na Transmodernidade: reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel. In: MARCELO FONSECA, Ricardo (org). Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004. MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Belo Horizonte: UFMG, 2009. PANSARELLI, Daniel. Ética e libertação: uma filosofia no contexto latino-americano. In: Ética, cidadania e política. São Paulo: Terceira Margem, 2004. . Filosofia e práxis na América Latina: contribuições à filosofia contemporânea a partir de E. Dussel. 2010. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-20042010-143015/. Acesso em: 2014-01-13. __. Filosofia latino-americana a partir de Enrique Dussel. Belo Horizonte: Ufabc, 2013. PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica filosófica e constitucional. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. . *Verdade e Consenso*: construção, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. VASCONCELLOS, Mércia Miranda. Proteção Internacional dos direitos humanos na realidade latino-americana: reflexão filosófica sob a perspectiva da ética da libertação. Curitiba: Juruá, 2010. ZIMMERMANN, Augusto. Curso de direito constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2006.

HOLDING FAMILIAR: GOVERNANÇA CORPORATIVA E MOTIVOS PARA SUA CONSTITUIÇÃO

Kleber Luciano ANCIOTO¹ Guilherme Prado Bohac DE HARO²

RESUMO

Este estudo demonstra que a *holding* familiar, quando bem planejada e estruturada, constitui instrumento que pode trazer uma série de benefícios aos seus integrantes. Como o próprio nome sugere, esta espécie de *holding* é composta por membros de um mesmo grupo familiar que objetivam uma maior proteção patrimonial e segurança, de forma a permitir que os bens permaneçam no grupo familiar, longe das intempéries a que está sujeita a pessoa natural. Assim, percebe-se que, havendo uma visão profissional do empreendimento, aliada aos princípios de governança coorporativa, torna-se plenamente viável que objetivos, como a incidência de uma menor carga tributária e a resolução de problemas que envolvam sucessão, materializem-se.

PALAVRAS-CHAVE: *Holding* familiar; Proteção Patrimonial; Governança Coorporativa; Sucessão.

ABSTRACT

This study demonstrates that the familiar holding, when well planned and structured, is instrument that can bring a series of benefits to its creators. As the name suggests, this kind of holding is composed of members of the same family group, aimed at greater asset protection and security in order to allow the goods remain in the family group, away from the unforseen situations that the natural person is subjected to. It will be noticed that, if there is a professional vision of the project, altogether with the principles of corporate governance, fully becomes feasible that interests as the incidence of a lower tax burden and solving problems involving inheritance materializes.

KEY-WORDS: Familiar Holding; Assets Protection; Corporate governance; Inheritance.

1 INTRODUÇÃO

Em face das frequentes discussões acerca de meios que visam à proteção patrimonial é que se escolheu o tema *holding* familiar para figurar como objeto deste trabalho.

A reunião de membros da mesma família, sempre foi a solução mais comum para a formação das sociedades empresárias. Justamente por possuírem seus membros integrantes fortes vínculos, as sociedades familiares em geral, oferecem maior segurança e tranquilidade aos investidores.

Assim, foi traçada a conceituação de holding, bem como elaborado um breve

¹ Discente do 8° Termo do Curso de Direito do Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. e-mail: kleber100@yahoo.com

² Docente do Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. e-mail: guilhermeharo@toledoprudente.edu.br

histórico, de como surgiu e como se deu sua evolução, seguido pela sua constituição e classificação, tomado como critério, seu objeto social e a finalidade no que tange especificamente a *holding* familiar.

Aprofundou-se nos aspectos de gestão compartilhada e governança coorporativa, em face de sua importância para uma sociedade como a *holding* e nos interesses que levam o fundador a constituir esta forma de sociedade, demonstrando a viabilidade da *holding* familiar em materializar tais interesses.

O método de estudo adotado foi o dialético, com caráter bibliográfico, exploratório, qualitativo e quantitativo, além da utilização de pesquisas para exploração do tema.

2 DA HOLDING

A *holding* não trata-se de um tipo societário específico. Deste modo, para sua constituição, o tipo societário deve ser definido de modo que se coadune com as atividades realizadas e as necessidades dos sócios.

Conforme a finalidade a ser alcançada pela *holding* é que será escolhido o tipo societário, no momento de sua constituição. Frequentemente são adotados os modelos de limitada ou por ações; contudo, a forma mais indicada é a sociedade limitada, uma vez que, para esta espécie de sociedade, um dos objetivos primordiais é evitar que terceiros ingressem em seus quadros societários.

2.1 Conceito e Finalidade

A origem do termo *holding* está no verbo do idioma inglês *to hold*, que significa segurar, sustentar, deter, manter, controlar. A sociedade *holding* tem por finalidade participar de outras sociedades, podendo exercer atividade empresarial ou não (LODI e LODI, 2011, p. 4).

Com a finalidade de aumentar seus ganhos e se protegerem das perdas nos momentos de recessão, os empresários devem investir em tecnologia e gestão, criando técnicas de planejamento estratégico inovadoras, uma vez que, a Economia não trata-se de uma ciência estática; o meio econômico apresenta ciclos de crescimento, estabilização e de recessão.

Assim, não é incomum que se observe um crescimento promissor em determinado período e, na sequência, o sofrimento causado pelas intempéries de uma crise, que pode advir de uma infinidade de fatores. Assim, caso não estejam preparados, empresários podem experimentar perdas substanciais em seu patrimônio.

A necessidade de planejamento estratégico inovador se torna ainda mais relevante quando se percebe que a simples utilização de dados econômicos do passado tornou-se uma ferramenta limitada para se planejar o comportamento do macroambiente econômico futuro (RASMUSSEN, 1991, p. 27).

Nesse diapasão, empreendimentos isolados, normalmente, possuem menos chance de se beneficiarem das oportunidades que o mercado oferece e sofrem mais nos momentos de crise. Por essa razão, os empresários passaram a buscar maneiras de fortalecer seus empreendimentos, organizando-os em grupos econômicos.

Com esta nova forma de estruturação, adveio a necessidade de se estabelecer um novo conceito de gestão, uma vez que se fazia necessário uma ferramenta que oportunize a conexão dos proprietários dos empreendimentos e dos gestores profissionais, que passariam a deter o controle operacional das riquezas. Em outras palavras, havia a necessidade de se constituir a forma de interrelação entre os responsáveis operacionais e aqueles que compunham a alta gestão do grupo (RASMUSSEN, 1991, p. 28).

Uma das ferramentas administrativas que viabilizou o modelo de gestão necessária a estes empresários, proporcionando o compartilhamento de gerências e de controles em busca de solidez empresarial, foi a denominada *holding* (LODI e LODI, 2011, p. 6).

No âmbito internacional, ensina-nos João Bosco Lodi e Edna Pires Lodi (2011, p. 4), que *holding* se trata de uma:

[...] sociedade juridicamente independente, que tem por finalidade adquirir e manter ações de outras sociedades, juridicamente independentes, como o objetivo de controlá-las, sem com isso praticar atividade comercial ou industrial.

Tal conceito, no entanto, se distancia da realidade empresarial brasileira, uma vez que o conceito refere-se às *holdings* puras e, por aqui, as *holdings* comumente prestam serviços civis ou eventualmente comerciais, adquirindo uma característica mista (LODI e LODI, 2011, p. 5).

Ao contrário das empresas tradicionais, que exercem as atividades de produção ou circulação de produtos ou serviços direcionados ao mercado, *a holding company* constitui grupos societários e propicia o compartilhamento de gerência e controle. Por possuir maior facilidade de administração, exerce maior controle por menor valor (LODI e LODI, 2011, pp. 11-12).

As empresas *holding* podem facilitar o planejamento, a organização, o controle, bem como o processo diretivo de suas empresas afiliadas, e também proporcionam, ao executivo, a possibilidade de melhor distribuir em vida seu patrimônio, sem ficar privado de um efetivo e

amplo processo administrativo. Nesse contexto, a *holding* tem elevada influência na qualidade do processo sucessório nas empresas, principalmente as familiares (OLIVEIRA, 2015, p. 08).

A *holding* forma um verdadeiro elo entre o grupo empresarial e os investidores, sendo que, através de representação societária em seu conselho de administração, consegue impedir que atitudes danosas venham a impedir o sucesso ou macular o nome das operadoras (LODI e LODI, 2011, p. 7).

Neste diapasão, não há como se dissociar o sucesso da *holding* do sucesso de suas controladas, uma vez que a função de enfrentar o mercado, lutando pela melhor forma de proficiência, posicionando-se perante a concorrência e colocando bem seus produtos são responsabilidade das controladas, enquanto a controladora *holding* deve se manter atenta às necessidades de modernização de capital de giro de cada operadora e às decisões sobre a sobrevivência da controlada ou não (LODI e LODI, 2011, p. 7).

Assim, basicamente, a finalidade das *holdings* seria a de administrar bens, geralmente imóveis e/ou manter majoritariamente ações ou quotas de outras sociedades empresarias, concentrando o controle destas sociedades, evitando, principalmente nos casos das ações, que elas se pulverizem em razão de sucessivas alienações e heranças (LEMOS JÚNIOR, 2014, p. 57).

2.2 Histórico

O termo *holding* surgiu por influência de entidades financeiras e, de início, tratava-se de sociedades constituídas com o objetivo de viabilizar linhas especiais de crédito. No entanto, não demorou para que sua função passasse a ter um viés de economia fiscal, visto que na década de 90, no Brasil, a transferência de dividendos entre pessoas jurídicas era isenta de tributação (LODI e LODI, 2011, p. 2).

No princípio, a visão que se tinha da *holding* era associada a delitos econômicos, justamente por ser "cercada de mistérios, manipulando capital fictício" sendo utilizada somente para fins fraudulentos, nas palavras de João Bosco Lodi e Edna Pires Lodi (2011, p. 2).

Somente com o advento da Lei 6.404/76 é que o termo foi "purificado" e ganhou uma conotação jurídica, quando o § 3°, do artigo 2°, da referida Lei previu a possibilidade de companhias terem por objeto participar de outras sociedades, ressalvando, desde logo, a possibilidade de se beneficiarem com incentivos fiscais (ROCHA JÚNIOR, 2014, p. 16-17).

Fato é que o passado, "manchado" do instituto influenciou na sua aplicação indevida durante muito tempo, o que resultou em maior atuação fiscal por parte do governo sobre estes

grupos. Passou-se, então, a tributar a distribuição de dividendos entre sociedades empresárias com o intuito de alcançar a pessoa física do sócio. Assim, quanto à tributação, a *holding* lentamente se transformou em uma sociedade como os demais tipos societários, ou seja, sem apresentar maiores vantagens.

Então, houve a necessidade de as *holdings* procurarem sua real identidade e suas verdadeiras funções, mas ainda que surgissem ideias que permitissem uma maior liberdade de ação e abertura de novos mercados, no início da década de 80, não havia como desvinculá-las da dependência governamental (LODI e LODI, 2011, p. 3).

Somente com o advento da Constituição de 1988, que surpreendeu ao enfatizar acerca de uma nova ordem econômica, é que inequivocamente foram previstas as bases para novos empreendimentos no seu artigo 170, além de ter disciplinado no artigo 226 um novo modo de relacionamento familiar, o que criou um ambiente propício para que a *holding* consolidasse seus objetivos.

João Bosco Lodi e Edna Pires Lodi (2011, p. 3-4) nos ensina, acerca destas novas disposições constitucionais, que:

Quem leu e entendeu pôde ver quase 10 anos antes as novas oportunidades e nelas a *holding* tinha o seu lugar destacado no planejamento e no estudo de viabilidades e investimentos em novos negócios. Temas como a sucessão, impostos *causa mortis*, imposto fortuna, doação são também mais fáceis de equacionar, abrigados sob a proteção da *holding*.

[...]

Com o Novo Código Civil, Lei 10.406, de 10/01/02, consideramos que a *holding* é a única possibilidade de proteger a família dos conflitos latentes que há nessa lei. Quando ela fala em sociedade investidora ou estabelece as regras da sucessão propriamente dita, torna-se confusa e, às vezes, até injusta [...]

Atualmente, a preocupação gira em torno da possiblidade de a União buscar meios para fazer cessar as vantagens tributárias que as *holdings* proporcionam, o que poderia ser interpretado como uma perseguição à um público que visa pagar menos impostos, não alcançando àqueles que, ilicitamente, visam a nada pagar (LODI e LODI, 2011. p. 4).

2.3 Vantagens na utilização da holding

As *holdings* podem trazer diversos benefícios, principalmente relacionados à proteção patrimonial, diminuição dos custos tributários e, além disso, contribui para que se evitem conflitos sucessórios e financeiros (LODI e LODI, 2011, p. 12).

Assevera Djalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, p. 19-21) que os empresários devem ter todo o conhecimento de administração, com suas metodologias e técnicas estruturadas para usufruírem das várias vantagens da *holding*.

As *holdings* possuem atuação como procuradoras de todo o grupo empresarial junto a órgãos do governo, entidades de classe e instituições financeiras; logo, possuem maior poder de negociação na obtenção de recursos financeiros e nos negócios com terceiros, unidade administrativa e de procedimentos de rotina em todas as empresas afiliadas, centralização das decisões financeiras que aumenta o poder de barganha das empresas afiliadas, concentração de diretrizes e decisões do grupo empresarial que proporciona maior celeridade decisória e homogeneidade de atuação, além de descentralização de tarefas de execução entre as empresas afiliadas (OLIVEIRA, 2015, p. 20).

A facilitação na administração do grupo empresarial verifica-se especialmente pela flexibilidade e agilidade nas transferências e alocações de recursos dentro do grupo e entre as empresas afiliadas à *holding*, sem a necessidade de ouvir os sócios e acionistas minoritários. Ainda quanto aos aspectos administrativos, confere-se o enxugamento das estruturas ociosas das empresas afiliadas relativamente aos serviços comuns a todo grupo, especialmente no caso de *holding* mista, bem como a centralização de determinados trabalhos com possibilidade de diminuição dos custos operacionais (OLIVEIRA, 2015, p. 20).

Quanto aos aspectos societários, Djalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, pp. 19-21) elenca como vantagens o confinamento dos possíveis conflitos familiares e societários exclusivamente dentro da empresa *holding* e a maior facilidade na transmissão de heranças.

Arlindo Luiz Rocha Junior, Elaine Cristina de Araújo e Katia Luiza Nobre de Souza (2014, pp. 212-213) citam, dentre outros, maior integração dos processos produtivos, tanto no aspecto retrointegrativo como pró integrativo, seleção e qualificação dos recursos humanos para o grupo, padronização de processos de organização e métodos e sistemas de controles internos em todos os elementos do grupo, centralização das atividades de marketing, pesquisas de mercado, publicidade e propaganda, para apoiar as atividades de comercialização dos componentes do grupo, e maior resultado de atividades de lobby com os Governos em caso de necessidade de apoio político para certos projetos do grupo.

Quanto aos aspectos financeiros, Djalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, pp. 19-21) elenca, dentre outros, maior controle acionário com recursos reduzidos, em especial quando se consideram as várias atividades corporativas que podem ser centralizadas; custos menores pela possibilidade de melhor interação das atividades operacionais entre as empresas controladas; redução nas dificuldades de fusão e incorporação pela administração mais interativa entre as empresas; isolamento das dívidas das afiliadas, uma vez que cada empresa pode ter sua vida própria; expansão de negócios rentáveis, apesar do insucesso de outras associadas, pois cada empresa afiliada pode ser considerada isoladamente; concentração do

poder econômico do acionista controlador na *holding*, no que corresponde a uma situação resultante da própria existência de uma *holding*; e maximização da garantia na aplicação de capital, se todas as empresas forem lucrativas, principalmente quando existe abordagem financeira do caixa único inerente as diversas empresas afiliadas.

Além desses aspectos, pode-se afirmar que há preservação do patrimônio pessoal, redução da carga tributária, e possibilidade de planejamento sucessório, pela facilidade de operacionalizar a sucessão hereditária.

2.4 Desvantagens na utilização da holding

Pode haver, no entanto, algumas desvantagens, na criação de uma *holding*, o que deve ser analisado antes da sua constituição, evitando que a abertura desta sociedade determine ou contribua para o insucesso do grupo. Assim, conforme informa Dijalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, p. 21), os empresários devem estar atentos ao seguinte:

- "[...] Quanto aos aspectos financeiros:
- não poder usar prejuízos fiscais, o que basicamente ocorre no caso da *holding* pura;
- ter maior carga tributária, se não existir adequado planejamento fiscal; naturalmente, essa desvantagem pode ser facilmente evitada por um adequado modelo de gestão da empresa *holding*;
- ter tributação de ganho de capital na venda de participações nas empresas afiliadas,
- ter maior volume de despesas com funções centralizadas na *holding*, o que pode provocar problemas nos sistemas de rateio de despesas e custos nas empresas afiliadas;
- ter imediata compensação de lucros e perdas das investidas pela equivalência patrimonial;
- ter diminuição da distribuição de lucros por um processo de sinergia negativa, em que o todo a holding pode ser menor do que a soma das partes, ou seja, das diversas afiliadas.

Dijalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, p. 22), elenca algumas desvantagens relacionadas aos aspectos administrativos:

- [...] Quanto aos aspectos administrativos:
- ter elevada quantidade de níveis hierárquicos, o que aumenta o risco inerente à qualidade e agilidade do processo decisório; e
- não ter adequado nível de motivação nos diversos níveis hierárquicos, pela perda de responsabilidade e autoridade, provocado pela maior centralização do processo decisório na empresa holding.

O alerta trazido pelo estudioso quanto aos aspectos administrativos é que, com a elevada quantidade de níveis hierárquicos formada com a constituição da *holding*, poderia haver prejuízo na agilidade e qualidade das decisões. Além disso, a maior centralização do processo decisório pode levar à desmotivação dos trabalhadores das empresas controladas, em seus diversos níveis hierárquicos, tendo em vista que com a centralização da administração, as controladas ficam sem uma referência de liderança e poder que oriente sua atividade. Com a

profissionalização da empresa pode haver, ainda, a perda de sua identidade inicial, pois a família poderia eventualmente ficar afastada do poder de decisão, já que em muitos casos os principais cargos ficam centralizados na *holding*, que demanda administração especializada.

Dijalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, p. 22) lista aspectos legais que podem influenciar negativamente, quando da opção dos empresários pela criação de uma *holding*:

- [...] Quanto aos aspectos legais:
- ter dificuldades em operacionalizar os tratamentos diferenciados dos diversos setores da economia, principalmente pela falta de conhecimento específico da realidade de cada setor, e;
- ter problemas em operacionalizar as diversas situações provocadas pelas diferenças regionais.

Assim, em havendo, em cada região do país e exterior economias e legislações distintas, uma vez centralizado o poder de decisão na *holding*, pode eventualmente haver problemas na operacionalização dos tratamentos diferenciados.

Por não possuir o conhecimento ou visão que cada setor distinto exige, os controladores podem tomar decisões equivocadas ou não ideais para a sociedade empresária, justamente por estas não refletirem as minúcias inerentes aos setores específicos da economia ou também por não condizerem com as especificidades impostas pela diversidade regional.

Finalmente, Dijalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, p. 22) aponta como aspecto societário: "consolidar o tratamento dos aspectos familiares entre quatro paredes, criando uma situação irreversível e altamente problemática".

Concentrar a administração em uma *holding*, consolidando a centralização do tratamento familiar, pode causar uma situação insustentável e altamente problemática no grupo empresarial, pois, em face das divergências de ideias, mistura de emoções e sentimentos, competitividades pessoais e disputas, o resultado poderá ser a ampliação de contendas pelo poder e por herança, resultando em sérios problemas para o grupo e embates que não se podem resolver através da *holding*.

2.5 Classificação

O ordenamento jurídico brasileiro não contempla um tipo empresarial denominado *holding*, mas prevê a possibilidade de uma sociedade ter como objeto social a participação em outras sociedades, conforme se apreende da leitura do contido no § 3° do art. 2° da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n°. 6.404/76). Cumpre à doutrina, portanto, a função de classificálas.

As *holdings* podem exercer outras atividades além de participação societária, consoante previsão em seu contrato ou estatuto social, possibilitando as mais variadas

atividades. Assim, a depender das atividades exercidas, basicamente elas são divididas em duas espécies principais, quais sejam: *holdings* puras e *holdings* mistas ou operacionais. Tais conceitos e apontamentos serão analisados na sequência.

Insta salientar que há, no entanto, doutrinadores como João Bosco Lodi e Edna Pires Lodi (2011, p. 50-52) que identificam vinte e duas espécies de *holdings*³, tomando como critério primordial a finalidade para o qual ela é constituída. Sob este aspecto também se conceituará a *holding* familiar, objeto de estudo deste trabalho.

2.5.1 Das holdings puras

As *holdings* são classificadas como puras quando possuírem como única atividade a participação no capital de outras sociedades, seja como acionistas ou quotistas. Em outras palavras, tratam-se das sociedades empresárias cujo objeto social é manter ações ou quotas sociais de outras companhias (TEIXEIRA, 2007, p. 5).

Precipuamente, buscam centralizar o controle das sociedades de forma que sua participação represente mais da metade do capital votante, situação em que são denominadas de *holdings* de controle. No entanto, é possível também a participação em sociedades sem possuir a maioria do capital votante e, neste caso, denominam-se *holdings* de participação.

Insta salientar que mesmo as *holdings* de participação trazem vantagens para seus sócios, pois uma vez reunindo as quotas dos sócios minoritários, concentrando-as em uma *holding*, ainda que esta última represente uma parcela minoritária do total do capital votante, a simples reunião já confere proteção ao evitar uma maior fragmentação destas quotas, o que torna os sócios minoritários menos vulneráveis ao poder dos sócios controladores.

Segundo João Bosco Lodi e Edna Pires Lodi (2011, p. 50), esta espécie de *holding* é, contudo, inócua diante de nossa legislação tributária, uma vez que sua fonte de receita se resume à distribuição de lucros e juros sobre o capital decorrente das participações societárias.

2.5.2 Das holdings mistas

As *holdings* mistas caracterizam-se por ter como objeto social, além da participação em outras sociedades, a exploração de uma atividade econômica. Assim, as *holdings* também podem atuar em atividades de produção, circulação de mercadorias ou prestação de serviços

Holding pura; Holding mista; Holding de controle; Holding de participação; Holding principal; Holding administrativa; Holding sectorial; Holding alfa ou Holding piloto; Holding familiar; Holding patrimonial; Holding derivada ou Holding ômega; Holding candida; Holding incorporada; Holding fusionada; Holding isolada; Holding em cadeia; Holding em estrela; Holding em pirâmide; Holding aberta; Holding fechada; Holding nacional; Holding internacional.

(ROCHA JÚNIOR, ARAÚJO e SOUZA, 2014, p. 18).

Normalmente, as atividades empresárias costumam ser desenvolvidas pelas sociedades em que a *holding* possui participação, sejam elas controladas ou não. No entanto, nada impede a inclusão em seu objeto social de uma atividade empresária por ela exercida diretamente. São comuns as atividades de consultoria, transporte de mercadorias e, até mesmo, de administração de bens e propriedade intelectual (LUZIA, 2013, p. 21).

Registre-se que, por se tratar da mesma pessoa jurídica que exerce atividade empresarial, industrial ou financeira, a prática destas atividades, distintas da participação em sociedade, poderá comprometer o patrimônio da *holding*, como, por exemplo, no caso de dívidas não honradas.

É importante frisar que, por questões fiscais e administrativas, esta é a espécie de *holding* mais utilizada no Brasil, prestando serviços e eventualmente exercendo atividades comerciais (TEIXEIRA, 2007, p. 6).

2.5.3 Das holdings familiares

Basicamente, esta espécie de *holding* possui como característica a participação de membros de uma mesma família que desejam concentrar o patrimônio e facilitar sua administração.

Não se trata de um tipo específico de *holding* e pode se consolidar tanto na forma pura como na forma mista, mas, conforme já se adiantou, no Brasil comumente se apresenta na forma mista.

Além das características elencadas acima, a constituição da *holding* familiar visa a redução da carga tributária que incide sobre a pessoa física, a facilitação no planejamento sucessório e a obtenção do retorno do capital sob a forma de lucros e dividendos, sem tributação. Nesta linha de raciocínio, ainda se almeja evitar a formação de núcleos familiares distintos, como no caso da chegada à família de parentes por afinidade e, consequentemente, conflitos de interesses (LEMOS JÚNIOR, 2014, p. 59).

Assim, com a constituição da *holding* familiar, geralmente parte do patrimônio pertencente aos membros da família passa a compor o patrimônio da *holding*. A participação de cada um na sociedade será, a *priori*, correspondente ao capital integralizado.

Insta salientar que, no que diz respeito ao patrimônio, sua abrangência vai além dos bens imóveis e móveis – engloba, também, as participações societárias que eventualmente os membros da família possuam. Mas há necessidade de se ter cautela quanto à escolha dos bens que comporão a *holding*, devendo ser integralizados apenas aqueles que tragam segurança e

estabilidade ao patrimônio.

Sob este aspecto, aconselha-se a não integralizar, por exemplo, veículos, simplesmente por existir a possibilidade de ele se envolver em um acidente e ensejar uma responsabilização civil a título de danos materiais e/ou morais que venha a atingir outros bens de propriedade da *holding*.

Fato é que, a partir da integralização do capital, as pessoas físicas deixam de ser proprietárias do patrimônio integralizado e passam a ser titulares das quotas da *holding*. Em outras palavras, a *holding* passa a ser proprietária e administra os bens, enquanto as pessoas físicas passam a ser detentoras de uma parcela de suas quotas sociais.

Tal prática possibilita que os bens permaneçam no âmbito familiar por gerações, tendo em vista que a pessoa jurídica tende a ser perene, ao contrário da pessoa natural, que certamente desaparecerá.

No mesmo sentido, a *holding* se expressa pelo voto referente à totalidade da participação societária da qual é proprietária. Dessa forma, se impede que eventuais divisões na família apresentem, em assembleia, por meio de voto discordante. Tal cizânia na família, ainda que decorrente de sócio majoritário, poderia causar grave problema, pois uma vez submetida a referida controvérsia ao voto dos demais sócios, poderiam restar danos ao grupo.

Além disso, ainda que as quotas sociais daquele que falecer possam ser transferidas ou liquidadas para satisfazer o quinhão dos herdeiros do *de cujus*, o poder de decisão da *holding* frente às sociedades de que participa e a administração dos bens que possui permanece inalterado.

Sob este aspecto, a *holding* ainda proporciona a contratação de profissionais preparados para atuar em atividades de comando. Tais indivíduos, cientes da situação na sociedade, porém afastados de questões internas, poderão reagir melhor a alterações no *status quo*, justamente por não se envolverem emocionalmente, o que poderá trazer maior eficiência para uma reestruturação da própria *holding* ou de suas controladas.

2.6 A escolha do tipo societário

Uma vez escolhida a espécie de *holding*, se pura ou mista, passa-se à escolha do tipo societário que será utilizado para a sua criação. O tipo societário está previsto legalmente e deve ser definido considerando os objetivos pretendidos com a constituição da *holding*.

Para usufruir do conjunto de vantagens que tal escolha pode trazer, deverá o empresário observar o tipo de *holding* que melhor se compatibilize com sua atividade, pois a otimização dos resultados almejados depende da escolha correta.

Em outras palavras, a eleição do modelo de sociedade, deve ser analisada com critérios, como por exemplo: se sociedade anônima ou sociedade limitada, a composição acionária (capital fechado ou aberto), objetivo principal (familiar, patrimonial), estratégias de negócios, forma de administração, mercado, finanças, etc.

A opção pelo modelo de sociedade limitada através da sociedade simples é o mais apropriado quando a sociedade não tiver atividade empresarial. Já a escolha da sociedade anônima, que requer estrutura mais ampla e sofisticada, é mais adequada quando se pretenda a abertura de capital e no que tange à obtenção de vantagens fiscais.

Segundo leciona João Bosco Lodi e Edna Pires Lodi, (2011, p. 83), a Sociedade Limitada, é a forma societária mais indicada para a maioria das *holdings* (*holdings* familiares, *holdings* puras, *holdings* pessoais e *holdings* patrimoniais).

As vantagens dessa escolha são inúmeras, tais como flexibilidade de decisões, menor burocracia e maior controle, barreiras ao ingresso de estranhos, custos operacionais baixos, responsabilidade limitada ao capital, entre outras.

Por outro lado, como desvantagens deste tipo de escolha, o eminente doutrinador leciona que este modelo exige acompanhamento técnico e contábil, depende de recurso próprio e implica em menor acesso a financiamentos (LODI e LODI, 2011, p. 84).

As sociedades por ações (S/A) são recomendadas para as *holdings* administrativas, pois trazem como vantagens, por exemplo, a transferência de gestão por eleição, captação de recursos de terceiros no mercado acionário e poder de negócio. Contudo, as sociedades anônimas só são recomendadas para aquelas que já estão registradas na bolsa de valores, uma vez que o momento não é propício para esse tipo de investimento (LODI e LODI, 2011, p. 82).

Quanto às sociedades por ações fechadas, são recomendadas para *holdings* administrativas com diversos sócios não familiares, uma vez que propiciam melhor controle de entrada de terceiros do que a S/A aberta, menor investimento para controle, determinação de sucessor por testamento etc (LODI e LODI, 2011, p. 83).

2.7 Governança Corporativa

A governança corporativa trata-se de "um conjunto de mecanismos que visam a aumentar a probabilidade de os fornecedores de recursos garantirem para si o retorno sobre seu investimento" (SILVEIRA, 2004, p. 12).

Em outras palavras, refere-se aos instrumentos que viabilizam aos sócios e/ou investidores gerenciar estrategicamente o empreendimento e monitorar as ações da diretoria

executiva quando, por algum motivo, precisarem se afastar das funções de gerência, ou quando, na verdade, nunca tiveram tal função.

Ainda, segundo Alexandre Di Miceli da Silveira (2004, p. 12-13):

O risco de os recursos dos investidores não serem bem empregados ou serem desviados decorre fundamentalmente da existência de uma situação de separação entre propriedade e controle, em que as pessoas que fornecem capital não participam diretamente das decisões corporativas.

Assim, com regras claras acerca da função de cada componente da organização, tende-se a obter uma melhor administração, o que constitui a base para a sustentabilidade do empreendimento. Para tal, são instrumentos básicos de governança corporativa (sistema pelo qual as demais corporações são dirigidas ou monitoradas), o conselho de administração (membros que supervisionam as atividades da organização), o conselho fiscal (fiscaliza e opina sobre as contas da companhia) e as auditorias independentes (através de procedimentos técnicos atesta ou não determinado ato ou fato) (MAZZARO, 2010, p. 10).

Sob este aspecto, dispõe o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (2009, p. 19) que:

As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

Flávio Campestrin Bettarello (2008, p. 29) defende que a governança corporativa se trata de um sistema de valores e padrões de comportamento. Neste sentido, são princípios básicos da governança corporativa a transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

Em breve explanação, o IBGC⁴ (2009, p. 19) define os pilares da governança corporativa da seguinte forma:

"Transparência" em disponibilizar, a todos os interessados no empreendimento, informações que sejam de seu interesse, não limitando às impostas por leis ou regulamentos e não as restringindo ao desempenho econômico-financeiro, mas também com informações que norteiam a ação gerencial condizentes com a otimização e preservação da sociedade empresária ou organização.

A "equidade" visa garantir a todos os sócios e demais interessados um tratamento isonômico e justo, considerando suas necessidades, direitos, deveres, expectativas e interesses.

A "prestação de contas" acerca da atuação dos agentes de governança deve ser feita

⁴ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

de forma clara, concisa, compreensiva e tempestiva, de modo a comprovar que suas atuações se dão de forma diligente e com responsabilidade no âmbito de suas funções.

Por fim, observa-se a "responsabilidade corporativa" no sentido de que os agentes de governança devem sempre zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, de forma a reduzir externalidades negativas e aumentar as positivas atinentes a suas operações e negócios.

Com tais características, não é por outro motivo que Renata Weingrill Lancellotti (2010, p. 94) defende que:

As práticas de governança corporativa são boas ferramentas para proporcionar melhores condições às empresas deficitárias e mal administradas. A adoção dessas práticas contribui para o desempenho das empresas e tem se mostrado uma das principais formas de evitar o conflito de interesses entre os acionistas (ou quotistas), controladores e minoritários.

Feitas estas considerações, destaca-se que, em empreendimentos familiares habitualmente surgem conflitos de interesse que, via de regra, afeta negativamente, seja em relação ao seu desenvolvimento, seja no que tange ao relacionamento pessoal entre os membros da família.

Costumam-se perpetrar, nestes empreendimentos, conflitos que envolvem confusão patrimonial, a forma de participação nos resultados, o direcionamento dos negócios e aspirações a cargos na companhia.

A *holding* familiar necessita contar com uma estrutura de governança corporativa propícia à identificação dos conflitos, resolvendo-os ou mitigando-os através da distinção clara entre propriedade e gestão.

Sob este aspecto, mostra-se eficaz a criação de um conselho de família, que não se confunde com o conselho de administração, ao passo que não integra o sistema de gestão do empreendimento e tem a função de organizar as expectativas dos membros da família em relação à sociedade (RODRIGUES, 2012, s.p.).

Este conselho propicia aos membros da família a discussão de temas como a preservação dos princípios e valores familiares que orientam o negócio, definição de limites entre os interesses dos familiares e os do empreendimento, os critérios para compor cargos de gestão e o direcionamento geral dos negócios (RODRIGUES, 2012, s.p.).

Dessa forma, conforme nos ensina Aline Pardi Ribeiro (2012, s.p.):

[...] a longevidade das empresas familiares é determinada pelo seu posicionamento frente aos obstáculos atuais impostos pelo crescimento (na busca de soluções harmoniosas e objetivas que dirimam os riscos da falta de coesão entre os sócios), ao desalinhamento de intenções e as lutas de poder que podem surgir das relações familiares.

Assim, a governança corporativa aplicada à *holding* familiar proporciona uma gestão estruturada, confiável, transparente e eficiente, com respeito aos princípios, regras e instrumentos jurídicos que fundamentam o Direito Empresarial, preservando-se o principal fator de ascensão do empreendimento, qual seja: a família.

2.8 Interesses em Constituir uma Holding Familiar

Além de a *holding* possuir, por natureza, a finalidade de centralizar a administração das sociedades na qual ela participa como quotista ou acionista, o que, por si só, já justificaria sua constituição para boa parte de seus idealizadores, as *holdings* familiares possuem algumas peculiaridades que podem torná-las ainda mais relevantes, principalmente no que tange os aspectos fiscal e societário.

Assim, destacam-se motivadores que vão desde a redução da carga tributária propriamente dita, à sucessão e à possibilidade do retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos sem tributação.

Conforme a particularidade de cada caso, a *holding* pode proporcionar uma economia fiscal lícita, em total conformidade com a legislação tributária. Para se alcançar este objetivo, segundo Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2016, p. 98), é "indispensável a avaliação por um especialista que, para cada situação, faça uma avaliação dos cenários fiscais para definir, em cada caso, qual é a situação mais vantajosa [...]".

Sob o aspecto societário, objetiva-se, além do crescimento do grupo familiar, que a administração, o controle e o planejamento de todos os bens e investimentos permaneçam no mesmo grupo familiar por gerações (TEIXEIRA, 2007, p. 9-10).

Assim, a *holding* pode viabilizar a solução de problemas com a herança, através da indicação dos sucessores da sociedade, assim substituindo, em parte, as declarações testamentárias, o que pode evitar litígios judiciais. Concomitantemente, propicia um ambiente adequado para o treinamento destes sucessores, além de profissionais de fora do grupo familiar que poderão angariar cargos de direção (TEIXEIRA, 2007, p. 10).

O capital das *holdings* é formado a partir da incorporação de bens e/ou direitos que podem advir tanto de pessoas físicas como de pessoas jurídicas; no entanto, tratando-se de *holding* familiar, normalmente a integralização é realizada somente por pessoas físicas componentes do núcleo familiar.

Esta transferência, por si só, evita que o patrimônio da pessoa física fique exposto às intempéries a que a pessoa natural está sujeita. Isto porque, a partir do momento em que a *holding* passa a ser a proprietária dos bens e direitos, *a priori*, será seu instrumento de

constituição que definirá as regras nos casos que envolvam dissidências entre familiares ou espólios e as regras de Direito Empresarial, e não mais a legislação civil aplicada às pessoas físicas.

Tal afirmação é corroborada pelo entendimento de Teixeira (2007, p. 11):

A holding atende também a qualquer problema de ordem pessoal ou social, podendo equacionar uma série de conveniências de seus criadores, tais como: casamentos, desquites, separação de bens, comunhão de bens, autorização do cônjuge em venda de imóveis, procurações, disposições de última vontade, reconhecimento a funcionários de longa data, amparo a filhos e empregados. A cada tipo de problema existe um tipo de holding, aliada a outros documentos que poderão suprir necessidades humanas, apresentando soluções legais em diversas formas societárias.

Assim, embora a *holding* exija um planejamento estratégico para se originar, após a constituição, torna-se ela própria o centro de planejamento de todo o grupo familiar.

Conforme ensina Acauã Vitória (2012, p. 27):

Para um bom planejamento patrimonial e familiar da *Holding*, há de se atentar para diversos aspectos, dentre os quais, três terão de ser bem analisados e sopesados, [...], quais sejam: o núcleo administrativo, respeito ao direito de convivência como um meio de contenção de conflitos familiares e blindagem patrimonial.

Fato é que eventuais conflitos familiares, devem ser resolvidos pelas regras do Direito Empresarial, e não no calor das emoções, pela passionalidade ou subjetividade dos sócios. Sob este prisma, talvez resida o principal interesse em se constituir uma holding familiar, uma vez que ela pode e deve estabelecer regras de convivência familiar no ambiente empresarial, ao menos no que tange ao patrimônio e aos negócios.

Sobre o assunto, nos ensina Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2016, p. 74):

[...] o Direito Empresarial e, mais especificamente, o Direito Societário, constituíram-se como disciplinas jurídicas que não estão atreladas às limitações emotivas e, justamente por isso, puderam sobejar normas para a convivência entre os sócios.

A família é um grupo formado por relações muito diferentes daquelas de qualquer outro grupo, ainda mais em relação aos sócios, que têm por finalidade principal o lucro. Por esse motivo, o ordenamento jurídico não disciplina minuciosamente a maneira como devem se relacionar os membros da família empresária, até porque isso seria um erro. Contudo, há especificidade no ordenamento quanto às sucessões, na tentativa de minimizar os possíveis conflitos em relação à herança (LODI e LODI, 2011, p. 10).

Assim, os familiares, ao passarem a ser sócios, obrigam-se a respeitar as normas jurídicas, especialmente acerca do Direito Empresarial e do ato constitutivo da sociedade. Esta característica permite que os conflitos familiares, pelo menos no que tange ao patrimônio e aos negócios, deixem de ser regulados pelo Código Civil, mais precisamente pelo Direito de

Família, e passem a respeitar as normas de Direito Empresarial (MAMEDE e MAMEDE, 2016, p. 74).

3 CONCLUSÃO

Ainda que a finalidade da *holding* tenha sido deturpada, fazendo com que os órgãos governamentais intervissem para impedir a sua utilização de forma indiscriminada, com o advento da Constituição de 1988 abriu-se a visão dos empreendedores para uma nova ordem econômica e familiar. A *holding* voltou, então, a tornar-se instrumento viável e necessário.

Assim, a *holding* familiar surge como a solução para a pessoa natural, que por ser efêmera e sujeita às intempéries da vida não tem como proporcionar a segurança que representa uma pessoa jurídica, esta com o potencial de transcender gerações.

No entanto, para garantir o seu sucesso, como em qualquer empreendimento se faz necessário uma visão profissional, aplicando-se princípios da governança administrativa evitando-se ou ao menos mitigando-se conflitos que frequentemente surgem em um ambiente familiar.

Somente com um planejamento estratégico bem estruturado e regras claras é que os interesses se materializarão quando da constituição da *holding*, permitindo progressivo fortalecimento e profissionalização do empreendimento e do grupo familiar a cada geração.

Conclui-se, portanto, que se bem estruturada e com respeito aos princípios básicos da governança administrativa, a *holding* pode proporcionar ao grupo familiar uma série de benefícios, como diminuição da carga tributária quando comparada à que incide sobre a pessoa física, solução de problemas com a sucessão e economia com os custos de gerenciamento do patrimônio.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETTARELLO, Flavio Campestrin. **Governança corporativa: fundamentos jurídicos e regulação**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

INSTITUTO Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa.** 4.ed. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo: IBGC, 2009. Disponível em: < http://www.ibgc.org.br/userfiles/Codigo_julho_2010_a4.pdf Acesso: em 12 out. 2016.

LANCELLOTTI, Renata Weingrill. **Governança corporativa na recuperação judicial: lei n° 11.101/2005.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; SILVA, Raul Sebastião Vasconcelos. Reorganização

societária e blindagem patrimonial por meio de constituição de *holding. In*: Scientia Iuris, v.18, n.2, 2014, pp.55-71.

LODI, Edna Pires; LODI, João Bosco. **Holding**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

LUZIA, Vitor Rinaldi de. **Holding como estrutura de sociedades familiares.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de bacharel em Direito. Ribeirão Preto, 2013. Disponível em: http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-20122013-100852/publico/VitorRinaldideLuzia.pdf Acesso: em 12 out. 2016.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens:** planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

MAZZARO, Renata Maria. **Os princípios da governança corporativa na recuperação judicial.** Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Presidente Prudente, 2010. Disponível em: http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/2677/2455 Acesso: em 12 out. 2016.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Holding, administração corporativa e unidade estratégia de negócio: uma abordagem prática**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RASMUSSEN, Uwe Waldemar. **Holdings e Joint Ventures: uma análise transacional de consolidações e fusões empresárias.** 2.ed. São Paulo: Aduaneiras, 1991.

ROCHA JÚNIOR, Arlindo Luiz; ARAUJO, Elaine Cristina de; SOUZA, Katia Luiza Nobre de. **Holding: aspectos contábeis, societário e tributários.** São Paulo: IOB Folhamatic EBS – Sage, 2014.

RODRIGUES, Carlos Airton. **Governança corporativa em empresas familiares.** 2012. Disponível em: < https://endeavor.org.br/governanca-corporativa-em-empresas-familiares/>. Acesso: em 13 out. 2016.

RIBEIRO, Aline Pardi. **Governança corporativa em empresas familiares.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3409, 31 out. 2012. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/22915. Acesso em: 13 out. 2016.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. **Governança corporativa e estrutura de propriedade: determinantes e relação com o desempenho das empresas no Brasil**. Tese apresentada à Universidade de São Paulo, como requisito para obtenção do titulo de Doutor em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004. Disponível em: http://mrm.comunique-se.com.br/arq/132/arq_132_13600.pdf>. Acesso: em 12 out. 2016.

TEIXEIRA, João Alberto Borges. **Holding Familiar: tipo societário e seu regime de tributação.** Tupã, 2007, Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?

<u>id dh=661</u>> Acesso: em 12 out. 2016.

VITORIA, Acauã. **Holding familiar: a administração e a blindagem do patrimônio familiar.** Blumenau: FURB, 2012.

O IPI NA REVENDA DE PRODUTOS IMPORTADOS: QUESTÃO DE (IN)COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

João Otávio Bacchi GUTINIEKI¹

RESUMO

Primeiramente introduziu-se o tema, com a busca da compreensão da necessidade da justiça fiscal e de uma tributação segura e compreensível. No primeiro capítulo do trabalho foi trabalhada a questão da necessidade do direito tributário para a manutenção do Estado e da boa relação entre este e o contribuinte. O segundo capítulo teve como base o Imposto sobre Produtos Industrializados, sua origem, regras e disposições constitucionais sobre como será este imposto aplicado aos contribuintes. Após, se discorre sobre a cobrança do Imposto sobre Produtos Industrializados na revenda de produtos industrializados, sem a prática de qualquer ato de industrialização, reconhecendo sua ilegalidade e inconstitucionalidade. Ainda se busca conhecer a atual compreensão do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, tribunal este que já havia mudado de opinião diversas vezes sobre a questão, a última sendo uma decisão contra o contribuinte. Ainda há menção ao recurso extraordinário que aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e que pode por fim à verdadeira insegurança que as reviravoltas jurisprudenciais trazem aos contribuintes. A última parte do trabalho foi dedicada à comprovação de que a cobrança do IPI sobre a revenda de produtos importados que não sofreram industrialização é verdadeira invasão da competência tributária dos Estados, reafirmando a tese da inconstitucionalidade da cobrança. Por fim, conclui-se pela inconstitucionalidade da imposição do IPI a estas operações e pela necessidade de precedentes judiciais sólidos no país, vez que em matéria tributária sente-se verdadeira "roleta russa" nas decisões dadas pelos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação de Produtos Importados. IPI. Revenda. Competência Tributária. Divergência Jurisprudencial. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Firstly, the theme was introduced, with the search for an understanding of the need for fiscal justice and a safe and comprehensible taxation. In the first chapter of the paper the question of the need of the tax law for the maintenance of the State and of the good relation between this and the taxpayer was worked out. The second chapter was based on the Imposto sobre Produtos Indutrializados (Tax on Industrialized Products), its origin, rules and constitutional provisions on how this tax will be applied to taxpayers. After, it is discussed the collection of the Tax on Industrialized Products in the resale of industrialized products, without the practice of any act of industrialization, recognizing its illegality and unconstitutionality. It is still intended to know the current understanding of the Superior Tribubal de Justiça (Superior Court of Justice) on the subject, which court had already changed its orientation several times on the issue, the latter being a decision against the taxpayer. There is still mention of the extraordinary appeal that awaits judgment by the

Graduado em Comércio Exterior pela Universidade Estácio de Sá (2015). Graduando em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), com período de mobilidade internacional realizado na Universidade do Porto (2015/2016), término previsto para dezembro de 2017. Bolsista de Iniciação Científica da Fundação Araucária desde 2013, atualmente orientado pelo Prof. Dr. Marcos César Botelho. É membro dos grupos de pesquisa "GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais" (UENP) e "Globalização e seus reflexos jurídicos" (UENP). Estagiário na banca de advocacia do Prof. Jaime Domingues Brito. Tem interesse nas áreas de Direito Tributário, Direito Comercial e Direito Econômico, especialmente em Direito da Concorrência.

Supremo Tribubal Federal (Federal Supreme Court) and that can finally end the true insecurity that the jurisprudential twists bring to the taxpayers. The last part of the paper was dedicated to proving that the collection of the IPI on the resale of imported products that did not undergo industrialization is a true invasion of the tax jurisdiction of the States, reaffirming the thesis of the unconstitutionality of the collection. Finally, the IPI imposition of these transactions is unconstitutional and because of the need for solid judicial precedents in the country, since in terms of taxation there is a real "Russian roulette" in the decisions given by the courts.

KEY-WORDS: Taxation on Imported Products. IPI. Resale. Tax Competence. Jurisprudential divergence. Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará compreender de uma maneira lógica e com vistas à Constituição Tributária estabelecida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nossa "Constituição cidadã". Desta forma, trabalharemos os conceitos iniciais do Direito Constitucional Tributário e sua ligação com uma tributação justa e segura, ligada intimamente ao que se considera por justiça fiscal.

Buscaremos conhecer mais sobre a origem e a regulamentação do Imposto sobre Produtos Industrializados, o IPI. Aprofundando-se também nos princípios constitucionalmente determinados a este tributo, sendo eles: a seletividade e a não-cumulatividade.

Há um necessário foco na tributação do Imposto sobre Produtos Industrializados e a verdadeira desordem jurisprudencial provocada pelo Superior Tribunal de Justiça no que tange à hipótese de incidência deste imposto e sobre a revenda de produtos importados ser ou não um fato gerador imponível ao importador, no momento da venda dos produtos por ele importados. Apesar da pontualidade quanto ao assunto, o trabalho busca agregar à ciência jurídico-tributária, através da contestação da verdadeira "normose" que termina por afetar os Tribunais Superiores, que em diversas oportunidades, como veremos, chancelam as ilegalidades e inconstitucionalidades cometidas pelo Fisco em nome da arrecadação e de uma suposta manutenção na segurança das finanças públicas.

1. O DIREITO TRIBUTÁRIO E O ESTADO FISCAL

A tributação justa continua a ser um mito a ser desvendado diariamente pelos brasileiros, independentemente da classe social, há no país, o que é "público e notório" uma sensação corrente de que os tributos não são bem aplicados, ou que o pagamento destes não traz benefícios ao contribuinte.

É importante, porém, que a carga tributária não se torne pesada ao ponto de desestimular a iniciativa privada. No Brasil, infelizmente, isto vem acontecendo. Nossos tributos, além de serem muitos, são calculados mediante alíquotas elevadas. Por outro lado, o Estado é perdulário. Gasta muito, e ao fazê-lo privilegia uns poucos, em detrimento da maioria, pois não investe nos serviços públicos essenciais dos quais esta carece, tais como educação, segurança e saúde. Assim, mesmo sem qualquer comparação com a carga tributária de outros Países, é possível afirmar-se que a nossa é exageradamente elevada, posto que o Estado praticamente nada nos oferece em termos de serviços públicos. (MACHADO, 2013, p. 24-25).

As ondas mais liberais chegam a propagar o mote de que "imposto é roubo", desvirtuando ainda mais a ciência financeira do Estado, já tão desgastada pelos incessantes escândalos de corrupção, que escancaram a farra feita com o dinheiro público, onde termina por interessar mais o bolso daqueles que são, ou não, eleitos para a vida pública.

Desta maneira, falar em direito tributário em um país de desigualdades e acentuado grau de desconfiança na "Fazenda Pública" torna-se um verdadeiro desafio. É necessária a compreensão de que a tributação é a única maneira para garantir a consecução das atividades estatais mais básicas, materializando os direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República.

Até porque, vivemos em um Estado Fiscal, no qual a manutenção das atividades estatais, conforme afirmado acima, advém diretamente das receitas dos ingressos públicos, dos tributos em geral. Há, diferentemente de nós, Estados onde o recurso público tem origem nas atividades econômicas desenvolvidas pelo próprio ente estatal, como, por exemplo, no caso dos países petroleiros, em que há baixa ou nenhuma tributação e mesmo assim subsiste receita suficiente para a manutenção da máquina estatal.

O Direito Tributário tem o dever de ser antes de tudo, justo, conforme escrevem os professores portugueses Diogo Leite de Campos e Mônica Horta Neves Leite de Campos (2000, p. 16, grifo nosso):

Não basta que o Direito Tributário seja uma **ordem** - e que seja uma ordem **segura.** É necessário que seja uma ordem **justa** para revestir a segunda característica necessária para que as normas legais tributárias merecem o nome de **Direito** Tributário. Essa exigência de **justiça** coloca-se a todos os níveis. Antes de mais, ao nível legislativo. O legislador deverá obedecer aos ditames do Estado-de-Direito em sentido material, criando nomas que se afiguram justas à generalidade dos cidadãos - e que o sejam efectivamente. Nesta finalidade, a Doutrina tem vindo, como referimos, a definir critérios de justiça material orientadores da acção legislativa. **Outro nível de Justiça é o da actuação da administração fiscal e dos tribunais.** Mas, a este nível, a justiça reveste, a maioria das vezes, a face da segurança.

No Brasil há garantia sobre a liberdade de iniciativa privada, por conseguinte, a atividade econômica ocorre majoritariamente nas mãos dos particulares, recebendo o Estado uma parcela dos rendimentos e da movimentação econômico-financeira através da tributação.

Nas palavras do Hugo de Brito Machado (2013, p.24) "A tributação é, sem sombra de dúvida, o instrumento que se tem valido a economia capitalista para sobreviver".

Sobre o atual estágio do Estado Fiscal, trata Ricardo Lobo Torres (2005, p. 9, grifo nosso):

A partir da queda do muro de Berlim (1989), que, com o seu simbolismo, marca o início do processo de globalização, a crise do socialismo e dos intervencionismos estatais e a mudança dos paradigmas políticos e jurídicos, fortalece-se o Estado Democrático e Social Fiscal (...). Mantém características do Estado Social, mas passa por modificações importantes, como a diminuição do seu tamanho e a restrição ao seu intervencionismo no domínio social e econômico. Vive precipuamente dos ingressos tributário, reduzindo, pela privatização de suas empresas e pela desregulamentação do social, o aporte das riquezas patrimoniais e parafiscais.

Geraldo Ataliba (2001, p. 29-30) coloca o tributo como o "instrumento jurídico de abastecimento dos cofres públicos", ressaltando o seguinte:

A finalidade última almejada pela lei é a transferência de dinheiro das pessoas privadas, submetidas ao poder do estado, para os cofres públicos. (...) As normas tributárias, portanto, atribuem dinheiro ao estado e ordenam comportamentos, dos agentes públicos, de contribuintes e de terceiros, tendentes a levar (em tempo oportuno, pela forma correta, segundo os critérios previamente estabelecidos e em quantia legalmente fixada) dinheiro dos particulares para os cofres públicos.

O direito tributário é, portanto, o conjunto de regras que regula a maneira pela qual será feita a cobrança deste instrumento jurídico, dando garantias ao contribuinte, evitando que seja feita uma verdadeira "derrama" pelo Estado sobre o patrimônio dos sujeitos passivos da relação jurídica obrigacional tributária.

Entretanto, a maneira com que o próprio Fisco compreende e aplica a legislação tributária termina por gerar insegurança no contribuinte, que tem seu patrimônio desfalcado por questões que não acreditava serem causa suficiente para a cobrança do tributo, ou seja, por vezes a entidade arrecadadora acaba por "criar" fatos geradores abstratos onde estes não existem, tributando não segundo a lei, mas sim, popularmente dizendo, da maneira com que "se enche mais rapidamente os cofres do Estado". O assunto do trabalho versa diretamente sobre isto, casos em que não há razão para a tributação, por não haver a hipótese de incidência tributária totalmente definida e que terminam por sofrerem a imposição fiscal em virtude de entendimentos dúbios esposados pelo Autoridade Fiscal.

A saída, portanto, seria a busca de socorro junto ao Poder Jurisdicional, mas este, por sua vez, por vezes também não compreende bem o seu papel, terminando por completar a verdadeira confusão que é a tributação no Brasil.

2. O IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI)

O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) é imposto de competência tributária da União, com previsão constitucional no Artigo 153, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

Como é constitucionalmente prevista nas normas que tratam sobre o Sistema Tributário Nacional, a competência tributária dá ao ente federativo quatro capacidades tributárias, sendo elas: instituir, legislar, fiscalizar e arrecadar o tributo.

Para Hugo de Brito Machado (2013, p. 276):

A atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena, ressalvadas as limitações contidas na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, e observando o que estabelece o Código Tributário Nacional (CTN, art. 6°). Isto significa dizer que se a Constituição Federal atribui aos Estados competência para instituir um imposto, como fez, por exemplo, com o ICMS, está também dando a estes plena competência para legislar a respeito.

O Imposto sobre Produtos Industrizados, como dito logo na primeira linha deste capítulo, é de competência tributária da União, portanto, será regulamentado por lei federal, sendo também pela União fiscalizado e arrecadado. Trata-se de um tributo historicamente criado pela Emenda Constitucional nº 18/1965 para substituir o "imposto de consumo", imposto este que havia ingressado para o sistema tributário através da Constituição de 1934.

O art. 153, IV não define o fato gerador do tributo. Mas até mesmo pelo critério nominalista podem ser tiradas algumas conclusões. O tributo incide sobre a produção e circulação inicial, caracterizando-se, ao lado do ICMS, que possui maior espectro, como imposto sobre a produção e circulação de riquezas. Tanto que industrializado o produto, aqui ou no estrangeiro, a sua circulação, seja pela saída econômico-jurídica do estabelecimento industrial, seja pela arrematação em leilão, seja pelo desembaraço aduaneiro, constitui fato gerador de IPI. (TORRES, 2005, p. 377).

Assim, a União Federal, dentro da capacidade tributária de legislar sobre o IPI, inscreve sua incidência, fato gerador e demais elementos no próprio Código Tributário Nacional (CTN), que entre os Artigos 46 e 51 traz um regulamentação sobre o tributo ora por nós individualizado e estudado.

Recordando que, na lei é que se tem inscrito o fato gerador dos tributos ou, nas palavras de Geraldo Ataliba (2001, p. 53), "uma lei descreve hipoteticamente um fato ou um conjunto de circunstâncias de fato, e dispõe que a realização concreta, no mundo fenomênico, do que foi descrito, determina o nascimento de uma obrigação de pagar um tributo", nascendo, assim uma "hipótese de incidência tributária".

Isto posto, em que pese a Carta Maior não descreva claramente a "hipótese de incidência tributária" do IPI, esta deixa claro tratar-se de um imposto sobre "produto

industrializado", ou seja, decorrente da industrialização de matéria prima, produzindo bens de consumo duráveis e não duráveis. O que, em uma primeira discussão, parece simples de ser definido, termina por causar grandes divergências entre o entendimento do Fisco e do contribuinte sobre aquilo que é e o que não é a prática de "industrializar".

É esta controvérsia que nos explicita a doutrina:

Mas o conceito constitucional de produtos industrializados não é uníssono, necessitando as ulteriores definições e enumerações da legislação ordinária, com o que se transformará em conceito legal, aproximando-se tanto quanto possível do conceito tecnológico. (TORRES, 2005, p. 377).

Nas palavras de Roque Antônio Carrazza (2004, p. 84-85), o IPI deve ter obrigatoriamente caráter extrafiscal, ou seja, ter objetivos que vão além da mera arrecadação de receitas, pois há normas constitucionais mandando que o imposto seja seletivo:

Depois, podemos perceber a influência do princípio da capacidade contributiva em outras normas constitucionais tributárias. É o caso da que declara imunes à tributação por via de ITR os proprietários de glebas rurais (art. 153, §4°, da CF), da que protege da tributação via IR os rendimentos provenientes das aposentadorias e pensões recebidas por pessoas com idade superior a 65 anos (art. 153, §2°, II, da CF) e das que obrigam o legislador a tornar seletivos o IPI, em função da essencialidade dos produtos industrializados (art. 153, §3°, I, da CF) e o ICMS, em função da essencialidade das mercadorias ou serviços (art. 155, §2°, III, da CF).

Existe assim, no texto constitucional, vale dizer, mais especificamente no artigo 153, §3°, inciso I, que há uma obrigatoriedade de que a incidência do IPI seja baseada em critérios de justiça e de essencialidade do bem envolvido na operação. Mesmo sendo um tributo através do qual a União arrecada cifras expressivas de receita, esta não é a finalidade maior para qual o constituinte o previu dentro da competência tributária do "ente federativo maior", tendo, portanto, um caráter extrafiscal.

O caráter extrafiscal do tributo demonstra que este tem uma finalidade maior além de preencher os cofres do ente tributante com moeda, há uma finalidade expressa de regular mercados e hábitos dos envolvidos no fato gerador. No caso do próprio IPI, busca-se que este tenha maior incidência sobre os bens supérfluos e incida com menor alíquota sobre os bens de maior necessidade, como alimentos da cesta básica ou industrializados tidos por essenciais.

É necessário ressaltar ainda que não se trata de mera escolha do legislador fazer uso do "princípio da seletividade" no tributo em estudo. O texto constitucional é claro ao dizer que o IPI será seletivo, portanto, a constituição é vinculante ao dizer que deverá o legislador exercer a competência tributária do Imposto sobre Produtos Industrializados levando em consideração a necessidade e a utilidade do bem em questão. Sob pena de inconstitucionalidade, caso apresentasse, por exemplo, uma alíquota única

3. A (NÃO) INCIDÊCIA DO IPI NA REVENDA DE PRODUTOS IMPORTADOS

O Artigo 46 do CTN dispõe que o imposto sobre produtos industrializados possui três fatos geradores: o desembaraço aduaneiro, a saída dos estabelecimentos descritos no Art. 51 do CTN ou a arrematação em leilão de produtos apreendidos ou abandonados. O Art. 51, por sua vez, define como contribuintes do imposto: o importador ou quem a lei a ele equiparar, o industrial ou quem a lei a ele equiparar, o comerciante de produtos sujeitos ao imposto que os forneça aos industriais e ainda o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados que forem levados a leilão.

Assim, pela leitura conjunta dos dois artigos, verifica-se um caso onde o tributo incidiria duas vezes: na importação. Além de incidir na importação do produto estrangeiro (fato gerador do inc. I do Art. 46 do CTN), também haveria incidência no momento em que o produto saísse do estabelecimento importador (interpretação conjunta do Art. 46, II e do Art. 51, I do CTN). Hipótese de bis in idem, ou seja, da tributação em duplicidade pelo mesmo tributo?

Afinal, o importador é um industrial ou um comerciante? Logicamente tem-se que a União não tem para tributar o estabelecimento industrial exportador, que vende a mercadoria ao importador brasileiro, até em virtude do princípio da territorialidade da lei tributária, vez que para uma norma tributária estrangeira valer em território nacional é preciso da previsão em tratado internacional.

É o que afirma Ricardo Lobo Torres (2005, p. 100-101, grifo nosso) sobre o princípio da territorialidade em matéria tributária:

O princípio da territorialidade é típico do Direito Internacional Tributário e se aplica principalmente aos impostos sobre a circulação de mercadorias (ICMS e IPI). Significa que o país produtor da mercadoria tem o direito de tributá-la totalmente nas saídas de seu território e, ao mesmo tempo, **carece do direito de gravá-las em território estrangeiro**.

Portanto, considerando as dificuldades de tributar fatos geradores ocorridas no estrangeiro, mas com efeito em território nacional, até por obvias questões de soberania, o que preferiu a ciência fiscal brasileira?

Tributar em IPI os produtos importados, logo à entrada no país, como se estivessem tributando a indústria estrangeira. Neste ponto é totalmente compreensível a equiparação do importador a industrial, neste momento fenomênico, para dele cobrar o imposto que naturalmente seria cobrado de qualquer industrial do país na saída do produto

do estabelecimento industrial.

Entretanto, qual a razão do Fisco em tributar duas vezes? Não encerraria, no momento do pagamento do IPI e do desembaraço aduaneiro, a ficção de que o importador é um industrial? Tributar o produto importado tanto no momento da entrada no país quanto na saída do estabelecimento do importador, como entende a Receita Federal e é plausível a compreensão através da leitura da lei não é discriminar o produto segundo sua origem e verdadeiramente exagerar na tributação da atividade comercial do importador, que é importante para a vida econômica nacional e também protegido pelo Art. 170, caput, da Constituição?

Após tantas perguntas, buscaremos responder a esta clara situação de injustiça fiscal, que também foi e é questionada pelos importadores nos tribunais. O bis in idem termina por claramente tributar em excesso estes contribuintes do IPI, e não está constitucionalmente permitido, como em outros casos. O que há é uma verdadeira situação que vai de encontro ao princípio da isonomia, na qual há tratamento diferenciado para pessoas, naturais ou coletivas, que se encontram na mesma situação jurídica.

O Art. 150, II da Constituição proíbe claramente o tratamento desigual a contribuintes em situação semelhante. Sobre tal, escreve Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 166-167):

Está contido na formulação expressa do art. 5°, caput, da Constituição e reflete uma tendência axiológica de extraordinária importância. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade... Seu destinatário é o legislador, entendido aqui na sua proporção semântica mais larga possível, isto é, os órgãos da atividade legislativa e todos aqueles que expedirem normas dotadas de juridicidade.

O que há no bis in idem do IPI é exatamente esta situação, há uma clara discriminação em desfavor do importador quando comparado com o industrial. Este último apenas paga o IPI na saída dos produtos de seu estabelecimento, enquanto o importador deveria pagar o tributo por duas vezes, como já explanado.

Diferentemente do ICMS, que incide também tanto na importação quanto na comercialização, o IPI se baseia em uma ficção legal para poder incidir sobre a atividade do importador, equiparando-o ao industrial no momento da importação. Entretanto, não há razão para cobrar o imposto também na saída do estabelecimento importador, momento em que este já não se mostra, como nunca se mostrou, como industrial, mas sim como comerciante, pois a simples revenda de mercadoria, sem industrialização, não caracteriza fato gerador para um imposto que tem incidência sobre a industrialização, como o IPI.

Para a adequada compreensão do âmbito constitucional do imposto em tela fazse indispensável saber o que se deve entender por *produto industrializado*. No regime da Constituição de 1988, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais sobre a definição dos fatos geradores dos impostos nela discriminados (art. 146, III, "a"). Não cabe à lei complementar definir os fatos geradores dos impostos, evidentemente, mas estabelecer normas gerais sobre tais definições; e entre essas normas gerais pode-se entender que está aquela que delimita conceitos utilizados na norma da Constituição, como é o caso do conceito de *produto industrializado*. Realmente, o conceito de *produto industrializado* independe de lei. É um conceito pré jurídico. (MACHADO, 2013, p. 336, grifo nosso).

Industrializar é um conceito "pré-jurídico", diz a doutrina, portanto, independe de qualquer termo legal, é lógico.

O parágrafo único do Art. 46 do CTN dispõe: "para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo", modo pelo qual, só há incidência do tributo quando o produto importado se submete a algum processo de industrialização como definido acima, caso contrário, só há incidência no momento do desembaraço aduaneiro.

3.1 O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

É o que compreendia o STJ, até o final de 2015, segundo o julgamento do EREsp 1.411.749/PR, pacificado em 2014, ou seja, que não incidia o IPI sobre a simples revenda de produtos importados.

A Superior Tribunal de Justiça assim ementou a decisão:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. SAÍDA DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR.

A norma do parágrafo único constitui a essência do fato gerador do imposto sobre produtos industrializados. A teor dela, o tributo não incide sobre o acréscimo embutido em cada um dos estágios da circulação de produtos industrializados. Recai apenas sobre o montante que, na operação tributada, tenha resultado da industrialização, assim considerada qualquer operação que importe na alteração da natureza, funcionamento, utilização, acabamento ou apresentação do produto, ressalvadas as exceções legais. De outro modo, coincidiriam os fatos geradores do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre circulação de mercadorias. Consequentemente, os incisos I e II do caput são excludentes , salvo se, entre o desembaraço aduaneiro e a saída do estabelecimento do importador, o produto tiver sido objeto de uma das formas de industrialização.

(STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.411.749 - PR - Relator Min. Sérgio Kukina - Relator p/ Acórdão: Ministro Ari Pargendler - Julgado em 11/06/2014 - grifo nosso)

Entendeu a corte à época pelo mais lógico possível, só incidiria o Imposto sobre Produtos Industrializados nas fases posteriores ao despacho aduaneiro caso ocorresse algum "acréscimo" no produto, ou seja, caso este fosse verdadeiramente industrializado novamente, no caso de melhorias ou acréscimos neste. Dizemos que esta é uma conclusão lógica pois, a

própria hipótese de incidência tributária do IPI estabelece que o imposto incide sobre etapas de industrialização, sobre o qual, inclusive, vigora o princípio da não cumulatividade.

Conquanto, no final de 2015, a questão é colocada novamente em julgamento na primeira seção do tribunal, com várias mudanças em sua composição, e no julgamento do EREsp 1.403.532/SC, mudou seu entendimento e passou a considerar a incidência do IPI na revenda de produtos importados mesmo quando não há qualquer processo de industrialização.

Tal é a ementa da decisão:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM**RECURSO** ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. **RECURSO** REPRESENTATIVO CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4°, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4°, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil. 2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4°, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN. 3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor, isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado. 4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 -SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. nº 1.411749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006. 5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não

tenham sofrido industrialização no Brasil". 6. Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.403.532 - SC (2014/0034746-0) RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES. JULGADO EM: 14/10/2015.)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já variou diversas vezes sobre o assunto nos últimos anos, o que gera clara insegurança ao contribuinte, de uma Corte que não respeita seus próprios precedentes bem firmados. Criando verdadeira roleta russa de decisões em matéria tributária.

Esta última decisão beira o inacreditável. Aprova-se uma tributação sobre um fato gerador que não existiu. Sem a industrialização, como vimos acima, não se pode falar sobre a tributação em IPI, o que claramente vai contra a própria segurança jurídica garantida pela Constituição da República, indo pelo caminho do "nada jurídico", segundo caminho pelo qual há clara discriminação pela origem dos produtos, provienientes do exterior, o que fere ainda diretamente acordos assinados pelo Brasil no âmbito da OMC.

O Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) (Decreto 1.355/94), do qual o Brasil é signatário, traz claramente o "princípio da não discriminação", conforme pode ser claramente percebido através da leitura do acordo.

Artigo III

Tratamento Nacional no tocante a tributação e regulamentação internas.

1.As Partes Contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional.

2.Os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais. Além disso nenhuma Parte Contratante aplicará de outro modo, impostos ou outros encargos internos a produtos nacionais ou importados, contrariamente aos princípios estabelecidos no parágrafo 1. [...]

Assim, o tratado internacional claramente impediria uma decisão como esta prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça. O desconhecimento das regras dos acordos internacioanis, que no caso nos parece até como um "desconhecimento voluntário", vale dizer, também, que é recorrente nas matérias que versam sobre a tributação.

Porém, desta vez, houve recurso extraordinário (RE 946648) ao Supremo Tribunal

Federal, acolhido pelo Ministro Marco Aurélio, que deferiu Ação Cautelar (AC 4129) para suspender os efeitos da decisão do STJ, com repercussão geral reconhecida pelo plenário virtual do Pretório Excelso.

As esperanças de uma decisão coerente para um assunto demasiadamente polêmico e que mostra a dificuldade de se ter uma compreensão correta sobre a tributação em nosso país, onde o Fisco possui uma sanha arrecadatória sem igual, buscando tributar toda e qualquer operação, por vezes passando por cima da Constituição Federal e do que for preciso. Do mesmo lado, há um Poder Judiciário que muda de entendimento de uma hora para outra, causando ainda mais insegurança jurídica.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE PELA INVASÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS-MEMBROS DA FEDERAÇÃO

O artigo 155, inciso II da Constituição Federal dispõe claramente que é de competência dos Estados e do Distrito Federal instituir impostos sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior". Este é o conhecido ICMS, imposto que mais traz recursos aos cofres estaduais.

O imposto sobre circulação de mercadorias, instituído pela reforma tributária da Emenda Constitucional nº 18/65, veio substituir o imposto de vendas e consignações, de incidência plurifásica "em cascata". É tributo também plurifásico, mas incide apenas sobre o valor acrescido. Antes, em 1958, já iniciara no Brasil, com o IPI, a experiência com os impostos não-cumulativos. Esse tipo de tributo é hoje adotado em toda União Européia e facilitou a harmonização tributária dos países que a integram; adotam-no também diversas outras nações, inclusive na América do Sul. (TORRES, 2005, p. 382).

Um dos fatos geradores do ICMS está na "circulação de mercadorias", portanto, as mercadorias prontas, já industrializadas. É neste ponto que há clara invasão de competência pelo IPI sobre a revenda de produtos importados, que não sofreram qualquer processo de industrialização ou melhoria pelo importador/distribuidor.

Hugo de Brito Machado (2013, p. 375-376) conceitua operações:

Operações relativas à circulação de mercadorias são quaisquer atos ou negócios, independentemente da natureza jurídica específica de cada um deles, que implicam circulação de mercadorias, vale dizer, que implicam mudança da propriedade de mercadorias, dentro da circulação econômica que as leva da fonte até o consumidor. A principal dessas operações é, sem dúvida, o contrato de compra e venda. Vale ressaltar, todavia, que um contrato de compra e venda de mercadorias, por si, não deve gerar ICMS. (...) Isso fica melhor esclarecido com o exame da legislação estadual específica, cuja compreensão adequada depende das ideias aqui enunciadas.

Mercadorias, por sua vez, são os bens com destinação comercial. Desta forma,

quando um importador revende uma mercardoria por ele importada a um terceiro, sem nada "mexer" ou "acrescentar" nesta, vendendo o produto na mesma integralidade com que recebeu do exterior, está praticando um fato gerador de ICMS, e não de IPI como entende a o Fisco Federal e a também compreendeu, infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça em sua última decisão acima exposta.

O que temos, na atualidade, com a cobrança tanto do IPI quanto do ICMS nesta operação de revenda praticada pelo importador, é verdadeira bitributação inconstitucional, pois invade a União Federal, competência tributária que foi dividada pelo constituinte aos Estados-Membros e ao Distrito Federal.

Sobre a bitributação, traz a doutrina pátria:

Com o escopo de afastar possíveis dúvidas, lembramos, meteoricamente, que, em matéria tributária, dá-se o bis in idem quando o mesmo fato jurídico é tributado duas ou mais vezes pela mesma pessoa política. Já, bitributação, é o fenômeno pelo qual o mesmo fato jurídico vem a ser tributado por duas ou mais pessoas políticas. (CARRAZZA, 2004, p. 525).

Recordando que, no Brasil, vigora o Pacto Federativo, que propõe a igualdade e autonomia entre a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios, que são comumente conhecidos por entes federativos. Assim, não há superioridade entre a União e os Estados-Mebros. Neste diapasão, caso a União invada uma competência que constitucionalmente é dada а um Estado-Membro, comete esta flagrante inconstitucionalidade. Sobre o princípio da isonomia das pessoas constitucionais, ou seja, dos entes federativos, trata Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 169-170):

O Brasil é uma República Federativa (art. 1º da Lei Suprema), forma peculiar do Estado politicamente descentralizado. Convivem, harmonicamente, os Estados-Membros e a União, como pessoas políticas distintas e autônomas, que encontram no Diploma Básico a fonte superior de suas prerrogativas e suas limitações. Não há superioridade entre as unidades federadas, assim como entre elas e a pessoa União.

É exatamente por este motivo, que advogamos a tese de que ao cobrar o IPI na revenda dos produtos importados, a União Federal comete clara e grave inconstitucionalidade, inconstitucionalidade material, pois contraria o texto constitucional e o próprio espírito federativo que é imposto pelo constituinte de 1988.

Assim, há que se dizer que, além de não ter claro fundamento legal, e ainda ir de encontro com regras de acordo internacional no âmbito da Organização Mundial do Comércio, esta cobrança fiscal feita pela União é também inconstitucional.

CONCLUSÕES

Quando se leva em consideração o princípio constitucional da isonomia em matéria tributária e se confronta com a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a incidência do IPI na operação de simples revenda de produto importado, temos que há verdadeiro anacronismo de entendimentos entre o que prevê a Constituição e no que se baseia o Fisco. A Carta busca sempre a manutenção de um equilíbrio entre a tributação e o mercado, possibilitando a livre iniciativa, instituída e consagrada no próprio Art. 170.

Entretanto, os tribunais parecem patinar na exata compreensão de isonomia, discriminando o produto importado como se fosse nocivo ao mercado nacional, isso tudo em meio a tempos de globalização. Além da quebra da isonomia, há também clara discriminação quanto à origem do produto e quebra da livre concorrência, e ainda invasão da competência do ICMS. Portanto, dentro do que se estudou, o que se espera, é que o STF pacifique a inconstitucionalidade nesta modalidade de cobrança do IPI.

Ademais, há verdadeira invasão de competência tributária pela União quando tributa em IPI uma operação que seria apenas tributada pelo ICMS, imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal. Assim, além das ilegalidades que são explícitas, há ainda a inconstitucionalidade da cobrança, pela "incompetência tributária" da União para tanto.

A reviravolta jurisprudencial inesperada causa verdadeira confusão ao contribuinte, sendo que caberia, de certo, ao legislador, manter um legislação tributária em acordo com a realidade, evitando erros e antinomias que devem ser questionadas no Judiciário, gerando insegurança jurídica e um eterno embate entre o Fisco e o cidadão. Caso houvessem leis tributárias claras e atualizadas, de certo, não haveria espaço para inconstitucionalidades e intermináveis contestações no Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária.** 6ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMPOS, Diogo Leite de. CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. **Direito Tributário.** 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 19ª edição. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de Direito Tributário.** 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro.** 12ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

UM CONVITE DOS "PELADEIROS VARZEANOS" A UM DOS CRAQUES DA PRIMEIRA DIVISÃO A UM "BATE-BOLA": UMA APRECIAÇÃO CRÍTICA À "TEORIA DA DECISÃO" DE LENIO LUIZ STRECK

Marcelo Paiva dos SANTOS¹ Rubens Hess Marins de SOUZA² Miguel Régio de ALMEIDA³

1. CARÁTER DO TEXTO

Trata-se de uma pesquisa ainda em andamento, razão pela qual a apresentação adota um tom ensaístico. Quer-se dizer que várias das questões aqui formuladas ainda merecerão maiores refinamentos.

De toda sorte, a pesquisa já está madura o suficiente para que sejam apresentadas algumas conclusões preliminares da análise da teoria de Lenio Streck.

2. APRESENTAÇÃO DO TEMA

Na tentativa de manter o foco analítico ao tema – "apreciação da teoria da decisão de Streck" – a pesquisa se limita a aprofundamentos sobre o modelo de racionalidade jurídica proposto pelo autor citado. Quer-se dizer que se evitará juízos simplistas de melhor ou pior, certo ou errado, adequado ou não a partir de perspectivas estranhas à Crítica Hermenêutica do Direito.

Dessa forma, o objetivo proposto é ressaltar inconsistências e apontar incoerências teóricas ou mesmo a conciliação de categorias "inconciliáveis" dentro da perspectiva de Streck.

As razões disso? Impõe-se fazê-lo pelo simples fato de, não obstante equivocada, a sua perspectiva ter hoje muitos ouvintes, ser popular. Em suma, algumas peças do "puzzle Direito", tal como "jogado" pelo Streck, não se encaixam muito bem.

3. INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE STRECK

O conceito de "Direito" de Streck está atrelado a um tripé: a) uma matriz teórica Hermenêutico-fenomenológica⁴; b) uma concepção de constitucionalismo democrático e; c) a

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal e Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela mesma Instituição.

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal.

³ Miguel Régio de Almeida é Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal.

⁴ Uma hermenêutica jurídica [...] não pode prescindir de dois teoremas fundamentais formulados por

uma concepção de Estado-nação. Assim, uma analítica de seu pensamento deve se limitar a esses pressupostos teóricos.

Com efeito, defendendo uma postura pós-positivista, Streck afirma ser Impossível negar as conseqüências da viragem lingüístico-ontológica⁵ para a interpretação do direito, vez que se trata de uma ruptura paradigmática com aquele esquema – que durou séculos – sujeito-objeto. Perceba-se que conseqüentemente representa a superação do que concebia este esquema (sujeito-objeto), a saber, o positivismo⁶.

Neste sentido, o constitucionalismo contemporâneo exigiria uma leitura hermenêutico-fenomenológica.

Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil, por exemplo. Mais do que isso, é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema. [...] Desse modo, sendo uma norma jurídica (texto normativo) válida tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma précompreensão (*Vorverstiindnis*) acerca do sentido de (e da) Constituição, que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença faticidade-historicidade do intérprete e Constituição - texto infraconsstitucional". Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição⁷.

Portanto, a "superação do positivismo dá-se pelo constitucionalismo instituído pelo e a partir do Estado Democrático (e Social) de Direito [...], a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição 'extremamente embebedora' (pervasiva, invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação

Heidegger: o círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que o método (ou o procedimento que pretende controlar o processo interpretativo sempre chega tarde, porque o *Dasein* já se pronunciou há muito, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial do *Deisen*, e não uma propriedade 'colada' sobre o ente, colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de 'reino intermediário'" (STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 3.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 240-241).

O giro linguístico ou *linguistic turn* implica "superar a postura objetivante na consideração da linguagem: a linguagem não é simplesmente um objeto que está diante de nós, mas todo pensar já se movimenta no seio da linguagem, ou seja, se articula numa abertura, num espaço linguisticamente mediado, no qual se abrem para nós perspectivas para a experiência do mundo e das coisas" (OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Loyola, 1996. p. 205-206). Em sentido semelhante, Streck afirma: "Há que se compreender a importância da superação dos paradigmas objetivista e subjetivista, e as conseqüências para o direito dessa não superação. O esquema sujeito-objeto é objetivista, quando 'assujeita' o jurista ao texto (que já sempre "conteria" a norma), e é subjetivista quando o jurista 'assujeita' o texto (o sentido está, assim, na consciência do jurista). (SRECK, Lenio. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2005, p. 171).

⁶ STRECK, Lenio. Verdade... p. 414.

⁵⁷ STRECK, Lenio. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.179.

dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais)8".

Ora, como resposta ao positivismo, Streck defende o controle da discricionariedade judicial pelo que ele denomina de resposta jurídica constitucionalmente adequada⁹, construída a partir do horizonte hermenêutico, visto que a Constituição brasileira de 1988 traz essa limitação ao poder discricionário no âmbito político. E, mais que isso, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição assume caráter de transformação e incorporação das "promessas incumpridas da modernidade¹⁰.

Neste sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito para Streck é, em razão de seu caráter anti-relativista, uma garantia da produção democrática do direito¹¹.

A fim de explicitar o caráter anti-relativista da hermenêutica, é preciso destacar algumas questões.

Primeiro, a hermenêutica, como filosofia, não pode ser regionalizada. Ela possui caráter de universalização, então não há que se falar em hermenêutica constitucional, hermenêutica civil etc. Não há diversos modos de interpretar, logo, a hermenêutica é uma¹².

Segundo, a hermenêutica implica o reconhecimento da dobra da linguagem — nível hermenêutico e nível apofântico¹³ —, em que o primeiro apresenta as condições de possibilidade do segundo. Dessa forma, repelir o método não significa repelir a racionalidade. Porque "método" não é sinônimo de racionalidade. O método é afastado pela hermenêutica porque atua apenas no segundo nível de compreensão (logos apofântico), ao passo que a racionalidade hermenêutica atua em um nível de racionalidade estruturante (logos hermenêutico), que oferece as condições de possibilidade para o nível apofântico de

⁸ STRECK. **Constituição...** p. 161.

^{9 &}quot;Na medida em que o caso concreto é irrepetível, a resposta correta é, simplesmente, uma (correta ou não) pra aquele caso. A única resposta acarretaria uma totalidade, em que aquilo que sempre fica de fora de nossa compreensão seria eliminado. O que sobra, o não-dito, o ainda não-compreendido, é o que pode gerar, na próxima resposta a um caso idêntico, uma reposta diferente da anterior. Portanto, não será a única resposta; será, sim, 'a' resposta" [...]. "Desde que o 'caso concreto' passou para o centro das preocupações do jurista, abandonou-se a multiplicidade de respostas, uma vez que somente em abstrato é possível encontrar respostas variadas. O caso (que é, e somente pode ser, concreto) demandará somente uma resposta (que é a resposta)" (STRECK, Lenio. **Verdade...** p. 313 e 318).

¹⁰ Ibidem, p. 473.

¹¹ Ibidem, p. 447-448.

¹² Ibidem, p. 448.

^{13 &}quot;Há dois modos de compreensão, portanto. O compreender anterior, ou seja, a posse prévia de sentido [...] e o compreender pela linguagem, pelo enunciado. [...] Sugere o autor que se imagine a bifurcação do logos 'o logos da compreensão da linguagem, que comunica (logos apofântico) e o logos no qual se dá o sentido que sustenta a linguagem (logos hermenêutico)'. O logos apofântico, portanto, é o logos da compreensão de uma proposição, o logos que se manifesta pela linguagem [aspectos lógicos expositivos]. Já o logos hermenêutico é aquele que se dá substancialmente no compreender enquanto somos um modo de compreender [introduz o mundo prático no compreender]" STEIN, Ernildo. Aproximações **sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.p. 27.

racionalidade¹⁴¹⁵.

O terceiro, o anti-relativismo da hermenêutica filosófica se deve à não cisão entre interpretação e aplicação e à autoridade da tradição¹⁶.

Ao contrário da hermenêutica metodológica que estabelece que primeiro a norma é interpretada, para então ser subsumida ao fato, a Crítica Hermenêutica do Direito não admite a cisão em etapas do processo interpretativo (*subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi*, *subtilitas applicandi*, ou seja, antes, conheço; depois, interpreto, para só, então, aplicar). Neste prisma, a *applicatio* estabelece que não se interpreta por etapas ou tiras, mas de forma única, de modo que quem compreende está ele mesmo dentro do sentido compreendido¹⁷.

Ademais, o sentido construído pelo intérprete não é livremente constituído¹⁸, ele depende de um horizonte espontaneamente compartilhado dentro de um mesmo universo linguístico – a tradição¹⁹ –.

Insisto: o intérprete deve estar atento à tradição, compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar vinha sendo decidido até então, confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do Direito²⁰.

Em apertada síntese, a superação do paradigma positivista pelo paradigma da Crítica Hermenêutica do Direito que deve ocorrer em quatro frentes: "primeiro, pela teoria das fontes, uma vez que a lei já não é única fonte, aparecendo a própria Constituição como autoaplicativa; a segunda ocorre com a substancial alteração da teoria da norma, em face do aparecimento dos princípios, problemática que tem relação com a própria teoria das fontes; a terceira frente dá-se no plano da interpretação e, a quarta, pela necessidade de uma teoria da decisão²¹".

¹⁴ STRECK, Lenio. Verdade.... p. 449.

^{15 &}quot;Na verdade, o juiz só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento. O fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada. Há um sentido que lhe é antecipado, onde a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento. E a resposta está em Heidegger: quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma. Sem isso, a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como fuzil. O que quero referir é que não é possível desdobrar o ato da aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação" (STRECK, Lenio. **Verdade ...** p. 409).

¹⁶ Ibidem, p. 442.

¹⁷ Ibidem, p. 439.

¹⁸ Como conseqüência, falar a partir da pré-compreensão e dos pré-juízos (tradição) implica assumir que não há primeira palavra e que não há grau zero de significação; isso implica igualmente entender que nos movemos em um mundo em que a linguagem é condição de possibilidade, e não algo à nossa disposição" (Ibidem ,p .299.)

¹⁹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 210.

²⁰ STRECK, Lenio. Verdade... p. 267-268

²¹ STRECK, Lenio. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é applicatio?. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.** v. 34.2, jul./dez. 2014. p.275-298.http://periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/viewFile/1224/1188. Acesso em 05/08/2016.

Neste seguimento, ao elaborar uma (nova) Teoria da Decisão, assume desde logo dois inolvidáveis requisitos, válidos para qualquer construção neste âmbito, a saber: 1) uma teoria pós-positivista não deve derivar de misturas teóricas, não confundindo referentes; e 2) urge que supere o "solipsismo epistemológico" que enlaça os vários modos do positivismo. Nesta inalienável superação do esquema Sujeito-Objeto — ultrapassando o "primado epistemológico do Sujeito" e o "solipsismo teórico da filosofia da consciência" — revelar-se-ia a Hermenêutica como um espaço idôneo para erigir uma teoria da decisão judicial, liberta daquelas grilhetas. Esta superação do positivismo demandaria ainda o confronto com a questão da discricionariedade judicial, problema que se coadunará com uma outra (nova) tese, a da descontinuidade perante o conceito de «princípio», já não mais confundível com o obsoleto entendimento de «princípio geral de direito».

Aduzamos ainda que Lenio Streck estabelece um elenco de cinco finalidades a prosseguir pelos princípios formadores das hodiernas Teorias do Direito e da Constituição, em tutela da democracia e da realização dos direitos fundamentais. Designadamente: 1) "preservar a autonomia do direito"; 2) "estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle de interpretação constitucional"; 3) "garantir o respeito à integridade e à coerência do direito"; 4) "estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais"; e 5) "garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada²²."

4. ALGUMAS CRÍTICAS

4.1 Crítica Organizacional

A obra de Streck é bastante vasta. O autor reflete e publica textos em grande profusão. Todavia, nem sempre há a atenção devida nas novas edições de suas obras mais consagradas.

Muitas vezes a adição de capítulos e a inclusão de posfácios prejudica a leitura da obra como um todo coerente, visto que algumas inclusões parecem contrariar o texto base não-modificado da edição anterior.

4.2 Hermenêutica e Promessas não cumpridas da modernidade

Na obra "Hermenêutica Jurídica em crise", ainda nos seus dois primeiros capítulos,

²² STRECK, Lenio. **Jurisdiçã**o **constitucional e decisão jurídica**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 322-325.

procura atrelar a Crítica Hermenêutica do Direito como um caminho para que o Brasil alcance as promessas incumpridas da modernidade.

Não esqueçamos o que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade e seu acentuado grau de autonomia. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas²³

Neste diapasão, a Crítica Hermenêutica do Direito seria o caminho a ser trilhado para a consolidação de um *Welfare State* nos moldes talhados pela Constituição Federal de 1988.

Tendo por norte a perspectiva nitidamente pós-positivista presente na Constituição do Brasil, o agir do intérprete deve estar pautado pela ideia de que, no Estado Democrático de Direito, o processo é uma construção compartilhada que se dá a partir da principiologia constitucional, em que o contraditório, a ampla defesa, a igualdade e o respeito à integridade do direito estejam presentes em todo o iter processual e aferido desde o dever fundamental de justificar as decisões, ao modo de uma *accountabillity* hermenêutica. Salta-se, assim, do protagonismo do decisor à legitimidade da decisão propriamente dita. Trata-se, *mutatis mutandis*, daquilo que Gadamer específica como interpretação: aluminação das condições pelas quais se compreendeu. Afinal, não se interpreta para compreender, e, sim, compreende-se para interpretar. [...] À evidência, toda essa valorização da especificidade do Direito e das categorias jurídicas [...] passa, necessariamente, pela concepção de uma hermenêutica jurídica que, ultrapassando as concepções metafísico, assuma seu papel de (inter)mediação e, portanto, de produção/construção/adjudicação do sentido²⁴.

A correlação apontada por Streck entre a superação do paradigma da consciência e a consecução das promessas não cumpridas da modernidade é apresentada de forma superficial e um pouco confusa.

Afinal, por que precisaríamos da Crítica Hermenêutica do Direito para atender as promessas da modernidade?

Ora, aquelas sociedades que atingiram tais modelos de Estado não precisaram da Crítica Hermenêutica do Direito para fazê-lo. Pelo contrário, fizeram uso do Direito e do pensamento jurídico que estaria, nas palavras de Streck, preso no paradigma da consciência²⁵.

Embora se trate de um apontamento simples, esse apontamento inicial é uma semente das críticas que serão posteriormente tratadas: a Crítica Hermenêutica do Direito não pode ser atrelada a um modelo de construção de Estado porque não tem caráter normativo.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014 (ebook). p. 61.

²⁴ Idem

²⁵ REGONINI ilustra o Estado do Bem Estar a partir da configuração do Estado inglês da década de 1940, ou seja, um perspectiva de Direito que se constrói a partir de um modelo alheio a uma teoria Crítica Hermenêutica do Direito. (REGONINI,Gloria. Verbete: Estado do Bem Estar. In: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO (org.). **Dicionário de Política.** v.1. 11.ed. Brasília: Editora UNB, 1998. p.416-419)

4.3 Mixagens Teóricas

4.3.1 Gadamer e Dworkin?

Streck faz inúmeras críticas ao que ele denomina de "mixagens teóricas". Em síntese, seria a tentativa de diálogo ou compatibilização de matrizes teóricas diferentes.

Qualquer esforço teórico que acabe por cruzar um modelo de teoria pós-positivista com outro terá, necessariamente, sua validade contestada. Isso porque, como foi demonstrado linhas acima, em cada uma destas teorias [Analítica; Discursivo-Comunicacional; Estruturalista; Hermenêutico-fenomenológico] haverá uma espécie de quadro referencial no interior do qual se desdobrarão os significados básicos para a teoria jurídica. Assim, por exemplo, fazer uso de conceitos habermasianos ao lado daqueles trabalhados por Alexy, poderá acarretar um conflito que colocará em xeque toda construção teórica apresentada²⁶.

Contudo, é de se ressaltar que Streck parece seguir o mesmo caminho ao associar o pensamento de Dworkin ao pensamento da Crítica Hermenêutica do Direito²⁷.

Com efeito, Dworkin em nenhum momento afirma os pressupostos da hermenêutica filosófica de Gadamer e Heidegger como bem acentua Castanheira Neves.

Enuncia-se simplesmente como um postulado [...] se não mesmo como uma evidência — a perspectiva de DWORKIN seria manifestamente hermenêutica, e por assunção também manifesta da hermenêutica filosófica. Não se nos fiz em que termos tal é, na verdade, manifesto. E quando algum autor menos capaz de o ver assim tão manifesto ou criticamente mais cauto pretende justificá-lo, deparamos com argumentos no mínimo bizarros, além de que de todo inconsistentes. Efectivamente, que DWORKIN oriente seu pensamento pela assimilação da hermenêutica filosófica, ou da nova hermenêutica, é o que nada tem de evidente ou manifesto — pelo contrário, salvo porventura num ponto apenas já referido [...] esse pensamento não pode ser compreendido desse modo. Basta ter bem presentes e confrontar a índole e específica intencionalidade daquela hermenêutica [...], tal como insistentemente a pudemos caracterizar, e a índole intencional e problemática própria do pensamento jurídico [...] de DWORKIN para se reconhecer que estamos perante pensamentos contrários²⁸.

Mais que isso, em termos de teoria da decisão, parece-nos que a teoria de Dworkin exigiria e estaria mais próxima de uma teoria da justificação — a exemplo da teoria de MacCormick²⁹ — de que de uma teoria hermenêutica — a exemplo da teoria de Streck. Isso porque, uma teoria de argumentação supriria em parte o déficit metodológico que encontramos na teoria de Dworkin, o que não aconteceria com a adoção da teoria de Streck — que sofre do mesmo mal.

4.3.2 Gadamer e o Direito?

²⁶ STRECK, Lenio. **Verdade...** p. 465-466;

²⁷ Castanheira Neves aponta que Dworkin cita Gadamer apenas três vezes em suas principais obras e, ainda assim, são citações limitadas a um aspecto marginal da hermenêutica filosófica (Cf. NEVES, Antonio Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica** – I. Coimbra: Coimbra, 2003. Notas de rodapé 1308-1309-1310).

²⁸ Ibidem, p. 437-440.

²⁹ Cf. MACCORMICK, Neil. Retórica e Estado de Direito. Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 247-306.

Crítica similar pode ser feita em relação à compatibilidade entre o pensamento de Gadamer e o juízo jurídico decisório.

Para Gadamer, o homem reconstitui as condições de possibilidade da compreensão; seu modo originário de ser com os outros seria a compreensão e não um método. Gadamer, assim, preocupou-se com aquilo que ocorre com o homem quando compreende. Quis mostrar como é que o mesmo compreende, ou seja, quis reconstituir as condições de possibilidade da compreensão humana. Quando nós compreendemos partimos sempre de uma "précompreensão". Gadamer quis reabilitar um discurso de consideração dos pré-juízos, enfatizando que isto não tinha nada de negativo, como os modernos tinham suposto. Os préjuízos determinariam que a compreensão se desenvolveria circularmente mobilizando os contextos e o papel que a tradição teria.

Todavia, à partida não poderia haver critérios que permitissem dizer, desde uma suspensão reflexiva, quais seriam as pré-compreensões adequadas e as desadequadas. O homem não possuiria critérios para selecionar quais seriam as pré-compreensões que haveriam que ser convocadas. Seria a conversação responsável do sujeito com o texto que afastaria os pré-juízos inadequados, ou seja, as práticas é que determinariam o que seria ou não adequado.

Aqui já se pode perceber, mesmo que parcialmente, que quando se está em um processo de compreensão que exige a convocação de certas regras, de um método, tal como ocorre no Direito, na Teologia e mesmo na Filologia, as coisas necessitam ser vistas com ressalva, como o próprio Gadamer o fez!

Nada poderia ser mais claro que as próprias palavras de Gadamer, já nos finais de sua vida, acerca de seu entendimento da Hermenêutica e o Direito, o que vale reproduzir:

[...] [Gadamer:] Quando penso all'enorme diffusione che ha avuto il mio insegnamento nel campo della giurisprudenza, rimango sempre sorpreso. Mai avrei immaginato che il mio pensiero potesse trovare tanta eco presso i giuristi, dando luogo a degli sviluppi che oggi spesso mi sfuggono per la loro complessità, e che non sempre hanno qualcosa a che fare col mio pensiero. (...) l'ermeneutica (...) non è mai stata per me una dottrina o una teoria con cui spiegare le cose del mondo, quanto piuttosto un atteggiamento. Ecco: si potrebbe dire che l'atteggiamento ermeneutico (hermeneutische Haltung) contraddistingue il mio modo di accostarmi ad un problema. Nel campo della giurisprudenza, ciò equivale a mettere in dubbio le varie forme di dogmatismo che ancora caratterizzano questa disciplina. Anche quando ci riferiamo ai diritti umani, questo piglio critico non deve mai venir meno.³⁰

Tal surpresa gerada em Gadamer parece absolutamente simples, ao menos em nosso entender, de ser percebida, afinal a Hermenêutica está relacionada à compreensão de

³⁰ GADAMER, H. G.. *Ethos* mondiale e giustizia Internazionale. In dialogo con Hans-Georg Gadamer. (a cura de Damiano Canale). Em: **Ars Interpretandi – Annuario di ermeneutica giuridica.** Padova: Casa editrice Dott. Antonio Milani. 2001, pp. 11-12.

"sentidos". O Direito, através da metodologia jurídica, trata da solução de problemas e, portanto, quando se quer considerar o processo de compreensão no Direito, mas não só, pois as reservas também hão de ser atendidas quando se está no campo seja da Teologia, seja da Filologia, devendo-se, assim, ter-se em conta as especificidades constitutivas e de realização que referidos âmbitos do saber exigem.

4.4 Autonomia do direito e pré-compreensão jurídica

É justamente por isso que o próprio Gadamer procurou deixar, de forma muito clara, ressaltadas as especificidades do compreender quando relacionado a um dos aludidos campos:

[...] la hermenéutica espiritual-científica y la hermenéutica jurídica no es tan grande como se suele suponer. [...] La hermenéutica jurídica recuerda por sí misma el auténtico procedimiento de las ciencias del espíritu. En ella tenemos el modelo de relación entre pasado y presente que estábamos buscando. Cuando el juez intenta adecuar la ley trasmitida a las necesidades del presente tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica. Lo que en modo alguno quiere decir que su interpretación de la ley sea una traducción arbitraria. También en su caso comprender e interpretar significa conocer y reconocer un sentido vigente. El juez intentará responder a la <<idea jurídica>> de la ley mediándola con el presente. Es evidente una mediación jurídica. Lo que intenta reconocer es el significado jurídico de la ley, no el significado histórico de su promulgación o uno cuantos casos cualesquiera de su aplicación. [...] El caso de la hermenéutica jurídica no es por lo tanto un caso especial, sino que está capacitado para devolver a la hermenéutica histórica todo alcance de sus problemas y reproducir así la vieja unidad del problema hermenéutico en la que vienen a encontrarse el jurista, el teólogo y el filólogo. [...] Ni el jurista ni el teólogo ven en la tarea de la aplicación una libertad frente al texto³¹.

Desta forma, para o Direito, algo já está dito, ainda que se conceba um sistema autoreconstrutivo. As pré-compreensões adequadas devem ser somente as "jurídicas". As especificidades fortes que o Direito possui, como as institucionais o são, não permitiriam que as compreensões do mundo prático fossem projetadas no Direito desde uma tentativa de adaptação sem que se fizesse intervir o próprio mundo prático do Direito com suas especificidades.

Talvez não seja por outras razões que Friedrich Müller observou que Gadamer, partindo de um material de trabalho que não o da ciência jurídica, ressaltou o caráter modelar da hermenêutica jurídica. Assim, para a hermenêutica jurídica haveria as seguintes alternâncias de entendimento acerca das construções propostas pela "hermenêutica filosófica" de matriz gadameriana:

Diante da *pré-compreensão* geral – constituída pelos conteúdos, modos de comportamento, preconceitos, pelas normas, possibilidades de expressão lingüística e barreiras lingüísticas da camada social, à qual o indivíduo pertence – coloca-se

³¹ GADAMER, H. G.. **Verdad y método – Fundamentos de una hermenéutica filosófica.** Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1977, p. 396; p. 400; p. 401 e p. 405. (Colección Hermeneia - 7)

uma pré-compreensão específica e de teoria jurídica, cujos pontos referenciais principais são normas 'vigentes', i. é, normas sancionáveis com violência e tentativas de sua sistematização científica ou 'teorias'. O 'caráter modelar' enquanto marca essencial da 'atualidade' do *contexto de tradição ou de compreensão* é aqui, por sua vez, o caráter modelar de uma 'validade' com caráter vinculativo, i. é, o caráter modelar de uma pretensão a um determinado comportamento, exigida em última instância com ajuda de violência. A *referência à vida e à práxis* está aqui inserida precisamente nesse quadro do processo 'normatividade', cuja integridade é assegurada nas suas fronteiras através do uso da violência legitimada pelo Estado³².

O que, no mesmo sentido, tão bem nos ensina Castanheira Neves:

O que importa reconhecer que há um problema de validade, qualquer que haja de ser a sua exacta solução, que a mais da explicitação das condições de possibilidade de compreensão feita ou a fazer e que é este agora um problema de fundamentação, não só já de compreensão, e que, como tal, ultrapassa, na sua exigência de reflexão crítica, os limites da hermenêutica só enquanto tal. [...] [T]erá, na verdade, de reconhecer-se que essa hermenêutica filosófica se fica pela *quaestio facti* e não atinge, nem resolve, a *quaestio iuris* da compreensão — diz-nos o que acontece e segundo que condições sempre que compreendemos, não dá resposta à questão da validade da compreensão-interpretação assim obtida. E sem considerarmos o problema da validade na procura da indefectível solução que ele exige não estaremos também em condições de atingirmos o problema capital que o direito impõe ao pensamento que o intencione ao nível do fundamental."³³

Justamente em virtude desta lacuna não preenchida pela hermenêutica que Castanheira Neves concluiria que a mesma "... não assume o problema nesses termos exigíveis [...] [e que por isso] não pode ser ela a 'filosofia prática' que o direito implica." ³⁴, pois "[...] para além da questão hermenêutica (a questão da possibilidade ou das condições de possibilidades do compreender), o problema da validade (o problema do fundamento da validade do possivelmente compreensível ou compreendido) e de uma específica intencionalidade problemático-constituinte." ³⁵ se coloca de forma especial no Direito.

Assim, para o jus-filósofo lusitano as limitações da hermenêutica na busca do sentido do Direito revelar-se-iam "... na consideração apenas de uma contextual historicidade que em si mesmo se fecha, em último termo um historicismo compreensivo-significante que criticamente não se transcende." Isto porque, para Gadamer, o compreender exigiria a submissão dos pré-juízos a riscos permanentes, mas os riscos seriam os do próprio círculo hermenêutico, não sendo determinados por perspectivas exteriores a essa circularidade.³⁷

³² MÜLLER, F.. **Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional I.** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, pp. 41-42.

³³ NEVES, A. C.. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Stvdia Ivridica 72.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 63-64.

³⁴ Ibid. p. 64.

³⁵ Ibid. p. 68.

³⁶ Id.

³⁷ Daqui é que surgiram as discussões entre Gadamer e Habermas e Apel, pois estes queriam encontrar critérios que permitissem interromper o fluxo da compreensão para dizer o que tinha e o que não tinha que ser afastado, ou seja, o critério ou a tradição que haveria ou não de ser afastado. Para tanto, haveria que se fazer um exercício que, no plano da realidade social, teria que assumir uma crítica de ideologia para denunciar o

Ademais, uma caracterização da racionalidade jurídica que se assente tão só no modo hermenêutico de compreensão desprezaria a "natureza praxístico-decisória" do pensamento jurídico, atentando-se a uma natureza tão só "significativo-compreensiva". Não bastaria ao pensamento jurídico uma "doutrina de um justo compreender", mas sim de um "justo decidir".³⁸

Olvida-se que se está tratando de um saber normativo e sancionador, ou seja, que impõe condutas e comportamentos independentemente da vontade de seus destinatários. Assim, não é suficiente "a correcção de uma consistente e coerente integração compreensiva ou a validade como coerência normativa, mas a justeza decisória ou a validade-justiça são aqui os valores polares." Aqui poderia também se apontar a "intencionalidade normativa da decisão judicativa" e não um "[...] carácter simplesmente especificante da *applicatio* ou <<concretização>> hermenêuticas[...]" 40.

Outra observação crítica que precisa ser lançada sobre as propostas da "nova hermenêutica" é que os modelos advindos da referida corrente de pensamento não ponderam o fato de que as decisões não se pautam somente em fundamentos e critérios normativos que advêm das regras postas, tal como o fazia o positivismo, mas exige o processo de formação do "juízo decisório" – a "mediação judicativa" – a especificidade do problema a ser solucionado,

que estaria ocultado e que estaria determinando os pré-juízos. Gadamer resiste a isto, entendendo que não se poderia antecipar suspensões a esse movimento, daí exsurgindo as críticas no sentido de que a hermenêutica seria "relativista". Porém, Gadamer dá grande importância ao diálogo com a tradição, mas se abstém de propor critérios que permitissem compreender o que seria ou não adequado. Para os textos de Habermas, desde o referido debate que entabulou com Gadamer, ver: HABERMAS, J.. Dialética e Hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Traducão de Álvaro L. M. Valls. Porto Algre: L & PM Editores, 1987. O último texto na referida coletânea de textos de Habermas, é do Professor Doutor Ernildo J. Stein, onde se pode extrair uma análise das discussões travadas por Habermas e Gadamer. Para um dos textos fundamentais que Gadamer elaborou para o referido diálogo crítico-reflexivo entabulado com Habermas, bem como para considerações analíticas a respeito, ver: BLEICHER, J.. Hermenêutica contemporânea. Tradução de Maria Georgina Segurado. Revisão de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70 Lda., 2002. As discussões entre Gadamer e Habermas foram melhor trabalhadas por Marcelo Paiva no seguinte texto: SANTOS, M. P.. A democracia brasileira no contexto da periferia latino-americana: o problema da jurisdição e o contributo possível da reflexão metodológica. Diálogos com Friedrich Müller, Castanheira Neves, Niklas Luhmann e Miguel Reale. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. (Coleção Nas Duas Margens – Vol. 01)

Para as expressões "natureza *praxístico-decisória*", "significativo-compreensiva", "doutrina de um justo compreender" e "justo decidir", bem como para um posicionamento crítico no mesmo sentido do empregado no texto, ver: NEVES, A. C.. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Stvdia Ivridica 1**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 76. Aqui cabe a importante ressalva feita por LARENZ: "O historiador do Direito só se pode servir de métodos das ciências históricas, o sociólogo dos da sociologia e o jurista, na medida em que proceda como tal e não como historiador ou sociólogo do Direito, de métodos jurisprudenciais.", em: LARENZ, K.. **Metodologia da ciência do Direito.** Tradução de José Lamego. 3ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 264. Esta importante observação de Karl Larenz se amolda perfeitamente às pretensões de aplicação irrestrita do processo de compreensão hermenêutica ao Direito, sem nenhuma observação às peculiaridades dessa dimensão prática do Homem e das exigências performativo-metodológicas inerentes a esse Direito.

³⁹ NEVES, A. C.. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Stvdia Ivridica 1**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 76.

⁴⁰ Id.

problema esse que possui uma singular autonomia constitutiva. 41

Castanheira Neves aponta, ainda, que "[...] não se trata de conhecer o sentido de uma significação cultural numa concreta situação de compreensão e em referência a esta, ou de reintegrar o caso decidendo surgido dessa situação no sistema global da validade significante, mas de ajuizar decisoriamente do mérito normativo do problema prático-concreto desse caso [...]"⁴², o que deve ser efetuado tendo em conta a "[...] perspectiva da fundamentante validade dogmaticamente objetivanda — não se trata só de <<p>pragmática>> significante ou reintegrante, mas de justeza decisória."⁴³

Por todas essas razões, fruto da *praxis* e da própria natureza constitutiva e normativa, que necessariamente exige uma justeza decisória, da decisão jurídica, que não se pode querer conceber a mesma enquanto um "... acto simplesmente hermenêutico"⁴⁴.

5. CONCLUSÕES PRELIMINARES

Diante dessas explanações, pode-se apontar algumas conclusões e/ou questionamentos à Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck.

O primeiro questionamento envolve a vinculação entre a Crítica Hermenêutica do Direito a um certo modelo de Estado de Bem Estar constituído sob um Constitucionalismo Democrático.

Com efeito, a hermenêutica filosófica da qual parte Streck se traduz em uma teoria do conhecimento, não podendo ser atrelada a um modelo de Estado. Quando muito, esta seria uma relação contingente, mas nunca necessária como parece defender o autor, uma vez que aquelas sociedades que atingiram as promessas da Modernidade não precisaram de um conceito de Direito fundado na Crítica Hermenêutica do Direito para fazê-lo.

O segundo questionamento envolve a relação entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a o pensamento de Dworkin.

Ressalte-se que há um vácuo de justificação a respeito da vinculação entre o pensamento de Dworkin e os pressupostos da Hermenêutica de Streck. Mais que isso, Streck parece incorrer no mesmo equívoco de acusar parte de seus contendores: a mixagem teórica.

De fato, a teoria da decisão de Streck se espelha no conceito de direito como integridade de Dworkin, todavia, eles partem de "lugares" diferentes. E mais, se Dworkin não pressupõe um fundamento hermenêutico-fenomenológico, qual seria a ligação entre o

⁴¹ Neste sentido, ver: Id.

⁴² Id.

⁴³ Id.

⁴⁴ Ibid. p. 77.

pensamento de Streck e o de Dworkin?

O terceiro questionamento envolve a própria leitura do fundamento teórico de Streck, qual seja, Gadamer.

Apesar de afirmar o caráter universalista da hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, o próprio Gadamer atenta para o caráter especificamente jurídico da formação do juízo jurídico decisório. Além disso, ao não atentar para esse detalhe, Streck compromete a própria autonomia do Direito, um dos pilares de sua teoria da decisão.