

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI



ISSN
2317-918X

V. 10, N. 1
JAN/JUN 2023

QUALIS
B2

sobre a revista

A Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí, em circulação desde 2011, é o periódico acadêmico eletrônico semestral do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, cujo objetivo é fomentar e difundir o intercâmbio de conhecimentos das áreas jurídica e afins.

Acesso eletrônico livre pelo portal <https://revistas.ufpi.br/>. Avaliado no estrato B2 pela Qualis / CAPES (2017).

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um austausch.

ARQUIVO JURÍDICO
Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal
do Piauí
Periódico acadêmico oficial do Programa de Pós-
Graduação em Direito da UFPI
ISSN digital 2236-1766
<https://revistas.ufpi.br/>

equipe editorial

Dr. Cleber de Deus Pereira da Silva

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

Editor-chefe

Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

equipe editorial assistente

Brunna Barros Carvalho Martins

Mestranda em Direito do PPGD/UFPI

Elayne Kallyne Braga da Silva Sobral

Mestranda em Direito do PPGD/UFPI

Jairo Victor Candeira Braga

Mestrando em Direito do PPGD/UFPI

conselho editorial

Dra. Alessandra Mizuta de Brito

Universidade Luterana do Brasil, Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Alexandre Araújo Costa

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Dr. Alexandre Bernardino Costa

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Dr. Álvaro Filipe Oxley Rocha

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Carlos Alberto Molinaro

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Dra. Catarina Santos Botelho

Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal

Dra. Caterine Gonçalves Acioli

Centro Universitário Cesmac, Maceió, Alagoas, Brasil

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Jorge Trindade

Universidade Luterana do Brasil, Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil

Dra. Márcia Cristina de Souza Alvim

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil

Dr. Menelick de Carvalho Netto

Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil



SUMÁRIO

<i>IMPACTOS POST MORTEM DAS DOAÇÕES SUCESSIVA</i>	<i>11</i>
<i> Lorena Alvarenga Costa</i>	
<i> Tereza Cristina Monteiro Mafra</i>	
<hr/>	
<i>ANIMAIS DOMÉSTICOS PELAS LENTES DO DIREITO DE FAMÍLIA: PROPRIEDADE OU INTEGRANTE DO NÚCLEO FAMILIAR?</i>	<i>25</i>
<i> Gustavo Fernando Fröhlich</i>	
<i> Ítalo Jordânio de Andrade Mota</i>	
<i> Sandryelle Cristina Alves da Silva</i>	
<i> Paulo Henrique Martins de Sousa</i>	
<hr/>	
<i>TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: ANÁLISE DA TÓPICA DE VIEHWEG</i>	<i>43</i>
<i> Lorena Torres de Arruda</i>	
<hr/>	
<i>A EQUIDADE COMO RAZÃO JURÍDICA E A DERROTABILIDADE DAS REGRAS</i>	<i>67</i>
<i> Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos Santos</i>	
<hr/>	
<i>LEGITIMAÇÃO POR PROXIMIDADE: O ARGUMENTO DE ROSANVALLON PARA UMA DEMOCRACIA DE INTERAÇÃO DIFUSA</i>	<i>97</i>
<i> Nelson Juliano Cardoso Matos</i>	
<i> Deborah Christina Moreira Santos Jaime</i>	
<hr/>	
<i>(DES)RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ENCARCERADO: A CONTAGEM DA PENA EM DOBRO A PARTIR DO PARADIGMA DO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 136.961 E A (IN)APLICABILIDADE DO PRECEDENTE AO CASO BRASILEIRO</i>	<i>111</i>
<i> José Mário Wanderley Gomes Neto</i>	
<i> Victor de Lemos Pontes</i>	
<hr/>	
<i>SUPERAÇÃO LEGISLATIVA, ÚLTIMA PALAVRA E DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE PODERES NO BRASIL</i>	<i>125</i>
<i> Samille Lima Alves</i>	
<i> Cleber de Deus Pereira da Silva</i>	
<i> Deborah Dettmam Matos</i>	
<hr/>	
<i>POLÍTICA HÍDRICA NO CERRADO PIAUIENSE E O USO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS</i>	<i>143</i>

*COMO ALTERNATIVA AO DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO DO ESTADO DO PIAUÍ*

*Vando da Silva Marques
Ednolia Evangelista de Almeida
Robertônio Santos Pessoa*

IMPACTOS *POST MORTEM* DAS DOAÇÕES SUCESSIVA

Lorena Alvarenga Costa

Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Tereza Cristina Monteiro Mafra

Doutora em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Diretora do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Faculdade de Direito Milton Campos. Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito Milton Campos.

Resumo: O direito de doar não é absoluto no ordenamento pátrio. Uma das restrições à autonomia privada se dá quando o doador tem herdeiros necessários, hipótese em que apenas poderá dispor gratuitamente de metade do seu patrimônio, em respeito à legítima. A parte que exceder esse limite legal configura *doação inoficiosa*, prevista no art. 549 do Código Civil, como hipótese de nulidade, tratando-se de matéria de ordem pública. A inoficiosidade das doações e a ofensa à legítima, por si só, abrange vários aspectos controvertidos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Mais complexa e relevante é a questão dos impactos *post mortem* quando as doações forem sucessivas, visando tentar identificar, na doutrina e na jurisprudência, como realizar o cálculo da inoficiosidade. Para tanto, fez-se uma pesquisa doutrinária em 14 livros (manuais e obras especializadas) e 8 artigos, além da busca pelo tema no Superior Tribunal de Justiça e nos 27 Tribunais Estaduais. O método empregado foi o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Doações sucessivas, impactos *post mortem*, cálculo inoficiosidade.

Submetido em 28 de março de 2022. Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito das Sucessões, a liberdade de testar é limitada, assegurando-se que uma parte dos bens se destine aos chamados herdeiros necessários. O princípio, que tem origem no direito romano, "encontra justificativa na ideia que a vontade do testador não pode prejudicar o interesse daqueles que lhe são próximos" (LEITE, 2005, p. 40). O legislador brasileiro (art. 1.789 do Código Civil), na mesma linha do direito francês (arts. 913 a 919 do *Code*) e do direito português (art. 2156º do Código Civil Português), estabeleceu que, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade da herança.

No mesmo sentido, há a norma cogente do art. 549 do Código Civil, que caracteriza um limite à autonomia privada, ao imputar nulidade à doação que exceder a parte que o doador poderia dispor em testamento, no momento da liberalidade, configurando a denominada *doação inoficiosa*.

Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira (1952, p. 638), ao comentar dispositivo semelhante do Código Civil de 1916, defende que, permitir via doação o que a lei veda por testamento, equivaleria a burlar a lei: "Se aquele, que tem herdeiros necessários, pudesse, em dado momento, doar os seus bens, além da metade disponível, teria, deste modo, deserdado seus herdeiros reservatários, fora dos casos previstos no Código Civil".

Além disso, ao longo da vida, uma pessoa, que tenha herdeiros necessários, pode realizar sucessivas doações, diferidas no tempo, beneficiando um desses herdeiros ou um terceiro específico, as quais, somadas, poderiam ultrapassar o limite legal.

No presente artigo, elegeu-se tratar das doações sucessivas a um terceiro e não a algum herdeiro necessário, pois, para o último, a matéria é regulada no art. 2.007, §4º do Código Civil¹.

Os problemas que o presente trabalho se propõe a enfrentar consistem em identificar, em se tratando de doações sucessivas a terceiros: (I) Como deve ser o cálculo para aferir a inoficiosidade? (II) Cada doação deve ser analisada de forma isolada ou todas devem ser computadas para a avaliação? (III) Qual é o momento em que deve ser aferido o patrimônio total do doador?

O objetivo principal do artigo é realizar uma revisão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema-problema, buscando responder às questões propostas e verificar se há coincidência ou divergência entre doutrina e jurisprudência – o que, ao mesmo tempo, justifica a relevância da

¹ Art. 2.007 do Código Civil: São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade. [...] § 4º Sendo várias as doações a herdeiros necessários, feitas em diferentes datas, serão elas reduzidas a partir da última, até a eliminação do excesso.

pesquisa, pois os problemas propostos não são abundantemente tratados pelos autores ou pelos Tribunais pátrios.

Acerca do marco teórico foram adotados o texto *Contratos de doação entre potenciais herdeiros necessários*, de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e João Ricardo Brandão Aguirre (2021, p. 259-274), e o acórdão proferido na Ação Rescisória nº 3.493/PE, pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2012).

O método empregado é o hipotético-dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica, quantitativa e qualitativa. Para enfrentar o problema, realizou-se pesquisa doutrinária e jurisprudencial, seguida de análise e confronto dos posicionamentos encontrados.

2 ANÁLISE DOUTRINÁRIA SOBRE DOAÇÕES SUCESSIVAS

Primeiramente, foram consultados quatorze autores, entre manuais de direito civil e obras especializadas sobre doação, conforme Quadro 1 apresentado abaixo:

Quadro 1- Doutrinas consultadas

Doutrinador	Obra	Aborda o tema
Arnaldo Rizzardo	<i>Contratos</i> . 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.	Não
Caio Mário da Silva Pereira	<i>Instituições de direito civil: Contratos</i> . 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 3.	Não
Carlos Roberto Gonçalves	<i>Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais</i> . 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2021, v. 3.	Sim
Cristiano Chaves de Faria, Nelson Rosenvald	<i>Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria Geral e Contratos em espécie</i> . 12. ed., Salvador/BA: JusPodium, 2022, v. 4.	Sim
Flávio Tartuce	<i>Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie</i> . 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.	Sim
Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda	<i>Tratado de Direito Privado</i> . 2. ed., Rio de Janeiro: Bonsoi, 1964, vol. XLVI.	Sim
J. M. de Carvalho Santos	<i>Código Civil Brasileiro Interpretado</i> . 6. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v. 16.	Sim
Maria Helena Diniz	<i>Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais</i> . 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2022.	Não
Pablo Stolze Gagliano	<i>O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões</i> . 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.	Não
Paulo Lôbo	<i>Direito Civil: Contratos</i> . 4. ed, São Paulo: Saraiva, 2018, v. 3.	Sim
Paulo Nader	<i>Curso de Direito Civil</i> . 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.3.	Sim
Rui Carvalho Piva	<i>Direito Civil: Parte geral, obrigações, contratos, atos unilaterais, responsabilidade civil, direito das coisas</i> . Barueri: Monole, 2012.	Não
Silvio de Salvo Venosa	<i>Direito Civil: Contratos</i> . 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.	Não

Sylvio Capanema de Souza	<i>Comentários ao novo Código Civil</i> . Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 8.	Sim
--------------------------	--	-----

Fonte: elaborado pelas próprias autoras

Na pesquisa realizada, inicialmente, constatou-se que quase metade dos doutrinadores não fez qualquer menção sobre as doações sucessivas, sendo que o tema é abordado apenas em oito obras das quatorze analisadas.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 117) defendeu que “se forem feitas várias doações, tomar-se-á por base a primeira, isto é, o patrimônio então existente para cálculo da inoficiosidade”.

Para o mencionado autor, se assim não fosse, “o doador continuaria doando a metade do que possui atualmente, e todas as doações seriam legais, até extinguir todo o seu patrimônio” (GONÇALVES, 2021, p. 117). Defende, ainda, a *soma* dos valores de todas as doações realizadas durante o tempo em que o doador tinha herdeiros necessários. Dessa forma, a redução deve alcançar todas as doações causadoras do excesso da legítima, *a começar pela última*.

Lado outro, de acordo com Paulo Nader (2009, p. 235), “tratando-se de várias doações, dever-se-á considerar a primeira, a fim de se certificar a existência ou não de doação inoficiosa”. A fim de apurar-se a inoficiosidade, seria necessário que todas as doações sucessivas fossem *somadas*, devendo ser considerado o valor do patrimônio total do doador, *na data da primeira doação*.

Em contrapartida, os doutrinadores Flávio Tartuce (2022, p. 41), Paulo Lôbo (2018, p. 301) e Sylvio Capanema de Souza (2004, p. 194), comentando o Código Civil de 2002, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1964, p. 250) e J. M. de Carvalho Santos (1955, p. 409), quanto ao Código Civil de 1916, defenderam que todas as doações sucessivas deveriam ser *somadas* para verificar se houve fraude à legítima, porém, *não indicam em qual o momento o patrimônio do doador deva ser considerado para a verificação de eventual excesso da legítima*.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2022, p. 811) entendem que a nulidade alcança somente a doação que acarretar o excesso do montante disponível, considerando a *soma* de todas as doações.

Diante da revisão bibliográfica realizada, constatou-se que das quatorze obras consultadas, quase metade dos doutrinadores, mais especificamente seis, não abordaram nenhuma das indagações apresentadas, quais sejam: (I) Em doações sucessivas, como deve ser o cálculo para aferir a inoficiosidade? (II) Cada doação deve ser analisada de forma isolada ou todas devem ser

computadas para a avaliação? (III) Qual é o momento em que deve ser aferido o patrimônio total do doador?

Dentre os oito autores que abordam o tema das doações sucessivas, todos defendem a *soma* das liberalidades, respondendo à segunda pergunta do problema da pesquisa.

Lado outro, nenhum autor traz elementos claros que respondam à primeira indagação levantada como problema, ou seja, são silentes a respeito de eventuais critérios para calcular a inoficiosidade.

Quanto à terceira pergunta, sobre o momento em que deve ser aferido o patrimônio do doador, os doutrinadores Carlos Roberto Gonçalves e Paulo Nader defendem que deve ser considerado o valor do patrimônio total do doador, *na data da primeira doação*.

Visando um aprofundamento do assunto, também foram analisados oito artigos científicos que poderiam tratar do tema, consoante Quadro 2 apresentado abaixo:

Quadro 2 - Artigos científicos consultados

Autor	Artigo	Aborda o tema específico
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e João Ricardo Brandão Aguirre	Contratos de doação entre potenciais herdeiros necessários. <i>In</i> : TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). <i>Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares</i> . 2. ed. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 259-274.	Sim
Helena de Azeredo Orselli e Stephanie Spiess	Análise da doação inoficiosa e seus reflexos no direito sucessório. <i>Revista Jurídica</i> , Blumenau/SC, v. 20, n. 41, p. 183-213, jan./abr. 2016.	Não
José Manoel de Azevedo Marques	Inoficiosidade das doações a estranhos – Modo de calculá-la. <i>Revista de Direito Civil Contemporâneo</i> , São Paulo, v. 19, p. 385-391, abr./jun. 2019.	Não
Natal Nader	Questões relativas à doação. <i>Revista dos Tribunais Online – Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos</i> , v. 5, p. 457-464, jun. 2011.	Sim
Otávio Luiz Rodrigues Junior e Carlos Eduardo Elias de Oliveira	Notícia histórica, bibliográfica e biográfica ao artigo “inoficiosidade das doações a estranhos – Modo de calculá-la”, de José Manoel de Azevedo Marques. <i>Revista de Direito Civil Contemporâneo</i> , São Paulo, v. 19, p. 379-383, abr./jun. 2019.	Não
Rodrigo Serra Pereira	Do planejamento sucessório: uma breve análise da doação de ascendente para descendente. <i>Revista de Direito Civil Contemporâneo</i> , São Paulo, v. 13, p. 349-371, out./dez. 2017.	Não
Tércio Sampaio Ferraz Júnior	Da doação inoficiosa. <i>Revista Argumentum</i> , Marília/SP, v. 18, p. 593-608, set./dez. 2017.	Não
Valestan Milhomem da Costa	Pragmatismos do inventário e partilha extrajudiciais. <i>Revista de Direito Privado</i> , São Paulo, v. 100, p. 143-176, jul./ago. 2019.	Sim

Fonte: elaborado pelas próprias autoras

A princípio, verificou-se que a maioria dos artigos não distinguiu as doações sucessivas, sendo que em apenas três trabalhos analisados houve um tratamento específico sobre o tema.

Natal Nader (2011, p. 457-464) defendeu que a inoficiosidade pode se verificar através de uma ou de várias doações. Assim, no caso de doações sucessivas, seria necessário *somar* todas as liberalidades e comparar com o patrimônio disponível do doador no *momento da primeira doação*, para, dessa forma, averiguar se haveria excesso, se posicionando no mesmo sentido do doutrinador Paulo Nader.

Lado outro, Valestan Milhomem da Costa (2019, p. 143-176) afirmou que a regra atual consistiria na verificação da inoficiosidade no momento da liberalidade. Porém, em atenção ao objetivo da norma de proteger direitos hereditários, defendeu que o ideal seria *computar* todas as doações realizadas durante a vida do doador, no *momento do seu óbito*, e, caso o somatório ultrapassasse a metade do saldo disponível naquele momento, é que existiriam doações inoficiosas. Este posicionamento não se harmoniza com nenhum entendimento dos doutrinadores antes estudados no presente artigo.

Por fim, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e João Ricardo Brandão Aguirre (2021, p. 259-274), sem dúvida, foram os autores que mais aprofundaram na análise dos problemas propostos, como se demonstrará a seguir e, por isso, sua adoção como marco teórico.

Sobre os critérios para aferir a inoficiosidade, Hironaka e Aguirre (2021, p. 271) reconhecem a dificuldade:

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que alterações na situação financeira do doador podem alterar o critério objetivo de aferição da inoficiosidade. Se o doador tinha 100 (cem) e doou 50 (cinquenta), sendo que semanas após seu patrimônio aumentou em 1.000 (mil), parece claro que ele poderá continuar doando patrimônio, pois nenhum prejuízo virá para os sucessores nesse caso, muito pelo contrário. Para tanto, não há solução fácil: o ideal seria conseguir uma fórmula matemática que mantivesse proporcional esse critério. Não a temos, contudo, neste momento.

Embora não tenham criado uma fórmula de apuração da inoficiosidade, deve ser aplaudida a coragem dos autores que, pelo menos, fazem referência ao problema e reconhecem as dificuldades dele decorrentes. Tampouco, no âmbito do presente artigo, pretende-se ter a pretensão de apresentar tal fórmula. O objetivo, aqui, é colocar em destaque o problema e ecoar o convite à comunidade acadêmica para que o assunto venha à tona e para que eventualmente surja uma proposta de solução.

A respeito das outras duas questões (se as doações devem ser analisadas isoladamente ou somadas e qual o momento para a aferição do patrimônio do doador), também parece ser mais acertado o entendimento de Hironaka e Aguirre (2021, p. 272):

Portanto, em nosso sentir, o momento para aferição da inoficiosidade deve ser o da primeira doação, de modo que a soma das sucessivas doações seguintes não ultrapasse a metade do patrimônio que tinha o disponente quando da primeira liberalidade que realizou, ressalvadas as situações de alteração patrimonial superveniente para mais e menos, aplicando-se, a cada uma delas, os cuidados descritos neste trabalho. Seria bem-vinda a criação de uma fórmula que solucionasse da forma mais equânime esse problema, fórmula esta que convidamos a comunidade científica a buscar.

Dessa forma, os autores defendem que as doações sucessivas devem ser analisadas em conjunto, através da *soma* de todas as doações, sendo considerado, em regra, o patrimônio disponível *da data da primeira liberalidade* para aferir a inoficiosidade, ressalvando os casos de alteração patrimonial do doador.

Contudo, ainda que se considerem as posições de Hironaka e Aguirre as mais acertadas, diante das lacunas e divergências doutrinárias constatadas sobre os problemas apontados, optou-se por realizar uma análise da jurisprudência pátria sobre a inoficiosidade em relação às doações sucessivas.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE DOAÇÕES SUCESSIVAS

A pesquisa jurisprudencial realizada teve por escopo verificar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e dos vinte e sete Tribunais de Justiça do país em relação ao cálculo da inoficiosidade das doações sucessivas.

A pesquisa realizada no Superior Tribunal de Justiça no dia 01 de agosto de 2021, teve como parâmetro de busca as palavras “doações”, “sucessivas” e “inoficiosa”, sem delimitação temporal, encontrando um acórdão sobre a temática.

O julgamento foi proferido na Ação Rescisória nº 3.493/PE, pela Segunda Seção, no dia 12 de dezembro de 2012 (BRASIL, 2012). A ação tinha por objetivo a desconstituição de um acórdão que manteve incólume diversas doações realizadas por um marido a sua esposa, que foram consideradas válidas sob o fundamento de que não teria sido comprovado excesso nas doações realizadas, no momento da liberalidade, nos termos do artigo 1.176 do Código Civil de 1916¹, vigente na época das doações.

Na referida ação rescisória, o autor requereu a desconstituição das doações sucessivas, defendendo que somente seria possível a comprovação da violação à legítima no momento da abertura da sucessão, através da soma de todas as liberalidades, e não no momento de cada

¹ Art. 1.176 do Código Civil de 1916: Nula é também a doação quanto á parte, que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

doação. Assim, argumentou que a interpretação do acórdão impugnado possibilitaria que o doador realizasse sucessivas doações, cada uma respeitando o limite de 50% do patrimônio no momento da liberalidade, e, por consequência, fosse esvaziando, progressivamente, seu patrimônio, em ofensa à legítima dos herdeiros necessários.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, entendeu, em síntese, que o acórdão impugnado conferiu razoável interpretação à legislação, reafirmando que para a análise da inoficiosidade da doação, o parâmetro deveria ser o patrimônio do doador no momento de cada liberalidade e não na abertura da sucessão. Ponderaram que este foi o critério adotado pelo sistema brasileiro, em prol da segurança das relações jurídicas, uma vez que a validade do ato não ficaria condicionada a eventos futuros e incertos, como o posterior empobrecimento do doador.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a análise do excesso de uma doação deve ser apurada no *momento da liberalidade*, de forma *isolada*, tendo como base o patrimônio do doador naquela data, ainda que existam doações posteriores, em prol da segurança das relações jurídicas.

Em relação aos Tribunais de Justiça Estaduais, a pesquisa realizada no dia 01 de agosto de 2021, teve como parâmetro de busca as palavras “doações”, “sucessivas” e “inoficiosa”, sem delimitação temporal, encontrando duzentos e sessenta e sete acórdãos sobre a temática.

Visando propiciar uma ampla compreensão da pesquisa realizada, apresenta-se, abaixo, o Mapa 1 com o número de julgados encontrados em cada Tribunal Estadual:

Mapa 1 – Número de acórdãos por Tribunal de Justiça



Fonte: elaborado pelas próprias autoras, a partir de imagem retirada de Bezerra (2013)

Os acórdãos encontrados nos Tribunais de Justiça dos estados da Amazônia, Roraima, Rondônia, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Sergipe, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraná e Santa Catarina não abordaram a temática específica das doações sucessivas.

No Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso do Sul, foram localizados quatro acórdãos. Contudo, apenas na Apelação Cível nº 0010650-53.2011.8.12.0021, julgada em julho de 2021, o Tribunal enfrentou o problema das doações sucessivas (MATO GROSSO DO SUL, 2021).

No julgamento, o Tribunal se posicionou no sentido de que, para a análise de doações sucessivas, seria necessário considerar a totalidade do patrimônio do doador apenas na *data da primeira liberalidade*, sendo inoficiosa qualquer doação, ainda que posterior, que ultrapassasse esse limite.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, foram encontrados cento e cinquenta e seis acórdãos, mas apenas em dois (Apelações Cíveis nºs 0005541-55.2009.8.26.0242 e 0014784-04.2007.8.26.0562), julgados entre março de 2013 e outubro de 2014, houve a discussão relativa a sucessivas liberalidades. (SÃO PAULO, 2013; SÃO PAULO, 2014)

O Tribunal, em ambos os acórdãos, também entendeu que, para a apuração do excesso em relação a doações sucessivas, todas as liberalidades devem ser *somadas* e deve ser considerado o patrimônio do doador na *data da primeira liberalidade*.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foram localizados quarenta e nove acórdãos, contudo apenas três Apelações Cíveis (nºs 70024073801, 70025815820 e 70032923849), julgadas respectivamente em maio de 2008, janeiro de 2009 e novembro de 2009, abordaram o tema das sucessivas doações. (RIO GRANDE DO SUL, 2008; RIO GRANDE DO SUL, 2009a; RIO GRANDE DO SUL, 2009b)

Nos três acórdãos, o Tribunal assentou seu entendimento no sentido de que, em casos de várias liberalidades, para aferição da inoficiosidade, deve ser considerado o patrimônio disponível do doador na *data de cada liberalidade*, mas devem ser computados no cálculo *todas as doações anteriores* para verificar se houve excesso.

Dessa forma, nota-se que os Tribunais de Justiça dos Estados do Mato Grosso do Sul e de São Paulo adotaram o entendimento de Paulo Nader, enquanto o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não se harmoniza com nenhum entendimento dos doutrinadores estudados no presente artigo.

Assim, constatou-se que a temática também não foi explorada de forma ampla pela jurisprudência pátria, havendo divergência entre o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

e o entendimento de três Tribunais de Justiça Estaduais em relação ao cálculo para apuração da validade das doações sucessivas, especialmente quanto à análise isolada ou a soma das doações sucessivas para verificar se houve o excesso vedado, e, ainda, quanto ao momento de se verificar o patrimônio do doador, não sendo sugerida qualquer fórmula geral para o cálculo da inoficiosidade.

4 CONCLUSÕES

Diante da pesquisa realizada, ficou evidente que não existe um posicionamento pacífico em relação aos parâmetros para aferir a inoficiosidade das doações sucessivas realizadas a um terceiro, seja na doutrina ou na jurisprudência, sendo o tema ainda pouco investigado.

A maioria dos doutrinadores e Tribunais de Justiça Estaduais que abordaram especificamente a temática, defendem que, em caso de doações sucessivas, todas as liberalidades devem ser somadas para aferir se houve violação à legítima.

No que tange ao momento de aferição do patrimônio total do doador, parâmetro essencial para o cálculo da inoficiosidade, muitos doutrinadores se omitem sobre a temática, mas o posicionamento comum encontrado na doutrina e jurisprudência, consiste em aferir o patrimônio total do doador na data da primeira doação.

Entretanto, constata-se que tal posicionamento não dispõe de parâmetros claros e objetivos para a realização do cálculo da somatória das liberalidades progressivas, o que pode embarçar a sua aplicação na prática.

Por consequência, no momento da doação, não seria possível aferir sua validade, diante da possibilidade de doações futuras que teriam o condão de interferir no cálculo e, assim, o doador não teria certeza se sua vontade seria respeitada futuramente.

Para parte da doutrina e da jurisprudência, após a primeira doação, caso o patrimônio ampliasse consideravelmente, mesmo sendo possível a doação sem prejuízo aos herdeiros necessários, a liberalidade não poderia ocorrer, em prejuízo ao direito de doar do doador.

Lado outro, na hipótese de o patrimônio ser reduzido significativamente, seria permitido realizar mais doações até o limite da primeira liberalidade, mesmo que isso significasse que todo o patrimônio restante naquele momento seria doado, em prejuízo aos herdeiros necessários.

Nota-se, portanto, que o posicionamento adotado em maior parte pelos doutrinadores e Tribunais de Justiça Estaduais trazem diversos problemas na aplicação prática.

Por isso, mais acertada parece ser a posição adotada por Hironaka e Aguirre (2021, p. 259-274), assim respondendo às questões propostas no início do presente trabalho:

(I) Em doações sucessivas, como deve ser o cálculo para aferir a inoficiosidade?

Apesar de ainda não existir, a criação de uma fórmula consistiria em um mecanismo objetivo de apuração da inoficiosidade. Deve-se destacar que, no âmbito do presente artigo, não se pretendeu criar tal fórmula, mas é possível que o objetivo de colocar em destaque o problema e ecoar o convite à comunidade acadêmica para que eventualmente surja uma proposta de solução tenha sido alcançado.

(II) Cada doação deve ser analisada de forma isolada ou todas devem ser computadas para a avaliação?

A análise isolada de cada doação pode levar o doador a burlar a lei, pois, com sucessivas doações, seria possível transmitir para um terceiro mais do que autoriza a liberdade de testar, esvaziando aos poucos o patrimônio e excluindo os herdeiros reservatários, que seriam privados de sua legítima. Assim, as doações sucessivas devem ser somadas para a avaliação da inoficiosidade. Cabe mencionar, ainda que *em passant*, defende-se a necessidade de revisão da legítima no Direito pátrio. Mas, enquanto a lei assim existir, deverá ser cumprida.

(III) Qual é o momento em que deve ser aferido o patrimônio total do doador?

A verificação da inoficiosidade deve ser realizada quando da primeira doação, observando-se a soma das liberalidades subsequentes para que não ultrapassem a parte disponível, ressalvando-se as situações de alteração patrimonial superveniente para mais e menos, nos termos propostos por Hironaka e Aguirre.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Juliana. Mapa do Brasil. *Toda Matéria*, 2013. Disponível em:

<https://www.todamateria.com.br/mapa-do-brasil/>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF:

Presidência da República, [2016]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1916]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 15 jul. 2022.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Ação Rescisória (AR) nº 3.493/PE*. Relator: Min. Massami Uyeda, 12 de dezembro de 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600233481&dt_publicacao=06/06/2013. Acesso em: 15 jul. 2022.
- COSTA, Valestan Milhomem da. Pragmatismos do inventário e partilha extrajudiciais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 100, p. 143-176, jul./ago. 2019.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria geral e Contratos em espécie*. 12. ed, Salvador/BA: JusPodium, 2022. v. 4.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 3.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. Contratos de doação entre potenciais herdeiros necessários. *In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (coord.). Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares*. 2. ed. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 259-274.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Notícia histórica, bibliográfica e biográfica ao artigo “inoficiosidade das doações a estranhos – Modo de calculá-la”, de José Manoel de Azevedo Marques. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 19, p. 379-383, abr./jun. 2019.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Da doação inoficiosa. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 18, p. 593-608, set./dez. 2017.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito das Sucessões. Arts. 1.784 a 2.027. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Comentários ao novo Código*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005 v. 21.
- LOBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 3.
- MARQUES, José Manoel de Azevedo. Inoficiosidade das doações a estranhos – Modo de calculá-la. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 19, p. 385-391, abr./jun. 2019.
- MATO GROSSO DO SUL (4. Câmara Civil). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível (AP) nº 0010650-53.2011.8.12.0021*. Relator: Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, 20 de julho de

2021. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1156873&cdForo=0>. Acesso em: 15 jul. 2022.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bonsoi, 1964. v. 46.
- NADER, Natal. Questões relativas à doação. *Revista dos Tribunais Online – Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 5, p. 457-464, jun. 2011.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 3.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2.
- ORSELLI, Helena de Azeredo; SPIESS, Stephanie. Análise da doação inoficiosa e seus reflexos no direito sucessório. *Revista Jurídica*, Blumenau, v. 20, n. 41, p. 183-213, jan./abr. 2016.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.
- PEREIRA, Rodrigo Serra. Do planejamento sucessório: uma breve análise da doação de ascendente para descendente. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 13, p. 349-371, out./dez. 2017.
- PIVA, Rui Carvalho. *Direito Civil: parte geral, obrigações, contratos, atos unilaterais, responsabilidade civil, direito das coisas*. Barueri: Monole, 2012.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8. Câmara Cível). *Apelação Cível (AP) nº 70024073801*. Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda, 29 de maio de 2008. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 15 jul. 2022.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7. Câmara Cível). *Apelação Cível (AP) nº 70025815820*. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel, 28 de janeiro de 2009a. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 15 jul. 2022.
- RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça (7. Câmara Cível). *Apelação Cível (AP) nº 70032923849*. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel, 25 de novembro de 2009b. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 15 jul. 2022.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. v. 16.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (2. Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível (AP) nº 0014784-04.2007.8.26.0562*. Relator: Des. Flavio Abramovici, 7 de outubro de 2014.

Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7911960&cdForo=0>.

Acesso: em 15 jul. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (6. Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível (AP) 0005541-55.2009.8.26.0242*. Relator: Des. Francisco Loureiro, 14 de março de 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6582684&cdForo=0>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 8.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ANIMAIS DOMÉSTICOS PELAS LENTES DO DIREITO DE FAMÍLIA PROPRIEDADE OU INTEGRANTE DO NÚCLEO FAMILIAR?

Gustavo Fernando Fröhlich

Servidor na Câmara dos Deputados. Graduado em Tecnologia em Gestão Pública pelo Instituto Federal de Brasília (IFB). Graduando em Direito na Universidade de Brasília (UnB).

Ítalo Jordânio de Andrade Mota

Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do grupo de pesquisa Processo Civil, Acesso à Justiça e Tutela dos Direitos (GEPC/UnB).

Sandryelle Cristina Alves da Silva

Graduanda em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora do Centro de Estudos Constitucionais Comparados da Universidade de Brasília. Editora-assistente da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.

Paulo Henrique Martins de Sousa

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Ex-Professor Adjunto da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Ex-Professor Substituto da Universidade de Brasília (UnB).

Resumo: Com a recepção dos direitos difusos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial daqueles que versam sobre os animais, e a reformulação do conceito de família, questões envolvendo animais domésticos têm ganhado repercussão na mídia e nas diferentes instâncias dos Poderes. Recentemente, a relevância da questão se provou com a sanção da Lei nº 14.064/2020, que, ao aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos praticados contra gatos ou cachorros, deu a entender que esses animais são relevantes ao ponto de merecerem maior proteção. Nesse sentido, o manuscrito busca discutir a pertinência dos animais domésticos serem considerados integrantes da família, fundamentando-se na jurisprudência, na doutrina e na legislação, especialmente conexa aos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional.

Palavras-chave: Animais Domésticos; Afetividade; Família; Jurisprudência; Legislação; Guarda.

Submetido em 23 de agosto de 2021. Aprovado em maio de 2023.

INTRODUÇÃO

O número de litígios envolvendo animais de estimação tem aumentado, fazendo com que a matéria já tenha sido discutida em diferentes tribunais locais e no próprio Superior Tribunal de Justiça. A Corte enfrentou o tema, pioneiramente, no REsp 1.713.167, quando julgou caso envolvendo o estabelecimento de guarda para animais domésticos em caso de secessão da sociedade conjugal.

Numa visão mais ortodoxa, a matéria pouco se relaciona com o Direito de Família, pois o animal é costumeiramente tratado como bem, uma coisa ou uma propriedade do núcleo familiar. Graças à reformulação do conceito de família e a introdução dos direitos difusos relacionados à fauna no ordenamento constitucional, mais recentemente, floresce literatura jurídica que ressignifica o animal doméstico como integrante da família.

Há conflito entre a concepção que se tem acerca dos animais domésticos. O Código Civil dá a eles um tratamento de bem móvel, ou seja, de coisa, por força do art. 82. No entanto, os semoventes, na dicção doutrinária, vêm sendo relacionados pela sociedade de maneira distinta e inovadora.

Em que pese, preteritamente, a relação entre o ser humano e os animais domésticos ter se dado de maneira mais impessoal, ela se transformou nas últimas décadas (LIMA, 2016). De fato, houve uma expressiva mudança social e, quiçá, paradigmática.

Os animais eram tratados como objetos de guarda e segurança ou serviam para controle de pragas. Todavia, atualmente, com a gradativa ida dos animais para o ambiente doméstico, há uma consolidação de uma nova espécie de relação social, na qual o animal é valorizado ao ponto de movimentar uma indústria multimilionária voltada para os cuidados com os *pets*. (LIMA, 2019).

Paradigmaticamente, há um deslocamento do eixo antropocêntrico para o eixo ecocêntrico (SOUZA, 2021). Esse impacto é sentido mais intensamente a partir dos anos 1970, pelo reclamo de tratamento não cruel e de crítica à *indústria de peles*. No entanto, os *pets*, sobretudo na década de 1990, vêm assumindo destacado espaço nas discussões jurídicas.

Uma pesquisa realizada pela ONG *World Animal Protection* (2019), que comparou a forma como cachorros são tratados em diferentes países, demonstrou que aproximadamente 94% dos brasileiros possuidores de cães consideram seus animais de estimação como parte da família. Apenas no Brasil, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2013), existem cerca de 29 milhões de domicílios com cães e 11 milhões com gatos. Apesar do

entendimento popular não se confundir com o entendimento jurisprudencial e doutrinário, acaba criando pressão sobre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Nesse sentido, a aprovação e sanção da Lei nº 14.064/2020 podem ser compreendidas como consequências dessa pressão popular sobre o legislador, que decidiu por conceder proteção especial aos animais domésticos - com ênfase nos cães e gatos. A discussão de índole criminal, relativamente à proporcionalidade das penas, é propositadamente posta de lado.

No presente manuscrito, a discussão subjacente se relaciona à possibilidade de os animais domésticos serem reconhecidos como bens ou integrantes da família. Vale dizer, pela ótica do Direito de Família, questiona-se a respeito de eventual deslocamento do espaço e dos papéis desempenhados pelos animais domésticos no seio familiar.

Quanto à organização, o artigo foi segmentado em seções e subseções: inicialmente, foram abordados os elementos básicos que permeiam o conceito de animal doméstico e como este se relaciona com as noções do Direito de Família; a seguir, descreveu-se o fenômeno da guarda compartilhada de animais domésticos; e, por fim, foram revistos alguns dos projetos legislativos que possuem relação com o tema, com ênfase na Lei nº 14.064/2020.

O DIREITO DE FAMÍLIA E A GUARDA DE ANIMAIS

Inicialmente, cinge-se o trabalho a perscrutar os meandros do Direito de Família, de modo a se destacar como a discussão a respeito dos animais adentrou na seara jurídica. Além disso, necessário visualizar o papel do afeto nesse giro de marchas e contramarchas da doutrina e da jurisprudência.

ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA

Neste ponto em específico, não se pode deixar de analisar a incidência principiológica da dogmática axiológica que o Direito Civil de índole constitucional carrega hodiernamente. Notável é a constitucionalização do Direito Civil desde a aurora da Constituição Federal de 1988, como há muito anotou a literatura a respeito desse caminho inelutável (MORAES, 1993).

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o Direito de Família parte de forte pressuposto constitucional de modo que os princípios norteadores daquele estão intimamente relacionados às normas fundamentais previstas neste. De modo mais amplo, o próprio Direito Civil capta a tradição

da dogmática jurídica ao mesmo tempo que vai haurir inovações próprias de um sistema que se qualifica como *open norm* (FACHIN, 2015), na dialética com o texto constitucional.

Fato é que a Constituição Federal de 1988 trouxe rol de garantias sociais em seu texto que norteiam todo o ordenamento jurídico, de modo que há uma influência pública inclusive em relações privadas. Trata-se da publicização do Direito Privado, que apaga as definições claras fixadas desde Domat no Código Napoleônico (MORAES, 1993) e permite apenas vislumbrar as fronteiras.

Isso se conecta com a questão discutida no sentido de que a família, como instituição reconhecida constitucionalmente, é norteada por princípios que se fundem a aspectos fundamentais da própria Constituição Federal. Não há como definir a família como instituto exclusivamente público ou privado; a hibridização é ínsita ao seu conteúdo.

Entretanto, algumas questões principiológicas acabam sendo cabíveis em situações protagonizadas exclusivamente por sujeitos dotados de personalidade. Exemplo é o princípio da dignidade humana, uma vez que a base do Direito de Família é a própria pessoa que deve ser considerada conforme suas nuances, inclusive as patrimoniais apesar do forte caráter de repersonalização adstrito ao princípio mencionado (TARTUCE, 2020).

Enquanto o princípio da dignidade humana é de impossível aplicação direta ao direito do animal, o princípio da solidariedade permite incidência analógica, vez que decorre do dever de cuidado. Nessa perspectiva, o princípio da solidariedade surge a partir de um referencial coletivo, de modo que é essencial à sua análise a consideração quanto aos possíveis impactos causados a outras pessoas (TARTUCE, 2020). De uma análise comparada, pode-se dizer que numa questão de divisão de guarda, não se deve pensar unicamente nos interesses das pessoas envolvidas, mas também verificar o que é melhor para o próprio animal.

Outra questão a ser considerada é a da responsabilidade, que surgirá como um limitador direto à liberdade – que defende intervenção estatal justificável apenas em casos excepcionais – e à pluralidade – que reconhece a existência de diferentes maneiras de se observar o Direito de Família. Conforme o princípio da responsabilidade, a pessoa deve arcar com as consequências dos atos decorrentes de suas atitudes, mesmo que elas estejam circunscritas ao âmbito familiar. Isso porque a liberdade intrínseca à instituição familiar não é absoluta, sendo possível responsabilizar os entes familiares no caso de descumprimento de obrigações ou outras situações específicas (TARTUCE, 2020).

Esse ponto de vista é igualmente aplicável aos animais nos conflitos do Direito de Família, uma vez que essa responsabilidade, tal-qualmente se aplica à divisão de guarda de crianças e

adolescentes, vale à divisão da guarda de animais. Não faria sentido manter o animal com aquele que violou o princípio da responsabilidade ou o dever de cuidado decorrente do princípio da solidariedade em relação ao *pet*, parece evidente.

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade, por sua vez, parece ser aquele mais aplicável à questão animal. Este seria o princípio base do direito de família e se relaciona bastante com o princípio da solidariedade no que diz respeito à importância atribuída ao dever de cuidado (CALDERÓN, 2017).

Dessa forma, o princípio da afetividade não obriga que exista amor nas entidades familiares, mas sim que exista cuidado entre seus entes, cuidado esse juridicamente tutelável. Isso porque “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida” (LÔBO, 2008).

É fato que o ordenamento civil brasileiro considera juridicamente os animais como bens móveis, de modo que estariam sujeitos ao regime jurídico das coisas. Entretanto, é cada vez mais comum seres humanos manterem animais consigo como forma de companhia, sendo aqueles que irão prestar à pessoa apoio emocional cotidiano. Os animais domésticos, nesse sentido, seriam como uma propriedade viva; nem pessoas, nem bens, estando num liminar entre esses dois aspectos, e podendo ter valor atribuído.

Na definição clássica (DINIZ, 2005), animal é “bem semovente, ou seja, ser vivo irracional, dotado de sensibilidade e movimento próprios, suscetível de ser apropriado pelo homem”. Nada obstante, considerando que o afeto é o ponto central do direito de família, parte da literatura já se refere até mesmo à família *multiespécie*.

Essa dicotomia entre humano e animal já foi cientificamente conceituada. Entretanto, são cada vez mais evidentes as interações destes animais, tanto domésticos quanto silvestres, com seres humanos que encantam a todos, de geração a geração. Essa importância está entranhada nas pessoas, evidenciando-se de maneira solar o enlace afetivo que circunda tais relações.

MARCHAS E CONTRAMARCHAS DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Em suma, o animal doméstico não seria nem ente familiar e nem objeto, mas sim uma terceira categoria, *tertium genus*, sujeito de direitos. O entendimento doutrinário e normativo corrente é de que os animais se caracterizam como seres desprovidos de personalidade, ficando relativamente ligados a seus proprietários. Ademais, são enquadrados estritamente como bens dotados de movimento próprio, conforme preceitua o art. 82 do Código Civil: "são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social".

Contudo, em observância aos casos existentes e em consonância com as mutações sociais contemporâneas, crescente literatura jurídica compreende o animal como dotado de personalidade, sendo um ser senciente que necessita de atenção e normativa especial. Uma mudança de rumos notável.

Na 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro houve decisão em um caso no qual um casal separado brigava pela guarda do seu cão. Na decisão, a guarda de Dully, um cachorro da raça Cocker Spaniel e de idade já avançada, foi dada à mulher. Porém, o ex-companheiro dela conseguiu garantir o direito de ficar com o *pet* em fins de semana alternados.

Outro caso emblemático aconteceu na 7ª Câmara Cível do mesmo Tribunal, que decidiu, a pedido de uma mulher, que o ex-companheiro dela arcasse com a metade dos gastos que tem com seis cães e uma gata, adquiridos durante a união estável de 20 anos. O homem foi condenado a desembolsar aproximadamente mil reais mensais (R\$ 150 para cada animal).

Num caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.713.167), houve o reconhecimento do animal doméstico como componente de um terceiro gênero. Não se trata de humanizar o animal ensimesmado, mas de tratá-lo de acordo com o vínculo afetivo que este possui com o ser humano com quem convive. A Corte entendeu que não se aventa questão fútil, vez que ela é trazida essencialmente na contemporaneidade. Ademais, mesmo que o Código Civil considere os animais como coisas não se pode ignorar a complexa relação entre o homem e seu animal de companhia.

A grande divergência levantada no caso é a equiparação de animais domésticos à prole, em termos de extensão de direitos-deveres. Ou seja, o tratamento da relação homem-animal de forma análoga à relação pais-filhos.

Ressalte-se que este entendimento restou vencedor no voto-condutor, de forma que ficou entendido que deve ser considerada a hipótese de guarda compartilhada de animais

domésticos, levando-se em consideração o vínculo afetivo criado com seus responsáveis. Frise-se que se trata de aplicação analógica da norma, não de equiparação de animais domésticos a crianças e adolescentes, o que não seria dogmaticamente correto.

Quanto à competência, especificamente, a 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Instrumento 2052114-52.2018.8.26.0000) reconheceu que as varas de Família são competentes para solucionar questões relativas à guarda e visita de animais de estimação, nos termos do art. 4º da LINDB. A regra introdutória dispõe a respeito da integração das lacunas normativas, determinando-se a aplicação judicial, quando a lei for omissa, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, para fundamentação decisória.

A analogia, fonte preferencial de integração normativa, foi aplicada em vista da semelhança com conflitos de guarda e visita de crianças e adolescentes. Ficou ressaltado, inclusive, que o titular do afeto será o ser humano e não o animal. A solução jurídica situa a proteção da própria dignidade humana, portanto, em sua vertente ecocêntrica, sem descurar de uma negativa a eventual perspectiva ecológica demasiado aprofundada (SOUSA, 2021).

Assim, a caracterização da natureza jurídica e a conceituação do instituto preveem garantias legais norteadoras para a tomada de decisões com sustentáculo assentado numa perspectiva diversa e mais ampla da dignidade humana. O jurista interpreta os fatos que servem de suporte fático à incidência normativa de modo mais amplo, incluindo-se aí as condições biológicas dos seres vivos, não apenas humanos.

GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS

O compartilhamento da guarda de crianças e adolescentes não é objeto de intenso debate jurídico, ao menos em termos legislativos. Não obstante, a aplicação dessas regras aos animais domésticos exige apreciação cautelosa, haja vista a discussão sobre os limites à classificação dos animais domésticos nas relações jurídicas.

A ABORDAGEM SOCIOJURÍDICA INTERESPÉCIES

Em uma abordagem sociológica, Maria Helena Costa Carvalho de Araújo Lima (2016) cunha o termo *sensibilidade de empatia interespécie* que, em sua visão, é: “a percepção de alguns animais não humanos como conscientes e sensíveis, acompanhada de uma comoção diante de

seu sofrimento e de uma sensação de dever moral em relação a eles”. Apesar de o estudo sociológico de tal fenômeno não ser o objeto da presente pesquisa, abordá-lo de relance permite reflexão acerca da necessidade de o direito se adaptar às relações sociais e interespecie.

Essa mudança social perene provoca no mundo jurídico impacto devido à sua mora em acompanhar, por meio da normatização clássica, o fenômeno social em pauta. Essa omissão legislativa, que em certa medida é esperada, leva o Poder Judiciário a buscar alternativas decisórias para resolver os casos concretos; ao juiz, não se permite o *non liquet*, ao contrário do legislador.

Uma alternativa encontrada, tratando-se de lides típicas do Direito de Família, foi uma comparação da pretensão de famílias dissolvidas em relação à prole. Assim, por meio da analogia, buscou-se equiparar a relação jurídica entre os familiares em lide pela prole com a relação jurídica estabelecida por familiares em relação aos animais domésticos em disputa.

A guarda compartilhada, prevista no art. 1.583, § 2º, do Código Civil, tem sido usado analogicamente quando a causa de pedir da lide não é a prole e sim um animal de estimação. Em análise apertada, é possível constatar que, quando há prole, o fim de vínculo afetivo entre os genitores não extingue o exercício de poder familiar de ambos.

Dessa maneira, o fim da relação conjugal não exerce qualquer tipo de influência nos direitos e deveres dos pais no que diz respeito aos filhos. A dissolução de uma relação entre os pais não pode interferir nos vínculos parentais (DIAS, 2015), sob pena de violação do fundante princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes assentado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A lei civil prevê o compartilhamento da guarda por ser ela uma forma de maior participação dos genitores para a criação da prole. Esse modelo remove de perspectiva a ideia de *posse* da criança e permite uma continuidade de uma relação entre os pais e os filhos (DIAS, 2015).

A perspectiva *proprietária* de crianças e adolescentes já foi, na história do Direito Civil brasileiro, objeto de intensa crítica da literatura protetiva. O Código Beviláqua evidenciava uma insondável relação proprietária dos pais em relação aos filhos. Guardadas as devidas proporções, a discussão quanto aos animais tem as mesmas cores.

Pode-se identificar uma contradição, entretanto, que permeia a discussão relacionada ao uso do art. 1.583, § 2º, do Código Civil, analogicamente aos animais domésticos. Essa contradição em termos se dá uma vez que um dos principais embates doutrinários giram em torno do impacto no desenvolvimento da criança por não ter ela um lar de referência e ficar *alternando* sua estadia nos lares dos genitores (TARTUCE, 2016). Todavia, tal situação é muito difícil de ser transposta para o caso dos animais domésticos.

Essa pequena reflexão aumenta na medida em que se compara a configuração dada pelo ordenamento jurídico à prole e aos animais. Enquanto a criança é sujeito de direitos e possui personalidade jurídica, o art. 82 do Código Civil reconhece os animais como bens, objetos de direitos.

Como dito, a jurisprudência perscruta sentido diverso, para lançar mão de outro tipo de tratamento aos animais domésticos. No citado julgado, o STJ entendeu que deve ser reconhecida a existência de relação afetuosa entre um dos ex-cônjuges e o animal, de maneira a existir o direito de convivência.

A Corte estabeleceu, nesse contexto, o entendimento de que os animais possuem um valor subjetivo especial, vez que eles proporcionam aos seres humanos sentimentos únicos e peculiares. Tal sentimento não se assemelha a qualquer tipo de relação entre proprietário e propriedade; sujeito e objeto; pessoa e coisa. Dessa forma, a discussão não pode se resumir a uma relação de proprietário e propriedade.

Nesse ponto é possível observar um fenômeno social que começa a ser transposto para o mundo jurídico, a antropomorfização dos animais domésticos. Estudos desse fenômeno contemporâneo discutido na Sociologia e na Antropologia permitem entender o porquê, na atualidade, é observável o comportamento social de animais domésticos que são tratados como filhos, o cuidado com as preferências e sentimentos do animal e mesmo o sentimento de luto pela sua morte (ALBERT & BULCROFT, 1988; DIGARD, 1998 E 2004; DESCOLA, 1998; KONECKI, 2007; PASTORI, 2012; PESSANHA & PORTILHO, 2008; SERPELL, 2003 *Apud in* LIMA, 2016).

Por isso, é possível compreender o giro doutrinário e jurisprudencial sobre a questão. A pretensão dos sujeitos processuais não parte do binômio proprietário - coisa, mas sim de uma relação de afeto. Há, dessa maneira, uma projeção de características humanas sobre os animais domésticos. Essa projeção, por sua vez, dá ensejo a outra forma de pretensão, que exige do Direito postura diversa sobre os animais, que não somente aquela clássica prevista no Código Civil.

Não sem razão, portanto, a existência de um Projeto de Lei tramitando no Congresso Nacional que possibilita a custódia compartilhada dos animais de estimação. O objetivo do PL 542/2018, além de buscar segurança jurídica, é alterar o Código Civil para determinar a aplicação das normas do Direito de Família aos processos que tenham esse objeto. O projeto traz previsão, ainda, acerca das despesas dos animais, organizando os deveres de ambas as partes. Além disso, o texto traz as hipóteses da extinção da relação de custódia para uma das partes.

DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO: ANIMAIS DOMÉSTICOS E *OUTROS*

O fenômeno jurídico da relação interespecie vem tentando se amoldar ao fenômeno sociológico. É observável a diferença da visão social em relação aos animais e sua transformação nas últimas décadas, seja no cenário mundial, seja no cenário brasileiro.

Os animais *pleiteiam*, atualmente, por proteção jurídica. Para além do objeto deste estudo, o ordenamento jurídico vem buscando fornecer instrumentos e normas capazes de proteger os animais não-domésticos, também. O Direito Ambiental, por exemplo, vem desenvolvendo cada vez mais doutrina a respeito do direito dos animais.

Entretanto, uma discussão sensível pode surgir no sentido da diferenciação que está sendo feita entre os animais domésticos e os não-domésticos. Conquanto, de uma banda, há evidente transformação no modo como a sociedade e o ordenamento jurídico veem os animais domésticos, de outra, a situação não parece avançar tanto em relação aos demais tipos de animais.

A principal distinção entre ambos pode residir no conceito, com origem filosófica, de *senciência*, ou seja, a capacidade de sentir. Para Singer, um ser *senciente* é aquele que possui “capacidade de sofrer ou sentir prazer ou felicidade” (2002, *apud* CURY).

Em que pese manifestação social e certo clamor pela defesa dos direitos dos animais em geral, há uma diferença notável na forma de tratamento social e na abordagem dos direitos dos animais domésticos e dos animais silvestres. Enquanto os animais domésticos movimentam uma indústria multimilionária pelo mundo e sofrem gradativa personificação, os animais não-domésticos e silvestres são protegidos e reconhecidos dentro de um contexto maior: o de proteção da fauna e flora.

De fato, em determinados momentos o direito reconheceu a necessidade de proteção dos animais. São emblemáticos os casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal (i) da Farra do Boi, e (ii) da Rinha de Galos.

A Farra do Boi, até então era reconhecida como uma ocasião de cunho cultural na Região Sul, na qual o boi era caçado e morto, de maneira assemelhada às espanholas *touradas*; A prática foi proibida sob o argumento de crueldade, sendo o art. 225 da Constituição Federal de 1988 usado como base de sustentação para o julgado, uma vez que previa o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No caso das rinhas de galo, houve reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei 2.895/1998, do Estado do Rio de Janeiro. Ela regulava a prática de exposição e competição

entre aves de raça. A inconstitucionalidade se deu frente ao mesmo dispositivo constitucional, o art. 225, § 1º, inc. VII, da Constituição Federal de 1988.

Ao reverso, melhor sorte não assistiu aos animais relativamente à prática da Vaquejada. Apesar da declaração de inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural, em 2016, o Congresso Nacional aprovou, já em 2017, Emenda Constitucional *reconstitucionalizando* a prática. A Emenda 96, que deu nova redação ao § 7º do art. 225, aduzindo que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, (...) registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro”.

Esses precedentes permitem visualizar que há tutela jurídica para os animais não-domésticos, mas essa tutela ainda enfrenta marchas e contramarchas. Enquanto a controvérsia relativa aos animais domésticos perpassa a questão de personificação ou não, a discussão em relação aos animais não-domésticos diz respeito a se esses animais são ou não objetos dos seres humanos e de como deve ser seu tratamento.

O PROBLEMA SOB A LENTE DO LEGISLATIVO

Com o intento de frear a ocorrência de casos de maus-tratos aos animais, o Projeto de Lei 1.095/2019 foi sancionado e transformado na Lei 14.064/2020. Celebrado por setores da mídia e por entidades do terceiro setor que trabalham com a causa animal, a proposição pode ser considerada uma guinada na discussão aqui travada.

No ato de assinatura, o Presidente da República declarou que “quem não demonstra amor por um animal, como um cão, por exemplo, não pode demonstrar amor, no meu entender, por quase nada nessa vida”. A declaração pública demonstra a pertinência do tema, pelo reconhecimento explícito da afetividade direcionada aos animais domésticos.

De autoria do Deputado Federal Fred Costa, o projeto original alterava a Lei 9.605/1998, a Lei de Crimes Ambientais, com o intento de endurecer a pena de reclusão aplicada em desfavor daqueles que abusam, ferem ou mutilam animais de qualquer gênero ou espécie; e instituíam penas para estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática desse tipo penal. Ao apresentar seu relatório junto à Comissão Especial que discutiu a matéria, o Deputado Federal Celso Sabino apresentou Substitutivo, modificando substancialmente a proposta original.

O voto do relator envidou esforços em três sentidos: a desnecessidade de inclusão de novas sanções às pessoas jurídicas, considerando que a Lei de Crimes Ambientais já aborda o

assunto; a necessidade de alteração da proposta, afinando-a em termos de técnica legislativa; e a necessidade de incluir pena restritiva de direitos, consignada na proibição da guarda do animal vitimado. Os dois últimos elementos corroboram o entendimento de que o animal doméstico, em especial cães e gatos, são dotados de direitos especiais.

A primeira mudança legal significativa é a alteração do agente passivo do tipo penal. Enquanto o projeto original aumentava a pena dos crimes de maus-tratos praticados contra todos os animais, sejam eles silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, o Substitutivo aprovado se limitou a aumentar a pena dos crimes praticados contra cães e gatos, criando uma qualificadora. Sobre o pretexto de refinar a técnica legislativa, o Substitutivo acrescentou um parágrafo ao art. 32 da Lei 9.605/1998, sem alterar o *caput* como o projeto original se propunha.

Originalmente, a Lei de Crimes Ambientais nasceu num contexto de surgimento e fortalecimento dos direitos difusos relacionados à promoção e proteção do meio ambiente equilibrado. Se antes o art. 32 penalizava os maus-tratos praticados contra todos os animais, sem distingui-los por espécie, emprego ou gênero, o parágrafo introduzido pela Lei 14.064/2020 promoveu cães e gatos a uma categoria especial, dotada de proteção específica. Ao estipular uma qualificadora para casos que envolvam cães e gatos, acaba por promover esses animais.

Subsidiariamente, o legislador considerou *imprescindível* dispor sobre a proibição da guarda do animal vitimado pelo agressor. A proibição da guarda prevista na proposição sancionada produz efeitos similares aos verificados no art. 1.638 do Código Civil e no art. 92 do Código Penal – que estipulam situações em que o detentor do poder familiar pode perdê-lo por decisão judicial. Na exposição de motivos, descreve o relator que o ilícito comprova a falta de capacidade e merecimento do criminoso sobre o animal. Nesse sentido, é possível afirmar que o entendimento do legislador aproxima os animais em questão, cães e gatos, de crianças e adolescentes.

A proteção aos animais domésticos oriunda da Lei 14.064/2020 motivou o Projeto de Lei 5.224/2020 - que estipula a elevação das sanções aplicadas às formas qualificadas do delito de maus-tratos praticado contra pessoa idosa. Na exposição de motivos, o autor mencionou a ampliação de pena aplicada nos casos de maus-tratos aos animais enseja no aumento da pena aplicável nos casos de maus-tratos contra pessoa idosa, pois se trata de condutas semelhantes. A pena proposta é de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão, a mesma que se aplica nos casos de agressão praticada contra cães e gatos.

Outras propostas tratam dos animais domésticos como detentores de direitos especiais, sendo possível mencionar:

- **PL 215/2007:** tenta instituir o Código Federal de Bem-Estar Animal, criando direitos específicos para os diferentes animais existentes. Apesar de tratar dos animais domésticos de forma subsidiária, a propositura é digna de menção por demonstrar uma mudança na posição do parlamento sobre questões envolvendo animais – a maioria das 79 proposições apensadas à original foram apresentadas depois de 2018.

- **PL 1.822/2015:** intenta tornar obrigatório o registro e a identificação eletrônica de animais domésticos – tais como cães e gatos - por seus proprietários, para penalizar aqueles que abandonam seus animais em vias públicas. Apensada ao PL 215/2007, se destaca por estipular obrigações adicionais ao possuidor do animal doméstico.

- **PL 3.835/2015:** busca resolver situações em que a tutela do animal doméstico é razão de processo judicial, definindo a guarda em casos de separação litigiosa do casal possuidor. Na exposição de motivos, o autor menciona que os animais domésticos não podem mais ser tratados como objetos, apesar da ausência de legislação específica obrigar os magistrados a tratá-los como bem patrimonial.

- **PL 6.054/2019:** conhecido como *PL Animais Não São Coisas*, pretende representar a consolidação definitiva do Direito Animal no ordenamento jurídico brasileiro, ampliando significativamente a tutela jurídica dos animais não humanos no Brasil.

- **PL 145/2021:** altera o Código de Processo Civil para permitir que animais não-humanos possam ser parte em processos judiciais, individualmente, sendo representados pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, por Associações de proteção dos animais ou por quem detenha sua tutela ou guarda.

Percebe-se, da análise dessas propostas, que a pretensão do legislador é conceder maiores direitos aos animais – especialmente aos domésticos. Vale pontuar que, apesar da inovação legislativa decorrente da Lei 14.064/2020 não apontar cães e gatos como integrantes do núcleo familiar, aos poucos esses animais passam a ser tutelados por regras típicas do Direito de Família. Tal processo está consignado na crescente perspectiva de reconhecer os animais domésticos como criaturas que extrapolam os conceitos clássicos de propriedade e posse.

CONCLUSÃO

Preliminarmente, é possível afirmar que tradicionalmente o ordenamento reconhece os animais em geral como coisas e os domésticos não são exceção. No entanto, com o aumento do

número de disputas que envolvem a guarda ou visita de animais domesticados, aos poucos os Poderes Legislativo, Judiciário e mesmo Executivo, têm reconhecido esses animais como detentores de direitos especiais - similares àqueles garantidos aos integrantes da família.

Os animais domésticos ainda não são compreendidos e classificados como pessoas, dentro da dogmática jurídica. Porém, há posição jurisprudencial estável reconhecendo a existência de laços afetivos entre animais e seres humanos. Ainda nesse sentido, o Poder Legislativo reconheceu os crimes praticados contra essas criaturas como mais graves que os praticados contra os demais. Chegou-se a qualificar a prática de maus-tratos praticados em desfavor desses animais e criar a possibilidade de proibição da guarda pelos agressores condenados.

A pesquisa demonstrou a existência de três correntes de pensamento: uma que anseia elevar os animais ao status de pessoa (posição *vanguardista*); outra que entende os animais domésticos como sujeitos de direito, sem personalidade, porém (posição *intermédia*) e; outra, que entende esses animais como objetos (posição *clássica*). Dentre estas, a posição intermédia, que compreende essas criaturas como sujeitos de direito - sem personalidade jurídica – parece se destacar na arena legislativa, jurisprudencial e doutrinária.

Essa posição reconhece a afetividade haurida do texto constitucional e fortalece o princípio do pluralismo familiar, criando-se nova família; a família interespecie. Os contornos hodiernos demonstram uma tendência de valorização dos animais domésticos, a despeito de essa posição suscitar crítica quanto a pretensa e indevida elevação de status de certos animais em relação a outros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 03/12/2020.

_____. PL 1095/2019. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 para estabelecer pena de reclusão a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos; e instituir penas para estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática do crime. **Proposta Original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1714454&filename=PL+1095/2019>. Acessado em: 06/12/2020,

_____. PL 1095/2019. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 para estabelecer pena de reclusão a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos; e instituir penas para estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrerem para a prática do crime. **Relatório**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=2192978>. Acessado em: 06/12/2020,

_____. Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. **Lei**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-14064-29-setembro-2020-790687-publicacaooriginal-161585-pl.html>>. Acesso em: 03/12/2020.

_____. PL 5224/2020. Altera o art. 99 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que "dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências". **Proposta Original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1943424&filename=PL+5224/2020>. Acesso em: 03/12/2020.

_____. PL 1822/2015. Determina o registro e a identificação eletrônica de cães, gatos, equinos, muares e asininos por seus proprietários e altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que "dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente", para tipificar o abandono de animais em vias públicas. **Proposta Original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ficha_detramitacao?idProposicao=1302391>. Acesso em: 04/12/2020.

_____. PL 3835/2015. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de separação litigiosa de seus possuidores. **Proposta Original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1420285&filename=PL+3835/2015>. Acesso em: 04/12/2020.

_____. PL 215/2007. Institui o Código Federal de Bem-Estar Animal. **Proposta Original**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=436891&filename=PL+215/2007>. Acesso em: 04/12/2020.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira. **A afetividade na disciplina jurídica dos animais de companhia**. Justiça Ecológica e Solidariedade Interespécies: Anais do VII Congresso Mundial de Bioética e Direito Animal. Cap. 3. Instituto Abolucionista Animal; Universidade Federal de Mato

Grosso; Universidade Católica de Salvador; Universidade Federal da Bahia. Cuiabá. 2020.

Disponível em: < encurtador.com.br/adAO4 >.

CURY, Carolina Maria Nasser. **Direitos dos Animais: Análise de Teorias sob o Enfoque Pragmatista**. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro. Belo Horizonte. n. 3. Anais do I Congresso de Filosofia do Direito. p. 154-173, abril, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. Ed. 21. São Paulo. Editora Saraiva. 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional de Saúde: domicílios com algum gato ou cão, total, percentual e coeficiente de variação, por situação do domicílio**. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/home/cnt/brasil>>. Acessado em: 05/12/2020

LIMA, Maria Helena Costa Carvalho de Araújo. **Animais de Estimação e Cividade: A Sensibilidade de Empatia Interespécie nas Relações com Cães e Gatos**. Universidade Federal de Pernambuco, CFCH. Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Recife, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 17, n. 65, jul./set. de 1993, pp. 21-32.

SIMÃO, José Fernando. **Direito dos Animais: Natureza Jurídica. A visão do Direito Civil**. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 3. 2017.

SOUSA, Paulo Henrique Martins de . **Dignidade humana ecocêntrica: do antropocentrismo moderno à deep ecology contemporânea**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. Seminário Virtual: *Temas atuais do Direito de Família*. Âmbito Jurídico. 2006. Disponível em: <<https://ssl9183.websiteseuro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>>.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 5. Ed. 15. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**, Vol. 5. Ed. 11. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016.

WORLD ANIMAL PROTECTION. **94% dos brasileiros veem seus cães como membros da família.**

Proteção Animal Mundial, 2019. Disponível em:

<<https://www.worldanimalprotection.org.br/not%C3%ADcia/94-dos-brasileiros-veem-seus-caes-como-membros-da-familia>>. Acessado em: 05/12/2020



TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

ANÁLISE DA TÓPICA DE VIEHWEG

Lorena Torres de Arruda

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e mestre em Direito do Urbanismo, do Ordenamento e do Meio Ambiente pela Universidade de Coimbra. Doutoranda em Direito do Urbanismo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da Universidade Federal de Goiás e da Faculdade Alfredo Nasser (UNIFAN).

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a ligação entre tópica e argumentação jurídica, inicialmente proposta por Theodor Viehweg e pelos integrantes da Escola de Mainz e a concepção dinâmica do sistema. Por meio do estudo da retórica, que analisa as formas de um discurso persuadir um auditório em um certo tema e da tópica, que tem como objetivo solucionar questões base com auxílio de argumentos respaldados no senso comum ou na opinião das autoridades. Um pensamento que se baseia na retórica e na tópica auxilia na compreensão da produção de decisões jurídicas nos órgãos estatais brasileiros. Este artigo foi dividido em três partes. Na primeira aborda-se a relação entre tópica e direito. No segundo tomo, analisa-se a argumentação jurídica, abordando a proposta de T. Viehweg. A terceira parte trata sobre a importância da tópica como técnica de racionalização das interpretações na área do Direito.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Direito. Discurso. Persuasão. Tipos de argumentos.

Submetido em 9 de julho de 2022. Aprovado em maio de 2023.

INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva auxiliar o debate no âmbito da Tópica jurídica sobre o papel dos *tópoi* na construção argumentativa de discursos judiciais e, de forma mais ampla, para o debate acerca dos tipos de raciocínio que é desenvolvido no Direito. Utiliza-se para tanto, a obra *Tópica e Jurisprudência* de Theodor Viehweg – a Escola de Mainz. Assim, aborda-se as características gerais que conceituam *tópos*: habitualidade, potencialidade, intencionalidade, simbolicidade para verificar-se a importância da Tópica para a concepção dinâmica de sistema.

O estudo da tópica jurídica tem diversas nuances, no entanto, todas envolvem o centro das análises da filosofia e da teoria do Direito. Pretende-se com esse artigo discorrer sobre o papel da tópica na Argumentação Jurídica, abordando a diferenciação entre pensamento sistemático e pensamento problemático. Viehweg utiliza esta abordagem para sustentar que o Direito possui natureza de prática argumentativa, esclarecendo que até o século XVII esta perspectiva argumentativa do Direito era explícita.

O trabalho de Theodor Viehweg na tentativa de recuperar a tópica como forma de pensar jurídico por excelência funda-se na contradição entre a importância do problema e do sistema para inaugurar e direcionar o raciocínio jurídico. Ao se deparar com uma questão a ser solucionada juridicamente as premissas que nortearão a resolução precisam ser selecionadas a partir da análise do problema concreto. Tais premissas não são nem verdadeiras, nem necessárias, no entanto, integram a gama de opções possíveis à disposição do intérprete, que deve selecionar o ponto de partida que mais se adequa à argumentação que ele deseja desenvolver.

Situando a forma de pensar própria do Direito no raciocínio dialógico, a premissa que inicia a argumentação jurídica define-se como *tópos*. De forma bastante resumida, o *tópos* ou *tópoi*, são um ponto de vista ou um lugar comum, seu teor possui certa receptividade pelos membros de certa comunidade, mas ele não está totalmente determinado previamente. Durante a prática argumentativa jurídica os integrantes do discurso auxiliam de forma ativa a sua elaboração e alteração e, por isso, o *tópos* possui também a função de difundir os significados atualizados e aceitos de conceitos, mesmo de maneira precária, compostos por sentidos que são alterados frequentemente pela prática de certa comunidade.

Para melhor compreender as questões que envolvem a tópica no Direito, em especial na argumentação jurídica, sobre o *tópos* e o discurso jurídico, esse artigo foi organizado, além da introdução e da conclusão em três principais partes. A primeira tem como objetivo explicar a relação da tópica, que era vista nos primórdios como uma maneira de pensar direcionada aos

raciocínios aporéticos e o Direito. São abordados os aspectos basilares delineados desde Aristóteles passando por Cícero e Vico e o trabalho de Theodor Viehweg para demonstrar a natureza tópica do direito e de sua forma de pensar que lhe é própria.

A análise da presença da tópica no Direito, é realizada de forma mais detalhada, na segunda parte do trabalho, uma parte do fenômeno jurídico: a argumentação jurídica. Parte-se da diferenciação entre pensamento problemático e pensamento sistemático, assim, é demonstrado que o raciocínio jurídico se perfila à primeira categoria e aborda-se o que é pensar por problemas. É discutida, a função dos *tópoi*, em especial, como as premissas que iniciam a argumentação e agem como fonte da qual os participantes do debate retiram seus argumentos.

Explanadas a tópica no direito e a argumentação jurídica, passa-se à última seção do trabalho, em que será realizada a análise da tópica dentro do sistema, analisando o conceito deste ao longo do tempo e principalmente no Sistema Jurídico, penetrando na análise do sistema dinâmico e estático e suas peculiaridades, enquanto conjuntos de normas prescritivas, com regras aptas a decidir os problemas.

A tópica de Theodor Viehweg, entendida como argumentação jurídica, está ligada a pensamento científico do direito e como técnica na decisão, orientando no propósito da solução do problema, e ao contrário do que pensa, ela não se contrapõe com o fenômeno da autopoiese do direito, pois tem provocado discussões sobre a construção do sentido, na renovação do sistema, na calibração dos componentes sistêmicos.

Ela se coaduna com o sistema dinâmico na medida em que contribui com a solução do problema diante de um caso concreto, sobretudo quando utilizada como técnica a direcionar a conduta e o propósito da interpretação jurídica. Nesse trabalho, transitamos ainda sobre as críticas de diversos doutrinadores em relação a tópica no Direito, ora pela não aceitação como teoria propriamente dita, ora em razão de seu grau de generalidade, sem sujeição aos princípios e regras existentes e os diversos posicionamentos.

Diante da dinamicidade dos problemas atuais e na dificuldade de subsunção ao sistema fechado de direito, a Tópica, além de ser considerada como um novo paradigma pra busca da decibilidade dos conflitos, ela também tem grande importância como técnica na interpretação do direito, com métodos construídos através dos *topoís*, pois permitem conduzir o intérprete para o raciocínio em torno da solução do problema, como uma abordagem para encontrar argumentos adequados aos casos e o consenso das partes.

2. A TÓPICA NO DIREITO

2.1. ORIGENS DA TÓPICA JURÍDICA

Para uma análise da Tópica é de fundamental importância que se realize a obra de Aristóteles (SPRUTE, 1988, p. 43), mesmo que a ideia de *tópos* preceda o filósofo grego. No entanto, é ele quem inicialmente sistematiza a tópica, a incorporando em uma estrutura filosófica e teórica mais ampla.

Aristóteles relaciona intimamente a tópica com a dialética e a retórica, dentre outros conceitos. Tais relações podem ser observadas em diversos textos contemporâneos, com destaque para o desdobramento da tópica durante a segunda metade do século XX., e para a Teoria Retórica do Direito e da Argumentação Jurídica, pelos integrantes da Escola de Mainz. Por desempenhar papel tão importante, torna-se necessário analisar na obra de Aristóteles a intersecção entre a tópica, a dialética e a retórica.

O filósofo aborda a tópica como uma forma de ajudar metodologicamente a dialética, ou seja, uma forma especial de aplicação da dialética. Já a dialética pode ser entendida como sendo “contraposição ao raciocínio demonstrativo e ao raciocínio erístico (ARISTÓTELES, p. 20)”. O que as diferencia é a natureza de suas premissas em cada raciocínio e, por assim ser, na espécie tópicos que cada uma analisa.

A dialética, que se relaciona com o diálogo, é uma forma para a aplicação da lógica formal para a apreensão da verdade. É uma espécie de raciocínio e, por assim ser, um discurso. A dialética é uma maneira de obtenção de conhecimento e o raciocínio dialógico é a dialética. Aristóteles cita duas espécies de raciocínio: o demonstrativo e o dialético. Aquele possui como aspecto principal o rigor lógico e a fundamentação em premissas primeiras, verdades apodíticas ou axioma. A principal dificuldade neste raciocínio reside em se encontrar as premissas primeiras, já que elas não podem se derivar de outro silogismo. Este, por sua vez, precisa do rigor lógico, mas não tem como base os axiomas e, sim, *endoxas*, de origem grega que tem como significado opinião, ou seja, *endoxa* é uma boa opinião.

O caráter de verdade das premissas apodíticas que iniciam um raciocínio demonstrativo se determina pela alusão a coisas que possuem em relação a elas mesmas, não a outras. Já o raciocínio dialético, que tem como fundamento premissas plausíveis, se relaciona com coisas plausíveis, faz menção a coisas plausíveis, que assim se classificam, pois se mostram boas a todos ou então à maioria. As premissas do raciocínio erístico são aquelas em que não há

estruturação de um raciocínio correto ou são plausíveis aparentemente (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 315).

A diferente natureza das premissas que originam cada um desses raciocínios se relaciona à espécie de questões próprias a cada um deles. O raciocínio demonstrativo se refere às questões em que o sujeito do discurso parte de verdades ou princípios inequívocos extraindo resultados incontestável. Em contrapartida, o raciocínio dialético envolve questões plausíveis, prováveis, a partir de premissas com as mesmas qualidades, em que só será possível ter opiniões mais ou menos plausíveis (ARISTÓTELES, p. 1358^a).

Para Aristóteles o raciocínio dialético não é um processo intelectual ou lógico do raciocinar individual, mas um processo intersubjetivo de troca de argumentos. A dialética é um tipo de raciocínio desenvolvido pelo esquema dialógico característico de uma discussão, pelo uso de um grupo de razões, confronto de opiniões aceitas – que se fundam em um consenso ou sentido comum, impondo-se uma consequência coerente decorrente das opiniões que a originaram.

A retórica para Aristóteles possui estreita relação com a dialética. Ambas possuem o mesmo ponto de partida, ou seja, a espécie de premissa considerada como plausível ou verossímil. Lidam, as duas, com questões que não podem ser observadas a partir verdades apodíticas em que o desenlace do raciocínio determine uma conclusão necessária e inatacável. A principal diferença entre elas se encontra no fim prático a que cada uma delas se destina (BERTI, 2002, p. 170).

A dialética pode ser entendida como a espécie de raciocínio que deseja a afirmação da correção ou incorreção de uma tese que se deriva de premissas plausíveis em um debate no qual os participantes estão em posições diferentes. A retórica, ao contrário, objetiva convencer ou persuadir um auditório de que o argumento defendido é correto ou o mais correto dentre os demais. O filósofo grego define a retórica como sendo a capacidade de análise em cada caso o que pode ser utilizado para persuadir.

Na retórica aristotélica existem dois planos diferentes: a prática teórica e a teorização da prática da retórica. Aquela almeja através do discurso concreto construído ao se utilizar questões postas obter a adesão do auditório por meio do convencimento com o uso dos meios mais efetivos. Essa vê a retórica como técnica, criando regras para um discurso perfeitamente realizado. pretende não apenas conseguir o convencimento concreto, e sim analisar caso a caso e o auditório, para a escolha do discurso mais convincente.

Ao contrário de outros pensadores como Cícero, por exemplo, Aristóteles disponibiliza técnicas para que seja obtido o conhecimento para os oradores e participantes e busca apontar pontos sobre a estrutura formal do raciocínio e das regras ideias e abstratas do discurso, o que pode ser comprovado pelo estudo do *silogismo retórico*. O silogismo retórico se submete às leis da lógica formal. No entanto, esta lógica formal não é mais capaz de explicar como a retórica funciona e tem como objetivo último a tentativa de conseguir a participação do auditório por meio da persuasão e atingir a plausibilidade. A retórica, portanto, se relaciona com a lógica formal e com informações sociológicas e éticas, ao abordar virtudes e paixões como componentes que integram a argumentação em um discurso concreto (PIRES, 2018).

O silogismo retórico ou etimema desempenha papel basilar na estruturação do raciocínio retórico. O que o diferencia do silogismo formal é a qualidade das premissas que iniciam o raciocínio retórico e assim como na dialética são *endoxa* ou em outra análise, os *tópoi*. E por assim ser, as conclusões que derivam do silogismo retórico, não são necessárias ou inatacáveis como aquelas que compõem o raciocínio apodítico. As conclusões oriundas de um raciocínio retórico são apenas as mais plausíveis, as que são mais aceitas (ADEOTADO, 2014, p. 34).

O raciocínio retórico, ao partir da *endoxa* ou *tópoi*, utiliza formas que transmitem uma base consensual entre os que participam do discurso e os destinatários, com o intuito de atingir o convencimento por meio do que já existe consenso. Esta tarefa não se finda com a opção da *endoxa* ou *tópoi*, nem apenas no entendimento do discurso formulado. O orador para ser considerado exitoso deve conhecer as técnicas de convencimento esfera do discurso concreto, específicas da retórica como prática, que almejam o envolvimento do discurso nas demais dimensões como a emocional e a ética, e o respeito aos postulados da lógica formal.

Aristóteles define os *tópoi* como lugares-comuns, fórmulas variáveis no tempo e no espaço com força persuasiva no confronto das opiniões (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 290). Para o filósofo a *tópica* não é uma doutrina autônoma e sim um presente na dialética e na retórica. O *tópos*, que é a unidade da *tópica*, tem conceito semelhante ao de *endoxa*. Os *tópoi* e os *endoxa* definem pontos diferentes do mesmo objeto: se relacionam à vertente instrumental do ponto de vista argumentativo usualmente aplicável, já *endoxa* se vincula ao momento em que há aprovação social geral das questões iniciais. Os dois conceitos têm *status* de premissas potenciais tanto para o raciocínio dialético ou para o raciocínio retórico. As premissas plausíveis e verossímeis serão denominadas como *endoxa* pela característica epistemológica de sua temática. Serão *tópoi* quando se firmam na prática como mecanismo habitual na argumentação (SILVA, 2016, p. 43).

A tópica para Cícero, ao contrário da aristotélica, visa a aplicação da tópica à práxis. Cícero cria então um catálogo de tópicos a partir dos quais seriam criados os argumentos, agrupados conforme a exigência da prática jurídica. O filósofo almejava compreender a Tópica de Aristóteles como ferramenta para utilização de elementos de prova que pudessem ser aplicáveis em qualquer discussão (VIEHWEG, 1979, p. 28).

Cícero aponta *tópoi* como sendo lugares-comuns de um argumento, compreendendo argumento como uma linha de raciocínio que define uma questão sobre a qual não existe certeza (CÍCERO, 1993, p. 389). O autor pretende universalizar os *tópoi* para que eles possam vir a ser aplicados em qualquer questão. No entanto, esta universalidade não inviabilizaria que os lugares-comuns sejam mais ou menos específicos. Cícero, assim, irá descrever as espécies de discurso (judicial, deliberativo e encomiástico ou epidítico), conectando cada um a certos tópicos, assim como existem tópicos estabelecidos para as partes do discurso (introdução, narrativa, comprovação e peroração). O filósofo acaba com a diferenciação entre raciocínio apodítico e dialético. No lugar, sugere a diferenciação entre as partes que compõe as teorias fundamentais de dissertação: a criação dos argumentos e formação do juízo sobre sua validade (VIEHWEG, 1979, p. 29).

Viehweg aponta que o que diferencia as tópicas de Cícero e a de Aristóteles é de que aquele aborda a criação de uma teoria, já este deseja que seja utilizado um catálogo pronto de tópicos, direcionado para os resultados ao invés de se ater às origens do raciocínio dialético.

Assim, a tópica para Cícero se diferencia da aristotélica, pois este desenvolveu um rol de tópicos para todos os problemas pensáveis. Aquele por sua vez, em conjunto com seus discípulos, buscou transformá-la em um meio auxiliar de discussão de problemas o mais prático possível (VIEHWEG, 1979, p. 29).

O autor alemão aponta que a Tópica de Cícero é inferior à elaborada por Aristóteles, que possui maior relevo histórico. Tal fato pode ser comprovado pela citação de Cícero em *Educação do Orador*, de Quintiliano, apresenta a importância do trabalho de Cícero como exemplo principal de estudo e reprodução para aqueles que estudam a oratória. Para se determinar se um aluno avançou em seus conhecimentos, é preciso que ele passe a admirar Cícero. Esta ideia foi difundida por outros estudiosos da retórica, pois o modelo de Cícero foi base de vários tratados entre o fim da Antiguidade e o começo da Idade Média (KENEDY, 2002, p. 486).

Cícero teve grande influência sobre os Padres da Igreja, que iniciaram a patristica. Importa citar Agostinho, que em *Sobre a Doutrina Cristã*, apresenta o mais completo debate sobre retórica cristã. O religioso ressalta o papel da leitura das Escrituras ao invés da justificativa da

ideia de ajuda divina que padres e pregadores se baseavam no desempenho de suas tarefas. Agostinho enumera duas tarefas: a descoberta do que existe para ser aprendido na Bíblia e a exposição do que pode ser compreendido das Escrituras. Tais comportamentos levam aos conceitos da tradição retórica, a invenção (que tem como base a exegese) e o estilo (*elocutio*) (KENEDY, 1994, p. 265).

Boécio, autor de estudos referentes às Tópicas de Aristóteles e Cícero, que viveu durante o final do século V, aponta que os tópicos podem ser utilizados nas mais diversas formas de raciocínio dedutivo, independente de ser demonstrativo, retórico, dialético ou sofístico. Ao contrário de Aristóteles, Boécio não atribui destaque à diferenciação entre raciocínio apodítico e dialético, ao contrário, defende o caráter universal dos tópicos assim como Cícero. No entanto, entendia os tópicos como proposições universais que não precisam de comprovação, pois elas são provas para que uma situação em que há um conflito seja resolvida (SPRANZI, 2011, p. 49).

Entre os séculos XIII e XV, devido ao surgimento do método escolástico, a tópica e a dialética passaram a desempenhar um papel cada vez menor e foram separadas. Os tópicos, entendidos como proposições máximas (SPRANZI, 2011, p. 54) eram tidos como a conexão entre premissas e conclusão do silogismo, caracterizando a força do argumento, e por isso, se diferenciando da dialética.

Gian Batista Vico, filósofo italiano, apresenta em seus trabalhos um contraponto entre os métodos científicos a ele contemporâneos, os dividindo em antigos ou modernos. Aqueles seriam uma herança da antiguidade, a retórica tópica. A origem deste método é o senso comum (ponto de vista comum de uma sociedade em um período temporal específico), operador da verossimilhança ao empregar uma emaranhada rede de silogismo (VIEHWEG, 1979, p. 29).

O método moderno ou crítico tem origem nas teorias científicas cartesianas. Sua origem seria o *primum verum*, componente inicial que não permite questionamentos. A argumentação teria como fundamento este pressuposto inquestionável, criando uma extensa cadeia dedutiva. Este modelo tem como ponto positivo conferir uma maior precisão e objetividade ao argumento final. Os aspectos negativos, no entanto, seriam maiores, que poderiam variar desde um enfraquecimento da memória e do poder criativo, até uma linguagem pobre e inutilização da capacidade de julgamento, elementos prejudiciais, que, em último caso, poderiam levar à “depravação do humano (VIEHWEG, 1979, p. 20)”.

Viehweg aponta que a melhor forma de usufruir as vantagens dos dois modelos de argumentação seria o uso alternado de ambos, o que possibilitaria uma análise da situação em debate através de ângulos variados. Vico aponta que o elemento central da argumentação é a

tópica retórica, provocando a partir dela os outros métodos de apresentação. Tal fato pode ser explicado, pois apenas o modelo retórico proporcionaria a utilização correta da capacidade de discernimento do decisor, a denominada prudência.

2.2. O RETORNO À TÓPICA

A obra *Topik und Jurisprudenz* (Tópica e Jurisprudência) de Theodor Viehweg, publicada em 1953, reacendeu o debate sobre a tópica e sua efetividade no entendimento do fenômeno jurídico além de organizar os debates sobre a argumentação jurídica.

É importante ressaltar que esta redescoberta da tópica não foi algo que se restringiu ao ambiente jurídico, mas sim, seguiu o movimento da negativa da lógica dedutiva no campo jurídico, o que comprova que esta proposta foi algo almejado. Significa um esforço substituir um pensamento que não era mais adequado à realidade socioeconômica e cultural pós Segunda Guerra Mundial (BONAVIDES, 2000, p. 81).

Na obra de Viehweg nota-se o papel de destaque concedido à linguagem na estruturação de fatos e significados que a eles são atribuídos. A linguagem não é entendida como um instrumento capaz de expressar pensamentos e sentimentos e sim como o que os concebe. A linguagem é vista como uma iniciativa coletiva e contextual.

Este entendimento sobre a tópica levou à criação de uma Teoria Retórica do Direito e da Argumentação Jurídica, destoante do positivismo jurídico. Em uma determinada situação em que exista um retraimento normativo em que não há uma resposta direta fornecida pelo ordenamento, ao intérprete é autorizado que realize uma escolha de sentido fundamentada em seu poder discricionário. Na argumentação de base tópica-retórica a atribuição de sentido não tem como origem um ato individual, a escolha do sentido que será escolhido como o mais correto não é arbitrária.

Dessa forma, alguns dos sentidos que compõem os argumentos em uma argumentação retórica somente são compreendidos e não interpretados, e por assim ser, conclui-se que apenas algumas premissas em um raciocínio retórico devem ser esclarecidas. Isso ocorre, pois sendo *endoxa* ou *tópoi* tais premissas já são entendidas pelo destinatário do discurso vez que partilham socialmente os sentidos sobre as fórmulas. Deve-se, então, analisar a diferença entre compreender e interpretar um termo.

Compreender é captar o entendimento das práticas por meio de habilidades linguísticas adquiridas pelos falantes de uma língua que partilham um mesmo contexto e podem identificar os usos mais comuns da linguagem. Interpretar somente ocorre quando há uma falha na

compreensão do sentido de uma expressão se concretizando por meio de sua troca por outra (WITTGENSTEIN, 2004, p. 112). Quando a comunicação não é suficiente é preciso que a expressão seja interpretada.

O principal argumento presente na obra de Viehweg vai além da mera afirmação de que a forma do pensamento jurídico de seu tempo se caracterizava pela tópica, pelo raciocínio problemático. O que foi por ele proposto em *Tópica e Jurisprudência* retorna ao início da doutrina dos tópicos no campo do Direito através da análise de Cícero da *Tópica* de Aristóteles. O autor também analisa a contraposição entre os métodos antigo e o novo sugeridos por Vico, em *Elementos da Retórica*.

Viehweg aponta que o raciocínio lógico-formal seria a principal divergência da tópica. Na Antiguidade, esta lógica seria a geometria de Euclides, na Idade Moderna o método matemático-cartesiano. Assim, Theodor, em resposta a estes modelos, aponta os contornos da tópica jurídica. Sua doutrina poderia ser identificada tendo como base três componentes fundamentais: o objeto, que é a técnica do pensamento problemático, já que se relaciona a um problema, que no Direito é um caso concreto que abriga diversas possibilidades de respostas jurídicas válidas; o instrumento, que opera a partir do *tópoi* (tópos) ou lugar comum, que é um premissa *endoxa*; e o tipo de atividade que é a procura e a análise de premissas apresentadas em um debate, na busca de um consenso que forneça uma única resposta válida (ATIENZA, 2002, p. 65).

A tópica seria uma *ars inveniendi*, ou seja, a arte de descobrir argumentos presentes nos *tópoi* ou *lugares-comum* (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p.293), que são flexíveis, provisórios, sem estrutura hierárquica. Possuem como função auxiliar uma discussão através da provisão de premissas que irão nortear o raciocínio. Estas premissas serão sustentadas por meio da aprovação de terceiros, ou seja, devem ter uma presunção de plausibilidade. Devido a essas características das premissas a argumentação do interlocutor será aceitável, pois ele tem ao seu dispor uma variedade ampla de *tópoi* que lhe abastece com diversas possibilidades.

Viehweg em “*Tópica e Jurisprudência*” cria as bases para Teoria Retórica do Direito, indicando um modelo de jurisprudência. Em sua proposição, podem ser observados três atributos centrais, que se apoiam na noção de problema, pois a decisão tem como norteador o caso concreto. No entanto, a solução não se origina apenas no caso concreto, as especificidades do suporte fático são fundamentais para a escolha do *tópoi* mais conveniente para iniciar uma cadeia argumentativa (VIEHWEG, 1979, p. 89).

3. TÓPICA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Inicialmente importa salientar que a proposição de Viehweg sobre Teoria Retórica do Direito e de uma Teoria Retórica da Argumentação Jurídica não são compreendidas apenas com a análise da sua obra *Tópica e Jurisprudência* (1953). A diferenciação entre os três níveis de linguagem – sintática, semântica e pragmática, a importância atribuída à pragmática já estavam presentes na obra base do autor. O valor da retórica na formulação do discurso jurídico, no entanto, ainda não era apontado.

Viehweg compreende que tanto o discurso como a argumentação jurídica podem ser entendidos através do pensamento situacional (VIEHWEG, 1979, p. 101) e se caracteriza pela certeza de que os significados no discurso e na argumentação não dispõem de um sentido exato, imutável e fixo. A significação será estabelecida utilizando a situação discursiva, com fundamentação nas circunstâncias fáticas analisadas caso a caso, que se relacionam com a fala dos interlocutores. Tal visão torna claro o destaque dado à pragmática por Viehweg, pois é importante compreender e analisar como os signos são utilizados pelos participantes do discurso, observando-se o contexto em que ele se desenvolve.

Neste cenário situacional a retórica surge como modelo de análise oportuno vez que torna possível verificar e compreender este nível pragmático na situação discursiva. Pode-se afirmar que existem significados inicialmente determinados, cujo conteúdo semântico é fixo e imutável. Viehweg aponta que o uso apenas da sintática e da semântica não traça um panorama completo sobre o que ocorre no discurso jurídico, nem mecanismos para uma compreensão completa da argumentação jurídica como meio de convencimento.

O discurso situacional ao ser ampliado leva à construção de uma Teoria Retórica do Direito, baseada na ideia de que o fenômeno jurídico tem como origem, principalmente, o discurso e que seu conteúdo não analisado de acordo com o parâmetro da lógica, da sintática, e nem unicamente da semântica. Apesar de essas duas dimensões serem fundamentais para a composição do significado de um enunciado ou de uma prática não são capazes de elucidar o discurso jurídico amplamente. Esta tarefa cabe à pragmática, pois são os participantes do discurso quem auxiliam para a determinação efetiva dos significados (VIEHWEG, 1979, p. 107).

Pode-se, então, levar este entendimento mais amplo sobre a importância da retórica no discurso jurídico para a esfera da retórica como base de uma Teoria da Argumentação Jurídica. A argumentação jurídica norteada por parâmetros retóricos poderia analisar e situar os argumentos em um contexto pragmático, na qual se prioriza a relação dos signos com seus utilizadores –

pragmática e não ao estudo da relação dos signos entre si – sintática- nem a relação dos signos e um significado estabelecido antecipadamente.

Dessa forma, a retórica procura a cooperação com outras disciplinas como a semiótica e a teoria da comunicação, que engradeceriam o aparato de análise retórica, já que concedem instrumentos melhorados para reconhecer o nível pragmático do discurso, orientado por deferentes regras, além dos dois primeiros níveis da linguagem. Alguns autores afirmam que poderia ser inferido da obra de Viehweg uma racionalidade retórica que entende que toda e qualquer chance de compreensão e comunicação na esfera do discurso jurídico depende da pragmática e da assunção da situação de discurso (GARCIA AMADO, 1988, p. 114).

A análise retórica é elevada como metodologia diante da aceitação da natureza do direito como prática retórica (ADEODATO, 2006, P. 209), é preciso analisar o papel desempenhado pela tópica. Assim, pode-se afirmar que a retórica analisa o processo comunicativo pelo qual se definem os significados em uma situação discursiva, já a tópica proporcionaria a melhor perspectiva deste processo de criação de sentidos. Isso ocorre porque os *tópicos* auxiliam a *inventio*, isto é, para a pesquisa e para a descoberta de argumentos plausíveis, nos quais a viabilidade deve ser estudada no caso concreto, observando-se as circunstâncias fáticas do problema posto.

A primeira decorrência que se espera daqueles que seguem o pensamento problemático como maneira de pensar que norteia o agir no campo jurídico é a de que a decisão jurídica que resolve conflitos não tem origem em uma simples dedução oriunda de uma espécie de sistema axiomático. A segunda se baseia na assunção da justiça como aporia fundamental, ou seja, como questão em que não existe uma solução previamente determinada e que exige, a todo momento, que o intérprete ou do aplicador uma decisão que lide da maneira mais adequada com a justiça como o fim do agir jurídico. A definição da forma de pensar o direito como aporético indica que o conteúdo semântico dos textos legais não está totalmente definido previamente e que os conceitos jurídicos não possuem um significado inerente. Percebe-se, então, que a concretização da justiça quando requerida em uma questão não é consequência aplicação direta do texto normativo, mas do processo argumentativo que tem como objetivo chegar à decisão mais adequada.

A racionalidade da decisão jurídica e sua legitimação não seriam consequência da análise de ser acertada ou não a conclusão da autoridade competente para o julgamento. Isso pode ser justificado pelo fato de que a análise do conteúdo poderia não ser muito proveitosa, pois as decisões plausíveis podem ser das mais diversas, não se podendo afirmar que existe

apenas uma correta. Dessa forma, a estrutura argumentativa retórica do direito fundamentar-se-ia na tentativa legitimadora no decorrer do processo de desenvolvimento do raciocínio, vez que as premissas são dadas por um sistema definido anteriormente, e assim, sua conveniência e adequação devem ser justificadas pelo processo de fundamentação argumentativa que a partir delas é desenvolvido. O problema tem função de agir como ponto de referência na busca por *tópoi* que se adeque ao caso para a construção de uma decisão.

3.1. PENSAMENTO PROBLEMÁTICO

Theodor Viehweg fundamenta sua teoria na diferenciação entre pensamento problemático e pensamento sistemático. A base dessa diferenciação encontra-se no ponto de partida para o raciocínio, ou seja, se ele começou no sistema ou no problema.

Ao se adotar o problema como ponto inicial, o desenvolvimento deve ocorrer da seguinte forma e com estas características: o problema, formulado de forma adequada, é inserido em um contexto anterior, no entanto, tal situação dá uma resposta automática ao caso em análise (DINIZ, 2009, p. 485). O problema desempenha um papel de ponto de referência na busca de *tópoi* adequados à elaboração de uma decisão. Devido ao grande número de possibilidades, não é crível afirmar que o pensamento problemático atua dentro de um sistema.

A justificativa para tal afirmação reside no fato de não é o sistema que escolhe o problema a ser enfrentado pelo uso de seu aparato e sim o contrário disso. Quem escolhe o sistema, é o problema, logo sua adequação a determinado sistema não é verificada antecipadamente já que levará a uma diversidade de sistemas. A direção do problema ao sistema não se concilia com a forma de pensar sistemática. Este seria caracterizado pela independência na seleção dos problemas que lhe são afins, ou seja, os problemas para quais o sistema possa fornecer uma resposta. Se o sistema não for capaz de conferir uma solução, seria o caso de um problema em que a colocação não foi feita da melhor forma ou, então, o caso de um problema aparente (VIEHWEG, 1979, p. 33).

Dessa forma, ao se enfatizar o aspecto do sistema, o desenvolvimento do raciocínio se desenrola de forma contrária do pensamento problemático. Ao se partir do sistema, escolhe-se os problemas. Apenas são aceitos problemas cuja solução esteja presente dentro do sistema. Assim, os conteúdos problemáticos que não se adequam com o critério do sistema são abandonados ou tidos como questões que foram colocadas de forma errada.

Tendo em vista esta caracterização dicotômica, o autor objetiva a defesa do fato que o direito se move pelo pensamento problemático. Tendo como base este pensamento, a tópica,

como doutrina que visa a procura de premissas, adotadas como pontos de vista ou como enunciados diretivos, a partir da necessidade do caso em análise, poderia lidar com a mais vasta gama de problemas, mesmo que o sistema jurídico não seja capaz de fornecer respostas capazes para a resolução da lide.

Ao se utilizar da proposta da tópica jurídica, o jurista não poderia, então, se ater apenas com aspectos sintáticos e semânticos do direito. Ou seja, a tarefa do jurista extrapola a análise em abstrato da validade e compatibilidade dos conteúdos normativos. O intérprete e o julgador, para conseguirem compreender a dimensão do fenômeno jurídico, devem compreender a dimensão pragmática do direito. Para que isso ocorra é necessária uma análise criteriosa da situação discursiva, ou seja, que o problema tem papel fundamental no modo de pensar jurídico (VIEHWEG, 1979, p. 34).

3.2 O *TÓPOS* COMO COMPONENTE FUNDAMENTAL DA TÓPICA

A tópica tem como elemento central o *tópos* ou *tópoi*, no plural. Sendo assim, Viehweg aponta que ao se deparar com um problema, espera-se que se analise os pontos de vistas mais ou menos casuais e arbitrariamente escolhidos, objetivando que sejam descobertas premissas adequadas que desemboquem em uma conclusão. O autor afirma que esta é a forma de agir tendo como base o pensamento problemático ou aporético, que tem como principal vertente a escolha de certos pontos de vistas diretivos, mesmo não explícitos.

A este grupo de *tópoi*, que são mencionados quando se faz necessário lidar com um problema, apesar de não se saber exatamente sua origem ou formulação, denomina-se tópica de primeiro grau. Os *tópoi*, agrupados em um catálogo, que se destinam à resolução de problemas e a discussões específicas em determinados campos que utilizam o modo de pensar problemático, estes seriam a tópica de segundo grau. Estes catálogos teriam como a função de abrigar um conjunto de pontos de vistas sistemática (VIEHWEG, 1979, p. 35).

Viehweg também aborda em sua obra os *tópoi* como enunciados diretivos paralelamente à sua aceitação como pontos de vista. Mesmo que seja possível a proposição de uma analogia entre os *tópoi* e os princípios, o autor rejeita esta possibilidade, pois quando ocorre uma referência a princípios, na maioria das vezes, aceita-se a uma ideia implícita de sistema. Tendo como fundamento a defesa da abordagem do problema a partir da situação discursiva a que ele está inserido, Viehweg, então, afasta o conceito de um sistema tópico. A tópica seria então como a noção de uma pluralidade de sistemas e não como uma ordenação única sistemática (VIEHWEG, 1979, p. 109).

A importância de se analisar a tópica como doutrina essencial na compreensão do fenômeno jurídico reside o fato de que o direito, o tempo todo, se depara com problemas que devem ser solucionados. Este é o seu caráter problemático, o qual o autor se utiliza para afirmar que as áreas de conhecimento que possuem esta característica necessitam a utilização de uma forma de pensamento aporética. O direito, por sua vez, como forma de regulação e direção de comportamentos, lida com uma aporia basilar, que é decidir o que é justo em cada caso concreto.

A dificuldade em conceituar *tópoi* se justifica pelas bases da proposta da tópica jurídica. Como os *tópoi* são utilizados na orientação da argumentação dos envolvidos no problema posto, tem como base a situação de discurso, não seria compatível com este objetivo supor que os *tópoi* tenham conteúdo semântico definido previamente, inalterável e fixo. Os *tópoi* como enunciados conferem sentidos que se localizam no campo da pré-compreensão, mas esta afirmação não é suficiente para se afirmar que o entendimento dividido não pode ser modificado por interpretações diferentes quando se emprega os *tópoi*.

Por assim ser, não se pode almejar uma conceituação imanente, determinada e unívoca de *tópoi* antes que seja analisado o seu funcionamento e sua utilização na argumentação só passam a ter sentido total com o esforço argumentativo que pondera as condições específicas do problema posto. Assim, Viehweg indica a função diretiva da comunicação como aquela própria dos *tópoi*, pois se caracterizam como elementos comunicativos a serem utilizados pela argumentação. Então, a função pragmática dos *tópoi* se baseia exatamente na sua indeterminação, característica que admite aos interlocutores a sua adaptação com base na argumentação que pretendem desenvolver.

Portanto, diante de um problema posto, absorto na situação discursiva, os *tópoi* aparecem como possibilidade de orientação que demandam que o intérprete faça uma escolha. Optar por um *tópos* é decidir por um ponto de vista, que será o norte do pensamento. Por assim ser, a importância de um *tópos* específico apenas pode ser medida quando confrontado com um problema posto, pois seu papel fundamental é servir ao debate de problemas, ajudando na descoberta ou na busca por argumentos. De forma bem sintética, a importância da tópica na esfera jurídica, encontra-se no valor operativo dos *tópoi* para a solução de problemas concretos.

3.3. CRÍTICAS À TÓPICA DE VIEHWEG

Diversas críticas foram feitas à forma de pensar tópico criado por Theodor Viehweg. Manuel Atienza, um dos principais questionadores de Viehweg, em *As Razões do Direito*, aponta

que o principal objetivo do filósofo alemão com a utilização do modelo tópico é a relativização da concepção acerca do método jurídico (ATIENZA, 2002, p. 29).

Atienza inicia seus comentários, apontando que a análise da tópica modernamente, não teve como origem Viehweg, pois esteve presente em várias disciplinas durante o pós-guerra como, por exemplo, a sociologia, a filosofia, a análise de obras literárias, e não somente a jurisprudência. Destaca que Ulrich Klug e Edward H. Levi publicaram estudos que envolviam o uso da lógica no direito e argumentação jurídica, aproximadamente dois anos antes de Viehweg realizar um contraponto entre a lógica e a tópica como tópico base de sua teoria (ATIENZA, 2002, p. 30).

O autor aponta que os elementos básicos elencados no modelo tópico são imprecisos e equivocados. O próprio uso da expressão tópica seria ambíguo e vago, pois poderia se relacionar a três coisas diferentes, porém conectadas: uma técnica de procura de premissas, uma teoria acerca da natureza das premissas ou uma teoria sobre a utilização das premissas na fundamentação jurídica. O enfoque exacerbado na contraposição entre o pensamento tópico e o sistemático seria uma consequência negativa da primeira inexatidão dos conceitos. Outro conceito criticado é o de problema. Atienza cita García Amado para justificar que a teoria de Viehweg demanda uma explicação mais completa para o termo, do que simplesmente qualquer caso ou questão em que é permitida a escolha de mais de uma resposta. A imprecisão também poderia se verificar no próprio conceito de *tópos*, visto como correspondente de argumento; ponto de referência para se obter argumentos ou até como forma argumentativa.

Atienza aponta que a busca incansável de Viehweg por respostas justas, com base em conceitos vinculados à própria justiça, poderia ser vista como trivial, pois não auxiliaria para o desenvolvimento do raciocínio jurídico. Acusa-o de criar uma forma de pensar inocente, adotando conclusões insignificantes para o desenvolvimento da *práxis* jurídica. O autor espanhol acrescenta que não se justifica recorrer à determinada jurisprudência que só permita como guia a tópica. Externaliza seu posicionamento, pois entende que o raciocínio tópico impede que se verifique os papéis importantes reproduzidos no raciocínio jurídico pela Lei, pela dogmática, pelo precedente, mantendo-se na estrutura superficial dos argumentos-padrões, sem aprofundar nas especificidades da realidade jurídica, uma vez que conserva um elevado nível de generalidade. Atienza exemplifica com o *tópos* “o insuportável não é o certo” retratando-o como uma proposição tão geral que não deve ser aplicado como solução ao caso concreto. O objetivo da tópica seria limitado, pois apontaria um catálogo de premissas que poderiam ser utilizadas na argumentação, mas falharia ao não definir entre elas uma hierarquia que fosse suficiente para delimitar os campos de atuação dos *tópoi* (ATIENZA, 2002, p.35).

Outro crítico da proposta de Viehweg, Claus-Wilhelm Canaris, que adota a concepção sistêmica do direito, no livro *Pensamento Sistemico e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, entende que Viehweg ao negar o caráter científico da jurisprudência desempenharia um papel incoerente, uma vez que a hipótese da cientificidade do direito auxiliaria ao auto-entendimento dos juristas. Uma teoria (tópica) que almeja basear o Direito como uma “técnica descompromissada”, que “funciona a base de indícios” e que tem como objetivo a pura “aceitação do interlocutor” não poderia ser vista como conhecimento científico (CANARIS, 1996, p. 15).

Canaris entende que designar o fundamento do pensamento jurídico como problemática é algo redundante, uma vez que todo caso jurídico não possui previamente solução clara. A orientação através de problemas não seria, dessa forma, fundamental para o pensamento no Direito, por não ser capaz de interpretar em “termos teóricos-científicos” nenhum parâmetro de decisão, não sendo por consequência, um método interpretativo eficaz. A tópica seria um recurso composto por diversas fraquezas, que tem como fundamento um argumento enganoso de que o sistema jurídico afastaria os problemas inadequados ao seu leque de soluções.

Canaris apresenta que o método sistemático, possui dentre outros atributos, ser mais previsível, estável e seguro, garantindo sua praticidade na condição determinada ao decisor que o utiliza, se manter distante de ingerências provenientes do caso concreto. A tópica, em contrapartida, seria incapaz de se isentar de estímulos e condições oriundas do sistema (CANARIS, 1996, p. 22).

A conexão entre tópica e retórica também foi alvo de comentários de Canaris, à medida em que a legitimação dos argumentos jurídicos não poderia ser realizada com a simples autorização do interlocutor, o que violaria os princípios do direito positivo. Além de volumosos e hierarquicamente homogêneos, os *tópoi* teriam difícil validação. Ademais, os catálogos, que caracterizam a tópica de segundo grau, por não serem sistematicamente organizados, prejudicariam no processo de autenticação e escolha de argumentos. Cada *tópos* seria uma sugestão de decisão, tornando necessário a escolha de um critério capaz de viabilizar a escolha de um entre diversos pontos de vista.

3.4. IMPORTÂNCIA DA TÓPICA DE VIEHWEG NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Apesar das críticas apontadas por Manuel Atienza e Claus-Wilhelm Canaris, ambos entendem que a teoria proposta por Theodor Viehweg possui sua importância, pois representa uma maneira de raciocinar sobre os locais do direito onde não são viáveis fundamentações conclusivas, além de abordar no sistema jurídico características que permanecem indeterminados

diante de uma vertente unicamente lógica. Ou seja, mesmo não tendo desenvolvido uma teoria, em sentido estrito, Viehweg conseguiu criar um vasto campo para a investigação científica (ATIENZA, 2002, p. 42). Canaris afirma que o trabalho de Theodor foram “estímulos provocatórios” para novos estudos neste campo do Direito (CANARIS, 1996, p. 244).

Atienza lembra que aqueles que mantiveram o tipo de raciocínio proposto por Viehweg puderam melhorá-lo e introduzi-lo em autênticas teorias da argumentação jurídica. Como exemplo, Ballweg, Rodingen, que utilizaram este campo aberto pelo jurista alemão para o desenvolvimento de suas teses. Em comum, todos almejavam a valorização do aspecto pragmático da linguagem, maior destaque no que se refere à relação entre argumentação jurídica e direito, e a crítica à ontologização, originadora de um entendimento ingênuo da linguagem.

Atienza acrescenta que a dimensão direcionada pela lógica perpetuou-se por meio de concepções da argumentação jurídica feitas nos últimos tempos e que foram capazes de obter uma considerável importância prática, em especial, no que se refere à criação de programas que reproduzem maneiras características de raciocinar de um profissional do direito. Quanto ao sistema, foi útil a manutenção da forma de pensar tópico no desenvolvimento de uma base de dados flexíveis, alterável sem maiores dificuldades. No que se refere aos fundamentos da decisão, o sistema seria o responsável por fornecê-las com regras inferenciais não apenas de domínio público (lei, jurisprudência, decretos) como também através de regras de experiência”, sem caráter público, construindo uma heurística jurídica – regras as quais os especialistas socorrem-se quando parece ser impossível chegar à resposta do problema sob análise por meio do procedimento lógico (ATIENZA, 2002, p. 42).

Canaris entende que a tópica tem uma função a desempenhar na Ciência do Direito: garantir a concretização de “valorações jurídico-positivas” em duas situações. As normas apenas podem ser preenchidas pelo próprio decisor, no ato de julgamento, permitindo que caracteres valorativos sejam inseridos e noções socialmente aceitas de justiça. A primeira hipótese em que a utilização da tópica é apropriada se relaciona a situações em que são identificadas lacunas, ausência de Lei relacionada ao problema proposto. A segunda, “cláusulas gerais carecidas de preenchimento com valorações”; O juiz depois de testar vários *tópoi*, faria ponderações, podendo discricionariamente escolher uma posição justa (CANARIS, 1996, p. 269).

É indubitável que a proposta de estudo da tópica apresentado por Viehweg possui relevante destaque para o direito moderno. O novo desejo de investigar os conhecimentos sobre retórica funda-se na pretensão de tornar compreensiva a argumentação a partir da situação em análise. O próprio Viehweg, assim, ao avaliar os efeitos do seu estilo retórico na *práxis* jurídica,

admite que a tópica pode ser vista como um modo “situacional” de pensar o Direito. Considerando as especificidades concretas do caso, e destacando-se pela importância dada ao fator pragmático da linguagem normativa, considerado como meio capaz de solucionar imprecisões. Em oposição, encontra-se o modo “não-situacional”, caracterizado pela concepção silogística do raciocínio jurídico sistemática (VIEHWEG, 1979, p. 101).

Viehweg entende que a lógica não deve ocupar um plano principal no cenário jurídico, pois a tópica está presente em todos os lugares, e a categoria do sistema dedutivo se mostra como inadequado, praticamente como algo que impede a visão. “O centro de gravidade das operações reside claramente, de modo predominante, na interpretação em sentido amplo e, por isso, na invenção (VIEHWEG, 1979, p. 84)”.

O grande objetivo de Viehweg ao trabalhar modernamente a discussão acerca dos fundamentos do modelo jurídico vigente é a resolução de problemas de ordem social. Noções basilares como “interesse público”; “vontade contratual”, “autonomia de vontade”, apesar de que em uma análise inicial apresentem um sentido vago, ao serem aplicadas ao caso concreto, representam a diminuição de uma importante aporia jurídica: o ideário de justiça (VIEHWEG, 1979, p. 03). Pensar o Direito como um fenômeno situacional seria fundamental para veicular a ele um conceito de justiça capaz de se alterar espacial e temporalmente, permitindo renovação e atualização constante.

Karl Engisch, ao analisar a tópica viehwegiana, salienta a importância de, no processo decisório, serem considerados “fatores de vida”, elementos situacionais de destaque na interpretação, entendimento e aplicação do Direito, amenizando a tomada de decisões baseadas na autoridade ou em interesses particulares, criadas muitas das vezes pelo próprio legislador, prejudicando uma concepção geral de justiça. O autor destaca o aumento de situações, nos últimos anos, de “casos-limítrofe”, ou seja, aqueles em que a decisão não pode ser feita exclusivamente a partir da Lei. Defende, então, que seja adotado uma forma de pensar que priorize a consideração do problema ante a lógica sistêmica (ENGLISH, 2001, p. 377).

Gilmar Ferreira Mendes afirma que o método tópico como mecanismo orientado para evitar o *non liquet*, se constitui em instrumento que tem a capacidade de destransformar a Constituição em um “processo aberto de argumentação”, em que todos aqueles que operem o texto constitucional participariam. As disputas políticas se transformariam em “conflitos de interpretação”, o que protegeria a Constituição de autoritarismos, pois todos os decisores estariam igualmente legitimados para elaborar parecer pessoal e político do resultado interpretativo (MENDES, 2009, p. 123).

Paulo Bonavides leciona que a tópica foi capaz de renovar a concepção contemporânea da hermenêutica. A ruína do positivismo racionalista tornou necessário o ressurgimento do estilo de pensamento por *tópoi* sendo atribuído a ele a importância de método, capaz de se afastar dos modelos clássicos de “interpretação objetiva”. Ehmke desempenhou papel fundamental para que as ideias na matéria fossem absorvidas, especialmente, ao classificar a tópica como “instrumento volativo”, que se relaciona à vontade, em oposição aos “instrumentos cognitivos, típicos da inquirição cognitiva (BONAVIDES, 2004, p. 488).

Paulo Bonavides identifica que os métodos clássicos de interpretação teriam dificuldade em acomodar-se ao seu objeto - a Constituição, devido a fraca consideração de valores políticos, nela contidos. A tópica teria no texto constitucional seu campo ideal, por representar na sociedade moderna uma estrutura de conteúdo aberto e indeterminado, que pode ter uma interpretação aberta, que destacasse a situação, o problema do caso concreto. O método tópico seria o responsável por levar o sistema, as normas, os métodos clássicos à categoria de *tópoi*, sem ignorá-los, mas também sem priorizá-los no ato decisório, o que levaria a uma politização valorativa do texto constitucional (BONAVIDES, 2004, p. 494).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como analisado nesse trabalho, a tópica é sugerida como técnica utilizada na tarefa da interpretação do Direito, como uma espécie de reação ao positivismo e ao método lógico dedutivo. Sua origem remota aos estudos de Aristóteles, retomada por Theodor Viehweg.

Seu elemento característico é o problema, consubstanciando como um pensamento problemático, ou seja, onde a sua técnica põe em evidência o problema em si não o sistema e com base nisso elabora uma seleção de alternativas que propõe a solução.

Sua metodologia é tida como uma abordagem dialética construída a partir de opiniões opostas, mas com um consenso e neste sentido, os *topois* poderiam ser utilizados como ponto de vista respeitáveis utilizados pelas integrantes para conduzir algo próximo da verdade. Esses *topois* somente podem adquirir sentido se, e somente se estiver relacionado com o problema.

Então, como uma técnica de pensamento orientada e direcionada sempre ao problema, colocando-o no núcleo da discussão, confrontando todos os argumentos contrários e favoráveis de tal modo que os raciocínios girariam todos em torno deles para busca da solução, objetivando assim um consenso de premissa, notoriamente respeitável.

Insta acrescentar que um dado importante da tópica é a aceitação do interlocutor para o estabelecimento de premissas, quais os pontos de vistas que devem prevalecer e convergir para o mesmo ponto.

No pensamento sistemático, toda o desenvolvimento tem incursão no sistema, que já possui toda a estrutura e premissas fundamentais, desenvolvendo-se no plano lógico dedutivo e, no pensamento tópica, todas as premissas para a construção proposta destina-se ao desenvolvimento da discussão do problema.

A jurisprudência, no viés da tópica, visa conceder concreção ao direito em busca do justo. Importante ressaltar que atualmente há um sem-número de problemas, de conceitos que não guardam conformidade com o silogismo, a lei não consegue solucionar imediatamente os problemas apresentados na sociedade.

Um das principais críticas ao método utilizado por Viehweg refere-se à proximidade com a jurisprudência, distanciando-se da ciência jurídica como um todo, sem ao menos informar qual seria a importância na evolução do direito.

A sua forma também é considerada problemática pois teria grande grau de generalidade, além de não ter a definição de sua aplicação, sem que relacione diretamente com as regras do sistema, ou seja, sem se sujeitar aos princípios e regras já existentes, sem vinculação à lei. Outro ponto crítico é a sua relação pela retórica já que não se procura genuinamente a justiça em si, mas um sucesso retórico, um reconhecimento pessoal, pois seriam somente argumentações satisfatórias que convencem as partes, sem exigir naturalmente as regras de sujeição, as quais devem ser objetivamente estabelecidas.

Há pontos fundamentais de incompatibilidade com o direito posto e, portanto, não poderia ser amplamente utilizada como método de interpretação no sentido amplo, sobretudo por desvincula-se de normas jurídicas estabelecidas, o que afetaria os valores do direito, como a justiça e a segurança jurídica.

Ela ainda, segundo os críticos, seria um instrumento frágil na medida em que não se tratar de uma teoria propriamente dita, mas tão somente um campo de investigação. Seria ainda, dotada de obscuridade na medida em que se baseia na premissa que o sistema jurídico não poderia por si só, resolver os problemas que lhe são imputados, especialmente pelo fato de que somente os juristas poderiam legitimar essa retórica e não a lei propriamente dita.

Neste aspecto, ela mitigaria a importância da lei posta e dos precedentes no raciocínio jurídico, permitindo uma generalidade. Não existe certo ou errado no modelo de interpretação proposto, o cientista jurídico possui à sua disposição uma flexibilização de recursos disponíveis

que permitem a formação do pensamento, sem perder de vista a circunstância concreta. Assim, em que pese as críticas a esses métodos no que se refere a não ser um método puro na interpretação do direito, ela fornece elementos que devem ser considerados

À luz dessa assertiva, o problema concreto não pode impedir e limitar a operação de subsunção pura e simples, pois a decibilidade de conflitos é tarefa árdua e o operador de direito deve buscar no ordenamento os *topoís*, sempre que a sistemática logico-dedutiva não for suficientemente apta à solução, de forma a unificar e solidificar a produção do direito em busca do bem comum.

Certo é que a complexidade e contingência possuem ampla gama de possibilidades com aquelas já existentes e determinadas, e esse fato, a intenção de trazer estabilidade aos conflitos é que desenvolvem mecanismos suficientemente apto a reduzir o conflito, observando o problema em si. O direito caminha sempre na direção de solução de conflitos, então a decibilidade não deve abandonar as assertivas fáticas, ou seja, deve estar atento para observação do problema, principalmente quando o mundo está em constante evolução.

Então sua proposta se mostra válida pois proporciona um novo meio de raciocínio de argumentação, sem substituir os demais, ou seja, trata-se de uma nova hermenêutica, sem se prender ao sistema dedutivo lógico.

REFERÊNCIAS

ADEOTADO, João Maurício. **Uma crítica retórica a retórica de Aristóteles. A Retórica de Aristóteles e o Direito – Bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica** - org. João Mauricio Adeodato. Curitiba: Editora CRV, 2014.

ADEOTADO, João Maurício. **Ética e retórica. Para Teoria da Dogmática Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2006

_____. **Uma teoria retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo.** 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014.

ARISTÓTELES, **Tópica**, I, 100b.

ARISTOTLE. Rhetoric. I, 3, 1358a-1358b. **The works of Aristotle**, trad. W. Rhys Roberts, Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, vol. 8, p. 598 IN

ADEOTADO, João Maurício. **Uma crítica retórica a retórica de Aristóteles. A Retórica de Aristóteles e o Direito – Bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica** - org. João Mauricio Adeodato. Curitiba: Editora CRV, 2014.

- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2ª ed. São Paulo: Landy editora, 2002.
- BERTI, Enrico. **As Razões de Aristóteles**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009.
- CÍCERO. **Tópica**. Tradução e apresentação por H. M. Hubbell. Cambridge/London: Harvard University Press, 1993 (Loeb Classical Library).
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio *Teorias de la Tópica Jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1988
- KENEDY, George. *A new history of classical rethoric*. New Jersey: Princeton University Press, 1994. P.265
- KENEDY, George. *Cicero's Oratorial and Rhetorical Legacy*. In: MAY, James M. Brill's Companion to Cicero: Oratory and Rhetoric. Leiden; Boston; Köln: Brill, 2002
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NADER, Paulo. Filosofia do Direito, GRUPO Gen, 2018. 26ª ed. - Paulo, Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982805/>. Acesso em: 20 Nov 2020
- PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Interpretação jurídica: Do dogma da completude ao sistema aberto**. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil – Volume 1 - Escola Paulista da Magistratura São Paulo, 2018.
- SILVA, Cristian Margareth de Menezes e. (2016). O **conceito de doxa (opinião) em Aristóteles**. Linha D'Água, 29(2), 43-67. <https://doi.org/10.11606/issn.2236-4242.v29i2>.
- SPRANZI, Marta. *The art of dialectic between Dialogue and Rhetoric: The Aristotelian Tradition*. Amsterdam; Filadélfia: John Benjamins, 2011.

SPRUTE, J. Die *Enthymen*theorie der aristotelischen Rhetorik. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1982, *apud* GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tópica jurídica**. Madri: Civitas. 1988.

VILANOVA. Lourival. As estruturas lógicas e o Sistema do Direito Positivo. 4ª ed. Noeses: São Paulo, 2010.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Petrópolis: Vozes, 1994.

A EQUIDADE COMO RAZÃO JURÍDICA E A DERROTABILIDADE DAS REGRAS

Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos Santos

Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Tributário e Direito Tributário Internacional pelo IBDT. MBA em Normas Internacionais de Contabilidade pela FIPECAFI. Pesquisador do IBDT.

Resumo: O presente trabalho propõe que a equidade é forma de raciocínio jurídico, fundamentada em concepções particularistas de justiça que admitem a derrotabilidade das regras e que tem como finalidade preencher lacunas normativas e, principalmente, calibrar regras a uma subclasse de hipóteses que, se fossem conhecidas pelo legislador, seriam excepcionadas da hipótese de aplicação da norma explícita. Como instrumento que substitui a norma explícita por uma norma implícita, a equidade (e, portanto, a derrotabilidade das regras) deve ser aplicada de forma limitada. Assim, propõe-se a adoção de requisitos material e procedimento para admitir-se a superação da regra explícita.

Palavras-chave: Equidade, Derrotabilidade das Regras, Interpretação.

Submetido em 21 de janeiro de 2022. Aprovado em maio de 2023.

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

Na doutrina e jurisprudência brasileiras, tem-se – salvo alguns trabalhos específicos sobre o assunto¹ – pouca clareza sobre os contornos do instituto da equidade. Alguns a definem como fonte do Direito, outros como instrumento para suprir lacunas e, de uma forma geral, o instituto é tratado de forma secundária nos trabalhos científicos.

Diante desse contexto, o objetivo deste trabalho é examinar o instituto da equidade em seus elementos essenciais. Exatamente por conta deste objetivo é que se pretende, no presente trabalho, adotar metodologia que chamamos de “analítica”, pois se abordarão questões fundamentais em torno da equidade. É dizer: serão analisados (i) o conceito da equidade (o que é?); (ii) quais os fundamentos da equidade (por quê?); (iii) qual a finalidade da equidade (para quê?); e (iv) quais os limites para aplicação da equidade (até onde?).

Feitos esses esclarecimentos, passa-se, em primeiro lugar, ao exame do conceito equidade.

2. CONCEITO DE EQUIDADE

BELTRÁN e RATTI² sustentam que o conceito de equidade não é uniforme e que a doutrina vem atribuindo conteúdo distinto a este termo. Os autores explicam que se trata de um conceito milenar que veio sofrendo modificações ao longo do tempo justamente para se adequar às ideais de legalidade, generalidade e também à discricionariedade de poder dos aplicadores do Direito.

SCHAUER, por sua vez, relata que Platão já tratava do assunto e entendia equidade como o instrumento de justiça ao caso particular. Desde os tempos antigos, comungava-se da ideia de que regime generalizante poderia ser substituído caso gerasse injustiça ao caso particular³.

A adoção da equidade, desde então se inseria no debate entre justiça particular e justiça geral, entre universalismo e particularismo – debate que perpassa a Filosofia Moral e a Epistemologia também e que abordaremos mais detidamente quando tratarmos do fundamento da equidade e dos seus limites, especialmente para relatar a posição de SCHAUER, que (antecipe-se brevemente) sustenta que as generalizações não só conferem eficiência do Direito, mas justiça⁴.

¹ MOREIRA, Clara Gomes. Equidade como razão de decidir em matéria tributária. *Direito tributário atual*, São Paulo: Resenha Tributária/IBDT, v.36, p. 122-140, 2016.

² BELTRAN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista. Legal defesability: an introduction. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista, *The logic of legal requirments. Essays on defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1 e ss.

³ SCHAUER, Frederick. Generality and Equality. In: *Law and Philosophy*. May 1997, Vol. 16, p. 279-297.

⁴ SCHAUER, Frederik, *Profiles, Probabilites and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 21.

Ainda sobre esse debate, também ARISTÓTELES sustentava que o raciocínio por generalização é positivo, na medida que abrange um maior número de casos e, portanto, possibilita um discurso pretensamente universal¹.

Em meios aos juristas, CHIASSONI conceitua a equidade como uma diretiva inibitória que limita a possibilidade de atribuição, pelo intérprete, de significados a enunciados normativos de modo que seja contrário ao senso comum de justiça².

Diante das diversas (e difusas) posições de filósofos e juristas a respeito do conceito de “equidade”, CHIODI destacou-se por sua monografia sistematizante sobre o assunto³. Neste trabalho científico, o italiano sustenta que a equidade pode ser definida sob diversos ângulos.

Pelo primeiro, a equidade pode ser uma manifestação da Justiça concreta em face da Justiça legal.

Pelo segundo, a equidade equivaleria a um valor, que possui racionalidade moral e que deve ser receptivo ao que chama de “consciência coletiva” (que seria composta por um misto de ideias de igualdade, humanidade, bom senso, imparcialidade e sentimento de respeito com as pessoas coisas da comunidade).

Pelo terceiro viés, a equidade seria concebida como um instrumento de interpretação e regra-constitutiva do Direito.

Pelo quarto e último ângulo, enfim, a equidade seria um procedimento pelo qual o juiz julga pela sua própria consciência, por meio de um processo discricionário de valoração, substitui a norma positiva ausente por uma nova norma que respeite o espírito da norma substituída – concepção, aliás, que se assemelha bastante ao que GUASTINI trata como substituição de uma norma explícita por outra norma implícita⁴ como se verá em mais detalhes quando tratarmos das finalidades da equidade.

Como se pode verificar, a maior parte dos autores, ao erigir um conceito de “equidade” acaba por resvalar nas suas finalidades e nos seus fundamentos. Afinal, como se viu, muitos dizem se tratar de instrumento para fazer prevalecer a justiça concreta sobre a justiça geral ou como processo decisório de substituição de uma norma explícita (que abrange uma classe de hipóteses) por uma norma implícita (que abrangeria uma subclasse e hipóteses, a princípio, contemplada pela norma explícita, mas em dissonância com a razão subjacente desta última norma).

¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. 2. Ed. Bauru: EDIPRO, 2007.

² CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 300

³ CHIODI, Giulio M., *Equità: la regola costitutiva del Diritto*. Torino: Giappichelli, 2000.

⁴ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 289.

Diante deste cenário, adota-se, para os fins deste trabalho, o conceito trazido por MOREIRA¹, segundo o qual a equidade é modalidade jurídica de raciocinar o Direito, de interpretar, precisar os termos e relacionar, de maneira “calibrada” os interesses em jogo.

Neste sentido, aliás em breve digressão, esclareça-se que autores, como NETO, deixam claro que vem sendo cada vez mais relativizada a lógica – tradicionalmente defendida especialmente pelos mais formalistas – monotônica. A monotonicidade é um fator da relação de consequência lógica, que envolve um conjunto P de elementos (que são as premissas) e um conjunto S (que são as conclusões), considerando que P compõe um determinado conjunto. Isso significa que se P compõe esse conjunto, isso garante que desde último conjunto se possa inferir a consequência S, independentemente de outros elementos que possam vir a compor esse conjunto.

Assim, admitir a equidade como forma de “calibrar” interesses e, eventualmente, superar uma norma é admitir a superação da lógica da dedução, com a proposição de que o Direito convive com a lógica não-monotônica, pela que se permite a situação em que S é consequência do P, mas não é consequência do conjunto no qual P está contido² (apesar, evidentemente, das críticas em face dessa lógica³).

Como se demonstrará, a equidade tem o condão de, diante de experiência recalcitrantes – para usar a expressão de SCHAUER⁴ –, afastar a aplicação da norma. Veja-se que não se está dizendo que a equidade invalida a norma: não se trata do critério de validade da regra, mas sim de sua aplicação a casos concretos em que se apresentam circunstâncias muito excepcionais.

A partir da concepção apresentada, perquire-se, na sequência, quais os fundamentos sustentam tal forma de raciocínio jurídico.

¹ MOREIRA, Clara Gomes. Equidade como razão de decidir em matéria tributária. *Direito tributário atual*, São Paulo: Resenha Tributária/IBDT, v.36, 2016, p. 122-140.

² NETO, Carlos Augusto Daniel, O “Mínimo Existencial” como Condição de Derrotabilidade de Regras Tributárias, *Revista de Direito Tributário Atual*, v. 37, 2017, p. 84-105 (87)

³ALCHOURRÓN, Carlos E. Philosophical foundations of deontic logic and the logic of defeasibility conditional. In: MEYER, J. J; WIERINGA, R. J. (ed.), *Deontic logic in computer science: normative system specification*. New York: John Wiley and Sons, 1993, p. 83.

⁴ SCHAUER, Frederik. Is defeasibility an essential property of Law? In: BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni (org), *The logic of legal requirements – essays of defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

3. FUNDAMENTOS DA EQUIDADE

3.1. Particularismo como fundamento da equidade (em oposição ao Universalismo) e possibilidade de derrotabilidade das regras

MOREIRA¹, ao tratar dos fundamentos da equidade, cita GUASTINI², autor italiano que explica que a ideia de equidade contrapõe dois posicionamentos filosóficos – conforme antecipamos: de um lado, existe universalismo pelo qual os conflitos devem ser resolvidos com base em normas gerais aplicadas de forma uniforme; por outro lado, menciona-se o particularismo, que, no Direito, revela-se pela ideia de Justiça individual, do caso concreto.

Em livro mais recente, SCHAUER³ adentra o embate entre universalismo e particularismo e relata os primórdios da discussão na Filosofia Moral. Menciona que autores como O’Neil, Hardy e Blake sustentaram o máximo particularismo como uma característica de justiça e sabedoria. Esses mesmos autores, por outro lado, chegaram a dizer que as “categorias não-particulares” (*non-particular categories*) ou princípios gerais são, no mínimo, um mal necessário e, no pior dos cenários, uma terrível injustiça e, muito frequentemente, uma grande demonstração de estupidez.

Neste contexto, SCHAUER trata do debate entre universalismo e particularismo e mostra como, por vezes, na filosofia ocidental iluminista, o particularismo é tido, praticamente, como um imperativo moral que ele pretende desconstruir em sua obra, demonstrando que as generalizações (qualificadas e estatisticamente fundadas) podem ser importantes na tomada de decisões como se demonstrará no próximo capítulo deste estudo⁴.

De todo modo, o debate está posto e quando relacionado à equidade, esta passa a ser vista, pela linha universalista, como uma forma de (i) violar uma norma pré-estabelecida e explícita; (ii) violar o princípio da igualdade (na medida em que confere possíveis diferentes tratamentos a sujeitos semelhantes); (iii) violar o princípio da certeza do Direito que, em boa medida, pauta-se, como bem ensina ÁVILA, pela *confiabilidade* e *calculabilidade* do Direito. A primeira, enquanto permanência na transição do passado ao presente, e a segunda, concernente à permanência na transição do presente ao futuro – enquanto aspectos da dimensão dinâmica da segurança jurídica⁵.

¹ MOREIRA, Clara Gomes. Equidade como razão de decidir em matéria tributária. *Direito tributário atual*, São Paulo: Resenha Tributária/IBDT, v.36, 2016, p. 122-140 (128)

² GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 407.

³ SCHAUER, Frederik, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 23.

⁴ SCHAUER, Frederik, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 23.

⁵ ÁVILA, Humberto B., *Teoria da Segurança Jurídica*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 365.

Por outro lado, a linha moral do particularismo vislumbra na razão de decidir por equidade uma forma de fazer Justiça no caso concreto.

Essa linha entende que o juiz não deve aplicar as regras cegamente sem considerar as circunstâncias do caso. Nessa linha, entende-se que as regras devem ser aplicadas conforme sua finalidade (ou seja, conforme sua “justificação subjacente”, ou como refere GUASTINI, “real vontade do legislador¹”), o que autoriza a concepção de exceções às regras e que, por isso, poderiam ser superadas.

É aqui, então, que entra a discussão sobre a derrotabilidade das regras como fundamento para a adoção de razões de decidir por equidade.

A derrotabilidade, no Direito, foi concebida, originalmente, por HART² e é entendida como a possibilidade de determinada regra superada³, derrotada para que a justiça individual seja aplicada em detrimento da justiça universal. As regras, por vezes, devem ser afastadas (quando geram resultados absurdos – ou resultados iníquos como relata TARELLO⁴) para situações muito particulares que não haviam sido previstas pelo legislador). É dizer: nesses casos, afastar a regra atinge sua finalidade, sua “justificação subjacente” em maior medida do que aplicar a norma explícita – seguindo-se o que apontamos acima como “lógica não-monotônica⁵”.

Ao tratar do assunto, PECZENIK⁶ dá como exemplo o caso hipotético da regra que proíbe dormir em estação da trem. O que está por trás dessa regra é penalizar (com multa) aqueles que usam a estação de trem como local para estada noturna, para pernoite, para assegurar a ordem e a limpeza da estação de trem. Diante da previsão “geral” de que é proibido “dormir” em estação de trem, o mesmo autor questiona se a regra seria aplicável ao trabalhador que, após o final do expediente, cansado, banco no banco da estação ao esperar pelo trem.

Em razão justamente da ambiguidade do termo “dormir” tal como referido na hipótese de aplicação da regra (que, afinal, pode tanto significar “pernoitar”, como “cochilar”), poder-se-ia, com certa segurança, aplicar a regra (e, por conseguinte, a consequência normativa, i.e. a cobrança da multa) ao trabalhador cansado, que cochila aguardando o trem.

¹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 272.

² HART, H. L. A., The ascription of responsibility and rights, *Proceedings of the Aristotelian society*, 1948, v. 49, p. 171.

³ Neste estudo, derrotável e superável serão utilizados como sinônimos.

⁴ TARELLO, Giovanni, *L'Interpretazione dele Lege*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 380.

⁵ PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The Three Faces of Defeasibility in the Law. In: *Ratio Juris*. March 2004, Vol. 17, p. 118-139.

⁶ PECZENIK, Aleksander. *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as Source of Law*, London: Springer, , p. 115-127.

Entretanto, por um argumento equitativo (ou de senso comum de justiça como aduz TARELLO¹), seria razoável afastar a incidência da regra neste caso justamente porque a sua aplicação, neste caso, feriria a sua “justificação subjacente” mais do que geraria justiça. Aplicar a multa ao trabalhador que cochila na estação parece ser um resultado possível da interpretação da regra, mas absurdo, iníquo, que levaria à necessidade de superação da regra nesse caso específico.

Diante, então, da contraposição filosófica entre universalismo e particularismo e da constatação de que a razão de decidir por equidade fundamenta-se neste último (que admite, portanto, a ideia de derrotabilidade das regras), é preciso analisar quando se está diante de uma regra, antes de propriamente entender quando elas são derrotáveis.

3.2. As regras jurídicas

GUASTINI² e ÁVILA³, de forma bastante analítica – aliás, como lhes é próprio –, bem explicam que, na Teoria da Hermenêutica Jurídica, é possível identificar – ao menos e simplificadamente – três correntes doutrinárias: a cética, a cognitivista e a eclética.

Pela teoria cética, a interpretação decorreria de atos de vontade e/ou conhecimento, de modo que o Direito seria praticamente criado pelo aplicador e não (apenas) pelo legislador.

Essa corrente subdivide-se em duas. Pela teoria cética moderada, a interpretação envolve atos de conhecimento e vontade, na medida em que o intérprete escolhe um dos significados dentre os possíveis para determinados termos. Assim, sua atividade é não só descritiva, mas também adscritiva. Pela teoria cética radical, no entanto, a interpretação envolve apenas atos de vontade e o intérprete é que cria o Direito, tendo, portanto, função puramente adscritiva e atribuindo qualquer significado aos termos.

Nessa linha, entende-se que os termos presentes nos enunciados normativos não possuem significados próprios e o que os define é o uso. Essa linha está apegada à ideia de que significado se dá pragmaticamente (e não tem qualquer valor semântico), de modo que só o que importa é o contexto e o uso do termo.

Neste sentido, aliás, bastante elucidativo o exemplo que, comumente, o Professor Humberto Ávila dá em sala de aula, referindo-se a dois objetos: um livro e uma cadeira. Para

¹ TARELLO, Giovanni, *L'Interpretazione delle Leggi*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 380.

² ÁVILA, Humberto, *Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*, *Revista Tributário Atual*, v. 29, São Paulo: Dialética, 2013, p. 181- 204 (185-186).

³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 407.

demonstrar como os céticos radicais atribuem significado aos termos pelo uso que se dá a tais termos, o Professor pega um livro em sua mão e diz que ele pode passar a ser uma cadeira se se senta sobre ele. Do mesmo modo, se escrevo numa cadeira, ela passará a ser um livro. Tanto num caso, quanto no outro, apesar de nos referirmos aos livros como livros e as cadeiras como cadeiras, explica o Professor que os céticos radicais podem referir-se a livros como cadeiras e a cadeiras como livros, uma vez que o uso que se faz desses objetos é que lhes conferirá significado (de modo que não haverá qualquer conteúdo semântico prévio que designasse tais objetos, pois seu significado depende inteiramente do uso, do contexto, da pragmática).

Para este grupo teórico, portanto, não existiriam categorias que semanticamente sejam regras, mas sim normas que, pelo uso, são entendidas como regras ou como princípios.

Por outro lado, no outro extremo, há a corrente que ÁVILA designou por teoria cognitivista que entende que a interpretação compreende apenas atos de conhecimento e nunca de vontade¹. Assim, para essa linha, na versão mais radical, os termos possuem significados unívocos estabelecidos pelo legislador e que são meramente apreendidos pelos intérpretes. Com isso, os enunciados do discurso descritivo são – com o perdão da tautologia – descritivos, na medida em que estão sujeitos à avaliação de verdadeiro ou falso.

Diz-se que essa linha está relacionada à correspondente na teoria da linguagem, dos chamados semânticos radicais, que entendem que os termos possuem um só significado que deve ser revelado pelo intérprete. No Direito, por sua vez, este grupo é comumente relacionado ao chamado “Círculo de Viena²”, que – apesar das suas possíveis matizes teóricas que ora serão desconsideradas apenas para fins didáticos e por não integrar o escopo deste trabalho – sustenta que o intérprete dos enunciados normativos não teriam qualquer papel decisório ou criativo, mas tão somente descritivo. Essa linha, então, entende que as regras estão postas e o intérprete só faz aplicá-las cartesianamente sem qualquer escolha.

Por fim, ÁVILA e GUASTINI relatam a existência da teoria eclética (também entendida como cognitivista moderada), para quem a interpretação compreenderia atos de conhecimento ou atos de vontade conforme o caso: os casos fáceis (aqueles que são automaticamente enquadráveis na hipótese normativa) e os casos difíceis (casos cujo enquadramento normativo é duvidoso). Assim, para os primeiros, a interpretação dependeria de meros atos de conhecimento, enquanto que os segundos careceriam de atos de vontade, decisão e adscrição.

¹ ÁVILA, Humberto, *Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*, *Revista Tributário Atual*, v. 29, São Paulo: Dialética, 2013, p. 181- 204 (185-186).

² ÁVILA, Humberto, *Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*, *Revista Tributário Atual*, v. 29, São Paulo: Dialética, 2013, p. 181- 204 (185-186).

Diante deste cenário, é possível dizer que as normas são significados atribuídos pelo intérprete (por um processo de escolha e decisão devidamente fundamentados argumentativamente¹) a um enunciado normativo de caráter prescritivo. Ou seja: enunciados (que são orações em contexto) que prescrevem comportamentos diretos ou objetivos².

Essa classe, por sua vez, é dividida nas espécies “regras” e “princípios”. Como se sabe, há os autores que classificam essas categorias de acordo com seu modo de aplicação, como ALEXY³. O autor, *grasso modo*, identifica as regras como sendo as normas aplicáveis tudo-ou-nada e princípios, como normas aplicáveis por ponderação.

Esse critério de classificação, no entanto, não é consistente.

Por um lado, como bem explica ÁVILA, os princípios são diferentes entre si, de modo que possuem finalidades distintas, situam-se em níveis distintos e possuem, muitas vezes, eficácia distinta⁴. Assim, seria leviano afirmar que todos os princípios são princípios porque são afastáveis mediante ponderação. A uma, porque há princípios que não podem ser afastados (como é o caso dos princípios estruturantes, como, por exemplo, o princípio democrático, o princípio do Estado de Direito). A duas, porque determinados princípios sequer são postos em colisão com outros, justamente porque desempenham funções distintas. Disso decorre que a derrotabilidade não é um elemento essencial dos princípios, mas meramente acidental.

Por outro lado, também as regras não podem ser definidas a partir da forma de aplicação. Embora os aludidos autores sustentem que as regras aplicam-se por tudo ou não, veremos que as regras não são, necessariamente, insuperáveis e, portanto, aplicáveis no tudo ou nada.

Neste sentido, HAGE e PECZENIK sustentam que as regras possuem razões conclusivas (que, portanto, levam a determinada conclusão)⁵. Nessa linha, RAZ chega a mencionar que as regras encampam *razões excludentes* na medida em que definem um caminho e afastam outro⁶.

O autor dá interessante exemplo sobre regra de clube de xadrez que permite a entrada de, no máximo, três pessoas no grupo: assim como a regra permite a entrada de três pessoas, a norma exclui a possibilidade de entrarem quatro membros (e esta, portanto, seria a razão excludente da regra).

¹ ÁVILA, Humberto, Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo, *Revista Tributário Atual*, v. 29, São Paulo: Dialética, 2013, p. 181- 204 (185-186).

² ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 87.

³ ALEXY, Robert, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/20.

⁴ ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 149.

⁵ HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Law, Morals and Defeasibility. In: *Ratio Juris*. September 2000, Vol. 13, p. 305-325 (310).

⁶ RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Princeton: Princeton University Press, p. 15-48 (42).

Ainda sobre a dicotomia entre regras e princípios, é possível constatar que esta última categoria normativa, na visão de HAGE e PECZENIK, encampa razões contributivas¹. Assim, os princípios não levariam, necessariamente, a uma determinada conclusão, mas contribuiriam para ela. Os autores, inclusive, sustentam que justamente porque encampem razões contributivas é que permite (mas não obriga) que princípios estejam sujeitos à ponderabilidade. A diferença relevante aqui, no entanto, é que os autores admitem que as razões conclusivas das regras podem também ser ponderadas em face de outras razões – argumento que também refuta a posição dos teóricos que diferenciam regras e princípios pela sua forma de aplicação.

Diante da superação dessa visão, adotaremos, para os fins deste trabalho, a posição de ÁVILA para classificação das espécies normativas². O professor explica que regras e princípios diferenciam-se pela especificidade da hipótese normativa de cada uma dessas categorias: a diferença, portanto, é de ordem lógica. Enquanto as regras fazem referência direta a um comportamento (proibido, permitido ou obrigatório) e tem hipótese de aplicação determinado a um grupo de fatos e indivíduos – conquanto, ainda assim, guardem aspecto geral como sustenta LAPORTA³ –, os princípios, por sua vez, fazem referência a um objetivo e, portanto, sua hipótese de aplicação é indeterminada e precisa ser concretizado por outras normas.

3.3. Adentrando a derrotabilidade das regras

Feitos esses esclarecimentos de quando se está diante de uma regra e estabelecida a premissa de que a derrotabilidade de uma norma não a torna um princípio, passa-se a examinar em que hipóteses as regras podem ser derrotáveis.

É comum que se diga, na doutrina, que existem casos fáceis para os quais as regras serão aplicáveis (e para os quais não serão superadas), porém, há, por outro lado, *casos difíceis*, em que as regras devem ser superadas em nome da sua própria justificação subjacente.

BIX⁴ argumenta que esses são os casos de derrotabilidade das regras por equidade, isto é: criam-se exceções às regras gerais, na sua aplicação a casos particulares, em que existe uma necessidade de se evitar uma extrema injustiça ou absurdo”.

¹ HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Law, Morals and Defeasibility. In: *Ratio Juris*. September 2000, Vol. 13, p. 305-325 (315).

² ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 149.

³ LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la Ley*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 83.

⁴ BIX, Brian H. Defeasibility and open texture. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; JATTI, Giovanni Battista (eds.), *The logic of legal requirements. Essays on defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

No Direito, HART sustenta que as regras são derrotáveis, porque (i) nem sempre se tem conhecimento dos fatos futuros – que são incertos; e (ii) também nem sempre se tem precisão de objetivos¹.

Neste sentido, aliás, vale mencionar que a derrotabilidade, antes de ser entendida como uma característica das regras (como – aliás – sustenta SARTOR), foi estudada na Epistemologia e na Filosofia Moral².

No campo da epistemologia, POLLOCK e CRUZ³ explicam que a derrotabilidade decorre da ideia de que o processo de formação de crenças sempre parte das informações que se tem e se renova à medida que o sujeito receba novos inputs, novas informações – que existem em número ilimitado.

Já na Filosofia Moral, ROSS⁴ fala sobre as obrigações morais *prima facie*, pelas quais se pode encontrar um erro ou acerto na ação de um sujeito a partir das circunstâncias que se conhece a princípio. Isso faz com que os princípios morais levem a conclusões conflitantes, de modo que, para estabelecer efetivas obrigações morais, é preciso ponderar as conclusões conflitantes *prima facie*, valendo-se, portanto, da mencionada lógica não monotônica”. Afinal, um novo elemento muda a conclusão.

Um exemplo atual de uma situação de obrigação moral *prima facie* (que entra em conflito com obrigações morais posteriores que nascem à medida que as experiências recalcitrantes se revelam) é possível ser encontrado no filme “Eye in the Sky” (intitulado, em português, de “Decisão de Risco”).

O filme conta a história de uma operação militar comandada pela coronel britânica Katherine Powell (juntamente com militares de alta patente dos Estados Unidos e um comitê de guerra composto por um general britânico, pelo Procurador Geral e o Ministro da Defesa do país) para atacar, por *drones*, uma casa no Quênia onde descobriram estarem escondidos dois homens-bomba prestes a praticar um atentado terrorista na região. O filme mostra os debates entre a coronel, o general e os demais integrantes do alta escalão da diplomacia dos Estados Unidos e do Reino Unido na tomada de decisão sobre atacar ou não aquela casa.

Num primeiro momento, fala-se na obrigação (moral) de disparar os mísseis por drones, justamente para aniquilar os homens-bomba e evitar um provável atentado terrorista. A decisão

¹ HART, H. L. A., The ascription of responsibility and rights, *Proceedings of the Aristotelian society*, 1948, v. 49, p. 171.

² SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning, In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; JATTI, Giovanni Battista (eds.), *The logic of legal requirements. Essays on defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012 p. 108-136.

³ POLLOCK, J. L.; CRUZ, J., *Contemporary Theories of Knowledge: Studies in Epistemology and Cognitive Theories*, New York: Rowman and Littlefield Publishers Inc., 1986, p. 196.

⁴ ROSS, W.D., *Foundations of Ethics*, Oxford: Clarendon Press, 1939, p. 84-85

(e a obrigação) são, no entanto, revistas quando a equipe descobre que há uma criança em frente à casa vendendo pães para arrecadar dinheiro para os pais. Essa nova circunstância (experiência recalcitrante) faz com que aquela primeira obrigação (matar os terroristas e proteger a população local contra o atentado) conflite com uma nova obrigação moral (não matar uma criança inocente). A partir de então (e diante do dilema moral da equipe que parte sustentava o ataque e parte queria suspendê-lo) passa a fazer cálculos de qual é a probabilidade de o ataque terrorista acontecer (caso os homens-bomba não fossem aniquilados pelo ataque militar por drone) e qual a probabilidade de o possível ataque por drone à casa ser fatal para a criança inocente. O enredo, enfim, de certa forma, acaba por abordar um dilema entre obrigações morais conflitantes que surgem à medida que se conhecem mais as circunstâncias prévias à tomada de decisão.

Nessa linha e com base em PRAKKEN e SARTOR¹, é possível apreender que o também raciocínio jurídico (e não só o epistemológico ou moral) trabalha com “conclusões provisórias” que poderão ser conclusivas sob o albergue de determinadas fatos e premissas, mas não conclusivas em casos difíceis.

Diante da conclusão de que também as regras podem ser afastadas (e, portanto, derrotadas), conclui-se que existem – conforme sustenta SILVEIRA²– três espécies de dissonâncias jurídicas enfrentadas pela equidade: (i) na hipótese em que a generalidade da lei não prevê todas as circunstâncias aferíveis na realidade (o que, aliás, é uma característica típica das constatações generalizantes como demonstra SCHAUER³); (ii) no caso de haver lacuna na norma sobre a apresentação de quaisquer circunstâncias da realidade; e (iii) quando há uma inadequação, total ou parcial, da lei em face das circunstâncias do caso.

As três dissonâncias parecem ser encontradas justamente no exemplo sobremencionado sobre a regra que proíbe dormir na estação de trem. Em primeiro lugar, porque generalidade da regra não prevê a circunstância específica da pessoa que coxilha na estação. Em segundo lugar, poderia se dizer que norma é lacunosa quanto a essa hipótese específica de quem cochila e não propriamente dorme, pernoita na estação. Em terceiro lugar, a regra parece não estar adequada (conforme sua justificação subjacente) a essas circunstâncias específicas.

Num segundo exemplo de que também é bastante comum na literatura de Teoria do Direito, tem-se o caso de um restaurante em que se impeça a entrada de animais no seu recinto com o

¹ PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The Three Faces of Defeasibility in the Law. In: *Ratio Juris*. March 2004, Vol. 17, p. 118-139.

² SILVEIRA, Alípio, *Hermenêutica no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, v. I, p. 371.

³ SCHAUER, Frederik, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 20.

objetivo de manter a ordem e higiene do ambiente. Essa regra se aplica ao caso cão-guia de uma cliente deficiente visual? Como a regra deve ser aplicada neste caso? Se for uma aplicação tudo-ou-nada, por razões conclusivas, parece que a regra seria aplicável. No entanto, ela seria inaplicável se se admitir que a regra possa ser derrotada e superada para garantir sua própria finalidade quando se está diante de um caso excepcionalíssimo.

Novamente, se voltarmos às três dissonâncias jurídicas elencadas por SILVEIRA, que permitiriam a aplicação da equidade, poder-se-ia sustentar que: em primeiro lugar, a regra não seria aplicada e seria derrotada por equidade, porque a generalidade da regra não encampa essa hipótese específica. Em segundo lugar, porque se pode entender que a regra é lacunosa nesse ponto e não prevê especificamente o caso do deficiente visual que precisa entrar no restaurante com seu cão-guia. E em terceiro lugar, porque a regra não parece estar adequada a essas circunstâncias específicas, até porque a finalidade da regra é manter a higiene e ordem no local e isso, evidentemente, não será desrespeitado pela entrada do cão-guia do deficiente visual no restaurante.

E, por fim um terceiro exemplo também corriqueiro na literatura trata da regra que proíbe a entrada de veículos no parque e, então, se questiona se seria admitida a entrada de ambulância. Pelo argumento equitativa, poder-se-ia também aqui excepcionar a primeira regra para autorizar a entrada da ambulância para fazer valer a justiça individual do caso concreto. Veja-se, portanto, que também neste caso, a razão de decidir por equidade: (i) calibraria as considerações generalizantes da norma, que não prevê a hipótese específica da entrada da ambulância; (ii) supriria uma possível lacuna da norma, que não trata especificamente das ambulâncias no parque; e (iii) corrigiria uma inadequação da norma geral às circunstâncias específicas do caso.

Por todo exposto, resta evidente que há casos difíceis que permitem a derrotabilidade das regras e, por isso, lança-se mão de razões de decidir por equidade.

4. FINALIDADE DA EQUIDADE E CRITÉRIOS DE SOBRE- E SUBAPLICAÇÃO DA NORMA

Diante dos exemplos mencionados e da afirmação de SILVEIRA de que a equidade presta-se a lidar com três dissonâncias jurídicas, passamos a propor que a equidade – em linha com o conceito que adotamos acima – tem como finalidade calibrar os interesses em jogo e, mais especificamente, o âmbito de aplicação de uma determinada norma.

Utilizamos o termo “calibrar” justamente para indicar que a equidade lida, não com a validade ou invalidade de um critério adotado por uma norma, mas sim com a sua sobreaplicação

ou subaplicação. É dizer: por conta da generalização de que se vale ou da indeterminação dos termos de que se vale na sua hipótese normativa, uma determinada norma pode ter um âmbito de aplicação demasiadamente amplo (que precise “calibrar-se” para reduzir ou diferenciar) ou demasiadamente restrito e até lacunoso (que precise ser “calibrado” para estender-se).

GUASTINI¹ e KRIELE² admitem que, por vezes, em razão da vagueza dos termos, é necessário definir ou restringir seu âmbito de aplicação ou, por outro lado, suprir eventuais lacunas.

CHIASSONI trata a equidade como um “diretiva inibitória substancial ou ético-normativa”, que impede o intérprete de atribuir aos termos de um determinado enunciado um significado que seja contrário ao que o autor chama de “senso comum de justiça³”.

Nessa mesma linha, TARELLO sustenta que o dito “argumento equitativo” presta a evitar que a determinado termo⁴ (a que cabem diversas interpretações, enquanto resultado – distinção entre interpretação enquanto ato e resultado é feita por BARBERIS⁵) se atribua um significado que é culturalmente intolerável ou sentido como iníquo.

Como explica GUASTINI, por conta da incontornável vagueza dos predicados em toda linguagem, é natural que toda norma seja, em alguma medida, indeterminada⁶. Assim, nem sempre se tem clareza de quais hipóteses se enquadram em seu campo de aplicação, de modo que existem casos em relação aos quais a norma certamente é aplicável, mas, por outro lado, há também os casos “dúbios” ou “dífceis” aos quais a aplicabilidade da norma é discutível.

4.1. Critérios para lidar com a sobreaplicação da norma: interpretação restritiva, dissociação e redução teleológica

O professor italiano defende que, em determinados casos, o intérprete cria uma exceção explícita na hipótese de aplicação da norma, quando constata que ela é sobrerinclusiva – expressão cunhada por SCHAUER⁷. Diz o autor que, neste caso, introduzir uma exceção não é diferente de substituir a norma explícita por uma norma implícita.

¹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 285.

² KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, p. 82

³³ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 301.

⁴ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione dele Lege*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 380.

⁵ BARBERIS, Mauro. *Manuale di Filosofia del Diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 217.

⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 289.

⁷ SCHAUER, Frederik. *Playing by the rules*, p. 31-34

Deste modo, pelo próprio exemplo didático da proibição dos veículos no parque e a entrada das ambulâncias, GUASTINI¹ afirma que a norma explícita original apresenta a estrutura “Se A, então Z” (“Se veículos, então proibida a entrada no parque”), enquanto que a nova norma (decorrente da exceção feita às ambulâncias) apresenta-se como “Se A e não B, então Z” (“Se veículo e não ambulância, então proibida a entrada no parque”). O que significa que criar uma exceção à hipótese de aplicação da N1 equivale a substituí-la pela N2.

Como se pode verificar, a razão de decidir por equidade, ao substituir determinada norma explícita por outra implícita mais restrita vale-se, de certa maneira, de uma interpretação restritiva. GUASTINI afirma que por tal argumento interpretativo, a constrói-se uma exceção na hipótese de aplicação da norma que resulta na derrogação da aludida norma por uma distinta².

Da mesma maneira, o autor fala no argumento da dissociação (*dissociazione*) que diferencia subclasses de fatos previstos por uma determinada hipótese normativa, para atribuir efeitos distintos a uma ou outra subclasse. Pela explicação do professor, imagine-se uma norma N1 que atribui a consequência G a uma classe de fatos F. Essa classe, por sua vez, distingue-se entre as subclasses F1 e F2 e, então, o intérprete – feita essa dissociação de subclasses de fato – argumenta que a intenção do legislador, à luz da *ratio legis* identificada (ou da justificação subjacente), pretendeu atribuir a consequência G, não à inteira classe F, mas apenas à subclasse F1, de modo que a classe F2 é uma exceção desta hipótese normativa.

No final das contas, da dissociação resultará uma exceção à N1, pois se subentende que a norma incluiria uma exceção (a da subclasse F2), de modo que sua estrutura seria, não “Se F, então G”, mas sim “Se F, mas não F1, então”, o que equivale à conjunção de “Se F, então G” e “Se F2, então não G”.

De acordo com GUASTINI o argumento da dissociação introduz, de maneira sub-reptícia, uma distinção no discurso do legislador que não foi realizada de forma explícita, mas que é subentendida como uma exceção implícita à luz da *ratio legis* e esse processo reduz o campo de aplicação da norma³.

Ademais, como se pode verificar pelos resultados lógicos obtidos, o professor entende que a linha entre a dissociação e interpretação restritiva é bastante incerta. Assim, conclui que ambas as operações, de igual modo, trata de excluir do campo de aplicação de uma norma uma hipótese que dela faria parte se prevalecesse a interpretação literal do enunciado.

¹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 286.

² GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 286.

³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 287.

Argumento interpretativo bastante semelhante e que também operação redução (*Reduktion*) do âmbito de aplicação das normas é a chamada redução teleológica (*Teleologische Reduktion*)¹, expressão normalmente atribuída a LARENZ² e que, na visão de BRANDENBURG, diferencia-se da interpretação restritiva.

Para BRANDENBURG, a interpretação restritiva atua na zona cinzenta dos termos (*Unschärfbereich des Wortlauts*) e conduz a um possível significado. Enquanto que a redução teleológica efetivamente faz com que o significado do termo seja delimitado, demarcado (*der Wortlaut tatsächlich unterschritten*)³.

KRIELE, no entanto, reputa que esse critério é vago e manipulável, de modo que praticamente não traz qualquer significado. Do ponto de vista do autor, sob o pretexto de “firmar um limite” para o significado de um termo, qualquer juiz poderia lançar mão da redução teleológica para manipular a interpretação do enunciado normativo⁴. Na mesma linha estão MENNICKEN⁵ e ESSER⁶.

Admite-se, no entanto, com base em CANARIS⁷, que os limites de significados são, muitas vezes, difíceis de estabelecer, de modo que o termo em si torna-se “flutuante”. LARENZ mesmo admite que os termos, por vezes, abrem espaço para numerosas variantes de significado⁸.

Assim, valendo-se da metáfora de HECK⁹ que diferencia o núcleo (Kern) da morada (Hof) e diz que a interpretação pode caminhar pelos significados da casca, mas a redução teleológica anda imediatamente da casca ao núcleo. Disso decorre que, por meio de redução teleológica, o intérprete vale-se da finalidade da norma para restringir sua hipótese de aplicação.

Apesar da linguagem figurada e do exame não tão analítico, os mencionados autores alemães, de certa forma, parecem reconhecer que a redução teleológica cria exceções na hipótese normativa de acordo com a finalidade subjacente da norma tal como a restrição.

No final das contas, parece que a distinção entre interpretação restritiva, dissociação e redução teleológica encontra-se, muito mais, na perspectiva de observação. Afinal, enquanto a expressão “interpretação restritiva” foca no resultado da operação lógica, a dissociação no

¹ BRANDENBURG, Hans-Friedrich, *Die Teleologische Reduktion: Grundlagen und Erscheinungsformen der auslegungsunterschreitenden Gesetzeseinschränkung im Privatrecht*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1983, p. 7.

² LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Auflage, Berlin, 1979, p. 377.

³ BRANDENBURG, Hans-Friedrich, *Die Teleologische Reduktion: Grundlagen und Erscheinungsformen der auslegungsunterschreitenden Gesetzeseinschränkung im Privatrecht*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1983, p. 2.

⁴ KRIELE, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2a. Auflage, Berlin, 1976, p. 223.

⁵ MENNICKEN, Axel, *Das Ziel der Gesetzauslegung*, Bad Homburg, 1970, p. 46f.

⁶ ESSER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M., 1970, p. 117

⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1964, p. 22-23.

⁸ LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Auflage, Berlin, 1979, p. 332

⁹ HECK, Philip, *Gesetzesauslegung und Interessejurisprudenz*, Tübingen, 1914, p. 173.

raciocínio, na própria operação lógica e a redução teleológica na finalidade desse processo de criação de exceções normativas implícitas.

4.2. Critérios para lidar com a subaplicação da norma: argumento analógico ou interpretação extensiva

Não se pode perder de vista, por outro lado, que existem – como mencionado – casos em que a hipótese normativa é subinclusiva e, portanto, abrange uma menor classe de casos do que a pretendida.

Diz-se que, nestes casos, está-se diante de lacunas, que – sem adentrar às possíveis classificações atribuídas a elas por parte da doutrina¹ – estão surgem por conta do que BOBBIO chama de incompletude (*incompletezza*) do sistema jurídico. É incompleto o sistema que não compreende norma que proíba ou que permita determinado comportamento específico².

Aqui, mais uma vez, por conta da indeterminação natural da linguagem, verifica-se que os termos utilizados nos enunciados normativos podem ser vagos em relação a quais hipóteses se referem. Assim para os casos de subinclusão de hipóteses, é necessário – como ensina GUASTINI – sustentar a construção de uma norma implícita para preencher a lacuna³.

Para o autor, ou bem se lança mão do argumento analógico ou do argumento da interpretação extensiva. Para o autor, o primeiro fundamenta-se no pressuposto de que a formulação normativa não reflete a “real” vontade do legislador ou no pressuposto contrafactual de que o legislador teria contemplado determinada hipótese e a disciplinado da mesma maneira que já o fez se a tivesse levado em consideração.

Neste sentido, o autor descreve essa hipótese logicamente e mostra que F2 designa uma classe de hipóteses não disciplinada expressamente, mas que deveria sê-lo (conforme a finalidade da norma). Assim, atribui a F2 a consequência G, que estava prevista para o F1 (bastante similar ao F2). Assim, a nova norma – construída pelo argumento analógico – é “se F2, então G”⁴.

Para tanto, destaca que é preciso que haja um elemento E essencial, (razão específica da comparação entre F1 e F2) que torne F1 e F2 efetivamente análogos. Tal razão é justamente a “ratio” da norma explícita da qual se parte, isto é, da razão, do motivo, do objetivo para que tal norma foi criada.

¹ LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Auflage, Berlin, 1979, p. 320.

² BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino: Giappichelli, 1982, p. 125.

³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 277.

⁴ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 278.

BOBBIO¹, neste sentido, ensina que para encontrar similaridade relevante entre os casos (o que serve de paradigma para analogia e o caso que, a princípio, não é objeto de hipótese de qualquer norma e sobre o qual se aplica a analogia), é necessário definir uma propriedade relevante em comum. E relevante será aquela propriedade que diga respeito à consequência a ser atribuída pela regra utilizada por analogia. Assim, o autor organiza o seguinte modelo lógico para aplicação da validade: “como S é similar a M, sendo M igual a P, então S é igual a P, desde que S tenha em comum com M uma propriedade que seja razão suficiente por que M é P”.

Ou seja, a S só pode ser atribuído P, se S e M tiverem em comum a propriedade que faz M ser P. Deste modo, a analogia será válida se repousar em similaridade relevante entre o caso regulado e o não regulado².

O argumento analógico, portanto, lança mão de uma operação que – parafraseando GUASTINI – opera-se de uma norma explícita a um princípio nela contido e da qual é possível retornar à formulação de uma norma implícita, que, precisamente, contém a regra do caso análogo àquela expressamente regulado³.

A interpretação extensiva, por sua vez, é, na visão do autor, argumento interpretativo que se diferencia muito sutilmente do analógico. Isso porque, enquanto este efetivamente cria uma norma implícita nova, aquele estende o significado do termo já empregado pela norma explícita para subsumir a hipótese dúbia à disposição interpretada. O resultado lógico, no entanto, é o mesmo em ambos os casos.

De uma forma ou de outra, portanto, é possível concluir que a equidade, ao buscar resolver conflitos de interesses de acordo com um senso de justiça na calibração de uma norma lida com questões de sua sobre- e subaplicação, que, no final das contas, são resolvidas, respectivamente, pelos métodos de dissociação (interpretação restritiva e redução teleológica) e de analogia ou interpretação extensiva. O raciocínio por equidade, enfim, é que lança mão desses argumentos interpretativos para excepcionar o campo de incidência de uma norma ou para estendê-lo a casos que, com base na finalidade subjacente da norma, não deveriam ou deveriam (respectivamente) compor a hipótese de aplicação normativa.

¹ BOBBIO, Norberto, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino: Giappichelli, 1982, p. 127.

² BOBBIO, Norberto, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino: Giappichelli, 1982, p. 127.

³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 281.

5. LIMITES À ADOÇÃO DA EQUIDADE NA INTERPRETAÇÃO

Obviamente, no entanto, que esse poder não é (e nem pode ser) irrestrito, sob pena de as regras perderem, em absoluto, sua normatividade e de se assistir ao que LAPORTA chama de deslocamento do centro de poder do legislador (que tomou decisões específicas para grupo de casos gerais por meio de regras) para o poder do aplicador/julgador. Isso, sem dúvida, traria problemas de segurança jurídica, especialmente no que se refere à sua dimensão estática de cognoscibilidade e previsibilidade deste sobreprincípio.

Conforme mencionado anteriormente, não se pode admitir que as regras sejam definidas conforme seu uso nem mesmo por uma linha “psicológica-subjetivista” que admitisse o afastamento das regras em quaisquer hipóteses.

Os termos carregam significados mínimos (como ensina GRAU¹) definidos convencionalmente e que não são alterados conforme o contexto até porque carregam uma função limitante (*Grenzfunktion*) que implica segurança jurídica (*Rechtssicherheit*), clareza normativa (*Normklarheit*) e publicidade (*Publizität*)². Além disso, a atribuição de sentido para determinados termos é controlada por meio da teoria da argumentação, de modo que não podem ser livremente manipuladas.

Por outro lado, mencione-se que as regras possuem um papel especial no Estado de Direito, justamente porque determinam comportamentos específicos para grupos de indivíduos de forma geral. LAPORTA³.

Mais uma vez aqui se depara com debate entre universalismo e particularismo. Enquanto este é o fundamento para a adoção da equidade e da superação das regras em casos muito específicos, aquele sustenta as generalizações e, por via de consequência, a atribuição geral – BARBERIS⁴ – do comando normativo de uma regra a indivíduos indetificáveis (mas não identificados).

Nessa linha, SCHAUER cuida de refutar os argumentos de que o particularismo é o único (e melhor) instrumento de justiça e de sustentar que generalizações estatisticamente fundamentadas são necessárias e desejadas⁵.

¹ GRAU, Eros Robert, *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 32.

² MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 2. Auflage, Berlin, 1976, p. 255.

³ LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la Ley*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 83

⁴ BARBERIS, Mauro, *Manuale di Filosofia del Diritto*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 217.

⁵ SCHAUER, Frederik, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 24.

Em breve digressão, permita-nos referir ao trabalho recente do autor, no qual explica que: as generalizações são raciocínio atuarial de categorização de indivíduos de forma acontextual e que, logicamente, são designadas por “todos os xs são y”. Assim, quando são as espúrias, verifica-se que não há qualquer evidência (nem empírica nem normativa) de que estatisticamente os “xs” são “y”.

Nessa linha, o autor diz que as generalizações podem ser universais por definição como é o caso da afirmação “todos os solteiros são não-casados”. Afinal, se são casados, necessariamente, deixam de ser solteiros. Por outro lado, as generalizações podem ser universais por questões empíricas, ou seja decorrem dos fatos e, portanto, são contingentes.

É exatamente nessa categoria de generalizações que estão as generalizações que dependem de verificação estatística e que, evidentemente, estão sujeitas a relativizações. O exemplo que o autor¹ dá é dos cisnes: à medida que só se conheçam cisnes brancos, é comum que se diga que “todos os cisnes são brancos”. Essa generalização, no entanto, comportará relativização quando se conhecer um cisne preto.

O autor vai adiante e demonstra que é comum nos valermos de generalizações para categorias de indivíduos que possuam, majoritariamente, uma determinada característica, mas também para atribuir uma determinada característica a uma dada categoria de indivíduos pelo simples fato de tal predicado ser proporcionalmente mais presente nesta categoria – apesar de não majoritária – do que em outro.

O exemplo que o autor dá é dos bulldogs: é comum que se diga, de maneira generalizante, que os “bulldogs têm problemas físicos de quadril” e isso, não porque mais de 50% dos bulldogs apresentam tal disfunção (o que revelaria uma generalização majoritária), mas sim porque os bulldogs, proporcionalmente mais, do que outras categorias de cães.

O mesmo quando se generaliza que homens com menos de 30 anos são condutores de veículos que oferecem mais risco e, portanto, estão sujeitos a maior custo de seguro. Tal generalização não é majoritária, mas sim proporcional, porque essa categoria de indivíduos, estatisticamente, causam mais acidentes de automóvel do que outras categorias de condutores.

O autor, então, entende que esses dois tipos de generalizações são legítimos, pois são estatisticamente fundadas (apesar de uma delas aplicar-se a menos da maioria dos indivíduos de uma determinada classe).

Por outro lado, o autor entende que são ilegítimas as generalizações que se refiram a menos da maioria dos indivíduos de uma categoria e não sejam diferenciadoras desse subgrupo de

¹ SCHAUER, Frederik, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 25.

sujeitos ou generalizações que até se aplicam a mais da maioria dos indivíduos, mas façam referência a uma característica que não os diferencia dos demais subgrupos de indivíduos¹.

O autor dá como exemplo a afirmação de que os Volvos possuem quatro rodas. Embora seja uma generalização que se aplica, certamente, a mais da metade dos Volvos, não é uma característica relevante, pois não aparece mais no universo de Volvos do que no universo de outros veículos².

Nessa linha, o autor sustenta que as generalizações podem ser ruins ou boas. As primeiras são as chamadas espúrias e são construídas sem qualquer amparo estatístico e neste caso, não são majoritárias nem revelam determinada especificidade mais presente em determinada categoria de indivíduos do que em outros.

SCHAUER menciona que generalizações espúrias, inclusive, são as que decorrem de pré-conceitos.

Ante essas premissas, o autor sustenta que um determinado grau de generalização é desejável, não só do ponto de vista utilitário (aspecto irrelevante para a análise do autor), pois as generalizações evitam custos de oportunidade da análise de cada caso individual, mas do ponto de vista da justiça.

Generalizações até podem incorrer em mais erros do que as particularizações. No entanto, é preciso ter em mente que existe um número limitado de fatores que podem ser plausivelmente ser explicados ao público como critérios de diferenciação entre os casos.

O Direito não só deve ser justo, mas deve parecer justo, assim ele deve operar de uma tal forma que seja compreensível por um maior número de indivíduos como um instrumento que trata um grande número de pessoas de forma equivalente (mesmo que haja diferenças relevantes entre elas)³.

Além disso, o autor revela a importância da uniformidade e como a própria igualdade pressupõe, em parte, ignorar diferenças reais. Em determinadas situações, é preciso tratar a todos de forma uniforme quando existe uma razão mais forte para tanto (como quando é preciso demonstrar à sociedade que todos serão igualmente sancionados pelo descumprimento de uma regra).

Autor defende que o pensar juridicamente não é distinto de outras profissões (cita exemplo do médico, professor, psicólogo, assistente social etc.) quando se fala em particularismo.

¹ SCHAUER, Frederik, *Profiles, Probabilites and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 26.

² SCHAUER, Frederik, *Profiles, Probabilites and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 26.

³ SCHAUER, Frederik, *Profiles, Probabilites and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 260.

O generalismo, por outro lado, está muito mais presente no modo de raciocinar juridicamente do que em outras ciências e talvez isso indique que as generalizações é que são, efetivamente, a maneira distinta de raciocinar juridicamente.

Além disso, o autor argumenta que os processos de tomada de decisão baseados em regras e precedentes dependem de fundamentações e estas, via de regra, são mais gerais do que o próprio resultado da sua aplicação.

Ademais, características morais, políticas, sociais e econômicas, muitas vezes, são irrelevantes para o Direito, justamente porque elas tratam de eventos distintos que são agregados para fins jurídicos.

No final das contas, conclui que particularismo está proporcionalmente presente no Direito, enquanto que as generalizações estão desproporcionalmente presentes. Mostra, ainda, como a Medicina, Psicologia, Arquitetura contam – tal como no Direito – como forma de raciocínio particularista, mas só o Direito (e talvez a Filosofia) distinguem-se por basear-se mais em raciocínios generalistas. E isso, muito porque esses dois ramos dependem, sobremaneira (i.e. mais do que outros ramos) da argumentação e da fundamentação da tomada de decisões.

Um exemplo disso é que, na Medicina, embora haja regras gerais sobre protocolos e formas de condutas de tratamentos, o médico é obrigado a refutar tais regras se, no caso específico de um paciente tiver evidências de que a regra não trará o resultado adequado. No Direito, por outro lado, as regras gerais serão aplicadas mesmo quando trouxerem resultados inesperados (justamente pela necessidade que se observar coerência na fundamentação para um maior número possível de casos) e só excepcionalmente esses resultados inesperados autorizarão a superação da regra geral.

Ainda nessa linha, observa-se que a generalização confere estabilidade ao Direito. O autor explica que o Direito é entendido, em estruturas sociais complexas, como instituição que tem especial vocação para conferir estabilidade (enquanto outras instituições terão maior vocação para mudança). Com isso, diferencia o que se costuma chamar de “rule of law” em contraste a “rule of men”, cuja ideia central indica poder individual, criatividade, iniciativa e discricionariedade.

Por fim, SCHAUER¹ sustenta que generalização relaciona-se com a ideia de autoridade, que emana de determinadas fontes (como jurisprudência, lei, doutrina). Como a fonte em si é que é relevante para atribuição de autoridade (e não o seu conteúdo), a fonte torna-se, em si, uma generalização.

¹ SCHAUER, Frederik, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 265.

Exatamente por isso e pela posição de LAPORTA¹ a respeito da necessidade de regras de caráter geral, é que sustentamos que a adoção de razões de decidir por equidade e, portanto, a derrotabilidade das regras deve enfrentar determinados limites.

Também ÁVILA defende que, em situações normais, as regras devem ser obedecidas porque sua obediência promove a solução previsível, eficiente e geralmente equânime dos conflitos em jogo. Assim, o professor sugere que a superação de uma determinada regra depende de um modelo de duas características: primeira, é criterioso porquanto procura não apenas analisar se a regra pode ou não ser superada, mas sim em quais condições; segunda, é bidimensional, porque exige o cumprimento um requisito de ordem material e outro de ordem procedimental².

Pelo critério material, sustenta-se que a regra poderá ser superada, em primeiro lugar, se não prejudicar a finalidade subjacente à regra, mas, ao contrário, promove tal finalidade.

Além disso (e ainda no critério material) a decisão individual (que excepciona o caráter generalizante da regra e a supera) não pode prejudicar (e deve, sim, promover) a segurança jurídica. ÁVILA³ propõe, neste ponto, que se analise a probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar para verificar se a “circunstância particular” do caso excepcional não é facilmente reproduzível ou alegável por outros sujeitos, de modo que a o reaparecimento dessa situação esvaziasse o comando generalizante da regra.

No fim das contas, o valor formal da segurança não pode ser restringido (o que se alcança por casos que não seria facilmente reproduzíveis nem alegáveis) e a o valor substancial deve ser promovido, de modo que a tentativa de fazer justiça para um caso mediante a superação de uma regra não afetaria a promoção da justiça para a maior parte dos casos”.

Assim, o grau de superação da regra – ainda por este critério material – depende tanto da promoção do valor subjacente à regra (a “justificação subjacente”), quanto da promoção do valor formal subjacente à regra (que é propriamente a segurança jurídica de que a regra não perderá seu caráter normativo ante o esvaziamento da sua hipótese de aplicação ou da geração de incerteza nos destinatários da norma de que determinada regra não será aplicável num ou noutro caso.

¹ LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la Ley*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 83.

² ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17^a ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 141.

³ ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17^a ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 142.

Veja-se, assim, como ressalta ÁVILA¹, que a superação de uma regra não depende de uma ponderação direta e horizontal própria da colisão de princípios, nem está apegada tão somente à solução do caso concreto, mas demanda a construção de uma solução de um caso mediante a análise da repercussão para a maioria dos casos. A superação de uma regra, portanto, não pode afetar a sistematicidade do Direito nem deve dismantelar o equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual.

Aqui, de uma forma ou de outra, parecem coincidir os ensinamentos de ÁVILA² e SCHAUER³ sobre o apego do raciocínio jurídico às formas generalizantes e em razão da estabilidade que confere e da importância da fundamentação de decisões no Direito.

Por outro lado, pelo critério procedimental, ÁVILA sustenta a superação da regra exige ônus argumentativo elevado. Isso porque, as regras possuem eficácia decisiva (que os princípios não têm), uma vez que estabelecem uma decisão para um conflito entre razões, não dando margem ao aplicador para que substitua determinada “ponderação legislativa” pela sua⁴.

Assim, argumenta ÁVILA que as regras possuem eficácia de trincheira, na medida em que, a despeito de poderem ser superadas, só o são por razões extraordinárias e mediante um elevado ônus de fundamentação⁵.

Exatamente por isso, o Professor sustenta que a derrotabilidade da regra depende, em primeiro lugar, de uma justificativa condizente, que se ancora em dois fatores. Pelo primeiro, exige-se a demonstração de que a hipótese da regra é incompatível, naquele determinado caso, com a finalidade subjacente da regra. Pelo segundo, deve-se poder demonstrar que a superação da regra não provocará grave insegurança jurídica.

Ainda pelo critério procedimental, ÁVILA sustenta que a superação da regra, além de justificativa condizente, deve ter fundamentação condizente⁶. É dizer: é preciso ser possível demonstrar, exteriorizar, de modo racional e lógico, as razões que autorizam a superação da regra.

¹ ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 142.

² ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 141.

³ SCHAUER, Frederik, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 265.

⁴ ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 146

⁵ ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 145.

⁶ ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 143.

Por último, a superação deve contar com comprovação condizente: neste caso é preciso demonstrar que a superação da regra não ensejará aumento excessivo de controvérsias, de incerteza, arbitrariedade e problemas de coordenação, altos custos de deliberação. Afinal, as regras compreendem meios utilizados pelo Poder Legislativo justamente para eliminar ou reduzir controvérsias, incertezas, arbitrariedades problemas de coordenação, de deliberação e conhecimento, na medida em que se referem a um grupo identificáveis de sujeitos, determinam condutas diretas de comportamento ou de atribuição de autoridade e, portanto, têm a função de pré-decidir o meio de exercício de poder, eliminando-se o que ALEXANDER e SHERWIN chamam de “custos morais” atrelados a controvérsias e incerteza¹.

Ou seja, pelo critério procedimental, exigem-se justificação, fundamentação e comprovação condizentes para a superação da regra no caso específico.

ÁVILA vale-se de dois exemplos didáticos (e concretos) para demonstrar como se deve operar a utilização desses critérios².

No primeiro exemplo, narra o caso de um contribuinte vale-se de um regime simplificado de recolhimento de tributos e que esse benefício fiscal está condicionado à ausência de importação de produtos estrangeiros. Assim, a hipótese da regra é que o contribuinte não realize importações, sob pena de se operar a consequência normativo, que é a exclusão do regime simplificado.

Neste contexto, uma pequena fábrica de sofás, beneficiária deste regime efetuou uma única importação de quatro pés de sofá e foi sumariamente excluída.

Em sua defesa, o contribuinte alegou que o descumprimento da regra em apreço não deveria levar à consequência prevista (de exclusão do regime), pois a falta da adoção do comportamento referido pela regra não traria prejuízo à promoção da finalidade subjacente da norma.

De maneira simplória (e com base na matriz teórica proposta por ÁVILA), pode-se dizer que a aludida regra pode ser superada no presente caso, uma vez que o valor substancial da norma (estímulo à produção nacional) não seria reduzido (mas sim promovido) e o valor formal da segurança não seria abalado dada a baixa probabilidade de reaparecimento frequente desta situação. Evidentemente que seria necessário, ainda, atender ao critério procedimental e revelar

¹ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *The Rule of Rules – Morality, Rules and Dilemmas of Law*, Durhan e Londres: Duke University Press, 2001, p. 30-31

² ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17^a ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 142-143.

justificação, fundamentação e comprovação condizentes para afastar a regra neste caso específico.

Pelo segundo exemplo, por sua vez, ÁVILA narra o caso de um jurisdicionado que tem seu recurso inadmitido no Tribunal porque desacompanhado de cópias legítimas da decisão recorrida e que, em sua defesa, alega excesso de formalismo por parte dos julgadores e violação ao princípio da universalidade da jurisdição¹.

Neste caso, a aceitação da superação da regra (prevalecendo, portanto, a decisão individual excepcionante) ensejaria elevado grau de insegurança jurídica. Afinal, a probabilidade de reaparecimento frequente desta situação. Mais do que isso, a superação da regra prejudicaria a própria justificação subjacente da regra, que é promover segurança e contraditório entre as partes. Com isso, já o próprio critério material restaria inobservado e não caberia derrotar a regra diante do caso individual e concreto.

De todo exposto, fica claro que a superação de uma determinada regra (e, portanto, a adoção de razões de decidir por equidade) depende, obrigatoriamente, de critérios jurídicos, técnicos, controláveis intersubjetivamente e não de elementos de ordem moral ou extrajurídica.

A derrotabilidade das regras, em última medida, não pode ensejar distúrbios sistemáticos nem abalar a generalidade dos casos em que as regras são e devem ser aplicadas.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a equidade é forma de calibrar interesses e lidar com a sobre- e subinclusão das generalizações adotadas nas regras. Fundamentada na derrotabilidade das regras (e, portanto, na filosofia particularista e na lógica não-monotônica), a equidade, por um senso de justo, trata da aplicação (e não da validade ou invalidade) das normas.

Tem como finalidade, portanto, criar normas implícitas, com base na justificação subjacente da própria norma explícita, uma vez que o intérprete depare-se com experiência recalcitrantes, situações excepcionalíssimas não previstas pelo legislador para reduzir ou expandir o âmbito de aplicação da norma. Com isso, pode valer-se do argumento da interpretação restritiva, da redução teleológica ou da dissociação para excepcionar determinada subclasse de casos da hipótese normativa. Assim, como pode, por outro lado, valer-se do argumento da interpretação ou argumento analógico para respectivamente expandir o significado dos termos adotados na

¹ ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17^a ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 142-143.

hipótese normativa ou criar uma norma implícita que inclua na hipótese normativa uma subclasse de eventos que não haviam sido previstos, originalmente na hipótese da norma explícita, mas que o teria sido pelo legislador (se conhecesse essa subclasse de casos) em razão de razões equiparáveis entre a subclasse de casos normatizada e a subclasse não normatizada.

De todo modo, não se pode deixar de reconhecer que a adoção de razões de equidade e da própria derrotabilidade das regras encontra limites. Assim, adotando os ensinamentos de ÁVILA¹, entendemos que qualquer regra pode ser superada desde que atenda a um limite de ordem material e formal, concretizando maiores benefícios à justiça (do que prejuízos) e sem desfalque do valor formal da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- ALCHOURRÓN, Carlos E. Philosophical foundations of deontic logic and the logic of defeasibility conditional. In: MEYER, J. J.; WIERINGA, R. J. (ed.), *Deontic logic in computer science: normative system specification*. New York: John Wiley and Sons, 1993.
- ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily, *The Rule of Rules – Morality, Rules and Dilemmas of Law*, Durhan e Londres: Duke University Press, 2001.
- ALEXY, Robert, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/20.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. 2. Ed. Bauru: EDIPRO, 2007.
- ÁVILA, Humberto B., *Teoria da Segurança Jurídica*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019.
- ÁVILA, Humberto, Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo, *Revista Tributário Atual*, v. 29, São Paulo: Dialética, 2013, p. 181-204.
- ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARBERIS, Mauro, *Manuale di Filosofia del Diritto*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.
- BELTRAN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista. Legal defesability: an introduction. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista, *The logic of legal requiriments. Essays on defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1 e ss.

¹ ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 142.

- BIX, Brian H. Defeasibility and open texture. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; JATTI, Giovanni Battista (eds.), *The logic of legal requirements. Essays on defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Torino: Giappichelli, 1982.
- BRANDENBURG, Hans-Friedrich, *Die Teleologische Reduktion: Grundlagen und Erscheinungsformen der auslegungsunterschreitenden Gesetzeseinschränkung im Privatrecht*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1983.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1964.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.
- CHIODI, Giulio M., *Equità: la regola costitutiva del Diritto*. Torino: Giappichelli, 2000.
- ESSER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M, 1970.
- GRAU, Eros Robert, *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.
- HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Law, Morals and Defeasibility. In: *Ratio Juris*. September 2000, Vol. 13, p. 305-325.
- HART, H. L. A., The ascription of responsibility and rights, *Proceedings of the Aristotelian society*, 1948, v. 49.
- HECK, Philip, *Gesetzesauslegung und Interessejurisprudenz*, Tübingen, 1914.
- KRIELE, Martin, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Auflage, Berlin, 1979.
- MENNICKEN, Axel, *Das Ziel der Gesetzesauslegung*, Bad Homburg, 1970.
- MOREIRA, Clara Gomes. Equidade como razão de decidir em matéria tributária. *Direito tributário atual*, São Paulo: Resenha Tributaria/IBDT, v.36, p. 122-140, 2016.
- MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, 2. Auflage, Berlin, 1976.
- NETO, Carlos Augusto Daniel, O "Mínimo Existencial" como Condição de Derrotabilidade de Regras Tributárias, *Revista de Direito Tributário Atual*, v. 37, 2017, p. 84-105.
- PECZENIK, Aleksander. *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as Source of Law*, London: Springer, , p. 115-127.
- POLLOCK, J. L.; CRUZ, J., *Contemporary Theories of Knowledge: Studies in Epistemology and Cognitive Theorie*, New York: Rowman and Littlefield Publishers Inc., 1986.
- PORTA, Francisco J. *El imperio de la Ley*, Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The Three Faces of Defeasibility in the Law. In: *Ratio Juris*. March 2004, Vol. 17, p. 118-139.

RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Princeton: Princeton University Press.

ROSS, W.D., *Foundations of Ethics*, Oxford: Clarendon Press, 1939.

SARTOR, Giovanni. Defeseability in Legal Reasoning, In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; JATTI, Giovanni Battista (eds.), *The logic of legal requirements. Essays on defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012 p. 108-136.

SCHAUER, Frederick. Generality and Equality. In: *Law and Philosophy*. May 1997, Vol. 16, p. 279-297.

SCHAUER, Frederik, *Playing by the rules A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SCHAUER, Frederik, *Profiles, Probabilites and Stereotypes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006.

SCHAUER, Frederik. Is defeasibility an essential property of Law? In: BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni (org), *The logic of legal requirements – essays of defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

SILVEIRA, Alípio, *Hermenêutica no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, v. I.

TARELLO, Giovani, *L'Interpretazione dele Lege*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.



LEGITIMAÇÃO POR PROXIMIDADE

O ARGUMENTO DE ROSANVALLON PARA UMA DEMOCRACIA DE INTERAÇÃO DIFUSA

Nelson Juliano Cardoso Matos

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Recife – UFPE e mestre em Direito pela
Universidade de Brasília - UnB. Professor associado do Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Piauí.

Deborah Christina Moreira Santos Jaime

Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Doutoranda em
políticas públicas pela Universidade Federal do Piauí (UFPI).

Resumo: O tema democracia exige debate que vai além de simples conceito, problema semântico ou terminologia. É preciso avaliar o seu poder legitimador e, Rosanvallon, motivado pelas mudanças sociais do novo século, desenvolveu uma teoria democrática, na obra “A Legitimidade Democrática - “imparcialidade, reflexividade e proximidade”, esses três complementos são necessários para o debate dos movimentos e problemas políticos atuais. A ênfase deste trabalho está na participação democrática não convencional, chamada de legitimação por proximidade. Trata-se de algo fluído, condizente com as relações do novo milênio e que, de algum modo, permitiria às pessoas um sentimento de pertencimento na democracia, a partir de uma relação individual entre o Estado e o cidadão nas instâncias democráticas.

Palavras-chave: democracia; legitimidade; proximidade

Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre democracia, especialmente a partir da segunda metade do Século XX, tornou-se um desafio. A ascensão e hegemonia da democracia enquanto valor político nesse período contrastou com a sua perda de coesão e de densidade conceitual. Esse paradoxo alimenta dois movimentos contraditórios: teorias não democráticas incorporam o vocabulário democrático (o que intensifica a confusão e dificulta o entendimento) e, na outra direção, teorias democráticas se distanciam do vocabulário ambíguo em uma tentativa de dar rigor terminológico e conceitual. Por esse motivo, por exemplo, teóricos como Robert Dahl desenvolveram a distinção entre democracia e poliarquia e Bernard Manin, mais recentemente, enfatizou a distinção entre democracia e governo representativo; outros tantos outros enfatizaram a distinção entre democracia e república; e mais outros tentaram resolver o problema semântico com o acréscimo de adjetivos ao substantivo democracia, sem usualmente perceberem a abissal contradição entre muitas dessas acepções.

Abandonar o vocabulário democrático, atualmente, não é uma decisão fácil. Embora possa dar clareza e rigor nos argumentos, o valor legitimador dessa expressão nos últimos cinquenta anos não é desprezível. Por mais que muitas das concepções sobre a democracia difundidas nesse período esteja em dissonância com a sua etimologia, com a sua origem ou com a sua história, é recorrente o argumento de que as sociedades contemporâneas são mais complexas ou essencialmente distintas das anteriores, o que justificaria a persistência democrática ajustadas às novas condições.

Em certo sentido, é por esse caminho que Pierre Rosanvallon desenvolve a sua teoria democrática. Ainda que, pelas razões já adiantadas, a teoria de Rosanvallon possa incorrer nos mesmos equívocos decorrentes de alguma manipulação semântica, a sua percepção das demandas da sociedade e do indivíduo no complexo e dinâmico cenário contemporâneo é enormemente acurada.

A retórica democrática no Ocidente, curiosamente, contrasta com certo desencanto das pessoas comuns em relação à política, e, por consequência, em relação aos resultados da democracia. Ciente desse desencanto, Rosanvallon, em um movimento pragmático, procura ajustar ou complementar a teoria democrática conformada na primeira metade do Século XX para os problemas do Século XXI. Essas ideias foram sistematizadas em “A Legitimidade Democrática”, publicada em 2003, sem tradução para o português ainda. O subtítulo desta obra é bastante sugestivo: “imparcialidade, reflexividade e proximidade”; que seriam três complementos

necessários para uma teoria democrática compatível com os problemas e as demandas do novo século.

Os três termos falam por si, mas o terceiro merece atenção especial porque, ao tempo em que sendo mais original, se distancia do desenho convencional da teoria democrática, e enfrenta um problema e uma demanda genuinamente nova e relevante, à do já mencionado desencanto com a política. A ênfase de Rosanvallon com um tipo de participação democrática não convencional leva ao desenho do que ele denomina de legitimação por proximidade. Na proximidade de Rosanvallon, a ênfase não é o cidadão que participa das eleições, ou que participa do governo, ou que participa dos movimentos sociais; trata-se de uma participação mais fluida, mais virtual, condizente com as relações do novo milênio. De algum modo, a legitimação por proximidade daria às pessoas um sentimento de pertencimento na democracia.

Este artigo pretende verificar, depois de dez anos, se o *insight* de Rosanvallon é ainda promissor. Ficam dispensadas as advertências evidentes: o argumento de Rosanvallon foi formulado no contexto francês da primeira década do século, não se espera, portanto, a sua pertinência perfeita ao caso brasileiro atual. A verificação se refere a uma fundamentação e coerência mínimas diante da teoria democrática.

2 A CRISE DA DEMOCRACIA NA TENSÃO INTERNA DO SISTEMA DA DUPLA LEGITIMIDADE

A discussão sobre a crise da democracia não é recente e tampouco pode ser creditada a Rosanvallon. Há vastíssima bibliografia sobre o tema, ressaltando os mais diversos aspectos; por exemplo, o argumento da cooriginalidade entre direitos humanos (Estado de direito) e soberania popular (democracia), defendido, com variações, desde Norberto Bobbio (2000) a Jürgen Habermas (1997), passando por Gustav Zagrebelsky (2003); ou o argumento da crise da democracia representativa, desde Hanna Pitkin (1985) até Bernard Manin (2006), passando por Paul Hirst (1992); além de todo o embate político que alerta contra os perigos da tirania da maioria (TOCQUEVILLE, 1987), ou contra os perigos da licenciosidade e da anarquia (ARISTÓTELES, 1997), ou contra o governo das elites, ou contra a superestrutura da classe dominante (BORON, 2006). Em todo caso, Rosanvallon utiliza essa tensão entre os dois fundamentos modernos de legitimidade do poder político para ressaltar o caráter problemático, incerto e, em certo sentido, frustrante do ideal democrático.

A justificativa apresentada por Rosanvallon para esse desencanto com a democracia é um tanto confusa e até ingênua. Parte da premissa de que haveria, historicamente, nas origens da

democracia moderna, uma associação entre legitimidade política e decisão coletiva por unanimidade. Ainda que não esteja assim formulada por ele, essa premissa nitidamente consiste na perfeita adequação entre a liberdade positiva e a liberdade negativa e uma adesão ao argumento da cooriginalidade referido acima. Parece, entretanto, que Rosanvallon transporta um modelo teórico como se fosse a percepção das pessoas comuns sobre a democracia.

Pelo argumento de Rosanvallon, historicamente, o ideal de sistema de decisão por unanimidade foi frustrado por um sistema de governantes eleitos sob difundida desconfiança dos seus eleitores. De certo modo, Rosanvallon idealiza também o eleitor que, para ele, escolhe o representante como alguém capaz de realizar o bem comum em seu nome, mas que se vê frustrado com a incapacidade de subordinação dos interesses particulares ao interesse geral. Essa frustração é causada pela tensão entre os dois pressupostos de legitimação: a unidade ideal do corpo social para a realização do bem comum e a pluralidade real da sociedade civil, cujos sujeitos são marcados por toda a sorte de diferenças religiosas, culturais, financeiras, físicas etc. Uma certa ambiguidade no argumento de Rosanvallon (2021, p. 43) permite que ele aproveite seletivamente a tese da cooriginalidade e considere os “direitos irredutíveis” de cada indivíduo como condição da democracia; ao mesmo tempo afirma que esses direitos são resultado do consentimento de todos.

Ao enfatizar o argumento da tensão e não o da dependência (ou cooriginalidade), Rosanvallon reconhece que o entendimento individualista tem fundamento no princípio do Estado de direito; entretanto, essa legitimidade, que precisaria ter o apoio de todos, fora substituída pela legitimidade da maioria, como uma forma de adaptar às necessidades dos governos eleitos, visto que a vontade unânime é quase irrealizável.

Parece que Rosanvallon não percebe que o ideal moderno da unanimidade é uma má compreensão do pressuposto antigo e medieval da legitimação política, que é a participação humana na ordem cósmica e, portanto, a realização do bem comum, que é a própria realização da natureza da comunidade política. A discussão sobre a unanimidade parece ser muito mais um recurso retórico para, diante da premissa moderna da autossuficiência racional e cognitiva do indivíduo humanos, ter que justificar decisões diferentes. O exemplo clássico desse subterfúgio parece ser a explicação de Rousseau (1996) para o erro na cognição sobre a vontade geral; ou seja, a divergência entre os eleitores não consistiria propriamente no dissenso, mas na ignorância ou erro sobre o que é o bem comum.

Nesse sentido, Rosanvallon esclarece que a unanimidade que se buscava no passado não estava vinculada à contagem de votos dentro das bases aritméticas, mas na qualidade da

participação coletiva; ou seja, não se tratava de manifestação de opinião pessoal ou de grupos, era o oposto, tratava-se de interesse cívico e não interesses individuais. Neste ponto, Rosanvallon (2021, p. 52-53), equivocadamente, relaciona a teoria da vontade geral de Rousseau à ideia clássica do bem comum; ainda que reconheça, culpando Sieyès pela impropriedade, a indevida ficção jurídica de considerar a maioria como equivalente à unanimidade e assim entender duas situações distintas como se fosse a mesma.

Assim, o ideal da decisão por unanimidade resulta, como efeito colateral, prejuízo para a dimensão de legitimidade centrada na liberdade individual (no Estado de direito). Nessa sistemática, não se atribui força para as minorias, pelo contrário, ela é vista como uma anomalia passageira, que fatalmente desaparecerá (ROSANVALLON, 2021, p. 54). Por isso, com o advento do sufrágio universal, prevaleceu a preocupação com a unanimidade, de modo que o resultado precisa revelar o melhor para a população; e, se, eventualmente, ficar em destaque interesses de pessoas ou grupos, estaremos diante de uma crise democrática. A institucionalização do voto (sufrágio universal), para Rosanvallon, fixou, por um lado, a busca por unanimidade; entretanto, por outro lado, afastada das características ideais iniciais, a universalidade do direito de votar, ainda que mantenha a sua *ratio* jurídica, perdeu a sua justificativa moral, visto que a maioria está articulada em grupos que não representa o interesse geral. Pragmaticamente, o sufrágio universal teria criado a expectativa de satisfação das reais necessidades e demandas da comunidade, entretanto não aconteceu (ROSANVALLON, 2021, p. 66).

A conjugação da ampliação do sufrágio e da onipresença no Estado a partir do final do Século XVIII, sobretudo a partir da Revolução Francesa e da Revolução Americana, levou à ilusão efêmera de que o domínio estatal sobre a vida das pessoas estava legitimado democraticamente. Rosanvallon, entretanto, constata que, a partir da década de 1980, a patente ineficiência do Estado para responder às complexas e infinitas demandas da sociedade resultaram, também, na perda de confiança dos cidadãos em seus representantes políticos, ficando evidente o direcionamento das decisões políticas para a satisfação de interesses parciais e não para o bem comum.

As relações dos indivíduos com as instituições foram mudando, a exemplo do que ocorreu no mundo do trabalho. As atividades passaram a depender da organização de cada trabalhador individualmente, de modo que esse formato repercutiu nos termos das negociações coletivas que agora pleiteavam tanto melhorias salariais genéricas para a categoria, como buscavam também direito sociais, melhores condições de progressos e mobilidade. Diante das novas exigências, o

Estado precisava atuar também de forma descentralizada (ROSANVALLON, 2021, p. 107). Assim, a atuação do Estado vai sofrendo constantes mutações e, muito embora seja legitimado pela vontade geral, esta passa a ser entendida não apenas como expressão da maioria, mas também como vontade plenamente democrática, desde que submetida a controles e validações.

É nesse contexto de implosão do paradigma convencional da democracia moderna, sobretudo tomando a situação francesa do início do milênio como parâmetro, que Rosanvallon incorpora à teoria democrática três critérios complementares da legitimidade: imparcialidade, reflexividade e proximidade. Pelos motivos apresentados na Introdução, a legitimidade por proximidade é o foco deste artigo.

3 POR UMA NOVA POLÍTICA: PESSOAL E NÃO TERRITORIAL, PARTICULAR E NÃO GERAL

A legitimidade por proximidade trata especialmente das relações entre o Estado e os cidadãos de forma individual, dentro das instâncias democráticas. As relações dos cidadãos com as instituições democráticas têm se mostrado mais exigentes, na medida em que não se bastam mais o atendimento aos anseios coletivo. Rosanvallon (2021 p. 247) exemplifica: as pessoas não desejam apenas que seja prestado o serviço de saúde coletiva, é preciso que essa prestação atenda às necessidades de saúde dos indivíduos de forma específica. Isso significa que os cidadãos estão mais sensíveis à atuação dos governantes, ou seja, os governados desejam mais proximidade.

Assim, legitimidade por proximidade revela a necessidade de interação do entre os governantes e governados. O cidadão comum espera do governante alguma demonstração de empatia e compaixão, e que consiga promover uma gestão humana e sensível às situações particulares das mais variadas pessoas. A ideia de justiça processual para as pessoas parte do entendimento de que elas precisam ter a certeza de que seus argumentos foram levados em consideração, pois é essencial; sendo é assim, cada caso precisa ser analisado em suas particularidades e não apenas ser visto como mais um a ser inserido numa regra; por óbvio é necessário perceber que o julgador é suficientemente neutro e imparcial, pois somente assim terá condições de julgar o caso. O tratamento cortês, pautado numa escuta ativa podem ser encarados como pressupostos dessa relação. Esses requisitos, quando atendidos, mostram que a igualdade de direitos está sendo respeitada e considera como fundamento para a ordem coletiva (ROSANVALLON, 2021, p. 253). A demanda social de atenção às particularidades eleva a autoestima dos cidadãos, fazem, inclusive, com que eles tenham sensação de pertencimento e

orgulho da comunidade que fazem parte, simplesmente porque se sentem valorizados e atendidos pelo seu representante (ROSANVALLON, 2021, p. 253). O cidadão valorizado aumenta a sua autoestima e se torna mais forte e faz instituições mais fortes, pois melhora a reputação dos governantes, reflete na economia. Tudo isso forma um sistema positivo (ROSANVALLON, 2021, p. 257)

Mutatis mutandis, as três legitimidades complementares de Rosanvallon possuem alguma conexão com o neorrepblicanismo. No caso da legitimidade por proximidade, nitidamente se percebe intersecções com as ideias de “contestabilidade” e “liberdade como não dominação” (PETTIT, s.d.). Nas duas categorias neorrepblicanas, participação política e liberdade são substancialmente alteradas para, pretensamente, dar resposta às novas demandas de uma sociedade complexa, fluida e plural, ainda amarrada ao substrato teórico e ao vocabulário do Século XIX.

Pela legitimidade por proximidade, nitidamente, Rosanvallon está mais do que reconhecendo uma demanda da virada do milênio, está, ainda que implicitamente, propondo um novo modelo (prescritivo) de dinâmica política. Refutando a política moderna centrada na gestão do território, isto é, administrar território, gerir recursos, aplicar leis e outras atividades meramente técnicas; para a política centrada nas pessoas comuns, ou seja, atenta às situações individuais vinculadas a cada cidadão; neste novo cenário, os critérios de generalidade não podem mais ser vistos como a única forma para o bom governo (ROSANVALLON, 2021, p. 261). Válido frisar que Rosanvallon (2021, p. 268) apresenta um pensamento ímpar dentro do contexto da política democrática, visto inovar na ideia de que a saída para o atual modelo democrático é ajustar a sua governança aos interesses particulares dos cidadãos.

4 UM GUIA PARA O REPRESENTANTE IDEAL

No novo paradigma democrático proposto por Rosanvallon, o ambiente político é marcado por mais interação com a população, sendo capaz de valorizar os interesses individuais de cada pessoa que compõe determinada sociedade; mas, para isso, é preciso reconhecer no representante alguém que lhe remete segurança e confiança de que fará um governo pautado em tais ideais de proximidade.

Sem perceber ou sem avisar, Rosanvallon se distancia da abordagem descritiva a partir da qual demonstrou a insuficiência da teoria democrática convencional para responder às demandas da virada do milênio, para apresentar livremente uma dinâmica ideal das relações

sociais, inclusive de idealização das relações entre Estado e sociedade e entre governantes e governados. Assim, como um guia prescritivo para o bom governante, Rosanvallon apresenta o seu ideal de representante. A escolha do candidato deve levar em conta, inicialmente, a capacidade técnica que este tem para administrar a coisa pública e como é sua capacidade de governar próximo de seus governados.

El representante ideal es, desde esta perspectivam es que piensa, habla y vive como sus mandantes, como una especie de doble que a su vez los valoriza. Por um lado, la esperanza de que los elegidos sean competentes; por el otro, la aspiración de que sean ante todo semejantes (ROSANVALLON, 2021, p. 272).

Dentro dessa perspectiva, o bom governante não é apenas aquele que representa ou substitui um grupo, uma classe um conjunto; é, sobretudo, aquele que tem um olhar solidário dirigida ao “próximo”, em alusão explícita à parábola cristão do bom samaritano. Em outras palavras, é fundamental o senso individual de proximidade, pois o cidadão do século XXI é aquele que espera que a política esteja perto de suas preocupações. Para Rosanvallon, as qualidades políticas guardam relação forte com a proximidade, com a necessidade de escutar o outro e até mesmo com a compaixão. O papel do político é muito mais de reconhecer que há heterogeneidade, situações variadas na sociedade, devendo ele garantir coesão social àqueles que a compõe. Assim, “a buena representación es lá sinceridad de la compasión, la expresión de la proximidad, las que definen labuena representacion” (ROSANVALLON, 2021, p. 275). Deste modo, para ser empático, não basta apresentar um discurso dotado de palavras acolhedoras, é necessário, ainda, estar perto de cada eleitor e saber conversar com cada um deles.

5 O CIDADÃO IDEAL: ESPERANÇA DE SER OUVIDO

A proximidade a que se refere Rosanvallon (2021, p. 291) tem a ver com acessibilidade, abertura e proximidade da sociedade com o poder público, pois pressupõe que o governante esteja próximo da população.

Nesse contexto, complementa o representante ideal da seção anterior o cidadão ideal desta seção. A nova dinâmica entre cidadão e Estado faz inferir, na criação de Rosanvallon (2021, p. 293), um novo modelo de participação, que contrasta a teoria convencional da democracia participativa. Novamente, é inevitável a comparação entre este novo paradigma e o neorrepublicanismo; a democracia participativa do neorrepublicanismo converte a legitimidade por consenso, que exige a efetiva participação para se justificar, pela legitimidade por contestabilidade, que converte a participação efetiva em participação potencial.

A partir deste ponto, a proposta de Rosanvallon se torna sensível. Percebe-se, ainda que não explicitamente, o seu dilema diante de uma nova teoria cada vez mais distante da ideia histórica, convencional e semântica de democracia; mesmo as teorias convencionais da democracia representativa formularam justificativas e ficções para manterem o caráter participativo do regime; agora, Rosanvallon está prestes a descartar a participação efetiva no processo decisório como elemento indispensável para a legitimação democrática.

A estratégia de Rosanvallon para superar esse impasse é múltipla. A principal delas é aproveitar o argumento das denominadas, genericamente, teorias da deliberação; e, portanto, reposicionar o cidadão do efetivo espaço de decisão política para o virtual espaço da esfera pública (HABERMAS, 1997), razão pública (RAWLS, 1997) ou deliberação política.

Rosanvallon (2021, p. 294) centra o seu argumento em mecanismos implementados a partir da década de 1990, como instrumentos de resgate do espírito da tradição antiga de participação democrática. Desses mecanismos, destaca-se a instituição ou proliferação de fóruns deliberativos; como os programas de orçamento participativo tão divulgados no Brasil na década seguinte; o resultado desses fóruns seria uma política mais sincera e racional e acabaria com os falsos debates da oposição ao governante eleito, visto que a população estaria participando da gestão democrática local. Outro mecanismo de interação entre o cidadão e o poder público são os programas denominados por Rosanvallon de autogestão; o resultado seria a construção de uma cidadania mais ativa em que há um crescimento da autonomia dos indivíduos em todas as esferas de sua existência; o objetivo é reunir simultaneamente a visão liberal de uma autonomia da sociedade civil e assim delinear um horizonte de uma democracia permanente e direta.

Esse tipo novo de participação não almeja decidir coletivamente, como a teoria democrática convencional, ou mesmo participar (ainda que potencial ou virtualmente) da deliberação pública; ainda que tenha elementos de interseção com as duas, a nova participação de Rosanvallon é centrada na expectativa e na satisfação individual de ser ouvido, de ser levado em conta. Portanto, o próprio ato de participar exaure o objetivo da participação; é como um verbo intransitivo. Entretanto, aparentemente essa participação descompromissada com o bem comum pode resultar em um banco de boas ideias para a solução dos problemas. O que inevitavelmente faz lembrar o argumento luhmaniano de legitimidade da opinião pública livre (DI GIORGIO, 1998). Essas práticas aproximam o cidadão da gestão pública e auxiliam na tomada de decisão, por isso organizam coletas de informações mais desenvolvidas; de fato, a participação democrática neste novo formato garante satisfação e poder aos cidadãos permitindo que as decisões governamentais sejam mais acertadas (ROSANVALLON, 2021, p. 295).

6 UM NOVO ESPÍRITO DEMOCRÁTICO: DEMOCRACIA DE INTERAÇÃO DIFUSA

Rosanvallon (2021, p. 297) reconhece que não há possibilidade de instauração de uma democracia participativa no sentido geral da expressão; acredita que tudo se aproxima um “novo espírito democrático”, pois não muda a essência, apenas torna interativa as relações, obrigando a governança ser mais interativa e transparente; enfatiza que a democracia participativa existente no século XXI se diferencia da existente há 30 ou 40 anos.

Entretanto, Rosanvallon é obrigado a reconhecer que somente 1% da população adulta está inserida nestas decisões. Esse percentual é trazido a partir do modelo britânico, mas destaca que essa realidade se repete em todo mundo. Ainda quanto a isso, reconhece o envolvimento difusos dos cidadãos, pois o interesse das pessoas em participar das decisões muitas vezes são reflexos do que é divulgado em jornais e debates televisivos.

Los estudios referidos a las ocasiones episódicas de participación en asambleas eu tratan problemas colectivos son, por el contrario, menos numerosos. Per los que disponemos indican um nivel mucho más elevado e participación ocasional en reuniones informativas o en debates públicos, muy en particular a propósito de cuestiones de orden local. Sin embargo, aún es preciso considerar uma tercera dimensión para apreciar la realidad de la vitalidad ciudadana: la de las múltiples manifestaciones más informales e individualizadas de la implicación en la vida de la sociedad. Em efecto, el interés por la cosa pública también se mide em términos de lectura de los diarios, del seguimiento de los programas políticos em la radio o em la televisión, del intercambio com amigos o colegas de trabajo, de búsqueda de información em Internet, de contribución com asociaciones. Uno de los escasos estudios sobre el tema, realizado por comisión Electoral Británica, sin embargo, há sugerido la importancia al estimar que cerca de quince millones de conversaciones política ocurren todos los días em esse país. Por eso, las formas de lo que se podría llamar de implicación ciudadana difusa deben ser tenidas em cuenta (ROSANVALLON, 2021, p. 298).

Justifica que o modelo de democracia se modificou e, por consequência, a relação do cidadão com a política também. Sendo assim, não basta que tenha sido eleito democraticamente, pois o processo de legitimação é permanente (ROSANVALLON, 2021, p. 299). É interessante notar como estes termos, “democracia” e “contra democracia”, modificam a percepção da representação política e da própria participação da política em si. Aquilo que Rosanvallon denomina de democracia participativa revela atuação não convencional das pessoas nas decisões, como é o caso de petições pela internet, casos de solidariedade coletiva, greves, muito embora diminua seu comparecimento às urnas.

Na falta de outra expressão, Rosanvallon denomina também esses mecanismos de democracia difusa de interação. Tal interação depende da circulação de informações, pois, para que o cidadão se sinta forte, ele precisa ter conhecimento para participar das decisões públicas,

pois a ignorância afasta, ao passo que o conhecimento gera envolvimento das pessoas na tomada de decisões. O poder que se apresenta de maneira clara é estruturalmente fiscalizável e menos arrogante, portanto, acessível ao povo. A consequência disso é criação de uma nova relação entre governantes e governados. Ainda que a democracia difusa de interação valorize muito mais a interação que o voto propriamente dito, ele é importante e permanece como o meio concreto e institucionalizado do exercício da cidadania. O voto ainda é o ato que simboliza a ideia de participação política e igualdade cívica (ROSANVALLON, 2021, p. 300).

Contudo, Rosanvallon (2021, p. 306) destaca que, em termos processuais, representar significa cumprir um mandato e agir em lugar de outra pessoa. No ambiente de uma democracia de interação essa concepção já não faz mais sentido, pois as relações institucionais com a sociedade são de cooperação e não de competição, tendo em vista que a ideia é formular permanentes projetos e propor inovações e com isso reavaliar as políticas e melhorá-las.

Ao tratar das instituições por interação, Rosanvallon (2021, p. 308) deixa claro que isso não está ligado tão somente a conduta dos governantes, mas está vinculado a capacidade de reação da sociedade que controla, julga e chama o poder público para corrigir suas decisões; e chama atenção para os diversos cenários onde essa interação é feita (cara a cara, dentro do espaço midiático, fóruns públicos e na internet), esta última tem se desenvolvido e revolucionado essa interação.

Para que isso seja alcançado dentro do espaço público, Rosanvallon (2021, p. 310), atentamente, afirma que é preciso divulgação no mundo midiático; sustenta que o novo mundo da democracia interativa só tomará forma se ao seu lado emergir um jornalismo renovado, capaz auxiliar o debate público, instruindo-o por meio da pesquisa, auxiliando na decifração intelectual da complexidade do mundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legitimidade por proximidade de Rosanvallon parte da necessidade de aproximação do cidadão em relação ao poder público, na esperança de ser ouvido. Desse ponto de partida pretende chegar a um novo espírito democrático, o que ele denomina de democracia de interação difusa; que deveria ser um novo modelo de relação institucional, participativo, transparente e fiscalizável.

Ainda que Rosanvallon não assuma expressamente, trata-se de um modelo prescritivo. Em verdade, trata-se de um esboço, ainda que bem-intencionado, sem conseguir rivalizar com propostas similares melhor embasadas histórico, teórico e empiricamente.

Eventualmente, Rosanvallon se descuida e deixa transparecer um aspecto militante, indicando instruções de como implementar a sua proposta e de como evitar obstáculos.

Por exemplo, adverte sobre a potencial má implementação da sua proposta. Pretende evitar que a sua ideia se converta em uma simples estratégia de gestão, para isso considera ser preciso abandonar as ideologias de participação que são abrangentes e confundem o eleitoral representativo com o eleitoral interativo, pois a “democracia de interação” só pode adquirir seu relevo se estiver desvinculada de termos como: democracia de opinião, democracia participativa ou mesmo democracia de proximidade, pois quando se reduz os dados da nova atividade democrática a essas expressões, certamente sua compreensão é estreitada.

Em síntese, Rosanvallon pretende transformar o sentido do debate sobre o governo representativo, tendo em vista que estabelece uma nova compreensão do sentido da distância entre governados e governantes e, conseqüentemente, da própria economia da representação.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora da UnB, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BORON, Atilio. **Filosofia política marxista**. São Paulo: Cortez, 2003
- DAHL, Robert A. **Um prefácio à teoria democrática**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.
- DI GIORGIO, Raffaele. **Direito, democracia e risco**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HIRST, Paulo. **A democracia representativa e seus limites**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.
- MANIN, Bernard. **Los principios del gobierno representativo**. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- PETTIT, Philip. **Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno**. Barcelona: Paidós, s. d.
- PITKIN, Hanna Fenichel. **El concepto de representacion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROSANVALLON, Pierre. **La letimidad democrática – Imparcilidad, reflexividad, proximidade.**

Buenos Aires: Manantial, 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Nova Cultural, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América.** Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Madrid: Trotta, 2003.



(DES) RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ENCARCERADO

A CONTAGEM DA PENA EM DOBRO A PARTIR DO PARADIGMA DO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 136.961 E A (IN)APLICABILIDADE DO PRECEDENTE AO CASO BRASILEIRO

José Mário Wanderley Gomes Neto

Advogado, Cientista Político, Professor e Pesquisador do U.DATA - Laboratório de Pesquisas Empíricas em Direito (UNICAP). Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e doutorado em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor do PPGD da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

Victor de Lemos Pontes

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Coordenador Adjunto do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM. Advogado.

Resumo: A decisão judicial colegiada proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso em Habeas Corpus nº 136.961 é o objeto de estudo deste trabalho, cujo problema é questionar a aplicabilidade deste paradigma a todas as situações de encarceramento de presos nos sistemas prisionais brasileiros, sobretudo naqueles já reconhecidos como violadores de direitos fundamentais, em razão das condições de insalubridade e precariedade. O objetivo, então, é analisar a aceitação deste julgado nos tribunais e juízos locais pelo Brasil, para observar se o paradigma possui uma tendência ao seu reconhecimento em casos concretos ou, a exemplo de outras questões de reconhecimento de ilegalidade no tratamento do encarcerado, se tende a distanciar-se da prática. Uma vez realizada a comparação do julgado paradigmático que reconheceu a contagem da pena em dobro para os presos em estabelecimentos prisionais insalubres com outras decisões relativas a ilegalidades carcerárias, foi identificado, a partir do pensamento criminológico de um “direito penal do inimigo” e de ausência de reconhecimento efetivo de direitos aos perseguidos pelo sistema de controle social, que é preciso observar a comparação do discurso com a prática penal para se pensar as agências penais como reprodutoras ou cerceadora das decisões que garantem direitos ao preso.

Palavras-chave: direitos fundamentais; contagem da pena; cárcere.

Submetido em 18 de abril de 2022. Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objeto de investigação o cumprimento de decisões proferidas nos tribunais superiores que efetivem ou reconheçam direitos fundamentais dos presos no Brasil, por parte do tribunais e juízos locais, a partir da análise de uma decisão paradigma, qual seja, o julgamento do RHC nº 136.961, a qual reconheceu o direito de contagem da pena em dobro para os casos em que os presos estejam em estabelecimentos com condições insalubres.

A justificativa do problema reside no fato de a maioria das decisões que favorecem o apenado ou o preso provisório de alguma forma, ainda que por obrigação decorrente de ordenamentos jurídicos internacionais que sejam recepcionados no Brasil com status constitucional, tenderem a criar um precedente meramente isolado, inaplicável de forma geral a outros casos concretos.

O objetivo é apresentar os pressupostos da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Habeas Corpus nº 136.961 e, posteriormente, cotejar a aplicabilidade desta decisão aos demais casos de estabelecimentos prisionais carentes de condições mínimas para abrigar o preso; verificar, portanto, se há uma tendência de reaplicar o entendimento já consolidado pelo STJ (após recomendação internacional) ou se o julgado serviu apenas como uma atitude estratégica da Corte para não contrariar os organismos internacionais.

Por tudo isto, é proposta uma breve análise sobre a formação de um “inimigo”, assim considerado pelas agências de controle social, que não detém a sua característica de cidadão detentor de direitos, para observar a influência da posição social ocupada pelo indivíduo e o efeito vinculante ou cogente da aplicação de direitos que lhes são garantidos legalmente ou reconhecidos judicialmente.

2 O CONTO DA REPÚBLICA QUE RESPEITOU UM DIREITO FUNDAMENTAL DO PRESO E OS DESAFIOS NA REPLICAÇÃO DO COMPORTAMENTO

Na data de 31 de agosto de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos instou o Estado Brasileiro para que observasse e adotasse todas as medidas de proteção das pessoas encarceradas no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017), situado no Rio de Janeiro, a partir de “denúncias” realizadas pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro àquele tribunal internacional, referente às violações de direitos humanos ocorridas no interior do mencionado estabelecimento prisional.

Dentre várias ações recomendadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à República Federativa do Brasil, estava presente a obrigação de “erradicar concretamente os riscos de morte e de atentados contra a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no centro penitenciário”, assim como a elaboração de um Diagnóstico Técnico e um Plano de Contingência para a reforma estrutural e de redução da superpopulação e superlotação naquela instituição prisional.

É certo que há muito se revela como um problema endêmico no Brasil a questão referente à superlotação carcerária, irradiando para a maioria (senão todos) os estabelecimentos prisionais do país, não tendo sido esta a primeira oportunidade na qual o Estado brasileiro foi instado e sancionado em razão do desrespeito aos direitos humanos e direitos fundamentais das pessoas que se encontra(va)m encarceradas. Inclusive, diante das múltiplas notícias de omissões do Estado brasileiro acerca da tutela dos direitos dos presos, é que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347/DF, reconheceu – em 09 de setembro de 2015 – de maneira expressa, que o sistema carcerário brasileiro era um “estado de coisas inconstitucional” (BRASIL, 2015), declarando a situação caótica das prisões no Brasil.

Portanto, apesar de a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 31 de agosto de 2017 ter se destinado, exclusivamente, às violações de direitos humanos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, é certo que as ilegalidades ali verificadas se aplicam aos demais estabelecimentos prisionais do país, posto que não são celeumas meramente pontuais verificáveis apenas em estabelecimentos específicos, mas podem ser observadas em qualquer panóptico tupiniquim.

Assim como todas as dificuldades de ordem estrutural e de matrizes profundas em questões culturais enfrentadas pelo Estado brasileiro, a questão carcerária passa não só por uma necessidade de melhoria pontual, mas em todo o sistema retroalimentante do cárcere, desde os processos de criminalização primária, em que o legislador estabelece quais as condutas que serão criminalizadas, até o processo de criminalização terciária, consistente na efetiva execução da pena e as nuances da relação entre política criminal e execução penal. O que se observou, portanto, é que, conforme o previsto à época, não obteve êxito o Estado brasileiro na transformação desses déficits estruturais relativos à tutela do encarcerado e das melhorias das condições do cárcere.

Em resposta à ineficiência estatal em reparar os danos anteriormente apontados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, este Tribunal emitiu a Resolução de 22 de novembro de 2018 (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018), no qual se constatou a continuidade das práticas arbitrárias e inobservantes aos direitos humanos e fundamentais do

encarcerado e, diante disso, requereu a imposição de medidas mais drásticas ao Estado brasileiro. Dentre as 12 (doze) medidas requeridas para a assimilação pelo Estado brasileiro, a de número 4 é a que mais urge à superfície pelo fato de indicar contagem de prazo inédita na jurisprudência e na lei brasileira:

4. O Estado deverá arbitrar os meios para que, no prazo de seis meses a contar da presente decisão, se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Para todos os casos de pessoas presas no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, que ali não estejam em razão do cometimento de crimes contra a vida, contra integridade física ou crimes sexuais, em razão das condições cruéis e degradantes do estabelecimento prisional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos recomendou que a pena fosse computada em dobro.

Essa recomendação partiu do pressuposto de que os presos no Instituto Penal Plácido de Sá estariam sofrendo uma pena que lhes impõe um sofrimento antijurídico superior ao que é intrínseco a uma pena privativa de liberdade, de modo que se tornaria justa a redução do tempo de encarceramento desse indivíduo, assumindo o estado, desta forma, a falência de todo o sistema de execução penal.

Em seguida à decisão, o Brasil foi notificado acerca das recomendações em 22 de novembro de 2018 e, cerca de 1 (um) ano e 06 (seis) meses após – em meados de 2021 -, o Superior Tribunal de Justiça, de modo pioneiro, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 136.961/RJ, reconheceu a ilegalidade de condição de preso no Complexo Prisional de Gericinó, em Bangu/RJ, para que fosse cumprido o ponto 4 da Recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 2018, isto é, que a pena daquele recorrente/paciente fosse computada em dobro.

Nada obstante a referida decisão ter sido prolatada por meio de órgão colegiado (5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça), o que fortaleceria a aplicabilidade da decisão para outros casos – sobretudo em razão da característica deste tribunal superior de unificar a jurisprudência nacional – encontrou-se resistência de atores do sistema de justiça criminal, tanto na aplicabilidade deste precedente, como também nos limites espaciais e temporais desta decisão.

Logo, a medida que foi inicialmente recomendada pelo tribunal internacional e posteriormente convalidada pelo Estado brasileiro para ser aplicada a um caso concreto, considerando, ainda, que a situação do IPPSC se assemelha em diversos aspectos aos demais

estabelecimentos prisionais do Brasil, não está sendo cumprida de maneira pacífica para casos concretos, no que se refere a pedidos feitos aos juízos das execuções penais e aos tribunais de justiça locais. Esta repulsa dos atores do sistema que se recusam a aplicar a decisão, passa não apenas por uma noção de seletividade penal referente à execução penal (considerando as pessoas que efetivamente cumprem pena encarcerados no Brasil), mas também em razão de uma estrutura macro imbuída de discursos sediciosos e eminentemente punitivistas que norteiam a atividade dos referidos *players* do sistema de justiça criminal.

Preende-se, portanto, a partir da análise de condições particulares da realidade brasileira, verificar a origem da referida resistência na aplicação dos precedentes e as raízes estruturais que fomentam a atuação prática destes operadores do sistema de justiça.

3 O ESTADO HIPOBÓLICO NA TUTELA DO “OUTRO”: DIREITO PARA QUEM TEM DIREITO.

A prisão, reconhecidamente, não cumpre com as suas funções declaradas e, por este motivo, o discurso do tratamento que deve ser dispensado ao preso difere da prática operada pelo estado em relação à observância dos direitos fundamentais do cidadão encarcerado. O cidadão preso, apesar de a ele serem impostas algumas restrições, do ponto de vista de liberdade e de exercício de direitos políticos, não é a ele imposta qualquer medida cerceadora dos seus direitos fundamentais, sendo este detentor de todos os direitos que possui(a) quando se encontra em estado de liberdade.

No entanto, pelo fato de o cidadão preso ser visto como “o outro”, o inimigo da sociedade, a prática criminal demonstra que a sociedade e, principalmente, o estado – que possui a função de garantir os direitos e cumprir os objetivos insculpidos na Constituição da República – são responsáveis pelas graves violações de direitos humanos no âmbito do cárcere, desrespeitando os direitos e garantias fundamentais a que o encarcerado faz jus.

As citadas violações também passam a ser naturalizadas e legitimadas, a partir da racionalidade do “Direito Penal do Inimigo”, concebido como uma epistemologia de burla aos direitos fundamentais diante de situações específicas. Tanto é assim, que a doutrina do Direito Penal do Inimigo, que tem como um de seus patronos, o alemão Gunther Jakobs (2003, p. 55) defende que: “En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro”.

O preso, tipo por delinquente, é reconhecido – por esta doutrina - como o inimigo, já que age de maneira “desviada”, de modo que não receberia o *status* de cidadão e isso legitimaria o desrespeito aos direitos fundamentais, conforme preconiza, ainda, Gunther Jakobs (2003, p. 56):

2. En el Derecho natural de argumentación contractual escrita, en realidad todo delincuente es un enemigo (ROUSSEAU, FICHTE). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el status de ciudadano para aquellos que no se desvían por principio (HOBBS, KANT). 3. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido. (JAKOBS, 2003, p. 56).

Portanto, a própria condição de humanidade do cidadão que se encontra cumprindo pena privativa de liberdade é retirada, o que apesar de ser uma doutrina, não é uma realidade longínqua à praxis da execução penal brasileira, tornando-se necessária a reivindicação dos direitos fundamentais que seriam inerentes a qualquer cidadão, e não necessitariam de qualquer postura ativa no sentido de buscá-los.

Inclusive, a tônica maior dos direitos a que faz jus as pessoas que se encontram privadas de liberdade e que são mais reivindicados, devido à sua natureza intrínseca à própria condição de humana do indivíduo, é o da dignidade da pessoa humana, que dele decorre a proibição de penas cruéis e degradantes (art. 5º, inciso XLVII, CR) e a garantia do cidadão-presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX, CR). Apesar da previsão dos direitos e garantias fundamentais do preso na Constituição da República e em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o país possui um histórico – não tão recente – de omissões estatais no que concerne à política de resguardo aos direitos fundamentais – não só dos presos.

O fenômeno de inobservância dos direitos fundamentais no Brasil passa pela crise do *Welfare State*, a partir da década de 80, nos países centrais, e que provocou diversas modificações na ambiência política e econômica do globo, tendo criado as condições adequadas para a implementação de políticas neoliberais no final do século passado (MELOSSI; PAVARINI, 2019). A partir deste paradigma neoliberal é que se observou a redução e a supressão dos investimentos estatais na estrutura de apoio do correccionalismo penitenciário, tendo sido deslocado o centro das atenções econômicas estatais para promoção de políticas públicas na área social.

O estado, portanto, passa a relegar para segundo plano a “recuperação” dos presos – até mesmo pela crítica criminológica à intervenção estatal para com a “correção” dos indivíduos encarcerados -, para, a partir deste novo paradigma, se abster de prestar e de garantir a eficácia

dos direitos dos presos. Este novo modo de observar o fenômeno das prisões inaugura o conceito de “vontade de punir” (SALAS, 2005), tanto por parte da sociedade, como por parte do próprio estado.

É esse movimento de “vontade de punir” que funciona como a “força-motriz” das “macropolíticas punitivistas, os movimentos político-criminais encarceradores e das teorias neocriminológicas neocoservadoras” (CARVALHO, 2010), que resultam em um populismo punitivo, responsável pela modificação dos discursos e das práticas estatais no tratamento da questão criminal, o que dá azo a comportamentos ativos do estado (no sentido de promover maior encarceramento, por exemplo) e passivos (ao não atribuir um direito ou não preocupar-se com o exercício desse direito como contraprestação a esse punitivismo exacerbado da política criminal).

O desafio de promoção dos direitos fundamentais dos presos, portanto, reside na realidade político-criminal contemporânea do estado brasileiro, classificada como *punitivista*. Larrauri preconiza como “punitivista” a sociedade que possui elevadas taxas de encarceramento e, em termos de controle informal, é bastante intolerante com o delito e o desvio (LARRAURI, 2009). Pode-se empregar, portanto, a noção de que punitivismo confunde-se com a percepção de elevadas taxas de prisionalização (por ser esta uma das ferramentas do populismo punitivo),

A partir dessa definição de punitivismo traçada, é que se pode identificar a sociedade brasileira como punitivista, dos discursos às práticas de prevenção e repressão ao crime. O elevado grau de punitivismo esborra para as práticas reificadoras dos indivíduos submetidos ao cárcere e transporta essa (ir)racionalidade para uma lógica do encarceramento, pautado justamente na crise do *Welfare State* e na ascensão da visão do cárcere com o mercado de trabalho (neoliberalismo) (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1968). Portanto, a repugnância aos direitos fundamentais do preso passa não apenas por violações pontuais, mas por uma estrutura social de afastamento dos “indesejados”, o que se torna uma política estatal.

As graves violações aos direitos humanos decorrentes, sobretudo, da adoção desse modelo encarcerador pelo estado, ensejam uma reação social por parte daqueles que são vítimas desse sistema proposto para o controle social e não para responder, efetivamente, à criminalidade. Uma das formas de reagir ao fenômeno do hiperencarceramento é revelar e delatar aos organismos internacionais, de caráter jurisdicional, as violações ocorridas em *terrae brasilis*, para constranger o Estado brasileiro a adotar medidas protetoras dos direitos violados.

Portanto, uma saída possível e comumente adotada na prática pelos irredimidos é o de provocar o Poder Judiciário para que este, em exercício do sistema de “*checks and balances*”,

tenha ingerência sobre a atuação omissiva do Poder Executivo para que este seja compelido a praticar ações de modo a respeitar a ordem jurídica vigente.

4 O RECONHECIMENTO DA FRAGILIDADE ESTATAL NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS: CONTAGEM DA PENA EM DOBRO NA DECISÃO DO RHC Nº 139.961

Na data de 28 de abril de 2021, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 136.961/RJ, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, deu provimento ao recurso ordinário em habeas corpus para reformar o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, apesar de ter confirmado a possibilidade da contagem da pena em dobro, teria estabelecido um marco de contagem diverso do pleiteado pela defesa do recorrente/paciente. Enquanto a defesa pugnava que a contagem da pena em dobro deveria se dar a partir do início do cumprimento da pena do recorrente no estabelecimento prisional, o TJRJ sustentava que a contagem em dobro deveria ocorrer apenas a partir da data em que o Brasil foi notificado acerca da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese defensiva, para permitir que toda a pena do recorrente fosse computada em dobro, justamente em virtude das condições degradantes e desumanas pelas quais o então apenado teve que passar durante o período em que esteve custodiado no Complexo Prisional de Gericinó, em Bangu/RJ. Foi reconhecido, portanto, não só a necessária aplicação da recomendação ofertada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do cômputo em dobro da pena, como também se inovou, pelo fato de a decisão ser aplicado em um preso de estabelecimento prisional diverso, justamente por reconhecer a similitude de condições vivenciadas nas unidades carcerárias. O caso foi assim ementado, com destaque para os trechos mais relevantes:

AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE. IPPSC (RIO DE JANEIRO). RESOLUÇÃO CORTE IDH 22/11/2018. PRESO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO-PARTE. SENTENÇA DA CORTE. MEDIDADE URGÊNCIA. EFICÁCIA TEMPORAL. EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO PRO PERSONAE. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO, EM SEDE DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL (PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE -DESDOBRAMENTO). SÚMULA 182 STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 2. Hipótese concernente ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018,

que, ao reconhecer referido Instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou que se computasse "em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente Resolução". (...) 4. A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. Na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório. 5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena. (...) 11. Negativa de provimento ao agravo regimental interposto, mantendo, por consequência, a decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, determinou o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (...) (BRASIL, 2021).

Tendo sido reconhecida a aplicação da recomendação à unidade prisional diversa do IPPSC – unidade que foi inspecionada e que foi paradigma para a elaboração da recomendação pela CIDH – seria esta decisão colegiada, de plano, inegavelmente espelhada aos diversos casos de presos custodiados em estabelecimentos com condições igualmente insalubres e precárias como as que foram reveladas pela análise técnica da corte internacional.

No entanto, partindo da concepção da *criminologia do outro*, analisada por David Garland (1999) na observação das estratégias punitivas da Grã-Bretanha, em realidade que impera na estrutura brasileira de justiça penal, é necessário observar que a prisão não se demonstra uma resposta ao desviante propriamente dita, mas teria como maior preocupação os hábitos sociais e econômicos da população, como uma forma de controle social dos considerados indesejados. O modelo de encarceramento praticado em *terrae brasilis* intenta promover uma subcultura carcerária, para que os indivíduos mais débeis sejam constrangidos a papéis de submissão e de exploração, replicando o modelo neoliberal e capitalista da sociedade externa (BERGALLI, 1976).

A inferência que se faz é que uma decisão judicial, ainda que proferida por um tribunal superior, em sessão colegiada, com as "razões de ser" do julgado bem delimitadas, não é simplesmente observada e cumprida por todos os tribunais do país, sendo contrariada muitas vezes pelo próprio tribunal que emitiu a decisão, em virtude do punitivismo vigente na cultura brasileira, de desrespeito aos direitos humanos e fundamentais do preso. Se demonstra um desafio a aplicação de precedentes que reconhecem a ilegalidade nos processos de criminalização

do sistema de justiça criminal, justamente em razão de se pretender no Brasil promover essa exclusão e essa “subculturalização” do indivíduo encarcerado, sem qualquer intenção correccionalista ou restauradora.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal deu origem ao importante precedente da Súmula Vinculante nº 56, sendo certo que a súmula vinculante é obrigatória para todos os órgãos jurisdicionais, de aplicação cogente e que só podem ser modificadas pelo próprio STF, como se leis fossem. Em 2016, portanto, esta Suprema Corte elaborou o enunciado nos seguintes termos: “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Portanto, o Poder Judiciário brasileiro, em todas as suas instâncias, reconhece em situações eventuais as graves violações a direitos humanos dos presos, o que poderia causar uma impressão de respeito aos direitos mais basilares e fundamentais previstos na Carta Constitucional. Porém, o que se observa em relação ao cumprimento da Súmula Vinculante nº 56, por exemplo, de aplicação cogente, é que não se respeita o preconizado no referido enunciado.

A súmula é clara – e não comporta discricionariedade – no sentido de que inexistindo vagas em estabelecimento prisional ou em caso de superlotação/superpopulação carcerária os juízes das execuções penais deveriam determinar a saída antecipada do preso, quer através de liberdade eletronicamente monitorada ou prisão domiciliar, porém isso não ocorre na realidade brasileira. A prisão mantém-se ilícita durante todo o período de cumprimento da pena, permanecendo a violação contínua e constante dos direitos fundamentais a que faria jus qualquer pessoa em regime de prisão.

Não foi diferente, portanto, o tratamento do julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 139/961/RJ como precedente para demais casos de custodiados que se encontravam em condições insalubres em sistemas prisionais. Diante da publicação da referida decisão, em 30 de abril de 2021, em razão de o problema da superlotação carcerária ser um problema endêmico no Brasil, vários pedidos de cômputo da pena em dobro foram endereçados aos juízes das execuções penais de todos os estados da federação.

Caso os direitos fundamentais dos presos fossem autoaplicáveis – como deveriam ser, pela própria lógica constitucional – todos os pedidos de cômputo da pena em dobro seriam atendidos, quando cumpridos os requisitos estipulados pela recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e nos estreitos limites exposto no precedente firmado. No

entanto, em virtude do punitivismo (*país que muito prende*), os juízes não atendem os pleitos, sob as mais diversas justificativas, denotando que a inserção – e posterior manutenção – do indivíduo no cárcere, não é um problema de resposta ao “desvio”, mas de controle social das classes marginalizadas.

A prática, quase sempre, vem acompanhada de um discurso que a legitima. Na situação em específico, acerca da decisão que permitiu o cômputo da pena em dobro em razão das condições degradantes do cárcere, os únicos óbices aventados como requisitos para a concessão desta forma de contabilização são de ordem objetiva, em razão da natureza do crime. No entanto, o Ministério Público do Paraná, por exemplo, no seu site institucional, veiculou a informação de que seria apenas um caso isolado e que não poderia ser generalizado, conforme notícia transcrita a seguir (MPPR, 2021):

No último dia 15, a 5ª T do STJ confirmou decisão monocrática do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, proferida no RHC n. 136.961/RJ, que determinou que fosse contado em dobro período de prisão cumprido no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu/RJ. Muito embora tenha sido feito grande alarde com a notícia, é importante ressaltar a absoluta excepcionalidade da situação que levou a este reconhecimento. Além de estar vinculada a diversas inspeções efetuadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o ora decidido lastreia-se em determinação daquela própria Corte, proferida ainda em novembro de 2018. Uma vez mais, valem aqui as inúmeras cautelas para evitar a generalização e banalização do quanto decidido (MPPR, 2021).

Portanto, é evidente que esta compreensão não passa por apenas um membro do Ministério Público, mas representa o manifesto de toda uma instituição, demonstrando que a preocupação não é com o respeito aos direitos fundamentais, mas com a “soltura” – que é um direito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (na Súmula Vinculante nº 56) – do preso que se encontra em um estabelecimento prisional superlotado.

Além da celeuma da seletividade penal, de colocação de pessoas que se encontram em condições específicas no cárcere, esta atuação omissiva do Poder Judiciário em sua maioria demonstra a inaplicabilidade dos direitos fundamentais e direitos humanos dos presos, em toda a sua extensão. Portanto, percebe-se como insuficiente a tutela positivada dos direitos na Constituição da República ou em organismos internacionais; o tratamento do preso como cidadão e não como inimigo, é imprescindível para que se desfaça a racionalidade do “Direito Penal do Inimigo” e o preso não seja mais visto como o “outro”.

O desafio maior percebido para a execução e respeito aos direitos fundamentais dos encarcerados e os respectivos direitos humanos não encontra oposição no reconhecimento de normas, tanto do ponto de vista legal, como do ponto de vista constitucional, muito menos de

reconhecimento e visualização por parte do Poder Judiciário, mas encontra o seu conflito na irracionalidade do propósito da pena, já que os atores do sistema de justiça criminal é que são os principais responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais aos que se encontram em pena privativa de liberdade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre o reconhecimento de direitos fundamentais dos presos a partir da análise do julgamento do RHC nº 136.961, notadamente no que diz respeito à efetiva aplicação prática do decidido no julgado, demonstrou que não apenas nesta decisão acerca da possibilidade de contagem da pena em dobro, mas em outras já estatuídas (até mesmo de aplicação cogente), o discurso que acompanha os votos não ressoa na práxis forense, de modo que há uma discrepância abissal entre o julgado e o aplicado.

Essa conclusão foi possível de ser aferida a partir do cotejo feito a partir de decisões anteriores dos tribunais superiores que, apesar de reconhecerem as graves violações a direitos fundamentais e direitos humanos do preso, não se responsabilizaram pelo seu (des)cumprimento posterior.

Uma explicação para o tratamento que desrespeita o princípio da igualdade, insculpido constitucionalmente, ao relativizar as conquistas institucionais ao encarcerado obtidas a partir do reconhecimento judicial, é o paradigma do “direito penal do inimigo”. A atribuição de um status social diverso ao preso, em relação ao que se estipula a um cidadão, a partir da discrepância no rol de direitos e garantias – sejam elas garantidas a partir de ordenamentos ou de decisões judiciais -, cria um comportamento seletivo das agências de controle, as quais não se preocupam com a efetivação do direito garantido.

A tendência a não observar, na prática, os direitos daqueles etiquetados como “inimigos” pelas instituições do sistema de controle social, a despeito do reconhecimento jurídico de modo público e notório, se dá em razão de um comportamento “estratégico” dos tribunais, dos juízos e das agências de criminalização primárias (a exemplo do Poder Legislativo na elaboração de normas), que se reconhecem como garantidoras e mantenedoras dos direitos fundamentais, apenas a fim de manter uma reputação de corte “garantista” para as cortes internacionais.

Por todo o exposto, é que se observa que a estipulação do preso como um “inimigo” das agências penais e a urgência na demonstração de uma boa reputação para todas as instituições já referenciadas do sistema de controle social, como justificativas para o tratamento sem equidade

entre as decisões que reconhecem direitos aos mais débeis e frágeis socialmente e as que preconizam garantias para grupos mais privilegiados. Desta forma, observa-se uma tendência evidente que a decisão do STJ no RHC nº 136.961 seja apenas mais uma em que o tribunal pretendeu mostrar uma subordinação aos organismos internacionais, mas que acaba por impor óbices ao seu cumprimento interno, não fazendo valer a contagem da pena em dobro para presos nas unidades carcerárias brasileiras mais insalubres.

REFERÊNCIAS

BERGALLI, Roberto. *Readaptación social por médio de la ejecución penal? Notas a proposito de la Ley Penitenciaria Nacional Argentina y del Proyecto de Reformas a la Parte General del Codigo Penal*. Madrid: Imprenta, 1976.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF – Distrito Federal**. Relator: Min. Marcos Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 23 de julho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 136.961 RJ – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 15 de junho de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2069460&num_registro=202002844693&data=20210621&peticao_numero=202100442356&formato=PDF. Acesso em: 23 de julho de 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 31 de agosto de 2017**. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Disponível em: https://fesudeperj.brdeploy.com.br/arquivos_material/2019.01.07-09.59.2222MATO2.pdf. Acesso em: 28 de julho de 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018**. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em: 28 de julho de 2021.

- CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal del enemigo**. 1ª edición. Madrid: Thomson Civitas, 2003.
- LARRAURI, Elena. **La Economía Política del Castigo**. *In*: Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología (RECPC), v. 11, n. 06, 2009. ISSN 1695-0194 versão *online*. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-06.pdf>. Acesso em: 02 de agosto de 2021.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Execução Penal – contagem em dobro de pena cumprida e excepcionalidade. **CAOP informa**, Paraná, 23 de junho de 2021. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/2021/06/578/EXECUCAO-PENAL-Contagem-em-dobro-de-pena-cumprida-e-excepcionalidade.html>. Acesso em: 23 de julho de 2021.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SALAS, Denis. **La Volontè de Punir: Essai sur Le Populisme Pénal**. Paris: Hachette, 2005.

SUPERAÇÃO LEGISLATIVA, ÚLTIMA PALAVRA E DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE PODERES NO BRASIL

Samille Lima Alves

Advogada. Especialista em direito civil. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí (UFPI).

Cleber de Deus Pereira da Silva

Pós-Doutor em Ciência Política pelo Ibero-Amerikanisches Institut em Berlin - Germany. Doutor em Ciência Política (Ciência Política e Sociologia) pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro e Mestrado pela mesma instituição. Professor Associado III da Universidade Federal do Piauí (UFPI). Coordenador do Núcleo de Estudos Políticos e Eleitorais (NEPE) vinculado ao Programa de Mestrado em Ciência Política/UFPI.

Deborah Dettmam Matos

Doutora em Direito. Professora adjunta de Direito da Universidade Federal do Piauí e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Coordenadora do Instituto de Estudos Políticos e Constitucionais e Pró-Reitora de Extensão e Cultura da UFPI.

Resumo: No presente trabalho buscou-se compreender a existência de diálogo institucional entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal, a partir dos diferentes conceitos de diálogo e da análise de superação legislativa feita por Rodrigo Brandão a partir de dez julgados do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental no banco de dados da corte brasileira. Para Brandão, o modelo brasileiro confirma as credenciais das teorias do diálogo, que a interação legislativo-judiciário produz soluções melhores sobre o sentido da constituição e que a corte é deferente ao legislativo. Os casos pesquisados por Brandão consistem em diálogo institucional para a maioria dos autores que defendem conceitos diferentes de diálogo, com exceção de Mark Tushnet. No entanto, uma amostra de dez casos caracteriza a atuação da corte naqueles casos específicos, mas não é capaz de sustentar a afirmação de que a corte brasileira é, como regra, deferente em relação ao legislativo ou mesmo que essas interações confirmam credenciais das teorias do diálogo no Brasil. É preciso levar em conta a complexidade do processo de superação legislativa no Brasil, pois envolve uma corte com poder de controlar a constitucionalidade das emendas e o argumento de presunção de inconstitucionalidade de leis ordinárias contrárias aos julgados do Supremo.

Palavras-chave: Superação legislativa. Última palavra. Teorias do diálogo institucional.

Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

O diálogo entre poderes teria o condão de superar a dificuldade contramajoritária e legitimar a atuação do poder judiciário no controle de constitucionalidade dos atos legislativos? Para os defensores das teorias do diálogo, a resposta é positiva. Tais teorias visam a superar a dicotomia entre supremacia judicial e supremacia legislativa ao considerar que uma atuação conjunta e dialógica entre poderes, no intuito de lidar com os desacordos em questões importantes sobre o sentido da Constituição, poderia superar o problema da anulação de atos legislativos pelo judiciário, além de destacar o papel do legislativo como intérprete da constituição (HOGG E BUSHELL, 2014; GARDBAUM, 2017, p. 222; BATEUP, 2006, p. 15-18).

A possibilidade de diálogo institucional é influenciada pelo modelo de revisão judicial¹ adotado, se fraco ou forte. Segundo Tushnet (2003, p. 2784-5), na revisão judicial fraca, a decisão da corte não tem poder de anular atos dos outros poderes ou vinculá-los à interpretação judicial como ocorre nos modelos de revisão judicial forte. Isso significa que a última palavra sobre o sentido da constituição é do judiciário? Não necessariamente. Mendes (2008, p. 168) considera que a última palavra como situação provisória. Clève e Lorenzetto (2015, p. 200), assim como Barbosa e Lima (2018, p. 119), entendem que o legislativo brasileiro pode superar as decisões judiciais pela aprovação de emendas à constituição, leis ordinárias e complementares, uma vez que as decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal (STF) não vinculam o parlamento, conforme §2º do art. 102 da Constituição de 1988. É o que Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 212) denomina superação legislativa.

Caso a corte declare a inconstitucionalidade de lei, as razões da decisão poderão ser analisadas pelo legislativo, que poderá aceitar e adaptar a nova lei ao entendimento judicial, ou rejeitar e aprovar lei em sentido contrário ao entendimento judicial. É nesse processo de argumentação de cada poder que o diálogo ocorre, segundo os defensores dessas teorias. Detém provisoriamente a última palavra o poder que se manifestou por último. Isso é um dos tipos de diálogo existentes nas teorias. Contudo, não há consenso entre os estudiosos sobre o que se considera diálogo entre poderes. Pode ser a concordância legislativa com a decisão judicial, a discussão na sociedade após a decisão ou a superação dos argumentos da corte pelo legislativo (BARBOSA E LIMA, 2018, p. 126; HOGG E BUSHELL, 2014, p. 46; FRIEDMAN, 1993, p. 255-256).

¹ O sentido revisão judicial adotado no artigo é que é usado como sinônimo das expressões "*judicial review*", "jurisdição constitucional", "controle judicial de constitucionalidade", "revisão constitucional" e "revisão judicial".

Para os críticos, como Tushnet (2014, p. 113), só haverá diálogo se o judiciário aceitar as razões do legislador e mantiver a lei com a redação original. Defendem também a adoção de mecanismo que impeça o controle judicial, como a cláusula não obstante (*notwithstanding clause*) do modelo canadense. Enquanto Gargarella (2014, p. 125) questiona a possibilidade de ocorrência de diálogo institucional na estrutura tradicional da separação de poderes e dos freios e contrapesos. Considera ainda que a mera oitiva da sociedade não torna os poderes dialógicos. A própria Constituição limita ou impede a discussão sobre determinadas matérias (como as cláusulas pétreas) e o legislativo nem sempre se disporá politicamente a contrariar o entendimento judicial. São situações que prejudicam o diálogo institucional, e compõem o cerne da crítica à revisão judicial feita por Waldron (2014). Considerando as peculiaridades do constitucionalismo brasileiro, o presente trabalho buscou compreender se há ou não diálogo entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal, a partir dos conceitos de diálogo adotados por cinco autores diferentes, também da análise de julgados da suprema corte brasileira que foram superados por emendas constitucionais e leis ordinárias pelo legislativo feita por Brandão (2022). Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica, tendo como marco teórico o trabalho de Brandão (2022), bem como pesquisa documental no banco de dados Corte aberta, do Supremo Tribunal Federal, para verificar a quantidade de ações constitucionais em andamento por tipo de norma jurídica analisada (emenda constitucional, lei ordinária, lei complementar, entre outras). No primeiro item, buscou-se a compreensão do que significa dificuldade contramajoritária do judiciário e os diferentes conceitos de diálogo institucional. No segundo item, definiu-se superação legislativa e se analisou o cenário brasileiro, a partir da análise de Brandão (2022), de acordo com os diferentes conceitos de diálogo, com o fito de compreender se há ou não diálogo institucional.

2 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA DO JUDICIÁRIO E A ALTERNATIVA DAS TEORIAS DO DIÁLOGO: CONCEITO DE DIÁLOGO E A POSIÇÃO DOS CRÍTICOS

O termo dificuldade contramajoritária, cunhado por Alexander Bickel (1963, p. 16-17), significa que o controle judicial dos atos dos poderes democraticamente eleitos, feito em nome do “povo”, frustra na realidade os interesses dos representantes do povo real, atuando contra os interesses da maioria, o que faz com que a revisão judicial seja antidemocrática. Para Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 127), essa dificuldade “reside no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que

elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação”, resultando em juízes com “poder constituinte permanente”, que moldam a constituição segundo entendimento e valores próprios. Em análise do modelo brasileiro, Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 28-29) argumentam a existência de “dupla atuação contramajoritária” quando ministros do Supremo Tribunal Federal, de forma monocrática, impedem maiorias legislativas e até maiorias do próprio tribunal.

Os defensores da revisão judicial, como Dworkin, Rawls e Alexy, compreendem que a atuação do tribunal superior, seja como fórum de princípios, fórum de razões públicas ou como representantes argumentativos da sociedade, contribui para o debate público sobre questões essenciais, favorecendo a democracia ao invés de prejudicá-la. Os críticos como Bellamy e Waldron discordam. Paulino (2018, p. 21-23, 57-58) resume as principais críticas à revisão judicial, que versam principalmente sobre o problema de um pequeno grupo de juízes decidir sobre questões vitais que afetam a todos, consistindo na renúncia do autogoverno do povo em prol do judiciário. Quando a constituição não define expressamente qual poder decidirá definitivamente as controvérsias, o critério de solução vem da regra da maioria da decisão legislativa, não da decisão da minoria prestigiada pelo tribunal, que pode levar à anarquia ou ao despotismo. A comunidade só subsiste quando pode encontrar coletivamente as soluções para os problemas, não pela decisão de um tribunal sem capacidade técnica de decidir sobre todos os assuntos. A corte não pode sempre proteger direitos da minoria quando a maioria persiste no tempo. Além disso, a corte não está fora da política, tampouco é agente neutro como acreditam alguns.

As teorias do diálogo são alternativas para as teorias de supremacia judicial e supremacia legislativa. Visam suprir a lacuna da legitimidade judicial, superar ou atenuar a dificuldade contramajoritária. Por essas teorias, o sentido da constituição é construído em um debate permanente, característico da democracia, pois nenhum dos poderes detém de fato a última palavra. É o que defende Mendes (2008, p. 168-169) com a ideia da última palavra provisória, dos graus de provisoriedade de decisões, da inevitabilidade do diálogo a longo prazo, pelo reprocessamento das questões já decididas na sociedade. Para Brandão (2022, p. 363), as doutrinas de supremacia “tendem a anestesiar o potencial crítico e deliberativo da separação entre os poderes”, por não estimularem a interpretação constitucional fora do respectivo poder supremo. Na supremacia judicial, a superação legislativa depende de mudança de entendimento da Corte. Na supremacia legislativa, da edição de nova lei que não atente contra direitos das minorias. Brandão (2022, p. 363-364) entende que o modelo dialógico “articula de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais”, pois:

(i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer "poderes", intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fator que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal. (...) (iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos "poderes" contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que – especialmente quando estiverem em jogo questões complexas – tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica.

Não há consenso sobre o conceito de diálogo. Há quem entenda que o diálogo acontece no do processo de interpretação, que é interativo e dinâmico, constituindo-se o tribunal em um espaço de debate dos desacordos sociais. É o caso de Friedman (1993, p. 255-256), que considera o processo de interpretação constitucional como diálogo pela interação que ocorre quando a corte decide sobre tema, instigando o debate pela sociedade, que pode discordar ou concordar com a decisão; pelas alterações que o transcurso do tempo promove no entendimento dos membros da Corte, também na composição do tribunal que acarretam, conseqüentemente, mudanças no entendimento de temas já decididos, como ocorreu recentemente com a revisão da decisão sobre direito ao aborto pela Suprema Corte americana, reconhecido em 1973 no caso *Roe vs Wade*. Dessa forma, reinterpreta-se a constituição em um processo infinito. Há os que entendem que o diálogo ocorre na resposta do legislativo a decisão judicial que anulou lei considerada inconstitucional. Nesse sentido, Hogg e Bushell (2014, p. 22-23) consideram como diálogo institucional a possibilidade de o legislativo rever decisões da corte, pois, a partir disso, efetiva-se o debate público de valores constitucionais e o legislativo pode elaborar resposta que respeite os valores identificados pela corte.

Para os defensores, existe diálogo mesmo em sistemas de revisão judicial forte. Os críticos discordam, pois entendem que haverá diálogo quando o judiciário acatar as razões do legislativo e não declarar a inconstitucionalidade de lei. Os modelos de revisão judicial fraca, por sua vez, protegem direitos substantivos e procedimentais sem incapacitarem as instituições democráticas, promovendo diálogo entre legislador e juízes constitucionais. Por isso, apresentam-se como terceira via entre supremacia judicial e supremacia legislativa. Esses modelos de constitucionalismo foram adotados no Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido. Formam o que Gardbaum (2017) denominou de Novo Constitucionalismo da Comunidade Britânica (*Commonwealth*). Dentre esses, o modelo canadense se destaca pela seção 33 da Carta de direito, que instituiu a cláusula não obstante (*notwithstanding clause*), que possibilita ao

legislativo proteger os próprios atos do controle judicial da Corte Suprema por determinado período de tempo.

O modelo canadense é criticado pelo raro uso da cláusula não obstante e também pela frequente conformação do posicionamento do legislativo ao entendimento da corte, configurando deferência e não diálogo, segundo Tushnet (2014). Hogg e Bushell (2014, p. 22), ao contrário, entendem que há diálogo entre Suprema corte e parlamento canadense e que a Carta de direitos pode atuar como “*un catalizador para un intercambio de dos vías entre el Poder Judicial y la Legislatura en materia de derechos humanos y libertades, pero rara vez alza una barrera absoluta para los deseos de las instituciones democráticas*”. Os autores analisaram 66 casos de anulação de lei pela Corte canadense por violação à Carta de direitos, com a busca das respectivas respostas do legislativo (chamadas “*secuelas legislativas*”). Consideraram como diálogo qualquer tipo de resposta legislativa à decisão judicial. Assim, constataram que em 80% dos casos houve resposta legislativa, produzida em regra em até dois anos. Para Hogg e Bushell (2014, p. 47-48), o diálogo é frequente, não se reflete apenas nos números, mas também na linguagem utilizada nas leis, e mesmo que o legislativo seja deferente ao entendimento da corte, excluir tal resposta do conceito de diálogo institucional pode implicar em uma noção limitada de diálogo. Os autores concluem:

En definitiva, si la voluntad democrática está ahí, el objetivo legislativo será alcanzado de todas formas, aunque con algunas garantías nuevas que protejan la libertad y los derechos individuales. La revisión judicial no es un “poder de veto sobre las políticas de la nación” (...), sino el comienzo de un diálogo acerca de cómo conciliar de la mejor manera los valores individualistas de la Carta con la realización de políticas sociales y económicas en beneficio de la comunidad en su totalidad.

Sobre o significado de diálogo, Barbosa e Lima (2018, p. 119) se distanciam de Hogg e Bushell ao considerarem que a simples concordância com as razões judiciais não implica em diálogo institucional. Os autores afirmam que:

Aos parlamentares sempre será possível a aprovação de emendas constitucionais, ou mesmo a edição de leis ordinárias ou complementares, sobre temas já decididos pelo STF, desde que agregando novos fundamentos com vistas a superar o entendimento firmado pela Corte Suprema. Esse modo de proceder não deve ser encarado como uma afronta à autoridade do órgão de cúpula do Poder judiciário. Diferentemente disso, deve ser visto como saudável manifestação dialogal da democracia representativa.

É necessário que o parlamento apresente na nova lei razões diferentes dos argumentos da corte, que, por sua vez, poderá reanalisar a constitucionalidade do produto da superação legislativa. É nesse processo que podem surgir melhores deliberações, segundo Mendes (2008, p. 214), visto que os poderes dialogam e debatem argumentos bons e ruins, detendo a última

palavra aquele que ditou o derradeiro pronunciamento. Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 214) corrobora esse entendimento ao compreender o controle de constitucionalidade como um processo de diálogo sem fim, em um “sentido jurídico-formal”, pois “o diálogo está sempre aberto a novos argumentos, seja por parte do legislador, seja por parte dos tribunais, seja por parte da sociedade civil”.

Entretanto, ao considerar o modelo de revisão judicial brasileiro como ultra forte, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 217-218) afirma que o diálogo fica prejudicado quando o “jogo de ação-reação” é limitado pelas cláusulas pétreas e pelo ônus político e deliberativo gerado pela declaração de inconstitucionalidade de lei. No primeiro caso, à corte cabe apenas declarar a inconstitucionalidade de lei que tenta modificar cláusula pétrea. Não há espaço para sugerir alterações em lei que fira expressamente uma cláusula desse tipo. No segundo caso, o legislativo pode responder a uma declaração de inconstitucionalidade aprovando nova lei com o teor similar à que foi declarada inconstitucional. Contudo, tal conduta gera elevado ônus político ao legislativo, que nem sempre estará disposto a enfrentar, qual seja, o de sustentar entendimento considerado inconstitucional. Além disso, a constituição de 1988 não prevê imunização de lei contra a análise judicial, como ocorre no Canadá.

Os críticos das teorias do diálogo questionam a possibilidade do judiciário atuar como mediador ou facilitador na produção de razões públicas. Suscitam a desigualdade entre os partícipes do processo decisório, que envolve a diferença de status social, a dificuldade de reversão das decisões, o tempo de espera até a mudança de posicionamento dos julgadores, a estrutura do processo de decisão das cortes que, ao final do processo, deterão sempre a decisão definitiva, independentemente da existência de diálogo. Tushnet (2014, p. 109), apesar de crítico, não afasta de pronto a ideia do diálogo entre poderes, pois considera que “*es una posibilidad interesante e implica una modificación bastante significativa de la revisión judicial. En vez de dar a la revisión una forma fuerte, la debilita, y ese grado de debilitamiento dependerá de la forma precisa que tome*”. Todavia, condiciona o sucesso da revisão judicial dialógica à necessidade de mecanismo que, como a cláusula não obstante (*notwithstanding clause*), permita ao legislativo insistir na própria interpretação constitucional, obrigue o judiciário a respeitar esse entendimento e o impeça de declarar a inconstitucionalidade da lei. Caso contrário, não é possível afastar a principal crítica às teorias do diálogo: a que considera que a dinâmica entre legislativo e judiciário não consiste em de diálogo, mas sim em supremacia judicial, em que há apenas um monólogo, marcado pela conformação do legislativo ao entendimento judicial por não poder sustentar o próprio entendimento sem o risco de controle judicial.

Para Gargarella (2014, p. 125), o funcionamento de um sistema de democracia deliberativa requer uma lógica diferente do que oferece o sistema tradicional de freios e contrapesos, pois enquanto esse sistema “*se orienta a evitar y canalizar la guerra social, el dialógico requiere orientarse hacia otros fines, de modo tal de organizar y facilitar una conversación extendida entre iguales*”. O autor argumenta que o modelo de constitucionalismo dos países latino-americanos se caracteriza pelo desequilíbrio na balança dos poderes e que é difícil chamar de democrático um diálogo entre participantes em posições tão desiguais. Ainda que o judiciário ouça outros poderes, instituições e a sociedade civil em audiências públicas ou pela habilitação processual de *amicus curiae*, nada garante que influenciarão de fato na decisão judicial. A abertura de espaços para consulta dos órgãos políticos pelo judiciário é importante, segundo Gargarella (2014, p. 141). Porém, tais inovações esbarram na estrutura tradicional do sistema de freios e contrapesos e são engolidas. A utilização de ferramentas de diálogo não torna o judiciário dialógico, mas apenas sinaliza que as cortes utilizam essas ferramentas em certos casos. Levando tudo isso em conta, o próximo item tratará sobre superação legislativa e a existência de diálogo no modelo brasileiro.

3 SUPERAÇÃO LEGISLATIVA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: EXISTE DIÁLOGO ENTRE CONGRESSO NACIONAL E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?

No contexto brasileiro, os defensores das teorias do diálogo entendem que o papel de guardião concedido pela constituição não significa a detenção pelo judiciário da última palavra em matéria de direitos, tampouco que seja o único intérprete da constituição. Ainda que determinada lei seja declarada inconstitucional, existe a possibilidade de rediscussão da decisão judicial naquilo que se denominou superação legislativa (*legislative override*). A superação legislativa, segundo Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 212), consiste na “faculdade de o legislador rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e, se for o caso, de superá-las”. As emendas constitucionais, as leis ordinárias e as leis complementares são meios de superação legislativa. No julgamento da ADI 5.105, o ministro-relator Luiz Fux usou os termos “reversão jurisprudencial” e “correção jurisprudencial” para denominar o ato legislativo de corrigir decisões do Supremo, por emendas constitucionais ou leis ordinárias. Considerou como “práxis dialógica” que estimula o “ativismo congressual” desde que observados os “balizamentos constitucionais” (BRASIL, 2015, p. 4, 10).

O típico método de superação legislativa é a aprovação de emenda constitucional, segundo Brandão (2022, p. 364-365). Esse autor cita dez casos nos quais o entendimento do Supremo foi superado pelo Congresso Nacional por emendas constitucionais e por leis ordinárias. Afirma que os casos evidenciaram a deferência da corte em relação à reversão ou superação legislativa, uma vez que as normas superadoras foram mantidas mesmo contrariando entendimento da corte brasileira. O autor questiona se a superação das decisões do Supremo confirma “as credenciais normativas” das teorias do diálogo no Brasil. Considera que o modelo dialógico tem a vantagem de “ênfatisar os mecanismos de controle recíproco entre os ‘poderes’, sujeitar o exercício das funções típicas por um ‘poder’ a permanente controle pelos outros”, uma vez que nenhum dos atores principais das supremacias legislativa e judicial produz a melhor interpretação ou tem “melhor capacidade institucional sobre determinada matéria”. Entende que os poderes fiscalizam de forma mútua e permanente um ao outro, o que evita “posturas idiossincráticas” típicas de modelos de supremacia e tem potencial de promover soluções melhores aos problemas constitucionais. Como exemplo, Brandão cita quatro casos nos quais um poder melhorou o entendimento do outro em determinados casos. Reconhece a existência de casos sem melhoras das decisões, mas conclui que “a experiência brasileira, no essencial, confirma as credenciais consequencialistas e epistêmicas da teoria dos diálogos constitucionais” e que a interação Supremo-Congresso contribui para soluções melhores sobre o sentido da constituição (BRANDÃO, 2022, p. 374-375, 378-379). Na ADI 5.105, o ministro Luiz Fux citou os casos de superação da EC 52/2006, reanalisada na ADI 3.685, a Lei federal nº 11.301/2006, reanalisada na ADI 3.772 e a Lei Complementar nº 135/2010, reanalisada na ADPF 144 (BRASIL, 2015).

Brandão (2022, p. 384-387, 389) entende ser possível a superação de decisão judicial por lei ordinária, embora haja críticas por violação da separação de poderes e empoderamento do legislativo por conta disso. Todavia, a restrição da superação legislativa a emendas constitucionais evidenciaria um sistema de supremacia judicial em sentido formal. Leis ordinárias foram aprovadas com conteúdo contrário a julgados do Supremo desde a redemocratização. A reação da corte variou entre a aceitação (ex: ADI 3772) e a completa rejeição (ex: ADI 2.797). No julgamento da ADI 2.797, a maioria dos ministros do Supremo, seguindo entendimento do relator Sepúlveda Pertence, sustentou a impossibilidade de superação legislativa por lei ordinária. Assim, a Lei nº 10.628/2002 foi anulada por vício de inconstitucionalidade material e formal. Tal julgado alçou a jurisprudência da corte ao status de norma constitucional, pois só poderia ser superada por emenda. Esse entendimento não foi sustentado pelo em julgados posteriores.

Porém, há o entendimento de presunção de inconstitucionalidade de leis ordinárias que contrariem expressamente a jurisprudência do Supremo, como defendido pelo ministro Luiz Fux na ADI 5.105.

Brandão (2022, p. 386, 389) entende que a superação legislativa promove comunicação entre Congresso, que sinaliza as preferências do povo, e o Supremo Tribunal, evitando-se que “o sentido futuro da Constituição fique refém de interpretações judiciais tidas como inaceitáveis pela opinião pública e pelos demais ‘poderes’”. Evita também um “engessamento da jurisprudência do STF”, que pode mudar de opinião diante de novo ato legislativo sobre matéria já analisada. No entanto, existem diferenças significativas entre as duas formas de superação legislativa. Na emenda constitucional, muda-se a constituição e a interpretação final. Nas leis ordinárias, exigem-se razões novas que “convençam o STF do equívoco da sua orientação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático, à luz do mesmo texto constitucional”, pois tais leis nascem com “presunção relativa de inconstitucionalidade”, mas se o Supremo for convencido pelo legislador haverá a alteração do sentido da constituição por meio de lei ordinária. Ou seja, haverá mutação constitucional.

Por mais que Brandão (2022) ressalte que existem decisões e leis que não superam os argumentos dos outros poderes, a análise de dez casos de superação legislativa por emendas constitucionais e leis ordinárias não permite a conclusão de que haja diálogo como regra entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal no modelo brasileiro. De acordo com dados do sistema “Corte aberta”, do Supremo Tribunal Federal, foram protocolados nesse tribunal 1510 processos que discutem a constitucionalidade de leis, normas jurídicas em geral e atos dos outros poderes, ajuizados entre 1990 e dezembro de 2022. Dos quais, 1162 ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), 27 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO), 19 ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) e 302 arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Destes, 46 emendas à constituição, 319 leis ordinárias e 61 leis complementares federais estão sendo julgadas pelo Supremo, conforme demonstrado na Tabela 1 abaixo:

Tabela 1 – Ações constitucionais protocoladas no Supremo tribunal Federal de 1990 a dezembro de 2022 por tipo de ação e de legislação julgada.

Classe das ações	Tipo de legislação julgada
------------------	----------------------------

ADI	ADO	ADC	ADPF	Total	Constituição e leis estaduais	Lei federal e Códigos	Lei federal complementar	Emenda à constituição	Constituição federal e ADCTs	Atos e normas diversas*	Total
1162	27	19	302	1510	699	319	61	46	20	365	1510

Fonte: Produzida pelos autores com base no sistema Corte Aberta do Supremo Tribunal Federal, com dados disponíveis em dezembro de 2022. *Em Atos e normas diversas estão contidos: decretos, medidas provisórias, atos de omissão dos poderes, resoluções, instruções normativas, convênios, provimentos, súmulas judiciais e outros.

Dentre as 46 emendas, em 20 ainda não há qualquer decisão referente à constitucionalidade (seja liminar, decisão monocrática do relator ou decisão do plenário)¹. Nas demais, o Supremo declarou a inconstitucionalidade (formal, material ou por omissão) de cinco emendas, afastando liminarmente a eficácia de três dessas emendas, aplicou a interpretação conforme a constituição na ADI 5679, em vez de declarar a inconstitucionalidade da EC 94/2015, declarou a constitucionalidade de quatro emendas e indeferiu cinco ações sem julgar o mérito. Em 11 emendas, houve divergência entre ministros acerca da inconstitucionalidade e os casos estão pendentes de novo julgamento, conforme demonstrado na Tabela 2 abaixo:

Tabela 2 – Decisões do Supremo Tribunal Federal no julgamento de 46 emendas constitucionais em processos em andamento protocolados entre 1990 e dezembro de 2022.

Classe	Com decisão (exceto final)	Com Decisão Final	Afastamento de eficácia da EC*	Inconstitucionalidade formal	Inconstitucionalidade material	Inconstitucionalidade por omissão	Constitucionalidade da emenda	Divergência entre ministros (pendente de novo julgamento)	Interpretação conforme a constituição	Total
ADI 2135	1		1	1						
ADI 2362	1		1		1					
ADI 3998	1									
ADI 4357		1			1					
ADI 4802	1									
ADI 4803	1									
ADI 4885	1						1			
ADI 5017	1		1		1					
ADO 27		1				1				
ADI 5595		1					1			
ADI 5679	1								1	
ADI 6254	1							1		

¹ São as seguintes ações: ADI 3308, ADI 3363, ADI 3493, ADI 5680, ADI 5715, ADI 5728, ADI 5772, ADI 5875, ADI 5985, ADI 6250, ADI 6257, ADI 6309, ADI 6731, ADI 6752, ADI 6804, ADI 6805, ADPF 831, ADI 7047, ADI 7051 e ADI 7064.

ADI 6255	1										1
ADI 6256	1										1
ADI 6258	1										1
ADI 6271	1										1
ADI 6279	1										1
ADI 6289	1										1
ADI 6336	1										1
ADI 6361	1										1
ADI 6384	1										1
ADI 6385	1										1
ADI 6916	1									1	
ADI 7169		1									
ADI 7212	1									1	
ADI 7213	1										
Total	22	4	3	1	3	1	4	11	1	26	

Fonte: Produzida pelos autores com base no sistema Corte Aberta do Supremo Tribunal Federal, com dados disponíveis em dezembro de 2022. *A coluna Afastamento de eficácia da EC não é contabilizada, pois é apenas um dos efeitos das decisões que declararam a inconstitucionalidade da emenda constitucional.

O Ministro Barroso, relator da ADI 5679, cita em sua decisão monocrática que a EC 94/2015 é a terceira tentativa do Congresso Nacional de tratar sobre o pagamento dos precatórios, que as emendas anteriores foram consideradas inconstitucionais e que a referida emenda parecia ter se adequado ao entendimento do Supremo:

No caso em exame, cabe registrar, ainda, que esta é a terceira tentativa do Poder Constituinte Derivado de tratar da mora do Poder Público no pagamento dos precatórios. As duas tentativas anteriores – EC 30/2000 e EC 62/2009 – foram rejeitadas pelo STF. Ao que tudo indica, no entanto, a presente iniciativa procurou justamente atender às considerações tecidas por esta Corte quando do julgamento da questão de ordem das ADIs 4357 e 4425, em que se assinalou a necessidade de que os precatórios atrasados fossem quitados no prazo de cinco exercícios financeiros (prazo da modulação dos efeitos da decisão). Destaca-se, ainda, a situação de crise por que passa o país, o que torna improvável o pagamento de tais débitos sem o referido mecanismo (BRASIL, 2017, p. 10).

O “Corte aberta” fornece informações do número de decisões tomadas pelo Supremo desde pelo menos os anos 2000 em diferentes ações constitucionais (ADC, ADI, ADO, ADPF e recursos), o tipo da decisão (final, liminar, interlocutória, etc), se tomada pelo plenário ou monocraticamente, e o resultado da decisão (procedente, improcedente, deferida, indeferida, etc), mas não diferencia se a decisão recaiu em lei federal, estadual, emenda à constituição federal ou dos estados. Por esses dados, observou-se que o Supremo proferiu mais de 11 mil decisões em diferentes ações constitucionais (ADC, ADI, ADO, ADPF), dentre as quais foram concedidas total ou parcialmente 582 liminares, a maioria concedida monocraticamente, das quais 479 foram em ADIs; das 726 decisões finais de improcedência, 690 foram em ADIs e a maioria dessas decisões foram tomadas pelo plenário; das 2084 decisões de procedência, 1939 foram em ADIs e 2058

tomadas pelo plenário do Supremo. No total, o Supremo julgou principalmente ADIs (84,36%) e proferiu a maioria das decisões de forma monocrática (59,32%), como se observa na Tabela 3 abaixo:

Tabela 3 – Decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal desde 2000 em processos já findados, por tipo de ação, forma de decisão e resultado da decisão.

Resultado da decisão	Tipo de ação					Forma da decisão		
	ADC	ADI	ADO	ADPF	Total	Decisão Colegiada	Decisão Monocrática	Total
Apenas decisões finais improcedentes	2	690	3	31	726	725	1	726
Apenas decisões finais procedentes	20	1939	3	122	2084	2058	26	2084
Apenas liminares concedidas	7	479	2	94	582	284	298	582
Total (todos os tipos de decisões*)	125	9314	92	1509	11040	4491	6549	11040

Fonte: Produzida pelos autores com base no sistema Corte Aberta do Supremo Tribunal Federal. *A linha Total (todos os tipos de decisões*) engloba o somatório dos tipos de decisões (Decisão Final, Decisão Interlocutória, Decisão em recurso interno, Decisão Liminar e Decisão Sobrestamento) e os diferentes resultados além do que está na tabela, a saber: Outros (prejudicado, extinto, desistência, questão de ordem), Concedido, Provido, Recebido, Negado seguimento, Não conhecido, Recebido sem declaração de inconstitucionalidade, Resultado não informado, Decisão em recurso interno, Liminar de adoção de rito, Liminar indeferida, prejudicada, referendada pelo pleno e não referendada pelo pleno, Sobrestado, Decisão interlocutória deferida, indeferida e outros.

Levando em consideração tais números, Brandão e o ministro Luiz Fux precisariam de uma amostra maior que dez casos para afirmarem que o modelo brasileiro confirma as credenciais para as teorias do diálogo ou de que o Supremo é deferente às decisões legislativas. A partir da análise feita por Brandão e dos conceitos de diálogo apresentados anteriormente, as manifestações do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal podem representar ou não os diálogos institucionais. Na concepção de Barbosa e Lima (2018) e de Virgílio Afonso da Silva (2009), as emendas citadas por Brandão consistem em manifestações de diálogo, uma vez que superaram o entendimento da corte. Em contrapartida, a postura de deferência do legislativo não é considerada diálogo institucional na concepção destes autores. Mesmo se não houvesse superação legislativa, há diálogo para Friedman (1993), Hogg e Bushell (2014) apenas pelo fato de o legislativo analisar novamente tema debatido pela Suprema corte. Considerando o posicionamento de críticos como Tushnet, a deferência do Supremo à posição do legislativo pode ser considerada diálogo. Entretanto, a possibilidade latente de declaração de inconstitucionalidade da lei, sem que o legislativo tenha qualquer mecanismo de restrição da análise judicial, faz com que esse sistema seja de supremacia judicial e não de diálogo. Pode-se argumentar também que as emendas constitucionais seriam expressão da supremacia legislativa, uma vez que alterariam a constituição, forçando o Supremo a acatar o posicionamento do legislativo. Porém, na medida

em que o Supremo atribuiu a si a prerrogativa de efetivar controle de constitucionalidade prévio e posterior das emendas constitucionais, como ocorreu no julgamento da ADI 829-3, vê-se que o instrumento típico de superação legislativa também é controlável pelo judiciário.

Para Clève e Lorenzetto (2015, p. 199), as teorias do diálogo no Brasil possuem “caráter amplamente normativo, ou seja, o diálogo institucional efetivo entre as instituições é um projeto a ser consolidado por meio de uma modificação da compreensão das funções dos poderes como atribuições estanques”. Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 219-221), por sua vez, defende alterações no processo de deliberação interna da Corte para que o diálogo seja promovido. Por exemplo, a maior interação entre ministros, de forma a decidirem mais enquanto instituição e não monocraticamente, consideram mesmo. A atuação individual dos ministros brasileiros é considerada um problema à parte em relação à corte, que de tão poderosos, Arguelhes e Ribeiro (2018) denominam essa atuação como “ministrocracia”. A crítica de Gargarella (2014) é pertinente por considerar que a adoção de mecanismos de diálogo não significa necessariamente a existência de diálogo. Ainda que a revisão judicial não leve necessariamente à supremacia judicial, como entendem Waldron (2014) e Brandão (2022), o modelo de revisão judicial adotado impacta diretamente na existência de diálogo entre poderes. Tushnet (2008, p. 34-36) considera que diálogo em modelos de revisão judicial fraca produz respostas mais ágeis pelo legislador, logo, incentiva o diálogo. Essa resposta, se houver, é mais demorada nos sistemas de revisão judicial forte por conta da rigidez e da complexidade do processo de mudança da constituição, especialmente no modelo americano. Existe ainda a possibilidade que novas coalizões políticas alterem a composição da corte, e por conseguinte, alterem a forma de interpretação constitucional. Algo que não é incomum no judiciário latino-americano, como observado por Helmke e Rios-Figueroa (2011), além da influência da pressão social. Somente um estudo mais amplo, com uma amostra maior de julgados, de leis e emendas constitucionais, que leve em consideração tanto a situação na qual não ocorreu superação legislativa quanto a que houve resposta da corte a emenda constitucional ou a lei ordinária, seria possível afirmar categoricamente a existência ou de diálogo institucional entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se compreender nesse trabalho a existência de diálogo institucional entre o legislativo e o judiciário no constitucionalismo brasileiro, a partir dos diferentes conceitos de

diálogo, tendo por base a análise feita por Brandão (2022) de julgados do Supremo Tribunal Federal envolvendo superação legislativa por emendas à constituição e leis ordinárias aprovadas pelo Congresso Nacional. Primeiro, arguiu-se sobre dificuldade contramajoritária e a falta de consenso quanto ao conceito de diálogo. Existem autores que consideram impossível haver diálogo quando o legislativo é deferente às decisões judiciais que anulam leis, pois a interpretação que prevalecerá será a judicial. Para haver diálogo, o legislativo deve apresentar o próprio entendimento, superando os argumentos do judiciário. De forma contrária, há quem entenda que o conceito de diálogo não pode ser limitado por esse critério e que a concordância ou deferência do legislativo também é diálogo. Outros consideram como diálogo o processo de interpretação constitucional interativo, no qual as decisões da Corte abrem espaço para discussão da sociedade. A construção da interpretação constitucional deve ser feita em conjunto, seja com o aconselhamento do judiciário ou como uma forma de correção de erro judicial de interpretação. O conceito de diálogo segundo os críticos pode ser resumido em dois pontos: só há diálogo se a corte for deferente ao entendimento legislativo, deixando de declarar a inconstitucionalidade de lei, e que a adoção de mecanismos de oitiva da sociedade e de instituições civis não torna o processo judicial dialógico.

Depois, tratou-se de verificar se existe diálogo entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal a partir da análise feita por Brandão (2022) de julgados do Supremo que julgavam a constitucionalidade de emendas constitucionais e leis ordinárias que promoveram a superação legislativa de entendimento judicial. Brandão (2022) defendeu que as teorias do diálogo institucional apresentam a vantagem da proposição de controles recíprocos entre poderes, de forma que nenhum detém a última palavra sobre o sentido da constituição, evitando assim os problemas das teorias de supremacia judicial ou legislativa, uma vez que o sentido da constituição não é construído por um poder apenas, assim como a proposição de melhores soluções aos problemas constitucionais. Quanto à superação legislativa, afirma que o método típico é a proposição de emenda constitucional, mas que as leis ordinárias também podem ser usadas, desde que observados certos requisitos. A partir da análise de dez casos de superação por emendas constitucionais, sem desconsiderar a existência de decisões e leis que não superam entendimento do outro poder, Brandão (2022) afirmou que tais casos: a) confirmam as credenciais das teorias do diálogo no Brasil, b) demonstram que a interação Congresso-Supremo produz soluções melhores sobre o sentido da constituição e c) que o Supremo Tribunal Federal é deferente em relação ao Congresso Nacional. Seguindo os diferentes conceitos de diálogo apresentados no trabalho, constatou-se que os casos apresentados por Brandão consistem em

diálogo institucional para a maioria dos autores pesquisados, com a ressalva de Tushnet (2014), que defende a necessidade de deferência da corte desde o primeiro entendimento do legislativo.

No entanto, é necessário ressaltar que tal conclusão esbarra na quantidade de ADIs ajuizadas, sob análise ou já julgadas pelo Supremo desde 1990 até 2022. Uma amostra de dez casos demonstra a atuação do Supremo naqueles casos específicos, mas não é capaz de sustentar a afirmação de que o Supremo é, como regra, deferente em relação ao Congresso Nacional ou mesmo que essas interações confirmam credenciais das teorias do diálogo. Nesse contexto, a crítica de Tushnet (2014) é pertinente. Se o Supremo pode controlar a constitucionalidade das emendas, é mais difícil haver diálogo. Se a superação por lei ordinária é muito mais difícil, uma vez que já nasce com presunção de inconstitucionalidade, evidencia uma rigidez no processo de superação legislativa. O modelo brasileiro possui ferramentas que proporcionam o diálogo, ou ainda, existe um projeto de diálogo a ser consolidado, como reconheceram Clève e Lorenzetto (2015). Porém, como já alertou Gargarella (2014), a existência de mecanismos de diálogo não significa que os poderes sejam dialógicos. Alterações são necessárias, seja na estrutura do processo decisório da Corte, seja pela autocontenção da Corte no que toca o exercício do controle de constitucionalidade, seja pela regulação da atuação individual dos ministros, fortalecendo-se mais a atuação da instituição, como apontado por Virgílio Afonso da Silva (2009).

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13-32, jan.–abr. 2018.

BARBOSA, Antônio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol.5, n.1, p.109-128, jan./abr. 2018.

BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. **Brooklin Law Review**, v.71, 2006.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1963.

- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105. Requerente: Solidariedade. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 01 de outubro de 2015. **Jurisprudência do STF**. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552286>>. Acesso em: dez. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.679. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Roberto Barroso, 07 de junho de 2017. **Jurisprudência do STF**. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311977485&ext=.pdf>>. Acesso em: dez. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal federal. **Corte aberta**. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/extensions/acervo/acervo.html>>. Acesso em: dez. 2022.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol.2, n.3, setembro/dezembro, 2015.
- FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v.91, 1993. p. 577-582.
- GARDBAUM, Stephen. O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 15, n. 21, p.220-273, jul./dez. 2017
- GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 119-158.
- HELMKE, Gretchen; RIO FIGUEROA, Julio. **Courts in latin america**. New York: Cambridge University Press, 2011.
- HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 17-49.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008, 224f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial**: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. (Série Estudos do PPGD – UFMG).

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v.250, p.197-227, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial.

Revista Quaestio Iuris, vol.06, nº 02, 2013, p. 119-161

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review**, Vol. 101, N. 8, p. 2781-2802, August 2003. Disponível em:

<<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259>>. Acesso em: ago. 2022.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative constitutional Law. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 105-116.

WALDRON, Jeremy. Judicial review and Judicial Supremacy. **NYU School of Law**, Public Law Research Paper, nº. 14-57. 2014.

POLÍTICA HÍDRICA NO CERRADO PIAUIENSE E O USO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS COMO ALTERNATIVA AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DO ESTADO DO PIAUI

Vando da Silva Marques

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI. Especialista em Direito Eleitoral pela UFPI. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí.

Ednolia Evangelista de Almeida

Especialista em Direito Ambiental, Urbanístico e Regularização Fundiária pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí.

Robertônio Santos Pessoa

Pós-Doutor pela Faculdade de Direito de Lisboa. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito Administrativo pela UFPE. Professor Titular da UFPI. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI. Procurador da Fazenda Nacional. Membro da Academia Piauiense de Letras Jurídicas.

Resumo: O objetivo deste artigo é estudar a importância da preservação do bioma cerrado em solo piauiense, abordando aspectos de sua governança, especialmente ligados à análise da discricionariedade da política pública voltada à gestão de recursos hídricos subterrâneos no Estado do Piauí, que, por vezes, deixa à mercê questões sociais relacionadas à igualdade de acesso à água potável, com inobservância à primazia constitucional da isonomia e violação ao princípio constitucional da eficiência administrativa. O uso racional e sustentável de recursos hídricos, evitando-se, por um lado, o desperdício de águas subterrâneas, como ocorre no Cerrado piauiense (região do Vale do Gurgueia), e, por outro lado, amenizando os efeitos da seca e da escassez de abastecimento de água potável na região do semiárido piauiense, são realidades que deverão ser enfrentadas por decisões políticas de nossos governantes, para pôr fim à escolha de soluções paliativas, propondo a adoção de soluções hídricas eficazes ao desenvolvimento do Estado do Piauí.

Palavras-chave: Governança Hídrica. Cerrado Piauiense. Desperdício x Escassez. Uso de Águas Subterrâneas no Estado do Piauí. Desenvolvimento Econômico.

Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

No cenário atual, e, diante da devastação que atinge as Florestas brasileiras ao longo dos anos, esforços têm sido envidados no sentido de preservá-las, nacional e internacionalmente, ainda que timidamente, na medida em que a destruição do bioma Cerrado, que as integra, cresce em progressão geométrica, deixando a população de usufruir dos relevantes desdobramentos geológicos que poderiam alicerçar os serviços de suporte à existência dos recursos naturais e dos ecossistemas, cruciais à sobrevivência das presentes e futuras gerações humanas.

Consoante estudos realizados pela ONG Conservação Ambiental, em 2005, o Cerrado brasileiro integra um dos 34 *hotspots* de biodiversidade existentes no planeta, ao lado da Mata Atlântica brasileira, que são “pontos quentes” de elevada riqueza natural em termos de biodiversidade endêmica e que, devido à exploração econômica, clamam urgentemente por políticas públicas para que possam ser conservados (PENA, 2018).

Diante disso, o tema delineado neste trabalho foi: Política Hídrica no Cerrado Piauiense e o Uso de Águas Subterrâneas como Alternativa ao Desenvolvimento Econômico do Estado do Piauí.

O objetivo deste artigo é analisar a escolha discricionária da política pública voltada à gestão de recursos hídricos subterrâneos no Estado do Piauí que, por vezes, deixa à mercê questões sociais atinentes à igualdade de acesso à água potável, com inobservância à primazia constitucional da isonomia e violação ao princípio constitucional da eficiência administrativa. De modo específico, têm os seguintes objetivos: a) Avaliar a gestão ineficiente dos recursos hídricos na região do Cerrado (Vale do Gurgueia), bem como o uso racional e sustentável dos recursos hídricos no Estado do Piauí; b) Discutir o uso múltiplo e sustentável da água; c) Explorar como o combate ao desperdício de água e à escassez hídrica podem, ao mesmo tempo, ser fatores que propiciam o desenvolvimento econômico e social no Estado do Piauí e; d) Analisar a proposta de adução de água subterrânea para abastecimento do semiárido piauiense.

A escolha do tema justifica-se por interesse de estudar sobre a política pública de gestão de recursos hídricos subterrâneos no Estado do Piauí, especialmente questões sociais relacionadas à igualdade de acesso à água potável, com inobservância à primazia constitucional da isonomia e violação ao princípio constitucional da eficiência administrativa.

O presente artigo utilizou-se da abordagem qualitativa mediante o desenvolvimento interpretativo do tema. O procedimento técnico, por sua vez, foi baseado em pesquisa bibliográfica, com busca em disposições doutrinárias, monografias, artigos de periódicos relativos

ao tema, assim como na análise de entendimentos legislativos e jurisprudenciais sobre a temática. Também se fez uma pesquisa documental de dados oficiais colacionados do Processo Judicial nº 15781-03.2015.4.01.4000 - 5ª Vara Federal de Teresina.

Para o completo estudo do assunto, dividiu-se este artigo em três seções. Na segunda seção tratou sobre a importância, degradação e governança dos Cerrados, abordando o que acontece com a gestão ineficiente dos recursos hídricos na região do Vale do Gurgueia. Também discorre sobre o uso racional e sustentável dos recursos hídricos no Estado do Piauí, o uso múltiplo da água, o combate ao desperdício e à escassez como fatores que propulsionam o desenvolvimento econômico e social no Estado do Piauí, encerrando com informações importantes acerca do enfrentamento da crise hídrica e questionando políticas emergenciais e paliativas (não resolutivas).

Já na terceira e última seção, será analisada a utilização de água subterrânea no semiárido com foco na proposta da adutora do semiárido do Piauí (conhecida como “Adutora do Sertão”), como alternativa ao desenvolvimento de melhores condições econômicas e sociais ao Estado do Piauí, versando, ainda, sobre a observância do princípio de eficiência administrativa na política de recursos hídricos, e, após, passando às considerações finais.

2 CERRADOS: IMPORTÂNCIA, DEGRADAÇÃO E GOVERNANÇA

Os serviços ecossistêmicos constituem bens e serviços auferidos da natureza direta ou indiretamente, sendo, na situação em epígrafe, fornecidos pela cobertura vegetal nativa dos Cerrados, dentre os quais se destacam a regulação do clima e a manutenção dos recursos hídricos, através da infiltração de água por intermédio da vegetação, que favorece a gestão das bacias hidrográficas e a abundância dos sistemas subterrâneos dos aquíferos, a partir do momento em que canaliza as águas pluviais e superficiais para os reservatórios profundos do solo.

Destarte, patente que as águas pluviais e fluviais dos Cerrados se afiguram determinantes à subsistência de sua biodiversidade, bem como para o bem-estar dos homens. Quando a cobertura vegetal é removida, o escoamento superficial impede que as águas circulem e alimentem nascentes ou aquíferos, acarretando menores volumes de águas em rios e reservatórios nas estações secas que assolam o semiárido piauiense.

Salta aos olhos, no semiárido piauiense, que a escassez de água potável está relacionada à má governança estatal, em grande parte, fruto do uso irracional de recursos hídricos dos

Cerrados, com priorização da exploração econômica em detrimento da conservação dos recursos naturais. Esse manejo inadequado carece de uma política de conscientização de uso racional de um bem vital, como a água, fonte não totalmente renovável, característica essa, por vezes, esquecida pelos que dela se valem.

O uso racional e sustentável de recursos hídricos, evitando-se, por um lado, o desperdício de águas subterrâneas, como acontece na região do Cerrado, e, amenizando, por outro lado, os efeitos da seca e da escassez de abastecimento de água potável na região do semiárido piauiense, são realidades que deverão ser enfrentadas por decisões políticas de nossos governantes, para pôr fim às escolhas discricionárias de soluções não resolutivas.

Combater as ameaças que circundam a sobrevivência de bioma tão importante e suas benesses aos seres vivos, significa, em primeira análise, visualizar problemas estruturais de governança então existentes, incentivando a educação e a participação dos interessados nas decisões da região em que residem, numa autêntica vivência da democracia participativa preconizada na Constituição de 1988, em vários de seus dispositivos.

2.1 DA GESTÃO INEFICIENTE DOS RECURSOS HÍDRICOS NA REGIÃO DO CERRADO PIAUIENSE (VALE DO GURGUEIA)

A omissão do Poder Público na gestão dos recursos hídricos na região do Vale do Gurgueia denota a situação paradoxal existente no Estado do Piauí, entre a abundância de recursos hídricos na referida região e a escassez de água no semiárido piauiense, ensejando reflexões de ordem social e jurídica, pautadas na ideia de assegurar serviços públicos elementares de fornecimento de água potável, a fim de conferir tratamento constitucional igualitário, adequado e humanizado à população piauiense. (CPRM, 2003; CPRM, 2009)

Verifica-se, no Cerrado piauiense, imensos aquíferos subterrâneos explorados indevidamente, a exemplo dos aquíferos Cabeças e Serra Grande, no Médio Vale do Gurgueia, trecho entre os Municípios de Cristino Castro-PI e Eliseu Martins-PI (FEITOSA, 1990), que possuem corpos d'água sendo utilizados indiscriminada e exclusivamente por pessoas físicas e jurídicas (população, rede hoteleira, bares, restaurantes, comerciantes em geral), com o fito de, tão somente, promover entretenimento e atividades de lazer em suas propriedades privadas, usando água de reserva estratégica, e, por outro lado, relegando o abastecimento a municípios próximos, que sofrem com a escassez de recursos hídricos há décadas.

Ademais, atualmente, a utilização das águas extraídas de poços artesianos particulares se faz sem qualquer preocupação com sua finitude, inclusive para desempenho de atividades econômicas sem a correspondente contraprestação financeira ou ambiental, inexistindo proveito social e econômico dos recursos hídricos, em afronta aos princípios da precaução e da preservação ambiental, contidos no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Não se pode olvidar que a água subterrânea desses referidos poços profundos é de reserva estratégica, e deve ser usada, em situações excepcionais, para consumo humano, sendo naturalmente tratada em razão do acondicionamento em aquíferos confinados, diferentemente das águas superficiais.

2.2 DO USO RACIONAL E SUSTENTÁVEL DOS RECURSOS HÍDRICOS NO CERRADO PIAUIENSE

Não se defende aqui a intocabilidade de recursos hídricos subterrâneos no Cerrado piauiense, mostrando-se equivocada a conclusão de que a não exploração das águas subterrâneas seja sinônimo de sustentabilidade ambiental. O que se pretende neste artigo, na verdade, é examinar o uso prioritário desses recursos hídricos para consumo humano em situações de escassez, com política de gestão que proporcione seu uso múltiplo, conforme fundamentos insertos na Política Nacional de Recursos Hídricos (artigo 1º, III e IV da Lei nº 9.433/1997), conferindo desenvolvimento econômico ao Estado do Piauí (BRASIL, 1997).

A mudança de paradigma na gestão de recursos hídricos no Estado do Piauí deve ser enfatizada para que se compreenda a necessidade de utilização de recursos hídricos de bacias sedimentares que possuem aquíferos profundos, com expressivos volumes de água e ótima vocação hidrogeológica no Vale do Gurgueia - Zona Estratégica de Produção de Água Subterrânea (FEITOSA, 2012), visando ao abastecimento de água por sistema/rede de adução que contemple toda a região seca do semiárido piauiense.

O arcaísmo de ideias pautadas em políticas efêmeras e emergenciais, inviáveis ao enfrentamento resolutivo do problema social de convivência com a aridez sertaneja, deturpam princípios fundamentais mezinhos do estado de direito, como o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF) e o objetivo republicano de redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III, da CF), também consagrados na Agenda 2030¹,

¹A Agenda 2030 é um plano de ação global que reúne 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e 169 metas, criados para erradicar a pobreza e promover vida digna a todos, dentro das condições que o nosso planeta oferece e sem comprometer a qualidade de vida das próximas gerações.

objetivando a garantia do mínimo existencial, de acesso perene à água potável.

A compreensão dessa problemática não desafia, tão somente, a análise orçamentária quanto à existência ou não de recursos públicos, necessários à sua implementação, recaindo, muito mais, sobre a opção de escolha política, relacionada à gestão da coisa pública.

Não se verifica a carência de recursos federais ou estaduais para abastecimento de água no sertão piauiense. Muito pelo contrário, há a utilização de recursos públicos vultosos para execução de políticas públicas reconhecidamente emergenciais e paliativas, a exemplo da “Operação Carro-Pipa”. A manutenção sistêmica desse tipo de política sustenta o *status quo* de necessidade hídrica da população da região semiárida, que, reiteradamente, recorre a ações emergenciais de acesso à água em períodos secos, em dissintonia, também, com o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I, da CF).

Portanto, a política pública de gestão de recursos hídricos, alçada ao patamar de direito fundamental no artigo 225 da Constituição Federal, impõe o dever de defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

O problema secular de aridez dos estados nordestinos, incluindo a falta de abastecimento público de água no semiárido piauiense, e, de outro lado, o desperdício de recursos hídricos no Cerrado piauiense, denotam a dificuldade de gestores públicos na adoção de medidas eficazes de gestão de águas subterrâneas, afigurando-se relevante a construção de novas ideias que afastem a recorrência a opções efêmeras para o trato de problemas sociais permanentes de convivência do sertanejo com os efeitos da seca.

2.3 DO USO MÚLTIPLO E SUSTENTÁVEL DA ÁGUA. COMBATE AO DESPERDÍCIO E À ESCASSEZ COMO FATORES QUE PROPICIAM O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NO ESTADO DO PIAUÍ

A água é um bem de domínio público, recurso mineral limitado e dotado de valor econômico, devendo a gestão de recursos hídricos sempre proporcionar o uso múltiplo das águas e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades, como fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, nos moldes do artigo 1º, I, II, IV e VI da Lei nº 9.433/97 (BRASIL, 1997).

Os possíveis danos ambientais no Cerrado piauiense, resultantes do desperdício de água de “poços jorrantes” ali existentes, aliado à inércia na adoção de medidas concretas de combate à seca no semiárido piauiense, já foram alvo de investigações por parte do Ministério Público,

sendo objeto da ação judicial¹ com fins à implementação de políticas públicas mais efetivas.

Dessa forma, é notório que os Poderes Públicos, em âmbito federal e estadual, possuem pleno conhecimento da problemática hídrica (desperdício x escassez) no Estado do Piauí e, ainda assim, de forma inconstitucional, permanecem omissos quanto ao devido gerenciamento de recursos hídricos, afrontando o artigo 225 da Constituição Federal, que determina a observância do dever de defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Inúmeros municípios piauienses vivem da dependência de barragens e açudes para abastecimento de sua população. As adutoras, em regra, captam águas superficiais de corpos d'água, muitos já escassos e salinizados, impróprios ao consumo humano. Após, procedem ao tratamento físico-químico para distribuição às residências. Isso é o que ocorre na região do semiárido cristalino, que vive em progressiva escassez hídrica, em face da ausência de chuvas em volumes necessários ao longo dos últimos anos.

No entanto, há recursos hídricos abundantes no Estado do Piauí, em bacias sedimentares estratégicas localizadas no Vale do Gurgueia (MONTEIRO, 2018), com possibilidade de produção de água suficiente para suprir as demandas locais e com volume excedente para transferência para outros locais, sem comprometer seriamente as reservas de saturação.

Frise-se que, na região do Vale do Gurgueia, estão acumulados os maiores volumes de água subterrânea do Nordeste, dentre as maiores reservas subterrâneas de água do Brasil e do mundo, haja vista que nosso País possui as maiores reservas de água doce do planeta.

Esses fatores estão intimamente ligados ao desenvolvimento socioeconômico do Estado do Piauí. A questão hídrica pode e deve ser resolvida internamente, sem necessitar de adução de água advinda de outros estados ou da transposição do Rio São Francisco, em cuja disputa o Estado do Piauí já tentou se engajar, na época em que se aventou tal possibilidade via extensão do canal para o chamado "eixo-oeste", abrangendo o Estado do Piauí. Porém, a longa distância ao semiárido piauiense, o oneroso custo das obras e, notadamente, interesses políticos conflitantes aos de outros estados do Nordeste, tornaram impossível tal incremento.

Portanto, revela-se imperativa a gestão do uso múltiplo, racional e sustentável dos recursos hídricos no Estado do Piauí, tanto para evitar que zonas de reservas estratégicas de águas subterrâneas sejam utilizadas desregradamente, como também para permitir o abastecimento de água na região semiárida do estado, a fim de viabilizar ao povo nordestino deleitar-se, senão do bem maior da natureza, do elemento indispensável à vida saudável: a água

¹Processo nº 15781-03.2015.4.01.4000 - 5ª Vara Federal de Teresina.

potável.

Nas palavras de Bobbio (1997, p. 36):

diante da rapidez com que são dirigidas ao governo as demandas da parte dos cidadãos, torna-se contrastante a lentidão que os complexos procedimentos de um sistema político democrático impõem à classe política no momento de tomar as decisões adequadas. Cria-se assim uma verdadeira defasagem entre o mecanismo da emissão e o mecanismo da emissão, o primeiro em ritmo sempre mais acelerado e o segundo em ritmo sempre mais lento.

Portanto, a ausência de trato de questões ambientais, climáticas e hídricas com efetividade faz com que o Estado do Piauí se mantenha, ininterruptamente, dependente de programas emergenciais, não resolutivos e até mesmo contraproducentes, nos quais se desperdiçam grande monta de recursos públicos com o intuito de minorar, jamais combater, os efeitos da seca.

Desta feita, mantém-se a população num quadro intermitente de necessidade extrema a serviços basilares e de manutenção da pobreza e do subdesenvolvimento.

Amartya Sen (2010, p. 94/95) analisa a perspectiva da pobreza baseada na capacidade explica que:

Embora seja importante distinguir conceitualmente a noção de pobreza como inadequação de capacidade da noção de pobreza como baixo nível de renda, essas duas perspectivas não podem deixar de estar vinculadas, uma vez que a renda é um meio importantíssimo de obter capacidades. E, como maiores capacidades para viver sua vida tenderiam, em geral, a aumentar o potencial de uma pessoa para ser mais produtiva e auferir renda mais elevada, também esperaríamos uma relação na qual um aumento de capacidade conduziisse a um maior poder de auferir renda, e não o inverso. [...] Embora valha a pena ressaltar essas relações entre pobreza de renda e pobreza de capacidades, também é importante não perder de vista o fato fundamental de que a redução da pobreza de renda não pode, em si, ser a motivação suprema de políticas de combate à pobreza. É perigoso ver a pobreza segundo a perspectiva limitada da privação de renda e a partir daí justificar investimentos em educação, serviços de saúde *etc.* com o argumento de que são bons meios para atingir o fim da redução da pobreza de renda. Isso seria confundir os fins com os meios. As questões básicas de fundamentação obrigam-nos, por razões já expostas, a entender a pobreza e a privação da vida que as pessoas realmente podem levar e das liberdades que elas realmente têm. A expansão das capacidades humanas enquadra-se diretamente nessas considerações básicas. Acontece que o aumento das capacidades humanas também tende a andar junto com a expansão das produtividades e do poder de auferir renda. Essa conexão estabelece um importante encadeamento indireto mediante o qual um aumento de capacidades ajuda direta e indiretamente a enriquecer a vida humana e a tornar as privações humanas mais raras e menos pungentes. As relações instrumentais, por mais importantes que sejam, não podem substituir a necessidade de uma compreensão básica da natureza e das características da pobreza (grifo nosso).

Portanto, possibilitar ao ser humano o desenvolvimento de capacidades, pressupõe, antes de tudo, a implementação de ações estatais que resultem no atendimento ao mínimo basilar que garanta vida digna, e, nessa vertente, o acesso à água potável mostra-se elementar ao desenvolvimento de capacidades e habilidades da população sertaneja que, inevitavelmente, enfrenta situação de aridez, ano após ano, na

região do semiárido piauiense, em clima quase desértico.

2.4 DA CRISE HÍDRICA E ESCOLHA DE POLÍTICAS EMERGENCIAIS E PALIATIVAS (NÃO RESOLUTIVAS)

A “política do carro–pipa” mantém-se num campo de ideias pautadas em políticas efêmeras e emergenciais, inviáveis ao enfrentamento resolutivo do problema social de convivência com a aridez sertaneja, que deturpam princípios fundamentais comezinhos do estado de direito, como o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e objetivo republicano de redução da desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CR), visando a garantia do mínimo existencial, que se trata do acesso perene à água potável.

Registre-se que a compreensão dessa problemática não desafia, tão somente, uma análise orçamentária quanto à existência ou não de recursos públicos necessários à sua implementação, recaindo, muito mais, na própria opção de escolha política, na gestão da coisa pública.

Isto porque, não se verifica carência de recursos federais ou estaduais para abastecimento de água no Nordeste brasileiro. Muito pelo contrário! Há, na verdade, a utilização de vultosos recursos públicos para execução de políticas públicas reconhecidamente emergenciais e paliativas, a exemplo da Operação Carro-Pipa (OCP).

Em 2020, o então Ministro Rogério Marinho, à frente do Ministério do Desenvolvimento Regional, divulgou a pretensão de reduzir gastos com a Operação Carro-Pipa (OCP), estimados em R\$ 670 milhões por ano¹.

No sertão piauiense a situação não é diferente. Em dados oficiais colacionados de documentos encartados ao processo judicial citado alhures², constata-se que, no Piauí, o 25º Batalhão de Caçadores do Exército obtém recursos financeiros federais vultosos para execução da “Operação Carro-Pipa”. Apenas nos pagamentos de “carradas” de água a pipeiros, no ano de 2013, houve gasto de R\$ 65.664.294,21 (sessenta e cinco milhões, seiscentos e sessenta e quatro mil, duzentos e noventa e quatro reais e vinte e um centavos).

Em 2014, foram mais R\$ 76.231.408,42 (setenta e seis milhões, duzentos e trinta e um mil, quatrocentos e oito reais e quarenta e dois centavos) despendidos com pipeiros. Entre janeiro/2015 a maio/2015, a sobredita operação gastou cerca de R\$ 32.073.710,08 (trinta e dois milhões, setenta e três mil, setecentos e dez reais e oito centavos) com abastecimento de

¹ Disponível em: <<https://www.gov.br/mdr/pt-br/noticias/operacao-carro-pipa-vai-integrar-projeto-para-estimular-inovacao-na-administracao-publica>>. Acesso em: jan. 2023.

² Vide nota de rodapé 2.

carros-pipa. A média mensal aproximada no período de 2015 foi de R\$ 6.414.742,01 (seis milhões, quatrocentos e catorze mil, setecentos e quarenta e dois reais e um centavo).

Somem-se a isso outros custos de manutenção da operação, como despesas com cartões de *tickets*, diárias de militares, combustível, aluguel de caminhonetes, conservação de veículos militares que atuam na execução/fiscalização da operação e outros, podendo tal cifra facilmente superar R\$ 8.000.000,00 (oito milhões) de reais/mês, com média de gasto anual de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) em recursos federais destinados ao Exército Brasileiro para aplicação, com exclusividade, em medidas paliativas de distribuição de água no Estado, para atender atualmente setenta e dois municípios piauienses, além de um município baiano que fica na divisa entre os estados.

Além desses valores, há dados nos autos do processo judicial reportado que demonstram que a Secretaria de Estado da Defesa Civil do Piauí gasta outros milhões de reais, diretamente ou em verbas federais repassadas pela União, com os municípios que decretaram estado de emergência e passaram a depender de abastecimento emergencial da “Operação Carro-Pipa”, fora dos casos de cobertura executada pelo exército brasileiro, sem que, no entanto, o Estado invista um único centavo na elaboração e implementação de projetos e políticas que combatam definitivamente a seca no Estado.

Por óbvio, necessária se faz a aplicação de recursos públicos para satisfação das necessidades sociais e econômica da população de qualquer Estado. Contudo, considerando que esses recursos são finitos e escassos, a discricionariedade da política governamental jamais deve se afastar da finalidade e da razoabilidade quanto à melhor opção da política pública a ser escolhida.

Na visão de Élide Graziane Pinto (2014, p.75):

a discricionariedade só é lícita, como margem de liberdade decisória entre opções igualmente válidas para o Direito e adstrita aos fins predispostos na lei de competência, se se detiver aos próprios limites da lei. Por outro lado, não há discricionariedade, mas sim arbitrariedade, quando o gestor público atua de forma desproporcional, desarrazoada e imotivada.

Assim, a falta de solução da crise hídrica no Estado do Piauí não repousa na ausência de recursos públicos federais e estaduais para a implantação de métodos eficazes de abastecimento de água no sertão piauiense, mas, sim, na má utilização de recursos públicos para execução de ações reconhecidamente emergenciais e paliativas, em patente ofensa aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, de construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I da CF), de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir a desigualdade social e

regional (artigo 3º, III da CF) (BRASIL, 1988).

3 A UTILIZAÇÃO DA ÁGUA SUBTERRÂNEA COMO ALTERNATIVA À CRISE HÍDRICA NO SEMIÁRIDO PIAUIENSE

As questões alusivas ao uso racional e sustentável de recursos hídricos, seja em relação ao desperdício de água no Cerrado piauiense - região do Vale do Gurgueia-, seja atinente à escassez de recursos hídricos na região do semiárido piauiense, demonstram a situação antagônica em que vivem milhares de pessoas no Estado do Piauí. Se, de um lado, grande parte de desfavorecidos socialmente sofre há décadas pelos efeitos da seca, dependendo exclusivamente da “Operação Carro-Pipa” para sobrevivência, de outro, sobram recursos hídricos que são desperdiçados pela má utilização de poços profundos de alta vazão e captação de água em aquífero existente na região do Vale do Gurgueia (aquífero “Cabeças”), mormente nos municípios de Cristino Castro, Alvorada do Gurgueia e outros da região.

Sem solução à problemática do gerenciamento de recursos hídricos no Estado do Piauí, eterniza-se um quadro em que se atesta a existência de imensos aquíferos subterrâneos (intitulados “Cabeças” e “Serra Grande”), com corpos d’água extraídos por centenas de poços artesianos, inclusive jorrantes, usados indiscriminadamente para promoção de entretenimento e atividades de lazer em suas propriedades privadas. Esse deleite de água de reserva estratégica deixa à própria sorte grande parte da população de numerosos municípios próximos, desabastecidos de recursos hídricos.

3.1 A PROPOSTA DA ADUTORA DO SERTÃO DO PIAUÍ

Em busca de alternativas aos problemas hídricos de abundância x escassez mencionados, os geólogos da CPRM/Geologia do Brasil, Francisco Lages Correia Filho e Fernando A. C. Feitosa e Ana C. G. Xavier (CORREIA FILHO *et al.*, 2012), idealizaram a proposta conhecida como “Adutora do Sertão do Piauí”, na qual mencionam, em resumo, dois aspectos importantes à consecução.

No primeiro, enfatizam que a proposta independe de quaisquer perfurações de poços profundos para captação de água no aquífero “Cabeças”, por já existirem 37 (trinta e sete) poços, na região do Vale do Gurgueia, perfurados pelo DNOCS/CPRM, que serão utilizados na proposta de adução de água, baixando consideravelmente as despesas com tal operação.

Já no segundo aspecto, frisam que a água captada jamais necessitará ser submetida a tratamento, posto que proveniente de aquífero subterrâneo confinado, por meio de adutora, com destinação direta do sistema canalizado à rede de distribuição de água, sem passar por Estações de Tratamento de Água (ETA's), para fins de aeração/decantação/filtração e/ou tratamento físico-químico, não havendo custos pertinentes a tais atividades, expurgando os elevados gastos com a operacionalização de métodos e sistemas destinados a tornar a água própria ao consumo humano, em processo que vise à sua potabilidade.

Ademais, registre-se que a referida proposta de adução prevê o bombeamento da água subterrânea até o ponto mais elevado de canalização do sistema adutor, no Município de Caracol, situado a 737 metros de altitude, sendo que, a partir desse ponto, a distribuição da água canalizada ocorrerá por gravidade, posto que os demais municípios situam-se em níveis de altitude inferiores àquele, sem necessidade de bombeamento, despicienda, assim, a instalação de bombas e estações elevatórias para determinar a vazão de exploração do poço, havendo considerável economia em infraestrutura.

Freitas (2008, p. 26) traz à baila a doutrina de Eduardo Coral Viegas, a qual ensina que:

a utilização de água subterrânea é “aparentemente” vantajosa para o homem, já que ela é “normalmente” de melhor qualidade e obtida a preço inferior ao da água tratada. O aumento da poluição hídrica e a necessidade de destinação adequada do esgoto sanitário, com fim de implementação de saneamento básico, fazem com que o custo da água tratada seja cada vez mais elevado. Isso tem motivado até mesmo os consumidores residenciais a investir na perfuração de poços artesianos. A propósito, inclusive o setor público vem ampliando a exploração de fontes subterrâneas. Agregue-se que a utilização de água subterrânea permite ao usuário não ser atingido pelo cada vez mais constante racionamento e rodízios de uso de água tratada.

Assim, a possível viabilidade da proposta poderia conduzir o Estado do Piauí à aceleração de seu desenvolvimento econômico e ao atingimento de parâmetros invejáveis de gestão hídrica.

Correia Filho *et al.* (2012, p. 2) revelam a crítica situação hídrica vivenciada no semiárido cristalino pelo sertanejo piauiense, expressando que:

O Semiárido é caracterizado por prolongado período seco, irregularidade de chuvas, semiaridez do clima e alta taxa de evapotranspiração. Com base em estudos da Embrapa Semiárido uma pessoa nesta região pode passar até 36 dias por ano exclusivamente em busca de água. Segundo a ASA Brasil – Articulação no Semiárido Brasileiro, nesse contexto, a dificuldade no acesso à água, que em parte seria resultado do índice pluviométrico e de sua elevada taxa de evapotranspiração, é consequência, mais do que tudo, de uma histórica estrutura concentradora de renda, riquezas, terra e água, através da qual uns poucos e privilegiados detêm a posse e uso de quase toda a água do Semiárido, enquanto outros morrem de sede. No Semiárido do Piauí, há mais de cem anos que os sucessivos governos, em períodos de estiagem, deliberam medidas paliativas, sem decisões definitivas para a solução do problema que se agrava a cada ano de chuvas escassas na região. É importante salientar que os efeitos da seca no

Semiárido do estado não é uma questão de falta de água, mas, sobretudo de gerenciamento de seus recursos hídricos.

Ao discorrerem sobre a proposta da Adutora, os autores supracitados asseveram que a base técnico-científica para a implantação da Adutora do Semiárido do Piauí partiu de profissionais do Serviço Geológico do Brasil (CPRM), vinculado, à época, ao Ministério de Minas e Energia (MME), cuja finalidade seria o abastecimento de toda a faixa sudeste do Estado do Piauí, na área de terreno cristalino, conhecido por semiárido cristalino, que fica na borda sudeste da Bacia Sedimentar do Parnaíba. Tal faixa abarcaria 51 municípios em constante situação de seca, cujos beneficiários do abastecimento público de água seriam aproximadamente 600.000 habitantes.

Não se pode olvidar que a proposta se pautou, também, na captação de água subterrânea de imensa potencialidade, extraída do aquífero denominado “Cabeças”, no Vale do Rio Gurgueia, região Sul (entre os municípios de Cristino Castro e Eliseu Martins), utilizando-se de 37 poços perfurados pelo poder público, recentemente estudados e avaliados por Feitosa *et al.*, (2010), os quais o definem como “Zona Estratégica de Produção de Água Subterrânea”, evidenciando em simulações, analíticas e numéricas, que os estudos apontam a possibilidade do aquífero ter uma descarga de água de 20.000 m³/h, cuja sustentabilidade duraria 300 anos, sem qualquer comprometimento às reservas do aquífero.

É importante registrar que a proposição não compromete a Bacia Hidrográfica do Rio Parnaíba, uma vez que o estudo não lança mão de águas superficiais de rios, lagos e afluentes, mas, sim, das águas subterrâneas acumuladas, por milhões de anos, nos aquíferos da Bacia Sedimentar do Parnaíba, de elevada potencialidade, qualidade e potabilidade ao consumo humano, inexistindo risco de esgotamento da reserva, captadas de forma sustentável.

As vantagens vislumbradas na proposta de Adutora são descritas por Lages Filho *et al* (2012, p. 3-4) são as seguintes: a) impacto ambiental mínimo; b) sustentabilidade de abastecimento acima de 300 anos, sem danos ao aquífero; c) água de excelente qualidade para consumo humano; d) disponibilidade de 120 a 150L/habitante/dia, sendo que, atualmente, sob os efeitos da seca, a oferta é de somente 20L/habitante/dia, além de sua qualidade duvidosa; e) dispensa a utilização de Estação de Tratamento de Água - ETA, com distribuição de água diretamente da adutora para o filtro e consumo; f) abastecerá cerca de 50 municípios do semiárido do Piauí, com aproximadamente 600.000 habitantes, podendo haver ampliação desse quantitativo; g) eliminará as doenças parasitárias de veiculação hídrica, especialmente nos municípios com elevado índice de mortalidade infantil; h) desafogará os leitos de hospitais públicos, pela eliminação de doenças parasitárias de veiculação hídrica, que ocupam cerca de 60% desses leitos nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

O que se pretende demonstrar com o estudo dos geólogos da CPRM/Geologia do Brasil supracitado, transformado em proposta de adução de água para as regiões secas, é a existência de um leque de possibilidades e alternativas à crise hídrica instalada há décadas, quiçá séculos, no Nordeste brasileiro. Se da proposta haverá ou não viabilidade executiva ao trato da gestão hídrica para as regiões secas nordestinas é assunto a ser diagnosticado pelos responsáveis pela gestão hídrica no País.

Portanto, tanto a União como o Estado-membro podem chegar, em comunhão de esforços, à concretude de ações para tal desiderato, abarcando, como opção de resolutividade da crise hídrica, a proposta da “Adução do Sertão” do Piauí.

Tal alternativa poderia resultar na melhoria das condições de vida e de trabalho de milhares, quiçá milhões, de piauienses, que, a partir desse marco evolutivo de acesso permanente à água potável, poderiam desenvolver trabalho digno, subsistência própria e renda, além de estímulo à produção de atividades econômicas das mais variadas.

3.2 DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DE EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NA POLÍTICA DE RECURSOS HÍDRICOS

Os entes públicos federal e estadual devem se pautar pelo princípio constitucional da eficiência administrativa (artigo 37, *caput*, da CF), quer no que tange à solução adequada ao desperdício de água na região do Cerrado, quer na distribuição eficaz e ecologicamente sustentável a mais de 600.000 pessoas que padecem com os efeitos da estiagem no semiárido piauiense, podendo esse alcance populacional aumentar em virtude da diminuição do percentual de evasão do sertanejo ou do retorno à terra natal daqueles que migraram para outros estados em busca de melhores condições de vida, motivados pela carência de água, o que afeta, por conseguinte, o desenvolvimento econômico do próprio Estado do Piauí.

A balizada doutrina de Ramos (2001), em comentário ao princípio da eficiência administrativa, frisa, em suma, que o administrador tem o dever de adotar os métodos mais apropriados e não haverá responsabilização se o resultado pretendido não for obtido, mas exige que labore com qualidade e coloque à disposição todos os recursos tecnológicos e modernos, voltados ao atendimento satisfatório dos interesses e necessidades coletivas.

Sen (2009, p. 289-290) pontua que:

O êxito da democracia não consiste meramente em ter a estrutura institucional mais perfeita que podemos conceber. Ele depende inelutavelmente de nossos padrões de comportamento real e do funcionamento das interações políticas e sociais. Não há

nenhuma possibilidade de confiar a matéria às mãos “seguras” do virtuosismo puramente institucional. O funcionamento das instituições democráticas, como o de todas as outras instituições, depende das atividades dos agentes humanos que utilizam as oportunidades para as realizações razoáveis.

Nesse sentido, infere-se que a atual política pública de fornecimento de água por meio de carros-pipa tem se mostrado ineficaz, por não resolver, apenas adiar, inconstitucionalmente, a solução mais eficaz à resolutividade do combate aos efeitos negativos da estiagem, em razão da falta de decisões político-administrativas apropriadas ao problema.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gestão integrada de recursos hídricos exige que o Estado promova uma política de abastecimento eficaz de suas regiões, com a implementação de ações e intervenções duradouras em gestão hídrica pública, quiçá permanentes, que busquem eliminar os efeitos negativos e catastróficos da seca, mormente aos sertanejos que a ela resistem, ano-após-ano, na região nordeste do País.

Não se pode admitir que haja recorrentes riscos de desabastecimento hídrico quando a causa é conhecida e corriqueira. O Poder Público deve valer-se de opções políticas que assegurem o melhor convívio do sertanejo com a estiagem.

A falta de planejamento vem sendo o traço mais marcantes na gestão dos bens e serviços públicos no Brasil, a exemplo do que ocorre na distribuição de recursos hídricos às regiões mais secas no Nordeste brasileiro, não proporcionando, dessa forma, o pleno acesso ao maior bem da vida: a água potável.

O reflexo da ausência na lida dessas demandas ambientais faz com que fiquemos, ininterruptamente, dependentes de programas emergenciais não resolutivos, inclusive com grande monta de recurso públicos desperdiçados, a exemplo da Operação Carro-Pipa, para, somente amenizar, jamais combater os efeitos da seca.

Portanto, necessário haver o rompimento de planos governamentais pautados em políticas emergenciais e inviáveis ao enfrentamento resolutivo do problema social de convivência com a aridez sertaneja, que deturpam princípios fundamentais do estado de direito, como o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e objetivo republicano de redução da desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF), visando a garantia do mínimo existencial, que se trata do direito fundamental de acesso perene à água potável.

Mostra-se necessária a implementação de políticas públicas que assegurem a eficácia dos direitos fundamentais sociais a essa sofrida camada da população, demandando, para tanto,

projetos, ações governamentais e programações financeiras e orçamentárias que visem promover e atuar fortemente no desenvolvimento econômico de regiões do País menos favorecidas, especialmente no Nordeste.

Infere-se, portanto, que a atual política pública de fornecimento de água por meio de carros-pipa tem se mostrado ineficaz, por não resolver, apenas adiar, inconstitucionalmente, a solução mais eficaz à resolutividade do combate aos efeitos negativos da estiagem, em razão da falta de decisões político-administrativas apropriadas ao problema ora exposto.

No caso do Estado do Piauí, a mudança de paradigma na gestão hídrica transcende à ideia de adoção de medidas que impeçam a degradação do cerrado piauiense, posto ser dever do Estado propiciar, ao mesmo tempo, o uso múltiplo e sustentável das águas subterrâneas como forma de desenvolvimento econômico da população que sofre, há décadas, com os efeitos deletérios da aridez no sertão piauiense.

A utilização de águas subterrâneas, como a proposta da “Adução do Sertão” ora estudada, pode se mostrar como alternativa à crise hídrica, servindo, certamente, como reflexão ou ponto de partida a estudos de soluções efetivas de gestão hídrica que propiciem o desenvolvimento econômico e social do Estado do Piauí, a fim de conferir melhores condições, capacidades, habilidades e qualidade de vida ao homem do campo.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6^o edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRASIL. **LEI 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

CPRM. **Atlas dos Recursos Hídricos Subterrâneos do Estado do Piauí**. CPRM, Fortaleza, 2003. Disponível em: <http://www.cprm.gov.br/publique/Hidrologia/Mapas-e-Publicacoes/Piaui---Atlas-Digital-dos-Recursos-Hidricos-Subterraneos-326.html>. Acesso em: 24 nov. 2020.

CPRM. Plano Estratégico em Recursos Hídricos no Nordeste Brasileiro. **Uso Sustentável da Água Subterrânea para aumento da Oferta Hídrica**, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: http://rigeo.cprm.gov.br/jspui/bitstream/doc/21488/1/rel_plano_estrategico_recursos_hidricos.pdf. Acesso em: 24 nov. 2020.

CORREIA FILHO, Francisco Lages; FEITOSA, Fernando Antonio C.; XAVIER, Ana Cristina G.

Adutora do semiárido do Piauí. Disponível em:

<https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/article/view/27583/17841>. Acesso em: 04 abr. 2021.

FEITOSA, F. A. C. **Estudo Hidrogeológico do Aquífero “Cabeças” no Médio Vale do Rio Gurguéia – PI.** Dissertação de Mestrado, UFPE, 1990. Disponível em:

<http://rigeo.cprm.gov.br/xmlui/handle/doc/444?show=full>. Acesso em: 24 nov. 2020.

FEITOSA, F. A. C.; FEITOSA Edilton Carneiro; DEMETRIO, José Geilson A. **O Vale Do Gurguéia – Uma Zona Estratégica de Produção de Água Subterrânea**, 2012. Disponível em:

https://rigeo.cprm.gov.br/jspui/bitstream/doc/1102/1/Evento_Feitos_Vale.pdf. Acesso em: 24 nov. 2021.

FREITAS, Vladimir Passo de. **Águas – Aspectos Jurídicos e Ambientais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MONTEIRO, Pedro Benjamin Carreiro Lima. **Proposta metodológica para a gestão das águas subterrâneas no estado do Piauí**. 2018. Dissertação de Mestrado. UFPE, 2018. Disponível em:

<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/33202/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Pedro%20Benjamin%20Carreiro%20Lima%20Monteiro.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

PENA, Rodolfo F. Alves. **"Hotspots": Brasil Escola**. 2018. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/hotspots.htm>. Acesso em 05 de abril de 2021.

PINTO, Elida Graziane. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. **Revista Fórum de Direito Econômico e Financeiro – RFD FE**: Belo Horizonte. ano 3, nº 5, p.71-100, mar./ago. 2014

RAMOS, Dona Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Editora LTR, 2001

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Editora Companhia das Letras, 2009. (Tradução do título original *The idea of justice*).

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira. Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ARQUIVO JURÍDICO
REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI
ISSN 2317-918X